



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

16

YIL:5, SAYI:16, Ocak 2014

www.taayayinlari.gov.tr

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/ GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/ EDITOR

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/ EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

*

YAYIN KURULU/ EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

Rifat İNANÇ

Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK

Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK

Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Dr. Gürsel ÖZKAN

Ankara Bölge İdare Mahkemesi Üyesi

*

GRAFİK TASARIM / GRAPHIC DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095

Çankaya-Ankara

Tel: 312 489 81 80 **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: taad@taayayinlari.gov.tr

Web : www.taa.gov.tr

www.taayayinlari.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ / ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taayayinlari.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atfı sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taayayinlari.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargin
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadil Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçin
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu www.taayayinlari.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA**..... 1
Uluslararası Hukukta Tazminat ve Etkin Hukuki Korumaya İlişkin Bireysel Talepler
Compensation in International Law and Individual Demands in Relation to Effective Legal Protection
- ◆ **Kerem YILMAZ, Prof. Dr. Oğuz POLAT, Begüm KOCAMAZ**..... 19
Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açısından İncelenmesi
The Legal Analysis of Defensive Medicine Acts
- ◆ **Arş. Gör. Sultan Şahin, Prof. Dr. Oğuz Polat**..... 53
İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi
An Overview of Prostitution and Traffic on Human Beings under International Legislation
- ◆ **Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ**..... 79
Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine
Über die Geltundmachung des Rechts auf Umwelt im Rahmen der Verfassungsbeschwerde
- ◆ **Doç. Dr. Mustafa AVCI**..... 105
İdarenin Kamu Hizmeti Faaliyetlerinde Daralma ve Dönüşüm: Özelleştirme ve Regülasyon
Transformation and Reduction in Activities in Public Service of the Administration: Privatization and Regulation
- ◆ **Doç. Dr. Berrin AKBULUT** 141
6284 Sayılı Kanunda Şiddet ve İstanbul Sözleşmesinin TCK Açısından Değerlendirilmesi
*Violence in the Law Numbered 6284
Andevaluation of the Istanbul Covenant in Terms of TCK*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Koray DOĞAN**..... 179

	Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu	
	<i>Matter of the Coalescence of Offenses between Endangerment and Damage Offense</i>	
◆	Yrd. Doç. Dr. Abdulkemim YILDIRIM	209
	Sözlü Vasiyetname	
	<i>Will in Oral Form</i>	
◆	Yrd. Doç. Dr. Selin SERT	229
	Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi	
	<i>The Heirs of the Alimony Obligation Effect of Removal</i>	
◆	Dr. Servet ALYANAK	245
	Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Yeni Yargılama Usul Kuralları	
	<i>New Procedural Rules of the Court of Justice of the European Union</i>	
◆	Dr. Cihan ŞAHİN	291
	Küçüklerin Şikâyet ve Şikayetten Vazgeçme Hakkı	
	<i>The Right to Complain and the Renounce Complaints Authority of Minors</i>	
◆	Arş. Gör. Tuğçe ORAL	319
	Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu	
	<i>The Non-Contractual Liability of Veterinary</i>	
◆	Av. Eser RÜZGÂR	337
	Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi	
	<i>Assesment of Swiss Federal Court's Decision About Minority's Termination Right in Joint Stock</i>	
◆	Av. Rezzan İTİŞGEN	373
	Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf	
	<i>Appeal in Criminal Procedure Law</i>	
◆	Arş. Gör. Köroğlu KAYA	405
	Kanun ve Kültür: Töre Kavramının Hukuki ve Sosyolojik Bir Analizi	
	<i>Law and Culture: a Legal and Sociological Analysis of the Concept of Custom</i>	

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

ULUSLARARASI HUKUKTA TAZMİNAT VE ETKİN HUKUKİ KORUMAYA İLİŞKİN BİREYSEL TALEPLER

Compensation in International Law and Individual Demands in Relation to Effective Legal Protection

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA *

ÖZET

Uluslararası Hukuk devletler arasındaki hak ve yükümlülükler ötesinde bireysel hak ve yükümlülükler öngörmektedir. Bu durum Uluslararası Hukuk normlarından süje olarak bireyler için haklar istihraç edilmesine yol açmıştır. Geleneksel Uluslararası Hukuka göre Uluslararası Hukuk kurallarının ihlâl edilmesi durumunda devletler vatandaşlarının zararını diplomatik koruma yolu ile talep eder. Sürekli Adalet Divanı Danzig-Danışma Görüşünde bireylerin uluslararası anlaşmaların ihlâli nedeniyle doğan tazminat taleplerinin ulusal mahkemelerde dava edilebileceğini kabul etmiştir. Bireylerin Uluslararası Hukukun ihlâli nedeniyle doğan tazminat talepleri bölgesel ve evrensel insan hakları sözleşmelerinin yapılması muvacehesinde bu sözleşmelerde öngörülen teminat mekanizmaları işletilerek karşılanmaktadır. Tazminat taleplerine ilişkin olarak bu çerçevede insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü teminat düzenlemeleri ile insani uluslararası hukuk teminat düzenlemelerinin kesişme örnekleri bulunmaktadır. Bu durum Uluslararası Ceza Mahkemesinin gerek savaş zamanında, gerekse barış zamanında işlenen ağır uluslararası suçlar için yetkili kabul edilmesinde iler gelmektedir.

Makale örneklerle değişik seviyelerde yapılan bireysel tazminat taleplerine ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ceza Mahkemesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi teminatı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi teminatı, mahkemeleri yönlendiren temel prensipler

ABSTRACT

International law provides individual rights and obligations beyond rights and obligations between states. As a consequence of that rights are deduced from norms of International Law for individuals as a subject. In case of violation of international law states claim their citizens' damage by diplomatic protection in terms of traditional international law. In accordance with the consulting view of the Permanent Court of International Justice on Danzig case, it has been accepted that damages of individuals by reason of violation of international agreements can be litigated in national courts. The compensation claims of individuals by reason of violation of international law are supplied by the guarantee mechanism that provided by regional and universal conventions on human rights. With relation to compensation claims within this framework, there are examples on intersection between compensation provisions provided by human rights conventions and compensation

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, farsava@atilim.edu.tr

provisions provided by humanitarian international law. This circumstance arises from the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court for international serious offences that are committed both in wartime and in peacetime.

This article sets light to different split-level individual compensation claims by examples.

Keywords: the International Criminal Court, the guarantee of the UN International Covenant on Civil and Political Rights, the guarantee of the European Court of Human Rights, the fundamental principles that process the courts.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Uluslararası Hukukun öncelikli olarak devletler arasındaki ilişkileri düzenleme yaklaşımını aşırp subjektif bireysel hakları ve yükümlülükleri öngörmesi yeni değildir. Bu prensip Uluslararası Nürnberg askeri mahkemesi yargılamasında ortaya konulmuş, daha sonra da BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Nürnberg prensipleriyle teyit edilmiştir (Der Nürnberger Prozess, Amtlicher Wortlaut, Bd. XXII, s.528). Bireylerin hak ehliyetini sürekli Adalet Divanı “Jurisdiction of the Courts of Danzig” ile ilgili 3 Mart 1928 tarihli danışma görüşünde “if cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting parties, maybe the adoption by the parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the National Court” şeklinde açıklamıştır (StGH, Jurisdiction of the Courts of Danzig Case, PCIJ Series B, No.15, s.17 vd.; bknz. Ian Brownlie, The Place of the individual in International Law, Virginia Law Review 50 (1964), s. 435 vd.). Bu gelişme sonucu uluslararası hukuk uygulamasında ve literatürde primer uluslararası hukuk normlarından hukuk sujesi olarak bireylere doğrudan haklar istihraç edilmesine yol açmıştır. İnsani Uluslararası Hukuk ve özellikle sivil halkın korunmasına ilişkin IV. Cenevre Sözleşmesi kuralları sözleşme başlığında görüldüğü gibi sivil halkın korunmasına hizmet etmektedir (insani Uluslararası Hukukun kapsamına giren anlaşmalar: 18.10.1907 tarihli (bknz.: RGeBl. 1910, 107) kara savaşı kurallarını düzenleyen IV. Lahey Sözleşmesi; savaşta hasta ve yaralıların durumunun iyileştirilmesine ilişkin (Cenevre Sözleşmesi (12.8.1949 tarihli sözleşme için bknz.: BGBl. 1954 II, 783; 75 UNTS 31); deniz savaşında hasta ve yaralıların durumunu iyileştirilmesine ilişkin II.Cenevre Sözleşmesi (12.8.1949 tarihli sözleşme için bknz.: BGBl. 1954 II, 813; 75 UNTS 85); savaş tutsaklarının muamelesine ilişkin III.Cenevre Sözleşmesi (12.08.1949 tarihli sözleşme için bknz.: BGBl. 1954 II, 838; 75 UNTS 135); savaşta sivil halkın korunmasına ilişkin IV. Cenevre Sözleşmesi (12.08.1949 tarihli sözleşme için bknz.: BGBl. 1954 II, 917; 75 UNTS 287); uluslararası silahlı çatışma

kurbanlarının korunmasına ilişkin 12.9.1949 tarihli Cenevre Sözleşmesine ek I nolu protokol (8.6/12.12.1977 tarihli sözleşme için bkz.: BGBl. 1990 II, 1551); uluslararası niteliği olmayan çatışma kurbanlarının korunmasına ilişkin 12.8.1949 tarihli Cenevre Sözleşmesine ek II nolu protokol (8.6/12.12.1977, tarihli sözleşme için bkz.: BGBl. 1990 II, 1637) bu çerçevede yapılan primer uluslararası hukuk düzenlemeleridir). Sivil halkın korunmasına yönelik normlar bireysel haklar tesis etmeye uygundur. Birey haklarının korunmasına matuf birincil Uluslararası Hukuk kurallarının ihlâl edilmesi durumunda geleneksel Uluslararası Hukuka göre kurbanın devleti vatandaşlarının zararını diplomatik koruma yolu ile talep eder (tazminat talebinin mediyatize edilmesi için bkz.: Karl Strupp, Das internationale Landkriegsrecht, Berlin 1914, s.29).

Somut olarak bireye karşı yapılan uluslararası hukuk ihlâlinin deiure onun devletinin haklarının ihlâl edilmesi sonucunu doğuran bu yaklaşım yeni hukuki gelişmelerle teyit edilmektedir; bu durum Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik himayeye ilişkin formülasyonunda açıkça ortaya çıkmaktadır (bkz.: ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 58.Session der ILC, Official Records of the General Assembly, sixty-first session, supplement no. 10 (A/61/10), Kommentar zu Art.1, s.25). Bu makale çerçevesinde tazminat ve etkin hukuki himayeye ilişkin bireysel taleplere çağdaş Uluslararası Hukukun yaklaşımı ele alınacaktır.

Hukuka aykırı savaş önlemlerinin sonucu olarak doğan bireysel tazminat talepleri I.Dünya Savaşı ertesinde yapılan barış anlaşmalarında tanınmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin “NS-Zwangsarbeiter” davasıyla ilgili kararında vurgulanan “bireylerin tazminat taleplerinin sadece savaşan tarafların aralarında yapacakları anlaşmalarda kabul edilebileceği” yaklaşımı devletlerin uygulamasına uymaktadır. Versay anlaşmasının 297. maddesi, c bendinde öngörüldüğü üzere müttefik devletlerin ve ortaklarının vatandaşlarının Almanya'ya karşı dava açma hakkı kabul edilebileceği gibi, barış anlaşmalarında açıkça bireysel tazminat talepleri düzenlemesi yapılması da mümkündür. Feragat açıklamalarından barış anlaşmaları dışında da devletlerin bireysel tazminat taleplerinden hareket edilebildiği görülmektedir. Bu feragat açıklamalarında devletler vatandaşlarının zarara uğramaları nedeniyle sadece kendi taleplerinden feragat etmektedir; buna karşılık bireylerin ihlâl edilen hakları nedeniyle doğan taleplerinden devletlerin feragat etmedikleri görülmektedir. Bireysel tazminat taleplerinden vazgeçilmesi isteniyorsa, bu durumun feragat açıklamasında açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu durum devletlerin bireysel taleplerin anlaşma dışı bir dayanağa da sahip olabileceği olasılığından hareket ettiklerini ortaya koymaktadır.

I. ULUSLARARASI UYGULAMADA BİREYSEL TAZMİNAT TALEPLERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Bireysel tazminat talepleri bölgesel ve evrensel uluslararası hukuktan doğabileceği gibi doğrudan uluslararası teamül hukukunun sorumluluk yaklaşımından doğabilir. Tazminat talebinin proses olarak realize edilmesini teminen çağdaş Uluslararası Hukuk bir dizi olanak kabul etmiştir. Bu olanaklar çerçevesinde telafi talebi müzakere edilecektir.

Post-conflict düzenlemesi içeren çok sayıda uluslararası anlaşmada Uluslararası Hukuk ihlallerinde bireysel tazminat talebi yapılabileceği teyit edilmiştir. Örneğin ABD ve Almanya arasında yapılan 13 Mayıs 1992 tarihli anlaşmada Doğu Almanya'da zarar gören Amerikan vatandaşlarına Almanya tarafından 190 milyon \$ tazminat ödenmesi kabul edilmiştir. Anlaşmada öngörülen tazminat düzenlemesini aşan bireysel talepler saklı tutulmuştur. İlgili ABD vatandaşları kendileri için öngörülen tazminat miktarı ile mutabık olup olmadıklarını değerlendirip, mutabık olmadıkları takdirde Almanya'da bağımsız olarak haklarını talep edebilecektir (bknz.: BGBI. 1992 II, 1223; Joachim Grüber, Das Pauschalentschädigungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 13 Mayıs 1992; ZaÖRV 2004, s.467 vd.).

4

Diğer anlaşmalar bireysel hakların icrası bakımından kendine özgü bir prosedür düzenlemektedir. Burada öncelikle İran-United States Claims Tribunal'ın zikredilmesi gerekmektedir (Mushin Mohebi, The International Law Character of the Iran United States Claims Tribunal, den Haag 1998, s.57 vd.). Mahkeme 1981'de İran ve ABD arasında 04.11.1979'da ABD Büyükelçiliğinde ABD vatandaşlarının rehine alınması nedeniyle doğan kriz bağlamında oluşturulmuştur (bknz.: ICJ Reports 1980, s.3 vd.). İki devlet arasında ortaya çıkan bu kriz iki devlet arasındaki ekonomik ilişkileri de etkilemiştir. ABD vatandaşlarının mallarına el konulmuş, anlaşmalar feshedilmiştir. Bu gelişmelerin sonucu olarak Amerikan mahkemelerinde 1980'de 400 kadar dava açılmıştır. 1981'de Cezayir'in aracılığı ile bir çerçeve anlaşma ve Claims Settlement Declaration ortaya çıkmıştır (Wayne Mapp, the Iran-United States Claims Tribunal, the First Ten Years 1981-1991: An Assessment of the Tribunal's Jurisprudence and its Contribution to International Arbitration, Manchester 1993, s.7 vd.). Mahkeme (Das Tribunal) toplam 3000'den fazla davaya bakmış ve 2 milyar Amerikan Doları ödenmesine karar vermiştir. Bu davalarda uygulanacak hukuk Deklarasyonunun V. maddesinde tam olarak ortaya konulmamıştır. Bireysel hakların saptanması için Tribunal Uluslararası Hukuktan yararlanmıştır. Bu durum çağdaş Uluslararası Hukukun bireyleri hak ve yükümlülüklerle

donattığının bir kanıtıdır. Aynı şekilde Dayton Barış Anlaşması da 7 nolu Ek'inin 1. madde 1.cümlesinde Bosna-Hersek'teki durumun telafisi için bireysel tazminat talepleri hususunda bir prosedür öngörmüştür. Commision for Real Property Claims of displaced Persons and Efugees'un uygulayacağı prosedür Book of Regulation'da düzenlenmiştir (CRPC, Book of Regulations, Sarajevo 2002, bnz.: http://www.lawkuleuven.acbe/ipr/eng/CRPC_Bosnia/CRP/new/download/en/Laws/PravilnikPPprecisceni-08012002ENG.pdf). Prosedür bireysel başvurularla işletilmiştir ve Komisyonun Book of Regulations'un 50. maddesi ve devamındaki hükümlere göre verdiği kararla sona ermiştir. Kosova'ya geri dönen mültecilerin uğradıkları zararların telafisi yine bireysel taleplere bağlı kılınmıştır. 23 Kasım 1999 tarihli BM-Interim Administration Mission'ın Regulation'unun 1.2 bölümü Housing and Property Claims Commission prosedürünü öngörmektedir (Carsten Stahn, International Territorial Administration in the former Yugoslavia, ZaÖRV 61, (2001), s.107 vd.). Benzer şekilde Eritrea ve Etiyopya arasında 12.12.2000 tarihli barış anlaşması bireysel tazminat taleplerinin karara bağlanacağı Neutral Claims Commission'un oluşturulmasını öngörmüştür (bknz.: AJIL 100 (2006), s.201 vd.). Bosna-Hersek ve Kosova için öngörülen prosedür lokal yargı yönetim boşluğunu doldurmaya matuf olarak gerekçelendirilmişse de (Burkhard Hess, Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, bknz.: WollfHeintschel von Heinegg/Stefan Kadelbach/Burkhard Hess/Meinhard Hilf/Wolfgang Benedik/Wulf-Henning Roth (Hrsg.), Entschädigung nach bewaffneten Konflikten. Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Bd.40), Heidelberg 2003, s.107 vd.), örnekleri verilen tüm prosedür anlaşmaları maddi hukuk anlamında bireysel hakların mevcudiyetini önkoşul olarak kabul etmektedir. Bu prosedürler uluslararası teamül hukuku nitelikli bireysel hakların teminine matuf olarak uluslararası anlaşmalarda öngörülen usul hukuku düzenlemeleridir.

II. İUS CONTRA BELLUM'UN İHLÂLİ HALİNDE BİREYSEL TAZMİNAT TALEBİ

Mevcut bireysel tazminat talebi konusunda opinio iuris'i ortaya koyan ağırlığı olan bir diğer uygulama ise, Güvenlik Konseyi'nin Irak'ın Kuveyt'i işgali sırasında zarar gören bireyler için "United Nations Claims Commission (UNCC)"un oluşturulması ile açmış olduğu hukuk yoludur. UNCC BM Güvenlik Konseyinin 687 sayılı resolusyonuna istinat etmektedir. Resolusyonun 16. paragrafi " reaffirms that Iraq, without prejudice to the depts and obligations of Iraq arising prior to 2 August 1990, which will be addressed through the normal mechanisms, is liable under international law for any direct loss, damage, including environmental

damage and the depletion of natural resources, or injury to foreign governments, nationals and corporations, as a result of Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait" (S/Res/687, 3 Nisan 1991) "decides" kavramı yerine "reaffirms" kavramının kullanılması, bu resolüsyonun tazminat talepleri için inşai anlamda hukuki bir dayanak aramadığını, mevcut hakların kullanılması için tespit prosedürü öngördüğü anlaşılmaktadır. Güvenlik Konseyi resolüsyonu sadece hakları BM anlaşmasının 2. madde, 4. fıkrasına göre ihlâl olan devletler bakımından değil, saldırının bireysel kurbanları bakımından düzenleme öngörmüştür. Talep edilen bireysel tazminat taleplerinin UNCC önüne prensip olarak devletlerin organları yahut uluslararası örgütler tarafından getirilebilmesi, bireylerin sorumluluk hukuku çerçevesinde sübjektif haklara sahip olmasının reddini gerektirmektedir. Prosedürlerin şekillendirilmesine sadece uygulanabilirlik yaklaşımı esas olmaktadır. Bu esas BM Genel Sekreterinin 687 sayılı Güvenlik Konseyi resolüsyonunun 19. maddesine göre hazırlanan raporda da dile gelmektedir. Rapor prosedür şekillendirilmesinin nedenini: "The filing of individual claims would entail tens of thousands of claims to be processed by the Commission, a task which would take a decade or mor (...)" şeklinde açıklamıştır (bknz.: Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 19 of Security Council Resolution 687 (1991), UN Docs. S/22559, 02.05.1991, Ziff.21).

6

UNCC'nin düzenlemeleri içerik olarak, hangi tür saldırı zararlarının uluslararası hukuka göre kurbanlara tazmin edilebileceği konusunda fikir vermektedir. UNCC'ye yapılan bireysel tazminat başvurularını Governing Council uluslararası teamül hukuku kuralları ile uyumlu olarak 1990 tarihli Irak-Kuveyt uyuşmazlığı bağlamında 1 nolu Decision'ında kategorize etmiştir: "*Claims must be for death, personal injury or other direct loss to individuals as a result of Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait. This will include any loss suffered as a result of: (a) military operations or threat of military action by either side during the period 2 august 1990 to 2 March 1992; (b) departure from or inability to leave Iraq or Kuwait (or a decision not to return) during that period; (c) actions by officials, employees or agents of the Government of Iraq or its controlled entities during that period in connection with the invasion or occupation; (d) the breakdown of civil order in Kuwait or Iraq during that period; or (e) hostage – taking or other illegal detention*" (Governing Council, Decision No.1, 02.08.1991, Doc.S/AC26/1991/1, Ziff. 18). Kurbanlar tazminat taleplerini doğrudan ius contra bellum'un ihlâline istinat ettirmektedir. Ius in bello'nun ihlâlinin kanıtlanması gerekli değildir. Kurbanlar saldırıdan doğan zararın tazminini talep etmektedir (Markus Eichorst, Rechtsprobleme der United Nations Compensation Commission, Berlin 2002, s.89).

III. İNSAN HAKLARI TEMİNATINDA SEKUNDER NORMLAR

20. yüzyılın ikinci yarısında bağlayıcı bölgesel ve evrensel nitelikli insan hakları konvansiyonlarının akdedilmesi çağdaş Uluslararası Hukukun önemli başarılarından biri olarak kabul edilmektedir. Bireysel tazminat hakları zımnen kısmen bu özel konvansiyon normlarından istihraç edilmektedir. 1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 9. madde 5. fıkrası ve AİHK'nın 5. madde, 5. fıkrası hukuka aykırı tutuklama, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 3. maddesi, AİHS'nin ek 7 no ek protokolün 3. maddesi ve Amerikan İnsan Hakları Konvansiyonunun 10. maddesi ceza usulüne aykırı kararlar nedeniyle doğrudan tazminat hakkı öngörmektedir. Aynı şekilde 24 Kasım 1983 tarihli saldırı kurbanlarına tazminat verilmesi ile ilgili Avrupa Konvansiyonu (bkz.: <http://conventions.coe.int/treaty/GER/Treaties/html/116.htm>) tazminat ödenmesini öngörmektedir. Irk ayrımcılığının önlenmesi konvansiyonunun 6. maddesi (1966 tarihli Konvansiyon için bkz.: 660, N4.195; BGBl.II, s.2211) ve işkencenin önlenmesi Konvansiyonunun 14. madde, 1. fıkrası keza tamamlayıcı düzenlemeler içermektedir. Bu normlar ihlâllere karşı öngörülen yaptırımların sonucu olarak emredici tazminat hakkı yanısıra tamamlayıcı olarak ulusal mahkemelere başvuru olanağı öngörmektedir.

İşkence yasağı – ırk ayrımcılığı yasağı bu şekilde sekonder nitelikli sorumluluk hukuku ve usul hukuku düzenlemesi ile teminat altına alınmaktadır. Sübjektif tazminat talepleri dolaylı olarak Konvansiyon ihlâllerinde hakları ihlâl olan tarafa acil tazminat ödenmesini karara bağlayan bölgesel insan hakları mahkemelerinin yetkileri çerçevesinde de karşımıza çıkmaktadır (AİHK'nun 41. maddesine göre AİHM Konvansiyon ihlâllerinde hakları ihlâl olan taraf için gerekli olduğu takdirde tazminata hükmeder. Amerikan İnsan Hakları Konvansiyonunun 63. madde, 1. fıkrası keza “if the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule hat the injured party by ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party” hükmünü öngörmektedir. Afrika insan hakları ve halkların hakları Şartına ilişkin protokolün 27. maddesi, 1. madde muvacehesinde kurulan mahkemenin “finds that there has been violation of a human or peoples' right, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or preparation” kararı verebileceğini öngörmektedir). Genel tazminat yükümlülüğü çerçevesinde tanınan bireysel başvuru olanağı hakları ihlâl olan bireyler için etkin hukuki

himaye sağlayan usul hukuku garantileri sunmaktadır. Usul hukukuna ilişkin sekonder normlar özellikle Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Paketi'nin 7. maddesinde (bknz.: United Nations, Treaty Series, Bd.1520, Nr.24363), Amerikan İnsan Hakları Konvansiyonunun 25. maddesinde ve AİHK'nın 13. maddesinde düzenlenmektedir. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 2. madde, 3. fıkrasında da, sözleşmede öngörülen hak ve özgürlükleri ihlâl olan bireylerin şikâyet yapma olanağı kabul edilmiştir. İnsan Hakları Komitesi etkin hukuki himaye sağlamaya ilişkin yükümlülüğün, adil bir telafi edimi de içerdiğine ilişkin yorumu ile lâfzî itibarı ile usule ilişkin bu sekonder düzenlemeye sorumluluk hukuku boyutu vererek genişletmiştir (bknz.: UN doc. CCPR/C/79/D/868/1999, Rn.9). İnsan hakları ve insani Uluslararası Hukuk ilişkisinin kategorik olarak birbirinden ayrı mütalâa edildiği dönemde insani haklar ihlalleri nedeniyle sadece barış döneminde söz konusu sekonder normlara istinat edilmesi mümkündür. Çağdaş Uluslararası Hukuk ise insan hakları ve Uluslararası Hukuk arasında uyumluluk yaklaşımı ile şekillendirilmiştir. İnsan haklarının prensip olarak insani Uluslararası Hukukun bireyleri koruyan normları yanısıra uygulanmasının mümkün olduğu, belli hak ve özgürlüklerin silahlı bir çatışmadan bağımsız olarak geçerli olacağını düzenleyen AİHK'nin olağanüstü durumla ilgili hükmü teyit edilmektedir (krş.: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 4. md., 2. fık; AİHK md. 15, fık. 2; Afrika İnsan Hakları Konvansiyonunun md. 27, fık. 2: ülkedeki koşulların devletin varlığını ciddi olarak tehdit etmesi halinde kabul edilen olağanüstü durum insani Uluslararası Hukukun geçerliliğini etkilememektedir).

BM İnsan Hakları Komitesi Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, sözleşmenin 2. madde 3. fıkrasının aynı şekilde olağanüstü durumdan etkilenmeyeceğine ve yabancı askeri operasyonlar çerçevesinde de devletlerin sözleşme hükümleri ile bağlı olduğuna vurgu yapmıştır (bknz.: UN Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 Ağustos 2001, Ziff14; UN Doc.HRI/GEN/1/Rev.7, s.192 vd.). Uluslararası Adalet Divanı da danışma görüşünde silahlı çatışmalarda genel insan haklarının uygulanabileceğini açıklamıştır (IGH, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Danışma görüşü için bknz.: ICJ Rep. 1996, Ziff. 25). Uluslararası Adalet Divanı işgal edilen Filistin topraklarında duvar yapılması ile ilgili danışma görüşünde genel insan hakları ve insani Uluslararası Hukuk arasındaki ilişkiyi "More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and

Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and as *lex specialis*, international humanitarian law” (IGH, Legal Consequences of the Construction of a wall in the occupied Palestinian Territory, Gutachten, 9.Juli.2004, Ziff.106, bknz.: ICJ Rep. 2004 und I.L.M 43 (2004), s.1009 vd.) şeklinde açıklamıştır. Uluslararası Adalet Divanı bunun ötesinde her iki norm kompleksi arasındaki *lex specialis* ilişkisi konusuna daha fazla eğilmemiş, Filistinlilerin İsrail’e karşı hukuka aykırı duvar yapımından doğan tazminat taleplerini Uluslararası teamül hukukunda kabul gören sorumluluk kuralına istinat ettirmiştir. Uluslararası Adalet Divanı bu şekilde bireyleri koruyan Uluslararası Hukuk normlarının ihlâli durumunda bireysel telafi taleplerinin doğmasına yol açan genel bir sekonder Uluslararası teamül hukuku normunu görüşüne esas almıştır.

Bu kuralın uygulanabilirliği, Filistin’in devlet niteliğinin eksikliğinden doğan özel durumla ilgili değildir. Uluslararası Adalet Divanı eğer bu özel durumu dikkate almış olsa idi, kararında Filistin özerk yönetimini Filistin halkının temsilcisi olarak tazminat talepleri çerçevesinde muhatap alması gerekirdi. İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi (IAKMR) kendine özgü bir uyum doktrini geliştirmiştir. Mahkeme Abella (La Tablada kararında) Uluslararası Hukuk normlarının doğrudan uygulanma bakımından kendini yetkili kabul etmiştir (IAGMR, Abella v. Argentine, Fall 11.137, Report No.55/97, Ziff.161, IAGMR OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., s.271 vd.). Takip eden zamanda İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi bu yaklaşımını, insani Uluslararası Hukuk normlarını sadece yorumlarına esas alacağını ifade ederek değiştirmiştir (“This Court has already indicated (...), that the relevant provisions of the Geneva Conventions may be taken into consideration as elements for the interpretation of the American Convention (IAGMR, Bámaca Velásquez-davası, 25.11.2000, IAGMR, (Ser.C) No.70 (2000), Rn.207-209).

Bu içtihat ABD hükümeti ile İnter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu (IAKMR) arasında Guantanamo Bay tutuklularının statüsü nedeniyle uyuşmazlığa yol açmıştır. İnter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu 12 Mart 2003’te ABD’ye karşı Guantanamo Bay tutuklularının statüsünün açıklanmasıyla ilgili geçici önlemler almıştır. Komisyon bu çerçevede her iki koruma sisteminin birbirini

tamamladığını tespit etmiştir (bkz.: AJIL 96(2002), s.730 vd.). Bunu takiben Komisyon diğer geçici önlemleri almış ve kendisinin insani Uluslararası Hukuk normlarına paralel olarak Amerikan İnsan Hakları Konvansiyonunun'dan doğan insan haklarının somut uyuşmazlıklarda icrasına yardımcı olma yetkisini kabul etmiştir (Brian D. Tittmore, Guantanamo Bay and the Precautionary Measures of the Inter-American Commission on Human Rights: A case for International Oversight in the Struggle against Terrorism, Human Rights Law Review 6(2006), s.378 vd.). AİHM'nin bu çerçevedeki içtihatı çekimser olarak nitelendirilmektedir. AİHM Banković kararında yabancı askeri operasyonlarda hukuki denetimini büyük ölçüde sınırlandırmıştır. NATO'nun Yugoslavya üzerinde yaptığı kara operasyonlarını AİHM AİHK'nun 1. maddesi muvacehesinde egemenlik tasarrufu olarak kabul etmemiştir (12.12.2001 tarihli karar bkz.: NJW 2003, s.413 vd.). AİHM bir diğer prosedürde yapılan şikayeti Kosova'da KFOR'un yaptığı tasarrufların AİHK taraflarına değil, BM'e tahmil edilmesi gerekçesi ile reddetmiştir (Behrami gegen Frankreich, Nr.714112/01, Saramati gegen Frankreich, Deutschland und Norwegen, Nr.78166/01, Urteil vom 02.05.2007, bkz.: NVWZ 2008, s.645 vd.). AİHM Loizidou davasında (bkz.: EuGRZ 1997, s.555 vd.), Khashiyev davasında (Khashiyev&Akayeva gegen Russland, 57542/00&57945/00, 24.02.2005) ve Ergi davasında (Ergi/Türkei, 23818/94, 28.07.1998; Gül/Türkei, 22676/93, 14.12.2000 ve Ahmet/Türkei, 21689/93, 6.4.2004) sadece dolaylı olarak insani Uluslararası Hukuk normlarına istinat etmiştir. Isayeva davasında AİHM değerlendirmelerinde insani Uluslararası Hukuka hiç istinat etmemiştir. Şikâyetçi oğlunun kendisi ile beraber kaçarken Rusya'nın ayırım gözetmeksizin yaptığı hukuka aykırı hava saldırıları sonucu Çeçenistan'da öldüğünü ifade etmiştir.

AİHM öncelikle “the situation that existed in Chechnya at the relevant time called for exceptional measures on behalf of the State in order to regain control over the Republic and to suppress the illegal armed insurgency (...) these measures could presumably include employment of military aviation equipped with heavy combat weapons” (Isayeva gegen Russland, 57950/00 (2005), 24.02.2005, Rn.180) hususunun altını çizmiştir. AİHM silahlı bir çatışma çerçevesinde insan hakları ihlalleri iddiasını karara bağlamak durumunda olduğundan hareket ederek değerlendirmelerinde insan haklarını esas alan bir yaklaşım sergilemiş olmakla beraber, bu yaklaşım somut davada sonucu etkilememiştir. Genel İnsan Hakları ve insani Uluslararası Hukuk karşılıklı olarak birbirini devre dışı bırakan bir ilişki içinde olmayıp, en yüksek koruma standardını temin etmek üzere paralel uygulanma olasılığına sahiptir (Michael Bothe, Humanitäres Völkerrecht und

Schutz der Menschenrechte, Humanitäres Völkerrecht 21 (2008), s. 4 vd.). Bu durum silahlı çatışmalar esnasında zarar gören bireylerin insan hakları düzenlemelerinde öngörülen sorumluluk iddialarına yol açmaktadır.

IV. ULUSLARARASI TRİBUNALLER VE CEZA MAHKEMELERİ

İnsan haklarının ve insani Uluslararası Hukukun temin ettiği hukuki korumanın keşişmesi ad hoc mahkemelerin (Tribunal) ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin gerek insan hakları gerekse Uluslararası Hukuk bağlamında uygulama bulan tazminat taleplerine ilişkin olarak kodifiye edilen düzenlemelerinde de karşımıza çıkmaktadır. Güvenlik Konseyinin resolusyonları ile kurulan Yugoslavya (ICTY) ve Ruanda (ICTR) mahkemeleri statüleri suç teşkil eden eylemlerle kazanılan mal varlıklarının iadesi olanağını kabul etmektedir (ICTY-statüsü md.24, fık.3; ICTR statüsü md.23, fık.3). Her iki mahkeme bu talepler dışında “without prejudice to the right of victims to seek, through appropriate means, compensation for damages incurred as a result of violations of international humanitarian law” kabul etmektedir. 106 nolu kural “(B) Pursuant to the relevant national legislation, a victim or persons claiming through him may bring an action in a national court or other competent body to obtain compensation. (C) for the purposes of a claim made under sub-rule (B) the judgement of the Tribunal shall be final and binding as to the criminal responsibility of the convicted person for such injury) öngörmektedir. Her iki mahkeme de usul düzenlemeleri açıkça savaş hukuku ihlalleri kurbanlarının zarar verenden tazminat talep edilmesini öngörmektedir. Bu çerçevede Uluslararası Hukuk kurallarının ihlalinin tespiti (Tribunal) mahkeme tarafından yapılacaktır. Daha sonra ikincil sorumluluk Uluslararası mahkeme önünde gündeme getirilecektir.

Savaş hukuku kurallarının ihlâl edilmesi durumunda usul ve ispat kuralları sekonder sorumluluktan hareket etmekte ve ceza ve hukuk usulünün birbirini tamamlanmasını öngörmektedir. Kurbanların korunması düşüncesinin uygulanması ve sekonder sübjektif taleplerin düzenlemesi çerçevesinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma ICC statüsü) daha açıktır (BGBl. II 2000, s.1393 vd.). Statünün 75. maddesi “Reparation to victims” başlığı altında şahsi hakların takibi için bir özel prosedür öngörmüştür. Statünün 75. madde 6. fıkrası muvacehesinde kurbanlara lex specialis prosedür çerçevesinde verilen tazminat ulusal hukuka ve Uluslararası Hukuka göre mevcut olan talepleri ortadan kaldırmaz. ICC statüsünün 21. madde, 1. fıkrası lit b ile bağlantılı olarak (21.md., I.fık: The Court shall apply; (...); (b) in the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict) mahkeme

tazminat talebinin değerlendirilmesinde Uluslararası teamül hukuku normlarının geçerliliğini kabul edebilir ve bu çerçevede tanınan standardı kararına esas alabilir. Tazminat hukuku düzenlemesine ilişkin bu durum Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin gerek savaş zamanında, gerekse barış zamanında işlenen ağır uluslararası suçlar için karar verebilmesi nedeniyle sadece insan hakları normlarının ve Uluslararası insani hukuk normlarının yaklaşımını değil, sekonder sübjektif hakların verilmesi bakımından aynı zamanda Uluslararası Teamül Hukukunun yaklaşımını ortaya koymaktadır.

V. TEMEL PRENSİPLER VE YÖNLENDİRİCİ ESASLAR

Uluslararası Hukukun gelişimi insan haklarının ve insani Uluslararası hukukun ağır ihlallerine karşı hukuki himaye ve tazminata ilişkin temel prensiplerin ve yönlendirici ilkelerin bir arada mütalâa edildiğini göstermektedir (Commission of Human Rights, Resolution 2005/35 (19 Nisan 2005)). BM Genel Sekreteri 1985 tarihli suç kurbanlarının ve kötü muamele kurbanlarının hukuka uygun muamelesiyle ilgili temel prensipler ortaya koyduğu açıklamasının 21. maddesinde etkin hukuki himaye hakkının anlamını ortaya koymaya matuf olarak kurbanların haklarını temin için hukuk düzeninin ne şekilde düzenlemesi gerektiğine işaret etmiştir (bknz.: UNGA, 29.11.1985, A/Res/40/34, Art.21). Bu haklar UN Human Rights Komisyonun 2005 tarihli resolusyonunda listelenmiş ve Uluslararası hukuk ihlallerinden zarar gören kişilere ulusal mahkemeler önünde tazminat talebi yapabilmeleri için bir yargı yolunun açılması öngörülmüştür.

Temel prensipler ve yönlendirici ilkelerin tespit edildiği resolusyonun dibacesinde UN Human Rights Commission kurbanların haklarının listelenmesini yeni hak ve yükümlülükler getiren bir Uluslararası Hukuk gelişmesi olarak değil, lex lata olarak nitelendirmiştir. Bu varsayım gerek Uluslararası Hukuk uygulaması, gerekse BM Genel Kurulunun prensipleri onaylaması ile teyit olmuştur. 60/147 sayılı resolusyonun dibacesinde “resolusyonda yer alan temel prensip ve yönlendirici ilkeler yeni Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk yükümlülükleri getirmeyip, mevcut uluslararası insan hakları yükümlülüklerinin ve insani uluslararası hukuk normlarının uygulanmasına ilişkin mekanizma, yöntem, usul ve metot düzenlemesi yapmaktadır. Bu normlar farklı normatif içeriğe sahip olsalar da birbirlerini tamamlamaktadır şeklinde ifadesini bulmuştur (UNGA, 21.3.2006, A/RES/60/147 dibace).

Etkin hukuki himaye için hukuki talepler detaylı olarak listelenmiştir. Etkin hukuki araç olarak idari organlara ve diğer kuruluşlara, ulusal hukukla uyum içinde olan mekanizmalara, yöntemlere ve usule başvurma olanakları sayılmıştır.

Bu yükümlülöklere ulusal hukuk düzenlerinde yer verilmelidir. Resolusyon bunun dışında devletlerin kurbanlara zararlarını telafi için yargıya başvuru olanağı yaratma çağrısı yapmaktadır. Inter Amerika İnsan Hakları Mahkemesi Bárnaca Velásquez v. Guatemala davasında (IAGMR, Bárnaca Velásquez v. Guatemala, 22.02.2002, Ser.C. No.91(2002), Rn.76), geçerli hukuk olarak tasarıya istinat etmiştir. Uluslararası Hukuk uygulamasında temel prensip ve yönlendirici ilkelere henüz tasarı aşamasındayken bir çok kez atıf yapıldığı görölmüştür (Gabriela Echeverria, Codifying the Rights of Victims in International law: Remedies and Reparation, bknz.: The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (Hrsg.), Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges, Oxford 2006, s.279 vd.).

VI. KODİFİYE EDİLEN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN YORUMU

Ortaya konulan Uluslararası uygulama IV nolu La Haye Konvansiyonunun 3. maddesinin ve Cenevre Sözleşmesine ilişkin I Nolu Protokolün 91. maddesinin yorumuna ilişkin olarak yeni bir perspektif sunmuştur (IV nolu kara savaşı ile ilgili kuralları düzenleyen La Haye Konvansiyonu, La Haye Konvansiyonunu ihlál eden savaşan tarafın tazminatla yükümlü olduğunu öngörmektedir. Savaşan taraf devletler kendi askeri güçlerine mensup kişilerin tasarruflarından sorumludur). Her iki hüküm de açık láfzı ışığında *ius in bello* için öngörölen düzenlemelerin ihláli halinde tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu düzenlemeler Uluslararası teamül hukukunun tartışılmaz ayrılmaz parçası olarak kabul edilmektedir. Frits Kalshoven'ın temsil ettiği görüşe göre La Haye kara savaşını düzenleyen kurallara ilişkin konvansiyon ve Cenevre Sözleşmesine ilişkin I Nolu Protokol hükümlerine anlaşma taraflarının iradesine uygun olarak bireylere tazminat talebi yapmaya imkân veren yorum getirilmelidir (Frits Kalshoven, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces. From Art.3 of Hague Convention IV to Art.91 of Additional Protocol I and Beyond*, International and Comparative Law Quarterly 40(1991), s.827 vd.). Karşı görüşe göre insani Uluslararası hukuk sadece savaşan devletlerin ilişkisini düzenler ve bireylere sadece dolaylı olarak, onlara bir hak vermeksizin imkân sağlar (Karl Joseph Partsch, *Individuals in International Law*, EPIL II (1995), s.957). Bu konvansiyonların birey haklarının iddia edilebileceği bir prosedürel araç öngörmemesi bireylerin tazminat hakkının olmadığını teyit etmektedir (Christian Tomuschat, *Human Rights, Between Idealism and Realism*, 2.Aufl., Oxford 2008, s.171). Ancak başvuru prosedürünün öngörölmemiş olmasından zorunlu olarak sübjektif hakların mevcut olmadığı sonucu çıkarılamaz.

Sürekli Adalet Divanı Danzig-danışma görüşünde uluslararası anlaşmalardan doğan bireysel hakların ulusal mahkemelerde dava edilebileceğini kabul etmiştir (StGH, Jurisdiction of the Courts of Danzig Case, PCIJ Series B, No.15, s.17 vd.; Ian Brownlie, The Place of the Individual in International Law, Virginia Law Review 50 (1964), s.435 vd.). Aynı şekilde Uluslararası Adalet Divanı La Grand davasında Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 36. madde, 1. fıkrasından, sözleşme hukuki bir araç öngörmediği halde, sübjektif hak istihraç etmiştir (IGH, La Grand, Germany v. United States of America, Urteil 27.06.2011, ICJ Reports 2001, s.466, Rn.77).

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddesine göre anlaşmaların yorumunda 3. fıkra, b-bendi muvacehesinde özellikle sonraki uygulamanın dikkate alınması gerekmektedir (Uluslararası Adalet Divanına göre hukuki düzenlemeler “(b) interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation” IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) 1970, ICP Rep. 1971, Ziff.53). Devletlerin uygulamaları ışığında IV.nolu La Haye Kara Savaşı düzenlemelerine ilişkin konvansiyonun 3. maddesinden ve Cenevre sözleşmesine ilişkin I Nolu protokolün 91. maddesinden dinamik yorum yöntemi ile ihlâl yapan devletlere karşı bireysel tazminat talebi yapma hakkı istihraç edilebilir (Rainer Hoffmann, Victims of violations of international Humanitarian Law. Do they have an individual right to Reperation against states under international law?, bknz.: Pierre-Marie Dupuy (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Tomuschat, Berlin 2006, s.341 vd.).

Savaş hukuku kurallarının ihlâli halinde bireysel tazminat hakkının doğmasına dayanak olan uluslararası teamül hukuku ve uluslararası anlaşmalar hukuku arasındaki bağ International Committee of the Red-Cross'un temel prensiplere ve yönlendirici ilkelere ilişkisi 2002 tarihli görüşünde de dile gelmiştir. Komite “it is clear from the travaux préparatoires of Article 3 of the 1907 Hague Donvention and from the rules of customary law that international humanitarian law confers upon individuals a right to compensation in the event of a violation which can be asserted against a violating state” şeklinde görüşünü açıklamıştır (Cenevre 2002, s.1).

VII. TALEP EDİLEN HAKLARIN KAPSAMI VE SINIRLARI

Talep edilen hakların kapsamı ve sınırları bakımından prensip olarak tazminat taleplerine esas olan genel hukuk prensipleri uygulanacaktır (krş.: StGH, Factory at Chorzów, PCIJ Reports, Series A, No.17,1928, s.47). Uluslararası Adalet

Divanı Construction of a Wall'la ilgili danışma görüşünde “that Israel has an obligation to compensate, in accordance with the applicable rules of international law, all natural or legal persons having suffered any form of material damage as a result of the wall's construction” (bkz.: ICJ report 2004 ve I.L.M 43 (2004, s.1009 vd.) hususlarını vurgulamıştır. Inter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi bu içtihatın devamı olarak “full restitutio in integrum) includes the restitution of the prior situation, the reparation of the consequences of the violation, and indemnification for patrimonial and non-patrimonial damages, including emotional harm” (Intern American İnsan Hakları Mahkemesi, Godines Cruz v. Honduras, Series C No.9, Compensatory Damages, 21.07.1989, Ziff.24) şeklinde görüşünü açıklamıştır . Tam olarak eski hale iadenin mümkün olmadığı zararlarda Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi Velásquez Rodriguez davasında “under such circumstances, it is appropriate to fix the payment of ‘fair compensation’ in sufficiently broad terms in order to compeniate, to the extent possible, for the loss suffered’ şeklinde karar vermiştir (Intern-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin Velásquez Rodriguez davası, Interpretation of the Compensatory Damages Judgement, karar 17 Ekim 1990, Ziff.27).

AİHM de içtihatını zararı adil şekilde telafi etme yaklaşımına istinat ettirmiş ve bu çerçevede manevi tazminat taleplerini de kabul etmiştir: “in view of the extremely serious violations of the Convention (...) and the anxiety and distress that these undoubtedly cause “ (AİHM'nın Aksoy v Türkiye, 21987/93, karar 18.12.1996, Rn.113; Aydın v Türkiye, 23178/94, 25.9.1997).

BM Genel Kurulunun temel prensiplere ve yönlendirici ilkelere ilişkin resolusyonu çeşitli telafi etme şekilleri arasında ayırım yapmış ve geçerli uluslararası teamül hukukunu Nr.18'de sistematize etmiştir. “Ulusal Hukuk ve Uluslararası Hukuk'la uyum içinde ve her somut durumun koşulları dikkate alınarak uluslararası insan haklarının ağır ihlalleri ve insani uluslararası hukukun ağır ihlâli durumunda, ihlâlin veya aykırılığın ağırlığına, somut durumun koşullarına uygun olarak kurbanlara tam ve etkin telafi sağlanır. Bu çerçevede restitüion, tazminat, rehabilitasyon, özür ve ihlâlin tekrarlanmaması garantisi telafi aracı olarak kabul edilebilir [UNGA, 21Mart 2006, A/RES/60/147; bkz.: İnsan Hakları Komisyonu resolusyonu 2005/35 (19.04.2005)]

Uluslararası Hukuk'tan doğan sorumluluk Uluslararası Hukuku ihlâli nedeniyle telafi ile mükellef kılınan devlet bakımından doğmaktadır. Bu çerçevede 08.09.1951 tarihli San Francisco anlaşmasının 14. madde, bent a'da öngörülen düzenleme örnek verilebilir: “it is recognised that Japan should pay reparations to the Allied Powers for the damage and suffering caused by it during the

war. Nevertheless it is also recognised that the resources of Japan are not presently sufficient if it is to maintain a viable economy, to make complete reparation for all such damage and suffering and at the same time to meet its other obligations (UN Treaty Series, Bd.136, No.1832). Irak'a yöneltilen telafi talepleri çerçevesinde Güvenlik Konseyi mekanizmalarının uygulanması kabul edilmiştir: "for determining the appropriate level of Irak's contribution to the Fund, based on a percentage of the value of its exports of petroleum and petroleum products, not to exceed a figure to be suggested to the Council by the Secretary-General, taking into account the requirements of the people of Irak's payment capacity (...) taking into consideration external debt service, and the needs of the Iraqi economy (S/RES/687(1991), Ziff.9). Telafi yükümlülüğünün yerine getirilmesi bağlamında yükümlülük altına giren devlette insan hakları problemlerinin ortaya çıkması söz konusu olabilir. İnsan hakları yükümlülükleri ile telafi yükümlülüklerinin gerilim ilişkisine girdiği durumlarda telafi taleplerinin sınırlandırılması sonucunu veren normlar uygulanır (Roland Bank/Elke Schwager, Is there a substantive right to compensation for individual victims of armed conflicts against a state under international law?, German Yearbook of international law 49(2006), s.396).

SONUÇ

Ortaya konulan Uluslararası Hukuk gelişmesi Uluslararası Hukukun geleneksel mediyatize edilen tazminat talebi yaklaşımının *ius in bello* ve *ius contra bellum* ihlalleri bakımından aşıldığını göstermektedir. Uluslararası camiadaki örnekler *opinio iuris*'e istinat eden genel bir uygulamadan söz etmeye izin vermektedir. Bu hakkın kullanılması etkin hukuki himaye sağlamaya yönelik bireysel hakkın kabulü ile mümkündür. Kelsen bireysel taleplerin artan önemi bağlamında Uluslararası Hukuk düzenlemeleri ile şimdiye kadar sadece ulusal hukuk tarafından düzenlenen alanlara girildiğini ve bunun sonucu uluslararası hukuk normlarına istinaden bireylerin doğrudan hak ve yükümlülük sahibi olma yaklaşımının güçlendirildiğine ve bu durumun sonucu olarak kolektif sorumluluk yerine bireysel sorumluluğun ortaya çıktığına işaret etmektedir. Hukuk normlarının ihdası ve icrası için merkezi organlar oluşturulmaktadır (şu an için bu durum sadece bölgesel uluslararası camialar için gözlenirse de) Ulusal hukuk düzenlerinde gözlenen merkezîyetçilik öncelikle yargı alanında gözlenmektedir. Bu merkezîyetçilik yaklaşımı uluslararası yargıyı da etkilemektedir (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1.Auflage, 1974, Hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008, s.143). Ulusal yargı ve uluslararası yargı üzerinden bireylere uluslararası hukukun fonksiyonerleri olarak temin

edilen haklar günümüzde uluslararası hukukta sadece global güçlerin belirleyici olmadığını, bireylerin de belirleyici olduklarını ortaya koymaktadır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Brian D. Tittmore, Guantanamo Bay and the Precautionary Measures of the Inter-American Commission on Human Rights: A case for International Oversight in the Struggle against

Burkhard Hess, Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, bknz.: Wolf Heintschel von Heinegg/Stefan Kadelbach/Burkhard Hess/Meinhard Hilf/Wolfgang Benedik/Wulf-Henning Roth (Hrsg.), Entschädigung nach bewaffneten Konflikten. Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Bd.40), Heidelberg 2003

Carsten Stahn, International Territorial Administration in the former Yugoslavia, ZaÖRV 61, (2001)

Christian Tomuschat, Human Rights, Between Idealism and Realism, 2.bası, Oxford

2008, s.171).

Frits Kalshoven, State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces. From Art.3 of Hague Convention IV to Art.91 of Additional Protocol I and Beyond, International and Comparative Law Quarterly 40(1991),

Gabriela Echeverria, Codifying the Rights of Victims in International law: Remedies and Reparation, bknz.: The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (Hrsg.), Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges, Oxford 2006

Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1.Auflage, 1974, Hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008

Ian Brownlie, The Place of the individual in International Law, Virginia Law Review 50 (1964)

Joachim Grüber, Das Pauschalentschädigungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 13 Mayıs 1992; ZaÖRV 2004

Karl Joseph Partsch, Individuals in International Law, EPIL II (1995)

Karl Strupp, Das internationale Landkriegsrecht, Berlin 1914

Markus Eichorst, Rechtsprobleme der United Nations Compensation Commission, Berlin 2002

Michael Bothe, Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte, Humanitäres Völkerrecht 21 (2008),

Mushin Mohebi, The International Law Character of the Iran United States Claims Tribunal, den Haag 1998

Rainer Hoffmann, Victims of violations of international Humanitarian Law. Do they have an individual right to Reperation against states under international law?, bkzn.: Pierre-Marie Dupuy (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Tomuschat, Berlin 2006.

Roland Bank/Elke Schwager, Is there a substantive right to compensation for individual victims of armed conflicts against a state under international law?, German Yearbook of international law 49(2006).

Wayne Mapp, The Iran-United States Claims Tribunal, the First Ten Years 1981-1991: An Assessment of the Tribunal's Jurisprudence and its Contribution to International Arbitration, Manchester 1993,

DEFANSİF TIP UYGULAMALARININ HUKUKSAL AÇIDAN İNCELENMESİ

The Legal Analysis of Defensive Medicine Acts

Kerem YILMAZ *, **Prof. Dr. Oğuz POLAT ****, **Begüm KOCAMAZ *****

ÖZET

Defansif tıp, hekimlerin, tıbben herhangi bir gerekliliği olmamasına rağmen, hastalardan testler, ek araştırmalar istemeleri ya da yüksek riskli hastaları muayeneden kaçınmalarını içeren tıbbi davranışlardır. Söz konusu davranışlara hekimlerin yönelmesindeki esas amaç ise, kendilerini muhtemel bir malpraktis davasından korumaktır.

Defansif tıbbi uygulamalar, hastadan ek test ve tahliller istenmesi şeklinde geliştiği takdirde pozitif defansif tıp; yüksek risk taşıyan hastalardan kaçınma şeklinde meydana geldiği durumlarda ise negatif defansif tıp olarak tanımlanmaktadır.

Defansif tıbbi uygulamaların büyük bir bölümü hasta haklarına aykırı olup malpraktisle sonuçlanmaktadır.

Defansif tıbbi uygulamalar, hastalarda fiziksel ve ekonomik zararlar oluşmasına neden olabilmekte, dolayısıyla hekimlerin de hukuki ve cezai sorumluluğunu gündeme getirebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Defansif Tıp, Malpraktis, Hasta Hakları.

ABSTRACT

Defensive Medicine is the act of doctors of performing tests and asking for additional investigations for patients or avoid of examining the high risk patients. This is an act of doctors to protect themselves from malpractice cases.

In defensive medicine, unnecessary tests or investigations are asked for patients are positive defensive medicine, to avoid of examining the high risk patients is negative defensive medicine.

Defensive medicine acts are against the patients rights and it may result with medical malpractice. It may give financial and physical damages to the patients and this may end with medical malpractice cases for doctors.

Keywords : Defensive medicine, malpractice, patients rights.

◆◆◆◆

* Avukat-Adli Bilimler Uzmanı

** Adli Tıp Uzmanı

*** Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Tıbbi uygulama hatalarını konu alan davalar, 1960'lı yıllardan itibaren ABD'de artış göstermeye başlamıştır¹. Bu davaların nedenleri, sonuçları ve mali etkileri tartışılırken hekimler üzerinde davranışsal değişikliklere de yol açtığına farkına varılmıştır. Özellikle 1970'li yıllardan itibaren; ABD'de yapılan çalışmalarda, hekimlerin tıbbi uygulamaların hukuki sorumluluğundan kaçmak için; gerekli olmadığı halde teşhis ve tedaviye yönelik uygulamaları daha sık gerçekleştirdikleri ya da tam tersi bir şekilde risk barındırdığını düşündükleri, hasta ve tedavi yöntemlerinden kaçındıkları tespit edilmiştir².

Defansif tıp olarak tanımlanan bu uygulamaların, devam eden yıllarda malpraktis davaları gibi artış göstermesi, çalışmacıları, bu tür uygulamaların etkilerini irdelemeye yönlendirmiştir. Yapılan çalışmalarda defansif tıbbi uygulamaların toplam sağlık harcamalarına hatırı sayılır bir yük getirdiği, hastalar üzerinde yarattığı olumsuz etkiler nedeniyle sağlık hizmetlerinin kalitesini düşürdüğü ifade edilmiştir³.

Ülkemizde; defansif tıbbi uygulamaların farkına varılması ve literatürde tartışılması oldukça yenidir. Özellikle, son on yılda, malpraktis davalarının artış gösterdiği bir realite olarak kabul edilirken⁴, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte hekimlerde yasal sorumluluk baskısının arttığı dile getirilmeye başlanmıştır⁵. Bu argümanlar yardımıyla, son yıllarda ülkemizde de defansif

- 1 Conroy AD. Lessons Learned from the 'Laboratories of Democracy': A Critique of Federal Medical Liability Reform," Cornell Law Review 91(5): 1167, 2006.
- 2 Stoll P. Defensive Medicine. Beitr Gerichl Med. 40:35-40, 1982., Studdert DM, Mello MM, Sage WM, Desroches CM, Peugh J, Zapert K, Brennan TA. Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians In A Volatile Malpractice Environment. JAMA 293(21):2609-2617, 2005.
- 3 Summerton N. Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners. BMJ 310: 27-29, 1995., Jackson Healthcare, "Defensive Medicine: Impacts Beyond Costs". www.jacksonhealthcare.com. (06.10.2013 Erişim Tarihi)
- 4 Akyıldız S. Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamadaki Sorunlar. V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu S 993-995, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara., Büken E. Kadın Doğum Olgularında Görülen Tıbbi Uygulama Hataları, Tıpta Uzmanlık Tezi, 2001, İstanbul. **Naklen**, Polat O. Tıbbi Uygulama Hataları S 299-307, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005., Kök AN, Güler M, Çalangu S. Hekimlikte Malpraktis. ANKEM Derg 17(4): 345-351, 2003., Ertem G, Oksel E, Akbıyık A. Hatalı Tıbbi Uygulamalarla İlgili Retrospektif Bir İnceleme. Dirim Tıp Gazetesi 84819: 1-10, 2009. (Tıbbi uygulama hataları ile ilgili ülkemizde yapılan çalışmalar genellikle dar alanlı ve ilgili kurumlarda yapılan retrospektif çalışmalara dayanmaktadır. Bu yönde yapılan çalışmalarda, yıllar arasında görülen dava sayılarında artış tespit edilmiş ise de, hekimler için mesleki mesuliyet sigortalarının zorunlu hale gelmesi ile sigorta şirketlerinin kayıtlarını esas alan çalışmaların yapılması bilimsel açıdan daha net verileri ortaya çıkaracaktır.)
- 5 Yorulmaz C. İstanbul Tabip Odasına Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adli Tıp Açısından İrdelenmesi, İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü Tıp Bilimleri A.B.D., Doktora Tezi, İstanbul, 2005., Odabaşı AB, Tümer AR. Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike. Sted. 15(4): 55-59, 2006.

uygulamaların meydana gelebileceği ifade edilmektedir.

Defansif tıbbın yarattığı ekonomik olumsuzluklar ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde meydana gelebilecek aksaklıklar bir yana, esasında bu tür davranışların çoğunluğu hasta haklarına aykırı; tıbbi etik dışı ve yasal sorumluluk doğurucu unsurlarla ortaya çıkmaktadır. Hastaya zarar verme ihtimali yüksek olan defansif tıbbi uygulama kalıplarının irdelenmesi durumunda görülecektir ki, pek çoğu tıpkı malpraktiste olduğu gibi TCK'da yer alan taksirle yaralama ve ölüme sebebiyet verme hükümlerinin unsurlarını taşımaktadır. Dolayısıyla bu durum beraberinde, hekimin tazmin sorumluluğunu da gündeme getirmektedir.

Çalışmamızdaki amaç, tıbbi uygulama hatası iddialarından kaçınmak için hekimlerin yöneldiği ancak; hukuki neticeleri itibariyle, tıbbi uygulama hataları ile benzeşen defansif tıbbi uygulamaları açıklayarak, hukuki perspektifle bu tür uygulamaları değerlendirip, çözüm önerileri sunmaktır.

I. DEFANSİF TIP ÇEŞİTLERİ

Defansif tıba dair yapılan tanımlar göz önüne alındığında, bu uygulamaların, pratikte iki farklı görünüşle ortaya çıktığı dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, sorumluluktan kaçmak maksatlı olarak; hasta için izlenecek prosedürlerin, tıbben herhangi bir faydası olmamasına rağmen, arttırılması tarzında olan ve uygulayıcının hastalığın teşhis ve tedavisinde üzerine düşenden daha fazlasını yaptığını göstermek amacıyla başvurduğu güvence davranışları olarak da adlandırılan, pozitif defansif tıbbi uygulamalardır. Bir diğeri ise; hastalığın ya da uygulanması gereken tıbbi müdahalenin barındırdığı, istenmeyen neticeye sebep olabilecek yüksek risk nedeniyle, hasta ile ilgilenmeme tarzında olan çekinme davranışları olarak da tanımlanan, negatif defansif tıbbi davranışlardır⁶.

A. Pozitif Defansif Tıp

Pozitif defansif tıbbi uygulamaları; hekimin, hastadan daha fazla, kendi hukuki güvenliğini düşünerek ve hastanın menfaatlerini dikkate almadan tıbben gereksiz ya da çok da fazla gerekli olmayan prosedürleri uygulaması ya da standart prosedürlerin üzerine çok fazla düşmesi olarak nitelemek mümkündür. Bu türden uygulamalar, karşılaşılan somut vakanın durumuna göre çeşitlendirilebilecekleri gibi yapılan çalışmalarda şu şekilde sıralanmaktadır.

⁶ Hershey N. The Defensive Practice Of Medicine: Myth Or Reality. Milbank Mem Fund Q 50: 69-97, 1972., Hirsh HL. Defensive Medicine- Friend or Foe? Leg Med. 145-180, 1989., Summerton N. **Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners.**, Bovbjerg RR. "Legislation on Medical Malpractice: Further Developments and a Preliminary Reptort Card". Universty of Dawis Law Reviev 22: 499, 1989.

- Tıbbi gerekliliği olmayan ilaçların reçetelendirilmesi
- Tıbbi gerekliliği olmayan konsültasyon istenmesi
- Endikasyon bulunmadan, hasta için yatarak tedavi kararı alınması
- Tıbbi gerekli olmayan görüntüleme tekniklerine başvurulması ya da gereğinden fazla başvurulması
- Tıbbi gerekli olmayan tıbbi tahlil ve testler talep edilmesi ya da gereğinden fazla talep edilmesi
- Sıkı ve detaylı kayıt tutma;
- Hasta takibinin gereğinden fazla sıklaştırılması
- Hastanın durumuyla ilgili olarak gereğinden daha fazla bilgilendirilmesi⁷.

Pozitif defansif tıbbi davranışların değerlendirilmesi çerçevesinde; uzmanlar ikiye bölünmüş durumdadır. Kimi çalışmalarda pozitif uygulamaların iyi tıbbi karşıladığı, bu uygulamalar sayesinde hekimlerde, özellikle kayıtların sıkı tutulması alışkanlığının yerleştiği, dolayısıyla; kayıt tutma hatalarının sebep olduğu yanlış taraf cerrahisi, yanlış hastaya müdahale etme gibi olumsuzlukların yaşanma ihtimalinin ortadan kalkabileceği ya da fazladan görüntüleme tekniklerine başvurma ve fazladan tahlil isteme gibi davranışlar sayesinde hekimin hastada olma ihtimalini düşünmediği hastalıkların dahi tespit edilebileceği ifade edilmiştir⁸.

Pozitif defansif tıbbi davranış kalıplarının bir çoğu esasında, ilk bakışta hukuka uygun ve iyi tıbbi karşıladığı intibasını bırakmaktadır⁹. Kaldı ki; kayıtların detaylı tutulması ya da hasta ile daha sıkı ilgilenilmesi türünden olan davranışlar, hasta hakları açısından da olması gereken standartlardır. Bunlarla beraber, pozitif defansif tıbbi davranışların, beraberinde getirdiği mali külfet, kimi davranış kalıplarında hastaların zarar görme ihtimali ve uygulanış amaçları bakımından tıbbi etikle ters düşmeleri; pozitif defansif tıbbin tartışılan yönleri olmuştur.

⁷ Edwards KS. Defensive Medicine: Health Care With A Pricetag. Ohio State Med J 81:38-42, 1985., Studdert DM, Mello MM, Sage WM, Desroches CM, Peugh J, Zapert K, Brennan TA. **Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians In A Volatile Malpractice Environment.**, Hershey N. **The Defensive Practice Of Medicine: Myth Or Reality.**, Catino M. Why Do Doctors Practice Defensive Medicine? The Side-Effects Of Medical Litigation. Safety Science Monitor, 15,1: 1-12, 2011 Summerton N. **Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners.**

⁸ Bergen RP. Defensive Medicine Is Good Medicine. JAMA 228(9): 1188-1189, 1974., Summerton N. **Positive And Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners.**

⁹ Blacker M. Defensive Medicine-Legally Necessary but Ethically Wrong ? JAMA INTERN MED, 20.05.2013, doi:10.1001/jamainternmed.2013.7293, http://archinte.jamanetwork.com/ (10.10.2013 Erişim Tarihi)

Tıbbi etik kuralları çerçevesinde hekimin en temel görevi, uyguladığı bilimsel yöntemlerle hastasına, en üst düzeyde faydayı sağlamak ve hastasının menfaatlerini gözetmek olup; hekimin bunlar dışında bir amaçla hareket etmesi, meslek etik ve kurallarının ihlaline sebep olmaktadır¹⁰. Pozitif defansif tıbbi uygulamalarda hekimin kendisini, olası bir malpraktis iddiasından korumak maksatlı olarak hareket ettiği ve bu esnada kendi hukuki güvenliğini hastasının menfaatlerine üstün tuttuğu göz önüne alındığında; bu türden davranışların, meslek ahlaki açısından da yanlış olduğu dile getirilerek pozitif defansif uygulamalara yönelen hekimler, eleştirilere maruz kalmıştır¹¹.

Pozitif uygulamalara yöneltilen bir başka eleştiri ise, fazladan uygulanan görüntüleme tekniklerinin getireceği fayda ve zarar ekseninde olmuştur. Teknolojinin tıpta yoğun bir şekilde kullanıldığı günümüzde, özellikle görüntüleme tekniklerinin teşhis ve tedavide yeri neredeyse tartışılmayacak durumdadır. Ancak gereksiz yere uygulanan her görüntüleme tekniği aynı zamanda gereksiz yere alınan radyoaktif ışın anlamına gelmektedir. Ayrıca yine gereksiz ya da fazladan uygulanan biyopsi gibi girişimsel ve sezaryen gibi cerrahi müdahaleler, hastanın hem cismani hem de manevi bütünlüğü üzerinde olumsuz etkiler bırakmaktadır¹².

Pozitif defansif tıbbın beraberinde getirdiği en önemli açmazlardan bir tanesi de ortaya çıkardığı ekonomik sonuçlardır. OTA'nın (Office of Technology Assessment) tahmini verilerine göre; 1991 yılında, defansif kaygılarla yapılan sezaryen işlemlerinin ABD'ye maliyeti 8.7 milyon \$ iken, 1994 yılında yine defansif kaygılarla görüntüleme tekniklerine başvurulmasının maliyetinin ise 45 milyon \$ olduğu ifade edilmiştir¹³. 2006 yılına gelindiğinde ise, ABD'deki sadece bir eyalette defansif amaçla gerçekleştirilen uygulamaların doğrudan maliyetinin

¹⁰ Önal G, Civaner M. Hasta Hakları Uygulama Yönergesi: Türkiye'de Hasta Haklarının Yaşama Geçirilmesi İçin Bir Adım. Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi 13(3): 81-84, 2005. Tıbbi etik kuralları ülkemizde, 19.02.1960 tarihli ve 10436 sayılı resmi gazete ile ilan edilen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ile mevzuatlaştırılmıştır. Hastaya zarar vermeme ve hastanın menfaatlerini gözetme yükümlüğünün temeli Hipokratın yemin metnine kadar uzanmakta olup Dünya Tabipler Birliği'nin 1949 yılında Londra'da ve 1981 yılında Lizbon'da deklare ettiği bildirelerle hekimlerin uyması gereken evrensel kaideler olarak kabul edilmiştir.

¹¹ Summerton N. *Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners*.

¹² Localio AR, Lawthers AG, Bengtson JM., Relationship Between Malpractice Claims and Caesarean Delivery. JAMA 269(3):366-373, 1993., Summerton N. *Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners*.

¹³ Baldwin LM, Hart GL, Lloyd M, Fordyce M, Rosenblatt R. Defensive Medicine and Obstetrics. JAMA 274: 1606-1610, 1995., U.S. Congress. Office of Technology Assessment. July 1994. Defensive Medicine and Medical Malpractice. Washington, DC: U.S. Governments Printing Office. <http://biotech.law.lsu.edu/policy/9405.pdf> (13.10.2013 Erişim Tarihi)

1,8 milyar \$ olduğu ifade edilmiştir¹⁴. Sağlık hizmetlerinin sunumuna göre değişkenlik gösterse de, doğrudan ya da dolaylı olarak söz konusu maliyetleri karşılayan, yine hasta ve hasta yakınları olmaktadır.

B. Negatif Defansif Tıp

Negatif defansif tıbbi uygulamalar, pozitif defansif tıpta olduğu gibi; hekimin malpraktis sorumluluğundan kaçınmak amacıyla, ancak; pozitif defansif tıbbin aksine, kaçınma eylemini güvence davranışları ile değil, kaçınma davranışları olarak adlandırılan uygulamalar ve hareketlerle gerçekleştirmesi olup; sağlık kurumunun ilk ve son basamak olması, elde bulunan teknolojik imkanlar ve hekimdeki tıbbi algı paralelinde şekillenmektedir¹⁵.

Yapılan çalışmalarda, yaşamsal riske sahip hastalardan kaçınma, komplikasyon ihtimali yüksek tedavi yöntemlerinden kaçınma, agresif ve dava etme ihtimali bulunan ya da yakınları aynı ihtimali taşıyan hastalardan kaçınma, doğum gibi tıbbi uygulamaları gerçekleştirmeyi bırakma, hastayı bir başka sağlık kurumuna sevk etme tarzında olan kaçınma davranışları kalıplaşmış negatif defansif tıbbi uygulamalar olarak ifade edilmiştir¹⁶.

24 Negatif defansif tıbbin, kimi durumlarda; iyi tıbbi karşıladığı ifade edilse de, genel eğilim bu davranışların, hastaya en fazla zarar verme ihtimali olan uygulamalar olduğu ve yasal açıdan savunulacak herhangi bir tarafının olmadığı yönündedir¹⁷. Bununla beraber yapılan çalışmalarda, pozitif uygulamalar kadar sık uygulanan ve rağbet gören davranışlar olmadığı, ancak; günden güne klinik uygulamalarda görülme sıklığının arttığı da dile getirilmiştir¹⁸.

¹⁴ Sethi MK, Aseltine RH Jr, Ehrenfeld JM, and others. Massachusetts Medical Society. Investigation of Defensive Medicine in Massachusetts, November 2008. <http://www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/16/updated-rfs-i09-handbook.pdf> (30.12.2013 Erişim Tarihi)

¹⁵ Catino M. *Do Doctors Practise Defensive Medicine The Side Effects Of Medical Litigation.*, Bergen RP. *Defensive Medicine Is Good Medicine.*, Studdert DM, Mello MM, Sage WM, Desroches CM, Peugh J, Zapert K, Brennan TA. *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians In A Volatile Malpractice Environment.*

¹⁶ De Ville K. Act First and Look Up the Law Afterward?: Medical Malpractice and the Ethics of Defensive Medicine. *Theoretical Medicine and Bioethics* 19: 569-589, 1998., Morrison MCT. Negative Medicine. *Journal of Royal Society Of Medicine* 87: 127-128, 1994., Studdert DM, Mello MM, Sage WM, Desroches CM, Peugh J, Zapert K, Brennan TA. *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians In A Volatile Malpractice Environment.*

¹⁷ De Ville K. *Act First and Look Up the Law Afterward?: Medical Malpractice and the Ethics of Defensive Medicine.*, Morrison MCT. *Negative Medicine.*

¹⁸ Catino M. *Do Doctors Practise Defensive Medicine The Side Effects Of Medical Litigation.*, Bergen RP. *Defensive Medicine Is Good Medicine.*, Studdert DM, Mello MM, Sage WM, Desroches CM, Peugh J, Zapert K, Brennan TA. *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians In A Volatile Malpractice Environment.*

Dikkati çeken bir diğer nokta da, negatif uygulamalara en çok başvuran hekimlerin, en fazla malpraktis iddiası ile karşı karşıya kalan uzmanlık alanlarının mensupları olmasıdır. ABD’de özellikle jinekoloji ve obstetrik uzmanlarının doğum yaptırmaktan kaçındıkları, pek çok travma kliniğine kafa travması geçiren hastaların alınmadıkları hatta bu servislerin kapatılma yoluna gidildiği, yine kimi sağlık kurumlarında pediatri hizmetlerinin azaltıldığı belirtilerek, negatif uygulamaların sağlık hizmetlerinin sunumundaki olumsuz etkilerine vurgu yapılmıştır¹⁹.

II. DEFANSİF TIBBIN YANSIMALARI

Sağlık hizmetlerinin sunumu, sadece tıbbi unsurlar ekseninde değil; tıbbi işlevsellik kazandıran ekonomik, sosyal ve hukuki pek çok boyut ile beraber gerçekleşmektedir. Tıbbin uygulanması esnasında meydana gelen her aksaklık, aynı zamanda pek çok boyutta etkisini göstermekte ve sağlık hizmetleri bileşenleri üzerinde ciddi sonuçlar yaratabilmektedir. Söz konusu temellendirme bağlamında, tıbbi bakım esnasında başvurulmuş defansif tıbbi uygulamaların da mali etkilere ve hizmet sunumunda olumsuz yansımaları sebep olduğu ifade edilmiştir.

A. Ekonomik Etkileri

Tıbbin maliyet çizgisinin üst düzeyde olması; hizmet sunumu sırasında, gereksiz harcamaların da toplamda yüksek maliyetlere sebep olmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla defansif tıbbi uygulamaların en çok tartışılan etkilerinden bir tanesinin de yarattığı ekonomik külfet olduğu, yapılan çalışmalarda dile getirilmiştir.

En basit örnekleme ile; tıbben gerekli olmadığı halde, hasta için ilgili hekim tarafından hastaneye yatış istenmesi tarzında olan defansif tıbbi davranış olgusunda; hem sağlık hizmetlerinde finansör olarak yer alan devlet ya da sigorta şirketleri gibi aktörlere yönelik ve toplamda bütçesel olarak makro göstergelere konu olan doğrudan ekonomik etkiler, hem de hastaların bu yatış süresinde giderleri kamusal ya da özel sağlık sigortalarından karşılanmış olsa dahi mahrum kaldıkları kazanç ve zaman kaybını konu alan; dolaylı mikro etkileri mevcuttur.

Gerekli olmayan ilaçların reçetelendirilmesi, tıbbi gerekliliği bulunmayan görüntüleme tekniklerine başvurulması ve tıbbi gerekliliği bulunmayan tıbbi tahlil istenmesi gibi defansif davranış türlerini ve bu uygulamalara sıklıkla başvurulduğu gerçeği göz önüne alındığında; defansif tıbbi uygulamaların, sağlık

¹⁹ De Ville K. *Act First and Look Up the Law Afterward?: Medical Malpractice and the Ethics of Defensive Medicine.*, Yahata S. A Study of Defensive Medicine in Japan. Applied Ethics P 175-186, Hokkaido University Press, Sapporo, 2011.

hizmetleri içinde bulunan tüm ekonomik aktörler üzerine ne denli büyük bir mali yüke sebep olabileceğini tahmin etmek çok da zor değildir.

Bu çerçevede yapılan bir çalışmada ABD’de, tüm defansif tıbbi uygulama türlerinin 1987 yılında maliyetinin 12 milyar \$ olduğu ifade edilirken; 1992 yılında bu rakamın 24 milyar \$’a çıktığı belirtilmiştir²⁰. Yapılan bir başka çalışmada ise, 2007 yılında tüm sağlık harcamalarının 2,3 trilyon \$ olduğu, bu rakamın gayrisafi milli hasılanın %16’sını karşıladığı ve 2016 yılında sağlık harcamalarının gayrisafi milli hasılanın %20’sine denk geleceği, aradaki %4’lük artışın en büyük sebebinin ise hekimler arasında yaygınlaşan defansif tıbbi uygulamalar olacağı iddia edilmiştir²¹.

ABD’nin Massachusetts eyaleti sınırları içerisinde yapılan ve 2005-2006 yıllarını kapsayan bir araştırmada ise eyalet içinde bulunan tüm hastanelerde defansif amaçla gerçekleştirilen tıbbi tahlil ve testlerin maliyetinin 281 milyon \$ olduğu ifade edilirken, aynı araştırmaya göre, söz konusu eyalet sınırları içerisinde tüm defansif tıbbi uygulamaların toplam maliyetinin 1,8 milyar \$ civarında olduğu belirtilmiştir²². Bir başka çalışmada ise Birleşik Devletlerin genelinde defansif tıbbi uygulamaların maliyetinin 650-850 milyar \$’ı bulduğu ve söz konusu rakamın yıllar içerisinde katlanma ihtimalinin hiç de uzak olmadığı savı ileri sürülmüştür²³.

B. Hizmet Kalitesi Açısından Etkileri

Sağlık hizmetlerinin sunumunun temel amacı; kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşamlarını sürdürmeleri yanında, bozulan sağlıklarının, tıbbın gerekleri ve imkanları dahilinde, tedavi edilmesi olup; hastanın teşhis ve tedavi için başvurduğu kurum ya da kişinin başkaca amaçlarla sağlık hakkını olumsuz etkileyecek uygulamalara yönelmesi, en basit ifade ile sağlık hizmetlerinin kalitesini de olumsuz yönde etkileyecektir.

Özellikle, kaçınma davranışı olarak adlandırılan ve hekimin hasta ile ilgilenmemesi ekseninde gelişen davranış tarzları ile ortaya çıkan negatif defansif davranışlar, araştırmacılar arasında sağlık hizmetlerini ve dolayısıyla, hastanın sağlığını

²⁰ Summerton N. *Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners*.

²¹ Poisal PA, Truffer C, Smith S, Sisko A, Cowan C, Keehan S, Dickensheets B. Health Spending Projections Through 2016: Modest Changes Obscure Part D’s Impact. *Health Aff (Millwood)*. 26: 242-253, 2007.

²² Sethi MK, Aseltine RH Jr, Ehrenfeld JM, and others. Massachusetts Medical Society. Investigation of Defensive Medicine in Massachusetts, November 2008. <http://www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/16/updated-rfs-i09-handbook.pdf> (30.12.2013 Erişim Tarihi)

²³ Jackson Healthcare, “Defensive Medicine: Impacts Beyond Costs”. www.jacksonhealthcare.com. (30.12.2013 Erişim Tarihi)

olumsuz etkileme ihtimali en yüksek olan davranış tarzı olarak işaret edilmiştir²⁴. Riskli görülen hastaların, tedavi imkanı olduğu halde bir başka sağlık kurumuna sevk edilmesi, agresif ve malpraktis konulu dava açma ihtimali olan hastalardan kaçınma davranışları tarzında seyreden bu davranışlarda, hastadan kaçınma esnasında ortaya çıkan, teşhis ve tedavide geçirilmesi gereken sürede hastanın tıbbi bakım imkanından yoksun bırakılması, hastanın durumunun daha kötüye gitmesine neden olabileceği gibi, ileriki aşamalarda; telafisi imkansız sağlık sorunlarının doğmasına da neden olabilecektir.

Pozitif uygulamaların, sağlık hizmetleri bağlamında, yaratacağı olumsuzlukların en başında ise, sezaryen gibi alternatif olması gerektiği halde öncelikle uygulanan kimi uygulamaların, hastalar üzerinde yarattığı olumsuz sonuçlar gelmektedir²⁵. Bununla beraber, tıbben gerekli olmadığı halde, girişimsel yöntemlerle uygulanan biyopsi gibi işlemler, hastaların hem cismani, hem de ruhi bütünlüğüne zarar verebilecek ve sağlık hizmetlerinin tam ve doğru sunumunda sapmalara yol açabilecektir. Esasında; hem pozitif hem de negatif uygulamalar bağlamında, konunun bir problem olarak ortaya çıktığı nokta ise; bu türden davranışların ne şekilde uygulanırsa uygulansın, hatta hastada büyük bir problem ortaya çıkmasına neden olmasa dahi, uygulamanın tıbbın gerekleri ile ne derece örtüştüğüdür. Nitekim tıbbın gereklerine aykırı olan bir davranışın, sağlık hizmetlerinin sunumunu da kalitesizleştireceği ve hastanın bu hizmeti tam ve olması gerektiği gibi almasını engelleyeceği aşikardır.

Pozitif uygulamalar arasında bulunan ve hekimler tarafından da günden güne daha sık başvurulduğu ifade edilen, görüntüleme tekniklerine sık başvurma tarzında olan davranışlar için, sağlık hizmetlerine yapmış olduğu olumsuz etki bakımından, özel bir parantez açmak yerinde olacaktır. Görüntüleme tekniklerinin, teşhis konusunda, hekimler için en önemli yardımcı tıbbi cihazlardan olduğu tartışma götürmez bir gerçektir. ABD’de yapılan bir çalışmada, hekimlerin bilgisayarlı tomografi kullanımının, 1993-2007 yılları arasında yaklaşık üç kat arttığının ifade edilmesi de bu türden cihazların hekimler tarafından günden güne daha da sık kullanıldığını göstermektedir²⁶. Ancak burada hekimlerin, cihazların

²⁴ De Ville K. *Act First and Look Up the Law Afterward?: Medical Malpractice and the Ethics of Defensive Medicine.*, Studdert DM, Mello MM, Sage WM, Desroches CM, Peugh J, Zapert K, Brennan TA. *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians In A Volatile Malpractice Environment.*, Hershey N. *The Defensive Practice Of Medicine: Myth Or Reality.*, Catino M. *Do Doctors Practise Defensive MedicineThe Side Effects Of Medical Litigation.*, Summerton N. *Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners.*

²⁵ Summerton N. *Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners.*

²⁶ Smith-Bindman R, Lipson J, Marcus R, Kim KP, Gould R, Berrington de González A, Miglioretti DL. Radiation Dose Associated With Common Computed Tomography Examinations and The Associated

yaymış olduğu radyo aktif ışınların insan sağlığına etkisine ne derece dikkat ettikleri sorusu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu cihazların, hastalar üzerinde yaratacağı tahribat ve yan etkileri irdeleyen bir çalışmada; bir hastanın 12 defa bilgisayarlı tomografi cihazına girmesi durumunda Hiroşima ve Nagazaki’de mağdurların maruz kaldığı radyasyon miktarına denk, hatta muhtemelen daha fazla radyoaktif ışına maruz kalınacağı ifade edilmiştir²⁷. Bir başka çalışmada ise; 2007 yılında Birleşik Devletlerde 72 milyon bilgisayarlı tomografi uygulandığı, bunun da, ileride yaklaşık 30.000 kanser vakasının doğrudan sebebi olacağı belirtilmiş ve hekimlerin bu etkilerden ya hiç haberdar olmadıkları ya da bu etkileri görmezden geldikleri notu düşülmüştür²⁸.

III. HEKİMLER ARASINDA DEFANSİF TIP

A. Dünya Genelindeki Durum

Defansif tıbbi uygulamaları konu alan çalışmalar, 1970’li yıllardan itibaren yapılmaya başlamış ve genel itibarıyla malpraktis davalarının hekimler üzerindeki davranışsal etkilerinin araştırılması, çalışmaların çıkış noktası olmuştur²⁹. Hasta ile bire bir diyalog içinde bulunan klinisyen hekimler arasında yapılan çalışmalarda ortaya çıkan sonuçlar çerçevesinde, defansif tıbbi uygulamalara yoğun bir şekilde rağbet edildiği anlaşılmaktadır. A.B.D.’de gerçekleştirilen çalışmada, katılımcı hekimlerin %93’ünün defansif tıbbi uygulamalara yöneldiği tespit edilirken³⁰, İngiltere’de bu oran %98³¹, İtalya’da %77,9³², Japonya’da %98³³ ve İran’da %99³⁴ olarak tespit edilmiştir.

Lifetime Attributable Risk Of Cancer. Arch Intern Med. 169:2078-2086, 2009.

- ²⁷ Berrington de González A, Mahesh M, Kim KP, Bhargavan M, Lewis R, Mettler F, Land C. Projected Cancer Risks From Computed Tomographic Scans Performed in The United States İn 2007. Arch Intern Med. 169:2071-2077, 2009.
- ²⁸ Smith-Bindman R, Lipson J, Marcus R, Kim KP, Gould R, Berrington de González A, Miglioretti DL. **Radiation Dose Associated With Common Computed Tomography Examinations and The Associated Lifetime Attributable Risk Of Cancer.**
- ²⁹ Smith DO. Project, The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine. Duke Law Journal 5:939-993, 1971. 1970 yılında, defansif tıp ile ilgili yapılan bu ilk ciddi çalışmada, hekimlerin daha çok pozitif defansif tıbbi davranışları gerçekleştirdikleri tespit edilmiş olup çalışmacılar tarafından hekimler arasında defansif uygulamalara tahminlerinden daha az oranda rağbet edildiği notu da düşülmüştür.
- ³⁰ Studdert DM, Mello MM, Sage WM, Desroches CM, Peugh J, Zapert K, Brennan TA. **Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians İn A Volatile Malpractice Environmen.**
- ³¹ Summerton N. **Positive And Negative Factors İn Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners.**
- ³² Catino M. **Do Doctors Practise Defensive MedicineThe Side Effects Of Medical Litigation.**
- ³³ Hiyama T, Yoshihara M, Tanaka S, Urabe Y, Ikegami Y, Fukuhara T, Chayama K. Defensive Medicine Practices Among Gastroenterologists in Japan. World J Gastroenterol, 12(47): 7671-7675, 2006.
- ³⁴ Amiresmaili, Mohammadreza, et al. "A Survey On Frequency Of Defensive Medicine Among General Practitioners Of Kerman City." *Payavard Salamat* 7(5): 399-409, 2014.

Söz konusu çalışmalarda aynı zamanda, hekimlerin bu türden uygulamalara yönelmelerindeki ana etkenler de araştırılmıştır. İtalya’da 307 hekimin katıldığı çalışmada, hekimlerin %80,4’ü defansif tıbbi uygulamalara yönelmelerindeki ana sebebin malpraktis iddiaları içeren davalarla karşılaşma ihtimallerinin yüksek oluşundan kaynaklandığını belirtmiştir³⁵. İngiltere’de yapılan çalışmada ise, katılımcı hekimlerin %98’i tıbbi uygularken hastaların şikayetçi olma ve dava etme ihtimallerine binaen, tutum ve davranışlarını değiştirdiklerini ifade etmiştir³⁶. ABD’de 824 hekimin katıldığı çalışmada ise hekimlerin %42’si yasal sorumluluk endişesi ile mesleklerini uygularken hareketlerini kısıtladıklarını ve rahat bir şekilde hareket edemediklerini belirterek defansif tıbbi yöneldiklerini ifade etmişlerdir³⁷. Söz konusu verilerden de anlaşılacağı üzere, defansif tıbbi uygulamaların çoğunluğu hekimler tarafından malpraktis davası çekincesi ile bilerek ve isteyerek uygulanmaktadır. Hem yukarıdaki çalışmalarda ortaya çıkan hekimlerin bu türden uygulamalara yönelme yoğunlukları hem de hekimlerin bu davranışları bir nevi bilerek ve isteyerek uyguladıklarını beyan etmeleri dahi defansif tıbbin ortaya çıkardığı neticeler çerçevesinde konunun hukuki boyutunun irdelenmesi gerekliliğine işaret etmektedir.

B. Türkiye’deki Durum

Ülkemizde hekimler arasında defansif tıbbi uygulamaların var olabileceğinin ya da hekimler için böyle bir tehlikenin var olduğunun dile getirilmesi oldukça yeni sayılabilecek bir maziye sahiptir. Özellikle 1990’lı yılların başlaması ile ülkemizde malpraktis konulu davaların artış göstermeye başladığı kimi retrospektif çalışmalarla tespit edilmiş ve bu artışın istikrarlı bir şekilde devam edebileceği hususu da vurgulanmıştır³⁸. Tüm bunlarla beraber, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile kanunda yer alan taksirli sorumluluğa dair hükümlerin hekimler için tıbbi uygulama hataları kapsamında olumsuz etkilerinin olabileceği intibai, Türk hekimlerinin de defansif tıbbi uygulamalara,

³⁵ Catino M. *Do Doctors Practise Defensive Medicine The Side Effects Of Medical Litigation*.

³⁶ Summerton N. *Positive And Negative Factors In Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners*.

³⁷ Studdert DM, Mello MM, Sage WM, Desroches CM, Peugh J, Zapert K, Brennan TA. *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians In A Volatile Malpractice Environmen*.

³⁸ Büken E. Kadın Doğum Olgularında Görülen Tıbbi Uygulama Hataları, Tıpta Uzmanlık Tezi, 2001, İstanbul. **Naklen**, Polat O. Tıbbi Uygulama Hataları S 299-307, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005., Türkan H, Tuğcu H. 2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları. *Gülhane Tıp Dergisi* 46(3): 226-231, 2004., Ertem G, Oksele E, Akbiyık A. *Hatalı Tıbbi Uygulamalarla İlgili Retrospektif Bir İnceleme*, Kök AN. Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında Hekim Kusurunun Tespitine İlişkin Sorunlar. V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu S 961-973, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara.

yoğun bir şekilde başvuruyor olabilecekleri şüphesini güçlendirmiştir³⁹.

Konu ile ilgili ülkemizde yapılan ve anketle bilgi toplama yöntemine dayanan ilk çalışma, 2008 yılında; Konya il merkezinde 762 katılımcı hekimle gerçekleştirilirken⁴⁰ bir diğer çalışma ise; 2011 yılında İstanbul'da çalışan 208 hekim arasında gerçekleştirilmiştir⁴¹. Tablo 1'de her iki çalışmada katılımcı hekimlerin yüzde kaçının defansif tıbbi uyguladıkları ve yine hekimler arasında pozitif uygulamalarla negatif uygulamalara yönelme oranı belirtilmiştir.

Tablo-1 Türkiye'de yapılan araştırmalarda defansif tıbbi (pozitif ve negatif uygulamalarla birlikte) uygulamalara yönelen hekimlerin oranı

Şehir	Yıl	Hekim Sayısı	Defansif Tıp %	Pozitif Defansif Tıp %	Negatif Defansif Tıp %
KONYA	2008	762	78,38	79,74	75,66
İSTANBUL	2011	208	83,30	85,60	79,20

30

Yer verdiğimiz çalışmalardan birinin Türkiye'nin en büyük şehrinde yapılması değerinin ise orta büyüklükte bir ilde gerçekleştirilmesi ve her iki çalışmanın sonuçlarının hemen hemen birbiri ile uyumlu olması, Türkiye genelinde de portrenin çok da farklı olmadığı kanaatini uyandırmaktadır. Esasında çıkan sonuçlar uluslararası literatürde yapılan çalışmaların sonuçlarından daha düşük çıkmakla beraber, ülkemiz hekimleri arasında da defansif tıbbi yönelme oranının oldukça yüksek sayılabilecek bir seviyede seyrettiği düşüncesini yerleştirmektedir.

IV. DEFANSİF TIBBIN HUKUKİ SONUÇLARI

Hekimin ceza hukuku ve özel hukuk açısından, defansif tıbbi uygulamalara yönelmesi durumunda, ortaya çıkacak neticeleri saptamadan önce, bu tür uygulamaların hasta hakları açısından da nitelendirmesini yapmak, sağlık hukukunun temel sistematığına daha uygun olacaktır. Özellikle; sağlık hizmetleri esnasında hekim ya da başkaca sağlık hizmetleri sunucularının fiilleri ile zarara uğradığını ileri süren hastanın, maruz kaldığı eylemin neticesinde hasta hakları

³⁹ Odabaşı AB, Tümer AR. Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike.

⁴⁰ Aynacı Y. Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD., Tıpta Uzmanlık Tezi, Konya, 2008.

⁴¹ Yılmaz K. Defansif Tıbbi Uygulamaların Hukuksal Açısından Yorumlanması, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler ABD., Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

bağlamında oluşan ihlaller, konunun hukuki ve cezai sorumluluk boyutunun açıklığı kavuşturulmasına da yardımcı olacaktır.

A. Hasta Hakları Açısından Defansif Tıp

Güncel hasta hakları anlayışının, 1949 yılında Dünya Hekimler Birliği tarafından Londra'da kabul edilen, Uluslararası Tıbbi Etik Yasası'nda temelleri atılmış ve 1973 yılında Amerikan Hastaneler Birliği tarafından deklare edilen; Hasta Hakları Beyannamesi, hasta haklarının bağlayıcı mevzuatlarda yer alması bakımından ilham kaynağı olmuştur⁴². Devam eden süreçte; Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından kabul edilen, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, konuya dair içerdiği kavramlar ve sağlık hizmetleri için yaptığı açıklamalarla, hasta hakları için uluslararası düzeyde ortaya çıkan ilk yasal düzenleme olmuş, birçok ülke hasta hakları konusunda kendi mevzuatlarında yeknesak düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir⁴³.

Türkiye'de söz konusu gelişmelerin yönlendirmesi çerçevesinde, 1998 yılında hasta hakları; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu madde 9'un c bendi ile 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname dayanak gösterilerek yönetmelik düzeyinde bir düzenleme ile mevzuatlaştırılmıştır. Temel insan haklarının sağlık hizmetlerindeki yansımaları olarak nitelendirilebilecek hasta haklarının, hak ve özgürlüklerin mevzuatlaştırılması sistematigiine uygun olmayan bir şekilde yönetmelik seviyesinde düzenlenmesi ayrı bir tartışma konusu olsa da⁴⁴, genel itibariyle yönetmeliğin uluslararası düzeyi yansıttığı dikkati çekmektedir⁴⁵.

Tıbbın uygulanması esnasında ortaya çıkan bir problem olarak algılanması gereken defansif tıbbi uygulamaların da hasta hakları çerçevesinde değerlendirmesinin yapılması, konunun hukuki boyutunun irdelenmesi anlamında da ilk adımdır.

⁴² Özcan B, Özel Ç. Kişilik Hakları Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ortaya Çıkan Tıbbi İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler. Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi 10(1): 54, 2007., Günaydın S. Hasta Hakları ve Aydınlatılmış Onam. Anestezi Dergisi 11: 243, 2003.

⁴³ Gojayeva A. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Hukukuna Etkileri. Sağlık Hukuku Digestası (Ankara Barosu Yayınları) 1(1): 28-70, 2009., Katoğlu T. Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi. AÜHF 55: 161-164, 2006.

⁴⁴ Özgürlükler hukuku çerçevesinde konunun kısa bir değerlendirilmesi yapıldığında, Anayasa'nın 13. Maddesi gereğince hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak yasalarla yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla normal hiyerarşisi bağlamında hak ve özgürlüklerin de tesisinin yasalar yoluyla yapılması, tesis edilen hak ve özgürlüğün pratik anlamının daha kuvvetli olabilmesi için elzemdir.

⁴⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz; Sert G. *Hasta Hakları Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, İstanbul, 2004.*

Defansif tıbbi uygulamaları, tartışma konusu haline getiren en önemli noktaların başında, bu türden uygulamaların, tıbbi gereklilik olmamasına rağmen ve olağan medikal bakım standartlarından çıkılarak gerçekleştirilmesi gelmektedir. Söz konusu durum ile hasta haklarını karşılaştırdığımız zaman; Yönetmeliğinin 11. maddesinde, tıbbi gereklere uygun bakım, teşhis ve tedavi hakkı düzenlenmiş olup madde içeriğinde, hastanın modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhis, tedavi ve bakım hakkı olduğunun, tıbbın ilke ve kaidelerine aykırı bir şekilde sağlık hizmetlerinin sunulmasının yasaklandığının ifade edildiği görülmektedir. Buradan hareketle defansif tıbbi uygulamaların söz konusu maddeye açıkça aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bu çerçevede dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da hekimin bu türden uygulamalara yönelmesi ile asıl amacının, hastaya tıbbi yardım vermekten ziyade, olası bir malpraktis iddiasından kaçınmak olduğudur. Böylece hekim, tıbben gösterilmesi gereken ihtimamın da dışına çıkmaktadır. Dolayısıyla hekimin bu hareketinin Yönetmeliğin 14. maddesinde düzenlenen tıbbi özenin gösterilmesi ilkesine de aykırılık teşkil edebileceği açıktır.

Defansif tıbbi uygulamaların büyük bir çoğunluğu, hastanın sağlık hizmetlerinden adalet ve hakkaniyete uygun olarak faydalanma hakkına da aykırılık teşkil etmektedir. Buradaki hakkaniyet kavramının altında yatan amaç, hastanın sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun bir şekilde faydalanması olup; hekimin defansif amaçla gerekmediği halde, tıbbi gerekliliği bulanmayan tetkik istemesi, tıbbi gerekliliği bulunmayan ilaçların reçetelendirilmesi ya da negatif uygulamalarda olduğu gibi hastadan kaçınması, söz konusu Yönetmeliğin 6. maddesinde yer alan sağlık hizmetleri sunanların adalet ve hakkaniyete uygun hizmet verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi anlamını taşımaktadır.

Hekimin tıbbın uygulanması esnasında defansif amaçla hareket etmesi, doğal olarak hastadan da saklanan bir durumdur. Hekim bu amaçla olağan medikal bakım standartlarından çıktığında, muhtemelen hastasına herhangi bir bilgi vermeyecek ya da sorgulama içine giren hastasına, uygulamanın hastalığının gereği olduğunu ifade edecektir. Bu durumda ise söz konusu Yönetmeliğin üçüncü bölümünde yer alan hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı ihlal edilecektir. Nitekim hasta, uygulanacak teşhis, tedavi ve müdahale usulleri, bunların neden ve sonuçları ile hastalığın seyri ve neticeleri konusunda bilgi alma hakkına sahip olup, esasında bu sadece hastanın talep ettiğinde yerine getirilecek bir haktan ziyade, istisnai haller dışında, hekim tarafından hastaya sunulması gereken bir yükümlülüktür⁴⁶.

⁴⁶ Yönetmeliğin 18,19 ve 20. maddelerinde bilgi vermenin usulü, bilgi verilmesinin caiz olmadığı ve tedbir alınması gereken haller ile bilgi verilmesinin yasaklanması hususları düzenlenmiştir.

Hastanın genel sağlık durumu ve uygulanacak usul ve yöntemler hakkında bilgi alması ya da bilgilendirilmesinin bir diğer boyutu ise bu bilgilendirme neticesinde hastanın uygulanacak tıbbi prosedür hakkında rıza vermesidir. Hekimin herhangi bir uygulamayı örneğin biyopsi gibi hem hastanın vücut bütünlüğü hem de maneviyatı üzerinde olumsuz neticeler bırakması muhtemel bir uygulamayı tıbben gerekli olmadığı halde defansif bir amaçla gerçekleştirmek istemesi durumunda, daha önce izah ettiğimiz üzere muhtemeldir ki hastasına bu uygulamanın esasında tıbben gerekli olmadığını ancak kendi hukuki güvenliği için bu uygulamayı gerçekleştirmek istediğini bildirmeyecektir. Bu durumda hekim söz konusu tavrıyla, hastanın rıza iradesini de sakatlayacak ve uygulamanın gerekli olduğu konusunda bir bilgilendirme yapacaktır. Söz konusu durumda hastanın vermiş olduğu rıza söz konusu Yönetmeliğin 28. maddesinde düzenlendiği üzere hukuka ve ahlaka aykırı olarak alındığı için geçersiz olacaktır ve aynı zamanda hastanın tıbbi müdahaleye etkin bir şekilde katılımı engellenmiş ve hasta özerkliği ilkesi zedelenmiş olacaktır.

Hastanın, defansif amaçla gerçekleştirilen bir tıbbi uygulama neticesinde, zarar görmesi halinde öncelikle yaşama hakkı, sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı ve güvenlik hakkı gibi pek çok hakkının elinden alınmış olacağı ise tartışmasıdır.

Anlaşılabileceği üzere, defansif tıbbi uygulamalar, hasta uygulama neticesinde herhangi bir zarara uğramasa dahi, hasta hakları ile çelişmektedir. Yürürlükte bulunan Hasta Hakları Yönetmeliğinin temel amacı ve barındırdığı ilkeler çerçevesinde bu türden uygulamalara yönelmek, hasta haklarına açık aykırılık teşkil etmekle beraber, sağlık hizmetlerinin kalitesini de düşüreceği bir gerçektir.

B. Defansif Tıpta Cezai Sorumluluk

Defansif tıbbi uygulamaların ceza hukuku açısından değerlendirilmesi için, esasında tıbbi uygulamaların, ceza hukukunda benimsenen suç tanımında konumlandırılış biçimini dikkate almak en doğru yol olacaktır. Her ne kadar bu türden uygulamaların, tıbbin esaslarına aykırı olarak gerçekleştirildiğini ve tıbbi gereklilikten sapılarak uygulandığını belirtmiş olsak da; söz konusu uygulamaların teşhis ve tedavi sürecinde yerine getirilen, modern tıbbin imkanları kullanılarak gerçekleştirilen mesleki faaliyetler olması sebebiyle, birer tıbbi uygulama olduğunun altını çizmek gerekmektedir. Dolayısıyla tıbbi uygulama hatalarının, ceza hukukunda değerlendiriliş esaslarına göz atmak defansif tıbbi uygulamaların da ceza hukuku çerçevesinde değerlendirilmesine yardımcı olacaktır.

1. Tıbbi Uygulama Hataları ve Cezai Sorumluluk

Tıbbi uygulama hatalarının ceza hukuku çerçevesinde eylemsel olarak nitelenmesi

bağlamında bu türden uygulamaların, yaralama ve insan öldürme suçları açısından tipikliğe sahip olduğu, ancak; hukuka uygunluk şartlarının varlığı durumunda ceza hukukunun ilgi alanından çıkacağı öğreti ve uygulamada baskın olan görüştür⁴⁷. Öğretide ve uygulamada tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu şartları bağlamında, özellikle hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası üzerine vurgu yapılmış ve genellikle bu iki şartın bir arada bulunması durumunda, hukuka uygunluğun sağlanabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca bu iki şartın yanında, müdahalenin tıp meslek ve sanat kaidelerine uygun olarak gerçekleştirilmesi de bir koşul olarak aranmıştır⁴⁸. İzah ettiğimiz unsurları taşıyan tıbbi müdahale biçiminde yapılan eylemler, artık başlangıcından itibaren hukuka uygun sayılacaktır⁴⁹.

Tıbbi müdahale olarak nitelendirilen bir eylem neticesinde, hastanın zarar gördüğü iddiası ile failin cezalandırılmasını talep etmesi durumunda, netleştirilmesi gereken kimi hususlar mevcuttur. Bu çerçevede evvela ortaya çıkan neticenin, komplikasyon (izin verilen risk) kapsamında kalıp kalmadığı araştırılacaktır. Eğer netice, tıbbi uygulayan kişinin kusur olarak atfedilecek bir hareketi olmadan, hastalığın devamı sırasında ortaya çıkan patolojik olaylar veya hastalıklar ya da tedavi ve tanı sürecinde kullanılan unsurların ortaya çıkardığı yan etki sonucu oluşmuşsa, tıbbi terminolojide komplikasyon, hukuki olarak ise izin verilen/kabul edilebilir risk dahilinde değerlendirilecek ve eylemin cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir⁵⁰. Bununla beraber ortaya çıkan netice ve hastanın zarar görmesi, teşhis ve tedavi yöntemlerinin ya da hastalığın muhtemel sonuçlarından değil de; hekime açıkça atfedilebilecek bir kusurdan meydana geldiyse, bu

⁴⁷ Hakeri H. Tıp Hukuku S 400-420, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007., Mahmutoğlu FS. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu. Teknoloji Tıbbi Hekim ve Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı S 203-220, İstanbul, 2006.

⁴⁸ Mahmutoğlu FS. *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu.*, Bayraktar K. Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu S 96, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972., Erman B. Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu S 28, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003. Tıbbi uygulamalarda hakkın kullanılması kavramına 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmemiş olup söz konusu kavram 5237 Sayılı Yasa'nın 26/1 maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde, "Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamla dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir. Burada hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması aranacaktır. Eğer hak bir mercie başvuru olarak kullanılacaksa, artık buradaki hak kapsamında kabul olunmayacaktır." İfadesi kullanılarak tıbbi uygulamalarda hakkın kullanılmasının geçerli olabilmesi için hekimlik mesleğini yerine getirebilmek hususunda ehil olmak ve buna dair bir ehliyete sahip olmanın aranacağı da malumun ilanı babında net bir şekilde açıklık kazanmıştır. İlgilinin rızası kavramı konusunda detaylı bilgi için bkz; Çakmut ÖY. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.

⁴⁹ Dönmezer S, Erman S. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, S 16, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.

⁵⁰ Polat O. Adli Tıpta Bilirkişilik, S 26, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

durumda tıbbın kötü uygulanması gündeme gelecek ve hekimin cezai yönden sorumluluğu doğacaktır.

Tıbbi uygulama hatalarının ceza hukuku anlamında değerlendirilmesinde, hekimin kasıtlı davranışı ile hastaya zarar vermesinin incelenecek özgün bir yanı yoktur. Nitekim kasıtlı davranış, tedavi amacını da ortadan kaldıracak ve esasında fiilin bir tıbbi uygulama değil, kasten insan öldürmenin ya da yaralamanın sonuçlarını ortaya çıkaran bir eylem olduğu kesinleşecektir⁵¹. Dolayısıyla tıbbi uygulama hatalarını cezai anlamda özellikli hale getiren unsur, hekimin taksirli davranış ile hastasına zarar vermesidir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesi, iki ayrı taksir tanımından bahsetmiştir. Bunlardan ilki literatürde basit taksir olarak adlandırılan; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir. Bir diğeri de, kanunda açıkça bilinçli taksir olarak adlandırılan, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesidir⁵².

Basit taksirde; hekim, mesleğini uygularken gözetmekle yükümlü olduğu dikkat ve özeni göstermeyerek hastasının vücut bütünlüğünün bozulmasına ya da hayatını kaybetmesine sebebiyet vermekte ve ayrıca bu dikkat ve özen eksikliği nedeniyle, uygulaması neticesinde hastasında meydana gelebilecek zararları da öngörememektedir. Bilinçli taksirde ise; hekim, fiili neticesinde hastada meydana gelebilecek zararları öngörmekte, ancak gerçekleşmemesi noktasında kişisel becerilerine güvenerek eylemine devam etmektedir⁵³. Tıbbi uygulamalarda hekimler için gündeme gelebilecek diğer kusur türleri ise; olası kast ve ihmal suretiyle icradır. Özellikle olası kastın, yasa da öngörülen cezai neticeleri ve kavramın somut olaya uygulanması bağlamında dikkatli değerlendirmelerin yapılmaması durumunda, adil olmayan sonuçlar doğurması muhtemeldir. Olası kastta hekim neticeyi öngörmekte, neticeyi istememekle beraber neticenin meydana gelmemesi bağlamında herhangi bir harekette de bulunmamaktadır⁵⁴. İhmal suretiyle icra suçlarına örnek olarak ise, hekimin acil servise başvuran hasta ile kasten ilgilenmemesi veya tıbbi yardımı geciktirmesini göstermek mümkündür⁵⁵.

⁵¹ Ateş T. Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, S 93-94, Nobel Tıp Kitabevleri, Ankara, 2007.

⁵² Dönmezer S, Erman S. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, S 286.

⁵³ Ateş T. *Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, S 125.

⁵⁴ Ünver Y. Hekimin Cezai Sorumluluğu. TCK'da Sağlık Personelinin Cezai Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler. II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyum Kitabı, S 96, 13-14 Kasım 2009, İstanbul.

⁵⁵ Gökcan HT. Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları. II. Uluslararası Sağlık

2. Pozitif Defansif Tıbbi Uygulamalarda Cezai Sorumluluk

Uygulanış biçimleri ve amaçları bakımından; negatif ve pozitif olarak ikiye ayrılan defansif uygulamaları, ceza hukuku çerçevesinde irdelerken de aynı şekilde iki ayrı başlık altında incelemek, konunun daha net anlaşılmasına katkıda bulunacaktır.

Pozitif uygulamalardan olan hastaları daha fazla bilgilendirme ve hasta takiplerini sıklaştırma tarzındaki davranışlar neticesinde, hastanın zarar görme ihtimalinin bulunmaması hatta bu türden yaklaşımların sağlık hizmetlerinde kalite standardını arttırmada önemli olduğu hususu göz önüne alındığında, cezai anlamda herhangi bir irdeleme yapabilmek mümkün değildir. Fazladan konsültasyon istenmesi ve endikasyonsuz hasta yatışı talepleri de tıbbi etik açısından sakıncalı ve kimi durumlarda özel hukuk anlamında sorumluluk doğurucu davranışlar olsa da neticeleri itibariyle büyük bir çoğunluğu, (5237 Sayılı Yasa'nın 257. maddesinin uygulanabileceği haller dışında) ceza hukukunun ilgi alanına girmemektedir. Pozitif uygulamalar bağlamında esas tartışma konusu olan eylemler, beraberinde hastanın vücut bütünlüğü açısından zarar görmesi ihtimalini de getiren; fazladan ilaç yazma ve girişimsel müdahaleler ekseninde gelişen fazladan tıbbi tetkik ve tahlil istenmesidir.

36

a. Tıbbi Gerekliliği Bulunmayan İlaçların Reçetelendirilmesi

Günümüz tıbbında, en etkin tedavi yöntemlerinin başında ilaç kullanımı gelmektedir. Bununla beraber, çoğunluğu kimyasal bileşenli olan ilaçların rasyonel, hastanın ve hastalığın durumu ile uyumlu olarak kullanılmaması; sadece konumuz bağlamında değil, sağlık hizmetlerinin kaliteli sunumu çerçevesinde de önemli bir sorun olarak algılanmaktadır⁵⁶. Dünya Sağlık Örgütü'nün 1985 yılında almış olduğu kararda; ilaçların, klinik gereksinimlere uygun bir şekilde, kişisel gereksinimleri karşılayacak dozda ve olabilecek en düşük maliyette kullanılması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁷. İfade edilen çerçeve dışında, yani akılcı olmayan bir şekilde ilaç kullanımı neticesinde ise; hastalığın tedavisinde yetersiz kalınması, istenmeyen etki riskinde artış, ilaç etkileşimleri olasılığında artış, gereksiz tedavi maliyeti ve işten kalma ve kazanç kaybı gibi istenmeyen durumlarla karşı karşıya kalınacağı yapılan çalışmalarda belirtilmiştir⁵⁸.

Hukuku Sempozyum Kitabı, S 121, 13-14 Kasım 2009, İstanbul.

⁵⁶ Özata M, Aslan Ş, Mete M. Rasyonel İlaç Kullanımın Hasta Güvenliğine Etkileri: Hekimlerin Rasyonel İlaç Kullanmalarına Etki Eden Faktörlerin Belirlenmesi. II. Uluslararası Hasta Güvenliği Kongresi Kitabı, S 529-542, 25-29 Mart 2009.

⁵⁷ The Third Revision of "The use of Essential drugs" Technical Report Series No:722 Nairobi 1985 http://www.who.int/global_health_histories/seminars/presentation37.pdf (12.12.2013 Erişim Tarihi)

⁵⁸ Reich MR. Essential Drugs: Economics and Politics in International Health. Health Policy 8: 39-57, 1987., Özata M, Aslan Ş, Mete M. *Rasyonel İlaç Kullanımın Hasta Güvenliğine Etkileri: Hekimlerin*

Rasyonel olmayan ilaç kullanımının hastalar üzerindeki muhtemel sonuçları, doğal olarak; hekimler tarafından defansif amaçla gerçekleştirilen fazladan ilaç yazma eylemi neticesinde de gerçekleşebilecektir. Bu çerçevede, hasta ve hastalığın genel durumu gerektirmediği halde ilaç reçete edilmesi neticesinde hastanın uğrayacağı bedensel zararlardan, hekimler cezai olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Defansif amaçla gerçekleştirilen ilaç yazma eylemi değerlendirilirken, hastada meydana gelen zarardan sonra incelenecek olan manevi unsurdur.

Hekimlerin defansif amaçla tıbbi gerekliliği olmayan ilaç reçetelendirmesinin arkasında yatan nedenlerin başında; yazılan ilaçla, eksik ilaç önerilmesi gibi sorgulamalardan kaçınma; hastanın daha etkin bir koruma altına alınması ve belirtileri gözden kaçmış olabileceği düşünülen kimi muhtemel risklerin, bu ilaçlar vasıtasıyla bertaraf edilmesi düşüncesi yatmaktadır. Bu manada hekimin, temel amacı hastasına uyguladığı tedavi yönteminin etkisini arttırmak olup hastanın zarar görmesi manasında herhangi bir iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumların ekseriyeti, taksirli sorumluluk çerçevesinde değerlendirilecek ve hekimin olumsuz neticeyi öngörüp öngörememesi bağlamında basit-bilinçli taksir ayrımı ile ceza tayini yapılacaktır.

Tıbbi gerekliliği olmayan ilaç reçetelendirme eylemi için, malpraktis komplikasyon ayrımı konusunda, bir parantez açmak yerinde olacaktır. Tıbbi gereklilikler çerçevesinde yazılan ilacın, hasta tarafından kullanılması ve ilacın muhtemel yan etkilerinin oluşması durumunda; hekimin hastasına bu konuda ilaç yazmadan önce bilgi verdiği sabit olursa, hastada oluşan neticeden hekimin herhangi bir sorumluluğu doğamayacaktır. Ancak defansif amaçla gerçekleştirilen ilaç yazımında, hekimin hareketinin tıbbın gereklerine aykırı olması ve esasında hastaya söz konusu ilacın gereksiz yere ve fazladan yazıldığına ortaya çıkması halinde; hekim hastada beliren zararın bir komplikasyon olduğunu da iddia edemeyecektir. Nitekim bu durumda, ilacın reçete edilmesi zaten başlı başına bir tıbbi uygulama hatası olacaktır.

b. Tıbbi Tetkik Yöntemlerinin Tıbbi Gereklik Bulunmadan Kullanılması

Gelişen teknolojiye sağlık sektörünün de hızlı bir şekilde uyum sağlaması ile tıbbi uygulamalarda araştırma ve inceleme yöntemleri, son elli yıl içerisinde, hekimlere oldukça geniş imkanlar sağlamaya başlamıştır. Bu çerçevede özellikle hastalıkların teşhisinde birçok tıbbi test, görüntüleme tekniği ve tahlil yöntemleri yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Defansif tıbbi uygulamalarda güvence davranışlarının bir diğer görünümü de fazladan ve gereksiz yere uygulanan tetkik yöntemleridir. Söz

konusu yöntemlerin ekseriyetinin defansif amaçlarla gereksiz yere uygulanması; esasında hastalar için daha ziyade ekonomik ve zamansal kayıplara yol açacaktır. Bununla beraber, biyopsi gibi kimi girişimsel uygulamaların hastaların vücut bütünlüğü üzerinde olumsuz etkileri olabilmekte ve söz konusu uygulamaların defansif amaçla gerçekleştirilmesi; bu uygulamaların ceza hukukunun ilgi alanına girmesine neden olabilecektir.

Biyopsi gibi hastanın vücut dokunulmazlığı ihlal edilerek gerçekleştirilen uygulamalar, ilk bakışta tipiklik açısından kasten yaralama ile uyuşmaktadır. Çalışmanın diğer bölümlerinde bahsettiğimiz, ilgilinin rızası kavramı ya da kimi hallerde varsayılan rıza, burada devreye girmekte ve eylemi de hukuka uygun hale getirmektedir⁵⁹. Söz konusu durumun defansif tıbbi uygulamalar kapsamında değerlendirilmesi halinde, hekimin biyopsi için hastadan onay almak amacıyla verdiği bilginin, gerçek durumu ne ölçüde yansıttığına bakmak gerekmektedir. Kuvvetle muhtemeldir ki hekim, hastasına biyopsi uygulamasının gerekliliğinden bahsedecek ve bu çerçevede izin alarak eylem hukuka uygun hale gelecektir. Ancak hekimin tıbben herhangi bir gerekliliği olmamasına rağmen biyopsi istediğinin ortaya çıkması durumunda, hastanın rıza vermiş olmasına itibar edilmeyecektir. Nitekim hastanın vermiş olduğu rıza, yani irade beyanı, sakat hale gelmektedir. Tabii olarak, devam eden süreçte hastanın şikayetçi olması durumunda da hastanın rızası olduğuna dair bir savunmaya itibar edilemeyecektir.

Bu çerçevede defansif kaygıyla gerçekleştirilen, tıbben herhangi bir geçerliliğe sahip olmayan ve tıbben gereksizliği hekim tarafından objektif olarak bilinmesi gereken biyopsi uygulaması, ilgilinin rızası kavramından da yoksun olduğu göz önüne alındığında, ceza hukuku bağlamında hukuka aykırı hale gelmekte ve eylemi gerçekleştirilen hekimin, kasten yaralama fiilinden dolayı cezalandırılmasına imkan tanıyabilecektir.

3. Negatif Defansif Tıbbi Uygulamalarda Cezai Sorumluluk

Negatif uygulamaların hemen hemen hepsi içeriğinde, tıbbın uygulanması esnasında gerekli teşhis ve tedavi imkanları mevcut olduğu halde; kaçınma, ihmal ve hareketsiz kalma gibi hekimlik mesleği ile bağdaşmayan eylemleri barındırmaktadır. Hastaların sevk edilmesi ya da hekimin hastayı bir başka hekime yönlendirmesi, tıbbın uygulanması esnasında yapılan rutin uygulamalardandır. Ancak bu uygulamaları defansif hale getiren, hekimin hastaya bakabilecek

⁵⁹ Mosenheuer A. Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza. V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, S 69-80, 2008, Ankara.

mesleki yeterliliğe ve/veya tıbbi imkanlara sahip olmasına rağmen hasta ile ilgilenmekten kaçınmasıdır.

Hekim, defansif amaçla kaçınma davranışlarını uygularken, hastanın zarar görebilme ihtimalini yeterli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle öngörememiş ve hasta, hekimin kendisinden kaçınması ya da başka bir sağlık kurumuna sevk etmesi neticesinde, geçen zaman ya da bu eylemle direk bağlantılı bir sebepten zarar görmüşse; hekimin taksirli davranışı gündeme gelecektir⁶⁰. Hekimin kaçınma eylemi ile hastada oluşan olumsuz netice arasında nedensellik bağının bulunduğunu kabul ederek, hastanın yaralanması durumunda 5237 Sayılı Kanun'un 89. maddesi gereğince taksirle yaralama suçundan; hastanın hayatını kaybetmesi durumunda ise; Yasanın 85. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan, hekim cezalandırılabilir⁶¹. Hekim, hastayı sevk etme ya da hastaya bakmaktan kaçınma davranışıyla hastanın zarar görebileceğini öngörüyor fakat neticenin ortaya çıkmasını istemiyorsa; bilinçli taksirin varlığı mevcut olacak ve yasanın 22. maddesinin 3. fıkrası gereğince alacağı ceza, üçte bir oranından yarı oranına kadar arttırılabilir.

Kaçınma ve ihmali biçiminde olan negatif defansif tıbbi uygulamalarda, değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise; 5237 Sayılı yasa'nın 83. maddesinde düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesidir. Bu hükme göre fail yükümlü olduğu, ki bu yükümlülük kanuni düzenlemeden veya sözleşmeden kaynaklanmaktadır, belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemektedir. Ayrıca burada, failin icrai davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle meydana gelen ihmalin de icrai davranışla eşdeğer biçimde olması gerekmektedir. Tıbbi uygulamalara hükmü uyarladığımız zaman, hekimin sağlık kurumuna başvuran hastaya bakma yükümlüğü mevcuttur. Eğer hekim belirttiğimiz şekilde, yani ihmali, icrai bir davranışı karşılayacak şekilde, negatif defansif davranışlarla hastaya bakmaktan kaçınır ve hasta hayatını kaybederse; ihmali davranışla insan öldürme suçu işlenmiş sayılır. Fakat hekim bu yükümlülüğünün gereği olan icrai davranışta bulunmaması sonucunda, hastanın ölebileceğini öngörmüş ise hekimi; olası kastla ya da net bir şekilde biliyorsa kastla, objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörememişse; taksirle işlenmiş öldürme suçundan yükümlü tutmak gerekecektir⁶².

⁶⁰ Parlar A, Hatipoğlu M. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler Bağlamında Kast ve Taksir S 442, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2005., Kaymaz S, Gökcan HT. 5237 Sayılı TCK. da Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları S 75, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006., Dönmezer S, Erman S. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, S 286*.

⁶¹ Dönmezer S, Erman S. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, S 56-57.*, İçel K., Sokullu FA., Özgenç İ., Sözüer A., Mahmutoğlu FS., Ünver Y., Suç Teorisi, Beta Yayınları, S 258, İstanbul, 2004.

⁶² Akbulut E. İhmal Suretiyle Kasten Öldürme Suçu, TBB Dergisi, 6: 202, 2006., Gökcan HT. *Tıp*

4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. Maddesi Çerçevesinde Defansif Tıbbi Uygulamalar

Büyük bir çoğunluğu hekimlik meslek etiği ile uyuşmayan davranışlar olan defansif tıbbi uygulamalar neticesinde, kamuda mesleklerini yerine getiren hekimler açısından, bir başka sorumluluk ihtimali de TCK'nun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde gerçekleşebilecektir. Madde içeriğine göre, suçun oluşabilmesi için eylem neticesinde kamunun veya kişilerin zarara uğraması ve mağduriyetlerine sebep olunması (kanunda suç olarak tanımlanan başkaca haller dışında) unsur olarak aranmıştır⁶³.

Pozitif defansif tıbbi uygulamalardan olan, tıbbi gerekliliği olmadığı halde tetkik istemek, ilaç yazmak, görüntüleme tekniklerini kullanmak, konsültasyon istemek ve endikasyonsuz olarak hastayı yatarak tedaviye almak hastanın ve kimi durumlarda ilgili kamu kuruluşlarının gereksiz maddi külfet altına girmesine neden olabilecektir. Söz konusu davranışların en ufak bir tıbbi değere sahip olmadan gerçekleştirilmesi, hekimlik meslek kurallarına ters olup, söz konusu uygulamalar neticesinde belirgin zararların varlığı; TCK'nun 257. maddenin birinci fıkrasına uygulanma imkanı verebilecek ve kamu görevlisi olan hekim aleyhine cezai sorumluluk yoluna gitmek mümkün olabilecektir.

40

Negatif defansif tıbbi uygulamalarda belirleyici olan; hekimin görevinin gereğini yerine getirmemesi ya da yerine getirirken ihmalde bulunmasıdır. Kaçınma davranışları olarak da adlandırılan bu tarz davranış türlerinde hekimin, teşhis ve tedavi imkanı bulunduğu halde hastayı sevk etmesi ya da bakmaktan kaçınarak bir başka hekime yönlendirmesi durumunda; hastanın hastane hastane gezdirilmesi, hastane içinde servisler arası sürekli bir şekilde gidip gelmesi, ya da bir başka hekimi beklemesi, hastanın vücut bütünlüğüne yönelik herhangi bir zarar doğmasına neden olmasa da; hastanın sağlık hizmetine ulaşımını kısıtlayacak ya da hizmet alım süresini uzatacaktır. Dolayısıyla negatif uygulamaların hastanın vücut bütünlüğü üzerinde herhangi bir olumsuz etki ortaya çıkarmasa dahi, hastanın mağduriyetine sebep olacağı neredeyse kesin olup hekimin, TCK 257/2 gereğince sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

C. Defansif Tıpta Hukuki Sorumluluk

Tıbbın uygulanması neticesinde hastalarda ortaya çıkan zararlardan ötürü bir

Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları. II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu S 121.

⁶³ Artuk ME, Gökçen A, Yenidünya C. 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler S 676-694, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

diğer sorumluluk türü de zararın tazminini amaçlayan hukuki sorumluluktur. Bu çerçevede, hukuki sorumluluğun tespiti bakımından, önem kazanan nokta; hasta ile hekim arası hukuki ilişkinin hangi esaslar zemininde gerçekleştiğidir. Hukukumuzda, hekim ile hasta arasında teşhis ve tedavi amacıyla kurulan ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olduğu dolayısıyla sorumluluğun da sözleşmeye dayandığı itibar edilen görüştür. Bununla beraber, hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşmesel ilişkinin bulunmadığı ve hastanın tıbbın uygulanması nedeniyle zarar gördüğü durumlarda ise; haksız fiil hükümleri ve kimi zamanlarda da vekaletsiz iş görmeye dair esaslar gündeme gelebilecektir⁶⁴.

Hastanın teşhis ve tedavi amacıyla hekime başvurması ve hekimin de hastanın hastalık öyküsünü almasıyla başlayan sözleşmesel ilişkinin, hangi tür sözleşmeler içerisinde değerlendirileceği önem taşıyan bir başka sorudur. Burada 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 502. maddesi devreye girmektedir. Madde içeriğinde “*Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, teşhis ve tedavi amaçlı hasta hekim arası bir araya gelmelerde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı öğreti ve uygulamada kabul edilen baskın görüştür⁶⁵.

Vekalet sözleşmesinin temel noktası, vekilin vekalet verene karşı bir iş görme borcu altına girmesi olup vekilin işin görülmesi esnasında gözetileceği ilk unsur ise; vekalet verenin menfaatleridir. Ayrıca vekalet sözleşmelerinde, vekaleten yapılması istenen işin neticelenmemesinin rizikosu da vekalet veren üzerinde bulunmaktadır. Yani vekilin, işin istenilen şekilde neticelenmemesinden ötürü herhangi bir sorumluluğu bulunmamakla beraber önemli olan işin vekilin menfaatlerine uygun bir şekilde ve vekillik sorumluluğu gözetilerek yapılmasıdır⁶⁶. Bu bağlamda tıbbi uygulamalar açısından değerlendirme yapıldığında; hekimin

⁶⁴ Ayan M. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk S 173, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991., Demir M. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. AÜHFD 57(3): 225-252, 2008., Şenocak Z. Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu S 18, AÜHF Yayınları, Ankara, 1998., Öztürkler C. Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları S 55, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003., Alkanat MB. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. STED 11(5): 177, 2002., Büyükay Y. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. AÜEHFD 7(1-2): 383-396, 2004. İpekyüz FY. Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi S 13 vd. Vedat Kitabevi, Ankara, 2006.

⁶⁵ Şenocak Z. Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu S 18., Ayan M. **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk S 49-52.**, Öztürkler C. **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları S 55.**, Hasta hekim arası sözleşmesel ilişkinin nitelendirilmesi hususunda bkz; Yargıtay 13. HD. **2009/13214 Es. 2010/3694 K. 23.03.2010 T, 2013/391 Es. 2013/7544 K. 26.03.2013 T.**

⁶⁶ Yavuz C. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler S 607 vd., Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2007., Erkan VU, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD 62(2): 447, 2013.

esas sorumluluğu, hastanın iyileşmesi değil, daha önce de izah etmiş olduğumuz teşhis ve tedavinin tıbbın gereklerine göre dikkat ve özen içinde yapılması ve hastanın menfaatlerinin gözetilmesidir⁶⁷.

Taraflar arasında vekalet sözleşmesinin var olması ve yine sözleşme kaynaklı olarak, vekil edenin zarara uğraması durumunda; vekilin sorumluluğu için bazı şartların bir arada olması aranacaktır. Bu çerçevede vekilin sözleşmeye aykırı bir hareketi, söz konusu hareketin aynı zamanda kusur içermesi ve kusurlu hareket neticesinde vekil edenin zarara uğraması (uygun illiyet bağı ile beraber); vekilin maddi ve manevi zararların tazmini sorumluluğunu gündeme getirecektir⁶⁸. Tıbbın uygulanması ekseninde oluşan hasta hekim arası sözleşmelerde de tabii olarak aynı koşullar aranacaktır. Burada parantez açılması gereken nokta ise; kusur bağlamında, hekimler için objektif sorumluluğun mevcut olduğudur. Hekim sözleşmeden kaynaklanan görevini yerine getirirken objektif özen yükümlülüğü altında olup aynı koşullarda bir başka hekimin de göstermesi gereken özeni göstermeli ve bu doğrultuda hareket etmelidir⁶⁹.

Tıbbın uygulanması esnasında defansif davranışlar sergilenmesinin altında, hekimin görevini yerine getirirken kendisini yasal anlamda garanti altına alma refleksi yatmaktadır. Esasında ilk bakışta vekil konumunda olan hekimin, kendi hukuki güvenliğini düşünerek kimi önlemler alması gayet doğaldır. Ancak defansif amaçla gerçekleştirilen bu davranışların vekil eden olan hastanın menfaatleriyle çakışması, uygulamaların tıbbın gereklerini aşan, hasta ve hastalığın seyri ile örtüşmeyen bir boyutta olması ve neticelerinde hastanın zarara uğraması; bu türden uygulamaları hukuka aykırı hale getirmektedir. Dolayısıyla söz konusu durumlarda hastalar, uygulama nedeniyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararların tazminini talep edebileceklerdir.

Defansif tıbbi uygulama türlerinden birkaç örnekle hukuki sorumluluk kavramını açıklamak yerinde olacaktır. Söz gelimi pozitif defansif tıbbi uygulamalardan olan fazladan ilaç reçetelendirilmesi ile hekim hastasını, ek bir mali külfet altına sokmaktaysa; müvekkilinin maddi menfaatlerini gözetme yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılmaktadır. Hekimin maddi sorumluluğunun sınırı hastasının uğramış olduğu maddi kayıp kadar olacaktır, bu da doğrudan zarar kavramı içerisine girmektedir. Hastanın bu davranış neticesinde, vücut bütünlüğü bozulmuşsa, mesela; ilacın fazladan reçetelendirilmesi tıbben beklenebilecek

⁶⁷ Hakeri H. *Tıp Hukuku S 2011-250.*, Demir M. *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu.*

⁶⁸ Gönenç Fİ. Kadın Doğum Vakalarının Tazminat Hukuku Yönünden Taşıdığı Özellikler. II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu S 144, 13-14 Kasım 2009, İstanbul.

⁶⁹ Demir M. *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu.*

ve öngörülebiyecek bir komplikasyona yol açmışsa, hasta bu komplikasyon neticesinde fiziksel zarara uğramışsa ve bu zarar aynı zamanda iş gücü kaybı, sürekli sakatlık gibi dolaylı sonuçları beraberinde getirmişse hekim; dolaylı zarar olarak nitelendirilen bu zararlardan da maddi ve aynı zamanda duyulan acıdan dolayı manevi tazminat bağlamında sorumlu olacaktır⁷⁰.

Hekimin tıbbi uygulama hatası iddiası ile karşı karşıya gelmemek amacıyla hastasından kaçınma yoluyla gerçekleştirdiği negatif defansif tıbbi uygulamalarda ise; hem vekalet sözleşmesi hem de hekimlik meslek kuralları bağlamında kimi ayrık durumlar ortaya çıkabilmektedir. Hastaların hekimlerini seçme özgürlüğü olduğu gibi, hekimlerin de kimi durumlarda hastaya bakmama hakkı mevcuttur. Hekimin hasta ile arasında olan uyuşmazlık, iletişim problemi ya da hekimin uzmanlık alanı veya elinde bulunan tıbbi imkanlar, kimi zaman hekimlerin hastalarına bakmaktan kaçınmalarına imkan verebilmektedir. Nitekim söz konusu imkan; hem hasta açısından teşhis ve tedavinin başarısı hem de hekim açısından görevini daha sağlıklı yerine getirme veya hastanın menfaatlerini gözetme yükümlülüğü çerçevesinde yine tıbbın gerekleri dahilinde önem taşıyabilmektedir.

Fakat her zaman ve her koşulda söz konusu özgürlüğün uygulanma imkanı mevcut değildir. Özellikle acil vakalarda ve kimi durumlarda kamu hastanelerinde hekimin bu yönde bir tasarruf yetkisi yoktur. Bununla beraber hastanın durumun stabil olması, hekim ile aynı yeterlilikte olan bir başka hekimin varlığı ya da hastayı zarara uğratmayacak bir zaman zarfında başka hekime ulaşma imkanı dahilinde; hekim tercih hakkını kullanabilecek ve hastaya bakmak istemeyebilecektir. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18 ve 19. maddeleri de hekimin hastaya bakmaktan kaçınması nedeniyle hastanın hiçbir zarara uğramaması ve hekimin gerçekten görevini yerine getiremeyecek bir durumda olması halinde, hekimin tercih hakkını kullanarak ve bunu hastaya bildirerek hastaya bakmaktan kaçınmasına imkan vermektedir. Söz konusu sınırların aşılması hekimin göstermesi gereken özen yükümlülüğüne aykırı olarak hastaya bakmaktan kaçınması durumunda hastanın zarara uğraması, hekimin tazmin sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

Yukarıda izah ettiğimiz olguların özel bir sağlık kurumunda gerçekleşmesi durumunda ise tabii ki gerçekleştirilen defansif tıbbi uygulamanın yerinde olup olmadığı kusur içerip içermediği bağlamında hekimin davranışları tetkik

⁷⁰ Gökcan HT. Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku S 547 ve 588, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

edilecektir. Ancak sorumluluk bağlamında; hasta ile hekim arasında değil, hasta ile özel sağlık kurumu arasında bir sözleşme kurulduğu için kurumun sorumluluğuna gidilecek ve kurumun, hekimin zarar ile neticelenen uygulamaları nedeni ile istihdam edenin sorumluluğu çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir⁷¹.

Kamuya ait hastanelerde defansif tıbbın uygulanması ve hastanın zarar görmesi neticesinde ise, hasta ile idare arasında idare hukuku hükümlerinin amir olduğu bir ilişki kurulacağından sorumluluk idare üzerinde olacaktır. Bununla beraber, 2001 ve 2007 yıllarında çıkan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında; hekimin, dikkat, özen ve bilgi eksikliği nedeni ile hastaya vermiş olduğu zararlardan özel hukuk ilişkisi çerçevesinde (vekalet akdi) sorumlu olacağı belirtilmiş ve tıbbın kötü uygulanması iddiaları içeren davaların, doğrudan hekime yöneltilebileceği ifade edilmiştir⁷².

Esasında hekimin tıbbi uygulamalar esnasında hastasına vermiş olduğu zararın çözümlenmesi ister vekalet akdi isterse de haksız fiil sorumluluğu esaslarına göre yapılsın değişmeyecek olan esas; tıbbi uygulamaların, tıbbın gerekleri dairesinde ve objektif özen yükümlülüğü bağlamında yerine getirilmesidir. Defansif tıbbi uygulamalarla söz konusu eksenden kayılması ve hastanın zarar görmesi; tıpkı tıbbi uygulama hatalarında olduğu gibi hekimin sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

SONUÇ

Günümüzde tıbbın uygulanması ya da uygulanan tıbbın değerlendirilmesi, sadece tıp biliminin gerekleri çerçevesinde değil, aynı zamanda hukuki ilke ve prensiplerin de dahil olduğu bir boyutta gerçekleşmek durumundadır. Dolayısıyla bu durum; hekimlerin mesleklerini uygularken tıbbi bilgi ve becerileri yanında, mesleklerine dair pek çok hukuki bilgi ve normatif düzenlemeye de vakıf bir şekilde hareket etmeleri zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.

Defansif tıbbi uygulamaların sağlık hizmetlerinin sunumunda hatırı sayılır bir sorun olarak ortaya çıkmasını da esasında bu zorunluluğun çarpık bir sonucu olarak nitelemek mümkündür. Nitekim hekimler, malpraktis davalarını ve bu davaların çıkış noktası olan hasta hakları ve hukuki sorumluluk kavramlarını; mesleklerini uygularken başları üzerinde sallanan Demokles'in kılıcı gibi

⁷¹ Kicaloğlu M. Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları S 139, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011., Canbolat F. Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı. TBB Dergisi 80: 156-181, 2009.

⁷² Yargıtay HGK. 26.09.2001, 2001/4-595 E. 2001/643 K., Yargıtay HGK. 31.10.2007, 2007/4-800 E. 2007/797 K., Canbolat F. **Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı.**

algılamakta, tehlike olarak nitelendirdikleri bu davalarla karşı karşıya gelmemek için, hem tıbben hem de hukuken olumsuz sonuçlar doğurması pek muhtemel olan defansif tıbbi uygulamalara yönelmektedirler.

Defansif tıbbi uygulamaları dikkate değer yapan en önemli nokta olarak, ülkemizde dahil olmak üzere, pek çok ülkede gerçekleştirilen çalışmalarda; bu türden uygulamaların hekimler arasında oldukça yaygın, hatta tıbbın uygulanması esnasında rutin davranışlar olarak yer almaya başlaması gösterilebilir. Hekimler arasında oldukça sık başvuru olan bu uygulamalar; sağlık hizmetlerinin kalitesini düşürürken toplam sağlık harcamalarında da gereksiz bir yük olarak kendini göstermektedir.

Defansif tıbbi uygulamaların esas büyük paradoksu ise hukuki sonuçlar çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. En genel ifadeyle, tıbbi uygulama hataları iddialarının ve aleyhe olduğu düşünülen mevzuatların hekimler üzerinde yarattığı baskı neticesinde ortaya çıkan bu uygulamalarla hekimler, olası bir malpraktis iddiasını ve bunun doğrudan sonucu olan dava edilme ihtimalini bertaraf etmeyi amaçlarken tam aksine, bu ihtimali kendi elleriyle yakınlaştırmaktadırlar.

Tıbbi gerekliliği olmayan ilaç reçetelendirilmesi, gerekli olmadığı halde cerrahi müdahalede bulunma, riskli hastaları yeterli teşhis ve tedavi imkanları olduğu halde sevk etme ve benzeri türden olan davranışlar; çoğu zaman hem tıbbın hem de hukukun meşru gördüğü sınırların aşılmasına neden olmakta, hekim bu tür davranışlarla, hasta haklarına aykırı, hukuki ve cezai sorumluluk doğurabilecek ve meslek etiği ile bağdaşmayan bir neticenin meydana gelmesine sebep olabilmektedir. Bu bağlamda hekimin defansif tıbbi davranış içersine girmesi evvela kendi hukuki güvenliğine, ardından da hastasının vücut bütünlüğüne zarar verebilecektir.

Sorunun, hekimlerin çalışma koşullarının düzeltilmesi, hukuki ve cezai sorumluluk bağlamında hekimlik mesleğinin koşullarını gözetken yasal düzenlemelerin yapılması, bilirkişilik kurumlarının standartlarının yükseltilmesi, gibi hekimlerde tedirginliği azaltacak çözümsel boyutları olsa da esas çözüm; tıbbi uygulama hatalarının en aza indirgenmesi ile mümkün olabilecektir.

Tıbbi uygulamaların hukuki boyutunun hekimler tarafından göz ardı edildiği ya da yanlış algılandığı, malpraktis iddiasından kaçınma amacıyla hekimlerin defansif uygulamalar içersine girmesi ile de anlaşılabilir. Esasında hukuk ile bu denli iç içe geçen sağlık hizmetlerinin sunumunda, hekimlerin neden ve sonuçlarını tam olarak algılayamadığı hukuki kavramlara karşı tedirginlik yaşamaları ve bu tedirginliği mesleki uygulamalarına yansıtmaları oldukça olağandır.

Dolayısıyla ilk etapta, tıp fakültelerinde Adli Tıp derslerine sıkışmış bir vaziyette bulunan hukuki bilgi sunumunun daha etkin bir şekilde verilmesi yolunda gerekli düzenlemelerin yapılarak, tek başına bir ders olarak temel hukuk bilgisi ve sağlık hukukunun müfredatlara koyulması; mesleklerini icra eden hekimler için ise hukuki eğitim seminerlerinin daha yoğun ve aktif bir şekilde meslek odaları ile Sağlık Bakanlığı tarafından verilmesi, hekimlerde hukuki nosyonun oluşmasında önemli katkılar sağlayacaktır.

◆◆◆◆

KAYNAKLAR

AKBULUT, Emre, İhmal Suretiyle Kasten Öldürme Suçu, TBB Dergisi, 6: 183-225, 2006.

AKYILDIZ, Sunay, Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamadaki Sorunlar. V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 2008.

ALKANAT, Murat B, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. STED 11(5): 177-180, 2002.

AMİRESMAİLİ, Mohammadreza, et al. “A Survey On Frequency Of Defensive Medicine Among General Practitioners Of Kerman City.” *Payavard Salamat* 7(5): 399-409, 2014.

ARTUK, Mehmet E/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

ATEŞ, Turan, Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, Nobel Tıp Kitabevleri, Ankara, 2007.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991.

AYNACI, Yusuf, Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp A.B.D., Tıpta Uzmanlık Tezi, Konya, 2008.

BALDWIN, LM/ HART, GL/ LLOYD, M/ FORDYCE, M/ ROSENBLATT, R. Defensive Medicine and Obstetrics. JAMA 274: 1606-1610, 1995.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.

BERGEN, RP. Defensive Medicine Is Good Medicine. JAMA 228(9): 1188-1189, 1974.

BERRINGTON DE GONZÁLEZ, A/ MAHESH, M/ KIM, KP/ BHARGAVAN, M/ LEWIS, R/ METTLER, F/ LAND, C. Projected Cancer Risks From Computed Tomographic Scans Performed in The United States In 2007. Arch Intern Med. 169:2071-2077, 2009.

BLACKER, M. Defensive Medicine-Legally Necessary but Ethically Wrong ? JAMA INTERN MED, 20.05.2013, doi:10.1001/jamainternmed.2013.7293, <http://archinte.jamanetwork.com/> (10.10.2013 Erişim Tarihi)

BOVBJERG, RR. “Legislation on Medical Malpractice: Further Developments and a Preliminary Report Card”. Universty of Dawis Law Reviev 22: 499, 1989.

BÜYÜKAY, Yusuf. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. AÜEHFD 7(1-2): 383-396, 2004.

CANBOLAT, Ferhat. Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı. TBB Dergisi 80: 156-181, 2009.

CATİNO, M. Why Do Doctors Practice Defensive Medicine? The Side-Effects Of Medical Litigation. Safety Science Monitor, 15,1: 1-12, 2011

CONROY, AD. Lessons Learned from the ‘Laboratories of Democracy’: A Critique of Federal Medical Liability Reform,” Cornell Law Review 91(5): 1167, 2006.

DE VILLE, K. Act First and Look Up the Law Afterward?: Medical Malpractice and the Ethics of Defensive Medicine. Theoretical Medicine and Bioethics 19: 569-589, 1998.

DEMİR, Mehmet. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. AÜHFD 57(3): 225-252, 2008.

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.

EDWARDS, KS. Defensive Medicine: Health Care With A Pricetag. Ohio State Med J 81:38-42, 1985.

ERKAN, Vehbi U, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Verenin Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD 62(2): 447, 2013.

ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

ERTEM, G/ OKSEL, E/ AKBIYIK, A. Hatalı Tıbbi Uygulamalarla İlgili Retrospektif Bir İnceleme. *Dirim Tıp Gazetesi* 84819: 1-10, 2009.

GOJAYEVA, Alvina. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Hukukuna Etkileri. *Sağlık Hukuku Digestası (Ankara Barosu Yayınları)* 1(1): 28-70, 2009.

GÖKCAN, Hasan T, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

GÖKCAN, Hasan T, Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları. II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyum Kİtabı, 13-14 Kasım 2009, İstanbul.

GÖNENÇ, Fulya İ. Kadın Doğum Vakalarının Tazminat Hukuku Yönünden Taşıdığı Özellikler. II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu Kitabı, 13-14 Kasım 2009, İstanbul.

GÜNAYDIN, Serdar. Hasta Hakları ve Aydınlatılmış Onam. *Anestezi Dergisi* 11: 243, 2003.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

HERSHEY, N. The Defensive Practice Of Medicine: Myth Or Reality. *Milbank Mem Fund Q* 50: 69-97, 1972.,

HİRSH, HL. Defensive Medicine- Friend or Foe? *Leg Med.* 145-180, 1989.

HİYAMA, T/ YOSHİHARA, M/ TANAKA, S/ URABE, Y/ IKEGAMİ, Y/ FUKUHARA, T/ CHAYAMA, K. Defensive Medicine Practices Among Gastroenterologists in Japan. *World J Gastroenterol*, 12(47): 7671-7675, 2006.

İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU, Füsun A/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S/ ÜNVER, Yener, Suç Teorisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

İPEKYÜZ, Filiz Y, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitabevi, Ankara, 2006.

Jackson Healthcare, “Defensive Medicine: Impacts Beyond Costs”. www.jacksonhealthcare.com. (06.10.2013 Erişim Tarihi)

KATOĞLU, Tuğrul. Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi. *AÜHFD* 55: 161-164, 2006.

KAYMAZ, Seydi/ GÖKCAN, Hasan T, 5237 Sayılı TCK. da Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

KÖK, AN / GÜLER, M/ ÇALANGU, S. Hekimlikte Malpraktis. ANKEM Derg 17(4): 345-351, 2003.

KÖK, Ahmet N, Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında Hekim Kusurunun Tespitine İlişkin Sorunlar. V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara, 2008.

LOCALIO, AR/ LAWTHERS, AG/ BENGTSON, JM. Relationship Between Malpractice Claims and Caesarean Delivery. JAMA 269(3):366-373, 1993.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Cezai Sorumluluğu. Teknoloji Tıbbi Hekim ve Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul, 2006.

MORRISON, MCT. Negative Medicine. Journal of Royal Society Of Medicine 87: 127-128, 1994.

MOSENHEUER, A. Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza. V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, TBB Yayınları, 2008, Ankara.

ODABAŞI, AB/ TÜMER, AR. Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike. Sted. 15(4): 55-59, 2006.

ÖNAL, G/ CİVANER, M. Hasta Hakları Uygulama Yönergesi: Türkiye'de Hasta Haklarının Yaşama Geçirilmesi İçin Bir Adım. Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi 13(3): 81-84, 2005.

ÖZATA, M/ ASLAN, Ş/ METE, M. Rasyonel İlaç Kullanımın Hasta Güvenliğine Etkileri: Hekimlerin Rasyonel İlaç Kullanmalarına Etki Eden Faktörlerin Belirlenmesi. II. Uluslararası Hasta Güvenliği Kongresi Kitabı, 25-29 Mart 2009.

ÖZCAN, B/ ÖZEL, Ç. Kişilik Hakları Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ortaya Çıkan Tıbbi İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler. Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi 10(1): 54, 2007.

ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

PARLAR, Ali/ HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler Bağlamında Kast ve Taksir, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2005.

POISAL, PA/ TRUFFER, C/ SMITH, S/ SİSKO, A/ COWAN, C/ KEEHAN, S/ DICKENSHEETS, B. Health Spending Projections Through 2016: Modest Changes Obscure Part D's Impact. Health Aff (Millwood). 26: 242-253, 2007.

POLAT, Oğuz, Adli Tıpta Bilirkişilik, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005

Reich MR. Essential Drugs: Economics and Politics in International Health. Health Policy 8: 39-57, 1987.

SETHI, MK/ ASELTINE, RH/ EHRENFELD, JM. and others. Massachusetts Medical Society. Investigation of Defensive Medicine in Massachusetts, November 2008. <http://www.ama-assn.org/ama1/pub/upload/mm/16/updated-rfs-i09-handbook.pdf> (30.12.2013 Erişim Tarihi)

SMİTH, DO. Project, The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine. Duke Law Journal 5:939-993, 1971.

SMITH-BINDMAN, R/ LIPSON, J/ MARCUS, R/ KİM, KP/ GOULD, R/ BERRINGTON DE GONZÁLEZ, A/ MIGLIORETTI, DL. Radiation Dose Associated With Common Computed Tomography Examinations and The Associated Lifetime Attributable Risk Of Cancer. Arch Intern Med. 169:2078-2086, 2009.

STOLL, P. Defensive Medicine. Beitr Gerichtl Med. 40:35-40, 1982.

STUDDERT, DM/ MELLO, MM/ SAGE, WM/ DESROCHES, CM/ PEUGH, J/ ZAPERT, K/ BRENNAN, TA. Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians İn A Volatile Malpractice Environment. JAMA 293(21):2609-2617, 2005.

SUMMERTON, N. Positive And Negative Factors İn Defensive Medicine: A Questionnaire Study Of General Practitioners. BMJ 310: 27-29, 1995.

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, AÜHF Yayınları, Ankara, 1998.

The Third Revision of “The use of Essential drugs” Technical Report Series

No:722 Nairobi 1985 http://www.who.int/global_health_histories/seminars/presentation37.pdf (12.12.2013 Erişim Tarihi)

TÜRKAN, H/ TUĞCU, H. 2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları. *Gülhane Tıp Dergisi* 46(3): 226-231, 2004

U.S. Congress. Office of Technology Assessment. July 1994. *Defensive Medicine and Medical Malpractice*. Washington, DC: U.S. Governments Printing Office. <http://biotech.law.lsu.edu/policy/9405.pdf> (13.10.2013 Erişim Tarihi)

ÜNVER, Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu. TCK'da Sağlık Personelinin Cezai Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler. II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyum Kitabı, 13-14 Kasım 2009, İstanbul.

YAHATA, S. A Study of Defensive Medicine in Japan. *Applied Ethics* P 175-186, Hokkaido Universty Press, Sapporo, 2011.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2007

YILMAZ, Kerem, Defansif Tıbbi Uygulamaların Hukuki Açından Yorumlanması, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler A.B.D., Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

YORULMAZ, Coşkun, İstanbul Tabip Odasına Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adli Tıp Açısından İrdelenmesi, İ.Ü.Adli Tıp Enstitüsü Tıp Bilimleri A.B.D., Doktora Tezi, İstanbul, 2005.

İNSAN TİCARETİ VE FUHUŞUN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*An Overview of Prostitution and Traffic on Human Beings
under International Legislation*

Arş. Gör. Sultan Şahin* , Prof. Dr. Oğuz Polat**

ÖZET

İnsanlığa karşı işlenebilecek en büyük suçlardan biri olan insan ticareti gün geçtikçe büyüyen bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. 20. yüzyılda insan hakları fikrinin doğurduğu bir çok koruyucu tedbir, sözleşme, beyanname ve uluslararası hukuk düzenlemelerine rağmen, insan ticareti önüne geçilemeyen büyük bir sorundur. İnsan ticareti sorunu, devletlerin ancak uluslararası işbirliği ile çözebileceği bir durumdur. Bu çalışmada uluslararası boyutta insan ticareti ve insan ticaretinin bir alt boyutu olan fuhuş incelenmiştir. Uluslararası düzeyde insan ticareti ve fuhuş ile ilgili hukuksal düzenlemeler, mevcut durum ve tedbirler ile Türkiye’de insan ticareti ve fuhuş ile ilgili hukuksal düzenlemeler, mevcut durum ve tedbirler karşılaştırılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Araştırmanın sonucunda Türkiye’de insan ticareti ile fuhuş konusunda ilgili çalışmaların son yıllarda artmış olduğu fakat uluslararası çalışmalar ile kıyaslandığında sınırlı kaldığı belirlenmiş ve ilerleyici eylemler ile ilgili öneriler getirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: insan ticareti, fuhuş, çocuk fuhuşu, ticari cinsel sömürü, uluslar arası hukuk, insan hakları

ABSTRACT

Human trafficking, one of the major offense to the human being, is a problem that we face everyday as an outgrowth issue. To the contrary, all preventive protective action, convention, declaration and international law regulations, human trafficking is an irrepressible trouble. It is aimed in this study to review international legislations about human trafficking , prostitution and to discuss preventional measures about the problem .Also The scope of the problem in Turkey is discussed in the light of international legislations .It is determined, human trafficking and prostitution prevention studies are still limited compared with developed countries and brought forward some proposals.

Keywords: human trafficking, prostitution, child prostitution, commercial sexual exploitation, international law, human rights

◆◆◆◆

* Ankara Üniversitesi. sultansahin@gmail.com

** Marmara Üniversitesi, Emekli Öğretim Üyesi, Adli Tıp ABD.

GİRİŞ

İnsanlığa karşı işlenebilecek en büyük suçlardan biri olan insan ticareti gün geçtikçe büyüyen bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. 20. yüzyılda insan hakları fikrinin doğurduğu bir çok koruyucu tedbir, sözleşme, beyanname ve uluslararası hukuk düzenlemelerine rağmen, insan ticareti önüne geçilemeyen büyük bir sorundur.

Doğu bloğunun yıkılması ile Türkiye, kadın ticaretine açık bir hale gelmiştir. Bu konjonktürde Türkiye insan ticareti konusunda, bir son durak ülkedir.¹ Günümüzde ise, Orta Asya'dan, Ortadoğu'dan veya Afrika'dan getirilen insan ticareti mağdurlarının Avrupa'ya veya Amerika'ya transfer edilmesinde insan ticareti için Türkiye transit bir ülke olarak kullanılabilir.²

Bunun yanı sıra, yurtdışı insan ticareti boyutu unutulmamalıdır. Türkiye'de özellikle köylerden, kasabalardan ve/veya küçük şehirlerden kaçırılan, ümit tacirliği ile ikna edilen ve/veya kandırılan kişilerin büyük şehirlerde "insan ticareti", "ticari amaçlı fuhuş" ve "çocuk fuhuşu" kurbanı olarak istismara uğradığı unutulmaması gereken en önemli noktalardan biridir.

54

İnsan ticareti, kimi zaman bir insanın, emeğinin istismarı olarak karşımıza çıkarken kimi zaman organının satılması kimi zaman da fuhuş şebekeleri tarafından cinsel istismara uğraması olarak görülmektedir. Bilhassa fuhuş amaçlı zorla çalıştırılma insan ticaretinin büyük bir oranını kapsamaktadır.³

1990 sonrası kadın ve çocuk ticareti uluslararası toplumun başta gelen sorunlarından biri haline gelmiştir.⁴ Kadınlar ve kız çocukları daha çok fuhuş amaçlı çalıştırılırken, adamlar ve erkek çocukları daha çok işçi olarak zorla çalıştırılmaktadır. İnsan ticaretine çoğunlukla kadınlar ve çocuklar konu olmaktadır.⁵ Bu bağlamda insan ticareti ağırlıklı olarak cinsiyet ve yaşa dayalı bir olgu olarak değerlendirilebilir.

¹ Arslan, Çetin. 'İnsan Ticaret Suçu'. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 53(4): S.19-85, 2004.

² End Child Prostitution and Trafficking,(ECPAT), 'Ülke İlerleme Karnesi (Türkiye)', Copyright ECPAT International, Thailand, S.7, 2010.

³ Bernart, Frances P. ve Zhiliana, Tatyana. 'Human Trafficking: The Local Becomes Global'.Women &Criminal Justice, 20(1-2): S.2-9, 2010.

⁴ Özcan, Mehmet ve Arıcan Mehmet. 'AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti'. Uluslar arası Hukuk ve Politika, 4(15): S. 1-37, 2008.

⁵ Rao, Smitri ve Presenti, Christina. 'Understanding HumanTrafficking Origin: A CrossCountry Empirical Analysis'.Feminist Economics, 18(2): S.231-263, 2012.

İnsan ticaretinin önlenmesi için uluslararası işbirliği çok önemlidir. Uluslararası hukukun yıllar süresince ortaya çıkardığı hukuksal düzenlemeler, sözleşmeler ve belgeler her bir ülke için yol gösterici olmaktadır. Bunun yanı sıra her devlet kendi politikalarını belirleyebilmeli ve iç hukukunu uluslararası hukuk ışığında düzenleyebilmelidir. Skilbrei'nin de belirttiği gibi toplumun katılımı da bu politikaları destekler biçimde olmalıdır.⁶

Bu çalışmada, uluslararası boyutta insan ticareti ve insan ticaretinin bir alt boyutu olan fuhuş incelenmiştir. Uluslararası düzeyde insan ticareti ve fuhuş ile ilgili hukuksal düzenlemeler, mevcut durum ve tedbirler ile Türkiye'de insan ticareti ve fuhuş ile ilgili hukuksal düzenlemeler, mevcut durum ve tedbirler karşılaştırılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Birleşmiş Milletler (UN), Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC), Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), Birleşmiş Milletler Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), Uluslararası Göç Örgütü (IOM), **Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürüyle Mücadele Ağı** (ECPAT), Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International) kuruluşlarının raporları ve ilgili çalışmaları, Türkiye Cumhuriyeti İç İşleri Bakanlığı'nın raporları, Türk Ceza Kanunu incelenmiştir. Bunun yanı sıra literatür taraması için de **Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi (ULAKBİM)**, Springerlink, Taylor&Francis, EBSCOhost - Legal Collection veri tabanları taranmıştır.

I. İNSAN TİCARETİ VE FUHUŞ KAVRAMI

İnsan ticareti kavramı Birleşmiş Milletler ve uluslararası örgütler tarafından tanımlanmıştır. İnsan ticaretinde bir kişinin veya kişilerin nakledilmesi, sürgün edilmesi, barınma koşullarının değiştirilmesi, asker toplama, insan satışı gibi eylemler gerçekleştirilir. Kullanılan yol ise, tehdit veya güç kullanmak, zorlamak, kaçakçılık, kandırma, korunmasızlığı suiistimal etme, kurbanı kontrol altında tutan kişiye para ödemek veya fayda sağlamak şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İnsan ticaretinin amacı çalıştırma, istismar, fuhuş/seks işçiliği, cinsel istismar, zorla çalıştırmak, esaret veya kölelik gibi uygulamalar, organ nakli ve birçok istismar çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷

⁶ Skilbrei, May-Len. *Taking Trafficking to Court*. Women & Criminal Justice 20(1-2): S.40-56, 2010.

⁷ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Global Report On Trafficking in Persons*, United Nations, New York S.16, 2012.

Fuhuş için kandırılan kadınların genellikle barmenlik, garsonluk, tezgahçılık ve masözlük mesleğinde buldukları belirlenmiştir.⁸ Fuhuş ticareti mağduru kadınlar arasında iyi eğitilmiş kadınların oranının yüksek olduğu asıl sorunun kadının vatandaşı olduğu ülkede ve/veya çalıştığı sektörde ekonomik özgürlüğünü kazanamamış olmasıdır.⁹ İletişim ağlarının, özellikle internetin sağladığı kolaylıklar ve bu suç üzerinden elde edilen önemli miktardaki yasadışı gelir, uluslararası suç şebekelerinin bu alanda yoğun faaliyette bulunmasına neden olmuştur.¹⁰

2000 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “Sınır aşan Örgütlü Suça Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini Tamamlayan, Özellikle Kadınların ve Çocukların Olmak Üzere, İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü (*Protocol to Prevent, Suppress and Punishing Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*)” nde, Madde 3’te tanımlanan şekli ile “**İnsan ticareti**”, 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 gelmektedir. İstismar terimi, asgari olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içermektedir.¹¹

İnsan ticareti bağlamında, “zorla çalıştırma” kavramının içeriği 1932 yılında yürürlüğe girmiş “ILO Cebri/Zorla Çalıştırma Sözleşmesi (*Forced Labour Convention No.29*)” nde tanımlanmıştır. “*Zorla (Cebri) ya da zorunlu çalıştırma kavramı*, herhangi bir kişinin herhangi bir ceza tehdidi altında yapmaya mecbur tutulduğu ve söz konusu kişinin bu çalışmayı gönüllü olarak teklif etmediği her türlü çalışma iş ya da hizmet anlamına gelir.”¹²

⁸ Albanese, Jay, ‘A Criminal Network Approach to Understanding & Measuring Trafficking in Human Beings. *Measuring Human Trafficking*, Springer, New York, S. 55-71, 2007.

⁹ Rao, Smitri ve Presenti, Christina. ‘Understanding Human Trafficking Origin: A Cross Country Empirical Analysis’. *Feminist Economics*, 18(2): S.231-263, 2012.

¹⁰ Özcan, Mehmet ve Arıcan Mehmet. ‘*AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*’. *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 4(15):S.1-37, 2008.

¹¹ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html>

¹² Gemalmaz, Mehmet Semih, ‘*İnsan Hakları Belgeleri Cilt V*’, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, S.394, 2004.

İnsan ticareti bağlamında, “zorla fuhuş” yaptırma kavramı ise 1951 yılında yürürlüğe girmiş “Birleşmiş Milletler İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fahişeliğinin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi (*Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*)” nin 1. Maddesinde açıkça tanımlanmıştır. Zorla fuhuş yaptırma, diğer bir kimsenin arzularını tatmin etmek üzere: (1) Bir başka kişiyi, onun rızası bulunsa bile, fahişelik amaçlarıyla temin etme, baştan çıkartma ya da yönlendirme (2) Bir başka kişinin, onun rızası bulunsa bile, fahişeliğini sömürme olarak tanımlanmıştır.¹³

Çocuğun cinsel sömürüsü/fuhuşu ise, bir yetişkin tarafından 18 yaş altındaki kişinin cinsel amaçlı kötüye kullanımudur. Bu çocuğa para verilmesi karşılığında olabileceği gibi üçüncü bir kişiye veya kişilere para verilmesi şeklinde de olabilir. Çocuğun cinsel sömürüsünde çocuğa cinsel veya ticari bir nesne olarak bakılmakta, çocuk, fuhuş veya pornografi için kullanılmaktadır. Çocuğun ticari olarak cinsel sömürüsü çocuğu zorlama veya kaba kuvvet kullanarak yapılmaktadır ve bu zorla yaptırılan bir iş olarak modern köleliğin bir başka şekli olarak yorumlanabilir.¹⁴ Çocuk fahişeliği bazı zamanlar organize olmayan ama genellikle organize halde yapılan küçük ölçekli kişisel karaborsacılıkla ya da büyük ölçekli geniş suç örgütleriyle ilgilidir.¹⁵ Çocuğun ticari olarak cinsel sömürüye uğradığının belirlenme aşamasında; insan ticaretindeki baskı, zorlama gibi kanıtlara ihtiyaç yoktur, 18 yaş altındaki her çocuk cinsel sömürüye uğradığı takdirde, durum çocuk ticareti olarak kabul edilmektedir.¹⁶

Çocukların cinsel açıdan sömürülmesi, aşağılayıcı ve onur kırıcıdır ve çocuğun hayatını tehdit eden sonuçlar doğurur. Başlıca üç tip cinsel sömürü vardır: (1) Pornografi, (2) fuhuş ve (3) çocuk seks turizmi. Çocuk fuhuşu; çocukların fuhuş sektöründe yetişkinlere pazarlanmasıdır. Hem erkek hem de kız çocuklar fuhuşta kullanılabilir.¹⁷ Cinsel sömürü amaçlı çocuk ticareti sürecinin üç önemli unsuru bulunmaktadır: mağdurlar, çocuk tacirleri (aracılar) ve sömürücüler (kullanıcılar). *Mağdurlar*, içinde bulunduğu kötü hayat şartlarından kurtulmak amacıyla ya kendisi ve ailesinin ya da çocuk tacirlerinin (aracıların) talebi doğrultusunda

¹³ Gemalmaz, Mehmet Semih, *a.g.e.* S.357

¹⁴ ECPAT, ‘Combating The Trafficking in Children for Sexual Purposes’, ECPAT Netherlands , Amsterdam,2006.S.6, 2006.

¹⁵ Polat, Oğuz, ‘Çocuk Fuhuşu’, 2012, <http://www.adlitip.org/cocuk-fuhusu/> Erişim tarihi: 07.05.2013.

¹⁶ Department of State, USA. ‘*Trafficking In Persons Report*’, 2012. <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2012/> Erişim Tarihi: 23.01.2013

¹⁷ Polat, Oğuz, ‘*Çocukların Cinsel Sömürüsü Raporu*’, 2006, <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/.../cocuk-cinsel-somuru-rapor-01.doc>, Erişim tarihi: 01.03.2013.

sürece başlamaktadırlar. Çocuk tacirleri (aracılar), hem arz hem de talep tarafını arttırmak için çalışmaktadırlar. Mağdurları çeşitli vaatlerle kandırarak, somürücüleri de mağdurlara ulaşmalarını kolaylaştırarak, bu mekanizma içinde kendi kazançlarını artırmaktadırlar. *Sömürücüler* (kullanıcılar), çocuk ticaretinin prosedürü ile ilgilenmemekte, mağdurların kendilerine ulaştıktan sonraki süreçte rol almaktadırlar.¹⁸

II. DÜNYADA YASAL DÜZENLEMELER, MEVCUT DURUM VE ÖNLEMLER

Bu bölümde insan ticareti ve fuhuş ile ilgili uluslararası hukuki düzenlemelere yer verilecektir. Bunun yanı sıra, dünya üzerinde insan ticaretinin yıllara göre mevcut durumu, mağdur sayısındaki artış ve bir çok ülkede ne gibi önlemler alındığı örnekler ile tartışılacaktır.

A. Yasal Düzenlemeler

İnsan ticareti Birleşmiş Milletlerin düzenlediği sözleşmeler kapsamında ve gerekli güncel düzenlemeler için hazırlanan ek protokoller ile birlikte, insan ticareti ve fuhuş ilişkisi ortaya açık bir şekilde konulmuştur.

İnsan ticaretine ilişkin uluslararası ilk önlem Birleşmiş Milletler dönemi öncesinde 1926 yılında Cenevre’de imzalanan ve 1927 yılında yürürlüğe giren “Kölelik Sözleşmesi (*Slavery Convention*)” dir. Ardından bu sözleşmenin İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Birleşmiş Milletler sistemine uyumlu hale getirilmek üzere 1953 yılında, “Cenevre’de 25 Eylül 1926’da İmzalanan Kölelik Sözleşmesini Değiştiren Protokol (*Protocol Amending the Slavery Convention signed at Geneva on 25 September 1926*)” BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. 1956 yılında ise, “Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Tamamlayıcı/(Ek) Sözleşme (*Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similiar to Slavery*)” kabul edilmiştir.¹⁹

1951 yılında yürürlüğe giren “İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fahişeliğinin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi”nin başlangıç kısmında belirtildiği gibi: Fahişelik ve bunun beraberinde gelen fahişelik amacıyla insan ticareti musibeti, insan onuru ve değeriyile bağdaşmaz olduğuna ve bireyin, ailenin ve topluluğun

¹⁸ UNICEF, *The State of the World of the Children 2005 - Childhood under Threat*, UNICEF, New York, S. 25-90, 2005b.

¹⁹ Gemalmaz, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt V*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, S.319-353, 2004.

esenliğini tehlike altına soktuğuna göre, kadınların ve çocukların ticaretinin önlenmesi bakımından uluslararası belgeler: (1) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 3 Aralık 1948 tarihinde onaylanan Protokol ile değişik, 18 Mayıs 1904 tarihli “ Beyaz Köle Ticaretinin Önlenmesi Antlaşması (*International Agreement of 18 May 1904 for the Suppression of the White Slave Traffic*)”, (2) 3 Aralık 1948 tarihinde onaylanan Protokol ile değişik, 4 Mayıs 1910 tarihli Beyaz Köle Ticaretinin Önlenmesi Uluslar arası Sözleşmesi (*International Convention of 4 May 1910 for the Suppression of White Slave Traffic*)”, (3) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20/10/1947 tarihinde onaylanan Protokol ile değişik, 30 Eylül 1921 tarihli “Kadınların ve Çocukların Ticaretinin Önlenmesi Uluslar arası Sözleşmesi (*International Convention of 30 September 1921 for the Suppression of Traffic in Women and Childre*n)”, (4) 20/10/1947 tarihinde onaylanan Protokol ile değişik, 11 Ekim 1933 tarihli “Yetişkin Kadınların Ticaretinin Önlenmesi Uluslar arası Sözleşmesi (*International Convention of 11 October 1933 for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age*)” belgelerinin kapsamını genişleten bir sözleşme olarak “İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fahişeliğinin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi (*Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*)” ni imzalanmıştır.²⁰

2000 yılında ise, “Sınıraşan Örgütlü Suça Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini Tamamlayan, Özellikle Kadınların ve Çocukların Olmak Üzere, İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve Cezalandırılması Protokolü (*Protocol to Prevent, Suppress and Punishing Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*)” kabul edilmiştir.²¹

İnsan Ticareti ile Mücadelede 2002 tarihli Avrupa Birliği Konseyi çerçeve kararında üye devletlerin tekil eylemleriyle insan ticareti ile mücadele edemeyecekleri; mücadele edilebilmesi için “etkili, orantılı, caydırıcı” yaptırımlar öngören hukuki düzenlenmelerin dünya çapında benimsenmesi gerektiği belirtilmiştir.²²

Amsterdam Antlaşması sonrası 1999 yılında alınan Tempere Zirvesi kararlarının süresinin dolmasının ardından Avrupa Birliği 2005-2010 yıllarını kapsayan Lahey Programını kabul etmiştir. Lahey Programı Komisyon ile Konsey’in 2005 yılında insan ticareti ile mücadele ve insan ticaretinin önlenmesine ilişkin ortak standartların, en iyi uygulamaların ve mekanizmaların geliştirilmesi amacı ile bir Plan hazırlanması öngörülmüştür. 2005 yılında ise “İnsan Ticaretine Karşı

²⁰ Gemalmaz, Mehmet Semih, *a.g.e.* S.354

²¹ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html>.

²² Renk, Bersu ve Demir, Oğuzhan Ömer. ‘İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler’. Polis Bilimleri Dergisi, 13(1): S.51-75, 2012.

Avrupa Sözleşmesi” imzalanmıştır.²³ Bu sözleşme, belirlenen suç tiplerine göre nasıl yaptırımlar uygulanacağı konusunda yol gösterici olmaktadır.

Çocuk seks turizmi ise çocuk ticari sömürüsünün bir başka formudur. Çocuk seks turizmi, çocuk ile cinsel aktivite içinde bulunmak üzere kendi ülkesinden daha az gelişmiş ülkeye çocuğun ticari cinsel sömürüsü için kişinin seyahat etmesidir.²⁴ Seks ticareti ve turizmi ile çocukların cinsel sömürüsünü önlemek amacıyla **Çocuklara Yönelik Ticari Cinsel Sömürüyle Mücadele Ağı** (ECPAT), Birleşmiş Milletler Dünya Turizm Örgütü (UNWTO), Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları ve Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) işbirliği ile 38 ülkenin kabul ettiği, tur operatörleri, oteller, seyahat acentaları ve dernek temsilcilerini bağlayıcı nitelikte “Çocukların Turizm ve Seyahat ile Cinsel Sömürüsü”nü Önleme Kanunu” imzalanmıştır.²⁵

B. Mevcut Durum

ABD'nin 2012 İnsan Ticareti Raporuna göre, dünyada yaklaşık 20.9 milyon kişinin ticari olarak sömürüye uğradığı tahmin edilmektedir²⁶ İnsan ticareti konusunda, 'zorla çalıştırma' veya 'organ ticaretinden daha fazla oranda 'fuhuş' yaptırma tacirler tarafından tercih edilmektedir. Bunun en önemli nedeni, fuhuşa ilişkin ekonomik kazancın diğer insan ticareti çeşitlerine göre daha fazla olmasıdır.²⁷ Birleşmiş Milletler'in Uyuşturucu ve Suçla Mücadele Organı (UNODC), 2008'deki insan ticaretiyle ilgili küresel raporunda, dünyada her yıl milyonlarca kişinin insan ticareti kurbanı olduğunu belirtmektedir. Bu ticaretin yaklaşık %79'u cinsel amaçlı insan ticareti ve yaklaşık %18'i zorla çalıştırılmayı amaçlayan insan ticaretidir. Geri kalan %3'lük insan ticareti ise organ ticareti, zorla evlendirme vb. gibi diğer biçimlerdeki insan ticaretiyle ilgilidir.²⁸

Birleşmiş Milletler Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) “İnsan Ticaretine Karşı Hareketler” 2008 raporuna göre dünya üzerinde yaklaşık 2.4 milyon insan ticari amaçlı sömürüye (seks ticareti dahil) uğramaktadır. Bunlardan 1.4 milyonu

²³ Özcan, Mehmet ve Arıcan Mehmet. 'AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti'. Uluslar arası Hukuk ve Politika, 4(15): S. 1-37, 2008.

²⁴ Polat, Oğuz, "Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 1'Seçkin Yayıncılık, Ankara, S. 211, 2007.

²⁵ ECPAT, 'Report of the World Congress III Against Sexual Exploitation of Children&Adolescents', Saladaeng Printing, Thailand, S. 17, 2009.

²⁶ Department of State, USA. 'Trafficking In Persons Report', 2012. <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2012/> Erişim Tarihi: 23.01.2013

²⁷ Batsyukova, Stivlana. 'Prostitution and Human Trafficking for Sexual Exploitation', Gender Issues 24(2): S.46-50, 2007.

²⁸ Claude, Kajsa. 'Cinsel Hizmet Satın Alanlar', (Çev. Turhan Kayaoğlu). Sweden Bookshop, İsveç, S.5, 2010.

Asya-Pasifik ülkeleridir; 270 000'i endüstriyel ülkeler, 250 000 Latin Amerika ülkeleri ve Karayip, 230 000 Orta Doğu ve Kuzey Afrika, 130 000'i güney Afrika'dır.²⁹ 2008 yılı ve 2012 yılında belirlenen kurban sayısındaki hızlı artış dikkat çekicidir. Kurbanların çoğunluğu kadın ve çocuklardan oluşmaktadır. Çocuk kurbanların oranı %68 ile en çok Afrika ve Orta Doğu ülkelerinde, %39 ile Güney-Doğu Asya ve Pasifik ülkelerinde, %27 ile Amerika ülkelerinde ve %16 ile Avrupa ve Merkez Asya ülkelerindedir.³⁰ UNICEF'in raporları incelendiğinde ise Hindistan'da 300.000 çocuk fahişelik yapmaya zorlanmaktadır. Filipinlerde ise, bu rakam 600.000'lerin üzerinde iken Güney Afrika'da ise 38.000 ticari cinsel sömürü mağduru çocuk bulunduğu tahmin edilmektedir.³¹

UNODC'un raporu, cinsel amaçlı insan ticaretinin, organize suçlar içinde en hızla büyüyen gelir kaynağı olduğuna işaret etmektedir. İnsan ticaretinin yıllık cirosunun 7 milyar ABD doları olduğu tahmin edilmektedir. UNODC ve Europel'e (Avrupa Polis Bürosu) göre silah ve uyuşturucudan sonra dünyadaki üçüncü büyük kârlılık sağlayan illegal faaliyettir. Yalnızca Avrupa'da her yıl yaklaşık 500.000 kadın insan ticaretinde kullanılmaktadır. Kadınlar ve kız çocuklarının yanı sıra erkekler ve erkek çocukları da kullanılmaktadır.³²

C. Önlemler

Ülkelerin hukuki yapılarındaki eksiklikler ve bu konuda çalışan uzman kişilerin azlığı insan ticareti mağduru oranını her geçen yıl artış olmasını etkilediği söylenebilir. İç hukuk mevzuatının düzenlenmesinde İnsan Ticareti Protokolünün göz önüne alınması önemli olacaktır. UNODC insan ticareti ile ilgili örnek davaların yayınlandığı bir veri tabanı oluşturmuştur. Bu veri tabanında davalar ile ilgili iç hukuk kuralları yerine bir kişinin ticari amaçlı sömürüye uğradığının nasıl belirlenebileceği, başarılı bir kovuşturma ve dava sürecinin nasıl olması gerektiği gibi noktalar konusunda örnek oluşturmayı amaçlamaktadır.³³

İnsan ticareti ile mücadelede en önemli mekanizmalardan biri olan Ulusal Yönlendirme Mekanizmaları (UYM) olarak tanımlanan sistemdir. Sistem, insan ticareti ile mücadele için Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi

²⁹ International Labor Organization (ILO). *'ILO Action Against Trafficking in Human Beings'*, 2008. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_090356.pdf Erişim tarihi: 20. 02.2013.

³⁰ UNODC, (2012). *'Global Report On Trafficking in Persons'*, United Nations, New York, S. 25, 2012.

³¹ UNICEF, *'Annual Report 2010'*, UNICEF Publishing, New York, S.5-9, 2010.

³² Claude, Kajsa. *'Cinsel Hizmet Satın Alanlar'*, (Çev. Turhan Kayaoğlu). Sweden Bookshop, İsveç, S.5, 2010.

³³ UNODC, *'Global Report On Trafficking in Persons'*, United Nations, New York, S.18, 2012.

(ODIHR) tarafından 2006 yılında UYM uygulamaları için bir kılavuz çalışma hazırlanmıştır. UYM devletin, sivil toplum ile stratejik işbirliği içinde, insan ticareti mağdurlarının insan haklarını koruma ve geliştirme yükümlülüklerini yerine getirmeye yönelik çabaları koordine ettiği bir işbirliği çerçevesidir. UYM'lerde üst düzey hükümet yetkililerinden bir ulusal koordinatör ve insan ticareti mağdurlarına ilişkin ulusal politika ve usuller hakkında tavsiyelerde bulunmak üzere, kamu kurumlarından ve sivil toplumdan tecrübeli temsilcilerin oluşturduğu bir grup kurulur. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) katılımcı devletleri, UYM'ler kurmaya ve uygulamaya veya UYM'ler içinde görev almaya davet edilmektedir.³⁴

Ülkelerin yürüttüğü iç politikaların uluslararası hukuk ve uygulanan sistemlerle uyumlu olması çok büyük bir önem taşımaktadır. Bazı ülkelerin tedbirlerini incelediğimizde ise son yıllarda birçok ülkenin önemli tedbirler ve yasa tasarıları ile örnek oluşturduğu ortadadır. Bunlardan en önemlileri Kuzey İskandinavya ülkeleri, İngiltere ve Amerika'dır. Bunun yanı sıra bazı Avrupa ülkeleri ve Uzak Doğu ülkeleri de önlemler konusunda uluslararası standartları yakalayabilmek için yakın zamanda büyük ilerlemeler göstermişlerdir.

62

İsveç'te cinsel amaçlı insan ticareti, 2002 yılında yeni bir suç olarak kabul edilmiştir. Cezanın kapsamı Temmuz 2004'de genişletilmiştir ve sınır aşan sınıflamasında olmayan insan ticaretiyle, cinsel amaç taşımayan ancak başka biçimlerdeki istismarı hedefleyen insan ticareti, örneğin zorla çalıştırma ve organ ticareti de bu çerçeveye alınmıştır. Cinsel hizmet satın almayı yasaklayan yasa 1 Ocak 1999'da yürürlüğe girmiştir. Finlandiya'da 2006'dan bu yana insan ticaretinin kurbanı olan kişilerden para ile cinsel hizmet talep edilmesi suç olarak sayılmaktadır. İzlanda'da 2009'da cinsel hizmet satın almak yasal suç olarak kabul edildi. Norveç 2009'da seks satın alan kişiyi suçlu kabul eden, İsveç mevzuatındaki ceza basamaklarının aynısını içeren seks satın almayı yasaklayan, bir yasayı yürürlüğe koymuştur. Ancak, Norveç'in bu yasası, İsveç'tekinden bir adım daha ileri gitmekte ve yurt dışında da cinsel hizmet satın almayı da yasaklamaktadır.³⁵ Norveç'te ise, son on içinde, Ceza Kanunlarında insan ticareti konusunda özel bir bölüm hazırlamaları, mahkemelerde insan ticareti davalarına öncelik vermeleri ve dava sürecini hızlandırmaları dikkat çeken düzenlemeler arasındadır.³⁶

³⁴ AGİT, 'Ulusal Yönlendirme Mekanizmaları', Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR), Varşova, S.17, 2006.

³⁵ Claude, Kajska. 'Cinsel Hizmet Satın Alanlar', (Çev. Turhan Kayaoğlu). Sweeden Bookshop, İsveç, S.11, 2010.

³⁶ Skilbrei, May-Len. 'Taking Trafficking to Court'. Women & Criminal Justice, 20(1-2): S.40-56, 2010.

Japonya ise özellikle, 2004 yılından itibaren, İnsan Ticareti ile Mücadele Yıllık Raporu'nda kendilerini uluslararası mücadelede yapılanlar ile kıyasladıklarında başarılı sayılmayacak düzeyde bulmalarının ardından, iç hukuk yasaları ile ilgili düzenlemeler yapmışlar ve kanunlarını revize etmişlerdir ve Japonya İnsan Ticaretinin Üstesinden Gelme Eylem Planı geliştirmişlerdir.³⁷

Hollanda'da ise 2011 yazında yapılan bir çok protestonun ardından önceden suç ve cürum olarak sayılmayan, "yasal olmayan ikamet" durumunun hükümet tarafından suç olarak kabul edildiği açıklanmıştır.³⁸ Bu tarz bir kanunlaştırma ise insan ticareti ile mücadele için önemli bir adımdır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 2000 yılında onaylanan İnsan Ticareti Kurbanlarını Koruma Kanunu'yla (TVPA- Trafficking Victims Protection Act), 2008 yılında eyaletlerde, toplumda insan ticareti kurbanlarını tanıma ve yardım yönünde çabalar artmıştır. ABD, uluslararası kaçakçılık vakalarındaki artışı dikkate alarak 2000 yılında İnsan Ticareti Kurbanlarını Koruma Kanunu'nu kabul etmiş, 2003, 2005 ve 2008 yıllarında TVPA' nın yürütülmesi için kaynaklar yeniden gözden geçirilmiş, kanunun sağlayacağı hizmetlerin çoğunluğu yetişkin kurbanları hedeflemiştir.³⁹

2010 yılında ECPAT ile birlikte uluslararası çocuk hakları kurumları (La Strada International, Amnesty International, Save the Children ve Curches' Commission for Migrants in Europe), Avrupa Parlamentosu üyelerine insan ticareti ile ilgili düzenlemeler yapılması için lobi yapmışlardır. Avrupa Konseyi, İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve Mağdurların Korunması Tavsiyelerini Mart 2011'de kabul etmiştir. Bu tavsiyeler insan ticaretine karşı çok güçlü bir yasal dayanak sağlamıştır. Danimarka dışında bütün Avrupa Birliği ülkeleri çocuk ticareti ve mağduriyetini önlemek adına ayrıntılı önlem planlarını kabul etmişlerdir. Avrupa Birliği ülkeleri 2013 Nisan ayına kadar ilgili tavsiyeleri ulusal hukuk yasalarına adaptasyonu ile ilgili taahhütte bulunmuşlardır. 2.3 milyon Avrupa Vatandaşı çocukların seks ticaretinin durdurulması için imza kampanyasına katılmışlardır. Bununla birlikte tavsiyeler içeriğinde özellikle çocuk cinsel istismarı, çocuk fuhuşu, çocuk pornografisi ve çocukların sömürüsü ile ilgili koruma standartları oluşturulması amaçlanmıştır. Araştırmalara göre

³⁷ Yokoyama, Minoru. *Measures Against Human Trafficking in Japan*. Women & Criminal Justice, 20(1-2): S.27-39, 2010.

³⁸ Staring, Richard H.J.M. *Human trafficking in the Netherlands: trends and recent developments*. International Review of Law, Computers & Technology, 26:(1), S.59-72, 2012.

³⁹ Saunders, Penelope. *Traffic Violations Determining the Meaning of Violence in Sexual Trafficking Versus Sex Work*. Journal of Interpersonal Violence, 20; S. 343-360, 2005.

dünya üzerinde 42 ülke “Çocukların ve Gençlerin Ticari Cinsel Sömürüsünü Durdurma” kampanyasına katılmıştır.⁴⁰

İngiliz Hükümeti, en iyi tedbirleri alan ülkeler arasında olup, 2007 yılında Çocuk İstismarı ve Korunması ile ilgili polis ofisleri, doktor, avukat gibi pratik alanda çalışan sosyal çalışmacıların görev aldığı merkezler kurmuştur. 2008 yılında Çocukları Koruma, Seks Ticareti ve Suiistimaline karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ni imzalamıştır. Bununla birlikte, yasalarda çocukların cinsel suiistimali için yurt dışı seyahate gidenlerin alıkonulması ve tutuklanması ile ilgili yasa değişikliği yapılmıştır.

Amerika’da çocukların ticari amaçlı cinsel sömürüsü ve çocuk fuhuşu ile ilgili; 1995 yılında Amerikan hükümetine bağlı çocukların ticari ve cinsel sömürüsünü araştıran birim oluşturmuştur. 2003 yılında Federal Soruşturma Bürosu (FBI), Adalet Bakanlığı Çocuk Sömürüsü ve Teşhiri Birimi ile Kayıp ve Kaçırılmış Çocuklar Ulusal Merkezi’nin girişimleriyle Kayıp Masumiyet İnsiyatifi oluşturulmuştur. 2008 yılında FBI raporunda: 577 çocuk kurtarıldığı 300’den fazla çocuk satıcısının tutuklandığı ve bu operasyonlarda 3 milyon dolara el konulduğu belirlenmiştir. Her yıl 244.000 Amerikan gencinin seks ticareti için risk altında olduğu tahmin edilmektedir. En yoğun olarak seks ticaretinin yaşandığı bölgelerin Chicago, Dallas, Fort Worth, Detroit, El Paso, Honolulu, Las Vegas, Los Angeles, Miami, New York, New Orleans, Oakland, Philadelphia, San Antonio, San Diego, San Jose, San Francisco, Seattle olduğu belirlenmiştir. Raporlar, Amerika’da her yıl 300.000-400.000 çocuğun fuhuş amacıyla istismar edildiğini göstermektedir.⁴¹

Amerika’da fuhşa zorlanan çocukların terapileri için örnek teşkil edebilecek sosyal yardım uygulamaları bulunmaktadır. Çocuk Koruma Servisi (CPS-Child Protective Service), olgu üzerinde çalışan sosyal çalışmacılar ile birlikte acil çalışanlarıyla çalışmaktadır ve eğitimler düzenlemektedir. Çocuk koruma kurumlarında özellikle çocuklarda cinsel istismar konusunda deneyimli özel terapistler hizmet vermektedir. Çocuk kurbanların çoğunluğu ailesel ve resmi vesayetten yoksun olmaları nedeni ile ORR (Office of Refugee Resettlement) tarafından Yalnız Küçük Sığınmacılar (URM Unaccompanied Refugee Minors) programına alınmaktadırlar. Bu programda mental tedavi tıbbi bakım, eğitim, sorunlarla başa çıkma ve bağımsız yaşayabilme gibi birçok konuda yardım ve

⁴⁰ ECPAT, *‘International Annual Report’*, Copyright ECPAT International, Thailand, S.25, 2011.

⁴¹ Fong, Rowena ve Cardoso, Jodi Berger. *‘Child human trafficking victims: Challenges for the child welfare system’*. Journal of Evaluation and Program Planning, 33 (3), S. 1-6, 2009.

hizmet sağlanmaktadır. Bir başka örnek ise, fuhuşa zorlanmış genç kızlar için tıbbi bakım, terapi ve eğitim imkanı sağlayan bir kuruluş olan Atlanta Angela's House'dur. Bu kurumda, stratejik ve yapısal aile terapisi, soruna odaklanan terapiler, bilişsel davranış terapileri gibi yöntemleri içeren Multi Sistemik Terapi (MST) modeli uygulanmaktadır.⁴²

III. TÜRKİYE'DE YASAL DÜZENLEMELER, MEVCUT DURUM VE ÖNLEMLER: BU BÖLÜMDE İNSAN TİCARETİ VE FUHUŞ İLE İLGİLİ ULUSAL HUKUKİ DÜZENLEMELERE YER VERİLECEKTİR. BUNUN YANI SIRA, TÜRKİYE'DE İNSAN TİCARETİ İLE İLGİLİ MEVCUT DURUMU VE ÖNLEMLERİN NE DURUMDA OLDUĞU ORTAYA KONULMAYA ÇALIŞILMIŞTIR.

A. Yasal Düzenlemeler

Türkiye coğrafi konumundan dolayı Asya ve Avrupa arasında insan ticareti açısından kullanılan önemli bir lokasyon durumundadır. Yasal dayanakların oluşturulmasındaki eksiklikler ve sınır geçişlerindeki kontrol ve denetimin artırılması ile ilgili ufak bir ihmâl, insan ticareti açısından büyük bir trajediye neden olmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Lozan Barış Andlaşması (md.100) hükmü uyarınca 18 Mayıs 1904 tarihli Beyaz Köle Ticaretinin Bastırılması Uluslararası Antlaşması'nı kabul etmiş bulunmaktadır. 1904 tarihli Antlaşma Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafınca 1948 tarihli Protokolün onanmasına dair 1950 yılında Kanun çıkartılmıştır. Sonuç olarak " 11 Ekim 1933 tarihli Yetişkin/ (Reşit) Kadınların Ticaretinin önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (*International Convention of 11 October 1933 for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age*)" Türkiye tarafından onaylanmıştır. Türkiye bu amaçla, 15 Mayıs 1935 tarih ve 2693 sayılı "Reşid Kadın Ticaretinin Men'i Hakkında 11 Teşrinievvel 1933'de Cenevre'de İmzalanan beynelmil mukavelenin tasdikına dair Kanun" çıkartmıştır. 1933 tarihli Sözleşme 1947 tarihli Protokol ile yer değiştirmiştir. Fakat 1949 tarihli "İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fahişeliğinin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi (*Convention for the Supression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*)" ni imzalamamıştır. 1949 tarihli Sözleşme (md.28) uyarınca bu Sözleşmeye taraf olan devletler bakımından, 1933 tarihli sözleşme hükümleri hükümsüz hale gelmiştir.⁴³

⁴² Fong, Rowena ve Cardoso, Jodi Berger, *a.g.e.* S.5

⁴³ Gemalmaz, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt V*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, S.394, 2004.

1956 yılında BM tarafından kabul edilen “Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Tamamlayıcı/ (Ek) Sözleşme’yi ise Türkiye 1957 yılında imzalamış, 1963 yılında ise 361 sayılı kanun çıkarmıştır.⁴⁴

Bunun yanı sıra bazı uluslararası yasal düzenlemelerde özellikle kadın ve çocuk ile ilgili koruma sözleşmelerinde Türkiye hızlı bir şekilde, taraf devlet olarak kabulünü resmi olarak onaylamıştır. Bunlardan en önemlisi 2003 yılında, “Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”ünü 4804 numaralı kanun ile onaylanmasını uygun görmüştür.

2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 80. maddesinde insan ticareti tanımı yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu’nun 80. maddesinde 19 Aralık 2006 tarihinde yapılan değişiklikle insan ticareti tanımına “fuhuş yaptırmak” da eklenmiştir. TCK 80. Maddesinde “insan ticareti” zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek olarak tanımlanmaktadır. 80. Maddenin 3. Fıkrası ise çocuk ticareti ile ilgilidir. TCK 227. Maddesinde çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran yada çocuğun fuhşuna aracılık eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmektedir.⁴⁵

Bununla birlikte, 11.04.2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile İçişleri Bakanlığına bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Amacı, göç alanına ilişkin politika ve stratejileri uygulamak, bu konularla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, yabancıların Türkiye’ye giriş ve Türkiye’de kalışları, Türkiye’den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmek olarak belirlenmiştir. Kanun, iç mevzuatta insan ticareti mağdurları ile ilgili koruma ve tedbirlerin sınırlarının çizilmesi açısından çok büyük bir önem taşımaktadır.⁴⁶

⁴⁴ Gemalmaz, A.g.e.,S.336.

⁴⁵ Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

⁴⁶ <http://www.goc.gov.tr/>

İnsan ticareti mağdurlarının en çok istismara uğrayan grubu çocuklardır. Çocuk ticaretinin önlenmesi ile ilgili Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi önemli olan bir diğer protokoldür. Türkiye tarafından 1995 yılında imzalanan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 19. Maddesi çocuğun vasisi yanında bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmal ya da ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunmasının, 32. Maddesi çocuğun ekonomik sömürüden korunmasının, 34. Maddesi Çocuğun her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı korunmasının, 35. Maddesi çocukların kaçırılmaları, satılmaları ve fuhuşa konu olmalarını önlenmesinin imzalayan taraf devlet tarafından sağlanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ek olarak 2000 yılında New York'ta imzalanan "Çocukların Satılması, Çocuk Fuhuşu ve Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol" ü 2002 yılında Türkiye tarafından onaylanarak imzalanmıştır. Bununla birlikte Kadın ve Çocuk Ticaretinin Durdurulmasına, Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol 2003 yılında, 182 Sayılı ILO Sözleşmesi Çocuk İşçiliği ile Mücadele 2001 yılında, İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi 2009 yılında, Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi 2007 yılında Türkiye tarafından imzalanmıştır.

B. Mevcut Durum

Türkiye'de 2004 yılından 2011 yılının sonuna kadar 1247 kişi kolluk kuvvetleri tarafından insan ticareti mağduru olarak tespit edilmiştir. 2004-2008 yılları arasında mağdurların ağırlıklı olarak Moldova, Ukrayna ve Rusya'dan gelen kadınlar iken 2008 yılından sonra mağdur olarak tespit edilen kadınların çoğunluğunun Orta Asya ülkelerinin vatandaşları oldukları belirlenmiştir.⁴⁷

Asya, Ortadoğu ve Avrupa kavşağında bulunan Türkiye özellikle doğudan batıya yönelik "insan ticareti" ile göçmen kaçakçılığı suçlarında, bir transit ülkesi olarak, sık sık karşılaşmaktadır. Birçok insan/göçmen, genellikle suç örgütleri tarafından yapılan planlamalarla, Türkiye'ye ya sahte belgelerle ya da seyahat belgeleri olmaksızın girmekte, ucuz iş gücü ve sömürü materyali olmaları nedeniyle yoğun ilgi gördükleri Batı Avrupa ülkelerine, ABD ve Kanada'ya bir şekilde ulaşmaya çalışmaktadır.⁴⁸

⁴⁷ İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, *Türkiye'ye Hoş! Geldiniz, Türkiye'de İnsan Ticareti Sorunu*, İstanbul: İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayınları, İstanbul, S.13, 2012.

⁴⁸ Arslan, Çetin. *İnsan Ticaret Suçu*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(4): S. 19-85, 2004.

Polat'ın da belirttiği gibi, Türkiye bir çok sosyolojik ve topografik nedenden dolayı dünyada yaşanan sorunları hemen içine alan ve kısa sürede büyük ölçekli olarak yaşamaya başlayan bir ülkedir.⁴⁹ Karakış ve McGarre'de 53 ülkede meydana gelen insan ticareti olaylarının coğrafi dağılımını inceledikleri çalışmalarında toplam nüfus, genç nüfus oranının, yoksulluk ve şehirleşme gibi faktörlerin insan ticaretinin uluslar arası dağılımı üzerinde anlamlı etkilerinin olduğunu göstermişlerdir.⁵⁰

Çocukların kaçırılmalarında en çok gözükten nedenin çocukların cinsel sömürüde kullanılmaları amacıyla kaçırılmalarıdır. Ülkeden ülkeye sadece bu amaçlı gelen turistlerin olması ve bizim de geline ülkeler içinde yer almamız bu soruna bir an önce el atılması gerektiğini ortaya koymaktadır.⁵¹ Çocukların kaybolması ve çocuk ticareti yalnızca Afrika ve Asya'da değil, gelişmiş ülkelerde ve Türkiye'ye daha yakın bölgelerde de –örneğin Balkanlar- gerçekleşmektedir. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı 2008'de Türkiye'deki kayıp çocuklar hakkında ilk ulusal ölçekteki araştırmayı yapmıştır. Bu araştırma 2007'de kayıp olduğu bildirilen 7.183 çocuğun büyük bölümünün o yıl içerisinde bulunduğunu, ancak 833 tanesinin (bunlardan 253'ü İstanbul'dadır) bulunamadığını ortaya koymuştur. Rapor, bu rakamın yalnızca kayboldukları idari makamlara bildirilmiş çocukları kapsadığını ve gerçek rakamın daha yüksek olabileceğini belirtmiştir. Kayıp vakaları yaşa ve cinsiyete göre ayrıştırılmamıştır. Daha sonra, Temmuz 2009 başında, Başbakan Yardımcısı Cemil Çiçek bir soru önergesine verdiği yanıtta 2008 sonu itibarıyla kayıp çocukların sayısını 1.444 olarak ve 27 Mayıs itibarıyla da 1.592 olarak vermiştir; bu son rakam 2008'den beri kayıp olan 641 çocuğu da içermektedir.⁵²

Türkiye'de resmi rakamlar sadece İstanbul'da 500 kadar fuhuş mağduru çocuk olduğunu gösterse de, gerçekte bu rakamın çok daha fazla olduğu belirtilmektedir. Parçalanmış aile yapılarının sonucu olan, aile içi şiddet ve tecavüzle içiçe olmuş bu çocukların yaşının 12'ye kadar indiğini gösteren resmi kaynaklar dışında fuhuş mağduru çocuk sayısının 500'ün çok üstünde olduğu tahmin edilmektedir.⁵³ Küntay ve Erginsoy'un hazırladıkları raporda 2008 yılında Türkiye'de 69 vaka

⁴⁹ Polat, Oğuz. 'Kayıp Çocuklar mı Kaçırılan Çocuklar mı?', droguzpolat.blogspot.com , 2010.

⁵⁰ Karakış, Önder ve McGarrell, Edmund, F. 'A Quantitative Analysis of the Cross National Distribution of Human Trafficking'. Polis Bilimleri Dergisi, 13 (2): S.97-122, 2011.

⁵¹ Polat, Oğuz. 'Kayıp Çocuklar mı Kaçırılan Çocuklar mı?', droguzpolat.blogspot.com , 2010.

⁵² UNICEF. 'Türkiye'de Çocukların Durumu Raporu 2011'. <http://panel.unicef.org.tr/vera/app/var/files/s/i/sitan-tur-2011.pdf>. Erişim Tarihi: 28.04.2013.

⁵³ İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, 'Seks İşçileri ve Yasalar', İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayınları, İstanbul, S. 34, 2011.

yargıya taşınmıştır. Dışişleri Bakanlığı'nca 2006 yılında 422 ve 2007 yılında 308 tacir rapor edilmiştir.⁵⁴ Bir kez yer altı dünyasına yönlendirilen ticari seks mağduru çocuğun yaşam koşullarını denetleme gücüne sahip olmadığı ve onayının olmadığı unutulmamalıdır.⁵⁵

Yüksel'in çalışmasında kadınların %64.7 sinin yasal yaştan önce fuhuş mesleğine girdikleri saptanmıştır.⁵⁶ Sevim, Özden ve Yargıç'ın yaptıkları bir çalışmada İstanbul Karaköy Genelevi'nde kayıtlı olarak çalışan seks işçilerinin %8'nin 16 yaş öncesinde aile içinden birisinin tacizine uğradıklarını, saldırganlarının %2'sinin baba, %2'sinin üvey kardeş, %4'ünün birinci derece akraba olarak belirtildiği görülmüştür. Taciz biçimi ise genellikle tecavüz veya tecavüz girişimi şeklinde olmaktadır.⁵⁷ Açıkalın'ın 44 kadınlı yaptığı çalışmasına bakıldığında, kadınların sermaye olarak %27.5'inin 13-15, %50'sinin 16-20, %17.5 21-25 ve yalnızca %5'inin 25 yada geç bir yaşta oldukları görülmektedir.⁵⁸

C. Önlemler

Türkiye, insan ticareti mücadele alanında BM, AGİT, NATO, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Karadeniz Ekonomik İşbirliği ve İstikrar Paketi tarafından düzenlenen uluslararası faaliyetleri desteklemektedir. En önemli gelişme ise insani vize ve kısa süreli ikamet uygulamasının başlatılması olmuştur.⁵⁹

İnsan ticareti mağdurları için 2004 yılında Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Uluslararası Göç Örgütü (IOM) tarafından Geri Dönüş Programı başlatılmıştır. Yine insan ticareti mağdurlarına 2004 yılından itibaren ücretsiz sağlık hizmeti almalarına olanak sağlanmıştır. 2006 yılından itibaren ülkesine hemen dönmek istemeyen mağdurlar için altı aya kadar geçici ikamet izni almada kolaylıklar sağlanmıştır. Bunun yanı sıra operatörlerinin Rusça, Romence İngilizce ve Türkçe hizmet vermekte olduğu 157 Acil Yardım Hattı bulunmaktadır. İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı ise Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel

⁵⁴ Küntay, Esin ve Erginsoy, Güliz, *İstanbul'da On Sekiz Yaşından Küçük Ticari "Seks İşçisi" Kız Çocuklar*, Bağlam Yayıncılık, İstanbul, S.5, 2005.

⁵⁵ Küntay, Esin ve Çokar, Muhtar, *Ticari Seks Medya Dosyası*, Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği (CETAD), 2007, http://www.ikgv.org/sws_dosyalar/CETAD_resimli.pdf. Erişim tarihi: 10.04.2013.

⁵⁶ Yüksel A, *İstanbul Genelevinde Çalışan Kadınların Mediko Sosyal Durumları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, S.15; 2001.

⁵⁷ Sevim Meltem Efe, Özden, Salih Yaşar ve Yargıç, Lütfi. *'Hayatımı Cinsel Akt İle Kazanan Kadınların Aile Özellikleri'*. Anadolu Psikiyatri Dergisi, 5: S. 11-15, 2004.

⁵⁸ Açıkalın, Neriman. *'Toplumda Fahişelik Kurumunun Vazgeçilmezliği Üzerine Mitler: Mersin Örneği'*. Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 1(4): S.11-35, 2008.

⁵⁹ TC Dışişleri Bakanlığı, *'Türkiye'nin İnsan Ticaretiyle Mücadelesi'*, 2012, <http://www.mfa.gov.tr/default.tr.mfa> Erişim Tarihi: 23.02.2013

Komutanlığı ile 2003 ve 2004 yıllarında imzaladığı protokoller ile İnsan Ticareti ile Mücadele Programı kapsamında sığınma evleri açmış ve insan ticareti mağdurlarına başta barınma yardımı olmak üzere psikolojik danışmanlık, yasal bilgilendirme, tercümanlık, sağlık hizmetlerine yönlendirme, insani vize gibi konularda yardımcı olmaktadır.⁶⁰

ECPAT'ın Türkiye raporları incelendiğinde çocuk ticari cinsel sömürü ile mücadele edebilen ülkeler sıralamasında Türkiye sınırlı tedbir alan ülke sınıflamasında yer almaktadır. Türkiye'de ticari cinsel sömürü mağduru çocuklar için toplam 10 bakım ve rahabilitasyon merkezi kurulmuştur, ancak barınaklar çocuğun korunması için uluslararası standartlarda bulunmamıştır. Bazı danışma hizmetleri verilmesine rağmen ticari cinsel sömürü mağdurlarının ihtiyaçlarının karşılanması için yeterli uzman desteği verilemediği düşünülmüştür ve mağdur çocukların erişimi kısıtlı bulunmuştur. Türk devletinin bir telefon hattı kurması finansal açıdan mümkün olmadığı, 2005 yılında kurulan "157" ulusal (insan ticareti) yardım hattının Uluslararası Göç Örgütü (IOM) tarafından işletildiği, Devlet tarafından işletilen "183" hattının çocuk mağdurlara yönelik hizmet konusunda geliştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Türkiye'de "Çocuklara ve Gençlere Yönelik Ticari Cinsel Sömürüyü Durdurma" imza kampanyası 2009 yılında başlatılmıştır ve etkili bir kampanya yürütülmüştür. İnsan ticareti ve çocuk cinsel ticareti üzerine veriler sistematik bir şekilde toplanmamaktadır. Ulusal değil lokalize olduğundan veriler tutarsız bulunmuştur. Çocuk ticareti kapsamında kamu eğitimi ve bilinçlendirme programları eksikliği, risk altındaki çocukların bilgilendirilme eksikliği, ulusal bir strateji benimsenmemiş olması vurgulanmaktadır.⁶¹

Bunun yanı sıra Türkiye'de Özel Çocuk Koruma Birimleri 81 ilde polis şubeleri içinde kurulmuştur. "Jandarma Çocuk Merkezi" çocukların cinsel istismarı, ticareti ve pornografi kullanımlarını önlemek için kurulmuştur. Çocuk Koruma Kanunu, savcılarının suça sürüklenen çocuklar hakkında koruma tedbirlerinin alınmasını sağlamaktadır. Çocuk mağdurların soruşturma sırasında az zarar görmesi amaçlanmaktadır. Yakın bir zaman önce Çocuk İzleme Merkezi pilot uygulamalar ile çalışmaya başlamıştır. Bu merkezlerde güvenlik birimlerine gelen veya getirilen çocukların uygun olmayan ortamlarda mağdur edilmemesi amacıyla çocuğun ifadeleri uzmanlar tarafından alınarak çocuğun ikinci kez mağduriyet yaşamasının engellenmesi amaçlanmaktadır.

⁶⁰ İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, *Türkiye'ye Hoş! Geldiniz, Türkiye'de İnsan Ticareti Sorunu*, İstanbul: İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayınları, İstanbul, S.52, 2012.

⁶¹ ECPAT, *Monitoring State Progress to Protect Children & Young People From Trafficking for Sexual Purposes*. Copyright ECPAT International, Thailand, S.26, 2010.

SONUÇ

İnsan ticareti, dünyadaki her ülkeyi ilgilendiren ve her geçen gün mağdurların sayısının arttığı bir suç ve büyük bir sorundur. Her ülke kendi iç hukukunu ve tedbirlerini uluslararası koruma tedbirlerinin ve kanunların beklediği asgari standartlara ulaştırmaya çalışmaktadır. Finlandiya, İsveç, Norveç gibi ülkeler ise iç hukuklarında ceza kapsamını genişleterek fuhuş ve insan ticaretinin önüne geçme konusunda etkili tedbirler almışlardır. İngiltere ve Amerika'daki rehabilitasyon ve izleme mekanizmalarının uygulanışı ise örnek teşkil edebilecek türdendir.

Uluslararası suç niteliğindeki insan ticaretinin önlenmesi ancak ülkeler arası işbirliği ile mümkündür. Özellikle, Türkiye gibi coğrafi açıdan Asya, Avrupa ve Ortadoğu arasında kavşak konumunda olması açısından insan ticareti olgularının görülmesi çok fazla sayıda gerçekleşmektedir.

Türkiye'de son duruma bakıldığında 2013 yılında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun uygulamaya geçirilmesi ve İçişleri Bakanlığına bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü kurulması çok önemli bir adımdır. Bunun yanı sıra, İnsan Ticaretinin önlenmesini etkileyebilecek TCK'ya 80. Madde düzenlenmesi önemli olmak ile birlikte bazı ek düzenlemeler konusunda yeni bir yasa taslağı hazırlığı mevcuttur. Fakat, uluslar arası sözleşmelerin bir kısmının Türkiye tarafından geç imzalanması, bir kısmının uygulamaya konulmamış olması ve Türkiye'de iç hukuktaki yasal düzenlemelerdeki mevcut eksiklikler de sorunun çözümünü zorlaştırmaktadır.

Son yıllarda, Türkiye'de insan ticaretinin önlenmesine ilişkin alınan tedbirlerde değişiklikler olmak ile birlikte gelişmiş ülkelerde önlemlerin uygulanışı ile kıyaslandığında eksiklikler mevcut olduğu söylenebilir. İlgili yasal düzenlemelerin yanı sıra insan hakları ve uygulamaları ile ilgili yetiştirilmiş eleman eksikliği ise çok önemli bir sorundur. Bilhassa pratik anlamda sığınma evlerinin eksikliği, kolluk kuvvetlerinin bilgilendirme ihtiyacı, Sivil Toplum Kuruluşları ile Bakanlıklar arasında iletişim sıklığının azlığı, insan ticareti konusunda yapılan çalışmaların yurtdışı insan ticareti bazlı yürütülmesi ve yurt içi insan ticaretinin tespitindeki zorluk gibi sorunlar ilk olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca, Türkiye'de ki durumu yansıtabilecek türden etkili ve doğru sayılara ulaşmayı sağlayacak bir veri tabanının olmaması sorunun çözümü açısından bir diğer sıkıntıdır.

Fuhuş ve insan ticareti suçlarının nasıl ele alınacağı hususunda var olan görüş ayrılıklarının çözümü uygulamadaki fikir birliğinin sağlanabilmesi ile mümkün olacaktır. Bu konuda çözüm, Yargıtay'ın içtihatları ile sağlanabilecektir. Tartışma yaratan ve birbiri ile çatışan hükümler yeniden ayrıntılı, titiz bir şekilde

düzenlenmeli ve bu sayede uygulamada karşılaşılabilecek olası adaletsizliklerin önüne geçilmelidir.⁶²

Akademik araştırma ve çalışmaların devlet ile işbirliği yapılarak yürütülmesi, ilgili proje ve politikaların geliştirilmesi önemli adımlar olacaktır. Türkiye İnsan Ticareti ile ilgili coğrafi konuşlanışı açısından bir geçiş ülkesidir. Sınır kapılarında ilgili tedbirlerin artırılması büyük bir önem arz etmektedir. Özellikle insan ticareti mağdurlarının önemli bir kısmının çocuklardan oluşması nedeni ile sınır kapılarına yakın uzmanların yer aldığı birimler oluşturulması önerilebilir.

Yurtdışı insan ticaretinin yanı sıra yurtiçi insan ticareti ile ilgili kamu oyunun bilinçlendirilmesi, yurt içi insan ticareti ile ilgili tespit için etkili çalışmaların artırılması, kolluk kuvvetlerine eğitimler düzenlenmesi, sığınma evlerinin sayılarının ve niteliklerinin artırılması önerilebilir.

İnsan ticareti ile mücadelede en önemli görev kolluk kuvvetlerine düşmektedir. Fakat kolluk kuvvetleri bu durum için yeterli olmamaktadır. Fakat kolluk kuvvetleri, kamu makamları ve sivil toplum kuruluşları genellikle uzmanlıktan, deneyimli insan gücünden ve insan ticareti mağdurlarının özel ihtiyaçlarını etkili olarak karşılamak için gerekli duyarlılıktan yoksundurlar. Polis ise mevzuat gereği, mağdurun ülke içerisindeki fiillerinden dolayı ticaret mağdurlarını alıkoymak zorunda kalabilmektedirler. Hükümetlerin ise net bir politikaları olmadığından AGİT'in 2003 yılında düzenlediği Maastricht Bakanlar Konseyi toplantısında kabul edilen, İnsan Ticaretiyle Mücadele Eylem Planı, katılımcı devletlerin, sivil toplum ve kolluk kuvvetleri arasında ortaklıklar kurmak suretiyle Ulusal Yönlendirme Mekanizmaları (UYM) oluşturmalarını, insan ticareti mağdurlarının tanımlanmasına yönelik rehber ilkeler belirlemelerini ve ilgili politikalar geliştirmek ve izlemek üzere, farklı sektörlerden disiplinler arası ekipler oluşturmalarını tavsiye etmektedir. Batı Avrupa Ülkelerinden birinde yapılan araştırma sonuçlarına göre insan ticareti mağdurlarının %40'ının, sivil toplum kuruluşları, belediyeler ve yardım hatları aracılığıyla tespit edildiğini göstermektedir. Fahişelerin müşterileri, insan ticareti mağdurlarının %22'den fazlasının tespit edilmesini sağlamaktadır. Yardıma ihtiyaç duyan insan ticareti mağdurlarından sadece %13.9'u polis tarafından tespit edilerek yönlendirilmektedir.⁶³

⁶² Renk, Bersu ve Demir, ve Oğuzhan Ömer. 'İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler'. Polis Bilimleri Dergisi, 13(1): S. 51-75, 2011.

⁶³ AGİT, 'Ulusal Yönlendirme Mekanizmaları. Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR), Varşova, S.23, 2006.

Türkiye’de UYM ile ilgili çalışmalar yapılmaktadır, fakat beklenen uluslararası ölçütlerde hali hazırda oluşturulmuş birimler Türkiye’de bulunmamaktadır. UYM kavram ve metodolojisi, BM İnsan Ticareti Potokol’ünde yer alan kapsamlı insan ticareti tanımına dayansa da, fuhuş amacıyla insan ticaretine maruz kalan kadın ve çocuklar için alınan tedbirleri öncelikli olarak hedef almakta olduğundan Türkiye’de de aktif olarak yapılandırılabilmesi önemlidir. Yurt içi insan ticareti kurbanlarından ziyade uluslararası insan ticareti kurbanlarına hizmet veren sığınma evlerinin sayısı daha fazla olduğuna dikkat edilerek yurt içi kurbanlarında barındırılabilceği sığınma evleri oluşturulmalıdır.

Türkiye’de çocuğun ticari cinsel sömürüsü ile ilgili durumu tespit edebilmek amacı ile ulusal bir veri tabanının oluşturulması, verilerin ayrıntılı bir şekilde girilmesi var olan tabloyu görebilmek açısından gerekli bulunmuştur. İmzalanmış ama onaylanmamış önleyici sözleşmelerin incelenmesi ve onaylanması gerekmektedir. Uluslararası önleyici tedbir, protokol ve sözleşmelerin ulusal hukuk sistemine adaptasyonları ile ilgili ek kanun tasarıları hazırlanabilir.

Mağdur çocukların tedavi ve rehabilitasyonları ile ilgili merkezlerin sayıca artırılması ve nitelik olarak yapılandırılması önem taşımaktadır. Medya kullanılarak toplum bilinçlendirilmelidir. Çocuğun cinsel sömürüsü ile ilgili uzmanların yetiştirilmesi, gerekli eğitimlerin arttırılarak kamu personelinin ve özellikle öğretmenlerin bilgilendirilmesi önleyici politika olarak gereklidir.

Bununla birlikte çocuklara eğitim kurumlarında, karşılaştıkları riskli durumlar hakkında bilgi verilmesi, çocukların yaş ve gelişim özelliklerine göre eğitim programlarının hazırlanması önerilmektedir. Ankara’da pilot olarak uygulamaları başlatılan Çocuk İzlem Merkezleri’nin niteliği arttırılarak birçok şehirde yaygınlaştırılması sağlanmalıdır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Açıklalın, Neriman. *‘Toplumda Fahişelik Kurumunun Vazgeçilmezliği Üzerine Mitler: Mersin Örneği’*. Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 1(4): S.11-35, 2008.

Albanese, Jay, ‘A Criminal Network Approach to Understanding & Measuring Trafficking in Human Beings. Measuring Human Trafficking’, Springer, New York, S. 55-71, 2007.

Arslan, Çetin. *‘İnsan Ticaret Suçu’*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 53(4): S.19-85, 2004.

AGİT, *‘Ulusal Yönlendirme Mekanizmaları’*, Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi (ODIHR), Varşova, S.17, 2006.

Batsyukova, Stivlana. ‘Prostitution and Human Trafficking for Sexual Exploitation’, Gender Issues 24(2): S.46-50, 2007.

Bernart, Frances P. ve Zhiliana, Tatyana. *‘Human Trafficking: The Local Becomes Global’*. Women & Criminal Justice, 20(1-2): S.2-9, 2010.

Claude, Kajsa. *‘Cinsel Hizmet Satın Alanlar’*, (Çev. Turhan Kayaoğlu). Sweeden Bookshop, İsveç, S.5, 2010.

Department of State, USA. *‘Trafficking In Persons Report’*, 2012. <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2012/> Erişim Tarihi: 23.01.2013

End Child Prostitution and Trafficking, (ECPAT), *‘International Annual Report’*, Copyright ECPAT International, Thailand, S.25, 2011

ECPAT, *‘Ülke İlerleme Karnesi (Türkiye)’*, Copyright ECPAT International, Thailand S.7, 2010.

ECPAT, *‘Monitoring State Progress to Protect Children & Young People From Trafficking for Sexual Purposes’*. Copyright ECPAT International, Thailand, S.26, 2010.

ECPAT, *‘Report of the World Congress III Against Sexual Exploitation of Children & Adolescents’*, Saladaeng Printing, Thailand, S. 17, 2009.

ECPAT, *‘Combating The Trafficking in Children for Sexual Purposes’*, ECPAT Netherlands , Amsterdam, 2006. S.6, 2006.

Fong, Rowena ve Cardoso, Jodi Berger. *‘Child human trafficking victims: Challenges for the child welfare system’*. Journal of Evaluation and Program Planning, 33 (3), S. 1-6, 2009.

Gemalmaz, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt V*, Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi, İstanbul, 2004.

International Labor Organization (ILO). *ILO Action Against Trafficking in Human Beings*, 2008. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_090356.pdf Erişim tarihi: 20. 02.2013.

İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, *‘Türkiye’ye Hoş! Geldiniz, Türkiye’de İnsan Ticareti Sorunu’*, İstanbul: İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayınları, İstanbul, S.13, 2012.

İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, *‘Seks İşçileri ve Yasalar’*, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayınları, İstanbul, S. 34, 2011.

Karakış, Önder ve McGarrell, Edmund, F. *A Quantitative Analysis of the Cross National Distribution of Human Trafficking*. Polis Bilimleri Dergisi, 13 (2): S.97-122, 2011.

Küntay, Esin ve Çokar, Muhtar, *‘Ticari Seks Medya Dosyası’*, Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği (CETAD), 2007, http://www.ikgv.org/sws_dosyalar/CETAD_resimli.pdf. Erişim tarihi: 10.04.2013.

Küntay, Esin ve Erginsoy, Gülüz, *‘İstanbul’da On Sekiz Yaşından Küçük Ticari “Seks İşçisi” Kız Çocuklar’*, Bağlam Yayıncılık, İstanbul, S.5, 2005.

Özcan, Mehmet ve Arıcan Mehmet. *‘AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti’*. Uluslar arası Hukuk ve Politika, 4(15): S. 1-37, 2008.

Rao, Smitri ve Presenti, Christina. *‘Understanding Human Trafficking Origin: A CrossCountry Empirical Analysis’*. Feminist Economics, 18(2): S.231-263, 2012.

Skilbrei, May-Len. *‘Taking Trafficking to Court’*. Women & Criminal Justice 20(1-2): S.40-56, 2010.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *‘Global Report On Trafficking in Persons’*, United Nations, New York S.16, 2012.

Rao, Smitri ve Presenti, Christina. *‘Understanding Human Trafficking Origin: A CrossCountry Empirical Analysis’*. Feminist Economics, 18(2): S.231-263, 2012.

Özcan, Mehmet ve Arıcan Mehmet. *‘AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti’*. Uluslar arası Hukuk ve Politika, 4(15):S.1-37, 2008.

Polat, Oğuz, ‘Çocuk Fuhuşu’, 2012, <http://www.adlitip.org/cocuk-fuhusu/>
Erişim tarihi: 07.05.2013.

Polat, Oğuz. ‘Kayıp Çocuklar mı Kaçırılan Çocuklar mı?’, droguzpolat.blogspot.com, 2010.

Polat, Oğuz, ‘Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 1’ Seçkin Yayıncılık, Ankara, S. 211, 2007.

Polat, Oğuz, ‘Çocukların Cinsel Sömürüsü Raporu’, 2006, <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/.../cocuk-cinsel-somuru-rapor-01.doc>, Erişim tarihi: 01.03.2013.

Rao, Smitri ve Presenti, Christina. ‘Understanding Human Trafficking Origin: A CrossCountry Empirical Analysis’. *Feminist Economics*, 18(2): S.231-263, 2012.

Renk, Bersu ve Demir, Oğuzhan, Ömer. ‘İnsan Ticareti ve Yasal Düzenlemeler: Eski Sorunlar, Yeni Çözümler’. *Polis Bilimleri Dergisi*, 13(1): S.51-75, 2012.

Sevim Meltem Efe, Özden, Salih Yaşar ve Yargıç, Lütfi. ‘Hayatını Cinsel Akt İle Kazanan Kadınların Aile Özellikleri’. *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 5: S. 11-15, 2004.

Saunders, Penelope. ‘Traffic Violations Determining the Meaning of Violence in Sexual Trafficking Versus Sex Work’. *Journal of Interpersonal Violence*, 20: S. 343-360, 2005.

Skilbrei, May-Len. ‘Taking Trafficking to Court’. *Women & Criminal Justice*, 20(1-2): S.40-56, 2010.

Staring, Richard H.J.M. ‘Human trafficking in the Netherlands:trends and recent developments’. *International Review of Law, Computers & Technology*, 26:(1), S.59-72, 2012.

TC Dışişleri Bakanlığı, ‘Türkiye’nin İnsan Ticaretiyle Mücadelesi’, 2012, <http://www.mfa.gov.tr/default.tr.mfa> Erişim Tarihi: 23.02.2013

Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

UNICEF. ‘Türkiye’de Çocukların Durumu Raporu 2011’. <http://panel.unicef.org.tr/vera/app/var/files/s/i/sitan-tur-2011.pdf>. Erişim Tarihi: 28.04.2013.

UNICEF, ‘Annual Report 2010’, UNICEF Publishing, New York, S.5-9, 2010.

UNICEF, ‘The State of the World of the Children 2005 - Childhood under Threat’, UNICEF, New York, S. 25-90, 2005b.

UNODC, *Global Report On Trafficking in Persons*, United Nations, New York, S.18, 2012.

Yüksel A., *İstanbul Genelevinde Çalışan Kadınların Mediko Sosyal Durumları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, S.15; 2001.

Yokoyama, Minoru. *Measures Against Human Trafficking in Japan*. Women & Criminal Justice, 20(1-2): S.27-39, 2010.

<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html>.

<http://www.goc.gov.tr/>

ÇEVRE HAKKININ BİREYSEL BAŞVURUYA KONU EDİLEBİLİRLİĞİ ÜZERİNE

*Über die Geltendmachung des Rechts auf Umwelt im Rahmen der
Verfassungsbeschwerde*

Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ *

ÖZET

Bireysel başvuru, günümüzde temel hak ve hürriyetlerin korunmasında en etkili hukuki araçlardan biridir. Bireysel başvuru yolu, 12 Eylül 2010 tarihinde gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ile Türk hukukuna da girmiştir. Bu çalışmada, Anayasanın 56. maddesinde güvence altına alınan çevre hakkına yönelik ihlallerin bireysel başvuru kapsamında ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna yanıt aranmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle bireysel başvuru ve çevre hakkına ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Akabinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konumuz bağlamında önem arz eden içtihatlarına değinilmiştir. Bunların devamında, Türk hukuku ve AİHS düzenlemelerinden hareketle çevre hakkının bireysel başvuruya konu edilmesi sorunu ele alınmıştır. Nihayet çalışmanın sonunda erişilen neticelere yer veren bir sonuç kısmına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, Çevre hakkı, Anayasal çevre koruma, Türk çevre hukuku, AİHS, AİHM

ZUSAMMENFASSUNG

Die Verfassungsbeschwerde gilt inzwischen als einer der effektivsten Rechtsmittel zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten. Durch die Verfassungsänderungen vom 12 September 2010 wurde sie auch in türkisches Recht eingeführt. Dieser Artikel fokussiert auf die Frage, ob die Geltendmachung der Verletzungen des Rechts auf Umwelt (Türkische Verfassung Art. 56) im Rahmen der Verfassungsbeschwerde möglich ist. In diesem Zusammenhang wird zuerst allgemeine Kenntnisse über die Verfassungsbeschwerde und das Recht auf Umwelt gegeben. Danach wird einige Erläuterungen zur diesbezüglichen Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegeben. Anschliessend soll untersucht werden ob und inwieweit das Recht auf Umwelt den Beschwerdegegenstand sein kann. Schliesslich werden die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst.

Schlüsselwörter: Verfassungsbeschwerde, Recht auf Umwelt, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz, Türkisches Umweltrecht, EMRK, EMRG

◆◆◆◆

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, guneslaw@hotmail.com

I. BİREYSEL BAŞVURUYA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Anayasal düzenin sürdürülmesi ve temel hak ve hürriyetlerin korunması, günümüzde anayasa yargısının gerçekleştirdiği iki temel işlevdir.¹ Her ne kadar temel hak ve hürriyetlerin korunması geçmişte anayasa yargısının ikincil bir işlevi olarak görülmüş ise de, bu işlevin günümüzde çağdaş anayasa mahkemelerinin ayırt edici özelliklerinden biri haline geldiği ifade edilmelidir.² Anayasa şikâyeti olarak da adlandırılan bireysel başvuru ise, anayasa yargısının temel hak ve hürriyetleri korumada ulaştığı en gelişmiş düzey olarak gösterilmektedir. Uygulamada farklılık söz konusu olmakla birlikte, 2011 yılı itibariyle dünyadaki bağımsız 181 devletten 62'sinde bireysel başvuru yolunun geçerli olduğu görülmektedir.³ Uzun yıllar tartışılmış olmasına rağmen bireysel başvurunun ulusal hukukumuzda girişi, ancak 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması sonucunda yürürlüğe giren anayasa değişikliği ile mümkün olmuştur. Anayasanın 148. maddesinde öngörülen değişikliklerle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurulara bakma yetkisi tanınmış ve bireysel başvurulara ilişkin usul ve esasların bir kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. 30 Mart 2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ise, bireysel başvuruya ilişkin yasal hükümleri ortaya koymuştur. Bunların yanı sıra Anayasa Mahkemesi, yaklaşık iki yıllık bir geçiş sürecinden sonra 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır.

Bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetleri kamu gücünün işlem, eylem veya ihmalleri nedeniyle ihlal edilen bireylerin diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yolu olarak tanımlanmaktadır.⁴ Dolayısıyla bireysel başvuru, kamu gücünün bir temel hak veya hürriyeti ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne açılan bir dava türüdür. Bireysel başvuru yolu, hukuk devleti ilkesinin daha mükemmel bir şekilde gerçekleştirilmesine ve bunun en önemli unsurlarından biri olan devlet organlarının yaptığı temel hak ihlallerine karşı bireylerin korunmasına yardımcı olmayı amaçlamaktadır.⁵ Bunların dışında, bireysel başvurunun genel olarak ikili

¹ *Kaboğlu*, Anayasa Yargısı, 4. Baskı, Ankara 2007, s. 169 vd.; *Kılınç/Çağatay/Atasoy*, Bireysel Başvuru, s. 2.

² Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nde görülen tüm davaların yaklaşık % 96'sının bireysel başvurulardan oluştuğu belirtilmiştir. Bu konuda bkz. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Auflage, Heidelberg 2008, N. 1118.

³ *Şirin*, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013, s. 13.

⁴ *Ekinci/Sağlam*, 66 Soruda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Ankara 2012, s. 9. Ayrıca bkz. *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4. Auflage, München 2014, s. 1.

⁵ *Sabancı/Esen-Arnwine*, Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli, Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu, s. 1.

bir işlevinin bulunduğu ifade edilmektedir.⁶ Kişilerin subjektif haklarını koruması bireysel başvurunun ilk işlevini oluşturur iken, kararlar aracılığıyla kimi anayasal sorunlara açıklık getirilmesi, anayasa düzeninin korunmasına, yorumlanmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunma ikinci işlevi oluşturmaktadır.

Bireysel başvuru yolunun temel niteliklerini, şu şekilde sıralayabiliriz.⁷ Öncelikle belirtmek gerekir ki, bireysel başvuru Anayasada belirtilen hak ve hürriyetleri ihlal edilenlere tanınan özel bir hak arama yoludur. Bireysel başvuru bu bağlamda, Anayasada belirtilen temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesini önlemeyi ve ihlalin gerçekleştiği durumlarda ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir dava türüdür. Diğer taraftan bireysel başvuru, kural olarak kamu gücüne dayanan işlem, eylem ve ihmallere karşı yapılır. Bu bakımdan bireysel başvuru, kamu gücü karşısında korumasız durumdaki bireyin hak ve hürriyetlerin garanti altına alma gayesine yöneliktir. Bunların dışında, bireysel başvurunun başka yollarla giderilemeyen temel hak ve hürriyet ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik istisnai ve ikincil nitelikte bir kanun yolu olduğuna dikkat çekmek gerekir. Başka bir deyişle bireysel başvuru, ne ek bir istinaf veya temyiz yolu ne de her türlü hukuka aykırılığın düzeltilebileceği bir olağanüstü kanun yoludur. Bireysel başvuru, yalnızca Anayasada belirtilen temel hak ve hürriyetlerden birinin ihlalinin denetlenebileceği istisnai bir hukuk yolu, olağanüstü bir hukuki çaredir. İkincillik ise, bireysel başvuru hakkının ancak idari ve yargısal tüm başvuru yolları tüketildikten sonra kullanılabilmesini ifade etmektedir. Yani temel hak ve hürriyetlerin ihlallerinin mümkün olduğunca idari makamlar ve mahkemelerde çözüme kavuşturulması gerekmekte olup, bireysel başvuru idari ve yargısal mekanizmaların yetersizlik ve eksikliklerini gidermeye yöneliktir. Son olarak, bireysel başvurunun bir halk davası (*actio popularis*) olmadığını belirtmeliyiz. Herhangi bir hak veya menfaat ihlaline uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın herkesin başvuru hakkına sahip olduğu halk davasından farklı olarak, bireysel başvuru yolunda başvuru yolunda başvuru yolunun temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi şartı aranmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, bireysel başvuruya ilişkin temel düzenlemeler Anayasanın 148. maddesinde yer almaktadır. Bu bağlamda bu maddenin 3. fıkrasında, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü*

⁶ Sabuncu/Esen-Arnwine, s. 2; Göztepe, Anayasa Şikâyeti, Ankara 1998, s. 17; Aydın, GÜHFD 2011, S. 4, s. 126; Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, İstanbul 2013, s. 35 vd.

⁷ Bu konuda bkz. Ekinci/Sağlam, s. 9 vd.; Kılınç/Çağatay/Atasoy, s. 6 vd.; Göztepe, s. 16 vd.; Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2011, Art. 93, N. 67 vd.; Sabuncu/Esen-Arnwine, s. 2; Zuck, s. 119 vd.

tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” hükmüne yer verilmiştir. 4. fıkra da ise, bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı öngörülmüştür. Son olarak 5. fıkra da, bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Anayasa değişikliği teklifinin madde gerekçesinde ise, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının tanınmasına gerekçe olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) Türkiye aleyhine her yıl binlerce başvuru yapılması gösterilmiştir. AİHM’ye yapılan başvuruların bireysel başvuru müessesesiyle Anayasa Mahkemesi’nce karara bağlanması suretiyle, AİHM’ye yapılacak başvuruların azaltılması amaçlanmıştır.

Anayasada yer verilen düzenlemelerden hareketle yapılması gereken ilk tespit, bireysel başvuruda bulunacak kişinin Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından güvence altına alınmış olan bir temel hak ve hürriyetinin ihlal edilmiş olması gerektiğidir. Anayasa ve AİHS tarafından güvence altına alınmış olma şartı kümülâtif olduğundan, Anayasada düzenlenmekle birlikte AİHS’de tanınmayan bir hak veya hürriyetin ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yoluna gidilemez. Bununla birlikte, AİHS tarafından güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin kapsamına AİHS’nin esas metninde yer alanların yanı sıra Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve hürriyetler de girmektedir. Bunun dışında, ilgili ihlalin herhangi bir kişi tarafından değil de bir kamu gücü tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla, devletin üç temel erki olan yasama, yürütme ve yargıya isnat edilen işlem, eylem ve ihmaller nedeniyle gerçekleşen ihlaller bireysel başvuruya konu edilebilir. Kamu gücünün ihmali nitelikteki işlem ve eylemlerinin bireysel başvuruya konu edilebilmesi ise, ancak kamu organlarının bir işlemde bulunma zorunluluğunun olduğu durumlarda mümkündür. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, ayrıca olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Yani bireysel başvuruda bulunacak kişinin ilgili davayı ilk derece mahkemesi önünde kaybettikten sonra, ilk derece mahkemesinin kararına karşı itiraz veya temyiz başvurusunu gerçekleştirerek bu yolları tüketmiş olması gerekir. Son olarak bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı öngörülmek suretiyle, bireysel başvurunun temel hak ve hürriyet ihlali iddialarının Anayasadaki belli düzenlemeler yönünden incelemesine imkân tanıyan istisnai bir yargı yolu olduğu tasdik edilmiştir.

30 Mart 2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un özellikle 45-51. maddelerinde, Anayasada

bireysel başvuruya ilişkin olarak öngörülen hükümleri daha somut hâle getiren düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikle 45. maddenin 3. fıkrasında, bireysel başvuruya konu olabilecek işlemler bakımından bir kısıtlamaya gidildiği dikkat çekmektedir. Buna göre, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz. Bunun haricinde 46. maddede, bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem veya ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir. Burada ayrıca, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacağı ve özel hukuk tüzel kişilerinin sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceği belirtilmiştir. Bunun yanın sıra, yabancılar yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak bireysel başvuru yapma hakkına sahip değildir. Belirtilmesi gereken diğer bir husus, bir bireysel başvuru talebinin Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesinin önkoşulunun bu başvuruların kabul edilebilir nitelikte olmasıdır. Söz konusu başvurular, ancak bu koşul karşılandıktan sonra esasın incelenebilir. Esasa ilişkin olarak ise, Anayasa Mahkemesi bir temel hakkın ihlal edildiği veya edilmediği yönünde iki tür karar alabilir. Bir ihlalin tespit edildiği hallerde, Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmetmesi gerekir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapılmasına karar verebileceği gibi yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa başvurucu lehine uygun bir tazminata da hükmedilebilir.

II. ÇEVRE HAKKI

Çevre hakkı, günümüzde çevrenin korunmasında başvurulan en etkin hukuki araçlardan biri olarak gerek ulusal gerek bölgesel gerekse uluslararası düzeyde birçok hukuki metinde yer bulmuştur. Çevre hakkı, en genel anlamıyla çevrenin korunmasını ve geliştirilmesini amaç edinmektedir. Çevre hakkı, bugün olduğu gibi gelecekte de yaşanılır bir çevreye sahip olabilme arzusunu gerçekleştirmeyi amaçlayan ve çevrenin herkesin ortak varlığı olduğu düşüncesine dayalı eşitlik ilkesi temelinde yükselen bir haktır. Çevre hakkı ile ulaşılmak istenen, doğayı sömürü değil uyum temelinde bugünkü ve gelecek kuşaklar için yaşamaya elverişli kılarak herkesin ondan eşit yararlanması hedefidir. Çevre hakkı, geleneksel insan haklarının sunduğu olanaklar ile önlenemeyen çevreye yönelik ihlallerin aşılmasında önemli bir işleve sahiptir. Çevre hakkının insanın var olma ve yaşamını sürdürme hakkının ve dolayısıyla diğer haklarının kullanılabilmesinin önkoşulu olduğunu ileri süren kesimler, çevre hakkı ve diğer haklar arasında

ortaya çıkabilecek çatışmaların çevre hakkı lehine neticelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁸

Yeni bir insan hakkı olarak özellikle yetmişli yılların başından itibaren uluslararası belgelere ve ulusal anayasalara giren çevre hakkının temelinde diğer insan haklarında olduğu gibi bir hak istemi vardır. Çevre sorunlarının ve çevresel bozulmaların ulusal ve küresel düzeyde giderek daha ciddi bir tehdit olması karşısında sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamının haklı bir talep olarak dile getirilmesi ve bu taleplerin hukuken güvence altına alınması gereği çevre hakkını doğuran en önemli faktördür.⁹ Bunun haricinde, çevre hakkının insan hakları teorisi bakımından üçüncü kuşak haklar kategorisinde yer aldığını belirtmek gerekir.¹⁰ Kişi hakları ve siyasal haklar birinci kuşak hakları oluştururken, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ikinci kuşakta yer almakta, üçüncü kuşak haklar ise dayanışma haklarını içermektedir. Çevre hakkının yanı sıra gelişme hakkı, barış hakkı ve insanlığın ortak mirasından faydalanma hakkı gibi hakların yer aldığı üçüncü kuşak hakların başlıca özelliği, bu haklardan kaynaklanan problemlerin tüm insanlığın dayanışma içinde çözülebileceği, tek tek insanların veya ülkelerin üstesinden gelemeyeceği sorunlar olmasıdır.

84

Ayrıca çevre hakkının diğer insan haklarından farklı bazı özelliklere sahip olduğu dikkat çekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, şimdiki ve gelecek kuşaklar çevre hakkının öznelere yani yararlanıcılarıdır. Bireyler, topluluklar, devlet ve gelecek kuşaklar bu bağlamda çevre hakkının öznesini oluşturmaktadır. Gelecek nesillerin de çevre hakkının öznesi olması, çevre hakkının kuşaklararası niteliğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla, bugünkü neslin en önemli ödevi gelecek kuşaklara sağlıklı ve dengeli bir çevre devretmektir. Çevre hakkı bir bakıma, bugünkü nesillerle gelecek nesilleri dayanışma ve işbirliği temelinde birbirine bağlamaktadır. Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, çevre hakkından yararlananların aynı zamanda bu hakkın muhatapları olduğudur. Hak-ödev diyalektiği, bu bağlamda çevre hakkının en belirgin özelliğidir. Bu nedenle, çevre hakkının sahipleri aynı zamanda bu hakka saygıyı sağlamakla görevlidir. Çevre hakkının sorumlularının başında devlet yer alsa da, çevrenin korunması bireylerin ve toplulukların da ödevidir. Çevre hakkı bu bağlamda, devlet, birey ve topluluklara çevrenin korunması ve çevrenin kirletilmemesi konusunda aktif

⁸ Bu konuda bkz. *Turgut*, Çevre Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001, s. 149; *Özdek*, Çevre hakkı, Ankara 1993, s. 84 vd.; *Kuzu*, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, İstanbul 1997, s. 84 vd.

⁹ *Özdek*, s. 88.

¹⁰ Bu konuda bkz. *Turgut*, Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 88 vd.; *Kaboğlu*, Çevre Hakkı, 3. Baskı, Ankara 1996, s. 9 vd.

ve pasif ödevler yüklemektedir.¹¹ Bireylerin aktif ödevlerini hayata geçirebilmesi, bilhassa bilgi edinme, çevresel karar alım süreçlerine katılma ve çevresel konularda başvuru gibi birtakım usuli hakların tanınmasını gerekli kılmaktadır. Çevre hakkı bağlamında hakkın yararlanıcısı ve hakkın muhatabı kavramları gibi hak ve ödev kavramları da birbirinin içine geçmiştir. Geleneksel insan haklarında hakkın ileri sürülmesi muhataplar bakımından bir ödev doğururken, çevre hakkının sahibi olmak hak sahibine aynı zamanda bir ödev yüklemektedir. Çevre hakkının konusunu ise, korunması gereken çevresel değerler oluşturmaktadır. Bu bağlamda, çevre tanımının kapsamına giren canlı veya cansız unsurların çevre hakkının konusunu oluşturduğunu ifade etmeliyiz.

1982 Anayasası'nda da çevre hakkına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Anayasanın çevre ile ilgili temel düzenlemesi olan 56. madde, bu bağlamda değinilmesi gereken ilk düzenlemedir. “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlığını taşıyan bu düzenleme, Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde yer almaktadır. 56. maddedeki düzenlemenin çevreyle ilgili olan ilk fıkrası şu şekildedir: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir.” Bu düzenleme ile ilgili olarak yapılması gereken ilk tespit, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu öngörmek suretiyle Anayasanın esasen çevre hakkını güvence altına aldığıdır. Görüldüğü üzere, çevre hakkının tanınması bakımından ne gerçek ve tüzel kişiler ne de yurttaş ve yabancılar arasında bir ayırım öngörülmemiştir. Bunun dışında, çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi devlete ve vatandaşlara müşterek bir ödev olarak yüklenmiştir. Dolayısıyla, Anayasanın 56. maddesi çevre hakkına yer vermenin yanı sıra çevrenin korunmasını kamusal makamlara ve vatandaşlara ortak bir yükümlülük olarak yüklemektedir. Bu bakımdan, Anayasada ele alınış biçimiyle 56. maddede yer verilen düzenlemenin çevre hakkı bağlamında değindiğimiz hak-ödev diyalektiği anlayışına uygun olduğu belirtilmelidir. Dikkat çeken diğer bir nokta, çevre hakkının Anayasada üçüncü kuşak haklar kategorisinde düzenlenmek yerine sosyal haklar kapsamında ele alındığıdır. Anayasanın temel çevresel normu olan 56. madde, çevrenin korunmasına ilişkin birçok girişime hukuki dayanak oluşturmuş ve başta Anayasa Mahkemesi ve Danıştay olmak üzere çeşitli mahkemelerin çevre ile ilgili verdiği kararlara da dayanak olmuştur.

¹¹ Bkz. *Yokuş Sevük*, Çevre Hukuku, Ankara 2013, s. 23 vd.; *Kalabalık*, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 563 vd.; *Özdek*, s. 127.

Anayasada 56. madde dışında da çevreyle ilgili bazı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Anayasanın 169. maddesinde, ormanların korunması ve geliştirilmesinin devletin vazifesi olduğu, devlet ormanlarının devletçe yönetilip işletileceği ve bu ormanların mülkiyetinin devir olunamayacağı gibi hususlara yer verilmiştir. Bunun dışında 168. maddede, doğal zenginlik ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve bunların aranması ve işletilmesi hakkının devlete ait olduğu öngörülmüştür. Anayasanın 63. maddesinde ise, devletin tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlayacağı, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan 44. maddede, toprağın korunması ve geliştirilmesine yönelik olarak detaylı hükümlere yer verildiği görülmektedir. Anayasanın 166. maddesinde ise, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın sağlanmasına yönelik olarak ülke kaynaklarının verimli şekilde kullanılmasını planlamanın devletin görevi olduğu dile getirilmiştir.

Çevre hakkının Anayasada sosyal haklar başlığı altında düzenlenmesi, devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını belirleyen Anayasanın 65. maddesinin 56. maddenin uygulanma olanağını kısıtlaması sonucunu doğurmaktadır. 65. maddede, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği öngörülmüştür. Bu konuda belirtilmesi gereken ilk husus, 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ile 65. maddede yer alan *ekonomik istikrarın korunması* ibaresinin yerine *görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri* ifadesine yer verilmiş olduğudur. Böylelikle sosyal hakların ekonomik politikaların seçeneğini oluşturabilmesi mümkün kılınmıştır.¹² Başka bir deyişle, sosyal veya ekolojik gerekler bazı hallerde ekonomik gerekere göre öncelik taşıyabilecektir. Ancak 65. maddede yer alan düzenlemenin halen muğlak ifadeler barındırdığı gözden kaçırılmamalıdır. Zira sosyal hakların mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde gerçekleştirilmesinden tam olarak neyin kastedildiği açık değildir. Çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi konusunda 56. maddeyle devlete yüklenen ödevlerin yerine getirilmesi bakımından, Anayasanın 65. maddesinin sınırlayıcı etkisini ileri sürmek güçtür. Anayasanın 65. maddesinde öngörülen mali kaynakların yeterliliği kriteri, olsa olsa çok büyük harcamaları gerekli kılacak geliştirme veya eski hale getirme projeleri (örn. İzmit Körfezi'nin temizlenmesi) bakımından sınırlayıcı bir ölçüt olarak gündeme gelebilir.¹³ Dikkat çekilmesi gereken diğer

¹² *Kaboğlu*, Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları, s. 45 vd.

¹³ *Kaboğlu*, Çevre Hakkı, s. 45.

bir nokta, Anayasanın 65. maddesi ile getirilen sınırlamanın çevre hakkının yükümlülerinden yalnızca devlete yönelmiş olduğudur. Dolayısıyla, bireylerin yükümlülükleri bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Ayrıca 65. madde ile devletin yükümlülükleri ortadan kaldırılmamış, aksine sadece sınırlanmıştır.¹⁴ Bunların yanı sıra, 56. maddede çevre hakkının yaşam hakkıyla bağlantı kurularak düzenlenmesinin 65. maddenin devlete yüklenen çevre koruma ödevinin yerine getirilmemesi bakımından bir gerekçe olarak ileri sürülmesini önemli ölçüde engellediği de ifade edilmiştir.¹⁵

Çevre hakkına ilişkin bir düzenlemeye Çevre Kanunu'nun çevrenin korunmasına, iyileştirilmesine ve kirliliğin önlenmesine ilişkin genel ilkelere yer veren 3. maddesinin e) bendinde de rastlamak mümkündür. Burada, çevre politikalarının oluşmasında katılım hakkının esas olduğu ifade edildikten sonra Bakanlık ve yerel yönetimlerin meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ile vatandaşların çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Çevre Kanunu'nun 3. maddesinin a) bendinde ise, Anayasanın 56. maddesindeki benzer bir düzenlemeye yer verilerek, başta idare, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları olmak üzere herkesin çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olduğu ifade edilmiştir. Konumuz bağlamında gözden kaçırılmaması gereken diğer bir husus, çevre hakkının anayasal veya yasal düzenlemelerde soyut olarak düzenlenmesinin çevrenin etkin olarak korunması bakımından tek başına yeterli olmadığıdır. Çevre hakkının etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi için çevresel bilgilere erişim, çevresel karar alım süreçlerine katılım ve çevresel konularda yargısal başvuruya ilişkin bir takım çevresel haklarla takviye edilerek somutlaştırılması gerekmektedir.¹⁶ Bu tür usuli haklar tanınmadan, çevre hakkının soyut bir düzenleme olmaktan öteye geçemeyeceğini ifade etmeliyiz. Bu noktada, çevresel bilgilere erişim, çevre ile ilgili kararlara halkın katılımı ve çevre ile alakalı meselelerde yargıya başvuru konularında ayrıntılı düzenlemelere yer veren uluslararası bir antlaşma olan Aarhus Sözleşmesi'nin ülkemiz tarafından halen imzalanmamış olmasının çevre hakkının pratiğe geçirilmesi bakımından ciddi bir eksiklik oluşturduğu belirtilmelidir.

¹⁴ *Kalabalık*, s. 563.

¹⁵ *Turgut, Çevre Hukuku*, s. 139 vd.

¹⁶ Bu konuda ayrıca bkz. *Yokuş Sevük*, s. 44 vd.; *Kaboğlu*, *Çevre Hakkı*, s. 93 vd.

III. ÇEVRENİN AİHS ÇERÇEVESİNDE KORUNMASI

A. Genel Saptamalar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde çevre hakkına veya çevrenin korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, geliştirdiği içtihatlarla AİHS'de yer alan birtakım hak ve hürriyetleri bireye sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı sağlayacak şekilde yorumlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu bağlamda çevre ile ilgili davaların çoğunu başta özel hayat ve ailenin korunması hakkı (md. 8) olmak üzere yaşam hakkı (md. 2), adil yargılanma hakkı (md. 6) ve bilgilendirme hakkı (md. 10) gibi haklar açısından incelemektedir. Bu bakımdan, çevreye ilişkin doğrudan bir düzenlemeye yer vermeyen AİHS'nin içerdiği diğer haklarla çevrenin korunmasına dolaylı bir katkı sunduğu belirtilmelidir.

Çevrenin AİHS kapsamında ele alınması, genellikle iki şekilde gerçekleşmektedir.¹⁷ Bunlar, çevrenin korunmasının kamu yararının bir unsuru olduğunun kabulü ve AİHS'de yer alan bazı hükümlerin çevrenin korunması için seferber edilmesidir. Çevrenin korunmasının kamu yararının bir unsuru olduğunun kabulü, bilhassa AİHS'de öngörülen hakların sınırlandırılması bakımından önem taşımaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği kararlarda çevrenin korunmasının taraf devletlerin özellikle mülkiyet hakkı ve özel yaşamın korunması hakkı gibi haklar bakımından öngördüğü sınırlamaları haklı kılan nedenlerden olduğunu belirtmiştir.¹⁸ AİHS hükümlerinin çevrenin korunması için seferber edilmesinden kasıt ise, AİHS'de düzenlenen özel hayat ve ailenin korunması hakkı, yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı, bilgi edinme hakkı, etkili başvuru hakkı ve mülkiyet hakkı gibi bazı hakların çevrenin korunmasına katkı sağlayacak şekilde yorumlanmasıdır. Bu durumda, AİHS'de yer alan bazı hakların çevresel zarar, çevre kirliliği veya çevresel bozulma nedeniyle ihlal edildiğinin kabul edilmesi söz konusu olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çevrenin korunması bakımından sağladığı asıl önemli katkı da bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, AİHS'de öngörülen bazı haklardan çevrenin korunmasını sağlayacak şekilde nasıl yararlanıldığına daha yakından bakmakta fayda vardır.

B. Özel Hayata Saygı Hakkı (md. 8)

AİHS'nin özel yaşamın, aile yaşamının ve konutun korunmasına ilişkin 8. maddesi, çevre ile ilgili davalarda AİHM nezdinde en sık başvurulan düzenlemedir. 8. maddenin

¹⁷ Karş. *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 125 vd.; *Turgut*, Legal Hukuk Dergisi, 2006, S. 41, s. 1363; *Schmidt-Radefeldt*, Ökologische Menschenrechte, Baden-Baden 2000, s. 55 vd.

¹⁸ Bu kararlar için bkz. *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 126 vd.

1. fıkrasında herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu belirtilirken, 2. fıkrada bu hakların sınırlandırılabilceği haller düzenlenmiştir. AİHS'nin 8. maddesini oldukça geniş ve dinamik bir şekilde yorumlayan AİHM, verdiği çeşitli kararlarda çevre kirliliği, çevresel zarar veya çevresel bozulmanın birey üzerinde ortaya çıkardığı olumsuz etkilerin de bu madde kapsamında ele alınabileceğine hükmetmiştir. Ayrıca AİHM, 8. maddenin uygulanabilmesi için başvuru sahiplerinin yaşamları bakımından ağır bir tehlike halinin mevcudiyetini aramamakta, aksine başvurucuların sağlığı, özel hayatı ve aile hayatı bakımından ciddi bir tehlike oluşturabilecek ağır çevresel ihlallerin varlığını bu maddenin uygulanması bakımından yeterli görmektedir. AİHS'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak kabul edilen başvuruları ise, ses kirliliği, sanayi atıklarından kaynaklanan kirlilik ve çöplüklerden kaynaklanan kirlilik alt başlıkları altında ele almak mümkündür.¹⁹

AİHM'nin çevre hakkı ile ilgili ilk kararlarından birinin verildiği *Powell ve Rayner/ Birleşik Krallık* davasında, uçaklardan kaynaklanan gürültünün havaalanının yakınında oturanların özel hayatının ve konut huzurunun kalitesini düşürdüğü gerekçesiyle AİHS'nin 8. maddesinin kapsamına giren bir müdahalenin var olduğu belirtilmiştir.²⁰ Gürültü kirliliğinin AİHS'nin 8. maddesinin uygulama alanına girdiğine ilişkin benzer bir saptama *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasında da yapılmıştır.²¹ *Moreno Gomez/İspanya* davasında ise, yerel makamların gürültü kirliliğine neden olan bar ve diskoteklere ulusal mevzuata aykırı olarak işletme izni vermesi nedeniyle başvurucuların konut hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.²²

Endüstriyel atıklarından kaynaklanan çevresel kirlilik de AİHM tarafından özel hayatı ve aile hayatını ihlal eden bir müdahale olarak ele alınmaktadır. *Lopez Ostra/İspanya* davası, bu konuda AİHM tarafından karara bağlanan en önemli davalardan biridir.²³ Bu davada, başvurucu konutunun çok yakınında ruhsatsız bir şekilde işletilen katı ve sıvı atık tesislerinden kaynaklanan kötü kokular,

¹⁹ Karş. *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 130; *Yokuş Sevük*, s. 72 vd.; *Schmidt-Radefeldt*, s. 116 vd.

²⁰ AİHM, *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 9310/81, 21/02/1990, N. 40. Bu davayla ilgili olarak ayrıca bkz. *Dinç*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan, Ankara 2008, s. 208 vd.; *Schmidt-Radefeldt*, s. 119 vd.

²¹ AİHM, Büyük Daire, *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 36022/97, 08.07.2003, N. 118. Bu davayla ilgili olarak ayrıca bkz. *Dinç*, s. 210 vd.; *Wildhaber*, Umweltschutz in der Spruchpraxis des EGMR, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, s. 152 vd.

²² AİHM, *Moreno Gomez/İspanya*, Başvuru no: 4143/02, 16.11.2004. Bu davayla ilgili olarak bkz. *Dinç*, s. 219 vd.

²³ AİHM, *Lopez Ostra/İspanya*, Başvuru no: 16798/90, 09.12.1994. Bu davayla ilgili olarak ayrıca bkz. *Schmidt-Radefeldt*, s. 125 vd.; *Dinç*, s. 263 vd.; *Yokuş Sevük*, s. 75 vd.; *Wildhaber*, s. 153.

duman ve zararlı gazlardan ötürü konut ve aile yaşamının kötü etkilendiğini ileri sürmüştür. AİHM verdiği kararda, ciddi çevresel kirliliklerin kişi sağlığını önemli bir biçimde tehlikeye atmasa bile bireylerin esenliğini etkileyip özel hayat ve aile hayatı üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracak şekilde konuta saygı haklarını kullanmalarını engelleyebileceğini ifade ederek, ulusal makamların kişilerin konut, özel ve aile yaşamına saygı hakkını koruyacak tedbirleri almakta geciktiği gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. *Guerra ve diğerleri/İtalya* davasında da, endüstriyel kirliliğin AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel yaşam, aile yaşamı ve konuta saygı hakkının ihlaline neden olduğuna karar verilmiştir.²⁴ Benzer şekilde *Giacornelli/İtalya* kararında da, atık arıtma tesisinin neden olduğu çevresel zararların AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.²⁵ *Fadeyeva/Rusya*,²⁶ *Tatar/Romanya*,²⁷ *Dubetska ve Diğerleri/Ukrayna*,²⁸ *Bacila/Romanya*²⁹ ve *Apanasewicz/Polonya*³⁰ davaları, AİHS'nin 8. maddesinin endüstriyel kirlilik nedeniyle ihlal edildiği kararının verildiği önemli nitelikteki diğer davalardır.³¹ Bu davaların çoğunun ortak yönü, devletin üzerine düşen tedbirleri almayarak başvuru sahiplerini uzun süre ciddi bir kirliliğe maruz bırakmasıdır. Ayrıca birçok davada şikâyet konusu kirlilik, yasalara aykırı bir şekilde faaliyet gösteren işletmelerden kaynaklanmış, bu kirlilik yasaların kabul ettiği seviyelerin üzerine çıkmış ve ulusal makamlar bu işletmelere herhangi bir yaptırım uygulamamıştır.³²

Çöplüklerden kaynaklanan çevresel kirliliğin de AİHM tarafından 8. madde kapsamında ele alındığı dikkat çekmektedir.³³ Örneğin *Branduse/Romanya*³⁴ davasında verilen kararda, başvuru sahiplerinin sağlığını doğrudan etkilememiş olsa bile, beş yıl boyunca ruhsatsız işletilmiş olan bir çöp deposunun neden olduğu kirliliği önlemek için tedbir almayan devletin AİHS'nin 8. maddesine aykırı

²⁴ AİHM, *Guerra ve diğerleri/İtalya*, Başvuru no: 14967/89, 19.02.1998. Bu davayla ilgili olarak bkz. *Schmidt-Radefeldt*, s. 134; *Wildhaber*, s. 153 vd.; *Yokuş Sevük*, s. 76.

²⁵ AİHM, *Giacornelli/İtalya*, Başvuru no: 59909/00, 02.11.2006. Bu davayla ilgili olarak ayrıca bkz. *Diñç*, s. 272 vd.; *Yokuş Sevük*, s. 76 vd.

²⁶ AİHM, *Fadeyeva/Rusya*, Başvuru no: 55723/00, 09.06.2005. Bu davayla ilgili olarak ayrıca bkz. *Diñç*, s. 278 vd.

²⁷ AİHM, *Tatar/Romanya*, Başvuru no: 67021/01, 27.01.2009. Bu davayla ilgili olarak bkz. *Diñç*, s. 312 vd.

²⁸ AİHM, *Dubetska ve diğerleri/Ukrayna*, Başvuru no: 30499/03, 10.02.2011.

²⁹ AİHM, *Bacila/Romanya*, Başvuru no: 19234/04, 30.03.2010.

³⁰ AİHM, *Apanasewicz/Polonya*, Başvuru no: 6854/07, 03.05.2011.

³¹ Bu davalarla ilgili olarak ayrıca bkz. *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 132 vd.

³² *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 133.

³³ Bkz. *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 133.

³⁴ AİHM, *Branduse/Romanya*, Başvuru no: 6586/03, 07.04.2009.

davrandığına hükmedilmiştir. *Di Sarno ve diğerleri/İtalya* davasında ise, İtalyan hükümetinin çöp toplama krizini başarılı bir şekilde yönetemediği, çöplerin toplanması, işlenmesi ve yok edilmesindeki gecikmeler nedeniyle başvuruclarının uzun bir süre ciddi bir kirliliğe maruz kaldıkları saptanarak AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.³⁵

8. maddeye ilişkin yaptığımız açıklamalar, bu düzenlemenin çevrenin AİHM tarafından korunmasında çok önemli bir rol oynadığını göstermektedir. 8. maddenin çevrenin korunması bağlamında sağladığı bu katkı, esasen bu düzenlemenin AİHM tarafından oldukça geniş bir biçimde yorumlanmasının sonucudur. Böylelikle, insan yaşamını etkileyen birçok faaliyetin bu madde kapsamında ele alınmasının önü açılmıştır. Ayrıca AİHM, esas aldığı dinamik yorum anlayışı ile baz istasyonları veya radarlardan kaynaklanan elektromanyetizma gibi yeni çevresel tehditlerin de 8. madde kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılmıştır.³⁶ Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, çevresel bir kirlilik veya tehlikenin 8. maddede yer alan haklardan hangisini ihlal veya tehdit ettiği konusunda AİHM'nin net bir ayırım yapmaktan genellikle imtina ettiği dir.³⁷ Zira AİHM, bazı kararlarında özel yaşamın korunması hakkının, bazı kararlarında özel yaşamın ve konut yaşamının korunması hakkının, bazı kararlarında özel yaşamın, aile ve konut yaşamının korunması hakkının ve nihayet bazı kararlarında yalnızca konut yaşamının korunması hakkının ihlaline karar vermiştir. AİHM bu haklar arasında net bir ayırım yapmak yerine, daha ziyade bunları iç içe geçmiş bir şekilde değerlendirmektedir.

C. Yaşam Hakkı (md. 2)

AİHS'nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı, çevre ile ilgili davalarda AİHM nezdinde ileri sürülen diğer bir haktır. AİHS'nin 2. maddesinde herkesin yaşam hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. 2. madde bu bağlamda devlete, bireyi yaşamdan mahrum bırakmama yükümlülüğünün yanı sıra bireylerin yaşamlarını korumak için gerekli adımları atma konusunda pozitif bir görev yüklemektedir.

Öneriyıldız/Türkiye davası, AİHM'nin 2. madde ile ilgili olarak karara bağladığı en önemli başvurulardan biridir.³⁸ 1993 yılında Ümraniye çöplüğünde gerçekleşen

³⁵ AİHM, *Di Sarno ve diğerleri/İtalya*, Başvuru no: 30765/08, 10.01.2012.

³⁶ Örn. AİHM, *Iera Moni Profitou Iliou Thiras/Yunanistan*, Başvuru no: 32259/02, 22.12.2005.

³⁷ *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 135. Ayrıca bkz. *Schmidt-Radefeldt*, s. 106 vd.

³⁸ AİHM, *Büyük Daire, Öneriyıldız/Türkiye*, Başvuru no: 48939/99, 30.11.2004. Bu davayla ilgili olarak ayrıca bkz. *Dinç*, s. 235 vd.; *Yokuş Sevük*, s. 65 vd.

metan gazı patlaması sonucunda yakınlarını ve evini kaybeden bir kişinin yaptığı bu başvuruda, Türkiye'nin AİHS'nin 2. maddesini ihlal ettiği saptanmıştır. Yaşam bakımından önemli ve yakın bir tehlikeden haberdar olan kamusal makamlarının bireyleri korumak için gerekli pozitif tedbirleri alması gerektiğine dikkat çeken AİHM, somut olayda devletin patlama tehlikesini öngören raporların varlığına rağmen patlamayı önlemek için gerekli tedbirleri almadığı, hayatı tehlikede olan kişileri patlama riski konusunda bilgilendirmediği, bu kişileri güvenli bir yere nakletmediği ve patlama sonrası sorumluların etkili bir şekilde soruşturulması ve cezalandırılması için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği sonucuna varmıştır. *Budayeva ve diğerleri/Rusya* davası, 2. madde ile ilgili olarak temas edilmesi gereken diğer davadır.³⁹ Dava konusu olayda, toprak kayması ve çamur seli nedeniyle birçok kişi hayatını kaybetmiş, yaralanmış veya kaybolmuştur. Çamur selinin neden olacağı bir toprak kayması felaketinin yakın olduğuna ilişkin farklı raporlarda yer alan uyarılara rağmen, ilgili devletin toprak kaymasını önlemek veya bu riski azaltmak için gerekli tedbirleri almadığını, halkı bu konuda uyarmadığını ve ihmallerin olay sonrası da devam ettiğini belirten AİHM, sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

D. Adil Yargılanma Hakkı (md. 6) ve Etkili Başvuru Hakkı (md. 13)

AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi de, çevre ile ilgili davalarda gündeme gelen düzenlemelerdendir. 6. maddenin 1. fıkrasında, herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Buradan hareketle 6. maddenin, esasa ilişkin bir hak tanımaktan ziyade, kişilerin sahip olduğu hakları etkili bir şekilde kullanabilmesi için birtakım usuli güvenceler getirdiği belirtilmelidir. Bununla birlikte 6. madde, adil yargılanma hakkının yalnızca medeni hak ve yükümlülükler ve kişi hakkında suç isnadı ile ilgili uyumsuzluklarda uygulanabileceğini öngörmektedir.⁴⁰ AİHM, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının da 6. madde tarafından korunan medeni haklardan olduğunu kabul etmektedir. Bunların dışında, AİHM'nin 6. maddenin uygulanmasını iki şarta bağladığı ifade edilmelidir. Öncelikle, iç

³⁹ AİHM, *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, Başvuru no: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02, 20.03.2008. Bu davayla ilgili olarak bkz. *Dinç*, s. 248 vd.; *Yokuş Sevük*, s. 66 vd.

⁴⁰ *Doğru*, Anayasa ile karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, İstanbul 2010, s. 27.

hukukta tanınan bir hak ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olmalıdır. İkinci olarak, bu uyuşmazlığın görüldüğü yargılamanın sonucunun söz konusu hakkın varlığı ve kullanım şartları açısından doğrudan belirleyici olması gerekmektedir.

AİHM'nin çevreyle ilgili birçok davada 6. maddeye aykırılık tespit ettiği görülmektedir. Türk kamuoyunda *Bergama Davası* olarak da adlandırılan *Taşkın ve diğerleri/Türkiye* davasında, AİHM Türk hukukunda sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının tanınmış olmasından dolayı 6. maddenin ilgili uyuşmazlık bağlamında uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.⁴¹ AİHM bunun devamında, insan sağlığı açısından son derece tehlikeli olan siyanürle altın çıkarma faaliyetinin yerel mahkemeler tarafından durdurulduğuna ve Danıştay'ın da ilgili madenin işletme iznini iptal ettiğine, ancak ilgili yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmediğine dikkat çekerek AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Öçkan ve diğerleri/Türkiye davası*, Bergama'da siyanürle altın arama faaliyetleri ile ilgili olarak AİHM'ye taşınan diğer bir uyuşmazlıktır.⁴² Bu davada da siyanürle altın çıkarma tekniği kullanılan bir tesisin faaliyetlerinin durdurulması yönünde verilen mahkeme kararlarına uyulmaması AİHM tarafından 6. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. *Okyay ve diğerleri/Türkiye* davası da, kesinleşmiş mahkeme kararlarına idarenin uymaması nedeniyle AİHM'nin 6. maddenin ihlaline karar verdiği davalara örnek teşkil etmektedir.⁴³ Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının medeni hak kapsamında değerlendirildiği bu davada, Muğla ilinde bulunan Yatağan, Gökova ve Yeniköy termik santrallerinin işletmelerinin durdurulmasına ilişkin Aydın İdare Mahkemesi'nin verdiği kararın Danıştay tarafından onaylanmasına rağmen, yasal sürede gereğinin yapılması yerine Bakanlar Kurulu'nun bu santrallerin faaliyetlerinin devam ettirilmesi yönünde aldığı karar 6. maddenin açık bir ihlali olarak görülmüştür. *Zander/İsveç* davasında verilen kararda ise, evsel ve endüstriyel atıkların işlendiği kirlilik yaratan bir tesise bitişik olan bir taşınmaz sahibinin ilgili tesisin ruhsatını veren Ruhsat Kurulu'nun kararını onaylayan Bakanlar Kurulu kararına karşı İsveç hukukunda yargı yolunun kapalı olması AİHM tarafından 6. maddeye aykırı bulunmuştur.⁴⁴ Bu davada AİHM, başvuruçuların dayandığı kendi kuyularında bulunan sudan faydalanma hakkını

⁴¹ AİHM, *Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, Başvuru no: 46117/99, 10.11.2004. Bu davayla ilgili ayrıca bkz. *Turgut*, Legal Hukuk Dergisi, 2006, S. 41, s. 1361 vd.; *Dinç*, s. 295 vd.; *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 139 vd.

⁴² AİHM, *Öçkan ve diğerleri/Türkiye*, Başvuru no: 46771/99, 28.03.2006.

⁴³ AİHM, *Okyay ve diğerleri/Türkiye*, Başvuru no: 36220/97, 12.07.2005. Bu davayla ilgili olarak bkz. *Dinç*, s. 287 vd.; *Yokuş Sevük*, s. 69.

⁴⁴ AİHM, *Zander/İsveç*, Başvuru no: 14282/88, 25.11.1993. Bu kararla ilgili olarak ayrıca bkz. *Dinç*, s. 227 vd.; *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 143.

bağımsız bir çevresel hak olarak ele almak yerine, iç hukukta güvence altına alınan medeni haklardan olan mülkiyet hakkının bir uzantısı olduğundan yola çıkarak ilgili ihlale karar vermiştir.

AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı da çevre ile ilgili başvurularda gündeme gelen düzenlemelerdendir. 13. maddede, AİHS'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Bu düzenleme, 6. maddeden farklı olarak kişilere AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerden biri ihlal edildiği durumlarda yargısal yetkisi olan veya olmayan ulusal makamlara başvuru hakkı tanımaktadır. AİHS'nin 13. maddesi, ulusal düzeydeki başvuru yöntemlerinin etkili ve sonuç getirici olmasını gerekli kılmaktadır. Bu noktada 13. madde, 6. maddede olduğu gibi maddi bir hak tanımaktan çok diğer hakların kullanılmasına ilişkin birtakım usuli güvenceler sağlamaktadır. Bunun dışında, 6 ve 13. maddede yer alan haklar arasındaki yakın ilişki nedeniyle AİHM'nin çoğu kararında adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkının iç içe geçtiği dikkat çekmektedir. Nitekim AİHM, çevre ile ilgili davaların çoğunda 6. maddeyle birlikte öne sürülen 13. madde ile ilgili olarak çoğu kez inceleme gereği duymadan 6. madde için belirttiği hususların bu madde için de geçerli olduğuna işaret etmektedir.⁴⁵ Buna karşın *Öneryıldız/Türkiye* davasında, 13. maddeye yönelik iddiaların ayrıntılı bir şekilde incelendiği ve yaşam hakkı ile mülkiyet hakkı kapsamında etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığı dikkat çekmektedir.⁴⁶ Bu davada 6. maddenin ihlal edildiğine ilişkin iddialar ayrıca incelenmemiş, yalnızca 13. madde bağlamında yapılan değerlendirmelere gönderme yapılmakla yetinilmiştir. *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasında ise, 13. madde 6. madde gündeme getirilmeden tek başına incelenmiştir.⁴⁷ Bu davada AİHM, uçak gürültüsünün 8. maddede düzenlenen haklarına yaptığı müdahalenin yerel mahkemelerce ele alınmadığını iddia eden başvuru sahiplerinin etkili başvuru haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

E. Bilgi Edinme Hakkı (md. 10)

AİHS'nin 10. maddesinde güvence altına alınan bilgi edinme hakkı, çevresel sorunlar bağlamında önem arz eden diğer bir düzenlemedir. AİHS'nin *İfade Özgürlüğü* başlıklı 10. maddesinin 1. fıkrasında bu bağlamda, herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra bu hakkın kamu makamlarının

⁴⁵ Bu konuda bkz. *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 140.

⁴⁶ AİHM, Büyük Daire, *Öneryıldız/Türkiye*, Başvuru no: 48939/99, 30.11.2004.

⁴⁷ AİHM, Büyük Daire, *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 36022/97, 08.07.2003.

müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğü ile haber veya görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsadığı ifade edilmiştir. AİHM ilk kez *Guerra ve diğerleri/İtalya* davasında çevresel konularda kişilerin bilgi edinme hakkına değinmiştir.⁴⁸ Dava konusu olayda başvuruçular, yaşadıkları bölgede bulunan kimya fabrikasının neden olabileceği çevresel zararlar ve bir kaza halinde alınabilecek önlemler hakkında bilgi sahibi olmadıkları iddiasıyla AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Buna karşın AİHM, ilgili davada 10. maddenin uygulanabilir olduğunu reddetmekle birlikte kimya fabrikasının yakınında oturan başvuruçulara risk faktörü ve kaza esnasında nasıl hareket edecekleri konusunda bilgi verilmemesini 8. madde kapsamında ihlal olarak değerlendirmiştir. Başvuruçuların maruz kaldıkları risk konusunda bilgilendirilmemelerini devletin bir ihmali olarak gören AİHM, sağlığı tehdit eden faaliyetlerin özel kişilerce yürütüldüğü hallerde de devletin ilgili riskler hakkında bilgi verme yükümlülüğünün söz konusu olacağını belirtmiştir. *Öneryıldız/Türkiye* davasında ise, 2. maddenin devletin kişileri karşı karşıya oldukları tehlike hakkında açık ve eksiksiz bir şekilde bilgilendirmesi gerektiği AİHM tarafından vurgulanmıştır.

F. Mülkiyet Hakkı (1. Nolu Ek Protokol md. 1)

AİHS'nin 1. Nolu Ek Protokolü'nün 1. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı da, çevre ile ilgili başvurularda ileri sürülen haklar arasında yer almaktadır. 1. maddenin 1. fıkrasında, her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkının bulunduğu belirtildikten sonra bir kimsenin ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceği ifade edilmiştir. Daha önce de işaret ettiğimiz üzere, çevrenin korunması AİHM tarafından mülkiyet hakkı gibi bazı hakların sınırlandırılmasında kamu yararının haklı gereklerinden kabul edilmektedir. Bunun dışında, sınırlı ve dolaylı bir biçimde de olsa mülkiyet hakkının bazen çevrenin korunmasına hizmet edebildiği dikkat çekmektedir.⁴⁹

Öneryıldız/Türkiye davası, mülkiyet hakkının çevrenin korunması amacıyla kullanıldığı davalardan biridir.⁵⁰ Ümraniye'de bulunan çöplükte gerçekleşen patlamada evini ve eşyalarını kaybeden başvuruçular, diğer hakların yanı sıra mülkiyet hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir. Her ne kadar davalı devlet

⁴⁸ AİHM, *Guerra ve diğerleri/İtalya*, Başvuru no: 14967/89, 19.02.1998. Bu davayla ilgili olarak bkz. *Wildhaber*, s. 153 vd.; *Yokuş Sevük*, s. 81 vd.; *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 154.

⁴⁹ Bu konuda bkz. *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 141 vd.; *Schmidt-Radefeldt*, s. 139 vd.

⁵⁰ AİHM, *Büyük Daire, Öneryıldız/Türkiye*, Başvuru no: 48939/99, 30.11.2004.

evinin kamu arazisinde kaçak olarak inşa edildiğinden hareketle başvuru konusunun yasal anlamda malik olmadığını ileri sürmüşse de, devletin söz konusu bölgede kaçak yapılaşmaya izin vermesi ve bu durumun bir tür kentleşme politikası halini almasından hareket eden AİHM 1. maddede düzenlenen mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bunun dışında, AİHS'nin 6. maddesi kapsamında bir medeni hak olarak ele alınmak suretiyle de mülkiyet hakkından çevrenin korunması amacıyla yararlanmak mümkündür.⁵¹ Yukarıda değindiğimiz *Zander/İsveç* davası, mülkiyet hakkının 6. madde kapsamında bu şekilde etki doğurmasına örnek oluşturmaktadır.⁵²

IV. BİREYSEL BAŞVURUYA KONU EDİLEBİLECEK TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

A. Genel Saptamalar

Bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetleri kamu gücünün işlem, eylem veya ihmalleri nedeniyle ihlal edilen kişilere tanınmış bir hak arama yoludur. Dolayısıyla, kural olarak temel hak ve hürriyet ihlallerinin bireysel başvuruya konu edilebileceği ifade edilmelidir. Bununla birlikte bireysel başvuru usulünün farklı ülkelerdeki uygulaması, Anayasa veya diğer metinlerde yer alan tüm temel hak ve hürriyetler yerine bunlardan sadece bazılarının bireysel başvuru kapsamında ileri sürülebildiğini göstermektedir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında da, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği hallerde bireysel başvuru yoluna gidilebileceği öngörülmüştür. Buradan hareketle, Anayasada düzenlenen temel hak ve hürriyetlerden aynı zamanda AİHS'de yer alanlardan birinin ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda bireysel başvuru yolunun gündeme gelebileceği belirtilmelidir.

Anayasanın 148. maddesi uyarınca Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerden AİHS kapsamındakiler bireysel başvurunun kapsamına girdiğine göre, basit bir şekilde Anayasa ve AİHS metinlerini karşılaştırarak her iki hukuki belgede ortak olan temel hak ve hürriyetleri tespit etmek suretiyle bireysel başvuruya konu edilebilecek temel hak ve hürriyetleri belirlemek mümkündür. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir husus, AİHS'nin esas metninin yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde yer alan temel hak ve hürriyetlerin

⁵¹ *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 142 vd.

⁵² AİHM, *Zander/İsveç*, Başvuru no: 14282/88, 25.11.1993. Bu kararla ilgili olarak ayrıca bkz. *Dinç*, s. 227 vd.; *Duymaz*, İÜSBFD, 2012, S. 47, s. 143.

de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğidir.⁵³ Anayasada yer alan hangi hakların aynı zamanda AİHS kapsamında düzenlenmiş olduğu konusunda ise, doktrinde farklı yazarlarca değişik listelerin çıkarıldığı dikkat çekmektedir.⁵⁴ Bu bağlamda örneğin, AİHS'nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının Anayasada 15. maddenin 2. fıkrası, 17. maddenin 1 ve 4. fıkraları ile 38. maddenin 9. fıkrasında, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının Anayasanın 36-39. maddeleri ile 138-142. maddelerinde, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının ise Anayasada 15. maddenin 2. fıkrası, 17. maddenin 1. fıkrası ve 20-23. maddelerde ele alındığı ifade edilmiştir.

Yanıtlanması gereken diğer bir soru, bireysel başvuru kapsamında vereceği kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin Anayasayı mı yoksa AİHS'yi mi esas alacağıdır. Evvela belirlemek gerekir ki, bu soru bir temel hak ve hürriyetin Anayasa ve AİHS'deki düzenlenişi bakımından bir uyuşmanın söz konusu olduğu hallerde esasen önem taşımamaktadır. Ancak gerek Anayasa gerekse AİHS'de yer alan temel hak ve hürriyetlerin düzenleniş biçimleri arasında her zaman birebir örtüşmenin bulunduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Bunun dışında, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin içtihatlarının farklılığı nedeniyle Anayasa ve AİHS'de ortak olan bu temel hak ve hürriyetlerin içeriklerinin de her zaman için birebir uyuşması olanaklı değildir. Paragrafın girişindeki sorunun cevaplanabilmesi için bireysel başvurunun düzenlendiği Anayasanın 148. maddesinde neyin kastedildiği ortaya konmalıdır. Dolayısıyla bu maddenin anayasal yorumuna ihtiyaç vardır.⁵⁵ Yorum yöntemleri bağlamında başvurulması gereken ilk yöntem lâfzî yorumdur. Ancak 148. maddenin lâfzî yorumundan söz konusu soruya tatmin edici bir yanıt bulmak mümkün değildir. Dolayısıyla kaçınılmaz olarak tarihsel ve amaçsal yorum yöntemlerine başvurmak gerekir. Yasa koyucunun ilgili düzenlemenin yapıldığı andaki iradesini esas alan yorum yöntemi olan tarihsel yorumdan hareket edecek olursak, 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerinin gerek ilk taslağında gerekse şuan yürürlükte olan metnin hazırlanması sürecinde bireysel başvuru yönteminin öngörülmesiyle Türkiye aleyhine AİHM'ye yapılan başvuruların azaltılmasının amaçlandığı dikkat çekmektedir. Nitekim ilgili maddenin gerekçesinde de, bireysel başvuru hakkının tanınması ile AİHM'ye yapılan başvuruların bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi'nce karara bağlanacağı, böylelikle AİHM'ye yapılacak başvuruların azaltılacağı ifade edilmiştir. Anayasanın 148.

⁵³ Bkz. *Şirin*, s. 424 vd.

⁵⁴ Bu konuda bkz. *Şirin*, s. 441 vd.; *Sabuncu/Esen-Arnwine*, s. 7 vd.; *Aydın*, GÜHFD 2011, S. 4, s. 128 vd.; *Doğru*, s. 5-138; *Göztepe*, TBB Dergisi, 2011, S. 95, s. 35 vd.

⁵⁵ Bu konuda bkz. *Şirin*, s. 445 vd.; *Gözler*, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara 1998, s. 166 vd.

maddesinin amaçsal yorumu da, bu düzenlemenin öngörülme gayesinin AİHS'nin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri iç hukuk kapsamında karara bağlamak suretiyle AİHM'ye yapılan başvuruların azaltılması olduğunu ortaya koymaktadır. 148. madde bir bakıma Türkiye'nin AİHM önündeki sicilinin düzeltilmesi amacını taşımaktadır. Başka bir deyişle, bireysel başvuru müessesesinin ihdas edilmesiyle AİHM yargılamasının ulusal düzeyde bir prototipi oluşturulmaya çalışılmıştır.⁵⁶ Son olarak hukuk sisteminin normlarının tutarlı bir bütünlük arz ettiğini esas alan sistematik yorum yönteminden yola çıkacak olursak, AİHS'ye taraf olmayla birlikte Türkiye'nin ulusal hukuk normlarını bilhassa insan hakları açısından AİHS standartları ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girdiğini belirtmek gerekir.⁵⁷ Bu nedenle, AİHS ve ulusal düzenlemeler arasında çıkabilecek çatışmalarda AİHS'nin esas alınması gerekecektir. AİHM içtihatları ve Anayasa Mahkemesi içtihatları arasındaki uyumsuzluklarda da aynı şekilde AİHM içtihatlarının esas alınması gerekecektir. Türkiye, AİHS'ye taraf olmayla bir bakıma AİHS'nin ulusal hukuk karşısında üstünlüğünü kabul etmiştir. Tüm bu açıklamalar ışında, Anayasanın 148. maddesinin gerek tarihsel gerek amaçsal gerekse sistematik yorumunun Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kapsamında önüne gelen şikâyetlerde Anayasa ve AİHS arasında uyumsuzluk olduğu hallerde AİHS'yi esas alması gerektiğini belirtmeliyiz.

Anayasa Mahkemesi'nin kendisine yapılan bireysel başvuruları kural olarak AİHS'yi esas alarak karara bağlayacağı belirlendikten sonra, AİHS'de düzenlenen hangi hakların bireysel başvuruya konu edilebileceğine ilişkin sorunun cevaplanması gerekir. Anayasanın 148. maddesinin lafzı göz önünde bulundurulduğunda AİHS kapsamındaki temel hak ve hürriyetlerden bahsedildiği görülür. Bu noktada, AİHS'nin kapsamında yer alan hak ve hürriyetlerin yalnızca sözleşme metninde açıkça zikredilmiş hak ve hürriyetlerden ibaret olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Burada dikkat çekilmesi gereken ilk nokta, AİHM'nin AİHS ve protokollerin uygulanması ve yorumlanması konusunda yargı yetkisine sahip temel organ olduğudur. Oluşturduğu içtihatlarla AİHM, AİHS'de yer alan düzenlemelerin içeriğini ortaya koymanın yanı sıra insan hakları konusunda Avrupa düzeyinde asgari bir standart oluşturulmasında da önemli bir rol üstlenmektedir. AİHM içtihatlarının bir bakıma AİHS'de yer alan düzenlemelere can verdiği ve sözleşmeye taraf ülkelerin yargı organlarına yol gösterdiği ifade edilmelidir. AİHM'nin içtihatlarına taraf devletlerin yargı organlarıncaya uyulması ayrıca AİHS'nin yeknesak bir biçimde uygulanması bakımından da önem

⁵⁶ Şirin, s. 445.

⁵⁷ Bu konuda ayrıca bkz. Şirin, s. 446.

taşımaktadır. Dolayısıyla, bireysel başvuru kapsamında AİHS’de yer alan temel hak ve hürriyetlerin içeriğinin saptanmasında Anayasa Mahkemesi’nin AİHS’nin içtihatlarını esas alması gerekecektir. Bu nedenle, bir temel hak veya hürriyetin AİHS tarafından güvence altına alınıp alınmadığı konusunda bir tereddüttün hâsıl olması halinde AİHM içtihatlarının dikkate alınması gerekecektir.⁵⁸

B. Çevre Hakkına İlişkin Saptamalar

Bireysel başvuruya konu edilebilecek temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar esasen iki sonucu ortaya koymaktadır. Birincisi, kural olarak Anayasa ve AİHS’de düzenlenen temel hak ve hürriyetlerden birinin ihlalinin söz konusu olduğu hallerde bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir. İkincisi, Anayasa ve AİHS’de ortak olarak yer alan hak ve hürriyetlerin kapsam ve içeriklerinin uyuşmadığı hallerde bireysel başvuru kapsamında verilecek kararda kural olarak AİHS’nin ve AİHM içtihatlarının esas alınması gerekir. Bu açıklamalardan sonra çevre hakkının bireysel başvuru yolu kapsamında Anayasa Mahkemesi’ne taşınıp taşınamayacağı sorusunu yanıtlamak gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, farklı ülkelerdeki uygulamalar genellikle birinci kuşak hakların yani kişisel ve siyasal hakların bireysel başvuruya konu edilebildiğini göstermektedir. Aynı şekilde AİHS’de de kural olarak kişisel ve siyasal hakların düzenlediği dikkat çekmektedir. Oysa çevre hakkına ilişkin temel ulusal düzenleme olan 56. maddenin Anayasada sosyal haklar arasında ele alındığı görülmektedir. Ancak çevre hakkının Anayasada sosyal haklar arasında düzenlenmesinin isabetli olmadığını belirtmek gerekir.⁵⁹ Temel haklar ilişkin tasniflerde üçüncü kuşak haklar kategorisinde yer alan çevre hakkı, kendine özgü bazı niteliklere sahip olup birçok yönden sosyal haklardan farklılaşmaktadır. Bunun dışında, çevre hakkının Anayasada yaşam hakkıyla bağlantı kurularak düzenlenmesi esasen çevre hakkı ve birinci kuşak haklar arasında güçlü bir bağın varlığına işaret etmektedir. Ayrıca insan haklarının bölünmez bir bütün oluşturduğundan hareketle farklı hak kategorileri arasında kopmaz bir bağın bulunduğu da ifade edilmelidir.⁶⁰ Bu nedenle, farklı kategorilerde yer alan hakları birbirinden soyutlayarak ele almak bu hakları işlevsiz kılacaktır.

Anayasanın 56. maddesinde çevre hakkına ilişkin açık bir hüküm bulunsa da, AİHS’de çevre hakkına ilişkin bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Bu durum, ilk bakışta çevre hakkının bireysel başvuruya konu edilemeyeceği anlamına

⁵⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 13. Baskı, Bursa 2012, s. 432; Şirin, s. 429.

⁵⁹ Karş. Kaboğlu, Çevre Hakkı, s. 162.

⁶⁰ Kaboğlu, Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları, s. 59.

gelebilir. Ancak çalışmamızın daha önceki kısımlarında da ifade ettiğimiz üzere, AİHS’de çevre hakkına veya çevrenin korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm öngörülmemiş olmasına rağmen, AİHM geliştirdiği içtihatlarla AİHS’de yer alan birtakım hak ve hürriyetleri bireye sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı sağlayacak şekilde yorumlamaktadır. AİHM bu bağlamda, çevre ile ilgili davaların çoğunu başta özel hayat ve ailenin korunması hakkı (md. 8) olmak üzere yaşam hakkı (md. 2), adil yargılanma hakkı (md. 6), bilgilendirme hakkı (md. 10), etkili başvuru hakkı (md. 13) ve mülkiyet hakkı (1. nolu ek protokol md. 1) gibi haklar açısından ele almaktadır. Bilhassa özel yaşamın, aile yaşamının ve konutun korunmasına ilişkin 8. maddenin AİHM içtihatları ile adeta ekolojik bir temel hak niteliği kazandığına dikkat çekmeliyiz. AİHM, verdiği birçok kararda çevre hakkının AİHS’nin 8. maddesinde düzenlenen hakka içkin olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla, kişilerin Anayasanın 56. maddesinde öngörülen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yolu kapsamında Anayasa Mahkemesi’ne gitmelerinin kural olarak mümkün olduğunu belirtmek gerekir.⁶¹ Hatta Anayasanın 56. maddesinde çevre hakkına ilişkin olarak öngörülen düzenleme olmasaydı bile, kişilerin özellikle AİHS’nin 8. maddesinden yola çıkarak sahip oldukları çevre hakkını bireysel başvuruya konu etmesi mümkün olacak idi. Anayasanın 56. maddesinin yokluğu halinde, aynı şekilde AİHS’nin 2. maddesine de dayanılarak çevre hakkının bireysel başvuru kapsamında ileri sürülmesi söz konusu olabilirdi.

Çevre hakkının bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi’ne taşınması kural olarak mümkün ise de, bu konuda bazı hususiyetlerin söz konusu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu noktada özellikle 6216 sayılı kanunun sınırlayıcı bazı hükümler içerdiğine işaret etmeliyiz. Kanunda öngörülen bu hükümler, çevre hakkının temel özelliklerine bazı yönlerden aykırılık oluşturduğu gibi bu hakkın bireysel başvuru kapsamında ileri sürülmesini de sınırlayabilmektedir. Dikkat çekilmesi gereken ilk nokta, Anayasanın 56. maddesinde herhangi bir ayırım yapılmadan herkesin sağlıklı ve dengeli bir yaşam hakkına sahip olduğunun ifade edildiğidir. Bunun devamında, çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ortak ödevi olduğu düzenlenmiştir. Çevre hakkından yararlananların bu şekilde aynı zamanda bu hakkın yükümlüsü olması, çevre hakkının dayanışmacı özelliğinden kaynaklanmaktadır. Kişilerin Anayasada kendilerine yüklenen çevre koruma ödevlerini etkili bir şekilde yerine getirebilmesinin en önemli şartlarından biri ise, yargısal başvurularda dava ehliyetinin mümkün olduğunca

⁶¹ Aynı yönde bkz. *Yokuş Sevik*, s. 220.

geniş tutulmasıdır. Bu doğrultuda Çevre Kanunu'nun 30. maddesinde, çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkesin ilgili mercilere başvurabileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme bir bakıma, çevreyi bozan veya kirleten faaliyetlerin esasen herkesin çevre hakkını ihlal ettiğinden yola çıkarak herhangi bir menfaat veya hak ihlali koşulu aranmaksızın herkesin idari veya yargısal başvuru hakkını kullanabileceğini öngörmektedir. Oysa 6216 sayılı kanunun 46. maddesinde, bireysel başvurunun ancak kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Çalışmamızın daha önceki kısımlarında belirttiğimiz üzere, bireysel başvuru halk davası (actio popularis) niteliğinde bir hak arama yolu değildir. Bununla birlikte bireysel başvuru ile ilgili bu tarz bir sınırlama, çevre hakkının temel nitelikleriyle uyuşmadığı gibi Anayasanın 56. maddesinde vatandaşlara yüklenen ödevin yerine getirilmesi bakımından da engelleyici etki doğurmaktadır. Bireysel başvurunun bu yönden çevre hakkının korunması bakımından pek de elverişli olmadığı gibi bir sonuca ulaşmak mümkündür. Ayrıca 46. maddede özel hukuk tüzel kişilerinin sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceğinin öngörülmesi de isabetsiz görünmektedir. Zira bu düzenleme, çevreci derneklerinin çevre ile ilgili ihlalleri bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne taşınmasına engel oluşturmaktadır. Oysa bireylerin yanı sıra birey toplulukları da çevre hakkının sahiplerindedir. Bu düzenleme, birey topluluklarının bireysel başvuru kapsamında çevre hakkını ileri sürmesine engel oluşturmaktadır. Son olarak, özel kişilere isnat edilebilen çevre hakkı ihlallerinin de bireysel başvuruya konu edilebileceği belirtilmelidir. Özel kişilerce gerçekleştirilen çevre hakkı ihlallerinin kamusal makamlar bakımından Anayasanın 56. maddesinde kendilerine yüklenen çevre koruma ödevinin yerine getirilmesi bakımından bir ihmal olduğu düşünüldüğünde, bu tür ihlallerin kamu gücünün ihmali kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

SONUÇ

Anayasa yargısının temel hak ve hürriyetleri korumada ulaştığı en gelişmiş düzey olarak gösterilen bireysel başvurunun 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ile Türk hukuk sistemine dâhil olması, temel hak ve hürriyetlerin korunmasında ülkemizde yeni bir sayfanın açılmasını sağlamıştır. Hangi temel hak ve hürriyetlerin bireysel başvuruya konu edilebileceği konusunda Anayasanın 148. maddesinde, herkesin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği hallerde Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceği öngörülmüştür. Günümüzde çevrenin korunmasında başvuru

en etkin hukuki araçlardan biri olan çevre hakkının bireysel başvuru kapsamında ileri sürülüp sürülmeyeceğine ilişkin soru, Anayasanın bu düzenlemesi ışığında ilk bakışta olumsuz olarak yanıtlanabilir. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde çevre hakkına veya çevrenin korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, geliştirdiği içtihatlarla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan birtakım hak ve hürriyetleri bireye sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı sağlayacak şekilde yorumlamıştır. Bu bağlamda, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel yaşamın, aile yaşamının ve konutun korunmasına ilişkin 8. maddesinin öne çıktığı ifade edilmelidir. Dolayısıyla, kişilerin Anayasanın 56. maddesinde öngörülen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna gitmesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte, çevre hakkının bireysel başvuruya konu edilmesi bağlamında bazı hususiyetlerin söz konusu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu noktada özellikle 6216 sayılı kanunun çevre hakkı bakımından sınırlayıcı bazı hükümler içerdiği dikkat çekmektedir.

◆◆◆

KAYNAKÇA

102

Aydın, Öykü Didem: Türk Anayasa Yargısında Yeni bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, S. 4, s. 121 vd.

Diñç, Güney: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan, Ankara 2008

Doğru, Osman: Anayasa ile karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, İstanbul 2010

Duymaz, Erkan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2012, S. 47, s.121 vd.

Ekinci, Hüseyin/ Sağlam, Musa: 66 Soruda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Ankara 2012

Göztepe, Ece: Anayasa Şikâyeti, Ankara 1998

Göztepe, Ece: Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 95, s. 13 vd.

Gözler, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara 1998

- Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 13. Baskı, Bursa 2012
- Kaboğlu, İbrahim:** Anayasa Yargısı, 4. Baskı, Ankara 2007
- Kaboğlu, İbrahim:** Çevre Hakkı, 3. Baskı, Ankara 1996
- Kaboğlu, İbrahim:** Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları
(<http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/kaboglu.pdf>)
- Kalabalık, Halil:** İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012
- Karaman, Ebru:** Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, İstanbul 2013
- Kılınç, Bahadır/ Çağatay, Mustafa/ Atasoy, Çağatay:** Bireysel Başvuru
(http://www.taa.gov.tr/dosya/egitim_materyali/bireysel_basvuru.doc)
- Kuzu, Burhan:** Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, İstanbul 1997
- Özbudun, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013
- Özdek, Yasemin E.:** Çevre hakkı, Ankara 1993
- Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard:** Grundrechte Staatsrecht II, 24. Auflage, Heidelberg 2008
- Sabuncu, Yavuz/ Esen-Arnwine, Selin:** Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli, Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu
(http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/tbby.pdf)
- Sachs, Michael:** Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2011
- Schmidt-Radefeldt, Roman:** Ökologische Menschenrechte, Baden-Baden 2000
- Şirin, Tolga:** Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013
- Turgut, Nükhet:** Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012
- Turgut, Nükhet:** Çevre Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001
- Turgut, Nükhet:** Çevre Hakkı: AİHM ve “Bergama Davası”, Legal Hukuk Dergisi, 2006, S. 41, s. 1361 vd.
- Wildhaber, Luzius:** Umweltschutz in der Spruchpraxis des EGMR, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002
- Yokuş Sevük, Handan:** Çevre Hukuku, Ankara 2013
- Zuck, Rüdiger:** Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4. Auflage, München 2014

İDARENİN KAMU HİZMETİ FAALİYETLERİNDE DARALMA VE DÖNÜŞÜM: ÖZELLEŞTİRME VE REGÜLASYON *

*Transformation and Reduction in Activities in Public Service
of the Administration: Privatization and Regulation*

Doç. Dr. Mustafa AVCI **

ÖZET

Kamu hizmeti anlayışının değişmesinin bir sonucu olarak idarenin faaliyetlerinde bir daralma ve dönüşüm süreci yaşanmaktadır. Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, idarenin faaliyet alanının daralması anlamına gelir. Çünkü özelleştirmeye idare, kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetleri bizzat gerçekleştirmeyecek, bu faaliyetler özel hukuk tüzel kişileri tarafından yerine getirilecektir. Bu noktada kamu yararının sağlanması açısından özel hukuk tüzel kişileri tarafından sunulan mal ve hizmetlerin gereği gibi sunulup sunulmadığının denetlenmesi, gözetilmesi ve ilgili alanların düzenlenmesi ihtiyacı da doğmaktadır. İşte regülasyon kamu hizmeti anlayışının değişmesinin bir sonucu olarak idarenin faaliyetlerindeki dönüşümdür. Yani idare artık kamu hizmetlerini bizzat sunmayacak, özelleştirme uygulamaları neticesinde özel hukuk tüzel kişileri tarafından yerine getirilen mal ve hizmet sunumlarına ilişkin düzenleme ve denetleme faaliyetleri gerçekleştirecek, görev ve yetkileri neredeyse kolluk hizmetlerinin yerine getirilmesiyle sınırlı olacaktır.

Makalede kamu hizmetinin anlamı, özellikleri ve türleri açıklanmaya çalışılmış ve daha sonra, klâsik kamu hizmeti anlayışı ile bu anlayışın değişmesinin nedenleri üzerinde durulmuştur. İdarenin faaliyetlerinde bir daralmaya neden olan özelleştirme konusu genel hatlarıyla tanımı, amaçları, Türkiye'deki hukukî dayanağı ve sonuçları bakımından incelenmiş, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi meselesi çözümlenmeye çalışılmıştır. Nihayet çalışmada idarenin faaliyetlerinin dönüşmesi anlamına gelen düzenleme konusu, tanımı, özellikle Türkiye'deki regülasyon kurumlarıyla beraber anlatılmıştır. Ayrıca özelleştirme ve regülasyon arasında var olan ilişki de çalışmada değerlendirilmiştir. Özelleştirme ve regülasyon arasında sıkı bir ilişkinin olduğunu belirtmek çok iddialı bir yaklaşım olmasa gerektir. Özelleştirmeye kamu hizmetlerinin bizzat sunumu alanından çekilen idare, alanı düzenleme ve denetim faaliyetleri yapmak suretiyle de boş bırakmamaktadır. Dolayısıyla özelleştirme ve regülasyon, idarenin faaliyetlerindeki bir daralma ve dönüşüm olarak ifade edilebilir.

Anahtar Kelimeler: Kamu hizmeti, özelleştirme, regülasyon, idarenin faaliyetleri, regülasyon kurumları

* 27-30 Kasım 2013 tarihinde Malta'nın Valletta şehrinde düzenlenen 11. Uluslararası Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Konferansında sunulan bildirinin gözden geçirilmiş ve düzeltilmiş hâlidir.

** Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi idare hukuku anabilim dalı öğretim üyesi. mavci4@anadolu.edu.tr

ABSTRACT

The activities of the administration have reduced and transformed as a result of the change in the traditional approach to public service. The privatization of public services lead to the narrowing of the scope of activities carried out by the administration. With privatization, the administration is not directly involved in the provision of public services, which are then carried out by private law entities. At this point arises the need to inspect and observe whether legal entities offer goods and services duly, and to regulate related areas. Regulation is a transformation in the activities of the administration, which is a result of the change in public service approaches. Namely, the administration itself will no longer offers public services, but will instead regulate and inspect the provision of goods and services by legal entities as a result of privatization. The duty and authority of the administration will be confined to law enforcement.

This study first explains the meaning, properties and types of public service, and then focuses on the classical public service approach and the reasons behind the changes in this approach. The study subsequently outlines privatization, which has led to reduction in the administrative activities, with emphasis on its legal basis and outcomes in Turkey, and sets out to resolve the issue of the privatization of public services. Finally, the issue of regulation – which means the transformation of administrative activity – is dealt with, with reference to the definition of regulation and regulatory institutions in Turkey. The study further discusses the link between privatization and regulation. It would not a very assertive approach to claim that there is a strong link between privatization and regulation. With privatization, the administration has withdrawn its hand from the offering of public services, but through regulation and inspection, does not leave the sphere uncontrolled. Thus, privatization and regulation may be defined as a sort of reduction and transformation in the activities of the administration.

Keywords: Public service, privatization, regulation, activities of the administration, regulatory agency



GİRİŞ

Klâsik kamu hizmeti anlayışının değişmesinin bir sonucu olarak idarenin faaliyetlerinde bir daralma ve dönüşüm süreci yaşanmaktadır. Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, idarenin faaliyet alanının daralması anlamına gelir. Çünkü özelleştirmeye idare, kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetleri bizzat gerçekleştirmeyecek, bu faaliyetler özel hukuk tüzel kişileri tarafından yerine getirilecektir. Bu noktada kamu yararının sağlanması açısından özel hukuk tüzel kişileri tarafından sunulan mal ve hizmetlerin gereği gibi sunulup sunulmadığının denetlenmesi, gözetilmesi ve ilgili alanların düzenlenmesi ihtiyacı da doğmaktadır. İşte regülasyon (düzenleme), kamu hizmeti anlayışının değişmesinin bir sonucu olarak idarenin faaliyetlerindeki dönüşümdür. Yani idare artık kamu hizmetlerini bizzat sunmayacak, özelleştirme uygulamaları neticesinde özel hukuk tüzel kişileri tarafından yerine getirilen mal ve hizmet

sunumlarına ilişkin düzenleme ve denetleme faaliyetleri gerçekleştirecek, görev ve yetkileri neredeyse kolluk hizmetlerinin yerine getirilmesiyle sınırlı olacaktır.

Bu çalışmada öncelikle kamu hizmetinin anlamı, özellikleri ve türleri açıklanmaya çalışılmış ve daha sonra, klâsik kamu hizmeti anlayışı ile bu anlayışın değişmesinin sebepleri üzerinde durulmuştur. İdarenin faaliyetlerinde bir daralmaya sebep olan özelleştirme konusu genel hatlarıyla tanımı, amaçları, Türkiye'deki hukukî dayanağı ve sonuçları bakımından incelenmiş, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi meselesi çözümlenmeye çalışılmıştır. Nihayet çalışmada idarenin faaliyetlerinin dönüşmesi anlamına gelen regülasyon (düzenleme) konusu, tanımı, özellikle Türkiye'deki regülasyon kurumlarıyla beraber anlatılmıştır. Ayrıca özelleştirme ve regülasyon arasında var olan ilişki de çalışmada değerlendirilmiştir. Özelleştirme ve regülasyon arasında sıkı bir ilişkinin olduğunu belirtmek çok iddialı bir yaklaşım olmasa gerekir. Özelleştirmeyle kamu hizmetlerinin bizzat sunumu alanından çekilen idare, alanı regülasyon (düzenleme) ve denetim faaliyetleri yapmak suretiyle de boş bırakılmamaktadır. Dolayısıyla özelleştirme ve regülasyon, idarenin faaliyetlerindeki bir daralma ve dönüşüm olarak ifade edilebilir.

I. KAMU HİZMETİ¹

A. Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmeti kavramı üzerinde ortak bir tanım yapmak son derece güçtür.² Kavramın niteliği itibarıyla kullanıldığı yere göre, kamu hizmetine bir anlam vermek en doğru yaklaşım olacaktır.³

Kamu hizmeti kavramını tanımlamanın zorluğu büyük ölçüde, II. Dünya savaşı sonrasında idare hukukunda meydana gelen gelişmelere paralel olarak, devlet müdahaleciliğinin giderek artmasından⁴ ekonomik doktrinlerin etkisinden⁵ ve bunların sonucunda unsurları arasındaki birliği kaybetmesi sebebiyle, geçirdiği krizden⁶ kaynaklanmaktadır.

¹ AVCI, Mustafa. "Klâsik Egemenlik Kuramı ile Günümüzdeki Kamu Hizmeti Anlayışının Çatışması", Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı:8, Eskişehir, 2005. s.74-80.

² "Amme (kamu) hizmeti mefhumu vazıh, açık değildir." ONAR, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumî Esasları, C:1, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966. s.14. ;Ayrıca bkz. BALTA, Tahsin Bekir. İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, No:117, Ankara, 1968/70. s.16.

³ BALTA, Tahsin Bekir. İdare Hukuku I, A.Ü.S.B.F. Yayını, Ankara, 1970/72. s.18.

⁴ DURAN, Lutfi. İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982. s.303.

⁵ ONAR, Sıddık Sami. "Amme Hizmetleri ve Zamanımızdaki İnkişafı", 5.Üniversite Haftası, Van, 1944. s.3.

⁶ AZRAK, Ali Ülkü. İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1972. s.22.

Bütün bu tanım yapma zorluklarına ilaveten birde kamu hizmeti kavramı organik, maddî ve şekli açılarından da tanımlanmaya çalışılmıştır.⁷ Buna göre, organik açıdan kamu hizmeti, bir görevi yürütmek için, bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş ajan ve malî araçların bütünüdür.⁸ Maddî açıdan kamu hizmeti, giderilmesinde kamu yararı bulunan, toplumsal bir gereksinmeyi karşılayan faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Şekli açıdan kamu hizmeti ise, giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri veya onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından özel bir hukukî rejim içerisinde yürütülen faaliyetler olarak tanımlanmıştır.⁹

Bütün bunların yanında kamu hizmeti çoğu kez idarenin ve hatta devletin varlık sebebi olarak görülmüştür. Kamu hizmeti doktrinine göre devletin varlık sebebi, toplumun iyiliğine çalışmak, kamu için gerekli ve yararlı olan teşebbüslere girişmek ve faaliyetleri yerine getirmektir.¹⁰ Devlet, bu görüşe göre, kamu hizmetleri teşkilâtının bütünüdür.¹¹ Devlet tanımlanırken bile tanım, kamu hizmeti kavramına dayandırılabilen, kısaca “Devlet, kamu hizmetleri heyeti mecmuası”¹² olarak da ele alınabildiği belirtilmektedir.

Kamu hizmeti kavramını mümkün olduğu kadar kısa ve kapsamlı bir şekilde tanımlamaya çalışırsak şu şekilde bir tanım yapılabilecektir; “Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir.”¹³ Anayasa Mahkemesi ise bir kararında kamu hizmetini, *Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler* olarak tanımlamıştır.¹⁴

⁷ KAVRUK, Hikmet. “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Yapısı ve Kamu Hizmeti Anlayışına Yön Veren Çağdaş Gelişmeler”, Türk İdare Dergisi, Y:65, S:399, Ankara, 1993. s.141.

⁸ GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman. İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2011. s.1016.

⁹ GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, 10.Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011. s.330.

¹⁰ KARAHANOĞULLARI, Onur. **Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002. s.54vd.

¹¹ EROĞLU, Hamza. İdare Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 1984. s.16.

¹² OSTEN, Necmi. İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1968. s.27.

¹³ GÜLAN, Aydın. “**Kamu Hizmeti Kavramı**”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y:9, S:1-3, İstanbul, 1988. s.148.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:22.11.1007, Esas:2004/114, Karar:2007/85, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı:24.12.2007/26736. Bakınız. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>, Erişim Tarihi:22.05.2013.

B. Kamu Hizmetinin Özellikleri

Süreklilik, değişkenlik, eşitlik ve bedelsizlik, kamu hizmetlerinin klâsik özellikleri olarak sayılmaktadır.¹⁵ Bunların dışında günümüzde kamu hizmeti anlayışındaki dönüşüme paralel olarak kalite ve etkinlik ilkesi, vatandaşlık ilkesi, katılım ve açıklık ilkeleri de kamu hizmetinin özellikleri arasında sayılmaya başlanmıştır.¹⁶ Kamu hizmetleri, kamu yararı bulunan bir gereksinimi karşılayan faaliyetler olarak kabul edildiklerinden, bunların sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi gerekir. Aksi hâlde kamu gereksinimi karşılanmaz ve kamu yararı gerçekleşmez.¹⁷ Ancak kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak yürütülmesi demek onların mutlaka her an, günün ve gecenin her saatinde yürütülmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin kendisini her an hissettirdiği hâllerde, kamu hizmetinin kesintisiz olma özelliği daha belirgindir. Dolayısıyla kamu hizmeti ile ilgili olan faaliyet ihtiyaçlarla orantılıdır.¹⁸

Bir faaliyetin kamu hizmeti hâline getirilmesi, o konudaki kamusal gereksinimin en iyi ve uygun bir biçimde karşılanması amacına yönelik olduğundan, kamu hizmetleri değişken olmak, yani değişen ve gelişen koşullara ve teknik ihtiyaçlara kendilerini uydurmak zorundadırlar. Bu sebeple, kamu hizmetlerinin örgütlenme ve işleyişinde yeni yöntemlere, araç-gereç ve düzenlemelere derhâl yer verilmelidir.¹⁹

Bütün bunların yanı sıra kamu hizmetlerindeki değişkenliğin sınırı ve hızı, idarenin içinde bulunduğu devletin ekonomik, bilimsel ve sosyal düzeyine göre farklılık gösterecektir.²⁰

Kamu hizmetleri kişisel değil ve ancak toplumsal gereksinimlerin giderilmesi için yürütüldüklerinden, idare bu hizmetleri yürütürken nesnel davranmak yani tarafsız ve eşit olmak zorundadır. Bu sebeple, kişilerde kamu hizmetleri karşısında gerek yararlanma ve gerekse katılma yönünden eşit durumdadırlar. Ayrıca kamu hizmetinin getirdiği yükümlülükler bakımından da kişiler arasında fark gözetilemez.²¹ Ancak kişilerin kamu hizmetleri karşısındaki eşitliği mutlak

¹⁵ ÖZAY, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002. s.237vd.

¹⁶ ULUSOY, Ali. "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri", *Amme İdaresi Dergisi, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları*, No:31/2, Ankara, 1998. s.30.

¹⁷ GÜNDAY, *age*, s.334-335.

¹⁸ YAYLA, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, 1.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009. s.73-75. ;ÇIRAKMAN, Birsen. "Kamu Hizmeti", *Amme İdaresi Dergisi*, C:9, S:4, Ankara, 1976. s.77.

¹⁹ GÜNDAY, *age*, s.335.

²⁰ YAYLA, *age*, s.78.

²¹ ÖZAY, *age*, s.237vd.

bir eşitlik değildir. Bu eşitlik, kanunların ve düzenleyici işlemlerin belirlediği nesnel koşul ve niteliklere sahip olanlar arasındaki bir eşitliktir. Yani hizmetlerin genel yarara hitap ediyor olması sebebiyle ve özel yararın genel yararı engellemesi durumunda özel yarar dikkate alınmamaktadır.²²

İdarenin sınırlı sayıdaki kamu hizmetini yürüttüğü dönemlerde, hizmetten yararlananlardan bir para almamaktaydı. Günümüzde de klâsik nitelikte olan bir takım kamu hizmetlerinden idare para almamaktadır. Hizmeti ücretsiz olarak sunmaktadır. Örneğin karayollarından yararlananlardan, parklardan yararlananlardan ücret alınmamaktadır. Aynı şekilde devlet okullarında yapılacak ilköğretimde ücretsizdir. Ancak günümüzde idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin çoğalmas ve buna paralel olarak hizmetten yararlananların sayısının da artması sonucu, parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünün o hizmetten hiç yararlanmayanlara yüklenmesini önlemek amacıyla, belli hizmetlerden yararlananlardan ödeme güçleri de dikkate alınmak suretiyle hesaplanan bir katılma payı alınmaktadır.

C. Klâsik Kamu Hizmeti Anlayışı

Klâsik olarak kamu hizmeti kavramı iki ayrı açıdan ele alınmıştır; ilki devlet iktidarının veya kamu adına hareket etmenin meşruluk kriteri olarak kamu hizmetidir. Buna göre yönetenlerin yönetilenlere emir verebilmeleri, yasaklar koyabilmeleri ve onları cezalandırabilmelerinin tek meşruluk kriteri bunların kamu hizmetlerinin sağlanması amacıyla yapılmış olmasıdır.²³

İkincisi ise, devletin ekonomiye müdahale aracı olarak kamu hizmetidir. Kamu hizmeti bu anlamı ile ele alındığında ortaya çıkışından bu yana her zamanın siyâsal, ekonomik ve sosyal yapısına göre sürekli değişim ve hatta sarsıntılar gözlemlenmiştir. Bunlar arasında, endüstriyel ve ticarî kamu hizmetlerine ilke olarak kamu hukuku yerine özel hukuk kurallarının uygulanmasının kabul edilmesi ve kamu hizmetlerinin özel kişilerce de yürütülebileceğine karar verilmesi suretiyle organik elemanda meydana gelen patlama ve dolayısıyla kamu hizmeti anlayışında organik yaklaşımdan işlevsel yaklaşıma doğru yönelim özellikle dikkat çekmektedir.²⁴

D. Virtüel Kamu Hizmeti

Fransa'da Danıştay tarafından geliştirilen virtüel kamu hizmeti düşüncesine göre, özel teşebbüsün halkın günlük ihtiyaçlarını karşılamak üzere gösterdiği

²² TÖNÜK, Vecihi. "Amme Hizmetinde Amme Hukuku ve Hususî Hukukun Yeri", Türk İdare Dergisi, Y:15, S:171, Ankara, 1979. s.190.

²³ ULUSOY, *agm*, s.21.

²⁴ Aynı, s.21vd.

bazı faaliyetler vardır ki, bunların bir yandan idareyle, diğer yandan da yollar, limanlar, akarsular ve bunun gibi kamu malları ile özel bir ilişkisi bulunması dolayısıyla, uygulamada kamu hizmetine dönüşebilecekleri kabul edilmektedir. Bu kategoriye virtüel kamu hizmeti veya kamu hizmeti olma durumunu bünyesinde taşıyan faaliyetler denmektedir.²⁵

Bütün bu anlatılan düşünceler ve kamu hizmeti anlayışındaki gelişmeler; özel eğitim kurumları ve özel hastane uygulamaları, şehir içi toplu taşıma ve vakıf üniversite örnekleri gibi kendine özgü uygulamalar da dikkate alındığında, sonuç olarak özel kişilerce kamu hizmetlerinin yürütülmesinin kabulü yönünde bir dönüşümün olduğunu göstermektedir.²⁶

E. Niteliği Gereği Kamu Hizmeti

Niteliği gereği kamu hizmeti, toplumdaki bütün faaliyetlerin iki ayrı grup oluşturduğu, bir grubun niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetlerden meydana geldiği ve ancak bunların kamu hizmeti olarak devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince görülebileceği, diğer gruptakilerin ise özel faaliyetler olarak kalması gerektiği düşüncesine dayanır.²⁷ Bu düşünce, ekonomideki liberal doktrinlerin, devlet müdahaleciliğine karşı çıkan görüşlerinin etkisiyle ortaya çıkıp, şekillenmiştir.²⁸

Niteliği gereği kamu hizmeti düşüncesi, en uygun ifadesini Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında kendini göstermiştir. Buna göre; “Devlet tarafından kamu hizmeti olarak, ancak niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetler görülebilecektir. Özel kişilerinde görebileceği faaliyetler devlet tarafından görülüyor olsa bile, bu durum tesadüfi sayılmalıdır. Devlet bu faaliyetleri özel kişiler yapmadığı için, geçici olarak üzerine almaktadır.”²⁹

Zaman içerisinde bu düşünce ağır bir şekilde eleştirilmiş ve gerçeği yansıtmadığı ileri sürülmüştür. Gerçekten de günümüzde bu düşüncüyü ilk şekliyle kabul etmek pek mümkün değildir. Birçok liberal iktisatçı bile bazen ekonomiyeye devlet müdahalesinin sınırlı ve geçici de olsa gerektiğini ifade etmektedir. Devlet ekonomik ve sosyal alanlarda kamu hizmeti olduğunda tereddüt edilmeyen bazı faaliyetlere girişmektedir. Ayrıca neyin kamu hizmeti olduğunun zaman ve yere, o toplumun vardığı gelişmişlik seviyesine göre değişebileceği de kabul edilmektedir.³⁰

²⁵ GÜLAN, *agm*, s.156.

²⁶ Karşılaştırınız. DURAN, *age*, s.343. ;Aksi görüşte AZRAK, *age*, s.21.

²⁷ GÜLAN, *agm*, s.154.

²⁸ ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C:1, s.29. ;AZRAK, **Ders Notları**, s.7.

²⁹ AZRAK, *age*, s.7.

³⁰ ONAR, *age*, s.29. Aynı yönde, DURAN, *age*, s.304.

Toplumdaki her faaliyetin, bir yönüyle kamu hizmeti olma durumunu içerdiği bir gerçekse de, kural olarak bazı faaliyetlerin (bazı istisnaî uygulamalar bir yana bırakılacak olursa adalet, savunma ve güvenlik hizmetleri gibi) nitelikleri gereği kamu hizmeti oldukları ve bu niteliklerini toplum hayatının başlamasıyla kazandıkları söylemek yanlış olmasa gerektir. İçeriği zamana bağlı olarak koşulların değişmesiyle yasama organı tarafından değiştirilebilen kamu hizmetinin az da olsa değişmez bir içeriğinin de olduğu kabul edilmektedir. Kısacası, yoğun eleştirilere konu olan *niteliği gereği kamu hizmeti* düşüncesinin, tekrar *virtuel kamu hizmeti* düşüncesi içinde canlandığı da ifade edilmektedir.³¹

F. Kamu Hizmeti Anlayışının Değişmesinin Sebepleri

Klâsik kamu hizmetinde temel yaklaşım, merkezî iktidarın tartışmasız üstünlüğü temeline dayalı, varlık sebebi kamu hizmetinin bizzat kendisi tarafından sunumu olan devlet yaklaşımıdır. Ancak günümüzde klâsik kamu hizmeti anlayışının ve devlet iktidarına ve egemenliğine dayalı kamu hizmeti anlayışının ortadan kaybolarak kamu hizmeti anlayışında ekonomi bilimi ilkelerinin ve diğer bir takım yeniliklerin ön plâna geldiği görülmektedir.

112

Bu bağlamda kamu hizmetlerinin akışını değiştiren, yeni bir anlayış gerektiren hizmetlerin genişlemesine, tür olarak ve sayı olarak artmasına sebep olan, daha etkili, daha verimli ve daha rasyonel hizmet gereğini ortaya çıkaran bir takım gelişmeler olmuştur. Bu gelişmeler sonucu kamu hizmeti anlayışında bir yön değişikliği olmuş, klâsik kamu hizmeti tanımı ve yaklaşımı çoğu kez yetersiz kalmıştır. Kamu hizmeti anlayışını yeniden şekillendiren bu çağdaş değerleri şu şekilde ifade edebiliriz; Sanayileşme, demokratikleşme, sosyal ve hukuk devleti anlayışı, uluslararası ilişkiler, çağdaş idare usûlleri, kitle iletişim ve ulaşım vasıtaları, ekonomik ve malî siyâsetler, nüfus artışı ve kentleşme, kültür ve zihniyet olarak toplumsal değişme sayılabilir.³² Zamanla kişilerin idareden beklentilerinin artmasının da kamu hizmeti anlayışının değişmesinde ve yeniden şekillenmesinde etkili olduğu belirtilmiştir.³³

Bütün bu faktörler birbirleriyle yakından ilgilidir. Özellikle sanayileşme faktörü belirleyici olmuş ve diğer faktörleri de etkilemiştir. Bu faktörler toplumsal yaşantıyı değiştirmiş, toplumsal ihtiyaçları farklılaştırmış ve buna göre de kamu hizmeti anlayışı değişmiş ve genişlemiştir. Sanayileşme, devlet için bir gelişme

³¹ ÖZAY, *age*, s.228.

³² KAVRUK, *agm*, s.154.

³³ SARISOY, Sinan. "Düzenleyici Devlet ve Regülasyon Uygulamalarının Etkinliği Üzerine Tartışmalar", Maliye Dergisi, Sayı:159, Ankara, Temmuz-Aralık 2010. s.279. Makale için bakınız. http://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/maliyedergisi.asp?dergi_no=159,E.T.28.05.2013.

aracı ve amacı olunca devletin ekonomiye müdahalesi söz konusu olmuştur. Böylece devletin ekonomik ve malî siyâsetleri bu alanda kendini hissettirmeye başlamıştır.³⁴

Sanayileşme ve onun sonuçları olarak demokratikleşme, sosyal ve hukuk devleti anlayışı, kentleşme ve nüfus artışı, kitle iletişim ve ulaşım vasıtalarının yaygınlaşması, ekonomik ve malî siyâsetler, uluslararası ilişkiler ile toplumsal bir değişme olmuş, toplumda kültür ve zihniyet değişmiştir. Sonuçta kamu hizmetlerini sunan devletin teşkilâtlanması genişlemiş ve hizmet görme felsefesinde bir yenileşme meydana gelmiştir. Sosyal hukuk devleti anlayışının yerini liberal ve post liberal hukuk devleti almıştır. Bu durum hâliyle devletin gerçekleştirdiği faaliyetlerinin niteliğini ve bir yönüyle sayısını etkilemiştir.

Liberal görüşe göre, devletin özel kesimin eline tamamıyla bırakamayacağı düşünülen kamu hizmetleri adalet, güvenlik ve savunma ile tartışmalı olmakla birlikte sağlık hizmetleri olarak ifade edilebilir. Bu faaliyetlerin haricindekilerin kısmen veya tamamen gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine gördürülebileceği kabul edilmektedir. Hatta özel hastane uygulamaları ile sağlık, özel güvenlik uygulamaları ile iç güvenlik ve tahkim uygulamaları ile adalet hizmetlerinde bile kırımların yaşandığı bir gerçektir. Başlangıçta, millî savunma, adalet, tapu ve kadastro, eğitim, güvenlik gibi klâsik kamu hizmetlerini sunan ve bu hizmetler doğrultusunda teşkilâtlanan devlet, giderek genişlemiştir.³⁵ Dolayısıyla devlet her alana yetişemeyince ve ihtiyaçlar artınca kamu hizmetlerinin sunumunda ve görülmesinde özelleştirme ve değişik usûllerin kullanılması yoluna gidilmiştir.³⁶

II. ÖZELLEŞTİRME

A. Özelleştirmenin Tanımı

Özelleştirme kavramının genel kabul gören bir tanımını vermek pek mümkün değildir.³⁷ Özelleştirme kavramının anlamı konusunda bir görüş birliğinin olduğu söylenemez. Bunun sebeplerinden birisi siyasî bir söylem olmasından

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız. ÇEVİK, Hasan Hüseyin. “**Kamu Hizmetlerinin Üretilmesinde ve Sunulmasında Sosyal Refah Çoğulculuğu**”, Türk İdare Dergisi, Yıl:70, Sayı:418, İçişleri Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1988. ;ÇAL, Sedat. “**Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:51, Sayı:2, Ankara, 2002. ;ÖRÜCÜ, Esin. “**Sosyal Kamu Hizmeti**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXXVI, Sayı:1-4, Ord.Prof.Dr.M.Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, İstanbul, 1971.

³⁵ KAVRUK, *agm*, s.97.

³⁶ Hatta idarenin faaliyetlerinden olan kolluk faaliyetlerinin bile özelleştirilmesi yoluna gidilmeye başlandığı görülmektedir. Bu konuda 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun kabul edilmiştir. Bkz. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı: 26.06.2004/25504.

³⁷ TAN, Turgut. **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010. s.339vd.

kaynaklanabilir. Bir görüş özelleştirme kavramının kapsadığı konuların şunlar olduğunu belirtmiştir: “Kamu hizmetlerinden mümkün olanların fiyatlandırılması, fiyatlandırılması mümkün olmayan kamu hizmetlerinin idare yerine özel teşebbüse gördürülmesi, özel kesim faaliyetlerinin düzenlenmesinde idare tarafından konulan kurullara son verilmesi *ya da minimum düzeye çekilmesi* (deregülasyon), KİT’lerin özelleştirilmesi.”³⁸ Özelleştirme genellikle mülkiyet devri dışındaki başka anlamları da içeren şemsiye bir kavram olarak kullanıldığı için ne anlama geldiğinin açıkça belirtilmesi gerekir.³⁹ Bu bağlamda özelleştirme, herhangi bir faaliyetin üretiminde veya finansmanında özel kesimin rolünün oransal olarak arttığı bir süreç olarak ifade edilebilir. Bu süreç mülkiyet transferini içerebileceği gibi içermeyebilir de ve deregülasyon,⁴⁰ hizmet ihâlesi, kullanıcı payları, kurumsal varlıkların satışı gibi tüm siyâset girişimlerini kapsar.⁴¹ Özelleştirme bir yaklaşıma göre; “özel kesim tarafından yürütülecek tüm faaliyet alanlarından kamu kesiminin çekilmesi, devletin klâsik fonksiyonları ile ilgisi bulunmayan kamu iktisadî teşebbüsleri özel kesime satması, devletin başarılı olarak işletemediği ekonomik birimleri özel kesime devretmesi” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴² Bunun dışında özelleştirme dar ve geniş anlamlarda da tanımlanmaktadır. Özelleştirme dar anlamıyla; “mülkiyeti ve idaresi kamuya ait olan iktisadî üretim birimlerinin özel kesime devri” olarak tanımlanmaktadır.⁴³ Dar anlamda özelleştirme; “mutlak olarak mülkiyetin devrinin (en az % 51’nin devrinin) gerçekleşmesi ve idarenin özel kesime geçmesidir.”⁴⁴ Fakat % 51’den

³⁸ AKALIN, Güneri. **KİT’ler ve Özelleştirmeleri**, Akçağ Basım Yayım, Ankara, 1998. s.213. ;Geniş anlamda ele alındığında özelleştirmenin dört temel alanı kapsadığı ifade edilmiştir: “KİT’lerin idaresinin ve mülkiyetinin özel kesime devredilmesi, kamu hizmetlerinin özel kesime devredilmesi, kamu hizmetlerinin fiyatlandırılması ve kurumsal serbestleşmenin (deregülasyon) sağlanması.” Bkz. ÖKTEM, Enver. Özelleştirmenin Kara Kitabı, Genel-İş Matbaası, Ankara, 2005. s.9.

³⁹ YILDIRIM, Turan. **Türkiye’nin İdarî Teşkilâtı**, Alkım Yayınevi, 4.Baskı, İstanbul, 2005. s.250.

⁴⁰ “Dünya’daki deregülasyon uygulamalarının yaygınlaşmasına rağmen, bütün regülasyonların kaldırılması yönünde genel bir düşünce birliğinin olduğu söylenemez. Birçok ülkede insanlar, kamu hizmetleri, çevrenin korunması ve kamu sağlığı ile güvenlik standartlarına ilişkin sosyal regülasyonların artmasını talep etmektedirler. Bu artan talebin gerisinde özelleştirmelerin artması ve kişilerin gelirlerinin çoğalmasının olduğu ileri sürülmektedir.” Bkz. ASLAN, İ. Yılmaz/KATIRCIOĞLU, Erol/ALTINAY, Galip/ARDIYOK, Şahin/ILICAK, Ali/GÜLTEKİN, Banu/ÖNAL, Emre/AKÇAOĞLU, Can. **Enerji Hukuku, Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon**, Cilt: I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2007. s.196.

⁴¹ TATAR, Fahreddin. **“Özelleştirme ve Sağlık Hizmetleri: Teori ve Uygulama”**, Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 30/2, TODAİE Yayınları, Ankara, 1997. s.76.

⁴² SERİM, Bülent. **Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme**, İzgi Yayınları, Ankara, 1996. s.26-27. ;BAYTAN, İlhan. Özelleştirme, TRT Genel Sekreterlik Basım ve Yayın Müdürlüğü Ofset Tesisleri, Ankara, 1999. s.4-5.

⁴³ ÖKTEM, *age*, s.9.

⁴⁴ ORKUNOĞLU, Işıl Fulya. **“Özelleştirme ve Alternatifleri”**, Akademik Bakış Dergisi, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, Sayı:22, Kırgızistan, Ekim-Kasım-Aralık, 2010. s.2. Makale için

daha az oranda bir hisse satışının da ilgili üretim biriminin idaresini ele almak için yeterli olabileceğinden özelleştirme sayılması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁵ Geniş anlamda özelleştirme ise; “mülkiyet veya idare transferinden daha fazlasını ifade etmektedir ki, bir iktisadî organizasyonu serbest piyasa mekanizmasına göre işleyen yapıya kavuşturmayı ve bunun için gerekli uygulamaları yapmayı kapsamaktadır.”⁴⁶

Özelleştirme kavramının kamu kesiminin sahip olduğu endüstriyel ve ticarî teşebbüslerin mülkiyet, idare ve denetimlerinin tamamen veya kısmen özeldiş ve kuruluşlara devredilmesinin, kamusal veya yarı kamusal mal ve hizmetlerin finansmanının veya üretiminin özelleştirilmesinin, kamu hizmetlerinin ihâlâ, imtiyaz verme gibi yollarla özel kesime yaptırılmasının, kiralama ve finansal kiralama, ortak yatırım ve hizmet alımları için yardımda bulunulmasının, piyasa mekanizmasının işlemlerini engelleyen her türlü kanunî ve kurumsal serbestleşmenin sağlanmasının düzenlenmesini ve buna ilişkin uygulamaları kapsadığı ifade edilmektedir.⁴⁷ Kısacası özelleştirmenin kavrama yüklenen anlama bağlı olarak, kamu teşebbüslerinin ve kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi ya da bunların mülkiyetinin, idaresinin ve finansmanının özelleştirilmesi gibi ayrımlar çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir.⁴⁸

B. Özelleştirmenin Amaçları

Özelleştirmenin amaçlarının ülkeden ülkeye değiştiği görülmektedir.⁴⁹ Bu durum toplumların farklı ihtiyaçlara gereksinim duymasının yanı sıra başta siyâsal, sosyal, kültürel ve ekonomik sebepler olmak üzere daha başka birçok sebeplerden kaynaklanmaktadır. Özelleştirmenin birçok amacının bulunduğu belirtilmiştir. Serbest piyasa ekonomisini güçlendirmenin özelleştirmenin ekonomik amacını, servetin geniş toplum kesimlerine yayılmasını sağlamanın

bakınız. <http://www.akademikbakis.org/arsiv.htm>, E.T:13.05.2013.

⁴⁵ Aynı, s.2vd.

⁴⁶ ÇETİNKAYA, Özhan. **Türkiye’de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2001. s.169. ;Geniş anlamda özelleştirme bir yazara göre; “Devletin iktisadî faaliyetlerinin daraltılması ya da bu fonksiyonunun tümüyle serbest piyasa koşullarına devredilmesi” olarak yukarıdaki tanıma benzer şekilde tanımlanmaktadır. Bkz. ÖKTEM, *age*, s.9.

⁴⁷ EMİR, Mustafa/TOKSOY, Devlet. **“Özelleştirmenin Amaçları ve Türkiye’deki Uygulama Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme”**, Makale için bakınız. <http://arsiv.mmo.org.tr/pdf/10150.pdf>, E.T.03.06.2013. s.28. ;ÖKTEM, *age*, s.9.

⁴⁸ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s.341.

⁴⁹ YAVILIOĞLU, Cengiz/DELİCE, Güven/ÖZSOY, Onur. **Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları, Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif**, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını, No:1, Ankara, 2010. s.44.

ise, özelleştirmenin sosyal amacını teşkil ettiği söylenmektedir.⁵⁰ Liberal görüşe göre, özel mülkiyetin egemen kılınması, devletin piyasaya müdahalesinin en aza indirilmesi ve ekonomik özgürlüğün sağlanması, özelleştirmenin siyâsal amacını oluşturmaktadır.⁵¹ Bunların dışında özelleştirmenin, sermaye piyasasını geliştirmek, KİT'lerin hazine ve Merkez Bankası üzerindeki yükünü hafifletmek, KİT'lerdeki gizli işsizliği ortadan kaldırmak ve devlete gelir sağlamak gibi amaçlarının da olduğu ifade edilmiştir.⁵²

Ekonomide özelleştirmeyi zorunlu kılan faktörler ile özelleştirmenin amaçları arasında yakın bir bağın bulunduğu belirtilmektedir. Özelleştirmenin ekonomik, ideolojik ve faydacı boyutlarının olduğu görülmektedir. Ekonomik anlamda özellikle kamu iktisadî teşebbüslerini özelleştirmeyle bir yandan verimliliğinin artırılması, diğer yandan piyasa mekanizmalarının işlerliğinin geliştirilmesi ve devletin ekonomideki yerinin daraltılmasıyla ekonomik sistemde etkinliğin artırılması amaçlanmaktadır. İdeolojik anlamda, toplumda özel mülkiyetin yaygınlaştırılması suretiyle daha eşitlikçi bir sistemin oluşturulması amaçlanmaktadır. Pragmatik anlamda ise, özelleştirmeden elde edilen gelirlerin kamu açığının finansmanında kullanılması düşünülmektedir.⁵³

116 Özelleştirmenin amaçlarının şunlar olduğu ifade edilmektedir: “Piyasa güçlerinin ekonomiyi harekete geçirmelerine olanak tanınması, verimlilik ve üretkenliğin artırılması, mal ve hizmetlerin nitelik ve niceliklerinin artırılması, mülkiyetin tabana yayılması, sermaye piyasasının gelişiminin hızlandırılması, KİT'lere hazine tarafından sağlanan finansman desteğinin minimize edilmesi, KİT'lerin teknelci fiyatlarının ve dolaylı vergilerinin azaltılması, bürokratların KİT'leri yönetmek yerine mevzuat üzerinde çalışmalarının sağlanması, modern teknoloji ve idare tekniklerinin çekilmesi, çalışanlara pay senedi vermek suretiyle iş gücü verimliliğinin artırılması, endüstrideki kamu ve özel mülkiyet arasındaki dengenin yönünün değiştirilmesi, yabancı yatırımlar vasıtasıyla uluslararası ekonomik bağların kuvvetlendirilmesi, mevcut sermaye yatırımlarının getiri oranlarının yükseltilmesi ve devlete gelir sağlaması.”⁵⁴ Bu amaçlar arasında Türkiye için öncelik arz edenlerin şunlar olduğu da belirtilmiştir: “Ekonomide piyasa kurallarına işlerlik kazandırmak, ekonomik büyümeyi hızlandırmak ve verimliliği arttırmak,

⁵⁰ RUHİ, M. Emin. **1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2003. s.104-105.

⁵¹ Aynı, s.106.

⁵² Aynı, s.111-113.

⁵³ YAVILIOĞLU/DELİCE/ÖZSOY, *age*, s.43-44.

⁵⁴ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s.342-343.

sermaye piyasalarının gelişmesini sağlamak, sermayenin tabana yayılmasını teşvik etmek, devlet bütçesi üzerinde KİT yükünü hafifletmek ve ortadan kaldırmak.”⁵⁵ 4046 sayılı Kanun’da da (md.1) özelleştirmenin “ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak” amacına yönelik olduğu düzenlenmiştir. Özelleştirmenin amaçları arasında israfın önlenmesi, KİT’lerin özel kesimdeki rakipleriyle serbest rekabete dayanan piyasada eşit olarak mal ve hizmet sunabilmesi amacıyla idarenin ekonomideki endüstriyel ve ticarî faaliyetlerden çekilmesi ve dolayısıyla rekabetçi piyasa ekonomisinin geliştirilmesi vardır. Özelleştirme ile malî piyasalara yönelmeyen yerli ve yabancı tasarrufları bu piyasalara yönlendirerek yeni kaynaklar yaratılması ve kamu kesiminin fonlar üzerindeki talebi sebebiyle sıkışan malî piyasa üzerindeki olumsuz baskının engellenmesi de amaçlanmaktadır.⁵⁶ Görüldüğü gibi Türkiye’de özelleştirme uygulamaları konusunda geniş bir amaçlar kümesi bulunmaktadır. Bu amaçlar hem uzun vadeli hem de genel ekonomik ve sosyal siyâsetle bağlantılıdır. Dolayısıyla özelleştirmenin genel amaçlarının gerçekleşmesi, yapılan programın ekonomik ve sosyal siyâsetlerle uyum içinde olmasına ve bu program kapsamında alınacak tedbirlerle denetlenmesine bağlıdır. Bu açıklamalara rağmen özelleştirmenin bir amaç olduğunu belirtmek kolay değildir, özelleştirmeyi KİT’lerin yeniden yapılanmasının, kamu hizmetlerinin daha kaliteli ve verimli sunulmasının ve ekonominin rekabetçi piyasa yapısına kavuşturulmasının bir aracı olarak görmek gerekmektedir.⁵⁷

Özelleştirme uygulamalarının ekonomik, siyâsal ve hukukî olmak üzere üç yönü olduğu da belirtilmektedir. Özelleştirmenin ekonomik yönü, piyasa ekonomisinin ve dolayısıyla özel kesimin gerekli koşullar sağlandığı takdirde üretimde ve üretilenin dağıtımında, kaynak kullanımında, en rasyoneli bulacağı ve kamu kesimiyle karşılaştırıldığında çok daha verimli çalışacağı konusuna ilişkindir. Rekabet bu anlamda çok önemlidir, hatta belirleyici bir role sahiptir. Özelleştirmenin siyâsal yönü ise, özelleştirme ile varılmak istenen amaca ilişkindir. Devletin mal ve hizmet üretimini sosyal amaçlarla bağdaştırarak yerine getirmesindeki siyâsal-sosyal nitelik ile verimlilik çelişkili olarak değerlendirilmekte

⁵⁵ Aynı, s.343.

⁵⁶ SARISU, Ayhan. “Dünya’da ve Türkiye’de Özelleştirme: Genel Bir Değerlendirme”, Asomedyâ Dergisinin Kasım 2003 sayısında, s.38-57’de yayımlanmıştır.Bkz.http://ayhansarisu.wordpress.com/2012/10/22/dunyada-ve-turkiyede-ozellestirme-genel-bir-degerlendirme/, E.T.04.06.2013.

⁵⁷ “Özelleştirmenin kendisi bir amaç olamayacağı gibi ideolojik anlamda dünyada belli bir ekonomik modelin hâkim olmasının da bir aracı olamayacağı ifade edilmektedir. Daha başarılı, refah düzeyi yüksek ve mutlu bir toplum ve dünya arayışının bir ifadesi olarak ekonomideki tüm tüketicilere net bir fayda sağlamayacak ise, KİT’lerin özelleştirmesine gidilmemelidir. Birçok amaca ulaşmak üzere bir ekonomik araç olarak kullanılmalıdır.” Bkz. EMİR/TOKSOY, *agm*, s.32-33.

verimlilik doğrultusunda tercih belirtilmektedir.⁵⁸ Özelleştirmenin hukukî yönü ise şu şekilde özetlenebilir: Anayasa'nın 47. maddesi özelleştirmeyi düzenlemiştir. Anayasa'nın 47. maddesi, kamu hizmetlerinden hangilerinin özelleştirileceği hakkında kanun koyucuya takdir yetkisi vermiştir.⁵⁹ 4046 sayılı Kanun ile kamu hizmeti yapan kurum ve kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Konuya ilişkin çeşitli mevzuat düzenlemeleri bulunmakla birlikte özelleştirmenin hukukî temelini Anayasa'nın 47. maddesi ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun oluşturmaktadır.

C. Türkiye'de Özelleştirmenin Hukukî Dayanağı ve Sonuçları

1982 Anayasası'nın "Devletleştirme ve Özelleştirme" başlığını taşıyan 47. maddesinin 3. fıkrasına göre; "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir." Aynı maddenin 4. fıkrasında ise; "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceğinin ve devredilebileceğinin kanunla belirleneceği" düzenlenmiştir. Bu maddenin kenar başlığı "Devletleştirme" iken 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla "Devletleştirme ve Özelleştirme" şeklinde değiştirilmiş ve 3 ile 4. fıkralar ilave edilmiştir.⁶⁰ Bu düzenlemeler özelleştirme uygulamalarının Anayasal temelini oluşturmaktadır. Türkiye'de özelleştirme kavramının kullanılmaya başlanması ise bu Anayasal düzenlemeden çok öncedir. 1986 tarih ve 3291 sayılı 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 tarihli ve 3238 sayılı Kanun, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılması ve 1177 sayılı Tütün Tekeli Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun'un "Kamu Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ile ilgili Hükümler" başlıklı 5. bölümünde temelde özelleştirmeye ilişkin konular düzenlenmiş iken, 1994 tarih ve 531 sayılı KHK'nin 1. maddesi ile bu bölüm başlığı "Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Hükümler" olarak değiştirilmiş ise de ilgili KHK Anayasa Mahkemesi'nce

⁵⁸ POLATOĞLU, Aykut. "Özelleştirme Tartışmaları", 1.Baskı, Bağlam Yayınevi, İstanbul, 1994. s.121-122.

⁵⁹ YASİN, Melikşah. *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukukî Rejimi*, 2.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007. s.201vd.

⁶⁰ 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun için bakınız. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:14.08.1999/23786. <http://www.resmigazete.gov.tr/arşiv-fihrist-düstur>, E.T.22.05.2013.

iptal edilmiştir.⁶¹ Özelleştirme konusundaki ilk genel kanun ise 1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundur.⁶² Bu Kanunda özelleştirme konuları ve yöntemleri ile özelleştirmeye ilişkin diğer düzenlemelerin ayrıntılı bir şekilde yer aldığı görülmektedir.⁶³ Bu Kanunla getirilen düzenlemeler arasında ‘Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun’ oluşturulması vardır. Ayrıca ‘Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’ kurulmuştur. Kanunda özelleştirme uygulamaları sırasında veya sonrasında işini kaybedenlere, kanunlardan veya toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ek bir iş kaybı tazminatı ödenmesi düzenlenmiş ve ‘Özelleştirme Fonu’ teşekkül ettirilmiştir. 4046 sayılı Kanunla özelleştirmenin kapsamı da genişletilmiştir. Kamu iktisadî teşebbüsleri ve bunlara ait kurum paylarının yanı sıra, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının da özelleştirilebilmesini öngören düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.⁶⁴ Bu Kanunda özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda Emekli Sandığı’na tâbi personelden hizmet süresi itibarıyla emeklilik hakkı elde edenlere erken emekliliği teşvik edici düzenlemeler yapılmıştır. Özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan personelin sosyal yardım zammı ödemelerinin özelleştirme fonundan karşılanması öngörülmüştür. Kapsamdaki kuruluşlarda uygulamalar sonucunda kadrosu iptal edilen memur ve sözleşmeli personelin diğer kamu kurum ve kuruluşlarındaki boş kadro ve pozisyonlara atanmalarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Özelleştirme uygulamalarından elde edilecek gelirlerin, genel bütçe harcama ve yatırımlarında kullanılmaması hüküm altına alınmıştır. Stratejik nitelikteki kuruluşlarda imtiyazlı hisse bulundurulması kabul edilmiştir.⁶⁵

⁶¹ Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:21.07.1994, Esas:1994/64, Karar:1994/61-1, Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:05.08.1994/22012, R.G. Düzeltme Tarih ve Sayısı:29.04.1997/22974. ;531 sayılı KHK ile değiştirilen hükümlerde 546 sayılı KHK ile değişiklik yapılmış ise de Anayasa Mahkemesi, 546 sayılı KHK hükümlerini de iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:21.07.1994, Esas:1994/67, Karar:1994/64-2, Resmî Gazete Tarih ve Sayısı: 05.08.1994/22012, R.G. Düzeltme Tarih ve Sayısı:29.04.1997/22974.Kararlar için bakınız. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>, E.T.08.04.2013. ;Ayrıca bakınız. ATİYAS, İzak/ODER, Burak. **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, TEPAV Yayını, İstanbul, 2008. s.5vd. ;YAŞAR, Süleyman. **Türkiye’de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007. s.86-89.

⁶² Bu Kanun, 2005 tarih ve 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 1. maddesiyle Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun olarak değiştirilmiştir.

⁶³ ATİYAS/ODER, *age*, s.5-7.

⁶⁴ Özelleştirme kapsamında yer alan kuruluşlardan bir bölümü, 233 sayılı KHK kapsamında tamamı kamuya ait KİT statüsündeki kuruluşlardır. Diğer bir bölümü ise, %50’nin üzerinde kamu payı bulunan bağlı ortaklık statüsündeki kuruluşlar ile kamu iştirakleridir.

⁶⁵ ORKUNOĞLU, *agm*, s.13-14.

D. Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Meselesi

Belirtmek gerekir ki, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, siyasî, ekonomik, sosyal ve hukukî yönleri olan bir meseledir.⁶⁶ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'da; kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi ve diğer özelleştirmeler, kamu hizmeti gören kuruluşlar ve kamu hizmeti görmeyen kuruluşlar gibi ayrımlara yer verildiği görülmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla hukukî anlamda özelleştirme kavramının kamu hizmeti kavramıyla sıkı bir ilişki içinde olduğu belirtilebilir. Kamu hizmetlerine ilişkin özelleştirmeler 4046 sayılı Kanun'da ayrı ve özel düzenlemeye tâbi kılınmıştır. Örneğin 4046 sayılı Kanun'a göre, özelleştirmede mülkiyetin devri yöntemi uygulanacaksa, ayrı kanunî düzenleme gerekip gerekmediğinin tespiti için ilgili kuruluşun kamu hizmeti görüp görmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bir mal veya hizmet sunumunun kamu hizmeti olmasının sebepleri olduğu gibi, bu sunumun kamunun elinde olmasının birbirinden çok farklı sebepleri de olabilir. Ayrıca bir özelleştirme düzenlemesi denetlenirken, kamu hizmeti olmanın sebeplerinin kalkıp kalkmadığının veya yapılan özelleştirmenin bu sebepleri karşılayacak unsurlar içerip içermediğinin ve sonuçlar yaratıp yaratmadığının da denetlenmesi gerekmektedir. Özelleştirme işleminin hukuka uygunluğu incelenirken kamu hizmeti kavramına gerek duyulmaktadır. Kamu hizmeti kamu yararını bünyesinde taşır. Kamu yararı ise, idarî işlemlerin amaç unsurunu oluşturduğundan, özelleştirme işlemleri bakımından da önem teşkil eder.⁶⁸

Kamu hizmeti esnek ve aynı zamanda da birçok anlamda kullanılabilen bir kavramdır.⁶⁹ Örneğin Anayasa'nın 70. maddesinin 1. fıkrasında geçen kamu hizmeti kavramı, kamu görevliliğine girmeyi ifade ederken Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen 'yatırım ve hizmetler' ifadesinin kamu hizmetini

⁶⁶ YASİN, *age*, s.201.

⁶⁷ 4046 sayılı Kanuna göre, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi veya özelleştirilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticaret İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tâbi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti ile görevlendirilmesi imkânının düzenlenmesi, yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları, yeminli teknik büro ve yeminli malî müşavirlik gibi uygulamalar bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

⁶⁸ ATİYAS/ODER, *agm*, s.7-8.

⁶⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki, aslında idarenin kolluk faaliyetleri de özünde bir kamu hizmetidir. Bu çerçeveden bakıldığında, daha önce de ifade edildiği gibi, idarenin faaliyetlerinden olan kolluk faaliyetlerinin bile özelleştirilmesi yoluna gidilmeye başlandığı görülmektedir. Bu konuda 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun kabul edilmiştir. Bkz. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı: 26.06.2004/25504.

içerdiği ve kamu hizmetinin bir faaliyet olarak nitelendirildiği görülmektedir.⁷⁰ Bir faaliyet olarak kamu hizmeti mal veya hizmet sunumu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıdaki kamu hizmeti bölümünde de ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu hizmetini, *Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler* olarak tanımlamıştır.⁷¹ Bu anlamda kamu hizmetinin konusu ve amacı bakımından toplumsal ihtiyaçların karşılanması ve kamu yararı unsurları ile kim tarafından veya kimin gözetim ve denetiminde yürütüleceğinin tespitinde idare unsuru belirleyici olmaktadır.⁷² Bununla birlikte, idarenin kanunîliği ilkesi gereği, kamu hizmetinin ne olduğunun tespitinde öncelikle Anayasa ve kanunların esas alınması zorunludur. Bu sebeple belirleyici etmenin ne olduğu konusunda Anayasa'nın 47. maddesini incelemek gerekmektedir:

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hâllerde devletleştirilebilir.

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usûlleri kanunla düzenlenir.

Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usûller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”⁷³

⁷⁰ YAŞAR, Nuri. “**Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği**”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan, Sayı:1-3, Cilt:13, İstanbul, 2003. s.450.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:22.11.1007. Esas:2004/114, Karar:2007/85, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 24.12.2007/26736. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>, E.T.24.05.2013.

⁷² ATİYAS/ODER, *agm*, s.8.

⁷³ Bu maddenin son iki fıkrası 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla eklenmiş ve madde kenar başlığı “Devletleştirme ve Özelleştirme” olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 47. maddesindeki değişiklikten önce vermiş olduğu bir kararında; “Anayasa’da özelleştirme konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın, devletleştirmeye ilişkin 47. maddeden, özelleştirme için de kimi ilkeler çıkarılabilir. Çünkü devletleştirme, özelleştirmenin tersi bir işlemdir. Bu sebeple, devletleştirmeye yetkili organın özelleştirme konusunda da yetkili olduğunun kabulü gerekir. Nitekim doktrinde, devletleştirme yapmaya yetkili olan organın devletsizleştirmeye de yetkili sayılması gerektiği görüşü çoğunluktadır.” Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:09.12.1994, Esas:1994/43, Karar:1994/42-2, Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:24.01.1995/22181. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>, E.T.02.06.2013. ;Bu kararında görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, devletleştirme-özelleştirme kavramlarının karşılık niteliğini ve bu işlemlerin birbirlerinin tersine işlemler olduklarını vurgulamaktadır. Ayrıca bakınız. ATİYAS/ODER, *agm*, s.9-10.

Anayasa'nın 47. maddesinin 1. fıkrasından kamu hizmetinin özel teşebbüsler tarafından da görülebileceği ve kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin, "kamu yararının zorunlu kıldığı" hâllerde devletleştirilebileceği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla, kamu yararı açısından toplumsal ihtiyaçların karşılanması belirleyici olduğu görülmektedir. Ancak bu durum, özelleştirmelerde bundan başka bir kamu yararı bulunup bulunmadığını çözümlememektedir. Bunu çözümlemede 1984 tarih ve 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hâllerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usûl Ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri yardımcı olabilir. 'Kamu yararının zorunlu kıldığı' hâller, 3082 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, hepsinin aynı anda bulunması gereken üç nitelikte belirtilmiştir: "Devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretiminin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi, bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikâme veya başka yollardan sağlama imkânının bulunmaması veya hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması hâlinde kamunun büyük zarar görmesi."⁷⁴ Bu üç nitelik birlikte değerlendirildiğinde, devletleştirme açısından kamu hizmetinde belirleyici unsurun toplumsal ihtiyaçların devlet tarafından karşılanması değil, toplumsal ihtiyaçların karşılanması olduğu görülmektedir. Belirtilen diğer niteliklerin ise, bir risk faktörüne işaret ettiği ifade edilmiştir.⁷⁵ Bu açıklamalar özelleştirme için uygulandığında şu sonuca varılabilir: "Bir özelleştirme işleminin hukuka uygunluğunu ölçmek için özelleştirme sonrasında hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması hâlinde kamunun büyük zarar görme riski olup olmadığı ve bununla bağlantılı olarak riski engellemek için hangi önlemlerin alındığı ve bunların yeterli olup olmadığı önem teşkil etmektedir. Dolayısıyla özelleştirme işleminin hukuka uygunluğu denetlenirken, sadece 4046 sayılı Kanun'da düzenlenen ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma amaçlarının gerçekleşmesinin yeterli olmadığı açıktır."⁷⁶ Toplumsal ihtiyaçların karşılanması idare tarafından gerçekleştirilirken toplumsal ihtiyaçların belirli nitelik ve nicelikte karşılandığı ve kamu yararının sağlandığı belirtilmiştir. Özelleştirme sonrasında mevcut kamu yararı durumunun korunması gerektiği ifade edilmiştir. Özelleştirmeyle mevcut kamu yararı durumunun korunmasına ilave olarak fazladan bir kamu yararı da sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Yani kamu hizmetinin niteliğinin ve niceliğinin artması ya da 4046 sayılı Kanuna göre, ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma gerçekleşmelidir. Nihayet özelleştirme sonrasında hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması hâlinde kamunun büyük

⁷⁴ ATİYAS/ODER, *agm*, s.10.

⁷⁵ Aynı, s.10.

⁷⁶ Aynı, s.11.

zarar görme riskine karşı gerekli önlemlerin alınması da kamu yararı açısından bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁷

Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesinin idarenin malî sorumluluğuna etkisi konusunda ise doktrinde değişik görüşlerin olduğu söylenebilir. Bir görüşe göre, özelleştirme kurulmuş bir kamu hizmetinin bu niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetinin özelleştirilmesiyle idarenin malî sorumluluğu da sona erecek, özel hukuk tüzel kişileri tarafından yürütülecek faaliyetlerden doğan zararlardan idare sorumlu olmayacaktır.⁷⁸ Bir diğer görüşe göre ise, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesiyle ya da özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesiyle kamu hizmeti niteliği son bulmamaktadır. Yani kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi bu niteliğini kaldırmamaktadır.⁷⁹ Gerçekten de özelleştirmeye genellikle hizmetin görülüş usûlü değiştirilmekte, emanet usûlü ile devlet tarafından bizzat görülen hizmetler, kanunlarda düzenlenen usûller çerçevesinde devletin denetimi altında özel hukuk tüzel kişileri tarafından görülmeye başlanmaktadır.⁸⁰ Bu durumda özelleştirmeye hizmetin niteliği değişmediğinden idarenin malî sorumluluğu devam etmektedir. Ancak özelleştirme uygulamalarında idarenin tazminat yükümlülüğünü en aza indirmek için, özel hukuk tüzel kişilerine hizmetten yararlananlara verebilecekleri zararların giderilebilmesi amacıyla malî sorumluluk sigortaları yapma gibi çeşitli yükümlülükler getirildiği belirtilmektedir. Kuşkusuz bu gibi uygulamalar idarenin malî sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldırmamaktadır, fakat idarenin ortaya çıkan zararları tazmin yükümlülüğünü hafifletebileceği örneğin sigortanın karşıladığı bedel oranında azaltacağı da ifade edilmiştir.⁸¹

Daha önce de ifade edildiği gibi, bir faaliyet olarak kamu hizmeti, *toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli olan temel ihtiyaçların devlet tarafından veya devletin gözetim ve denetimi altında özel kesim tarafından karşılanması* olarak tanımlanmaktadır.⁸² Genel olarak kabul gören kamu hizmetinin bu tanımı

⁷⁷ Aynı, s.11. ;Kamu hizmetinin özelleştirilmesinde kamu yararının korunması konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bakınız. ATİYAS, İzak. “**Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler**”, Rekabet Dergisi, Cilt: I, Sayı:1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000. s.24-45. Makalenin tamamına ulaşmak için bakınız. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Rekabet+Dergisi/dergi1.pdf>, E.T.03.05.2013.

⁷⁸ GİRİTLİ/BİLGEN/ARGÜNER/BERK, *age*, s.428.

⁷⁹ YASİN, *age*, s.208.

⁸⁰ Aynı, s.208. Ayrıca bakınız. GÖZLER, Kemal. İdare Hukuku, Cilt: II, 2.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009. s.354-355.

⁸¹ YASİN, *age*,s.208.

⁸² GÜNDAY, *age*, s.332. Ayrıca bakınız. KARAHANOGULLARI, *age*, s.5vd. ;BİLGEN, Pertev. “**Kamu Hizmeti Hakkında**”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Yıl:1, Sayı:1, İstanbul, 1980. s.113-116.

hâlâ geçerliliğini korusa da, kamu hizmeti anlayışı değişime uğramıştır.⁸³ Daha önce de belirtildiği gibi, günümüzde kamu hizmeti anlayışında meydana gelen bu değişimde, klâsik devlet egemenliği anlayışının yerini modern egemenlik anlayışına bırakmasının büyük etkisi vardır. Klâsik egemenlik kuramında egemenlik, devletin sürekli ve mutlak kudretidir, bu bağlamda egemenlik; sınırsız, devredilemez ve bölünemez bir yetkidir.⁸⁴ Klâsik egemenlik kuramının yerini modern egemenlik kuramına bırakması ile beraber klâsik kamu hizmeti anlayışı da geçerliliğini kaybetmiştir. Modern egemenlik kuramında kuvvetler ayrılığı ilkesi çok belirgindir. Yani devlet egemenliğinin bölünemezliği değil, aksine devlet organları arasında egemenliğin paylaşımı söz konusudur. Ayrıca devletin egemenliği mutlak, sınırsız ve devredilemez değildir. Modern egemenlik kuramında, devletin egemenliği, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması ile sınırlıdır. Modern egemenlik kuramında devlet, kişi hak ve özgürlüklerini ortadan kaldıracak ya da kullanılamaz hâle getirecek şekilde bir egemenliğe sahip olamaz. Modern egemenlik kuramında devlet egemenliğinin devredilemezliğinin de kabul edilebilir olmadığı söylenebilir. Başlangıçta millî savunma, güvenlik, adalet, eğitim, tapu ve kadastro gibi klâsik kamu hizmetlerini sunan ve bu hizmetler doğrultusunda teşkilâtlanan devlet giderek genişlemiştir.⁸⁵ İdare, burada belirtilen faaliyetlerinin yanında neredeyse her alanda faaliyette bulunur hâle gelmiştir. Örneğin, şans oyunlarında bile faaliyette bulunmaktadır. Bu genişlemeye paralel olarak devletin etkin hizmet sunması güçleşmiştir. Bu sebeple devlet artık tek başına bütün hizmetlerini üstlenen bir yapılanma değildir. Devlet, özel kesimin yapmak istemeyeceği ve aynı zamanda kamunun da ihtiyacı olan hizmetleri üretecektir. Özel kesim tarafından kamu hizmetleri üretilirken devletin kamu hizmetlerinin işleyişi konusundaki denetim yetkisi her zaman vardır.⁸⁶ Daha önce de kısaca ifade edildiği gibi, liberal görüşe göre, devletin özel kesimin eline tamamıyla bırakamayacağı düşünülen kamu hizmetleri adalet, güvenlik ve savunma ile tartışmalı olmakla birlikte sağlık hizmetleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’de kamu hizmeti anlayışındaki değişimler aslında Avrupa ve Dünyadaki gelişmelerle paralellik göstermektedir. İngiltere’de devlet organlarında şeffaflığı amaçlayan düzenlemeler ve özelleştirme uygulamalarının yapılması ile devletin faaliyetleri daralmış, bireylerin ekonomideki yerleri kuvvetlenmiş ve ekonomiye

⁸³ ULUSOY, *agm*, s.25vd.

⁸⁴ AKAD, Mehmet. **Genel Kamu Hukuku**, 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997. s.77-80.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız. ÇEVİK, *agm*, s.109vd. ;ÇAL, *agm*, s.163vd.

⁸⁶ GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, *age*, s.1018-1025.

katkıları artmıştır. Bu düzenlemeler ve özelleştirme uygulamalarının sonucu olarak, birey ve devlet arasındaki ilişkileri ve kamu hizmetlerinin sorumlularını tamamen değiştiren yeni bir kamu hizmeti anlayışı ortaya çıkmıştır.⁸⁷ Kamu hizmeti, özel ve sınırlı hâle getirilen ve müşteri kapsamına sokulan birey tarafından tüketilen bir hizmet olarak değerlendirilmektedir.⁸⁸ Kamu hizmetlerini sunanlar ile birey arasındaki ilişki kısmen özel şirketlerde sözleşme ile belirlenen ilişkilere benzetilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemeler ve özelleştirme uygulamaları sayesinde devletin sunacağı hizmetler daralmıştır ve devlet artık kendi sunacağı hizmetleri daha etkili, verimli ve ekonomik şekilde gerçekleştirebilecektir.⁸⁹

Kamu hizmeti anlayışındaki değişimlere paralel olarak düzenlemeler yapan tek ülke İngiltere'dir. İngiltere'den önce Yeni Zelanda ve İsveç, kamu hizmetlerinin sunumunu kamu bürokrasisinden özel kesime devreden düzenlemeler yapmışlardır.⁹⁰ Genel olarak kamu hizmetlerinin sunulmasının özel kesime devredilmesini içeren bu dönüşümde devletin düzenleme ve denetim işlevinin önem kazandığı gerçeğinin unutulmaması gerekir. Devletin kamu hizmetleri alanından büyük ölçüde çekilerek bireyleri özel kesimin egemen olduğu piyasa ekonomisinin eline bırakması, özellikle ekonomik açıdan gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerde çeşitli sorunlara sebep olabileceğinden, etkin denetim ve müdahale mekanizmalarının (regülasyon kurumlarının) geliştirilmesi önem kazanmaktadır.

III. REGÜLASYON

A. Regülasyonun Tanımı

Devletin ekonomik ve sosyal amaçlarını gerçekleştirebilmek için yapmış olduğu düzenlemelere kısaca 'regülasyon' denilmektedir.⁹¹ Regülasyon kavramı, belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi (düzenleme)⁹² ve

⁸⁷ DENHARDT, V. Janet/DENHARDT, B. Robert. **New Public Service**, Printed in the United States of America, Expanded Edition, 2007 by M.E. Sharpe Inc. s.53vd.

⁸⁸ KARAHANOĞULLARI, *age*,s.17vd.

⁸⁹ LEYLAND, Peter/WOODS, Terry. **Administrative Law Facing the Future: Old Constraints&New Horizons**, First published in Great Britain, 1997 by Blackstone Press Limited, s.1-2,22-24.

⁹⁰ Aynı, s.22-24,34.

⁹¹ SARISOY, *agm*, s.279.

⁹² Düzenlemenin tanımı kamu hizmeti kapsamında şu şekilde yapılmıştır: "Düzenleme veya regülasyon, toplumsal değeri ve/veya sonuçları olan hedeflerin gerçekleştirilmesi için serbest pazarın işleyişini değiştirme amacı ile kurulmuş özel statülü bir kamu kurumunun iktisadî aktörler üzerinde uyguladığı hükümet denetimidir." *Regülasyon konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. ARDIYOK, Şahin. Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Tez No:9, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2002. s.7. Çalışmanın tamamı internette ulaşılabilir. Çalışmaya erişim için bakınız. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Akademik+%C3%87al%C4%B1%C5%9Fmalar/tez92.pdf>, E.T.29.05.2013.

bu kurallara riayetin sağlanması (denetim) olarak da tanımlanmaktadır. Ayrıca, regülasyon kavramı düzenleme ve denetleme işlevine sahip olmasının yanında, yönlendirme işlevini de kapsamaktadır. Bu işlevlerin yerine getirilmesinde hukuksal normlara başvurulabildiği gibi, deontolojik kuralların hatırlatılması ve ekonomik yaptırımların ve önlemlerin gündeme getirilmesi gibi hukuk alanı dışındaki değişik yöntemler de kullanılabilir. ⁹³ Günümüzde devlete biçilen yeni rol, toplumsal yaşama ilişkin faaliyetlerin bizzat üstlenilmesi değil, toplumsal yaşamda bir tür hakemlik şeklinde oluşmakta ve bu yeni rol gereğince regülasyon işlevi çok önemli hâle gelmektedir. ⁹⁴ Ayrıca regülasyon faaliyetleri ile devlet, doğrudan kamu hizmetlerini sunan konumundan çıkarak bir tür kolluk faaliyeti yerine getirir hâle gelmiştir. Aslında regülasyon kurumlarının gerçekleştirdiği regülasyon faaliyetlerini kolluk ve kısmen kamu hizmeti faaliyetleri olarak kabul etmek mümkündür.

Her ne kadar son çeyrek yüzyılda deregülasyon en çok telâffuz edilen terim hâline geldiye de, bu kavram regülasyonun karşıtı değildir. Deregülasyon kavramı, tüm regülasyonun ortadan kaldırılması, regülasyonun hiç olmaması yönünde değil, kamu müdahaleciliği temelinde gerçekleştirilen sınırsız bir regülasyon yerine, piyasa dinamiklerinden temellenen daha otomatik ve az müdahaleciliği ve piyasanın düzgün işlemlerini engelleyici nitelikteki regülasyonu sonlandırma olarak nitelendirilmektedir. ⁹⁵

Yirminci yüzyıl içinde devletin yeniden yapılandırılması çerçevesinde, serbest piyasa ekonomisinin geliştirilmesiyle beraber devlet, büyük ölçüde mal ve hizmet sunumu alanından çekilerek, bu alanı rekabetçi piyasa ekonomisi içerisinde özel kesime terk etmiş ve etmektedir. Öte yandan yukarıda da kısaca belirtildiği üzere kamu yararı düşünülerek özel kesime bırakılan bu alanlarda devletin düzenleyici ve

⁹³ ULUSOY, Ali. **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003. s.21-26. ;ARDIYOK, *age*, s.3.

⁹⁴ ULUSOY, *age*, s.21-22.

⁹⁵ Aynı, s.25. ;“Deregülasyon, devletin çeşitli amaçlarla uyguladığı iktisadi, sosyal ve idari regülasyonların azaltılması ya da kaldırılması demektir. Deregülasyonun ana amacı, olabildiğince az genel düzenlemeler yapılması ve idari aktörlere mümkün olduğunca çok hareket alanı bırakmaktır. Ancak bu kavram devletin bütün müdahalelerinin kaldırılması ve tüm sorumluluğun pazar ile çıktılarını belirleyen özel kesime bırakılması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Deregülasyon hareketleri daha esnek ve daha az müdahaleci önlemlerin keşfedilmesi üzerinde yoğunlaşmalıdır... Deregülasyonun en sert şekli, doğal tekeller dâhil tüm regülasyonların kaldırılmasıdır. Ancak bu duruma çok ender rastlanabilir. Asıl önemli olan, piyasaları çok yakından takip ederek doğal tekel nitelikli bölümler hariç deregülasyonu gerçekleştirmek, bu şekilde doğal tekelleri daha etkin düzenleme imkânına kavuşturmadır.” ASLAN/KATIRCIOĞLU/ALTINAY/ARDIYOK/ILICAK/GÜLTEKİN/ÖNAL/AKÇAOĞLU, *age*,s.192-193, 196.

denetleyici bir rol üstlenmesi gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır.⁹⁶ Günümüzde düzenleyici devletin ortaya çıkışı, modern endüstrileşmiş demokrasinin gelişmesi için gereken bir adım olarak da kabul edilmektedir. Ekonomi ve toplumun yapısının farklılaşarak karmaşık hâle gelmesi sonucu birbiriyle rekabet hâlindeki menfaatlerin dengelenmesi, yeni hizmetlerin ortaya konması, hızla gelişen ekonominin denetimi içinyeni idare anlayışlarının uygulanması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu sebeplerle çoğu devlet, ekonomide düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmiştir. Regülasyon yoluyla devletler büyük boyutlu ekonomik ve sosyal değerlerin korunmasına yönelik önemli kazançlar sağlamışlardır. Günümüzde, ülke idaresinde etkinliğin sağlanması, büyük ölçüde düzenleyici kurum ve kuralların kalitelerine bağlı hâle gelmiştir.⁹⁷

B. Regülasyon Kurumları

Regülasyon kurumlarının, devlet tarafından özelleştirilmeleri neticesinde serbest piyasa içinde özel kesim tarafından sunulmaya başlanan mal ve hizmetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesi ihtiyacından doğmuş olduğu ifade edilmiştir.⁹⁸ Daha önce de belirtildiği gibi, devletin kamu hizmetleri alanından büyük ölçüde çekilerek bireyleri özel kesimin egemen olduğu piyasa ekonomisinin eline bırakması, özellikle ekonomik açıdan gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerde çeşitli sorunlara sebep olabileceğinden, etkin denetim ve müdahale mekanizmalarının geliştirilmesi önem kazanmaktadır. İşte bu noktada regülasyon kurumları karşımıza çıkmaktadır. Regülasyon kurumlarına, bağımsız idarî kurumlar, bağımsız idarî otoriteler, düzenleyici kurumlar ve düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları gibi isimlerin de verildiği bilinmektedir. Regülasyon kurumları olarak adlandırılan kurum ve kurulların İlk olarak anglo-sakson ülkeleri ve bu ülkelerden birisi olan Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan regülasyon kurumlarının⁹⁹ temel ortaya çıkış sebeplerinin başında yasamanın yürütmeye olan güvensizliği olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁰ Belli bir hizmet alanı ile sınırlı olarak düzenleme yapan, denetleme ve yaptırım uygulama gibi yetkilerle donatılan; bir anlamda belli bir hizmet alanı ile sınırlı olarak kural koyma, koyduğu kuralları uygulama ve kurallara uyulmasını sağlama yetkilerine sahip kılınan bu kurumların üyelerinin ilgili kesimlerce seçilmesi ve yasama organı tarafından

⁹⁶ SARISOY, *agm*, s.279.

⁹⁷ ARDIYOK, *age*, s.4-5.

⁹⁸ SARISOY, *agm*, s.287.

⁹⁹ Regülasyonun Amerika Birleşik Devletleri'ne gelmeden önceki izleri konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. ŞAHİN, Cenk. **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, 12 Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2010. s.185vd.

¹⁰⁰ GÜNDAY, *age*, s.568.

atanması öngörülmüştür.¹⁰¹ Bazı duyarlı kamusal alanların teknolojinin gelişmesi sebebiyle idarî açıdan düzenlenmesi güçlüğüünün ve denetim sorunlarının, düzenlenecek olanlar itibarıyla ayrı ve uzmanlaşmış regülasyon kurumlarının ortaya çıkmasındaki temel etkenlerden bazılarını oluşturduğu belirtilmektedir.¹⁰²

Regülasyon kurumlarının ortaya çıkmasında etkili olan sebepler arasında şunlar da belirtilmiştir:¹⁰³ “Ekonomik alandaki karmaşık ve teknik sorunların çözümü uzmanlık gerektirdiğinden, klâsik bakanlık yapısı buna uygun değildir. Uzmanlaşmanın sürekliliği ve kurumsal kimliğin gelişmesini gerektirdiği kabul edilmektedir. Devletin piyasada hem hakem hem de oyuncu olması durumunda, alınacak kamusal kararların haklılığına ve tarafsızlığına gölge düşmemesi için, bu kararların özerk ve tarafsız kurumlarca alınmasında fayda vardır. Siyâsal etkilerden arındırılmış kurumların uzun dönemli siyâset oluşturup izlemeyi olanaklı kıldığı; siyâsî iktidarların siyâsal sebeplerle alamayacakları veya almayı erteleyebilecekleri kararların alınmasını kolaylaştıracağı kabul edilmektedir. Kararların sık ve öngörülmeven biçimlerde değiştiği ortamların, getirim kollama faaliyetini rekabet ve etkinlik endişelerinin önüne geçirme tehlikesini de beraberinde getirdiği ifade edilmektedir.”¹⁰⁴

128

Regülasyon kurumlarının temel bir takım özellikleri olduğu görülmektedir. Bu özelliklerden öne çıkanlar; bu kurumların yasama ve yürütme karşısında özerk olmalarıdır.¹⁰⁵ Bunun dışında görevli oldukları alanla ilgili faaliyetleri regüle etme (düzenleme), denetleme ve buna bağlı olarak yaptırım uygulama gibi yetkilere sahip olmaları da bir diğer özellikleri arasında yer almaktadır.¹⁰⁶

Regülasyon ya da düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları olarak adlandırılan idarelerin bağımsız idarî otorite olarak nitelendirilmesi kanımızca yanlıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin üniter yapısı, Anayasa'nın 123. maddesi, bu idarelerin yürütme organı karşısında bağımsız olmalarını engeller. Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasına göre; “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür...”. İdarenin

¹⁰¹ Aynı, s.569.

¹⁰² Aynı, s.569.

¹⁰³ TAN, Turgut. “**Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdarî Otoriteler**”, 137.Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayınları, Yayın No:72, Ankara, 2005. s.12.

¹⁰⁴ ATİYAS, İzak. “**Bağımsız Düzenleyici Kurulların Ekonomik Gereçkeleri**”, II. Bağımsız Kurullar ve Piyasa Ekonomisi Arenası, Ankara, 17-18 Aralık 2002. s.8.; DURAN, Lûtfi. “**Türkiye’de Bağımsız İdarî Otoriteler**”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:30, Sayı:1, Ankara, Mart 1997. s.10. Makaleye ulaşmak için bakınız. <http://yayin.todaie.gov.tr/yazar.php?Yazar=109>, E.T.14.05.2013. ; TAN, “**Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdarî Otoriteler**”, s.12.

¹⁰⁵ “İngiltere’de regülasyon idareleri, hükümetlerden tamamen bağımsız olarak örgütlenmişlerdir.” YAŞAR, *age*, s.26.

¹⁰⁶ GÜNDAY, *age*, s.569-570.

bütünlüğünü sağlamak için bütün idarelerin idarî vesayet yoluyla merkezden yönetimin idarî denetimine bağlı olmaları gerekmektedir.¹⁰⁷ Bağımsız olarak nitelendirilemeyecek olan regülasyon kurumlarının özerkliğinin kapsamı ve sınırları ise, kanunlarla düzenlenen üzerlerindeki idarî vesayet denetiminin kapsamı ve sınırları ile ters orantılıdır. Regülasyon kurumlarının özerkliği, hem organları hem de işlevleri üzerinde siyasi iktidarın ve diğer idarî mercilerin tipik idarî denetim yetkilerinin söz konusu olmaması, idarî organların regülasyon kurumlarına emir ve talimat verememesi demektir.¹⁰⁸ Ancak bu özerklik, hiçbir organın denetimine hiçbir şekilde tâbi olmamak değil, ‘idarî özerkliğin’ yeni ve özel bir şeklidir. Regülasyon kurumlarının karar organlarının bazı statü güvenceleriyle donatılmış olması, örneğin karar organlarında bulunan kişilerin görev süreleri dolmadan görevlerinden alınamamaları, yürütme organına dâhil birimlerin bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde, işlemi onaya tâbi tutma, işlemin yürürlüğünü engelleme ya da geciktirme gibi doğrudan yetkilere sahip olmaması, hiçbir idarî organın bu kurumların işlemlerinin değiştirilmesi ve yürürlüğe sokulmaması yönünde emir ve talimat verememesi, regülasyon kurumlarının özerkliğini nitelendiren özellikler olarak belirtilmektedir.¹⁰⁹ Ancak regülasyon kurumlarının özerkliği, hiçbir denetime tâbi olmayacakları anlamında değerlendirilemez. Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenmiş bir ilke olan idarenin bütünlüğü ilkesi ve yine Anayasa’nın 125. maddesinde düzenlenmiş bulunan “idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü gereği, regülasyon kurumlarının yasama, yargı ve kanunlarla kapsamı ve sınırları belirlendiği şekilde yürütmenin idarî vesayet denetimine tâbi oldukları açıktır.¹¹⁰

Regülasyon kurumlarının kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen kanunlar, bu kuruluşlara görev alanlarına ilişkin geniş düzenleme yetkisi vermişlerdir. Bu sebeple regülasyon kurumları, görev alanlarında düzenleyici işlemlerle kurullar koyarlar. Kanunlar ve kendi düzenleyici işlemleriyle konulmuş olan kurallara uyulmasını gözetirler. Bu amaçla, gerekli gördükleri bilgi ve belgeleri ilgililerinden

¹⁰⁷ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, *age*, s.489.

¹⁰⁸ ULUSOY, *age*, s.15.

¹⁰⁹ Aynı, s.15-17.

¹¹⁰ “Regülasyon kurumlarının kararları yargı organları tarafından iptal edilebildiği gibi bu kurumlarda çalışan kişilerin görevlerinden dolayı işledikleri görevi kötüye kullanma gibi suçlardan dolayı 4483 sayılı Kanuna göre yargılanabildikleri ve ayrıca harcamalarının da idarenin denetim organları tarafından denetlenebildiği sabittir. Buna ilaveten, regülasyon kurumlarının karar organlarının üyelerinin seçimi, maaş ve diğer malî haklarının belirlenmesi siyasi iktidarın yetkisindedir. Ayrıca, regülasyon kurumları Anayasa’da düzenlenmiş olmadığından yasama organının statü, yetki ve görevlerini değiştirme ve düzenleme yetkisi her zaman vardır.” Ayrıntılı bilgi için Bkz. ULUSOY, *age*, s.18.

talep etmek ve yerinde incelemelerde bulunmak yetkileri de söz konusudur.¹¹¹ Bunların dışında regülasyon kurumlarının görev alanları ile ilgili konularda, ilgili bakanlıklara ve diğer kuruluşlara görüş bildirmek şeklinde bir danışma işlevleri de vardır. Ayrıca görevli oldukları alanlarda idarî ve parasal yaptırımlar uygulama konusunda yetkilere de sahiptirler. Bu yetkiler şüphesiz faaliyette buldukları alanda sahip oldukları düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Nihayet regülasyon kurumları görev alanlarındaki bazı uyuşmazlıkların çözümünde de yetkilidirler. Faaliyette buldukları alanın teknik ve uzmanlık gerektiren niteliği ve yargı yolu ile çözümün çok uzun zaman alması gibi sebepler, bu kurumlara uyuşmazlık çözme gibi yetkilerin de verilmesini gerekli kıldığı belirtilmiştir.¹¹² Bunun bir sonucu olarak uyuşmazlıkların yargısal olmayan yollardan çözümünde regülasyon kurumlarının uyuşmazlık çözme işlevleri de örnek olarak gösterilmeye başlanmıştır.¹¹³

Anayasa'nın 167. maddesinin 1. fıkrası'na göre; "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler." Regülasyon kurumları Anayasa'nın bu hükmü ile devlete verilen görevlerin yerine getirilebilmesi için kurulmuşlardır. Devleti küçültmek, özellikle de iktisadî alanlarda yürütülen kamu hizmetlerini özelleştirmek, bunun yanında özel kesime bırakılan kamu hizmetlerini de bütünüyle serbest piyasa dinamiklerine ve koşullarına da bırakmamak ve özel kesime bırakılan kamu hizmetlerini regüle etmek suretiyle devletin gerektiğinde müdahale edebilmesini, regülasyon yapabilmelerini sağlayacak teşkilatları oluşturma anlayışı regülasyon kurumlarının oluşturulmasında etkili olmuştur.¹¹⁴ Türkiye'de yasama organı Anayasa'dan aldığı takdir yetkisini kullanarak devlet tüzel kişiliği ve merkezî idare içerisinde değil, bundan ayrı kamu tüzel kişileri şeklinde, idarî ve malî özerkliklerini de geniş tutmak suretiyle kanunlarla regülasyon kurumlarını oluşturmuştur.¹¹⁵

¹¹¹ TAN, "Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdarî Otoriteler", s.27-28.

¹¹² Aynı, s.29, 32.

¹¹³ Aynı, s.32. ;"İngiltere'de regülasyon kurumlarının başlıca görevleri; tüketiciyi tekel koşullarının olumsuz etkisinden korumak için iki önemli nokta üzerinde toplanmaktadır. Bunlardan birincisi, fiyat, ikincisi ise, ürün kalitesidir. Regülasyon idaresi ayrıca, rekabetin sağlanması, bazı durumlarda sosyal ve ulusal amaçlara hitap eden düzenlemeler yapma yetkisine de sahiptir." Bkz. YAŞAR, *agm*, s.27.

¹¹⁴ GÜNDAY, *age*, s.571.

¹¹⁵ Türkiye'deki regülasyon kurum ve kurulları şunlardır: 1- 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu- *Sermaye Piyasası Kurulu*, 2- 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun- *Radyo ve Televizyon Üst Kurulu*, 3- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun- *Rekabet Kurumu*, 4- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu- *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu*, 5- 5809

C. Regülasyon ve Özelleştirme İlişkisi

Regülasyon kurumlarının ortaya çıkması ve gelişmesi ile geniş anlamda özelleştirme uygulamalarının başlaması arasında bir paralellik olduğu görülmektedir. Şöyle ki; devletçi ekonomik teşebbüslerin yerini düzenlenmiş piyasa ekonomisi almaya başlamış, özelleştirme uygulamaları olarak nitelendirilen devlet düzenlemelerinin azaltılmasıyla birlikte, devletin özel kesime bıraktığı alanlar regülasyon kurumlarının düzenleme ve denetleme faaliyetleriyle doldurulmaya başlanmıştır.¹¹⁶

Pek çok ülke gibi Türkiye’de de özelleştirme uygulamalarına konu olan özellikle kamu iktisadî teşebbüsleri kanunlarla kurulan kamu kurumları olarak faaliyetlerini yürütmektedirler.¹¹⁷ Dolayısıyla merkezî idare, kamu iktisadî teşebbüslerinin idare kurullarına üyeler atamak, izlenecek siyâsete yönelik yönergeler yayınlamak, teşebbüslerin plânlarını onaylamak, mal ve hizmet fiyatlarını belirlemek yetkilerine sahiptir.¹¹⁸

Serbest piyasa ekonomisinin hüküm sürdüğü ülkelerde serbest piyasa koşullarına göre mal ve hizmet üreten kamu iktisadî teşebbüslerine idare tarafından siyâsal amaçlarla sık sık müdahalelerde bulunulması ticarî hedeflerde sapmalara sebep olmakta, ayrıca üretilen ve tüketiciye sunulan mal ve hizmetlerin kalitesinde de azalmalara yol açmaktadır. Ekonomiye siyâsal amaçlarla yapılan devlet müdahaleleri, mal ve hizmet üretimindeki etkinliği ve verimliliği artırma yönünde olmadığı için, hizmetlerin kalitesini artırmaya yönelik bir motivasyon da oluşmamaktadır. Ekonomiye devlet müdahalesi neticesinde istenen amaçlara ulaşamaması sonucu 1989 yılında demirperde bloğunun çökmesinin gerisindeki temel sebep olan, kamunun üretim faaliyetlerindeki ağırlıklı konumu, büyük eleştirilere maruz kalmaya başlamıştır.¹¹⁹ Ancak, üretimde mülkiyetin kamudan özel kesime geçiş süreci, piyasa aksaklığının söz konusu olduğu kesimlerde

sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu- *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu*, 6- 4634 sayılı Şeker Kanunu- *Şeker Kurumu*, 7- 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu (Elektrik Piyasası Kanunu’nda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun), 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu- *Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, 8- 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun- *Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu*, 9- 4734 sayılı Kamu İhâle Kanunu- *Kamu İhâle Kurumu*. <http://www.mevzuat.gov.tr/Kanunlar.aspx>, E.T.08.06.2013.

¹¹⁶ SARISOY, *agm*, s.287.

¹¹⁷ Regülasyon ve özelleştirme uygulamalarında ülke örnekleri konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. ÇAKAL, Recep. **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayın No:2455, Ankara, 1996. s.47-84.

¹¹⁸ ARDIYOK, *age*, s.40.

¹¹⁹ Aynı, s.40-41.

düzenleme işlevinin de yeniden yapılandırılmasını gerektirmiştir.¹²⁰ Devletin bürokratik yapısı içinde üretim ile birlikte dağınık bir şekilde bulunan düzenleyici kurul ve kurumların ayrı olarak ele alınmaları ve özerkliğe kavuşturulmaları önem kazanmıştır.¹²¹ Bu sebeple düzenleyici kurul ve kurumların tam olarak anlaşılabilmesi için özelleştirmenin, öncelikle iyi tahlil edilmesi gerekmektedir. Günümüz anlamıyla düzenleyici kurul ve kurum yapılanmasına geçişin bir önemli koşulunun özelleştirmenin büyük oranda gerçekleştirilmesi olduğu görülmektedir. Çünkü regülasyon, kamu tekellerinden rekabetçi pazarlara geçişin, önemli sosyal değerler korunarak başarıyla gerçekleştirilmesinde kullanılacak en etkin mekanizmadır.¹²² Nitekim OECD ekonomilerinde, birçok önemli kesimin devlet mülkiyetinde olmayan bölümleri, doğal tekel ya da sosyal ve stratejik öneme sahip olmaları sebebiyle, asgarî düzeyde ağır regülasyon kurallarına tâbidirler.¹²³

Serbest piyasaya özel kesimin katılımının ekonomik verimliliği artırması beklenmekle birlikte, rekabetin teknolojik ve diğer sebeplerle tamolarak gerçekleşmeyeceği durumlarda, kontrolü oldukça zor olan kâr güdüsünün toplam ekonomik refahı azaltıcı, daha iktisadî bir tanımla, üretici getirimini gereğinden fazla artırıcı sonuçlar doğurması büyük bir olasılıktır. Bu sebeplerle özel kesim katılımının çoğaldığı fakat tam rekabete henüz ulaşamadığı durumlarda, daha önce de değinilen piyasa aksaklıklarını giderici kamusal müdahalelerde bulunulması önem kazanmaktadır. Bu müdahaleleri yapacak olan da düzenleyici kurul ve kurumlar olarak sınıflandırılan kamu kurumları (regülasyon kurumları) olmaktadır.¹²⁴ Bu çerçevede regülasyon kurumlarının amaçlarını şöylece sıralamak mümkündür: “Düzenlenen kesimde sunulan mal ve hizmetlerin tüketiciler arasında dağılımında etkinliği sağlamak ve hâkim durumlarının dağılımında etkinliği zedelemesini önlemek, mal ve hizmetleri

¹²⁰ Ekonomide etkinlik ve piyasa başarısızlıklarının düzenleyici devletin gerekçesini oluşturduğu belirtilmiştir. Bkz. SARISOY, *agm*, s.280.

¹²¹ Üniter devlet yapısına sahip olan Türkiye’de regülasyon kurumlarının özerkliğini Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Regülasyon kurumları üzerinde merkezî idarenin idarî vesayet yetkisinin kapsamının kanunlarla çok sınırlı şekilde düzenlenmesi (organlarına üye atama gibi), bu kurumları diğer kamu kurumlarından ayıran belki de en belirgin özelliğidir. Ancak bu özellik regülasyon kurumlarının hiçbir denetime tâbi olmadığını da göstermez. Öncelikle bu kurumların hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlemlerinin menfaati ihlâl edilenler ya da bu kurumların ilişkili oldukları bakanlıklar ve organlar tarafından dava yoluyla iptal ettirilebilmesi mümkündür. Ayrıca regülasyon kurumları Devlet Denetleme Kurulu’nun denetimine tâbi olduğu gibi, malî açıdan da Sayıştay denetimine tâbidirler. Nihayet 5018 sayılı Kanun’da bu kurumların bütçeleri, merkezî idare bütçesinin bir türü olarak belirtilmek suretiyle de malî özerkliklerinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Bkz. GÜNDAY, *age*, s.576.

¹²² ARDIYOK, *age*, s.40-41.

¹²³ Aynı, s.41.

¹²⁴ Aynı, s.41.

üreten teşebbüslerin, üretimlerini en düşük malîyette yapmalarını sağlamak, mal veya hizmetlerin belki de malîyetini bile karşılayamayacak durumda olan bölgelere veya toplumsal kesimlere ulaşmasını sağlamak, mal ve hizmet üreten teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanarak getirim yaratmalarını önleyerek, tüketicilerin ödediği fiyatların makûl olmasını sağlamak, yatırımcıların rekabetçi bir kâr elde edebilmelerini öngörmek ve yatırımcıların teknolojik gelişmeleri yakından takip edebilecek şekilde yatırım yapmalarını sağlamak.”¹²⁵

Chicago ekolüne göre ise; ticarî faaliyette bulunan kamu kurumları ile iktisadî teşebbüslere, birbirleriyle çelişen birçok görev verilmekte ve sonucunda bunların verimli çalışma olanağı kalmamaktadır.¹²⁶ Bundan başka, geçmişte devlet müdahalesini gerekli kılan piyasa aksaklığının malîyetinin, bu aksaklığı düzeltmek için devreye sokulacak regülasyonların malîyetlerinden fazla olması gerekir. Bu sebeple, özelleştirme ile beraber acilen verilmesi gereken karar o kesimin regüle edilip edilmeyeceğine ilişkin olacaktır. Çünkü özelleştirme öncesi yapılacaklar regülasyon ile ileride yaşanabilecek sorunlara engel olunabilecek ve daha etkin çıktılar elde edilmesi sağlanabilecektir.¹²⁷ Bu amaçla özellikle özelleştirme sonrası mümkün olduğunca rekabetin sağlanabilmesi için özelleştirilecek teşebbüsün parçalara ayrılması gerekiyorsa, bölünmenin özelleştirme öncesi yapılması çok yerinde olacak ve teşebbüsün doğal tekelleşimindeki bölümleri rekabetçi bölümlerinden ayrılarak daha uygun regülasyonun yapılmasının önü açılacaktır. Bu anlamda kurumsal yeniden yapılanma olarak nitelendirilen kamu teşebbüslerinin küçük parçalara ayrılarak satılması, kesimin o bölümlerine başka teşebbüslerin girişini de kolaylaştıracaktır.¹²⁸ Ancak özelleştirmenin, ilgili kesimlerin liberalizasyonu olarak değil, gelir yaratacak bir mekanizma olarak görüldüğü ülkelerde bölme işlemine girişmek, siyâsal baskılar sebebiyle oldukça zor olabilir. Bu gibi durumlarda, varsa ilgili kesimi düzenleyen düzenleyici ve denetleyici kurul ve kurumların veya rekabet kurumunun gerekli direnci göstermesi gerekir.¹²⁹

¹²⁵ ASLAN/KATIRCIOĞLU/ALTINAY/ARDIYOK/ILICAK/GÜLTEKİN/ÖNAL/AKÇAOĞLU, *age*, s.257-258.

¹²⁶ Aynı, s.41. ;Mülkiyet haklarının yeniden devri olarak özelleştirmeyi ön plâna çıkaran Chicago ekolünün düşünsel yaklaşımları konusunda ayrıca bakınız. YAVİLIOĞLU/DELİCE/ÖZSOY, *age*, s.24-30.

¹²⁷ ARDIYOK, *age*, s.41-42.

¹²⁸ Aynı, s.42-43.

¹²⁹ “Çünkü özelleştirme öncesi bölünmesi gerektiği hâlde bölünmeyen teşebbüslerle ilgili en büyük sıkıntıyı ileride yine bu kurumlar çekeceklerdir.” Bkz. ARDIYOK, *age*, s.43.

SONUÇ

Günümüzde kamu hizmeti anlayışının değişmesinin bir sonucu olarak devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin niteliği ve niceliği de değişmiştir. Bütün bu değişimler egemenlik anlayışının farklılaşmasının bir göstergesi ve uzantısıdır. Devlet artık tüm kamu hizmetlerini üstlenen bir yapılanma değildir. Devlet, özel kesimin yapmak istemeyeceği ve aynı zamanda kamunun da ihtiyacı olan hizmetleri üretecektir. Bunun dışında kalan her şeyi özelleştirme uygulamalarıyla özel kesime bırakacaktır. Bu durum egemenliğin devri demek değildir. Günümüzdeki egemenlik anlayışı devletin, sadece özel kesimin yapmak istemeyeceği veya işin niteliği icabı yapamayacağı alanlarda bizzat hizmet sunmasını ifade eder. Ayrıca klâsik kamu hizmeti anlayışından farklı olarak günümüzdeki kamu hizmetlerinin çeşitlenmesi ve farklılaşması da devletin modern anlamda egemenlik anlayışına uygun olarak sadece özel kesimin yapmak istemediği ve kamunun ihtiyacı olan hizmetleri üretmesi ile kamu hizmeti anlayışının sınırlı olmasını yeterli kılmaktadır. Ancak devlet özelleştirme uygulamalarıyla özel kesime bıraktığı alanlara yeri geldiğinde ve sınırlı olarak müdahale edebilecektir. Bu müdahaleyi regülasyon kurumları olarak adlandırılan ve diğer kamu kurumlarından farklı özelliklere sahip olan, doğrudan hizmet sunmayan ancak hizmet sunulan alanları düzenleyici ve denetleyici faaliyetlerde bulunan kamu kurumları ile yapacaktır.

Ayrıca devletin aslı görevlerinden birisi ve egemenliğinin göstergesi olan durum vergilendirme yapmasıdır. Kamu hizmetlerini kendisi gerçekleştirdiği zaman vergi toplayacağı durumlarda azalacaktır. Hâlbuki özel kesime kamu hizmetleri terk edilince daha çok vergi alacak ve egemenliği de zedelenmemiş olacaktır. Daha önce de ifade edildiği gibi, devlet burada hizmetlerin gereği gibi yapıp yapılmadığını regülasyon kurumları vasıtasıyla denetleyecektir. Bu durumda da yine egemenlik hakkını kullanmış olacaktır.

Türkiye’de kamu hizmeti anlayışındaki değişimler aslında Avrupa ve Dünyadaki gelişmelerle paralellik göstermektedir. İngiltere’de devlet organlarında şeffaflığı amaçlayan düzenlemeler ve özelleştirme uygulamalarının yapılması ile devletin faaliyetleri daralmış, bireylerin ekonomideki yerleri kuvvetlenmiş ve ekonomiyeye katkıları artmıştır. Bu düzenlemeler ve özelleştirme uygulamalarının sonucu olarak, birey ve devlet arasındaki ilişkileri ve kamu hizmetlerinin sorumlularını tamamen değiştiren yeni bir kamu hizmeti anlayışı ortaya çıkmıştır. Kamu hizmeti, özel ve sınırlı hâle getirilen ve müşteri kapsamına sokulan birey tarafından tüketilen bir hizmet olarak değerlendirilmektedir. Kamu hizmetlerini sunanlar ile birey arasındaki ilişki kısmen özel şirketlerde sözleşme ile belirlenen ilişkilere benzetilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemeler ve özelleştirme uygulamaları sayesinde

devletin sunacağı hizmetler daralmıştır ve devlet artık bizzat sunacağı hizmetleri daha etkili, verimli ve ekonomik şekilde gerçekleştirebilecektir. Kamu hizmeti anlayışındaki değişimlere paralel olarak düzenlemeler yapan tek ülke İngiltere değildir. İngiltere’den önce Yeni Zelanda ve İsveç, kamu hizmetlerinin sunumunu kamu bürokrasisinden özel kesime devreden düzenlemeler yapmışlardır. Genel olarak kamu hizmetlerinin sunulmasının özel kesime devredilmesini içeren bu dönüşümde devletin düzenleme ve denetim işlevinin önem kazandığı gerçeğinin unutulmaması gerekir. Devletin kamu hizmetleri alanından büyük ölçüde çekilerek bireyleri özel kesimin egemen olduğu piyasa ekonomisinin eline bırakması, özellikle ekonomik açıdan gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerde çeşitli sorunlara sebep olabileceğinden, etkin denetim ve müdahale mekanizmalarının (regülasyon kurumlarının) geliştirilmesi önem kazanmaktadır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet. Genel Kamu Hukuku, 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.

Akalın, Güneri. KİT’ler ve Özelleştirilmeleri, Akçağ Basım Yayım, Ankara, 1998.

Ardıyok, Şahin. Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Tez No:9, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2002. Çalışmanın tamamı internetten ulaşılabilir. Çalışmaya erişim için bakınız. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Akademik+%C3%87al%C4%B1%C5%9Fmalar/tez92.pdf>, E.T.29.05.2013.

Aslan, İ. Yılmaz/Katırcıoğlu, Erol/Altınay, Galip/Ardıyok, Şahin/İlıcak, Ali/Gültekin, Banu/Önal, Emre/Akçaoğlu, Can. Enerji Hukuku, Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Cilt: I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2007.

Atıyas, İzak. “Bağımsız Düzenleyici Kurulların Ekonomik Gerekçeleri”, II. Bağımsız Kurullar ve Piyasa Ekonomisi Arenası, Ankara, 17-18 Aralık 2002.

Atıyas, İzak. “Rekabet Politikasının İktisadî Temelleri Üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi, Cilt: I, Sayı:1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000. Makalenin tamamına ulaşmak için bakınız. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Rekabet+Dergisi/dergi1.pdf>, E.T.03.05.2013.

Atıyas, İzak/Oder, Burak. Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, TEPAV Yayını, İstanbul, 2008.

Avcı, Mustafa. “Klâsik Egemenlik Kuramı ile Günümüzdeki Kamu Hizmeti Anlayışının Çatışması”, Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı:8, Eskişehir, 2005.

Azrak, Ali Ülkü. İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1972.

Balta, Tahsin Bekir. İdare Hukuku I, A.Ü.S.B.F. Yayını, Ankara, 1970/72.

Balta, Tahsin Bekir. İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, No:117, Ankara, 1968/70.

Baytan, İlhan. Özelleştirme, TRT Genel Sekreterlik Basım ve Yayın Müdürlüğü Ofset Tesisleri, Ankara, 1999.

Bilgen, Pertev. “Kamu Hizmeti Hakkında”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Yıl:1, Sayı:1, İstanbul, 1980.

Çakal, Recep. Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayın No:2455, Ankara, 1996.

Çal, Sedat. “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:51, Sayı:2, Ankara, 2002.

Çetinkaya, Özhan. Türkiye’de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme, Ekin Kitabevi, Bursa, 2001.

Çevik, Hasan Hüseyin “Kamu Hizmetlerinin Üretilmesinde ve Sunulmasında Sosyal Refah Çoğulculuğu”, Türk İdare Dergisi, Yıl:70, Sayı:418, İçişleri Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1988.

Çirakman, Birsen. Kamu Hizmeti, Amme İdaresi Dergisi, C:9, S:4, Ankara, 1976.

Denhardt, V. Janet/Denhardt, B. Robert. New Public Service, Printed in the United States of America, Expanded Edition, 2007 by M.E. Sharpe Inc.

Duran, Lûtfi. “Türkiye’de Bağımsız İdarî Otoriteler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:30, Sayı:1, Ankara, Mart 1997. Makaleye ulaşmak için bakınız. <http://yayin.todaie.gov.tr/yazar.php?Yazar=109>, E.T.14.05.2013.

Duran, Lutfi. İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.

Emir, Mustafa/Toksoy, Devlet. “Özelleştirmenin Amaçları ve Türkiye’deki Uygulama Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme”, Makale için bakınız. <http://arsiv.mmo.org.tr/pdf/10150.pdf>, E.T.03.06.2013.

Eroğlu, Hamza. İdare Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 1984.

Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman. İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2011.

Gözler, Kemal. İdare Hukuku, Cilt: II, 2.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

Gülen, Aydın. “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y:9, S:1-3, İstanbul, 1988.

Günday, Metin. İdare Hukuku, 10.Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011.

[http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankası](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası), E.T.08.04.2013.

<http://www.mevzuat.gov.tr/Kanunlar.aspx>, E.T.08.06.2013.

<http://www.resmigazete.gov.tr/arşiv-fihrist-düstur>, E.T.22.05.2013.

Karahanoğulları, Onur. Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Kavruk, Hikmet. “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Yapısı ve Kamu Hizmeti Anlayışına Yön Veren Çağdaş Gelişmeler”, Türk İdare Dergisi, Y:65, S:399, Ankara, 1993.

Leyland, Peter/Woods, Terry. Administrative Law Facing the Future: Old Constraints&New Horizons, First published in Great Britain, 1997 by Blackstone Press Limited.

Onar, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumî Esasları, C:I, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.

Onar, Sıddık Sami. “Amme Hizmetleri ve Zamanımızdaki İnkişafı”, 5.Üniversite Haftası, Van, 1944.

Orkunoglu, Işıl Fulya. “Özelleştirme ve Alternatifleri”, Akademik Bakış Dergisi, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, Sayı:22, Kırgızistan, Ekim-Kasım-Aralık, 2010. Makale için bakınız. <http://www.akademikbakis.org/arsiv.htm>, E.T:13.05.2013.

Osten, Necmi. İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1968.

Öktem, Enver. Özelleştirmenin Kara Kitabı, Genel-İş Matbaası, Ankara, 2005.

Örücü, Esin. “Sosyal Kamu Hizmeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXXVI, Sayı:1-4, Ord.Prof.Dr.M.Reşit Belgesay Hatıra Sayısı, İstanbul, 1971.

Özay, İl Han. Günışığında Yönetim, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002.

Polatoğlu, Aykut. “Özelleştirme Tartışmaları”, 1.Baskı, Bağlam Yayınevi, İstanbul, 1994.

Ruhi, M. Emin. 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2003.

Sarısoy, Sinan. “Düzenleyici Devlet ve Regülasyon Uygulamalarının Etkinliği Üzerine Tartışmalar”, Maliye Dergisi, Sayı:159, Ankara, Temmuz-Aralık 2010. Makale için bakınız. http://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/maliyederigisi.asp?dergi_no=159, E.T.28.05.2013.

Sarısu, Ayhan. “Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme: Genel Bir Değerlendirme”, **Asomedyâ Dergisinin Kasım 2003 sayısında, s.38-57’de yayımlanmıştır.** Bkz.<http://ayhansarisu.wordpress.com/2012/10/22/dunyada-ve-turkiyede-ozellestirme-genel-bir-degerlendirme/>, **E.T.04.06.2013.**

Serim, Bülent. Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme, İzgi Yayınları, Ankara, 1996.

Şahin, Cenk.Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları, 12 Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2010.

Tan, Turgut. “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdarî Otoriteler”, 137.Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayınları, Yayın No:72, Ankara, 2005.

Tan, Turgut. Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Tatar, Fahreddin. “Özelleştirme ve Sağlık Hizmetleri: Teori ve Uygulama”, Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 30/2, TODAİE Yayınları, Ankara, 1997.

Tönük, Vecihi. “Amme Hizmetinde Amme Hukuku ve Hususî Hukukun Yeri”, Türk İdare Dergisi, Y:15, S:171, Ankara, 1979.

Ulusoy, Ali. “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No:31/2, Ankara, 1998.

Ulusoy, Ali. Bağımsız İdarî Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Yasin, Melikşah. Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukukî Rejimi, 2.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Yaşar, Nuri. “Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Prof. Dr. Pertev Bilgen’e Armağan, Sayı:1-3, Cilt:13, İstanbul, 2003.

Yaşar, Süleyman. Türkiye’de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Yavilioğlu, Cengiz/Delice, Güven/Özsoy, Onur. Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları, Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını, No:1, Ankara, 2010.

Yayla, Yıldızhan. İdare Hukuku, 1.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Yıldırım, Turan. Türkiye’nin İdarî Teşkilâtı, Alkım Yayınevi, 4.Baskı, İstanbul, 2005.

6284 SAYILI KANUNDA ŞİDDET VE İSTANBUL SÖZLEŞMESİNİN TCK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Violence in the Law Numbered 6284
Anevaluation of the Istanbul Covenant in Terms of TCK*

Doç. Dr. Berrin AKBULUT *

ÖZET

Şiddet insan yaşamının her alanında görülebilen ve dünyanın da önemli bir sorunudur. Şiddetin en fazla görülen şekli ise aile ortamında ve kadına yönelik şiddettir. Kadına yönelik şiddet, Türkiye’de de önemli bir sorundur. Türkiye’de hemen her gün kadına yönelik şiddet haberleri duyulmaktadır. Kadına yönelik şiddet konusunda 2012’de yaklaşık 25 bin kadın mağdur olmuştur. Türkiye bu sorunla mücadele etmek için çeşitli alanlarda çalışmalar yapmaktadır. Bunlardan birisi de hukuki alanda yapılan düzenlemelerdir. Bu alanda iki özel kanun yapılmıştır. Bu kanunlardan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun halen yürürlüktedir. Kanunla tüm şiddet mağdurlarının korunması hedeflenmiştir. Yalnızca şiddete uğrayanlar değil, aynı zamanda şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişiler de korunmaktadır. Ancak, 6284 sayılı Kanunda suçlar bağlamında belirlemelere gidilmemiştir. Bu konuda ceza kanunu hükümleri geçerli olacaktır. Ceza Kanundaki bazı belirlemeler ise, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin içerdiği ve yapılması istenen bazı düzenlemeleri karşılamamaktadır. Bu çalışmada 6284 sayılı Kanunda yer verilen bazı belirlemelerin ceza hukuku çerçevesinde ve Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar kelimeler: Kadın, kadına karşı şiddet, aile içi şiddet, mağdur, İstanbul Sözleşmesi

ABSTRACT

Violence creates a problem in the world which may be observed in all fields of human life. And the most common form of violence is against women and in family environment. Violence against women is an important problem in Turkey as well. News on violence against women is heard in Turkey almost every day. Approximately 25 thousand women were aggrieved in 2012 for violence against women. Turkey is performing studies in various fields in order to struggle against this problem. One of them is the regulations made in the legal field. Two special laws were enacted in this field. Law on Protection of the Family and Preventing Violence against Women numbered 6284 is in force currently. Protection of all persons aggrieved of violence was targeted with this law. Not only persons suffering from violence but also those who are under the risk of suffering from violence are protected. However, no determination was made within the context of crimes in the Law numbered

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı Öğretim Üyesi,
bakbulut@selcuk.edu.tr

6284. The provisions of the Criminal Code shall be valid. And certain determinations in the Criminal Code fail to respond certain regulations contained in and required by the European Council Act on Preventing Domestic Violence and Violence against Women and Struggling against These. In this study evaluation of determinations that take place in the Law numbered 6284 will be made within the framework of Criminal Law and in accordance with the Provisions of Istanbul Covenant.

Key words: Women, violence against women, domestic violence, aggrieved, Istanbul Covenant.



GİRİŞ

Şiddet ve özellikle kadına yönelik şiddet, dünyanın üzerinde çalıştığı ve uluslararası çalışmalara konu olmuş bir sorundur. Kadına yönelik şiddet, Türkiye’de hemen her gün karşılaşılan ciddi bir problem oluşturmakta ve ölümlere yol açan önemli nedenlerden birini teşkil etmektedir. Konunun önemi nedeniyle Türkiye bu sorunla mücadele etmek için hukuk alanında iki özel kanun yapmıştır. Şu an bu kanunlardan 20 Mart 2012 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 6284 sayılı Kanun yürürlükte dir. (yürürlükte olmayan diğer kanunun da belirtilmesi yerinde olur). Bu Kanun, İstanbul’da 11.05.2011 tarihinde imzaya açılan Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümleri göz önüne alınarak hazırlanmıştır.

6284 sayılı Kanun, amacını, şiddet mağdurlarının korunması olarak ifade etmiştir. Kanunda aile içi de dahil şiddete uğrayanların veya uğrama tehlikesi olan kişilerin korunması, şiddetin önlenmesi ve bununla mücadele edilmesine yönelik hükümler getirilmiştir. Ancak suçlar bağlamında belirlemelere gidilmemiştir. Ceza Kanunu hükümleri mevcut haliyle uygulanmaya devam etmektedir. Ceza Kanundaki bazı belirlemeler ise, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin içerdiği düzenlemeleri karşılamamaktadır. Bu çalışmada önce 6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişiler ve şiddet türleri Sözleşme hükümleri de göz önünde bulundurulularak değerlendirilecek, daha sonra ise Türk Ceza Kanunu’nda yer alan hükümlerin Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi karşısındaki durumu ortaya konulacaktır. Bunun yapılması suretiyle Sözleşme yürürlüğe girdiğinde Ceza Kanunumuzda mevcut olması gereken düzenlemelere ışık tutulmaya çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK

Şiddet, insanlık tarihiyle paralel olan bir olgudur. Yaşamın her alanında, her yaş grubunda ve cinsiyete bağlı olmaksızın uygulanmaktadır. Şiddetin en fazla

görülen şekli ise aile ortamında uygulanan, özellikle kadına yönelik olanıdır¹. Kadına yönelik şiddet, gelir ve eğitim düzeyi ne olursa olsun tüm dünyada farklı toplumlarda yaşayan kadınların ortak sorunudur². Kadına yönelik şiddet, Türkiye’de de önemli bir sorundur. Türkiye’de hemen her gün kadına yönelik şiddet haberleri duyulmaktadır. Kadına yönelik şiddet konusunda 2012’de yaklaşık 25 bin kadın mağdur olmuştur. Bunlardan 76’sı öldürülmek suretiyle şiddete maruz kalmıştır. 2013’te ise 28 bin kadın mağdur olmuş, bunlardan 95 kadın hayatını kaybetmiştir³. Son beş yılda ise 802 kadın aile içi şiddet sonucu yaşamını yitirmiştir⁴.

Kadınların aile içinde yaşadığı şiddet önceleri aile içi mahrem bir sorun olarak görülürken günümüzde toplumsal bir sorun olarak kabul edilmekte, kadının insan hakkı ihlali olarak değerlendirilmektedir⁵. Kadına yönelik şiddetle mücadele, bir devlet politikası olarak kabul edilmekte, kadın erkek eşitliğinin sağlanması, kadının insan haklarının teminat altına alınmasının devletin sorumluluğu altında olduğu belirtilmektedir⁶. Nitekim Anayasamızın 10. maddesinde kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, devletin bu eşitliğin hayata geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu ifade edilmektedir. Ayrıca Anayasamızın 41. maddesinde ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı da ifade edilmiştir.

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin⁷ giriş kısmında, “Kadına yönelik şiddetin, erkekler ve kadınlar arasındaki eşitlikçi olmayan güç ilişkilerinin tarihsel bir tezahürü

¹ Kadına yönelik şiddet ve şiddetin tarihi gelişimi hakkında bkz.: Dişsiz, Melike-Hotun Şahin, Nevin, “Evrensel Bir Kadın Sağlığı Sorunu: Kadına Yönelik Şiddet”, http://hemsirelik.maltepe.edu.tr/dergiler/cilt1sayi1agustos2008/cilt1sayi1a2008/50_58.pdf. (E.T. 03.05.2014).

² BM tarafından yapılan bir araştırmada, hayatının herhangi bir döneminde fiziksel şiddete uğrayan kadınların oranı değişik ülkelerde %12’den (Çin gibi) başlayıp % 59’lara kadar (Zambiya) artabilmektedir. Bkz.: Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Ulusal Eylem Planı 2012-2015, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2012, http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.gov.tr/mce/2012/kadina_yonelik_sid_2012_2015.pdf, s. 9 (E.T. 20 Mayıs 2013). Almanya’da her üç evli kadından birinin şiddete maruz kaldığı tahmini yapıldığı ifade edilmektedir: Centel, Nur, “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 2.

³ <http://www.aksam.com.tr/yasam/95-kadin-olduruldu/haber-262413> (E.T. 19 Kasım 2013).

⁴ 2013 yılının ilk dokuz ayında 136 kadının öldürüldüğü ifade edilmektedir: <http://www.ntvmsnbc.com/id/25481763/> (E.T. 20 Şubat 2014).

⁵ 1993’de Viyana’da gerçekleşen Dünya İnsan Hakları Konferansı ile kadının insan hakları kavramı BM insan hakları belgelerine girmiştir: Ulusal Eylem Planı, s. 11.

⁶ 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Genel Gerekçesi.

⁷ Sözleşme 11.05.2011 tarihinde imzaya açılmış, Türkiye sözleşmeyi aynı gün imzalamış ve 24.11.2011 tarihinde onaylamıştır.

olduğu ve bu güç ilişkisinin erkekler tarafından kadınlar üzerinde tahakküm kurulması ve kadınlara yönelik ayrımcılık yapılmasına yol açtığı ve kadınların ilerlemelerinin önünde engel olduğu ifade edilmektedir. Kadına yönelik şiddete bakıştaki değişim, uluslararası alanda, ülkelerde ve ülkemizde kadına yönelik şiddetin önlenmesi için çalışmalar yapılmasına, hukuki alanda düzenlemelere gidilmesine yol açmıştır. Doğrudan bu alandaki uluslararası çalışmalara Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW, 1979) ve Sözleşme'ye Ek İhtiyari Protokol (1999) ile CEDAW Komitesi'nin 19 No'lu Genel Tavsiye Kararı (1992), yine 12 No'lu Tavsiye Kararı (1989), 1995 Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, 2000 Pekin+Sonuç Belgesi, Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Konseyi üye ülkelerine: Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı Rec(2002)5, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Standart ve Mekanizmalarına İlişkin Tavsiye Kararı Rec(2007)17, Çatışmaların Önlenmesi, Çözümü ve Barışın İnşasında Kadın ve Erkeklerin Rollerine İlişkin Tavsiye Kararı Rec(2010), Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁸ zikredilebilir⁹. Türkiye tarafından 1985'de imzalanan ve 1986 da yürürlüğe giren CEDAW'a göre sözleşmeye taraf devletler, kadınlara karşı her tür ayrımcılığı gidermekle yükümlü kılınmışlardır (m.2). Yine 19 No'lu tavsiye kararında, kadınların genel uluslararası hukuk veya insan hakları sözleşmeleri altındaki insan hakları ve temel özgürlüklerini kullanmalarını engelleyen ya da tehlikeye sokan cinsiyete dayalı şiddetin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesi anlamında bir ayrımcılık biçimi olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla da kadın ve erkek arasında yasal ve fiili eşitliğin gerçekleşmesinin kadına yönelik şiddeti önlemede anahtar bir unsur olduğu kabul edilmektedir(İstanbul Sözleşmesi Giriş).

Yukarıda belirtilenlerden de anlaşılacağı gibi, kadına yönelik şiddetin anayasal, sosyal, toplumsal, uluslararası yönleri olduğu gibi, ceza hukuku yönü de söz konusudur. Bu anlamda şiddetin suç kapsamında cezalandırılmasının yanında aile içi şiddetin nitelikli hal kabul edilerek önlenmesinin amaçlanması, suç işleyen kişilerin rehabilite edilmesi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak

⁸ Daha sonraki belirlemelerde bu sözleşme İstanbul Sözleşmesi olarak ifade edilecektir.

⁹ Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin kadına karşı aile içi şiddetin ortadan kaldırılmasına ilişkin 18 Eylül 2012 tarihli görüşünde, bugüne kadar sözleşmeyi 20 ülkenin imzaladığı bunlardan sadece bir ülkenin onayladığı ve imzalayan ülkelerden bazılarının da çekince koyduğu belirtilerek EESC'nin, Avrupa Birliği ve tüm Üye Devletleri'ne İstanbul Sözleşmesini en kısa zamanda imzalama, onaylama ve uygulama çağrısında bulunduğu ifade edilmiştir. Bu görüşte ayrıca sözleşmenin, şiddetin önlenmesini, mağdurların korunmasını ve failerin mahkûm edilmesini amaçlayan, hukuki bağlayıcılığı olan ilk uluslararası belge olduğu ifade edilmektedir.

toplum içinde denetim, takip ve iyileştirilmesinin sağlanması söz konusudur. Ayrıca birçok boyutu olan kadına yönelik şiddetin herkes için uygulanması söz konusu kurullarla çözümünü mümkün olmadığı için özel düzenleme yapma yoluna gidilmesi de söz konusu olmaktadır. Ülkemizde Ceza Kanunlarındaki düzenlemelerin dışında kadına yönelik şiddet konusunda iki özel kanun yapılmıştır. İlki 1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun¹⁰, ikincisi ise bu kanunu yürürlükten kaldıran 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanundur. 6284 sayılı Kanun 20 Mart 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir¹¹. Kanunun başlığı ailenin korunması ve kadına yönelik şiddet olarak belirtilmiştir. Ailenin korunmasına ilişkin ibare 1998 tarihli kanun döneminde eleştirilen bir belirlemedir. Kanunun aslında aileyi değil, aile içi şiddete maruz kalan kişiyi korumayı hedeflediği, bu nedenle de başlık ve içeriğin birbirine uyumlu olmadığı ifade edilmiştir¹². 6284 sayılı Kanunun Cumhurbaşkanınca onaylanmasından sonra da, kanunun başlığıyla ilgili olarak eleştiri yapılmıştır. Bu görüş, şiddetle mücadelenin ailenin korunması çerçevesinde ele alınmasının bireyi ve bireyin haklarını ikincil kıldığını ifade etmektedir¹³. Kadın birey olarak görülmemekte, kadına şiddet değil, ailenin korunması ön plana alınmaktadır¹⁴. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 1. maddesinde, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemenin kanunun amacı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla amaç olarak, ailenin korunması değil, şiddet mağdurlarının korunması hedeflenmiştir. İstanbul Sözleşmesi de ailenin korunmasını değil, aile içi şiddetin önlenmesi

¹⁰ 4320 sayılı Kanunla ilgili olarak bkz.: Erdem, Mehmet, “Aile İçi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, www.kazanci.com.tr (E.T. 05.03.2014); Moroğlu, Nazan, “Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, www.kazanci.com.tr (E.T. 05.03.2014).

¹¹ Sözleşmelerin imzalanması ve bu sözleşmelerin iç hukukta düzenlemeye bağlanmasının yeterli ilerlemeyi sağlayamadığı, zira cinsiyete dayalı ayrımcı bakış açısının yasal düzenlemelerle paralel biçimde değişiklik göstermediği, uygulamada şiddete tepki bilincinin oluşturulması konusunda gereken gelişmenin sağlanmadığı ifade edilmektedir. Kanun koyucunun konuyu kadın odaklı ele almakta çekingen davrandığı da dile getirilmektedir: Centel, Kadını Koruyor mu, s. 1-3.

¹² Badur, Emel, “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, TBBB, 2009, S. 84, s. 65. Amacıyla isminin çelişkiyle ilgili olarak ayrıca bkz.: Centel, Kadını Koruyor mu, s. 4.

¹³ Şener, Ülker, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?”, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1333026809-1.6284_Sayili_Ailenin_Korunmasi_ve_Kadina_Yonelik_Siddetin_Onlenmesine_Dair_Kanun_Ne_Getiriyor.pdf, s. 3 (E.T. 21.01.2014).

¹⁴ Centel, Kadını Koruyor mu, s. 3. Aynı yönde Moroğlu, Nazan, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf, s. 375 (E.T. 22.02.2014).

noktasında belirleme yapmaktadır. Aslında getirilen hükümlere bakıldığında ailenin korunmasına yönelik düzenlemelerin değil, aile içi de dahil şiddete uğrayanların veya uğrama tehlikesi olan kişilerin korunması, şiddetin önlenmesi ve bununla mücadele edilmesine yönelik hükümlerin getirildiği görülmektedir. Getirilen hükümler aile içi şiddet yönünden değerlendirildiğinde, aile içinde şiddetin önlenmesini hedefleyerek aynı zamanda ailenin dağılmamak suretiyle korunmasını da sağlıyorsa da, temel hedefin bu olmadığı ortadadır. Dolayısıyla kanun başlığı ile içeriğin birbirine uyumlu olmadığı eleştirisi hala geçerliliğini sürdürmektedir¹⁵.

Bu çalışmayla 6284 sayılı Kanunda yer verilen bazı düzenlemelerin ceza hukuku çerçevesinde ve İstanbul Sözleşmesi hükümleri¹⁶ doğrultusunda değerlendirilmesi yapılacaktır¹⁷.

II. 6284 SAYILI KANUNUN KAPSAMINDA KORUNAN KİŞİLER

Koruma kapsamına alınan kişiler, amaç başlığı taşıyan 1. maddede belirtilmiştir. Bu maddeye göre Kanun, yalnızca şiddete uğrayanları değil, aynı zamanda şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişileri de korumaktadır. Kanun koyucu zarar doğmadan önce 1. maddede belirtilen kişilerin korunmasını sağlamak istemiştir. Hatta koruyucu tedbir kararının verilmesi için şiddet uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz denilerek, her tür talebin ciddiye alınarak muhtemel zararların önüne geçilmek istenmiştir¹⁸.

6284 sayılı Kanununun 1. maddesinde korunması söz konusu olan kişiler, kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olanlardır. Bu belirlemeye bakıldığında kanun yalnızca aile içinde şiddeti önlemek için

¹⁵ Kanunun amacıyla isminin çeliştiğine ilişkin olarak bkz.: Centel, Kadını Koruyor mu, s. 4.

¹⁶ Sözleşmenin ana hatlarıyla üç boyutu bulunduğu belirtilmektedir: Kadının şiddetten korunmasına ve aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin idari tedbirler, şiddet uygulanması veya yükümlülüklerin uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar ve bunların uygulanma usulü, sonuncusu ise uluslararası boyuta ilişkin hususlar. Bu bağlamda bakıldığında sözleşmenin koruyucu ve önleyici tedbirlere ilişkin tüm taleplerinin 6284 sayılı Kanunda karşılandığı dile getirilmektedir. Tüm bunlar için bkz.: Şahin, Cumhur, "İstanbul Sözleşmesi'nin Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerindeki Etkisi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, C. 8, S. 97-98, s. 18.

¹⁷ 6284 sayılı Kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi düzenlemelerinin esas alınması temel ilkesine uyulması gerektiğinden belirlemeler bu çerçevede yapılacaktır (6284 sayılı Kanun m. 2-a).

¹⁸ 6284 sayılı Kanun, delil veya belge aranmaz şartını gerek mülki amir gerekse hakim tarafından verilen koruyucu tedbir kararlarıyla ilgili olarak ifade etmiştir. Önleyici tedbir kararının ise, geciktirilmeksizin verilmesini, bu Kanunun amacını gerçekleştirilmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemeyeceğini hükme bağlamıştır(m. 8/3).

hükümler getirmemekte, tüm kadınlar ve çocuklar için koruma getirmeyi amaçlamaktadır.

Koruma kapsamında belirtilen ilk kişiler, kadınlar ile çocuklardır. Çocuk veya kadın açısından korumanın sağlanması için aile içinde şiddete uğrayıp uğramaması önemli değildir. Şiddet kimden gelirse gelsin korumadan yararlanacaklardır. Şiddetin aile bireylerinden veya aynı hanede birlikte yaşanan kişilerden veya toplumun bireylerinden ya da kamu görevlilerinden kaynaklanması bir şey değiştirmemektedir¹⁹. Çocuk ve kadın olan herkes, nerede şiddete uğrarlarsa uğrasınlar veya uğrama tehlikesi altında olurlarsa olsunlar korumadan yararlanmaktadırlar. Kanunda kadın tanımlanmamışsa da kadına yönelik şiddet tanımlanmıştır. Dolayısıyla 18 yaşından büyük olan ve cinsiyeti kadın olan kişiler kadın olmalarıyla korumadan yararlanacaktır. Ancak İstanbul Sözleşmesinde kadın ibaresinin 18 yaşından küçük kız çocuklarını da kapsadığı ifade edilmiştir. Sözleşmeye göre cinsiyeti kadın olan kişiler kaç yaşında olurlarsa olsunlar bu kapsamda kabul edileceklerdir. Bunun nedeni, sözleşmenin amacının kadınların ve aile içi şiddet mağdurlarının korunması olarak ifade edilmesidir. Çocukların, kadınlar ve aile şiddet mağdurlarının dışında ayrı bir grup olarak sözleşmenin amacına dahil edilmemesidir²⁰. İstanbul Sözleşmesinin Giriş bölümünde, çocukların, aile içindeki şiddete tanık olmak dahil aile içi şiddet mağduru olduklarının kabul edildiği ifade edilmektedir²¹. Dolayısıyla kadınların 18 yaşından küçük kız çocuklarını da kapsadığı belirtilerek sözleşmenin uygulama alanı genişletilmek istenmiştir. 6284 sayılı Kanun ise çocukları, kadın ve aile içi şiddete uğrayanların dışında korunacak kişiler olarak ayrıca kabul etmiştir. Bu şekilde belirleme yapılırken 18 yaşından küçük kız çocuklarının kadın olarak kabul edilerek koruma kapsamına alınmasına gerek kalmamıştır. 6284 sayılı Kanun çocuk kavramını tanımlamamıştır. Kanunlarımızda 18 yaşını doldurmamış herkes

¹⁹ Uluslararası düzenlemelere bakıldığında kadına karşı şiddetin tezahür alanlarının aile veya ev içi şiddet, toplum içi şiddet ve devlet kaynaklı şiddet olduğu ifade edilmektedir: Öncü, Gülay Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 43.

²⁰ Almanya'daki Şiddette Koruma Yasası da çocuklar hakkında geçerli değildir. Medeni Kanun hükümleri gereğince koruma altına alınmaktadırlar. Bkz.: Aile İçi Şiddette Daha İyi Koruma, Şiddetten Koruma Yasası'na dair Bilgiler, http://www.info.frauenreferat.frankfurt.de/Mehr_Schutz_bei_haeuslicher_Gewalt_TR.pdf (E.T. 02.03.2014).

²¹ Örneğin Almanya'da kadına karşı şiddet konusunda yapılan araştırmanın sonuçları, çocukluk ve gençlik dönemlerinde anne ve babaları arasında şiddet yaşamış veya gözlemiş olan kadınların, yetişkin yaşta kendi ilişkilerinde diğer kişilere oranla iki katından daha fazla eşleri tarafından şiddete maruz kaldıklarını göstermektedir. Çocukluk veya gençlik dönemlerinde velilerinin şiddetine uğrayanların ise yetişkin yaşta diğer kadınlara kıyasla üç kattan fazla eşleri tarafından uygulanan şiddet yaşamışlardır: Aile İçi Şiddette Daha İyi Koruma, s. 4.

çocuk olarak kabul edilmektedir (TCK m. 6; ÇKK m. 3 ise daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişiyi çocuk olarak nitelendirmektedir). Dolayısıyla şiddet mağduru olan çocuk, şiddete uğradığında veya şiddete uğraması tehlikesi altında bulunduğu 18 yaşını tamamlamamak şartıyla çocuk kabul edilecektir. Bu kişi kız çocuğu olsa bile çocuk olarak korumadan yararlandırılacaktır.

6284 sayılı Kanunun amacı içinde yer alan diğer kişiler, aile bireyleri olarak ifade edilmiştir. Aile bireyleri sayılan kişilerin, ne anlama geldiği tanımlar kısmında yer almamaktadır. Kanun açısından aile içinde şiddete uğrayan kişinin çocuk ya da kadın ya da erkek olması da önemli değildir. Tüm aile bireyleri ifade edilmektedir. Bu kapsamda çocuklar ve özellikle kadınlar aile içinde şiddet mağduru olmaktadır. İstanbul Sözleşmesi taraf devletlerden toplumsal cinsiyete²² dayalı şiddet mağduru kadınlara özel önem atfetmelerini istemektedir. Kadınların ve kız çocuklarının cinsiyete dayalı şiddete maruz kalma riskinin erkeklerden daha fazla olduğu kabul edilmektedir (İstanbul Sözleşmesi Giriş bölümü). Aile içindeki şiddetin kimden kime yönelik olduğu da önemli değildir. Çocuklar şiddete uğradıklarında veya uğrama tehlikesi olduğunda mağdur kabul edildiği gibi, aile içinde şiddete tanık olduklarında da mağdur olarak nitelendirileceklerdir. 6284 sayılı Kanun, çocukların şiddete tanık olmalarını açıkça şiddet mağduru olarak ifade etmemişse de, şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri mağdur olarak tanımladığından (m.2/e) bu kişiler de şiddete tanık olmaları durumunda şiddet mağduru kabul edilecektir. Bu belirleme yalnızca aile içinde şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi olan kişileri ifade etmeyip genel belirleme niteliği taşımaktadır. Yani aile dışında şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi olan çocuklar da şiddet mağduru olarak nitelendirilecektir. 6284 sayılı Kanunun genel gerekçesinde şiddete tanık olan çocuklarda ruhsal davranış bozuklukları olduğu, okulda başarısız oldukları, ileriki yaşlarda şiddet uygulama eğilimi olan bireyler oldukları ifade edilerek şiddetten olumsuz etkilendikleri dolayısıyla da şiddet mağduru buldukları vurgulanmıştır. İstanbul Sözleşmesi, çocukların aile içindeki şiddete tanık olmaları da dahil ailede şiddete maruz kalmalarını mağdur olarak nitelendirmektedir (Giriş). Ayrıca daha sonra da ifade edileceği gibi, Sözleşme fillerin çocuk önünde işlenmesinin nitelikli hal olarak öngörülmesini istemektedir. Sözleşme ile 6284 sayılı Kanun karşılaştırıldığında,

²² Toplumsal cinsiyet sözleşmede (m. 3/b), “toplumsal cinsiyet” toplum tarafından kadın ve erkeğe yüklenen ve sosyal olarak kurgulanan roller, davranışlar ve eylemler” şeklinde tanımlanmaktadır.

sözleşme aile içinde şiddete maruz kalan çocukları, aile içi şiddet tanığı çocuğu korurken, 6284 sayılı Kanun çocukların korunması açısından aile içinde şiddete uğramalarını, aile içinde şiddet tanığı olmalarını aramamaktadır. Aile içinde olmasa bile şiddetten etkilenen, etkilenme tehlikesi söz konusu olan çocukları ve bu çerçevede kanunun kapsamında olan tüm kişileri koruma kapsamına almaktadır. Bu anlamda kadınlar da şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi olan kişiler olarak kabul edilebilecektir. Bu yönden daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Sözleşme genel yükümlülük olarak tüm şiddetin önlenmesi gerektiğinin vurgularken kanunumuzdaki gibi çocukları amaç başlığı altında vurgulamamaktadır. Sözleşmenin kapsamının aile içi şiddet ve kadına yönelik her türlü şiddet için geçerli olduğu ifade edilmektedir(2.madde).

Eş ve çocuklar dışında kimlerin aile kavramı içerisine girdiği medeni hukuk çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ancak 6284 sayılı Kanununun 2. maddesinin b bendindeki, “şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler” ibaresinden yola çıkarak aile kabul edilmek şartıyla başka hanede yaşayan kişiye şiddet uygulanması durumunda da söz konusu kişi aile bireyi ve ona uygulanan şiddet de aile içi şiddet olarak kabul edilecektir.

Bunun dışında tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan tüm kişiler de 6284 sayılı Kanunda korunmaktadır. Tek taraflı ısrarlı takip mağduru ve bunlara uygulanan şiddetin ne olduğu ise kanunda ifade edilmemiştir. Ancak 18 Ocak 2013 tarihli 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliğinin 3. maddesinin ş bendinde²³, “Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Düzenlemede şiddet mağdurunun cinsiyetine, çocuk olmasına veya aile ferdi olmasına ilişkin belirlemeye gidilmemiştir. Bu çerçevede değişik cinsel tercihleri olan kişiler de söz konusu belirleme nedeniyle bu kanun kapsamında korunacaktır. Ama bu kişiler yalnızca bentte belirtilen şekillerde mağdur olmuşlarsa korumadan yararlanacaklardır. İstanbul Sözleşmesinin 34. maddesinde ısrarlı takip, başka bir kişiye yönelik kendi güvenliği için korku duymasına neden olacak şekilde tekrar eden kasıtlı ve tehditkâr davranışlar

²³ Bu Yönetmelik daha sonraki kullanımlarda Uygulama Yönetmeliği olarak ifade edilecektir.

olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu kavram sözleşmeye göre, korku duymasına neden olacak şekilde tekrar eden kasıtlı ve tehditkâr davranışlara maruz kalan kişiyi, tek taraflı ısrarlı takip mağduru olarak ifade etmektedir. Bu belirlemenin Yönetmelikteki düzenlemeyle karşılaştırıldığında, Yönetmelik hükmünün daha açıklayıcı şekilde kaleme alındığı, sözleşme hükümlerini de içine alan belirleme yaptığı, ancak sözleşmeden farklı olarak tekrar eden, kasıtlı ve tehditkâr ifadelerine yer verilmediği, bunun yerine baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranış kavramlarının yer aldığı görülmektedir. Yönetmeliğe bakıldığında zaten belirtilen kavramların kasten işlenebileceği ve tehditkâr nitelikte davranışları kapsadığı anlaşılacaktır. Düzenlemede korku kavramı yer aldığı için bu, tehditkâr davranışların sonucu olarak hissedilen duyguyu ifade etmektedir. Baskı altında tutması söz konusu olması gerektiği için tek fiille değil, birden fazla fiille gerçekleştirilmesi, yani tekrar etmesi gerekir. Zaten kavram da tek taraflı ısrarlı takip mağduru olduğu için metinde başlığa içerecektir.

III. ŞİDDET KAVRAMI

6284 sayılı Kanunda genel olarak şiddet kavramı tanımlandığı gibi, kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet de tanımlanmıştır. Kanun başlığında ailenin korunması ifadesi kullanılırken tanımlar kısmında şiddet kapsamında ev içi şiddet tanımlanmaktadır.

Ev içi şiddet, “şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet olarak tanımlanmaktadır (6284 sayılı Kanun m. 2/1-b). Bu tanıma göre ev içi şiddet, aile bireyleri arasında uygulanan şiddet, hanede yaşayan kişiler arasında uygulanan şiddet ya da aile mensubu sayılan kişiler arasında uygulanan şiddeti ifade etmektedir. Aile kavramı medeni hukuk hükümlerine göre hakim tarafından belirlenecektir.

Hanede yaşayan kişiler arasında şiddetin kimleri ifade ettiğine gelince, kanunda ve kanunun uygulanmasına dair yönetmelikte bir belirleme bulunmamaktadır. Zaten 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliğinde genel olarak şiddete yer verilmiş, ayrıca ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddet tanımlanmamıştır. Hanede yaşayan kişiler, aile içi şiddet başlığı içinde belirtilmemiş, aksine ev içi şiddet kapsamında ifade edilmiştir. Buna karşın hane içi şiddetin devamında aile sayılan kişiler

ibaresi geçmektedir. Bu anlamda kanunun geniş belirleme yapma yolunu tercih ettiği anlaşılmaktadır²⁴. Bu nedenle kastedilenin Türk Medeni Kanununun 367.maddesinin 2. fıkrasında yer verilen tarzda hane birlikteliği olduğunu düşünüyoruz. Bu fıkarda, “kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsi” ifadesi yer almakta olup, 367. madde çerçevesindeki ev düzeni içinde yaşayanlar arasında gerçekleşen şiddet olayları da kanun kapsamında kabul edilecektir²⁵. Aynı hanede yaşayan kişiler arasında şiddet, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın veya çocuk olmasına bakılmaksızın korunacaktır.

Aile sayılan kişilerin ne anlama geldiği noktasında da şiddete ilişkin mevzuatta bir belirleme bulunmamaktadır. Yakın yaşam arkadaşlığı, imam nikâhlı birlikteliklerin, ayrılınmış olsa bile bu birliktelikleri yaşayan kişilerin, boşanmış olan eşlerin bu kapsama gireceğini düşünüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ailenin öncelikle eşler ve çocuklardan oluştuğunu vurgulamakla beraber, yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan veya resmen evliyken boşanmış kişileri de şiddet mağduru kişiler olarak aile kapsamı içinde nitelendirmekte, aile sayıldığını kabul etmektedir²⁶. AİHM, aile kavramını taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız değerlendirmekte ve evlilik dışı yaşam birlikteliğinin madde 8 anlamında aile kavramı içine girdiğini kabul etmektedir. Madde 8 anlamında bir birlikteliğin aile sayılabilmesi için, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığının, ilişkilerinin uzunluğunu ve süresinin, birbirlerine bağlılıklarını çocuk sahibi olmak veya diğer yollarla gösterip göstermediklerinin dikkate alınacağını ifade etmektedir²⁷.

Aynı cinsten olan kişilerin yakın yaşam arkadaşlığı kanun kapsamında korunacak mıdır sorunu söz konusudur. Mevzuatımız açısından bunların aile sayılacağını söylenmesi söz konusu değildir. Ancak bu kişilerin de korumadan yararlanması gerektiğini düşünüyoruz. İstanbul Sözleşmesine bakıldığında ise tanımın daha açık olarak düzenlendiği görülmektedir. Sözleşmede aile içi şiddet, “aile içerisinde

²⁴ BM/Kadınlara Karşı Şiddet Özel Raportörü, eşlerin, birlikte yaşanan partnerlerin, eski eşlerin, eski partnerlerin, birlikte yaşanılmayan kız arkadaşların, kız kardeşlerin, kız çocuklarının, annelerle sınırlı olmayacak şekilde kadın akrabaların ve hane içindeki kadın yardımcıların aile içinde değerlendirilmesi önerisinde bulunmaktadır: Öncü, s. 46.

²⁵ Aynı haneyi paylaşmak şeklinde ortaya çıkan mekansal bağın yeterli olduğuna ilişkin olarak bkz.: Bacaksız, Pınar, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 18.

²⁶ “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal ve Uluslar arası Düzenlemeler”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, www.aileicisiddet.net/egitim/set/KYAIS-İlgili-Ulusal-ve-Uluslararası-Yasal-Düzenlemeler.pdf, s. 29 (E.T. 09.09.2013).

²⁷ Bkz.: Öncü, s. 46, 47.

veya hanede veya mağdur faille aynı evi paylaşırsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen şiddeti ifade etmektedir” şeklinde tanımlanmaktadır. Partnerler kapsamına bu tür birlikteliklerin gireceği kuşkusuzdur. İstanbul Sözleşmesi (yürürlüğe girdiği takdirde), Anayasanın 90. maddesi gereğince iç hukuk kuralı olarak kanunlardan önce uygulanma niteliği taşıyacağı için eşcinsel nitelikteki birlikteliklerin de partner sayılmak şartıyla korunacağını düşünüyoruz.

Türkiye’de 2013 yılı Kasım ayı itibariyle 28 bin kadının şiddete maruz kaldığı, Ocak 2013 itibariyle, 50 binden fazla kadının eşlerine mahkeme kararı ile evden uzaklaştırma ve uyarı gibi önleyici tedbirlerle koruma sağlandığı, Mayıs 2013 yılı itibariyle, Türkiye genelinde şiddete uğradığı için polis korumasına alınan kadın sayısının 11 bini geçtiği belirtilmektedir. Kadınlara en fazla polis koruması sağlanan ilk üç ilin ise Adana, İzmir ve Kayseri olduğu kaydedilmektedir²⁸.

Kadına yönelik şiddet, “Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış” ifade etmektedir (6284 sayılı Kanun m. 2/1-ç). Dolayısıyla kadına yönelik şiddetin yasa kapsamında korunabilmesi için kadınlara yalnızca kadın olarak uygulanması veya cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile insan hakları ihlaline yol açması gerekmektedir. Sözleşme ise toplumsal cinsiyete dayalı şiddet kapsamına giren her tür eylemi kadına yönelik şiddet olarak tanımlamaktadır (İstanbul Sözleşmesi m. 3/a). Toplumsal cinsiyet ise, kadınlar ve erkekler için toplum tarafından öngörülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler anlamına gelmektedir (İstanbul Sözleşmesi m. 3/c). Kanun koyucu kadına şiddet açısından toplumsal cinsiyet kavramını kullanmamış onun yerine daha geniş korumayı sağlayan kavramlar kullanmıştır. Ancak kanunda toplumsal cinsiyet kavramının kullanılmaması doktrinde eleştirilmektedir²⁹.

Şiddet ise, “Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış” olarak tanımlanmaktadır (6284 sayılı Kanun m. 2/1-d). Aynı tanımlama Uygulama Yönetmeliğinde de yer almaktadır(m.3/1-m). Tanımdan anlaşıldığı gibi tanımın içerisine fiziksel

²⁸ <http://www.ntvmsnbc.com/id/25481763/> (E. T. 13.02.2014).

²⁹ Bkz.: Şener, s. 4. Aynı yönde Centel, Kadını Koruyor mu, s. 4.

şiddet, psikolojik şiddet, cinsel şiddet ve ekonomik şiddet girmektedir. Sayılan 4 şiddet türünün zarar vermesi veya acı çektirmesi şart değildir. Zarar veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketler de şiddet olarak kabul edilmiştir. Böylece kişilerin etkin korunmalarının sağlanması istenmiştir. Belirtilen sonuçlara yol açan veya açma tehlikesi olan davranışların fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış olabileceği belirtilmiştir. Şiddetin nerede yapıldığı önemli değildir. Toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelebilir. Bu düzenlemenin sözleşme hükümleriyle karşılaştırıldığında her şeyden önce ifade edilmelidir ki, sözleşmede ayrıca şiddet tanımına yer verilmemiştir (bkz.: m. 3). Yalnızca kadına yönelik şiddet, aile içi şiddet ve kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet tanımlanmıştır. Aile içi şiddette yer alan şiddeti oluşturan ve şiddet çeşidi olarak ifade edilen hususlar kanunda da ifade edilmiştir. Yalnızca sözleşmede her tür eylem ifadesi yer alıp eylem şekilleri sayılmazken kanunda tutum ve davranış şekilleri sayılarak her tür tutumun şiddet kapsamına girdiği düzenlenmiştir. Fiziksel, cinsel, psikolojik, ekonomik her tür tutum ve davranış yanında sözlü davranışların da şiddetin içine girdiği belirtilerek uygulamada ortaya çıkacak sorunların önüne geçilmiştir. Kanunumuzda genel şiddet tanımı yapıldığı için sözleşmedeki kadına karşı şiddet belirlemedeki toplumsal cinsiyete dayalı kavramı doğal olarak yer almamıştır. Aile içi şiddet belirlemesini daha önce ifade ettiğimiz için burada tekrar etmeyeceğiz.

Kanun koyucu ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddeti ifade ettikten sonra genel olarak şiddet tanımlaması yapmıştır. Bunun nedeninin şiddet tanımlanmasının yalnızca kadınlara yönelik şiddet için uygulanmasını sağlamak değil, ev içi şiddet de dahil göz önünde bulundurulmasının hedeflenmesidir. Ev içi şiddette kanunun korumasının söz konusu olması için, şiddetin meydana gelmesi şart olmayıp, şiddet uygulanma tehlikesinin bulunması da yeterlidir. Her ne kadar ev içi şiddette şiddetin meydana gelmesi gibi bir ifadeye yer verilmişse de, bu alanı sınırlandırmak için değil, sözleşme hükmünün esas alınmasından kaynaklanmaktadır. Sözleşmede olmayan genel şiddet tanımlanması yapılarak şiddet konusunda yaşanacak tereddütler ortadan kaldırılmıştır. Aşağıda da ifade edeceğimiz gibi mağdur ve şiddet uygulayan tanımlarına baktığımızda da bu belirlememiz açıkça anlaşılacaktır. Ayrıca şiddetin, ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddetten sonra tanımlanması da bizi bu sonuca götürecektir. Bunun dışında en fazla şiddetin gerçekleştiği aile bireyleri arasındaki şiddetin korumadan daha az yararlandırılması düşünülemez.

6284 sayılı Kanunda şiddet tanımlandığı gibi, şiddet uygulayan ve şiddet mağdurlarının kim olduğu da açıklığa kavuşturulmuştur.

Şiddet mağduru, “Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri” ifade etmektedir(6284 sayılı Kanun m. 2/1-e). Sözleşmede ise mağdur, kadına yönelik şiddete ve aile içi şiddete maruz kalan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır (m. 3/e). Hükümler karşılaştırıldığında 6284 sayılı Kanunun daha açık, daha geniş bir belirleme yaptığı görülmektedir. Şiddete doğrudan veya dolaylı maruz kalma yanında kalma tehlikesi bulunan, şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan tüm kişileri mağdur olarak nitelendirmektedir. Mağdurun gerçek kişi olması gerektiğine ilişkin bir belirlemeye gitmemiştir, buna da gerek bulunmamaktadır. Zira bu fiillere maruz kalan kişiler gerçek kişiler olduğundan mağdur da doğal olarak gerçek kişi olacaktır. Uygulama Yönetmeliğinin mağdur tanımlamasına ilişkin düzenlemesinde(m. 3/1-n) 6284 sayılı Kanunda yer almayan bir belirleme bulunmaktadır. Buna göre mağdurun korunması için Türk vatandaşı olup olmaması önemli değildir. Mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde Türkiye’de şiddete uğrayan her kim olursa olsun korumadan yararlandırılacaktır. Şiddete uğrayan kişilerin korunması adına önemli bir düzenlemedir. Ayrıca düzenleme İstanbul Sözleşmesinin 4.maddesi hükmüne uygun nitelik taşımaktadır.

154

Şiddet uygulayan ise, “Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişileri ifade etmektedir(6284 sayılı Kanun m. 2/1-g). Şiddetle ilgili yapılan belirlemelere uygun olarak şiddet uygulayan kişinin belirlenmesi yapılmıştır. Şiddet uygulama tehlikesi olan kişiler de şiddet uygulayan olarak nitelendirilmiştir.

IV. ŞİDDET TEHLİKESİ

6284 sayılı Kanunun uygulanması için yukarıda belirtilenlerden de anlaşılacağı gibi şiddetin uygulanması şart olmayıp, tehlikenin bulunması da yeterlidir. Dolayısıyla şiddet uygulanacağına ilişkin ihbar veya şikâyet geldiğinde Kanunda belirtilen tedbirlerin uygulanması söz konusu olabilecektir. Böylece kanun koyucu şiddete ilişkin bildirim önemseyerek bu sorunu herhangi bir zararla karşılaşılma riskini önlemek istemektedir. İstanbul Sözleşmesi de taraf devletlere her türlü şiddete acil ve yerinde müdahale etmeyi sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir (m.50).

Korumanın sağlanması için herhangi bir tehlike bildirim yeterli olacaktır mıdır? Kanunda tehlikenin niteliğine, değerlendirmesine ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. 6284 sayılı Kanunda, şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesi ihbarını alan kamu görevlilerinin bu kanun kapsamındaki görevlerini

gecikmeksizin yerine getirmeleri ve uygulanması gereken diğer tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar etmekle yükümlü oldukları ifade edilmekte(m. 7), koruyucu tedbir kararının verilmesi için herhangi bir belge veya delilin aranmayacağı, önleyici tedbir kararının gecikmeksizin verileceği ve kararın verilmesinin kanunun amacını tehlikeye sokacak şekilde geciktirilemeyeceği düzenlenmektedir (m.8/3). Yine 6284 sayılı Kanunda, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (m. 3/2, 5/2, Yönetmelik m. 29) bazı koruyucu ve önleyici tedbir kararlarının kolluk amiri tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerde gerekli korumanın sağlanması için düzenlemeler yapılmışsa da risk değerlendirmesinin nasıl yapılacağına ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır. Nitekim doktrinde, kanunda risk değerlendirmesi ve risk yönetimi konularında belirlemeye gidilmeyerek önlemeye ilişkin hükümlerin uygulanmasının keyfilige bırakıldığı ifade edilmektedir³⁰. Kanunumuzda bulunmayan risk değerlendirme kavramına 6284 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin Yönetmelikte yer verilmiştir. Kavram, gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımlaması yapılırken kullanılmıştır. Bu düzenlemeye göre, gecikmesinde sakınca bulunan hal, “Kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve resen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden ya da hâkimden karar almak için yeterince vakit bulunamaması halini” ifade etmektedir(m.3/c). Dolayısıyla kolluk, genel hükümler çerçevesinde yapması gerekenleri yerine getirecekse de, ayrıca tedbirlerin uygulanması açısından tahkikat ve risk değerlendirmesi de yapacaktır. Yaptığı bu değerlendirmeler sonucunda maddede belirtilen hususların meydana gelebileceği ihtimali ortaya çıktığında gerekli tedbirleri alacaktır. Yönetmelikte getirilen düzenleme kollukla ilgili ve kolluğun alacağı tedbirlere münhasır nitelik taşımaktadır. Değerlendirme yapmaya ilişkin başka bir belirleme de geçici koruma altına alma tedbirine ilişkin Yönetmeliğin 10. maddesinde yer almaktadır. Buna göre mülki amir veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri tarafından, olayın niteliği, şikâyet ve ihbar göz önünde bulundurularak şiddet mağdurunun hayati tehlikesinin bulunması halinde ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alma tedbiri verebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla risk, mülki amir veya kolluk tarafından elde mevcut beyanlara göre değerlendirilecek ve bu değerlendirme hayati tehlikeyle bağlantılı

³⁰ Yenisey, Feridun, “Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik “Şiddet Riskinin” Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, C. 8, S. 97-98, s. 11, 12.

olarak yapılacaktır. İstanbul Sözleşmesine baktığımızda risk değerlendirme ve risk yönetimine ilişkin düzenlemeye 51. maddede yer verildiği görülmektedir. Sözleşmede ölüm riskinin, durumun ciddiyetinin ve şiddetin tekrarlanması riskinin değerlendirmesinin yapılması(1. fıkra), değerlendirmenin, soruşturmanın ve koruyucu tedbirlerin uygulanmasının her aşamasında failerin ateşli silahlara sahip olduklarının veya bunlara erişimlerinin mümkün olduğunun göz önünde bulundurulması gerekli hukuki veya diğer tedbirlerin alınması şeklinde kaleme alınmıştır (2. fıkra). Hükümler karşılaştırıldığında, yönetmelikte sözleşmede ifade edilen hususlara tek tek yer verilmeyerek onları da kapsayacak belirleme yapıldığı, gecikmesinde sakınca bulunan hal açısından ceza muhakemesine ilişkin kavramlara düzenlemede değer tanındığı görülmektedir³¹(Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.4; Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.4). Ancak belirtmek istediğimiz husus, tutuklamanın üst sınırı 2 yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlarda mümkün olması nedeniyle, tehdit durumlarında (TCK m. 106/1) tutuklamaya gidilememekte ve kadın ölümlerinin ülkemizde engellenememesinin sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

156

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Sözleşmenin 2. maddesinin, yaşamları suç teşkil eden eylemlerden dolayı risk altında bulunan bireylerin yaşamlarını korumak için taraf devletlere pozitif yükümlülük yüklediğini, ancak yaşama yönelik her riskin yetkili makamlara bu riski önlemek için operasyonel önlemler alma yükümlülüğü getirmediğini belirterek, 2. maddenin devletlere imkânsız veya orantısız yük getirecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme, suç teşkil eden bir eylemden dolayı yaşama yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumlarda riskin ortadan kaldırılması için gerekli önlemlerin alınmamasında 2. maddenin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Hatta tehdit eden ve psikolojik rahatsızlığı olan kişinin ayrıldığı bayanı, çocuklarını ve kendisini öldürmesi olayında, öldürme eylemini gerçekleştiren kişinin uygun psikiyatrik tedavi görmesini sağlama konusunda üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyen devleti 2. maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle tazminata mahkûm etmiştir³². Mahkeme, sadece gerekli korumanın sağlanmadığı hallerde değil, tedavinin sağlanmadığı durumlarda da sözleşmenin ihlal edildiğini kabul etmektedir.

³¹ Makul sebebin unsur ve kriterlerinin de kanunda düzenlenmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Yenisey, s. 13.

³² Bkz.: Öncü, s. 50, 51.

V. ŞİDDET TÜRLERİ VE İSTANBUL SÖZLEŞMESİNİN TCK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

6284 sayılı Kanunda 4 tür şiddet kavramı geçmektedir. Bunlar fiziksel şiddet, cinsel şiddet, psikolojik şiddet ve ekonomik şiddettir (m. 2).

Fiziksel şiddet 6284 sayılı Kanunda da ifade edildiği gibi, kişiyi fiziksel olarak etkileyen vücuda acı verici, bedene zarar verici hareketlerdir. Bu kapsama bedensel açıdan zarar veren veya acı veren hareketler girdiği gibi, zarar vermesi veya acı çektirmesi muhtemel hareketler de dahildir. Çünkü kanunda tehlike de yeterli sayılmaktadır (6284 sayılı Kanun m. 2/1-d). Uygulamada ve doktrinde sürüklenme, çarpma, vurma, tekme atma, bağlama, yakma, işkence, eziyet etme, hırpalama, vücutta sigara söndürme gibi hareketler bu kapsamda ifade edilmektedir³³. Herhangi bir araçla vücuda acı veren veya sağlığını bozan veya algılama yeteneğini bozan hareketler fiziksel şiddet niteliğindedir. Töre, namus adına uygulanan şiddetler de fiziksel şiddet kapsamında özellikle vurgulanmaktadır. İstanbul Sözleşmesinde kültür, örf ve adet, gelenek veya sözde “namus”un bu eylemlerin gerekçesi olarak kabul edilmemesini sağlamak üzere gereken yasal ve diğer tedbirlerin alınması istenmektedir(m. 12/5). Yine Sözleşmenin 42. maddesi, taraf devletlere, sözleşmenin kapsamında yer alan şiddet eylemlerinden herhangi birinin gerçekleşmesini takiben başlatılan cezai işlemlerde kültür, örf ve adet, gelenek veya sözde “namus”un bu eylemlerin gerekçesi olarak kabul edilmemesini sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Bunlar arasına, özellikle, mağdurun, kültürel, dinî, toplumsal ya da geleneksel olarak kabul gören uygun davranış normlarını ve âdetlerini ihlal ettiği iddiaları da dâhildir. Yine aynı maddenin 2. fıkrası, herhangi bir kişinin bir çocuğu 1. fıkra bahsedilen eylemlerden herhangi birini işlemeye tahrik etmiş olmasının söz konusu kişinin gerçekleştirilen eylemlerle ilgili cezai sorumluluğunu azaltmamasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Ülkemiz mevzuatına baktığımızda bu nedenlerin gerekçe olarak düzenlenmediğini gördüğümüz gibi, öldürme fiili açısından tam aksine töre saiki ve kan gütme saiki cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir neden olarak hükme bağlanmıştır(m.82). Ancak namus saikiyle öldürmeye ilişkin olarak bir belirlemeye gidilmemiştir³⁴. Kanun koyucunun namus

³³ Bkz.: Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, s. 7, 8 ; Erdem, s. 55.

³⁴ Namus kavramının töre kavramı içerisinde nitelendirilip nitelendirilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özcan, Onur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Töre Saikiyle Kasten Öldürme Suçu”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 242-244. Yargıtay ise töre saikinden bağımsız olarak kendi namus anlayışının sonucu olarak öldürme fiilini işleyen kişi

saikiyle işlenen öldürme suçlarıyla da mücadele etmeyi hedeflemesi gerekir. Bu noktada sorun olan hususlardan biri de namus uğruna öldürme fiillerinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yöneliktir. Hukukumuzda göre töre saiki ve kan gütme saikiyle birlikte haksız tahrik hükmünün uygulanması söz konusu olmadığından haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde kan gütme veya töre saikinin uygulanması suretiyle daha ağır cezaya hükmolünamamaktadır. Yani yalnızca töre veya kan gütme saikiyle işlenen öldürme fiillerinde 82. maddedeki nitelikli haller uygulanacaktır. Kan gütme veya töre saikinın uygulanabilmesi için somut olayda haksız tahrikin koşullarının gerçekleşmemesi gerekir³⁵. Ancak haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için de fiilin haksız olması gerekir. Bu noktada da kültür, örf adet, gelenek ve sözde namusun haksız tahrikin uygulanması açısından bir neden olarak sayılmaması gerekir. Sözleşmenin 42. maddesi bunu gerektirmektedir³⁶.

Çocukların suç teşkil eden eylemlerde kullanılması ise cezanın azaltılması için neden sayılmadığı gibi, tam tersine sadece sözleşmede (m.42) belirtilen eylemlerle sınırlı olmamak üzere, yani genel norm olarak hem azmettirmede(TCK m.38/2), hem de dolaylı faillikte(TCK m. 37/2 kusur yeteneği olmayan çocukların) cezanın daha fazla verilmesini gerektiren neden olarak düzenlenmiştir. Burada Kanunumuzun düzenlemesi açısından eleştirmek istediğimiz bir husus var. O da dolaylı faillikte ve azmettirmede cezanın arttırılması nedeni olarak kabul edilen çocukların suç işlemede kullanılmasının neden yardım etmeyi düzenleyen TCK' nın 39. maddesinde ve müşterek faillğe ilişkin 37. maddenin 1. fıkrasında ifade edilmediğidir³⁷. Zira bir çocuk müşterek fail olarak suç işleyebileceği gibi, bir çocuğun fiiline yetişkin biri de yardım edebilir. Bu şekilde bir düzenleme kanaatimizce yerinde olmamıştır. Zira bir kişi dolaylı fail olarak çocuğu suçta kullanmışsa cezası arttırılacak buna karşın müşterek fail olarak suç işlediklerinde işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacaktır. Aynı şey azmettirmede de geçerlidir.

açısından töre saikinın uygulanmasını kabul etmemektedir. Yani her namus saikiyle gerçekleştirilen eylemi töre saikiyle öldürme içinde değerlendirmemektedir: CGK, 14.06.2011, E. 2011/1-138, K. 2011/130, Kazanci.com.tr (E.T. 20.02.2014).

- ³⁵ Bkz.: Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2013, s. 433.
- ³⁶ Ancak uygulamada namus saikiyle haksız tahrikin uygulandığı belirtilmektedir. Bu belirleme ve namus saikiyle öldürmenin nitelikli hal olması ve haksız tahrikin uygulanmamasına ilişkin olarak bkz.: Centel, Kadını Koruyor mu, s. 9. Haksız tahrikin uygulanmaması görüşüne itiraz için bkz.: Koca, Mahmut-Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2013, s. 324.
- ³⁷ TCK'nın 37. ve 38. maddelerine yöneltilen eleştirilerden diğeri de arttırımın yalnızca süreli hapis cezası açısından uygulanabileceği, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezalarında uygulanmasının mümkün olmadığıdır: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 513, 517.

Fiziksel şiddet kapsamına giren suçlara, öldürme, kasten yaralama, kötü muamele, eziyet, cebir, 233. maddede ifade edilen aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali örnek olarak verilebilir. Bazı suçlarda ise fiziksel şiddet kapsamına giren fiiller nitelikli hal kapsamına girebilmektedir. TCK m. 109 gibi. Ancak bu suçlara baktığımızda bazı değerlendirmeler yapmamız gerekmektedir. İstanbul Sözleşmesi taraf devletlere cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bazı nedenleri bu sözleşme uyarınca ihdas edilen suçlarda göz önünde bulundurulması için yükümlülük yüklemektedir (m. 46).

- suçun, iç hukuk tarafından tanınan, failin şu anki veya daha önceki eşe veya partnere karşı, mağdurla birlikte yaşayan veya yetkisini kötüye kullanan aile bireylerince işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmelidir (İstanbul Sözleşmesi m. 46/a).

Ceza Hukukumuzda bazı suçlarda eşe karşı işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmekle birlikte (TCK m. 82, 86, 96, 109), partnere karşı işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmemektedir. Eş noktasında resmi evliliğin devam ettiği eş esas alınmaktadır. Boşanma gerçekleşmişse nitelikli halin uygulanması söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla kadına yönelik şiddet açısından sözleşmeye göre boşanılmış olsa bile önceki eşlere ve partnere karşı gerçekleştirilen fiiller suçun unsuru olarak düzenlenmiyorsa nitelikli hal olarak kabul edilmelidir. Unsur olarak düzenlemeye TCK'nın 232. ve 233. madde hükümleri örnek olarak verilebilir. Ülkemiz açısından nitelikli hallerde iç hukuk açısından değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Aile bireyleri tarafından işlenmesi bazı fiillerde nitelikli hal kabul edilmiştir(TCK m. 82, 86, 96, 109 altsoy-üstsoy). Ancak kayın hısımlığı bu ilişki içinde kabul edilmemektedir. Dolayısıyla kayın altsoy veya üstsoyun işlediği şiddet fiilleri, nitelikli hal kapsamına girmemektedir. Örneğin kayınpeder gelinine şiddet uyguladığında başka nedenler yoksa nitelikli hal uygulanmayacaktır. Nitekim Batman'da kayınpederin gelinine gerçekleştirdiği eylem için nitelikli halin uygulanması söz konusu olmayacaktır³⁸. Keza damat kayınvalidesine şiddet uyguladığında yine nitelikli hal kapsamında değerlendirilmeyecektir. Eziyet suçunda altsoy-üstsoy ifadesi dışında babalık analık ifadesi geçmektedir(TCK m. 96). Bu belirleme başka suçlarda geçmemektedir. Dolayısıyla belirtilen akrabalık ilişkilerinin fiziksel şiddet taşıyan fiillerde nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Şiddetin mağdurla birlikte yaşayan kişiler tarafından işlenmesi de nitelikli hal olarak bağımsız şekilde Ceza Kanunumuzda yer almamaktadır. Kardeş açısından

³⁸ <http://www.haberler.com/gelinini-alnindan-vurdu-4424775-haberi/> (E.T. 03.05.2014).

bazı fiiller nitelikli hal olarak düzenlenirken (TCK m. 82, 86) bazı fiillerde (TCK m. 96) kabul edilmemektedir. Ancak Sözleşme mağdurla birlikte yaşayan veya yetkisini kötüye kullanan aile bireylerinin işledikleri fiillerin nitelikli hal olarak kabul edilmesini istemektedir (m. 46/a). Cebir suçu açısından duruma bakıldığında nitelikli haller ve netice sebebiyle ağırlaşmış şekline yer verilmediği görülmektedir. Ancak 108. maddede ceza yönünden kasten yaralamanın cezası esas alınarak artırım öngörülmüştür. Bu nedenle doktrinde kasten yaralamaya yapılan göndermenin suçun tamamına yönelik olduğu, dolayısıyla da nitelikli halleri de kapsadığı kabul edilmektedir³⁹. Dolayısıyla kasten yaralamanın nitelikli halleri, cebir açısından da uygulanacağından belirtilen suçla ilgili söylediklerimiz cebir suçu açısından da geçerli olacaktır. Kötü muamele açısından duruma baktığımızda ise, aynı konutta birlikte yaşayan kişilere kötü muamelede bulunmak yaptırım altına alınmaktadır. Aynı konutta yaşayan olmak şartıyla, evli olmak şart değildir. İmam nikâhli birliktelikler, birlikte yaşamalarda uygulanan kötü muameleler, TCK'nın 232. maddesi kapsamında suç olarak kabul edilecektir. Ancak sorunun tartışmalı olduğunu da ifade etmeliyiz⁴⁰. Madde gerekçesinde, her türlü kötü muamelenin suçun oluşmasını olanaklı kılmayacağı, kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bu nitelikteki hareketler fiziki nitelikte olabileceği gibi, psikolojik nitelikte de olabilir. Yarı aç veya susuz bırakma, uyku uyutmamak, zor koşullar altında çalışmaya mecbur etmek, soğukta dışarı atmak gibi fiiller örnek olarak verilmektedir. Gerekçede kötü muamele kavramına ilişkin getirilen bir diğer ölçüt, davranışın kişide basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmemiş olmasıdır. Basit tıbbi müdahalenin ötesindeyse artık kasten yaralama suçuna ilişkin hüküm uygulanacaktır. Tehdit veya hakaret teşkil eden fiiller 232. madde kapsamına girmemektedir⁴¹.

³⁹ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan Erdem-Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2012, s. 391; Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Kısmen Genişletilerek Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 181, 182; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 398; Özbek, Veli Özer-Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. 385. Ancak netice sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından sorun tartışmalıdır. Bazı yazarlar kasten yaralamanın tümüne gönderme yapıldığından netice sebebiyle ağırlaşan suç da kapsadığı orada öngörülen cezanın 108. madde gereğince arttırılacağını kabul ederken (Tezcan-Erdem-Önok, s. 391; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 385; Hafizoğulları-Özen, Özel Hükümler, s. 181, 182). Bazı yazarlar netice sebebiyle ağırlaşan suçtan ayrıca ceza verileceğini kabul etmektedirler (Üzülmez, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyet Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, s. 198; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2010, s. 275).

⁴⁰ Bkz.: Tezcan-Erdem-Önok, s. 727.

⁴¹ Eleştiri için bkz.: Tezcan-Erdem-Önok, s. 728, 729.

- Sözleşmede ifade edilen diğer bir nitelikli hal suçun veya ilgili suçların defalarca işlenmesidir(m. 46/b). Mevzuatımız açısından aynı suç işleme kararı çerçevesinde suçlar işlendiğinde zincirleme suç kuralları uygulanmakta ve her birinden ayrı ayrı ceza verilmemekte en ağırı üzerinden artırım yapılmaktadır. Bu açıdan Ceza Kanunumuzda, Sözleşmede düzenlenen ve şiddet kapsamındaki fiillerde 43. maddenin uygulanmayacağına ilişkin belirleme yapılması gerektiği gibi cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir hal olduğu da düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Ayrıca şunu da ifade etmeliyiz ki, fiziksel şiddet kapsamında olan öldürme ve yaralama suçları açısından zincirleme suç ilişkisi uygulanmamaktadır (TCK m. 43/3). Cebir de kasten yaralama niteliğinde olduğundan zincirleme suç kurallarının uygulanmayacağını düşünüyoruz⁴². Kasten öldürmenin bir kişiye karşı birden fazla işlenmesi fiilen söz konusu değilse de, kasten yaralama açısından mümkündür. Dolayısıyla eziyet suçu dışında kasten yaralamanın birden fazla işlenmesi durumunda ayrı ayrı sorumluluk tayin edilecektir. İstanbul Sözleşmesi ise nitelikli hal olarak uygulanması gerektiği yolunda düzenleme yapılmasını istemektedir.
- Üçüncü nitelikli hal suçun, özel durumlar nedeniyle savunmasız hale gelmiş bir kişiye karşı işlenmesi olarak ifade edilmektedir(İstanbul Sözleşmesi m. 46/c). Kanunumuzda bu nitelikli hal yukarıda belirtilen suçlar(TCK m.82, 86, 96, 109, m. 86 nedeniyle m. 108) açısından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Kötü muamele açısından belirtilen durumlar suçun unsuru niteliğinde olduğundan ayrıca belirlemeye gidilmemiştir. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu için de aynı şeyler geçerlidir.
- Dördüncü nitelikli hal suçun, bir çocuğa karşı veya bir çocuğun gözleri önünde işlenmesi olarak ifade edilmiştir (İstanbul Sözleşmesi m. 46/d). Mevzuatımızda şiddet niteliğindeki fiillerin çocuğa karşı işlenmesi (kasten yaralamada ifade edilmemiş)⁴³ nitelikli hal kabul edilirken, çocuğun gözleri önünde fiillerin işlenmesi cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir hal olarak düzenlenmemektedir. Dolayısıyla Ceza Kanunumuzda şiddet niteliğindeki eylemlerin çocuğa karşı işlenmesi veya bir çocuğun önünde işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmelidir.

⁴² Aksi yönde Üzülmüş, s. 198.

⁴³ Kasten yaralamanın çocuğa karşı işlenmesi nitelikli hal olarak ifade edilmemekle beraber, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişilere karşı işlenmesi başlığı içine beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak çocukların da dahil olduğu belirtildiği gibi (Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (C. I), İstanbul 2007, s. 139; Tezcan-Erdem-Önok, s. 203; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 208, 209) 18 yaşından küçük tüm çocukların dahil olduğu da ifade edilmektedir (Soyaslan, s. 161).

- Suçun, iki ya da daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi diğer bir nitelikli hal olarak öngörülmektedir (İstanbul Sözleşmesi m. 46/e). Ceza Kanunumuzda bazı suçlar açısından nitelikli hal olarak düzenlenen bu neden (TCK m. 106, 102, 103, 109, 119, 149, 265) yukarıda belirtilen suçlar yönünden (m. 109 dışında) kabul edilmemiştir. Bu yönden de Ceza Kanunumuzun gözden geçirilmesi gerekecektir.
- Suç işlenmeden önce ya da suç esnasında aşırı derecede şiddet uygulanmışsa bunun da nitelikli hal olarak düzenlenmesi taraf devletlere yüklenmektedir (İstanbul Sözleşmesi m. 46/f). Mevzuatımızda şiddetin aşırı derecede uygulanmış olması nedeniyle oluşan neticeler fiziksel şiddet içeren fiiller açısından netice sebebiyle ağırlaşan suç olarak düzenlenmektedir (TCK m. 87, 108, 96). Ceza Kanunumuzun 82. maddesinde (eziyet çektirerek) ise nitelikli hal olarak düzenlenmektedir.
- Diğer bir nitelikli hal suçun, silah kullanılarak veya silahla tehdit ederek işlenmesi olarak ifade edilmiştir (İstanbul Sözleşmesi m. 46/g). Bu nitelikli hal de fiziksel şiddet içeren fiillerde uygulanması mümkün olan bir nedendir (TCK m. 109,86, 108). Ancak eziyetin silahla işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmemiştir. Bu bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.
- Uygulanması istenen diğer bir nitelikli hal, suçun mağdur için ciddi fiziksel veya psikolojik hasarla sonuçlanmasıdır (İstanbul Sözleşmesi m. 46/h). Kasten yaralama açısından unsur olarak düzenlenen psikolojik hasarın, ciddi olmasının netice sebebiyle ağırlaşan suç olarak düzenlenmesi sonucunu doğuracağını düşünmekteyiz.
- Son nitelikli hal olarak öngörülen failin aynı nitelikteki suçlar nedeniyle daha öncesinde mahkûm edilmesidir (İstanbul Sözleşmesi m. 46/i). Ceza hukukumuzda sadece infaz müessesesi olarak düzenlenen tekerrür müessesinin şiddet kapsamında yer alan fiillerde cezanın arttırılması nedeni olarak düzenlenmesi sonucunu doğuracaktır.

Psikolojik şiddet, 6284 sayılı Kanuna göre (m.2/1-d), kişinin psikolojik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri ifade etmektedir. Hakaret, tehdit, korkutmak, bağırarak, kimlerle görüşeceği konusunda baskı yapmak, aile bireyleri ve arkadaşlarıyla iletişim kurmasını makul olmayan surette kısıtlama, kişisel özgürlüğü sınırlama, aşırı kıskançlık gibi fiiller bu nitelikte kabul edilmektedir⁴⁴. Kasten yaralamada algılama yeteneğinin bozulması veya sağlığının bozulması, suçun temel şeklindeki

⁴⁴ Bkz.: Erdem, s. 55; Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, s. 9.

seçimlik neticelerdir. Eğer yapılan hareketler sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmuşsa fail kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Kötü muamelede söz konusu olabilecektir (TCK m.232). TCK'nın 125. maddesindeki hakaret suçu da bu şiddet kapsamında gerçekleşebilecektir. Yine tehdit de psikolojik şiddet olarak değerlendirilebilecektir (TCK m.106). 6284 sayılı Kanun şiddet tanımında, tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren her türlü tutum ve davranışı da ifade etmektedir. Sözleşmeye göre taraf devletler, tehdit veya zorlama yoluyla kişinin psikolojik bütünlüğüne ciddi zarar veren kasıtlı davranışların suç olarak değerlendirilmesini sağlamak üzere hukuki veya diğer tedbirleri almakla yükümlüdür (İstanbul Sözleşmesi m. 33). Ayrıca söz konusu Sözleşme suçun mağdur için ciddi zararlar sonuçlanmasının nitelikli hal olarak uygulanmasını öngörmektedir. Ceza hukukumuzda kasten yaralamada psikolojik bütünlüğe zarar verilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca kasten yaralamanın içinde olduğu suçlarda psikolojik bütünlüğün zarar görmesi suçun kapsamına girecektir. Örneğin eziyet kapsamında söz konusu olabilecektir. Ancak kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşan şeklinde psikolojik açıdan ciddi zararlar sonuçlanmasına yer verilmediği için bu neden bağımsız bir netice sebebiyle ağırlaşan hal olarak uygulanmayacaktır. Bu nedenin bağımsız olarak netice sebebiyle ağırlaşan hal olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Fiziksel şiddet altında ifade ettiğimiz ve İstanbul Sözleşmesinde yer alan nitelikli haller psikolojik şiddet kapsamındaki suçlarda da uygun olduğu ölçüde gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu konuda özellikle tehdidin şimdiki eşlere veya önceki eşlere veya aile bireylerine karşı gerçekleştirilmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesinin önemini ifade etmek istiyoruz. Bu yapıldığında tehdit fiilinin cezası tutuklama kapsamına girebilecek ve risk değerlendirmesi sonucunda hayatları tehlikede olanların etkin şekilde korumaları sağlanıncaya kadar tutuklama söz konusu olabilecektir.

Cinsel şiddet, cinsel açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri ifade etmektedir (6284 sayılı Kanun m.2/1-d). Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, cinsel taciz ve reşit olmayanla cinsel ilişki cinsel şiddet kapsamı içerisine giren ve kanunumuzda yer verilen fiillerdir⁴⁵. İstanbul Sözleşmesinde (m. 36) tecavüz dahil olmak üzere cinsel şiddet, rızası olmayan kişiye bir organıyla veya bir cisimle anal, oral veya vajinal olarak cinsel nitelikli eylemlerde bulunmak, rızası olmadan diğer cinsel nitelikli eylemlerde bulunmak, rızası olmayan bir kişinin üçüncü bir kişiyle cinsel nitelikli eylemlerde

⁴⁵ Bu suçların cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değil de özgürlüğe karşı suçlar arasında düzenlenmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Centel, Kadını Koruyor mu, s. 6, 7.

bulunmasına neden olma olarak ifade edilmiştir. Ayrıca sözleşme taraf devletlere bu eylemlerin eski veya şimdiki eşlere veya partnerlere karşı işlenmesi halini de suç olarak düzenlenmesi yönünde yükümlülük yüklemektedir (İstanbul Sözleşmesi m.36). Resmi evlilik olmayan hallerde eski eşler veya partnerler tarafından gerçekleştirilen fiiller şartlar oluşmak şartıyla cinsel saldırı suçunu (TCK m. 102) oluşturacaktır. TCK'nın 102. maddesine eşler açısından bakıldığında, cisim veya organ sokulması suç olarak düzenlenmiş, diğer nitelikteki fiiller düzenleme dışı kalmıştır⁴⁶. Gerekçedeki eşlerin cinsel arzuları tatmin yükümlülüğü olduğu, tıbbi ve hukuki sınırlarının bulunduğu belirlemesi geçerliliğini yitirecektir. Sözleşme rıza dışı gerçekleştirilen diğer tüm cinsel nitelikli eylemlerde bulunmanın suç kapsamında nitelendirilmesini öngörmektedir (m. 36/1-b). Ayrıca İstanbul Sözleşmesinin 43. maddesi, sözleşmede tanımlanan suçların, mağdur ile fail arasındaki ilişkinin niteliğine bakılmaksızın uygulanmasını istemektedir. Ayrıca azmettirme varsa veya fuhuş söz konusuysa sözleşme kapsamında cinsel şiddet söz konusu olacaktır.

İstanbul sözleşmesinin 37. maddesinde ayrıca, yetişkin bir bireyi veya çocuğu zorla evlendirmeye zorlayan kasıtlı davranışların suç kapsamında öngörülmesi yükümlülüğü taraf devletlere yüklenmektedir. Ülkemiz açısından bu tür fiiller zorla evlendirme başlığı altında bağımsız bir suç teşkil etmemektedir. Yapılan eylemlerin niteliğine göre cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bağlamında iştirak kuralları uygulanabilecektir⁴⁷. Ancak sözleşme açısından bakıldığında bunun bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin hedeflendiği görülmektedir. Ülkemizde yaşanan çocuk evlilikleri ile aile baskısıyla yapılan yetişkin evlilikleri düşünüldüğünde ve sözleşme hükümleri göz önüne alındığında zorla evlendirmenin bağımsız suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmek istiyoruz⁴⁸. Ayrıca aynı maddede söz konusu kişileri evlenmeye zorlamak için başka bir ülkeye çekmeye ilişkin davranışların suç sayılmasına yönelik hüküm bulunmaktadır (m.37). Bu belirleme açısından da Ceza Kanunumuzda ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Fuhuş niteliğindeki eylemler açısından TCK'nın 227. madde, insan ticareti niteliğindeki

⁴⁶ 765 sayılı Kanun döneminde eşler açısından gerçekleştirilen cinsel saldırı fiillerinin ne şekilde değerlendirildiğine ilişkin bkz.: Centel, Nur, "Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım", <http://nurcentel.com/makaleler/kadinakarsisiddet.pdf>, s. 8, 9 (E.T. 06.06.2014).

⁴⁷ Sözleşmenin 33-47. maddeleri arasındaki düzenlenmiş ve suç teşkil eden her türlü davranışın TCK'da karşılığının bulunduğuyla ilişkin olarak bkz.: Şahin, s. 18.

⁴⁸ Türkiye'de 18 yaş altı evlilik yapan erkeklerin oranını yüzde 6,9; kadınlarda ise yüzde 31,7 olarak ifade edilmektedir. Bu evliliklerin yüzde 16,9'unun kentte, yüzde 24,6'sının ise kırdta gerçekleştiği görülmektedir. TÜİK verilerine göre de evli kız çocuğu sayısının evli erkek çocuğu sayısına oranla 14 kat daha fazladır: <http://www.ntvmsnbc.com/id/25298423> (E.T. 28.02.2014).

filler yönünden ise 80. madde hükümleri uygulanabilecektir. İnsan ticareti suçuna sözleşmede yer alan evlendirmeye zorlamak maksadının eklenmesinin uygun olacağını düşünüyoruz. Ancak zorla evlendirme bağımsız suç olarak mevzuatımızda düzenlenirse belirleme burada yapılacak diğer maddelerde değişikliğe gerek kalmayacaktır.

Mevzuatımızda bağımsız suç olarak düzenlenmeyen ve kasten yaralama çerçevesinde nitelendirilecek kadının cinsel uzvuyla ilgili bazı fiiller sözleşmede kadın sünneti ismiyle düzenlenmekte ve ülkelere bu fiilleri suç sayma yükümlülüğü yüklenmektedir (m.38). Türkiye’de kadın sünnetinin olmadığı ifade edilirken, Unicef raporlarında köy ismi verilmeden kürt kökenli vatandaşlarımızın yaşadığı bazı köylerimizde kadın sünneti yapıldığı ifade edilmiştir⁴⁹. Kız çocuklarının veya kadın sünnetinin hukuka aykırılığı tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Zira bu şekildeki bir sünnetin çocuk açısından zararlı olduğu herhangi bir itiraz olmaksızın belirtilmektedir. Uluslararası düzenlemelerin⁵⁰ dışında bazı ülkeler de bu fiilleri suç olarak kabul etmektedirler⁵¹. Ceza Kanunumuz açısından da İstanbul Sözleşmesi gereğince kadın sünneti niteliğindeki fiillerin suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Sözleşmede suç olarak öngörülmesi istenen (m. 39, 40) cinsel taciz, kürtaj ve kısırlaştırma Ceza Kanunumuzda da suç olarak düzenlenmektedir (TCK m. 105, 99, 101).

Cinsel şiddet oluşturan suçlarda sözleşmedeki nitelikli hallerle ilgili belirleme yapmak istiyoruz. Çocukların cinsel istismarında sözleşmede yer verilmesi istenen suçun silahla veya ikiden fazla kişiyle işlenmesi nitelikli haline yer verilmemiştir. Cinsel saldırıda yer verilen bu nitelikli hallere çocukların cinsel istismar suçunda da yer verilmelidir. Yine sözleşme gereğince cinsel tacizin çocuklara karşı işlenmesi nitelikli hal kabul edilmelidir. Kısırlaştırma ve çocuk düşürtme eylemi açısından da Kanunumuzda yer alan hükümlerin gözden geçirilmesi gerekmektedir⁵². Örneğin kısırlaştırma açısından fiilin çocuğa veya belirli akrabalık ilişkisi içinde bulunanlara karşı işlenmesine veya silahla veya ikiden fazla kişi tarafından

⁴⁹ <http://www.aydinlikgazete.com/toplum/28163-koleci-toplumdan-kalma-utanc-sirri-kadin-sunneti.html> (E.T. 28.02.2014).

⁵⁰ Avrupa Konseyi Sözleşmesi dışında UNO, UNICEF, UNIFEM yada WHO gibi kuruluşlar kadın sünnetinin bütün biçimlerini bedensel sağlık üzerindeki insan hakları ihlali olarak değerlendirmişlerdir. Bkz.: <http://www.migraweb.ch/tr/themen/frauen/genitalverstuemmelung/> (E.T. 28.02.2014).

⁵¹ Sünnet kadın ve erkek sünnetini karşılamak için kullanılmaktadır. Yukarıdaki belirlemeler ve erkek sünnetinin ceza hukukundaki durumu için bkz.: Nuhuğlu, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 212 vd.

⁵² Çocuk düşürtme suçuyla ilgili olarak kadınların yaşadığı sorunlar noktasında bkz.: Centel, Kadını Koruyor mu, s. 5, 6.

gerçekleştirilmesine yönelik belirleme bulunmamaktadır. Kısırlaştırmaya ilişkin TCK'nın 101. maddesinin gerekçesinde, kısırlaştırmanın kişinin ölümüne veya bedensel zarara neden olması halinde failin netice sebebiyle ağırlaşan suç hükümlerine göre cezalandırılacağından kuşku bulunmadığı belirtilmektedir. Yani kısırlaştırmanın kasten yaralama olduğu, dolayısıyla da netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Doğru olmakla birlikte kasten yaralamanın nitelikli halleri için ne şekilde belirleme yapılacağı düzenlemede ortaya konulmamıştır.

Ekonomik şiddet ise, ekonomik açıdan acı veya zarar veren veya vermesi tehlikesi olan her türlü tutum ve davranışlardır (6284 sayılı Kanun m. 2/1-d). Çalışmasına ve gelir sağlamanın engellenmesi, istemediği bir işte zorla çalıştırmak, kişisel kazançlarına ve malvarlıklarına el koymak, mallarını yönetmesine izin vermemek gibi fiiller bu niteliktedir⁵³. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m. 117) veya aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğünün ihlali (TCK m. 233), yağma (TCK m. 148, 149) suçları bu kapsamda zikredilebilir.

İstanbul Sözleşmesinin teşebbüs ve yardım veya yataklık etmeye ilişkin 41. maddesi⁵⁴ hükmünü karşılayan düzenlemeler, TCK'nın teşebbüs ve iştirake ilişkin hükümlerde yer almaktadır.

İstanbul Sözleşmesinin 44. maddesi⁵⁵ yargı yetkisine ilişkin hüküm taşımakta ve

⁵³ Bkz.: Erdem, s. 56.

⁵⁴ Yardım veya yataklık etme ve girişim başlığını taşıyan madde,"1. Taraflar, işbu Sözleşmenin 33, 34, 35, 36, 37, 38.a ve 39. maddelerinde yer alan suçlar kasten işlendiğinde, bunların işlenmesine yardım veya yataklık edilmesinin suç olarak değerlendirilmesi için gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır. 2. Taraflar, işbu Sözleşmenin 35, 36, 37, 38.a ve 39. maddelerinde yer alan suçlar kasten işlendiğinde, mezkur suçu işleme girişiminde bulunmanın suç olarak değerlendirilmesi için gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır." hükmünü taşımaktadır.

⁵⁵ Bu maddeye göre, "1. Taraflar, işbu Sözleşme uyarınca belirlenen herhangi bir suç, a. kendi topraklarında veya b. bayrağını taşıyan bir gemide veya c. yasaları doğrultusunda tescil edilmiş bir uçakta veya d. vatandaşlarından biri tarafından; veya e. topraklarında ikamet eden bir kimse tarafından, işlenmiş olması durumunda yargılanmasını sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır. 2. Taraflar, suç kendi vatandaşlarından birine veya kendi topraklarında ikamet eden kişilere karşı işlendiğinde, işbu Sözleşme uyarınca belirlenen herhangi bir suçla ilişkin yargı yetkisi oluşturmak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri almaya çaba gösterecektir. 3. Sözleşmenin 36, 37, 38 ve 39. maddelerinde belirtilen suçların kovuşturması için Taraflar yargı yetkilerinin, eylemin gerçekleştirildiği bölgede suç sayılması koşuluna bağlı olmamasını sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer önlemleri alır. 4. Taraflar, işbu Sözleşmenin 36, 37, 38 ve 39. maddeleri uyarınca belirlenen suçların kovuşturulmasını sağlamak amacıyla 1. paragrafın d ve e maddelerinde belirtilen hususlara ilişkin yargı yetkilerinin, kovuşturmanın yalnızca suç mağdurunun bildirmesi veya suçun işlendiği mekândaki devlet tarafından bilgi sunulması üzerine başlatılabileceği koşuluyla bağlanmaması için gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır. 5. Taraflar, fail olduğu iddia edilen kişinin kendi topraklarında olması ve bu kişiyi yalnızca uyruğuna dayanarak diğer Tarafa iade etmediği durumlarda işbu Sözleşme kapsamındaki suçlar üzerinde yargılama yetkisi oluşturabilmek amacıyla gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır. 6. İşbu Sözleşme kapsamında iddia edilen suçlara

sözleşme kapsamında yer alan suçların belirtilen yerlerde veya belirtilen kişiler tarafından veya belirtilen kişilere karşı işlenmesini taraf devletlerin yargılamaları konusunda gerekli hukuki veya diğer tedbirleri almasını istemektedir. Bu düzenleme açısından Ceza Kanunumuza baktığımızda 8 vd. maddelerinin gerekli korumayı sağladığını söyleyebiliriz. Bu anlamda yalnızca 44. maddenin e bendinde ifade edilen kendi topraklarında ikamet eden kimse tarafından ve 2. fıkrada düzenlenen kendi topraklarında ikamet eden kişilere karşı işlenmesi açısından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira düzenlemeye bakıldığında yurt dışında bu kişiler tarafından veya bu kişilere karşı işlenmesine ilişkin bir hüküm niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Türk vatandaşı olmayan ancak Türkiye’de ikamet eden kişilerin yurt dışında suç işlemeleri halinde bu durum TCK’nın 11. maddesi kapsamına girmeyecektir. Yurt dışında bulunup da kendi topraklarında ikamet eden ancak Türk vatandaşı olmayan kişilere karşı Sözleşmenin kapsamında yer alan suçların işlenmesi halinde ise TCK’nın 12. maddesinin 3. fıkrası kapsamında giren bir durum söz konusu olacaktır. Bu hüküm de belirli şartları aradığından sözleşmenin aradığı yeterli korumayı sağlayamayacaktır. Sözleşmenin 44. maddesinin 3. fıkrası açısından Ceza Kanunumuz değerlendirildiğinde düzenleme itibariyle herhangi bir sorunun olmadığı görülmektedir. Ancak yabancı ülkede bir Türk vatandaşı tarafından yabancıya karşı sözleşmenin 36, 37, 38 ve 39. maddelerinde yer alan suçların işlenmesi halinde yabancı ülke kanununa göre de suç teşkil edip etmemesi doktrinde sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazı yazarlar yabancı ülke kanununa göre suç teşkil etmesi gerektiğini belirtmekle birlikte bunun gerekçede yer almasını eleştirerek madde metninde yer almayan bir hususun gerekçede olmasının anlam ifade etmediğini belirtmektedirler⁵⁶. Bazı yazarlar da yurt dışında işlenen suçun Türk kanunlarına göre suç oluşturmasının yeterli görüldüğünü ifade etmektedirler⁵⁷. İstanbul Sözleşmesinin 44. maddesinin 4. fıkrası açısından Ceza Kanunumuza bakıldığında ise 12. madde açısından sorun bulunmadığı görülmektedir. Çünkü sözleşmenin kapsamında öngörülen suçlarla bağlantılı olarak kanunda yer alan suçların cezaları 1 yıldan aşağı değildir. 44. maddenin 5. fıkrasında ifade edilen düzenleme TCK’nın 12. maddesinin 3. fıkrası kapsamına girmektedir. Ancak 5. fıkrada herhangi bir sınırlama ifade edilmeksizin

ilişkin birden fazla Tarafın yargılama talebinde bulunması durumunda, ilgili Taraflar, gerektiğinde, kovuşturma için en uygun yargı yetkisini belirlemek üzere birbirlerine danışır. 7. İşbu Sözleşme, uluslararası hukukun genel ilkelerine halel getirmeksizin iç hukukuna uygun olarak bir Taraf tarafından uygulanan herhangi bir cezai yargılamayı olanaksız kılmaz.”

⁵⁶ Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yenilenmiş, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2013, s. 983, dipnot 105.

⁵⁷ Gerekçenin hiçbir bağlayıcılığının bulunmadığını ifade etmektedirler: Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Tıpkı Basım 4. Baskı, Ankara 2011, s. 45.

yükümlülük yüklediği görülmektedir. TCK'nın 3. fıkrası ancak belirli şartların gerçekleşmesi kaydıyla Türkiye'de yargılama yapmayı düzenlemektedir.

İstanbul Sözleşmesinin 55. maddesinde sözleşmede yer alan bazı suçların (m. 35, 36, 37, 38 ve 39) soruşturulması veya kovuşturulmasının, mağdur tarafından bildirilmesi veya şikâyette bulunmasına bağlı olmamasını ve mağdur şikâyetini veya ifadesini geri alsa bile işlemlerin devam edebilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alınması istenmektedir. Belirtilen suçlar açısından Ceza Kanunumuza bakıldığında bazı suçlar açısından sözleşmenin aradığı düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir⁵⁸. Örneğin TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrası kapsamında cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ve 2. fıkrada cinsel saldırının belirli şekillerde eşe karşı işlenmesi şikâyete tabi kılınmıştır. Yine TCK'nın 86. maddesinin 2. fıkrası şikâyet şartını aramaktadır. Gerçi maddede bazı aile fertlerine karşı işlenmesi, kendini savunamayacak durumda olan kişilere karşı işlenmesi veya silahla işlenmesi şikâyete bağlı olmamakla birlikte (3. fıkra), sözleşmenin ifade ettiği tüm kişileri kapsadığını söylemek söz konusu değildir. Ceza Kanunumuzda yer verilen ve sözleşmede belirtilen (çocuk düşürtme ve kısırlaştırma) fiiller ise şikâyete bağlı değildir. Sözleşme çerçevesinde gerekli düzenlemelerin hukukumuzda yer alması gerekecektir. AIHM ise, aile içi şiddet failine yönelik şikâyetin geri alınmasında ceza kovuşturmasına devam edilip edilmeyeceğine ilişkin taraf devletlerde genel görüş birliği bulunmadığını ifade ederek, üye devletlerdeki uygulamaları inceleyerek kovuşturmanın devamına karar verilmesinde dikkate alınması gereken belirli faktörlerin bulunduğunu ifade etmektedir⁵⁹. Suç ne kadar büyükse ya da başka suçların işlenme oranı ne kadar yüksekse kamu yararı açısından kovuşturmaya devam edilmesinin o derece önemli olduğu sonucuna şikâyet geri alınsa bile varılabileceğini belirtmektedir⁶⁰.

Sözleşmenin 58. maddesinde, 36, 37, 38 ve 39. maddelerde yer alan suçların çocuklara karşı işlenmesi halinde dava zamanaşımı süresinin mağdurun reşit

⁵⁸ Sözleşmenin gereğinin TCK'da gerektiği gibi karşılandığı hususunda bkz.: Şahin, s. 18, 19.

⁵⁹ Bu faktörler suçun ciddiyeti, mağdurun yaralarının fiziksel mi psikolojik mi olduğu, failin silah kullanıp kullanmadığı, failin saldırıyı gerçekleştirdikten sonra tehditte bulunup bulunmadığı, failin saldırıyı planlamış olup olmadığı, saldırının hanedeki çocuklar üzerindeki (psikolojik) etkisi tekrar saldırıda bulunma ihtimali, mağdur veya dahil olan veya olabilecek diğer kişilerin sağlığı ve güvenliğine yönelik devam etmekte olan tehdit, mağdurun faille olan halihazırdaki ilişkisi ve şikâyetin geri alınmasına rağmen kovuşturmaya devam edilmesinin bu ilişki üzerindeki etkisi, ilişkinin geçmişi ve özellikle de daha önce şiddet uygulanıp uygulanmadığı, failin adli sicili ve özellikle geçmişte şiddet uygulamış olup olmadığı şeklinde belirtilmektedir.

⁶⁰ Faktörler ve diğer bilgiler için bkz.: <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/opuz-karari> (E.T. 02.05.2014).

olmasından itibaren başlatılmasını sağlayacak gerekli hukuki ve diğer tedbirlerin alınması taraf devletlerden istenmektedir. Ayrıca suçun ağırlığıyla orantılı olması ve yeterli bir zaman devam etmesi de 58. maddede ifade edilmektedir. Ceza Kanunumuza baktığımızda 66. maddesinin 6. fıkrasında, ... “çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.” hükmü yer almaktadır. Kanunumuza göre fiilin işlendiği anda 18 yaşından küçük olan mağdurlara karşı işlenen suçlarda dava zamanaşımı süresi çocuğun 18 yaşını bitirdiği günden başlayacaktır. Bu yönden Sözleşmeye uygun nitelik taşımaktadır. Sözleşme 4 maddeyle ilgili belirleme yapmışken kanunumuz çocuklara karşı işlenen suçlarda böyle bir sınırlamaya gitmemiştir. Sözleşmeye göre 66. madde düzenlemesi daha lehe belirleme niteliği taşımaktadır. Ancak çocuğa karşı suç işleyen kişiler yönünden sözleşme hükmü daha lehedir. Zira Ceza Kanunumuzun 66. maddesinde, suçun üstsoy veya çocuklar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi aranmışken sözleşmede suçun kimin tarafından işlendiğine ilişkin belirleme yapılmamış, dolayısıyla da kim tarafından işlenirse işlensin çocuğa karşı işlenen suçlarda zamanaşımının 18 yaşın bitirilmesiyle başlamasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

İstanbul Sözleşmesi hükümlerinin değerlendirilmesinden şu sonuca ulaşmaktayız. Ceza Kanunumuzun bazı hükümlerinin sözleşmenin gereğini karşılması yönünden yeterli olmadığıdır. TCK, 1 Haziran 2005 tarihli olduğu için zaten sözleşmeyi karşılması da düşünülemez. Ayrıca kadına yönelik şiddet konusundaki tüm konular açısından TCK’da değerlendirme yapılmasının da doğru olmayacağı ortadadır. Örneğin belirli akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişilere şiddet uygulanması TCK’da düzenlenebilirse de yargılama yetkisi konusunu 6284 sayılı Kanunda değerlendirme yapılması daha uygun olacaktır.

6284 sayılı Kanunun 6. maddesinde konumuzla ilgili belirleme bulunmaktadır. Bu düzenlemede suçlara ilişkin hükümlerin saklı tutulduğu ifade edilmektedir. Bu maddeye göre kişinin silah bulundurması, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasının suç teşkil etmesi veya fiilin başka bir suç oluşturması nedeniyle

a) Soruşturma ve kovuşturma evresinde koruma tedbirlerine veya denetimli serbestlik tedbirlerine,

b) Mahkûmiyet hâlinde ceza veya güvenlik tedbirlerinin infazına ve bu çerçevede uygulanabilecek olan denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

Bu düzenlemeden, hükümden önce ve hükümlerle birlikte uygulanacak bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Birincisi kişinin yaptığı fiiller suç oluşturuyorsa soruşturma ve kovuşturmanın ayrıca yapılacağıdır. İkincisi yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla bağlantılı olarak Ceza Muhakemesi Kanunumuzda söz konusu olan koruma tedbirleri, şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla uygulanabileceğidir. Yani bu kanunda yer alan tedbirler ceza muhakemesinde yer alan tedbirlerin uygulanmasını engellemeyecektir. Bu maddede belirtilen ve hükümden önce uygulanması söz konusu olan diğer bir tedbir, yani üçüncü sonuç denetimli serbestlik tedbidir⁶¹. 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun genel gerekçesinde⁶², denetimli serbestlik, kapsamı kanunlarca belirlenen, **şüpheli, sanık ve hükümlüler hakkında mahkemelerce hapis cezası yerine verilen seçenек ceza ve tedbirlerin uygulanması, şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde denetim, takip ve iyileştirilmesini kapsayan alternatif bir ceza ve infaz sistemidir**. Yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturma aşamasında uygulanması mümkün olan denetimli serbestlik tedbiri TCK'nın 191. maddesi ve CMK'nın 231. maddesi çerçevesinde söz konusu olmaktadır. Kişi hakkında cezaya hükmedilmeden önce kovuşturma aşamasında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında denetimli serbestlik tedbirlerine karar verilebilecektir. Yine kovuşturma aşamasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte 1 yıldan fazla olmamak üzere sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilebilecektir. Bu hükümlerde söz konusu olan denetimli serbestlik tedbirleri sanığın toplum içinde denetim, takip ve iyileştirilmesini hedeflemektedir. Dördüncüsü mahkûmiyet halinde kişi hakkında ceza ve güvenlik tedbirleri infaz edilecektir. Beşincisi ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı çerçevesinde denetimli serbestlik tedbirleri uygulanabilecektir. Ertelemede, koşullu salıverilmede, kısa süreli hapis cezası yerine seçenек yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirlerinin infazı süresinde, cezanın infazından sonra da denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilmektedir. Kanun koyucu şiddet

⁶¹ Ceza hukukuna ilişkin mevzuatımızda denetimli serbestlik tedbiri bağımsız bir yaptırım türü olarak öngörülmemiştir Hapis cezasının veya belirli güvenlik tedbirlerinin infazı süresince bu yaptırımları tamamlayan bir kurum olarak düzenlenmiştir: Özgenc, Türk Ceza Hukuku, s. 798.

⁶² Gerekçede denetimli serbestlik tedbiri kapsamına, kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırma, zorunlu olarak eğitim programına katılma, belli çevre sınırları dışına çıkmama veya belirlenen yerlere gitmem, konuttan ya da belirlenen bir çevreden ayrılmama, yurt dışına çıkmama, belirlenen bir stada gitmeme, belirli zamanlarda karakola veya denetimli serbestlik birimlerine giderek imza atma, tedavi programlarına katılma, eğitim kurumuna devam etme gibi tedbirlerin girdiği ifade edilmektedir.

kapsamında bir fiil gerçekleştiren kişinin işlediği suçla bağlantılı olarak özel bir düzenleme öngörmemiş, mevcut hükümlerin uygulanmasını saklı tutmuştur. Ancak hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları içinde bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması (h bendi) ile bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması tedbirlerine yer verilmiştir. Ancak Avrupa Konseyi kadına şiddet sözleşmesinde taraf devletlerin, aile içi şiddet faillerinin daha fazla şiddet eyleminde bulunmalarını engellemek ve şiddet içeren davranış kalıplarını değiştirmek üzere kişiler arası ilişkilerinde şiddet içermeyen davranışı benimsemeleri için failleri eğitmeyi hedefleyen programların oluşturulması veya desteklenmesi için gereken yasal veya diğer tedbirleri alacağına ilişkin belirleme yapılmaktadır. Yine sözleşmeye göre taraf devletler faillerin, özellikle de cinsel suç faillerinin tekrar suç işlemelerini önlemeyi hedefleyen tedavi programlarının oluşturulması veya desteklenmesi için gereken yasal veya diğer tedbirleri alır. (m. 16). 6284 sayılı Kanunda özel belirleme olmadığı için genel hükümler uygulanmak suretiyle tedbirler alınacaktır. Yine sözleşmenin 45/2. maddesinde taraf devletlerin mahkûmların izlenmesi ve denetlenmesi gibi tedbirleri alabileceği ifade edilmektedir. Burada zorunluluk öngörülmemiştir. 6284 sayılı kanunun 12. maddesinde tedbir kararlarının uygulanmasında hâkim kararı ile teknik araç ve yöntemler kullanılabilirliği ifade edilmektedir. Teknik yöntemle takip, şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali olan kişiye yönelik olarak elektronik kelepçe veya bileklik gibi yöntemlerle yapılabilecektir.

Yine Sözleşmenin 48. maddesinde taraf devletlerin, bu Sözleşmenin kapsamına giren bütün şiddet biçimleriyle ilgili olarak, arabuluculuk ve uzlaştırma da dâhil olmak üzere zorunlu alternatif çatışma çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alması gerektiği yönünde belirleme bulunmaktadır. Sözleşmedeki bu düzenlemeye paralel bir belirleme 6284 sayılı Kanunda yer almamaktadır. Şiddet kapsamındaki bazı fiiller uzlaşma kapsamına girmektedir⁶³. Tehdit (TCK m.106/1-2.cümle), kasten yaralama (TCK m. 86/1-2) gibi fiillerde uzlaşma yoluna gidilebilecektir. Bunun haricinde aile içinde şiddete başvuran veya kadına şiddet uygulayan faille ilgili olarak erteleme veya seçenek yaptırımlara çevirme konusunda da kanunda özel belirlemeye gidilebilir.

Kanunun 7. maddesinde şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkesin bunu resmi makam veya mercilere ihbar edebileceği düzenlenmektedir. Ancak eğer fiil suç teşkil ediyorsa 278. madde çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekir.

⁶³ İç hukukumuzun uzlaşma yönünden sözleşmeyle uyumlu olduğuna ilişkin olarak bkz.: Şahin, s. 18.

Kanunda şiddeti uygulayanla ilgili olarak zorlama hapsi kabul edilmiştir. Zorlama hapsi, bir kişiye kendisine düşen yükümlülüğün gereğini yerine getirmeye zorlamak için uygulanan bir yaptırımdır⁶⁴. Bu yaptırım suç karşılığı uygulanan bir ceza olmadığı için disiplin hapsindeki gibi seçenek yaptırımlara çevrilemez, tekröre esas olmaz, ertelenemez, önödeme uygulanamaz, koşullu salıverilme hükümleri uygulanamaz, adli sicil kayıtlarına geçirilemez. Zorlama hapsinin uygulanması için bu kişinin, hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan kişi olması ve tedbirin gereklerine aykırı hareket etmesi gerekmektedir. Hâkim tarafından verilecek ve süresi ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre 3 günden 10 güne kadar olabilecektir. Tekrarı halinde yine ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre 15 günden 30 güne kadar olabilecektir. Zorlama hapsinin uygulanması açısından tekrarın sayısına sınırlama getirilmemiş, ancak toplam uygulanacak zorlama hapsi süresi sınırlanmıştır. Zorlama hapsi, toplamda 6 ayı geçemeyecektir. Fiilleri suç oluştursa bile zorlama hapsi uygulanacaktır. Kanun koyucu zorlama hapsinin uygulanmasında hâkime takdir yetkisi vermemiş, tedbirin gereklerine aykırı davranılması halinde zorlama hapsinin uygulanmasını zorunlu görmüştür. Zorlama hapsinde uygulanan süreler TCK'nın 63. maddesi gereğince mahsup işlemine tabi tutulamayacaktır.

SONUÇ

6284 sayılı Kanununun 1. maddesinde, koruma kapsamında olan kişiler kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olanlar şeklinde belirtilmiştir. Sadece şiddete uğrayanlar değil, uğrama tehlikesi olanlar da korunmaktadır.

Koruma kapsamında olan çocuk veya kadın açısından kanun hükümlerinin uygulanması için, bu kişilerin aile içinde şiddete uğrayıp uğramaması önemli değildir. Çocuk ve kadın olan herkes, nerede şiddete uğrarlarsa uğrasınlar veya uğrama tehlikesi altında olurlarsa olsunlar korumadan yararlanmaktadırlar. Kadın, 18 yaşından büyük olan ve cinsiyeti bu nitelikte kişileri ifade etmektedir. Ancak İstanbul Sözleşmesinde kadın ibaresinin 18 yaşından küçük kız çocuklarını da kapsadığı belirtilmektedir. Bunun nedeni kanunumuzdaki gibi çocukların, kadınlar ve aile şiddet mağdurlarının dışında ayrı bir grup olarak sözleşmenin amacına dahil edilmemesidir. Aile bireyi sayılan kişilerin, ne anlama geldiği ise tanımlar kısmında yer almamaktadır. İçerisine tüm aile bireyleri girmektedir. Kanun açısından aile içinde şiddete uğrayan kişinin, çocuk ya da kadın ya da erkek olması da önemli değildir. Tüm aile bireyleri ifade edilmektedir. Kanuna göre çocuklar sadece şiddete uğradıklarında değil, aile içinde şiddete tanık

⁶⁴ En etkili yaptırım olduğu ifade edilmektedir: Şahin, s. 18.

olduklarında da mağdur olarak nitelendirilmektedir. Kanuna göre yalnızca aile içinde şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi olan çocuklar korunma kapsamında olmayıp, aile dışında şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi olan çocuklar da şiddet mağduru olarak nitelendirilecektir. Sözleşmeyle 6284 sayılı Kanun karşılaştırıldığında, sözleşme aile içinde şiddete maruz kalan çocukları, aile içi şiddet tanığı çocukları korurken, 6284 sayılı Kanun çocukların aile içinde şiddet tanığı olmalarını aramamaktadır. Aile içinde olmasa bile şiddetten etkilenen, etkilenme tehlikesi olan çocukları ve bu çerçevede kanunun kapsamında olan tüm kişileri ifade etmektedir. Tek taraflı ısrarlı takip mağduru ve bunlara uygulanan şiddetin ne olduğu ise kanunda ifade edilmemiştir. Ancak 18 Ocak 2013 tarihli Uygulama Yönetmeliğinin 3. maddesinin 3. bendinde tek taraflı ısrarlı takip tanımlanmıştır. Düzenlemede şiddet mağdurunun cinsiyetine, çocuk olmasına veya aile ferdi olmasına ilişkin belirlemeye gidilmemiştir. Bu çerçevede farklı cinsel tercihleri olan kişiler de söz konusu belirleme nedeniyle bu kanun kapsamında korunacaktır. Tanımlar karşılaştırıldığında, Sözleşme hükümlerinden bazı farklılıklar olsa da, sözleşmenin içerdiği korumayı Kanunun sağladığını söyleyebiliriz.

Şiddet noktasında ise Sözleşmede olmayan şiddet tanımlamasına 6284 sayılı Kanunda yer verildiği görülmektedir. **Böylece şiddet noktasında yaşanacak tereddütler ortadan kaldırılmıştır.** Her iki düzenlemede de aile şiddet ve kadına yönelik şiddet tanımlanmıştır. Aile içi şiddet yönünden Sözleşmenin daha açık düzenleme yaptığı görülmektedir. Sözleşme önceki eşler ve partnerlere uygulanan şiddeti açıkça aile içi şiddet olarak nitelendirirken, Kanunda bu şekilde belirleme olmasa da eski eşlerin, imam nikâhlı birlikteliklerin, yakın yaşam arkadaşlıkların koruma kapsamı içinde olduğunu düşünüyoruz. Kadına yönelik şiddet açısından ise, 6284 sayılı Kanun toplumsal cinsiyet kavramına yer vermemişse de kadına yönelik şiddeti tanımlarken daha geniş koruma sağlayan belirleme yapmıştır.

Ceza Kanunumuz açısından Sözleşme hükümleri değerlendirildiğinde bazı hükümlerin karşılandığı bazılarının ise şu anki düzenlemeler nedeniyle yeterli olmadığı görülmektedir. Sözleşme kültür, örf adet, sözde namusun şiddet fiillerinin gerekçesi olarak kabul edilmemesi için yasal ve diğer tedbirlerin alınmasını istemektedir. Ceza Kanunumuzda bu nedenler bir indirim nedeni kabul edilmemiş, tam tersine töre saiki ve kan gütme saiki öldürme suçunda nitelikli hal sayılmıştır. Ancak namus saikiyle öldürmeye ilişkin bir belirlemeye gidilmemiştir. Kanun koyucunun şiddet eylemleriyle mücadele etmek açısından namus saikiyle işlenen öldürme fiillerini de nitelikli hal saymasının uygun olacağını düşünüyoruz.

Çocukların suç işlemede kullanılmasının cezanın azaltılması nedeni olarak düzenlenmemesine yönelik hüküm açısından bakıldığında, TCK'da tam tersine dolaylı faillikte ve azmettirmede cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir durum olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Ceza artırımı şeklindeki belirlemenin doğru olmadığını düşünüyoruz. Zira müsterek fail olarak birlikte suç işlediklerinde ceza arttırılmazken dolaylı faillikte arttırılmaktadır.

Şiddet fiillerinin şu anki eşlere veya eski eşlere veya partnerlere karşı veya aile bireylerince işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi hükmü Ceza Kanunumuz açısından değerlendirildiğinde ileride sorun çıkacağı anlaşılmaktadır. Zira Ceza Kanunumuzda yalnızca resmi birliktelikler eş olarak kabul edilmekte ve boşanmış eşlere karşı gerçekleştirilen fiiller nitelikli hal kapsamında kabul edilmemektedir. Ayrıca eşe karşı gerçekleştirilen şiddet de, Ceza Kanunumuzdaki şiddet kapsamına giren tüm fiillerde değil, bazı fiillerde nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Partnerler ise hiçbir şekilde nitelikli hal kapsamına girmemektedir. Ayrıca kan akrabalığı dışındaki akrabalıklarda nitelikli hal kapsamında genel olarak kabul edilmemektedir. Kayın alt soy üst soy ilişkisi, şiddet kapsamına giren önemli suçlarda cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmemektedir. Oysa sözleşmede suçun, iç hukuk tarafından tanınan, failin şu anki veya daha önceki eşe veya partnere karşı, mağdurla birlikte yaşayan veya yetkisini kötüye kullanan aile bireylerince işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmesi istenmektedir. Yine sözleşmede şiddet niteliğindeki fiillerin çocuk önünde gerçekleştirilmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesi belirtilirken, mevzuatımızda çocuk önünde işlenmesine yönelik herhangi bir belirleme bulunmamaktadır. Yine suçun mükerreren işlenmesinin nitelikli hal kabul edilmesi açısından TCK'da değişikliğe gidilmesi ve iki veya daha fazla kişi tarafından suçun işlenmesi nitelikli hal yönünden ise kanunun gözden geçirilerek şiddet kapsamında olan bazı fiillerde olan, diğer bir kısım fiillerde olmayan bu neden Sözleşmeye uygun hale getirilmelidir. Hükümlerin gözden geçirilmesi gerektiği suçun işlenmesinden önce ve esnasında aşırı düzeyde şiddet uygulanması, suçun silahla veya silahla tehdit ederek işlenmesi, mahkûmiyetten sonra tekrar işlenmesi nitelikli halleri açısından da geçerlidir.

Eşlere karşı her tür cinsel saldırının suç olarak kabul edilmesi, zorla evlendirmenin bağımsız suç olarak düzenlenmeye bağlanması ve kadın sünnetine ilişkin hüküm konulması sözleşmenin istediği düzenlemeler olup Kanunumuzda değişikliğe gidilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Var olan düzenlemelerle sorun çözümlenebilirse de gerekli korumanın sağlanması için hükümlerin gözden geçirilmesi lüzumu bulunmaktadır.

Sonuç olarak 6284 sayılı Kanun düzenlemesinin İstanbul Sözleşmesinin gereklerini karşıladığını, ancak TCK hükümlerinde revizyona gidilmesi ihtiyacı olduğunu söylemek istiyoruz.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yenilenmiş, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2013.

Badur, Emel, “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, TBBD, 2009, S. 84, s. 65.

Bacaksız, Pınar, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 18.

Centel, Nur, “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor mu”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 2.

Centel, Nur, “Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım”, <http://nurcentel.com/makaleler/kadinakarsisiddet.pdf>, s. 8, 9 (E.T. 06.06.2014).

Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (C. I), İstanbul 2007.

Dişsiz, Melike-Hotun Şahin, Nevin, “Evrensel Bir Kadın Sağlığı Sorunu: Kadına Yönelik Şiddet”, http://hemsirelik.maltepe.edu.tr/dergiler/cilt1sayi1agustos2008/cilt1sayi1a2008/50_58.pdf. (E.T. 03.05.2014).

Erdem, Mehmet, “Aile İçi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, www.kazanci.com.tr (E.T. 05.03.2014).

Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Tıpkı Basım 4. Baskı, Ankara 2011.

Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Kısmen Genişletilerek Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2011.

Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2013.

Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 2013.

Moroğlu, Nazan, “Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, www.kazanci.com.tr (E.T. 05.03.2014).

Moroğlu, Nazan, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf, s. 375 (E.T. 22.02.2014).

Nuhoglu, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 212 vd.

Öncü, Gülay Arslan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 43.

Özcan, Onur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Töre Saikiyle Kasten Öldürme Suçu”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 242-244.

Özbek, Veli Özer-Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2013.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2010.

Şahin, Cumhuri, “İstanbul Sözleşmesi’nin Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerindeki Etkisi”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, C. 8, S. 97-98, s. 18.

Şener, Ülker, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?”, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1333026809-1.6284_Sayili_Ailenin_Korunmasi_ve_Kadina_Yonelik_Siddetin_Onlenmesine_Dair_Kanun_Ne_Getiriyor.pdf, s. 3 (E.T. 21.01.2014).

Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan Erdem-Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2012.

Üzülmez, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007.

Yenisey, Feridun, “Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik “Şiddet Riskinin” Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, C. 8, S. 97-98, s. 11, 12.

Aile İçi Şiddette Daha İyi Koruma, Şiddetten Koruma Yasası'na dair Bilgiler, http://www.info.frauenreferat.frankfurt.de/Mehr_Schutz_bei_haeuslicher_Gewalt_TR.pdf (E.T. 02.03.2014).

Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Ulusal Eylem Planı 2012-2015, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2012, http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.gov.tr/mce/2012/kadina_yonelik_sid_2012_2015.pdf, s. 9 (E.T. 20 Mayıs 2013).

“Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal ve Uluslar arası Düzenlemeler”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, www.aileicisiddet.net/egitim/set/KYAIS-İlgili-Ulusal-ve-Uluslararası-Yasal-Düzenlemeler.pdf, s. 29 (E.T. 09.09.2013).

<http://www.ntvmsnbc.com/id/25481763/> (E. T. 13.02.2014).

<http://www.aksam.com.tr/yasam/95-kadin-olduruldu/haber-262413> (E.T. 19 Kasım 2013).

<http://www.aydinlikgazete.com/toplum/28163-koleci-toplumdan-kalma-utanc-sirri-kadin-sunneti.html> (E.T. 28.02.2014).

<http://www.ntvmsnbc.com/id/25298423> (E.T. 28.02.2014).

<http://www.migraweb.ch/tr/themen/frauen/genitalverstuemmelung/> (E.T. 28.02.2014).

<http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/opuz-karari> (E.T. 02.05.2014).

<http://www.haberler.com/gelinini-alnindan-vurdu-4424775-haberi/> (E.T. 03.05.2014).

TEHLİKE SUÇU İLE ZARAR SUÇU ARASINDAKİ S UÇLARIN İÇTİMAİ SORUNU

*Matter of the Coalescence of Offenses between Endangerment and
Damage Offense*

Yrd. Doç. Dr. Koray DOĞAN *

ÖZET

Makalede genel itibariyle aynı olayda gerçekleşen bir tehlike suçu ile zarar suçunun içtima sorunu ele alınmaktadır. *Çifte değerlendirme (cezalandırma) yasağı* gereğince, aynı eylemden dolayı fail iki kez cezalandırılmaz. Bunun önüne geçme eğiliminde olan Yargıtay'ın görüşü de fikri içtima kuralının uygulanması yönündedir. Bu çalışma ile bu uygulama şekli detaylı bir şekilde ele alınmakta ve özellikle asli-tali norm ilişkisinin uygulanabilirliği tartışmaya açılmaktadır. Değerlendirme bölümünde genel esasların belirlenmesinin yanı sıra, "Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanununa Muhalefet", "Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması", "Trafik Güvenliğinin Tehlikeye Sokulması", "Tehdit" suçları gibi tehlike suçları, birlikte işlenmesi muhtemel zarar suçları ile birlikte ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tehlike Suçu, Somut Tehlike Suçu, Soyut Tehlike Suçu, Zarar Suçu, Fikri İçtima, Asli-Tali Norm İlişkisi

ABSTRACT

In this Article in general, the matter of the coalescence of offenses between endangerment and damage offenses is mentioned. According to the ban of dual valuation (punishment), nobody can be punished twice because of the same action. The opinion of the Supreme Court of Appeal, which tends to prevent dual punishment, is the implementation of intellectual congregation. What this study deals with in detail is this application and especially to discuss the applicability of primary-secondary norm relationship. In the solution part of the article in addition to the determination of the general principles, it will be taken into consideration such as crimes "Violation of the Law for the Firearms and Knives", "Endanger Common Safety", "Endanger the Safety of Traffic", "Threat" crimes with damage crimes which are probably committed together.

Keywords: Endangerment, coalescence, concrete endangerment, abstract endangerment, Damage Crimes, Intellectual congregation, Relationship of primary-secondary norm.

◆◆◆◆

* Dokuz Eylül Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, koraydgn@gmail.com

GİRİŞ

Ceza hukukunun önleme işlevi ile bağlantılı olarak bazı eylemler henüz bir zarar neticesine neden olmasa bile kanun koyucu tarafından cezaya layık görülmüştür. Bir başka ifadeyle cezalandırma noktası, ceza hukukunun son çare niteliğine uygunluğu tartışmalı¹ olarak öne alınmıştır. Bu durumda kanun, bir zararın ortaya çıkma tehlikesine neden olmayı (somut tehlike suçu) ya da tehlike potansiyeline sahip olmayı (soyut tehlike suçu) cezalandırmaktadır². Suçun korunan hukuki değere etkisine göre yapılan bu ayırım, haksızlık içeriğinin yoğunluğuna veya eylemin korunan hukuki değer etkisine göre³ üç basamaklı bir sıralamadan söz edilebilir: 1. *tehlike (soyut veya somut) suçu* ve 2. *zarar suçu* 3. *karma suçlar*. Bu ayırım aslında neticenin haksızlığına dayanır gibi görünse de hareketin haksızlığından da bağımsız değildir. Özellikle soyut tehlike suçlarında, hareketin haksızlığının potansiyel olarak⁴ (somut olayda tehlikeye neden olması aranmaksızın) tehlikeye neden olabilecek nitelikte olması yeterli kabul edilir. Bu nedenle bu ayırımın dayanak noktası, hareketin suçla korunan hukuki değere etki şeklidir⁵. Zarar veya somut tehlike suçlarında belirli bir suçun konusuna etki çeşidine dayalı olarak iki tür netice söz konusudur: zarar veya somut tehlike neticesi. Ancak soyut tehlike suçlarında korunan hukuki değere eylemin potansiyel etkisi gözetilip, genel bir ön koruma amaçlanarak eylem doğrudan bir etkisi olmasa dahi cezalandırılır⁶.

Kanun koyucunun hukuki değeri tehlike altında bırakan hareketin devamında hukuki değerın zarar görme ihtimalini başka bir suç tipi olarak düzenlemesi, özellikle içtima ilişkisi bakımından bir takım sorunları beraberinde getirir. Zira

¹ Tartışılan suç grubu daha çok soyut tehlike suçlarıdır, görüşler için bkz. **Zieschang** Frank, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998, s.349vd.; **Satzger** Helmut, "Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte", NSTZ 1998, s.112; **Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992, s.55; **Özbek** Veli/**Kanbur** Mehmet Nihat/**Doğan** Koray/**Bacaksız** Pınar/**Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.232.

² "Zararsız veya tehlikesiz suçtan söz etmek, tam bir çelişkidir." **Toroslu** Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008, s.103.

³ **Maurach** Reinhart/**Zipf** Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1 Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Heidelberg 1983, § 20 III, no.29.

⁴ **Maurach/Zipf** bunu olasılık (=Wahrscheinlichkeit) olarak bkz. **Maurach/Zipf**, § 20 III, no.29; **Önder** imkandan daha fazla olarak ihtimal olarak belirtmektedir bkz. **Önder**, s.53; aynı yönde bkz. **Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s.226.

⁵ **Maurach/Zipf**, § 20 III, no.29; **Heinrich** Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 2012, no.161. Ayırımın dayanak noktasının suçun konusundan çok suçla korunan hukuki değer olarak seçilmesi özellikle soyut tehlike suçlarında zarar suçları ve somut tehlike suçlarından farklı olarak **belirli bir suçun konusundan** söz edilemeyecek olmasıdır. Suçla korunan hukuki değer ise tüm suçların varlık sebebi olduğu için tüm suçlar için geçerli olan bir değerlendirme kriteri olabilir.

⁶ **Rönnau** Thomas, "Grundwissen – Strafrecht: Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte", JuS 2010, s.963.

tehlike suçu ile zarar suçunun aynı hukuki değeri korumakta olması ve somut olayda hem tehlikenin açığa çıkması hem de bu tehlikenin zarar neticesinin ön aşaması olması, ihtimal dahilindedir. Bu durumda failin sonuç olarak hangi suç/suçlardan cezalandırılacağı sorunu ortaya çıkar. 765 sayılı TCK'da genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu olarak adlandırılabilir 264. maddesinin 6. fıkrasında “*eylemleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde*” şeklinde, 7. fıkrada “*eylem başka bir suçu oluştursa bile*” şeklinde açık düzenlemeler varken, 5237 sayılı TCK bu şekilde sınırlayıcı düzenlemeler içermemektedir.

Bu çerçevede içtima ilişkisinin sıklıkla yaşandığı suç tipleri, genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçları (m.170/171), trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçları, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamında işlenen suçlar ile bunlarla bağlantılı zarar suçlarıdır (örneğin öldürme, yaralama, mala zarar verme, silahlı tehdit⁷). Sorunun cevabı aşağıda özellikle hareketin teklifi ekseninde, suçların içtima hükümleri veya görünüşte içtima kuralları çerçevesinde doktrin ve uygulamada ortaya atılan görüşlerle birlikte ele alınacaktır. Sorunun doğrudan değerlendirilmesine geçmeden önce, tehlike suçu – zarar suçu ayırımına ilişkin genel bilgiler verilecek, devamında konuya ilişkin görüşler ve sonuç kısmında ise bu görüşler değerlendirilerek kendi görüşümüze yer verilecektir.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞERE ETKİSİNE GÖRE SUÇLAR

A. Tehlike Suçu

Tehlike içeren eylemler, genellikle kabahat olarak nitelendirilse de istisnai hallerde⁸ TCK ve ilgili özel ceza yasasında suç olarak düzenlenebilmektedir. İstisnai olmasından kaynaklandığı için tehlike suçlarının genel bir tanımlamasını yapmak, unsurlarını ortaya koymak, ceza hukukunun en tartışmalı konu başlıklarından biridir. Genel olarak suçun netice yönünün somut veya soyut bir tehlikeden ibaret olduğu suç tipleri olarak tanımlanan⁹ bu suç tipleri, bünyesinde barındırdığı tehlikelilik nedeniyle kınanabilir olarak kabul edilir¹⁰. Ancak bu suç tiplerinin

⁷ Tehdit suçu diğer örnek suç tiplerinden farklı olarak bir soyut tehlike suçudur bkz. **Özbek Veli/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.368; **Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2012, s.359.

⁸ **Haft** Fritjof, Strafrecht Besonderer Teil II, München 2005, s.218.

⁹ **Polat** Halil, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu İle Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtima”, TAAD, Nisan 2010, S.1, s.136; **Özek**, salt tehlike suçlarını hareketten ayrı neticenin öngörülmediği suçlar olarak tanımlamıştır bkz. **Özek** Çetin, “Silahlı Çete – Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları, Ankara Üniversitesi SBFDER, C.49, S.3, s.362.

¹⁰ **Satzger**, s.113.

bünyesinde zarar neticesini de barındırabilme ihtimali ve soyut tehlike suçlarının sırf hareket suçu niteliğinde olması, belirtilen tanımın zayıf yönüdür. Örneğin genel güvenliğin kasten/taksirle tehlikeye sokulması suçları (m.170/171) her ne kadar tehlike suçu olarak kabul edilse¹¹ de bünyesinde çeşitli zarar neticeleri (yangın, bina çökmesi vb.) barındırır¹². Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere bu tür suçlar kanaatimizce karma suç kategorisinde değerlendirilmelidir.

Tehlikeli hareketin gerçekleştirilmesinin yeterliliğinin, suçun tamamlanmasına etkisine göre tehlike suçları, somut ve soyut tehlike suçları olarak ikiye ayrılır.

1. Soyut Tehlike Suçu

Soyut tehlike suçunda failin hareketinin belirli bir suçun konusunu tehlikeye sokmuş olması gerekmez. Ancak suçun bir tehlike suçu olduğu da unutulmamalıdır; yani **tehlikenin potansiyel olarak varlığı** başka bir ifadeyle tehlikeye neden olmaya **elverişli olması**¹³ yeterlidir; ancak tehlikenin ortaya çıkmış olması aranmaz. Örneğin; inşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama(m.176), yalan tanıklık (m.272) veya terk suçları (m.97) soyut tehlike suçudur¹⁴. Zira kanunda yer alan tanımlarda **bir netice olarak** somut tehlike ayrıca düzenlenmemiştir. Tehlikenin gerçekleşmiş olması bu tür suçların bir unsuru değildir¹⁵, sadece kanun koyucuya eylemi suç olarak düzenleme motivasyonunu veren olgudur¹⁶. Eylemin barındırdığı tehlikelilik hali cezalandırma için yeterli görülmüştür¹⁷. Bu noktada şunu önemle belirtmek gerekir ki, soyut tehlike suçlarında fail bir tehlike neticesine neden olmuş olabilir, bu durum onun cezalandırılmasına engel olmaz hatta TCK m.61/1-e gereğince somut cezalandırmada alt sınırdan uzaklaşılabilir.

Bununla bağlantılı olarak soyut tehlike suçları, **kural olarak** sırf hareket suçudur¹⁸.

¹¹ **Polat**, s.136.

¹² **Artuk** Mehmet Emin/**Üzülmüş** İlhan, "Taksirle Tehlikeye Sebepiyet Verme Suçu (765 S. TCK. M. 383) Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (5237 S. TCK M.171)", TBBD., Y.2005, S.57, s.191.

¹³ BGHSt 39, 371; **Fischer**, §13 no.13a.

¹⁴ **Rönnau**, s.962; **Maurach/Zipf**, §20 III, no.31.

¹⁵ Alman öğretisinde baskın görüş de bu yöndedir, bkz. **Baumann** Jürgen/**Weber** Ulrich/**Mitch** Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003, §8 no.43; **Fischer**, §13 no.13a; **Rönnau**, s.963; **Küper** Wilfried, Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, Heilderberg 2005, s.151; **Heinrich**, no.164; **Haft**, s.218.

¹⁶ **Haft**, s.218.

¹⁷ **Lackner** Karl/**Kühl** Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, München 2007, §13, no.32; **Heinrich**, no.164.

¹⁸ Bütün sırf hareket suçları, soyut tehlike suçudur ancak soyut tehlike suçları **kural olarak** sırf hareket suçudur bkz. **Rönnau**, s.962; **Heinrich**, no.164. Soyut tehlike suçları neticeli (neticesi hareketten ayrılabilen) suç kategorisinde değildir bkz. **Fischer**, §13 no.13a.

Ancak tabii ki sırf hareket suçlarında zarar suçlarına oranla daha zayıf da olsa, neticenin haksızlık içeriğinden söz edilebilir, zira bu tür suçlarda potansiyel de olsa bir zarar riski mevcuttur¹⁹.

Kanunda yer alan suça ait tanımlamada, tehlike kavramının madde içerisinde yer alması, tek başına suçu somut tehlike suçu haline getirmez. Örneğin hayvanın **tehlakeli olabilecek şekilde** serbest bırakılması suçu (m.177), tip içerisinde tehlikeden söz edilmesine rağmen soyut tehlike suçudur. Çünkü eylemin tipe uygun olabilmesi için eylemin potansiyel olarak tehlike neticesini ortaya çıkarabilecek mahiyette olması yeterlidir, somut olarak hayvanın serbest bırakılmasının belirli bir kişinin hayatı veya sağlığına tehlikeye yaratmış olması gerekmez. Buna karşılık kanun koyucunun açıkça **“tehlakeli olacak biçimde”**²⁰ ifadesini kullandığı suç tipleri somut tehlike suçudur. Bu yaklaşımla TCK’nın Genel Tehlike Yaratan Suçlar bölümünde yer alan suçlar, *karma suç kategorisi bir kenara bırakılacak olursa*; m.170/1, 171, 173, 179/1²¹, 180 somut tehlike suçu, m.170/2²², m.172, 174, 175, 176, 177, 178, 179/2-3²³ soyut tehlike suçudur²⁴. Bu suçların tamamını bölüm başlığından hareketle, somut tehlike suçu olarak kabul etmek mümkün değildir; zira suçun veya düzenlendiği bölümden hareketle yapılan sistematik yorumdan çok, madde içerisinde yer alan tipe ait tanımlama öncelikli bir yorum aracıdır.

¹⁹ **Rönnau**, s.962; **Hohn** Kristian, Grundwissen – Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht, JuS 2008, s.494.

²⁰ Karşılaştığımız **Hafizoğulları Zeki/Özen** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar, Ankara 2012, s.8.

²¹ *“Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluşması için bir trafik kazasının oluşmasının gerekli ve yeterli olmadığı bu suçun oluşabilmesi için failin eylem ve davranışlarıyla trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokması, kişilerin mal, can emniyeti açısından genel ve somut bir tehlike meydana getirmesi gerekir.”* 12.CD., 2011/5529, 2011/3783, 26.10.2011, www.kazanci.com.

²² Madde gerekçesinde bu suçun soyut tehlike suçu olduğu belirtilmektedir ancak kanaatimizce bu fıkra düzenlenmiş suç kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından soyut ancak malvarlığı değerleri bakımından somut tehlike suçudur.

²³ *“Sanığın promilinin yasal sınırdan yüksek olduğu, sanık hakkında “reflekslerinin yavaş, gözlerinin kızarık ve baygın” olduğuna dair tutanak düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Suçun soyut tehlike suçu olduğu nazara alınmadan somut bir tehlike gerçekleşmediği biçimindeki yasal olmayan gerekçelerle sanığın beraatine karar verilmesi hukuka aykırıdır.”* 2.CD., 2009/31620, 2011/333, 18.1.2011, www.kazanci.com.; Al.CK bu eylemi §315c’de somut, §316’da soyut tehlike suçu olarak düzenlemiştir bkz. **Lackner/Kühl**, §315c, no.1 ve §316, no.1, bizdeki düzenleme §316’a uygundur.

²⁴ Bu suçların tümünün somut tehlike suçu olduğu görüşü için bkz. **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.207; **Koca** Mahmut/**Üzülmez** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.113; **Aydın** Murat, Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması, <http://www.murataydin.name.tr/> (erişim tarihi:14.10.2013), (Makale ayrıca Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Şubat 2007 sayısında da yayınlanmıştır).

Bu hususta Alman doktrininde bazı yazarların²⁵ yaptığı konu ile bağlantılı bir ayırmadan kısaca söz etmek gerekirse; soyut ve somut tehlike suçlarının yanı sıra **soyut-somut** (=abstrakt-konkret) veya başka bir ifadeyle **potansiyel tehlike suçları** da yer alır²⁶. Bu suçlar özellikle çevre ceza hukukunda elverişli suçlar (=eignungsdelikte) kategorisinde incelenmektedir²⁷. Bu suçlar, tip içerisinde “*tehlikeye elverişli olma*” unsurunu barındırır (örneğin Radyasyon yayan ışınların serbest bırakılması Al.CK. §311/I, Havanın kirletilmesi § 325/I)²⁸. Ancak kanaatimizce bu tür suçları ayrı bir kategori olarak incelemek yerine, soyut tehlike suçları ile birlikte (veya onun bir alt grubu olarak²⁹) ele almakta fayda vardır. Zira bu tür suçlarda da tehlike ayrıca araştırılması gereken bir netice olarak tip içerisinde zikredilmemiştir³⁰. Ayrıca soyut tehlike suçlarının tamamının normun koruma alanına müdahale anlamında potansiyel bir etki barındırıyor olması gerekir. Aksi takdirde suça teşebbüs anlamında “*elverişli hareket*” söz konusu olamaz.

2. Somut Tehlike Suçu

Somut tehlike suçunda failin hareketi neticesinde korunan hukuki değer (genellikle kişinin vücut dokunulmazlığı, yaşam hakkı veya malvarlığı) somut bir şekilde zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştır ancak zarar görmüş olması gerekmez. Örneğin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu (m.216) da somut tehlike suçudur. Bu tür suçlarda hareketin yapılmış olması yeterli olmaz ayrıca korunan hukuki değer, suçun objektif unsuru olarak tehlikeye maruz kalıp kalmadığı ayrıca araştırılır³¹.

Bu noktada tartışmalı olan hususlardan birisi, somut tehlike suçlarında tehlikenin suçun neticesi mi yoksa objektif cezalandırma şartı mı olduğudur. Birinci görüş tehlikeyi suçun bir unsuru olarak; **neticesi** olarak kabul eder³². İkinci görüşe göre ise tehlike haksızlığın tipine ait bir unsur değil bir **objektif cezalandırma şartıdır**³³. İlk görüş kabul edilecek olursa failin kastının tehlike neticesini de

²⁵ **Hoyer** Andreas, Die Eignungsdelikte, Berlin 1987, s.26; **Baumann/Weber/Mitch**, §8 no.44.

²⁶ **Fischer**, §13 no.13a; **Haft**, s.219; **Zieschang**, s.162vd.

²⁷ **Roxin** Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, München 2006, §10 no.124; **Küper**, s.151; **Heinrich**, no.165.

²⁸ **Satzger**, s.113.

²⁹ **Fischer**, §13 no.13a.

³⁰ Benzer yönde bkz. **Lackner/Kühl**, §13, no.32; **Satzger**, s.114.

³¹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.232.

³² **Roxin**, §11 no.121; **Satzger**, s.114; **Fischer**, §13 no.13a; **Küper**, s.151; **Heinrich**, no.163; **Haft**, s.218; **Önder**, s.55; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.217; **Demirbaş** açıkça bunu belirtmese de “*tehlike kastının*” varlığını kabul ediyor olması bu görüşte olduğu şeklinde yorumlanabilir bkz. **Demirbaş**, s.227.

³³ **Özgenç**, s.210; **Koca/Üzülmez**, s.113; **Aydın**, <http://www.murataydin.name.tr/>.

kapsıyor olması gerekecek, ikinci görüş kabul edilirse somut tehlike suçlarında failin cezalandırılabilmesi için tehlikenin objektif olarak (failin kastı kapsamında kalma zorunluluğu olmaksızın) belirlenmesi yeterli görülecektir. Kanaatimizce, somut tehlike suçlarında tehlike, tıpkı zarar suçlarında zararın olduğu şekliyle bir *neticedir*³⁴. Suçun konusunun³⁵ somut bir tehlikeye maruz kalmış olması gerekir³⁶. Failin kastının bu neticeye yönelik olması ve hareket ile tehlike netice arasında objektif isnadiyete dayalı nedensellik bağlantısının varlığı gerekir³⁷. Aksi bir kabul yani tehlikeyi netice olarak kabul etmemek, cezalandırmanın gerekçesini sadece *dış dünyadaki değişime* bağlayan, natüralizm etkisindeki klasik suç teorisine daha yakındır³⁸. Tehlikenin gerçekleşmemesi halinde otomatik olarak suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilemez, mutlaka failin kastının bu neticeyi kapsıyor olması gerekir. Failin kastının bu neticeye yönelik olmasına rağmen tehlikenin açığa çıkmaması halinde eylem, teşebbüs aşamasında kalır; aksi takdirde fail cezalandırılmaz. Bu durumda taksirli suça bağlı sorumluluğu da doğmaz, zira taksirli eylem netice gerçekleşmeksizin cezalandırılmaz³⁹. Bu görüşümüzü destekleyen argümanlardan birisi de tehlike suçlarından bazılarının kasten bazılarının ise taksirle işlenebilir olmasıdır. Eğer tehlikeyi netice olarak kabul etmeyecek olursak, suçun kasıtlı-taksirli işlenen şekli arasında ayırım yapılamaz⁴⁰.

Ancak bu kanaatimizin soyut tehlike suçları için geçerli olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere soyut tehlike suçlarında *tehlikelilik*, suçun bir unsuru olarak değil kanuni düzenlemenin gerekçesi⁴¹ olarak karşımıza

³⁴ *Baumann/Weber/Mitsch*, tehlike suçlarını neticeli suçlar kategorisinde kabul etmekte ve bu neticeyi öne alınmış (=vorverlagertem) netice olarak nitelendirmektedir bkz. *Baumann/Weber/Mitsch*, §8 no.41,42; *Lackner/Kühl*, neticeli suçları somut tehlike suçları ve zarar suçları olarak ikiye ayırmaktadır bkz. *Lackner/Kühl*, §13 no.32.

³⁵ Ayırımın dayanak noktası korunan hukuki değere etki iken burada suçun konusundan söz edilmesi somut tehlike suçlarında soyut tehlike suçlarından farklı olarak belirli bir suçun konusunun varlığıdır.

³⁶ *Küper*, s.151.

³⁷ *Haft*, s.218.

³⁸ Teori hakkında bkz. *Jescheck/Weigend*, s. 202; *Roxin*, §7, no. 15, 201; *Schünemann* Bernd Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, s.19vd; *Gropp* Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 2001, §3, no.58; *Heinrich*, no.97.

³⁹ Bu hususun tespiti aynı zamanda suçun işlendiği yerin tespiti aşamasında da önem arz eder. Harekete veya tehlikeye önem veren teorilerden kanımızca daha uygunu harekete üstünlük veren teoridir. Ancak neticeye üstünlük tanıyan teorinin kabul edilmesi halinde tehlikeyi bir netice olarak kabul etmek veya etmemek, suçun işlendiği yer bahsinde farklı sonuçlara ulaşılmasını sağlar.

⁴⁰ Ancak somut tehlike suçlarında hakim hareketi nedensellik bağıyla bağlı tehlike neticesini objektif bir değerlendirmeyle mi yoksa sübjektif bir değerlendirmeyle mi yapacağı ayrı bir tartışma konusudur. Bu noktada kanaatimizce tehlikenin hem objektif anlamda elverişli hareketle açığa çıkartılmış olması hem de sübjektif anlamda belirli bir konu veya mağduru etkilemiş olması gerekir. Değerlendirmenin objektif şekilde yapılması gerektiği görüşü için ayrıca bkz. *Önder*, s.54.

⁴¹ *Tröndle*, §13, no.13a.

çıkamaz. Fail tehlikeyi mündemiç bir hareketi nedeniyle cezalandırılır. Burada tehlikeden çok tehlikelilikten söz edilir ancak cezanın türüne etki eden failin tehlikeliliği değil hareketin tehlikeliliği önem arz eder. Bu noktada somut tehlike ile hareketin tehlikelilik arasında ayırımın pratikte çok açık olmadığı da söylenmelidir⁴². Örneğin; havaya ateşli silahla ateş eden bir kişinin bu eyleminin tehlikeli olup olmadığı ile somut bir şekilde bir bireyin sağlığı için tehlike arz edip etmediğinin ayırımı zordur. TCK bakımından bu durum bir somut tehlike suçu olarak düzenlenmektedir (m.170/1-c). Bu nedenle somut tehlikenin bir unsur olarak ortaya konulabilmesi için, her ne kadar kanun maddesinde “kişilerin” denilse de, toplum içerisinde *belirli*⁴³ bir kişi/kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından hareketin tehlikeye neden olduğu mahkeme hükmünün gerekçesinde açıklanmalıdır. Özellikle havaya ateş etme örneklerinde havaya ateş edildiğinde olay yerinde hiç kimsenin bulunmaması “*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*” gereğince vakianın ispat edilmesine engel olabilir. Ancak failin yalnız olduğu dar bir sokakta havaya ateş etmesinin, sokakta yer alan evlerde yaşayanların tamamı için tehlikeye neden olduğu da söylenebilir.

B. Zarar Suçu

Zarar suçu, korunan hukuki değer ve suçun konusunun zarara uğratıldığı, eylemden etkilendiği, zararın bir netice olarak suçun objektif unsurlarına dahil olduğu suçlardır⁴⁴. Kural olarak suçlar birer zarar suçu olarak düzenlenir zira haksızlık içeriği tehlike suçuna göre daha yoğunudur; bu nedenle de ceza hukukunun son çare olma niteliğine tehlike suçlarına göre daha uygundur. Öldürme, yaralama, yağma, mala zarar verme bu tür suçların en tipik örnekleridir. Korunan hukuki değere etkisi bakımından mutlaka suçun belirli bir konusunun (belirli bir kişi, eşya gibi) zarar görmüş olması gerekir⁴⁵. Bu şekilde zarar suçları kural olarak neticeli suçlardır⁴⁶; netice zaman ve mekansal anlamında hareketten ayrılabilir.

Bu noktada zararın ne olduğunu ortaya koymak gerekir. Genellikle özel hukukta üzerinde ağırlıklı durulan ve haksız fiilin bir unsuru olan zarar kavramı, ceza hukuku bakımından da önem arz eder. Zararın genel olarak hukuk alanında maddi veya manevi zarar şeklinde iki türünün olduğu kabul edilir. Zarar suçlarında ise bu zararın *somut olarak* ortaya konulabilir nitelikte olması gerektiği kabul edilir⁴⁷. Ancak burada söz konusu olan zararın parasal ölçüme tabi tutulabilme

⁴² *Zieschang*, s.16.

⁴³ Alman doktrininde baskın görüş bu yöndedir bkz. *Lackner/Kühl*, §13, no.32.

⁴⁴ Karşılaştırınız *Baumann/Weber/Mitsch*, §8 no.42.

⁴⁵ *Heinrich*, no.161.

⁴⁶ Bununla birlikte her neticeli suç, zarar suçu değildir bkz. *Heinrich*, no.161.

⁴⁷ *Heinrich*, no.161.

zorunluluğu yoktur⁴⁸; önemli olan etkisinin maddi/fiziksel mahiyette olmasıdır. Örneğin, mağdurun malvarlığında bir azalma meydana getiren suçlar da zarar suçudur⁴⁹.

Ayrıca bu zararın *doğrudan* eylemin nedensellik bağı anlamında sonucu olması gerekir; dolaylı zararlar, suçu zarar suçu haline getirmez⁵⁰. Haksız hareketin bünyesinde barındırmış olduğu tehlike açığa çıkmış ve netice olarak zarara neden olmuş olması gerekir.

C. Karma Nitelikli Tehlike Suçları

Zarar ve tehlike suçları dışında eylemin korunan hukuki değere etkisine göre üçüncü bir suç grubundan daha söz edilebilir. *Karma karakterli suçlar* olarak adlandırılan⁵¹ bu suçlar temelinde bir zarar neticesi doğuran bir eylem ve ona bağlı olarak ortaya çıkan bir tehlike hali söz konusudur⁵². Örneğin, *genel güvenliğin kasten/taksirle tehlikeye sokulması suçları* (m.170/1, m.171) ve trafik güvenliğini tehlikeye sokulması suçuna ait m.179/1'de yer alan düzenleme, her ne kadar tehlike suçu olarak kabul edilse⁵³ de bünyesinde çeşitli zarar neticeleri (yangın, bina çökmesi) de barındırır⁵⁴. Burada önemle vurgulamak gerekir ki bu suç tiplerini, bir bütün halinde karma suç tipi olarak kabul edebilmek mümkün değildir. Suç bazı durumlarda sadece tehlike suçu olarak da karşımıza çıkabileceği gibi bunun yanında karma nitelik arz edecek şekilde de işlenebilmesi mümkündür. Örnek üzerinden açıklamak gerekirse, fail mağdura ait evi yakmak veya binasını yıkmak suretiyle (mağduru öldürme veya yaralama gibi bir kastı olmaksızın) hem o evi kullanmakta olanlar hem de çevredekilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığına ilişkin bir tehlike neticesi ortaya çıkarmış olabilir. Bu durumda ortada hem suçun konusu üzerinde bir zarar neticesi ortaya çıkararak yangın çıkarmak, hem de korunmak istenen hukuki yarar (yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, malvarlığı) anlamında bir tehlike

⁴⁸ Özgenç, s.208.

⁴⁹ Özgenç, s. 206.

⁵⁰ Maurach/Zipf, § 20 III, no.29.

⁵¹ Bu tür suçlar suç genel teorisi çerçevesinde yapılan suç ayrımlarından birden fazlasına uygun özellikler arz eden suçlardır. Bu çerçevede kanaatimizce neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar da karma tipiklik çeşididir zira hem objektif hem de subjektif unsurları itibarıyla farklı unsur çeşitlerini bünyesinde barındırır ayrıca bkz. Doğan Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011, s.17.

⁵² Maurach/Zipf bu tür suçları karma karakterli suçlar (=gemischten Charakter) olarak adlandırmıştır bkz. Maurach/Zipf, § 20 III, no.31.

⁵³ Polat, s.136.

⁵⁴ Artuk/Üzülmez, s.191.

neticesi gerçekleştirilmiş olur⁵⁵. Ancak bünyesinde barındırdığı zarar neticesi bir kenara bırakıldığında, bu suçların tehlike suçu yönü itibarıyla somut tehlike suçu⁵⁶ olduğu söylenebilir. Suçun tamamlanmış kabul edilebilmesi için failin hareketinin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması aranır.

Benzer bir durum neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunu işleyen failin *mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma* neden olması hali (m.87/1,d) için de geçerlidir. Bu tipiklik içerisinde fail hem kasten yaralama suçuyla bir zarar suçu hem de bir tehlike neticesi olarak hayati tehlikeye neden olmuştur. Son olarak kasten öldürme suçunun “*Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle,*” işlenmesi halinde bu neviden olduğu söylenebilir⁵⁷. Çünkü bahsi geçen eylemler aynı zamanda 170 vd. maddelerde düzenlenen tehlike suçlarıyla ortaktır. Ancak yangın çıkarmanın aynı zamanda mala zarar verme suçunun da unsuru niteliğinde olabilme ihtimali bu örneğe daha tereddütlü şekilde yaklaşılması gerektiğini göstermektedir.

II. İÇTİMA SORUNUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

A. Asli norm – tali norm (ikincillik) görüşü

Bu görüşü savunan yazarlara göre bir şeyin zarar görebilmesi için kronolojik olarak önce o şeyin tehlikeye maruz kalmış olması gerekir. Bu sebeple zarar ve tehlike suçlarında tehlike hali, yardımcı norm yani tali norm durumundadır⁵⁸. Bu tür bir ilişkiden söz edilebilmesi için mutlaka hem tehlike hem de zarar suçunun korudukları *bukuki değeri* yönünün aynı olması gerekir⁵⁹. Ancak meydana gelen zarardan sonra tehlike hali ayrıca belirtilmiş ise, bu halde zarar suçu meydana geldiği halde tehlike suçu bağımsızlığını korur. Örneğin; mağdurun yaşamını tehlikeye sokan kasten yaralama hali⁶⁰.

⁵⁵ *Maurach/Zipf*, § 20 III, no.31; ayrıca bkz *Özgenç*, s.210.

⁵⁶ Madde gerekçesi; *İçel* Kayıhan/*Evik* A.Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2.Kitap, İstanbul 2007, s.63; *Polat*, 137.

⁵⁷ *Özgenç*, s. 208.

⁵⁸ *Önder*, s.55; *Hakeri* Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.544.

⁵⁹ *Schmidt* Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bremen 2011, no.1185; *Öztürk* Bahri/*Erdem* Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2012, s.342. Yazarlar bu görüşü sadece somut tehlike suçları ile sınırlandırmışlardır; karşı görüş için bkz. *Haft* Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2004, s.277

⁶⁰ *Önder*, s.55.

Bu görüşle bağlantılı olarak asli-tali norm ilişkisini iki alt başlık altında incelenmektedir: a. Şekli ikincillik, b. Sistematik ikincillik. **Şekli ikincillik**, kanuni düzenlemede açıkça suça ait düzenlemenin uygulanabilmesini başka bir suçun uygulanabilir olmamasına bağlamaktadır. Örneğin; Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçuna ait m. 244/4 hükmünün uygulanabilmesi “*başka bir suç oluşturmamasına*” bağlanmıştır. Benzer bir düzenleme “*fail daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde*” şeklinde m. 245/3’de yer almaktadır. **Sistematik (örtülü) ikincillik** ise açık bir düzenleme olmaksızın, aynı korunan hukuki değere daha yoğun bir şekilde zarar veren bir suç tipi karşısında aynı hareket formunu düzenleyen ve ona daha az zarar veren bir suç tipinin uygulanmamasıdır⁶¹. Tali norm, asli norm karşısında yardımcı norm durumundadır⁶². Bu durumda daha hafif müdahale içeren suç tipi ikincil, tali norm olarak geri itilir⁶³. Bu doğrultuda tehlike suçu aynı hukuki değere yönelik zarar suçu karşısında tali norm olarak kabul edilir⁶⁴ ve fail zarar suçu ile cezalandırılmakla yetinilir. Örneğin; yaşlı ve hasta babasını mirasını almak için öldürmek isteyen fail onu ormana götürerek tek başına bırakır, tek başına kalınca durumu ağırlaşan baba ölür. Burada failin kastı aynı zamanda öldürmeye yönelik olduğundan fail kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılır, tali norm olan terk suçundan ayrıca cezalandırılmaz⁶⁵. Aynı şekilde aynı suça teşebbüs suçun tamamlanmış şekline göre, aynı suça yardım etme müşterek faillığe göre, aynı suçun icrai hareketle işlenen şekli ihmali hareketle işlenen şekline göre tali (yardımcı) norm mahiyetindedir⁶⁶.

Alman doktrininde baskın görüş zarar ve tehlike suçları arasında asli-tali norm ilişkisinin olduğu yönündedir⁶⁷. Ancak yazarların bir kısmı bu kuralın sadece **somut** tehlike suçları ile zarar suçları arasında geçerli olduğu görüşünü savunmaktadırlar⁶⁸. Örneğin; terk suçu (Al.CK §221) ile kasten öldürme suçu

⁶¹ Kanunda açıkça gösterilmeyen bu durumlarda, normlar arasındaki ilişkiler incelenerek ve kanun koyucunun iradesi araştırılarak aynı sonuca varılır bkz. **İçel**, Suçların İçtimalı, s.62.

⁶² **Wessels** Johannes/**Beulke** Werner/**Satzger** Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, Heidelberg 2013 § 17 V 4, no.790.

⁶³ **Heinrich**, no.1439-1440.

⁶⁴ **Heinrich**, no.1440.

⁶⁵ **Heinrich**, no.1440.

⁶⁶ **Baumann/Weber/Mitsch**, §36 no.11; **Haft**, s.276; **Gropp**, §14 no.17.

⁶⁷ **Schmitt** Rudolf, “Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht” ZStW 1963, 75, s.55; **Baumann/Weber/Mitsch**, §36 no.11; **Gropp**, §14 no.17; **Heinrich**, no.1440; **Liesching** Patrick, Die Brandstiftungsdelikte der §§ 306 bis 306c StGB nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, Berlin 2002, s.61; Hatta **Frister** bunu tartışmasız(=unbestritten) olarak yorumlamaktadır bkz. **Frister** Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2011, 31.Kap.no.14.

⁶⁸ **Maurach/Gössel/Zipf**, §55 II, no.18; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17 V 4, no.790; aynı yönde bkz.

(Al.CK §211) arasında. Yazarlara göre soyut tehlike suçu ile somut tehlike suçu arasında da aynı ilişki yer alır⁶⁹.

B. Fikri İçtima görüşü

Bu görüşü savunanlara göre, tehlike suçu söz konusu olduğunda, failin fiili nedeniyle ayrıca bir zarar meydana getirmiş olması durumunda 5237 sayılı TCK'nın *farklı neviden fikri içtimal* düzenleyen 44. maddesi uyarınca faile en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza vermek gereklidir⁷⁰. Madde gerekçesinde yer alan “*Bu fiillerin işlenmesiyle bir zarar neticesinin meydana gelmesi hâlinde, meydana gelen zarara ve bu zararın meydana gelmesi açısından failin kast veya taksirine göre başka suçlar oluşacaktır. Örneğin, toplumda genel güvenliği tehlikeye sokan bir etki meydana getiren fiiller sonucunda bir veya birkaç kişi ölmüş veya yaralanmış ya da kişiler malvarlığı itibarıyla zarar görmüş olabilir. Bu gibi durumlarda, farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir*”⁷¹.” şeklindeki ifadedden kanun koyucunun da bu görüşü savunmakta olduğu anlaşılmaktadır.

Görüşü Alman doktrininde savunan *Jakobs'un* yaklaşımı⁷² ile birlikte değerlendirmek gerekirse, yazara göre somut ve soyut tehlike suçları bakımından bir ayrıma gitmek gerekir. **Somut tehlike**, zarar neticesinin zamansal olarak ön aşamasını oluşturur. Böylece son aşama olan zarar suçu meydana geldiğinde tehlike suçu geri çekilir. Örneğin; kasten öldürme suçu karşısında bir tehlike suçu olan terk suçu geri çekilir. Bunun olabilmesi için elbette korunan hukuki değerın aynı olması gerekir. **Soyut tehlike** suçlarında ise bu kural geçerli değildir yani aynı gerekçeyle soyut tehlike suçu, zarar suçu karşısında geri çekilmez. Örneğin; kasten

Koca/Üzülmez, s.514.

⁶⁹ *Maurach/Gössel/Zipf*, §55 II, no.18; *Wessels/Beulke/Satzger*, § 17 V 4, no.790; *Kühl* Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München 2012, §21 no.54; *Hauf*, s.229; aynı yönde bkz. *Koca/Üzülmez*, s.514.

⁷⁰ *Artuk* Mehmet Emin/ *Gökçen* Ahmet/ *Yenidünya* Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2011, s.429; *Tezcan/Erdem/Önok*, s.188,189 (yazarlar tehdit suçu düzenleyen normun işlenen zarar suçuna ilişkin norma göre yardımcı(tali) norm niteliğinde olduğunu belirtmektedirler, a.g.e. s.376); *Polat*, s.165; *Aydın* Murat, *Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması*, <http://www.murataydin.name.tr/> (erişim tarihi:14.10.2013); Evi yakılarak kişinin öldürülmesi hali, Yargıtay uygulamasına da atfı yapmak suretiyle, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu (m.170) ile kasten öldürme suçunun nitelikli hali (m.82/1-c), farklı neviden fikri içtima kuralına örnek olarak verilmektedir bkz. *Artuk* Mehmet Emin/ *Gökçen* Ahmet/ *Yenidünya* Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s.693; *Göktürk* Neslihan, *Fikri İçtima*, Ankara 2011, s.239. *Göktürk*, teorik bakımdan ulaşılan asli-tali norm ilişkisi sonucunun, cezanın belirlenmesinde adaletsiz olduğu görüşündedir (yayınlanmamış doktora tezinde (s.216), aşağıda ayrıca incelenen korunan hukuki değere göre ayırım yapılması görüşünü savunan Yazar, bu görüşünü yayınlanan çalışmasında terk etmiştir.)

⁷¹ Madde gerekçeleri, madde 170.

⁷² *Jakobs* Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1991, 31.Abs.no.29; kısmen benzer yönde bkz. *Maurach/Gössel/Zipf*, §55 II, no.18.

trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu (Al.CK § 315c) ile taksirle öldürme suçu (Al.CK §§ 222) arasında *ideal içtima* (*fikri içtima*) ilişkisi bulunur çünkü tehlike, zarar neticesine ve taksirli suç, kasıtlı tehlikeye neden olma durumuna göre *özel norm* durumunda değildir⁷³. Böylece *Jakobs* somut tehlike suçları bakımından **özel-genel norm ilişkisini**, soyut tehlike suçları bakımından ise fikri içtima görüşünü savunmaktadır. Bu görüşle bağlantılı olarak suçların içtimasında **geri çekilme prensibi** hakkında da kısaca bilgi vermek gerekirse, bu prensip fikri içtima halleri dışındaki görünüşte içtima hallerinde geçerli olan bir prensiptir. Genel norm, özel norm karşısında; tali norm, asli norm karşısında; tüketilen norm, tüketen norm karşısında geri çekilir. Fikri içtima halinde ise bu şekilde *kendiliğinden* bir geri çekilme olmaz kanundaki açık düzenleme gereğince cezası daha ağır olan suçtan faile ceza verilir⁷⁴.

Lackner/Kühl de eserinde nitelikli yangın çıkarma suçu (Al.CK § 306a) ile öldürme, yaralama ve mala zarar verme suçları arasında *fikri içtima* (=Tateinheit) ilişkisi kurulabileceğini belirtmektedirler⁷⁵. Alman Ceza Kanununda Türk Ceza Kanunundan farklı olarak yangın çıkarma suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali (Al.CK § 306c) olarak ölüm neticeli yangın çıkarma şeklinde bir düzenleme yer almaktadır⁷⁶. Yazarlar bu düzenleme karşısında bir tehlike suçu olan yangın çıkarma suçunun geriye itildiğini, Al.CK § 306c'ye teşebbüs ile tamamlanmış Al.CK § 306a arasında ise fikri içtima ilişkisi olduğunu belirtmektedirler⁷⁷. Bu görüş özellikle teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında ayırım yapması yönü itibarıyla farklılık arz eder. Ancak yazarların § 306f'de düzenlenen yangın tehlikesine neden olma suçunun diğer yangın çıkarma suçlarına göre (§ 306a-d) *tali norm* mahiyetinde olduğunu da ayrıca belirtmektedirler. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu (§ 315c) bakımından ise yukarıdaki görüşleriyle paralel şekilde öldürme veya yaralama suçlarıyla fikri içtima ilişkisi içinde olabileceklerini savunmaktadırlar⁷⁸.

⁷³ *Jakobs*, 31.Abs. no.29; Ancak genel olarak aynı suçun kasıtlı şekli taksirli şekline göre özel norm durumundadır bkz. *Jakobs*, 31.Abs. no.20.

⁷⁴ Ayrıca bkz. *İçel* Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008 s. 35vd.; *İçel* Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul 1972, s.9vd.

⁷⁵ *Lackner/Kühl*, §306a, no.9.

⁷⁶ Al.CK'nın düzenleme şekli, TCK'dan farklılık arz ettiği için kısaca sistematik bilgi vermek gerekirse: Genel Tehlike Yaratan Suçlar Al.CK 28. Bölümünde yer alır. §306'da yangın çıkarma, §306a'da nitelikli yangın çıkarma (insanların yaşadığı yerlerde), §306b'de özel şekilde ağır yangına neden olma (insanların yaralanmasına neden olan veya ölüm tehlikesine neden olan), §306c'de ölüm neticeli yangına neden olma, §306d'da taksirle yangına neden olma, §306e'de etkin pişmanlık, §306f'de yangın tehlikesine neden olma suçu yer alır.

⁷⁷ *Lackner/Kühl*, §306a, no.9; §306c, no.2.

⁷⁸ *Lackner/Kühl*, §315c, no.35; ; TCK m.179/3 ile m.81 veya m.85 arasındaki ilişki örneği için bkz.

C. Genel – Özel Norm İlişkisini Savunan Görüş

Puppe'ye göre, tehlike ile zarar arasında kronolojik anlamda bir öncelik-sonralık ilişkisi vardır. Tehlike, zararın ön aşamasıdır. Tehlike suçlarında korunmak istenen bir hukuki değer vardır ancak tehlikenin varlığı dışında başka bir koşul aranmaz. Bu nedenle tehlike suçu zarar suçuna göre genel norm (=lex generalis) niteliğindedir⁷⁹ ve eğer ikisi de *aynı harekete bağlı olarak* gerçekleşirse tehlike suçu, zarar suçunun gerisinde (gölgesinde) kalır. Burada hareketin tekliliğinden söz edebilmek için mutlaka ikisi arasında zamansal bir devamlılık aranmaz, sadece her bir suç tipinde yer alan saik ve suç işleme kararı gibi sabit ve genel hareket kriterlerinin aynılığı (=Identität) gerekir⁸⁰.

Puppe bu görüşü savunmakla birlikte bu kuralın her somut olay için geçerli olmadığını fikri içtima kuralının (=Idealkonkurrenz) uygulanabileceği durumların da var olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, tehlike suçunun işlenmiş kabul edilebilmesi için gerekli olan unsurları, zarar suçu her durumda içermeyebilir. Bu durumda fikri içtima kuralının uygulanması gerekir⁸¹.

D. Korunan Hukuki Değere Dayalı Ayrımı Savunan Görüş

192 Bu görüşe göre tehlike ve zarar suçlarının korudukları hukuki değere göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Birinci ihtimalde, **korunan hukuki değerler aynı ise** görünüşte içtima olarak asli-tali norm ilişkisi, farklı ise fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır⁸². Çünkü böyle bir durumda zarar suçu tehlike suçunun tüm haksızlık içeriği ve kusur içeriğini karşılar, failin tehlike suçundan ötürü cezalandırılması gereksiz bir hal alır⁸³. Yukarıda verilen örnekte de olduğu üzere fail yaşlı babasını ormana götürerek tek başına bırakır, tek başına kalınca durumu ağırlaşan baba ölür. Burada failin kastı aynı zamanda öldürmeye yönelik olduğundan fail kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılır, tali norm olan terk suçundan ayrıca cezalandırılmaz⁸⁴. Ancak TCK'nın terk suçunun

Koca Mahmut, Fikri İçtima, Ceza Hukuku Dergisi, S.4, 2007, s.209.

⁷⁹ Halbuki aynı gerekçe asli tali norm için de kullanılmaktadır bkz. *Önder*, s.55.

⁸⁰ *Puppe* Ingeborg, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Berlin 1979, s.330.

⁸¹ *Puppe*, s.330.

⁸² *Arzt* Gunther/*Weber* Ulrich/*Heinrich* Bernd/*Hilgendorf* Eric, Straftecht Besonderer Teil, Bielefeld 2009, §35, no.128-140; *Stree/Sternberg-Lieben*, asli tali norm ilişkisinin uygulanabilmesi için tehlike suçu ile zarar suçunun aynı koruma yönüne sahip olması (=schutzrichtungsgleiche) gerektiğini vurgulayarak bu görüşe destek olmaktadır bkz. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Vor § 52, VII., no.116; *Friester* de eserinde tehlike suçu ile zarar suçunun aynı neviden olması (=gleichartigen) gerektiğini belirtmektedir bkz. *Friester*, 31.Kap., no.14; "aynı konu üzerinde" ifadesi için bkz. *Hakeri*, s.544.

⁸³ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, §35, no.132.

⁸⁴ *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Vor § 52, VII., no.116; *Heinrich*, no.1440; *Arzt/*

ölüm neticesine neden olması halini bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlemesi (m.97/2) aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

Hatta bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı, tehlike suçu ile zarar suçunun aynı olayda *birden fazla hareketle birleşmesi halinde de* eğer aynı hukuki değeri koruyorlarsa asli-tali norm ilişkisinden söz edilebileceği de savunulmaktadır. Yazarlar vermiş oldukları örnekte sahte para üretmenin tehlike suçu, tedavüle koymanın zarar suçu olduğunu, her iki hareketi ayrı ayrı zamanlarda gerçekleştiren failin asli-tali norm ilişkisi gereğince sadece tedavüle koymaktan dolayı cezalandırılacağını belirtmektedirler⁸⁵. Alman Ceza Kanununun aksine TCK bu iki hareketi aynı suçun (m.197/1) seçimlik hareketi olarak düzenlemek suretiyle bu ihtimali ortadan kaldırmıştır.

İkinci ihtimal, tehlike suçu ile zarar suçunun **aynı hukuki değeri korumadığı** durumlardır. Bu noktada **soyut tehlike suçları** genel güvenliği korumakta olduğu için zarar suçlarıyla aynı hukuki değeri koruduğu söylenemez⁸⁶. Örneğin; yangın çıkarma veya alkollü araç kullanma. Aynı şekilde somut tehlike suçları da bireysel hukuki değerler yanında geneli ilgilendiren hukuki değerleri de korumaktadırlar. Örneğin; trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçunda fail bireysel değerler yanında genel bir hukuki değer olan trafik güvenliğini de tehlikeye atmaktadır. Bu durumda fail yaralama gibi bir zarar suçu işlerse fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır⁸⁷.

Son olarak **somut tehlike suçu** aynı olayda gerçekleşen zarar neticesinin ötesinde bir haksızlık içeriğine sahip olabilir. Örneğin; taksirle öldürme suçu, trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması suçu karşısında bir önceliğe sahip değildir. Bu nedenle kasten işlenen tehlike suçu (soyut yada somut) taksirle işlenen zarar suçu karşısında asli-tali norm ilişkisine dayalı şekilde geri plana çekilmez yani cezasız bırakılamaz⁸⁸.

E. Geçitli Suç Görüşü

Hafizoğulları/Özen'in savunduğu görüşe göre, tehlike suçu ile zarar suçunun aynı olayda birleşmesi halinde fail ya kusur kuralına göre tehlike suçu yanında zarar suçundan da sorumlu tutulacak ya da sorumluluğu geçitli suç kuralına göre

Weber/Heinrich/Hilgendorf, §35, no.132.

⁸⁵ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, §35, no.132.

⁸⁶ *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Vor § 52, VII., no.117; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, §35, no.135.

⁸⁷ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, §35, no.135.

⁸⁸ *Schmitt*, s.55, dpn.72; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage 2010, Vor § 52, VII., no.116; karşılaştırınız *Jakobs*, 31.Abs. no.29.

belirlenecektir. Yazarlara göre bu durumda fail geçitli suç kuralı gereğince sadece meydana gelmiş olan neticeden veya neticelerden sorumlu tutulacaklardır⁸⁹. Yazarlar fikri içtima düzenlemesinde yer alan “*bir fiil*” ifadesinin tespitinde hareketin değil neticenin teklifini esas almaktadırlar⁹⁰. Görüşe göre “*neticeli suçlarda netice sayısı fiil sayısını belirliyorsa, zarar tehlikesi yanında ayrıca bir tek veya birden çok zarar meydana geldiğinde, artık bir tek fiilden değil de birden çok fiilden söz etmek gerekeceğinden, TCK m.44 anlamında fikri içtima söz konusu olmayacaktır*”⁹¹. Yargıtay ise kararlarının çoğunda hareketin teklifini esas alırken bazı kararlarında neticeyi esas almaktadır⁹².

F. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay’ın konuya yaklaşımını bir bütün olarak değerlendirdiğimizde yeni ceza kanunu döneminde konuya ilişkin en önemli kararının 2006 yılında vermiştir. Karar TCK m.170’in zarar neticesi içeren başka bir suçla aynı olayda birlikte işlenmesi halinde **fikri içtima** hükmünün (m.44) uygulanması gerektiği yönündedir⁹³. Bu karar sonraki dönemde verilen birçok daire ve YCGK kararının gerekçesinde zikredilmiştir. Bu kararlardan bir tanesi ve belki de en kapsamlısı genel güvenliğin tehlikeye sokulması ile olası kastla yaralama suçlarına ilişkindir. YCGK’nun bu kararı konuyu *non bis in idem ilkesine ve hareketin hukuki teklifi kavramına* atıf yapmak suretiyle ele alması sebebiyle detaylı bir karar olarak değerlendirilebilir⁹⁴.

Yargıtay trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçu bakımından benzer yönde fikri içtima görüşünü benimsemektedir⁹⁵. Örneğin “*Yönetimindeki*

⁸⁹ **Hafizoğulları/Özen**, s.10; **Özen** Muharrem, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara 2010, s.22; görüşün eleştirisi için bkz. **Göktürk**, s.237, dpn.746.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. **Kunter** Nurullah, “Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi”, İHFİM, C. XIV, S. 1-2, Y.1948, s.366; **Dönmezer/Erman**, C.II, s.677; **Hakeri**, s.537.

⁹¹ **Hafizoğulları/Özen**, s.10.

⁹² “*Sanığın arkadaşına gönderdiği mektupla hükümlülük kararı veren mahkeme üyelerini tehdit ve hakaret eylemlerinin aynı mektup içeriğinde yer alsa da ayrı ayrı suçlar oluşturduğu, suç oluşturan birden fazla eylem bulunması nedeniyle fikri içtimaya ilişkin TCY’nin 44. maddesinin uygulanmasının olanaklı olmadığı, gözetilmeden, tehdit ve hakaret suçlarından ayrı ayrı hükümler kurmak yerine yalnızca hakaret suçundan hüküm kurulması*, Y.4.CD., 2009/8814-2009/11495, 09.06.2009 bkz. **Otacı**, s.714.

⁹³ YCGK, 2006/317-2006/319, 26.12.2006 bkz. **Otacı** Cengiz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Yargıtay Yorumu, Ankara 2013, s.704.

⁹⁴ YCGK, 2010/8-51,2010/162, 06.07.2010 bkz. **Otacı**, s.702-704.

⁹⁵ Elbette karayolunda işlenen trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçunun **kasten** işlenebilen bir suç olması karşısında taksirli hareketin varlığı halinde TCK m.44 uygulanmaksızın doğrudan zarar suçuna ilişkin (yaralama, öldürme) hüküm uygulanacaktır bkz. Y.2.CD., 2010/23126,2010/28285, 13.10.2010 bkz. **Otacı**, s.708.

otomobille bölünmüş yolda ters istikamete girerek katılan K.'ın sevk ve idaresindeki otomobile çarpıp, mağdurların etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmalarına sebebiyet vermek suretiyle kazaya karışan ve 341 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve dolayısıyla atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın, 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi uyarınca 61. madde de nazara alınmak suretiyle yalnızca bilinçli taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan da mahkumiyetine ve cezalandırılmasına karar verilmesi hukuka aykırıdır⁹⁶.”

Yargıtay 2013 tarihli bir kararında ise fikri içtima hükmünü zikretmeksizin adeta bir görünüşte içtima halini işaret eder gibi **“zarar suçunun oluştuğu ahvalde sanığın yalnızca bu suçtan cezalandırılması ile yetinilmesi”** gerektiği görüşünü savunmaktadır. Buna göre *“175 promil alkollü olduğu tespit edilen sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve dolayısıyla atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak 179/3. maddedeki suçun tehlike, 89. maddedeki suçun zarar suçu olduğu, zarar suçunun oluştuğu ahvalde sanığın yalnızca bu suçtan cezalandırılması ile yetinilmesi gerekirken, ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan da mahkumiyetine ve cezalandırılmasına karar verilmesi hukuka aykırıdır⁹⁷.”* Ancak 12.CD'nin 2013 yılında vermiş olduğu başka kararlarda⁹⁸ fikri içtima görüşünü savunması bu kararın içtihat yönü itibarıyla bilinçli bir değişimi işaret etmek konusunda yeterli görülmemektedir⁹⁹.

SONUÇ

A. Makalenin yazılış amacı, içtima ilişkisinin sorunsal olduğu tüm suç tiplerinde olduğu gibi tehlike ve zarar suçunun aynı olayda birleştiği durumlarda failin aynı haksızlıktan *iki kez cezalandırılma yasağına*¹⁰⁰ aykırı olmayacak çözümünün

⁹⁶ Y.12.CD. 2011/15930-2012/177, 17.01.2012, www.kazanci.com; aynı yönde Y.09.CD., 2008/21120-2010/11530, 8.11.2010, www.kazanci.com; benzer karar örnekleri için bkz. **Özen**, s.22.

⁹⁷ Y.12. CD., 2012/16523-2013/9381, 10.4.2013, www.kazanci.com.

⁹⁸ Y.12.CD., 2012/6121-2012/2118, 24.01.2013, **Otaç**, s.736.

⁹⁹ Karşılaştığımız **Yaşar** Osman, **Gökcan** Hasan Tahsin, **Artuç** Mustafa, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 4.Cilt, Ankara 2014, s.5539.

¹⁰⁰ Çiftte değerlendirme yasağı olarak adlandırılan bu tehlikeli durum, aynı olayda gerçekleşen suçların tamamen ortak haksızlık unsurları arz ediyor olması ve bunların aynı haksızlık özüne sahip olmaları halinde söz konusu olur bkz. **Puppe** Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, Baden-Baden 2011, §33, no.4; ayrıca bkz. **Göktürk**, s.66vd.

tespitidir. Ancak kanaatimizce tehlike suçları ile zarar suçları arasında genelgeçer bir kural veya düzenlemeden yararlanmak mümkün değildir. Zira her bir somut olay türü ya da olasılık bakımından farklı argümanlardan yararlanarak farklı sonuçlara ulaşabilmek mümkündür. Bunu tespit ederken, tehlike suçunun soyut veya somut tehlike suçu olması, ani veya mütemadi suç olması, taksirli veya kasıtlı işlenen bir suç olması, olayda hareketin hukuki veya doğal şekilde tek olup olmaması ve korunan hukuki değerlerin aynı veya farklı olması önem taşır.

her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmadan önce konuya ilişkin bir takım genel prensipler ortaya konulabilir. öncelikle içtımının en önemli başlangıç noktası olan hareketin teklifi kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekir. zira bir içtima ilişkisinden söz edebilmek için hareketin tek olması gerekir. eğer hareket gerçek anlamda birden fazla ise bir içtima ilişkisinden söz edilemez¹⁰¹ (zincirleme suç ilişkisini (m.43/1) bir tarafa bırakacak olursak). bu noktada gerçek anlamda teklik hali dışında hareketin tek olduğunun varsayıldığı durumları ayrıca değerlendirmek gerekir. bu durumlar: 1.hareketin olağan hali, 2.hareketin hukuki teklifi, 3.hareketin doğal teklifi olarak sayılabilir¹⁰².

Hareketin olağan teklifinde görünüş itibariyle sanki birden fazla hareket varmış gibi gözükse de olağan haliyle hareket bir bütün halinde tek kabul edilir. Örneğin; kasten yaralama suçunu işlerken birden fazla kez mağdura yumruk atmak ya da cinsel saldırı sırasında mağdurun cinsel organına failin cinsel organını birden fazla kez sokması ya da hırsızın aynı evden birden fazla eşya çalması. Bu durumda failin tek bir hareketle tek bir suçu işlediği kabul edildiği için ayrıca bir içtima ilişkisi değerlendirmesi yapılmaz. **Hareketin hukuki teklifinde** ise suçun tipe uygunluk unsuru kanundaki düzenleme gereği birden fazla hareketi bünyesinde barındırır. Örneğin; yağma suçunda (m.148) cebir veya tehdit kullanmak suretiyle mağdurun eşyasının alınması ya da kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda (m.123) failin ısrarla mağduru rahatsız edici hareketleri tekrarlaması gerekir. Her iki durumda da hareket birden fazla olsa da bu bir yasal zorunluluk olduğundan tek bir suç işlenmiş kabul edilir. Son olarak **Hareketin doğal teklifinde** ise fail tek bir amaç doğrultusunda dar bir zamansal ve mekansal birliktelik içinde birden fazla benzer nitelikte¹⁰³ hareket

¹⁰¹ Frister, s.443.

¹⁰² Wessels/Beulke bu ayrımı 1. Hareketin Olağan Teklifi 2. Hareketin Hukuki Teklifi 2.1 Tipe bağlı teklik 2.2. Hareketin Doğal Teklifi 2.3 Süregelen (müteselsil) hareket şeklinde yapmaktadırlar bkz. Wessels/Beulke/Satzger, § 17 II 2, no.757 vd.

¹⁰³ Hareketin doğal teklifi formülü, Federal Mahkeme tarafından işlenen suçların farklı suçlar olması halinde de uygulanmaktadır. Ancak öğretide özellikle farklı nitelikteki suçlara bu formülün uygulanması, yeterli ve açık ayırım kriteri arz etmemesi gerekçesiyle keyfi uygulamaya neden

gerçekleştirir¹⁰⁴. Burada da birden fazla hareket olmasına rağmen fail tek suç işlemiş olarak kabul edilir. Örneğin; Alman Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan olayda polis kontrol noktasında dur ihtarına uymayan fail kaçarken trafik güvenliğini tehlikeye sokar, onu durdurmaya çalışan trafik polisinin kaza yapmasına ve yaralanmasına neden olur¹⁰⁵.

Hareketin teklifi bahsinde açıklanması gereken belirleyici sorulardan birisi **mütemadi suçlarla ani suçlar arasında hareketin teklifinden söz edilip edilemeyeceğidir?** Bu konuda baskın görüş, hareketin teklifinden söz edilebileceği yönündedir. İlk suç tipinin tamamlanmasından sonra fakat bitmesinden önce bir diğerinin gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olabilir ki bu durum mütemadi suçlar için de geçerlidir¹⁰⁶. Mütemadi suçun icrası (neticesi değil) temadi teşkil edecek kadar bir süre devam etmekle suç tamamlanır ancak temadi kesilinceye kadar sürer. Bu kapsamda mütemadi bir tehlike suçunun işlenmesi sırasında bu suçun tamamlanmasından fakat henüz temadinin kesilmesinden önce veya aynı anda başka bir zarar suçu işlenirse hareketin teklifinden söz edilebilir. Suçun işlendiği anı esas aldığımızda mütemadi suç, temadinin kesildiği anda işlenmiş kabul edildiğinden tam o anda işlenen bir zarar suçuyla temadinin kesildiği ve iki suçun *kısmen de olsa* aynı anda işlendiği kabul edilebilir. Bunun yanında hazırlık hareketi neviden bazı hareketler veya amaç suç – araç suç ilişkisinde kısmi aynılıktan söz edilemez. Failin mağdura cinsel saldırı suçunu işleyebilmek amacıyla onu kaçırması örneğinde olduğu gibi¹⁰⁷.

B. Hareketin tek olması halinde tehlike suçu, zarar suçunun *ön aşaması olduğu için* ikisi aynı olayda gerçekleşirse tehlike suçu, zarar suçunun gerisine çekilir. Zarar suçu kural olarak ilgili tehlike suçunun haksızlık içeriği anlamında bir adım ötesinde yer alır. Zarar neticesine ilişkin norm uygulanamazsa tehlike suçu

olabileceği şeklinde **eleştirilmektedir** bkz. *Wessels/Beulke/Satzger*, § 17 II 2, no.765; diğer eleştiriler için bkz. *Maiwald* Manfred, Die Natürliche Handlungseinheit, Heidelberg 1964, s.52vd.

¹⁰⁴ Hareketlerin doğal birlikteliğinin koşulları şunlardır: benzer şekilde gerçekleştirilen hareketler, tek bir amaca dayalı olma, zamansal ve mekansal birliktelik, dışa yansıyan birliktelik (failin genel bütünlüğü) bkz. *Hauf* Claus-Jürgen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, 1996 Berlin, s.233; *Kühl*, §21 no.14.

¹⁰⁵ BGHSt 22, 67, 76; daha eski bir kararında Mahkeme hareketin doğal teklifini şu şekilde tanımlamaktadır *"fail dış dünyada bir netice gerçekleştirmeyi amaçlarken, aynı istek doğrultusunda aynı türden birden fazla suçu işler ve bu münferit eylemlerin, zamansal ve mekansal birliktelik sayesinde objektif olarak birbirine bağlı olduğu anlaşılıyor ise bunun hayatın olağan akışında tek olduğu kabul edilir"* bkz. *Maiwald*, s.53.

¹⁰⁶ Hareketin kısmen aynılığı başka bir husustur bu konuda baksın görüş kısmi aynılığın yeterli olduğu yönündedir *Wessels/Beulke/Satzger*, § 17 III 1, no.777; *Koca/Üzülmöz*, s.498, tamamlanmış bir suç ile aynı suçun teşebbüs aşamasında kalmış halinin aynı neviden fikri içtima anlamında yeterliliği de bu yüzdendir. Karşı görüş için bkz. *Göktürk*, s.165-166.

¹⁰⁷ TCK m.109/5'de yer alan nitelikli hal bu durumu değiştirmez.

uygulanabilecek durumdadır. Bu nedenle kanaatimizce tehlike suçları ile zarar suçları arasında kural olarak **asli-tali norm ilişkisi** vardır. Ancak bunun temel koşulu her ikisinin de aynı hukuki değeri korumakta olmalarıdır; zira sadece bu durumda zarar suçunun tehlike suçuna ait haksızlık içeriğini karşıladığından söz edilebilir. Ancak kanaatimizce, **kasten** işlenen tehlike suçu (soyut yada somut) **taksirle** işlenen zarar suçu karşısında asli-tali norm ilişkisine dayalı şekilde geri plana çekilmez, yani cezasız bırakılamaz¹⁰⁸. Kasıtlı suç ile taksirli suç arasında asli tali norm ilişkisinin kurulamamasının nedeni asli-tali norm ilişkisi içinde bulunan iki norm arasında (örn. teşebbüs-tamamlanma, yardım etme-suçu birlikte işleme) öncelik-sonralık anlamında, birisinin uygulanmasının diğerinin uygulanmamasına bağlı olması şeklinde sıkı bir bağlantının aranmasıdır. Fail aslında hareketi ile iki haksızlık türüne de neden olmasına rağmen birinin uygulanmasının diğerinin uygulanmasını gereksiz ve imkansız kılması gerekir. Örneğin tamamlanmış bir suçu işleyen kişi aslında suç yolu (*iter criminis*) incelendiğinde suç teşebbüs kabul edilebilecek aşamalardan geçer ancak suç tamamlandığı için teşebbüsten sorumlu tutulamaz aynı şekilde müşterek failler aynı zamanda diğer failin eylemine yardım etmiş olur ancak faillik statüsünün önceliği nedeniyle ayrıca yardım eden olarak cezalandırılmaz. Ancak kasten bir kişiyi öldüren kişinin aynı zamanda taksirli öldürme suçunu da işlediği söylenemeyeceği için aralarında asli-tali norm ilişkisi bulunmaz. Haksızlığın gerçekleştirilişi şekli, suç yolu anlamında fail-eylem bağlantısı ikisinde tamamen farklıdır. Kasten hareket eden failin, taksirden dolayı cezalandırılmama nedeni asli-tali norm ilişkisinde olduğu şekliyle *objektif veya varsayımsal* değil failin *sübjektif* olarak taksirli hareket etmemiş olmasındandır¹⁰⁹.

Bu durumda eğer farklı hukuki değerler söz konusu ise **fikri içtima** ilişkisinden söz edilebilir. Zira farklı neviden fikri içtimadan söz edebilmek için birden fazla farklı hukuki değer aynı hareketle etkilenmiş olması gerekir¹¹⁰.

Burada belirleyici olan soru ise sistematik asli-tali norm ilişkisinde **korunan hukuki değer anlamında kısmi aynılığın** yeterli olup olmadığıdır? Kanımızca burada kısmi aynılık yeterlidir. Ancak burada **mağdurun aynılığı** ile **korunan hukuki değer aynılığını** birbirine karıştırmamak gerekir. Eğer bir olayda

¹⁰⁸ *Schmitt*, s.55, dpn.72; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage 2010, Vor § 52, VII., no.116; karşı görüş için bkz. *Schmidt*, no.1185.

¹⁰⁹ Aynı şekilde bir suçun cezasının diğerinden daha ağır olması onun tali norm olmasına engel teşkil edeceği kabul edilmektedir *İçel/Evik*, s.318.

¹¹⁰ *Kindhäuser* Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, Baden Baden 2007, §64 no.22; *Fischer*, §306 no.24; *Haft*, s.222; ayrıca bkz. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, §35, no.132.

korunan hukuki değer kısmen de olsa aynı ise ancak mağdur farklı ise kanaatimizce *sistematik*¹¹¹ asli-tali norm ilişkisinden söz edilemez¹¹². Bu kanaatimizi diğer asli-tali norm ilişkisi içinde bulunan suçlarla da açıklamak gerekirse: aynı suçun teşebbüs aşamasında kalan şekli ile tamamlanmış şekli arasında, aynı suça yardım etmekle aynı suçun icrai hareketlerini gerçekleştirmek arasında asli-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Burada mağdur da korunan hukuki değer de tamamen aynıdır. Ancak terk suçu ile kasten öldürme arasında ve kasten yaralama ile kasten öldürme arasında da asli-tali norm ilişkisinden söz edilir. Burada ise korunan hukuki değerleri kısmen aynı olan suçlar aynı mağdura karşı işlenmektedir. Şöyle ki; terk suçunun veya kasten yaralamanın koruduğu hukuki değer, sadece mağdurun yaşam hakkı değil aynı zamanda sağlığı ve vücut dokunulmazlığıdır¹¹³. Bu kısmi aynılık mağdur aynı olduğu için asli-tali norm ilişkisinin uygulanabilirliğine engel olmamaktadır. Ancak topluma karşı işlenen **soyut tehlike** suçlarıyla aynı harekete bağlı olarak işlenen **zarar suçları** arasında mağdur anlamında aynılık söz konusu değildir¹¹⁴. Bu tür bir soyut tehlike suçunda korunan hukuki değer, toplumun geneline aittir. Zarar suçları ile somut tehlike suçlarında ise belirli bir bireye ait hukuki değer, önem taşımaktadır. Dolayısıyla korunan hukuki değer kısmen aynı olsa da mağdur anlamında farklılık söz konusudur¹¹⁵. Dolayısıyla **aynı hukuki değeri koruyan, somut tehlike suçuyla – zarar suçu arasında** asli tali norm ilişkisinin olduğu, **aynı hukuki değeri korumayan soyut tehlike suçu ile zarar suçu arasında** fikri içtimanın koşullarının değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz¹¹⁶. Zira mağdurdaki farklılık eğer hareket tek ise tıpkı hedefte sapma hallerinde olduğu gibi fikri içtima hükmünün uygulanmasına hem aynı neviden hem de farklı neviden içtima anlamında engel teşkil etmez.

¹¹¹ Şekli asli-tali norm ilişkisinde bu şekilde bir sınırlandırmadan söz edilemez çünkü kanunilik prensibi gereğince kanunda yer alan düzenleme esas alınmak zorunluluğu bulunmaktadır.

¹¹² Sistematik asli-tali norma ilişkisinin sadece "*aynı konu üzerinde*" işlenen suçlar arasında olabileceği görüşü için bkz. **Hakeri**, s.544.

¹¹³ Hatta yaşam hakkının kişinin vücut dokunulmazlığını ve sağlığını da içine alan geniş kapsamlı bir hukuki değer olduğu söylenebilir ki bu da korunan hukuki değerlerin aynılığı konusundaki görüşümüzü destekler.

¹¹⁴ Korunan hukuki değerlerin aynı olmadığı görüşü için bkz. **Stree/Sternberg-Lieben**, in: Schönke/Schröder, Vor § 52, VII, no.117; **Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf**, §35, no.135.

¹¹⁵ Bu görüşe zarar suçunun mağdurunun aynı zamanda toplumu oluşturan bireylerden birisi olduğu ve bu nedenle mağdur anlamında da kısmen aynılığın söz konusu olduğu şeklinde karşı çıkılmaz; çünkü bu şekilde bir yaklaşım her suçun topluma karşı işlendiği toplumun aslında her suçun mağduru olduğu şeklindeki klasik suç teorisinin bir izdüşümü olur.

¹¹⁶ Somut – soyut suç ayrımının varılan sonuç bakımından etkili olduğu yönünde bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, §55 II, no.18; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17 V 4, no.790; **Koca/Üzülmöz**, s.514.

Bu çerçevede genel itibariyle kanaatimizin **korunan hukuki değere göre ayırım yapan görüşe** yakın olduğu söylenebilir. Ancak bu öğretinin her bir tehlike suçu formuna göre ayrı ayrı değerlendirilip uygulanabilirliğinin sınanması gerekmektedir. Zira hem objektif hem de sübjektif unsurlar anlamında ceza adalet sistemimizde birbirinden farklı tehlike suçlarının olduğu görülmektedir. Aşağıda da bu tehlike suç gruplarından bazıları özel olarak ele alınarak içtima ilişkisine dair vardığımız sonuçlar açıklanmaya çalışılacaktır.

C. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanununa Muhalefet Etme Suçu olarak adlandırılabilir suçu tipine göre ruhsatsız şekilde kanunda sayılan ateşli silahların bulundurulması veya taşınması suçtur. Bu suç tipi herhangi bir zarar veya somut tehlike neticesi olmaksızın cezalandırmayı gerektirdiği için **soyut tehlike suçudur**. Bu suç tipi aynı zamanda belirli bir süre devam etmesi gereken kesintisiz (mütemadi) bir suçtur. Bu suç sıklıkla zarar suçlarıyla birlikte işlenmektedir; hatta kişinin ruhsatsız bir silah bulundurduğu veya taşıdığı, silahı başka bir suçun (yağma, kasten, taksirle öldürme veya yaralama) işlenmesi sırasında yakalanmasıyla anlaşılacaktır.

Kanımızca bu durumda fail ruhsatsız şekilde bir silahı bulundururken veya taşırken *yeni bir suç işleme kararı ile* bu silahla başka bir suç işlerse *hareketin teklifinden söz edilemeyeceğinden gerçek içtima kuralı*¹¹⁷ gereğince her bir suçtan ayrı ayrı ceza verilmelidir¹¹⁸. Zarar suçunun aşağıda incelenecek olan suçlardan farklı olarak **kasten işlenmesi de** bu uygulamanın bir diğer gerekçesidir. Zarar suçunun silahla işlenmesinin ayrıca nitelikli hal olarak düzenlemesi (m.86, 102, 106, 109, 149) bu durumu değiştirmez, çünkü bu suçların silahla işlenmesine dayalı olarak suçun artan haksızlık içeriği ile suçun işlenmesinden evvel ruhsatsız silah bulundurma veya taşınmanın haksızlık içerikleri birbirinden farklıdır¹¹⁹. Dolayısıyla iki kez

¹¹⁷ Silahla kasten yaralama suçunun ruhsatsız silah taşıma suçunun haksızlığını tüketmediği gerekçesiyle bu durumda gerçek içtimanın söz konusu olduğu görüşü için bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, s.435.

¹¹⁸ Alman doktrininde mütemadi bir suç ile ani suç arasındaki içtima ilişkisi bakımından ikili bir ayırım yapılmakta ve failin mütemadi suçu işlemeye başlarkenki kastı belirleyici unsur olarak kabul edilmekte ve failin kastının ani suça da yönelik olması halinde, ani suçun işlenebilmesi için mütemadi suç bir koşul olarak değerlendirilebiliyorsa, hareketin kısmi teklifini de yeterli görüp fikri içtima kuralının uygulanabileceği ancak mütemadi suç işlenirken ele geçen fırsatın değerlendirilerek ani suçun işlenmesi halinde gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği kabul edilmektedir bkz. **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17 III 1, no.779; Aynı yönde bkz. Y.8. CD. 2010/15746, 2011/5118, 16.6.2011.

¹¹⁹ Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir. "Daha önceden kendisinin belediyyeye şikayet edilmesine kızan sanığın, mağdurun orada olduğunu bilerek dükkanının önünde ele geçirilemeyen ruhsatsız tabanca ile "beni belediye'ye şikayet edenin anasını, avradını sinkaf ederim" diyerek 8 el havaya ateş açtığı, bunun üzerine mağdurun "seni belediyyeye ben ihbar ettim" demesi üzerine sanığın silahı mağdura doğrultarak "seni öldüreceğim" dediği, bu sırada tanığın araya girerek sanığın elinden tabancayı alıp sanığı olay yerinden uzaklaştırdığı anlaşılmaktadır. Sanığın işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi nedeniyle 5237 sayılı Yasanın 44. maddesinde düzenlenen fikri

cezalandırma yasağına da aykırılık söz konusu değildir. Bununla birlikte polisin silahını alıp devamında polisi öldüren failin durumunda henüz temadi teşkil edebilecek kadar süre ruhsatsız şekilde silah bulundurmaya fail sadece kasten öldürme suçunu işlemiş kabul edilmelidir. Son olarak ruhsatsız silah bulunduran bir kişinin bu silahla ve **taksirle** başkasının ölmesine veya yaralanmasına neden olması halinde, ruhsatsız silah bulundurma suçunun **kasten işlenen** bir soyut tehlike suçu olması nedeniyle ve yukarıda gerekçesi açıklandığı üzere asli-tali norm ilişkisinden söz edilemez. Ancak **fikri ıçtım**a hükmü gereğince daha ağır cezayı gerektiren hükümden ceza vermekle yetinilmelidir.

D. Trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçuyla (m.179,180) ona bağlı şekilde işlenen taksirli zarar suçlarının, hareketin doğal teklifi anlamında tek bir eylemin mahsulü olduğu kabul edilebilir¹²⁰. Trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması ile taksirle öldürme veya yaralama suçu bakımından objektif özen yükümlülüğünün ihlali anlamında ortaklık söz konusudur¹²¹. Ancak bu suçlar arasındaki ıçtım ilişkisinde, asli-tali norm ilişkisinden söz edilemez. Zira **kasten** işlenen tehlike suçu (soyut yada somut) **taksirle** işlenen zarar suçu karşısında asli-tali norm ilişkisine dayalı şekilde geri plana çekilmez, yani cezasız bırakılamaz¹²². Kasten işlenen bir tehlike suçunun haksızlık içeriği, taksirle işlenen zarar suçundan daha az olduğu, her zaman söylenemez. Şöyle ki; tehlikeli şekilde alkollü araç kullanmanın soyut cezası m. 179/3 gereğince iki yıla kadar haptistir; buna karşılık taksirle yaralamanın soyut cezasının basit halinin soyut cezası m. 89/1 gereğince üç aydan bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır¹²³. Bu nedenle asli norm olarak zarar suçu esas alınacak olursa failin tehlike suçuna göre daha ağır şekilde cezalandırılabilme ihtimali söz konusu olur. Zarar suçunun da **kasten** işlenmesi durumunda ise hareketin teklifinden söz edilebilme ihtimali azalır.

ıçtım kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren fiilden hüküm kurulması gerekir. Silahla tehdit ve korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçlarından ayrı ayrı mahkumiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır. Ateşli Silahlar Kanuna Muhalefetten sanık hakkında; hükmedilen temel adli para cezasının 450 Türk lirasından az olamayacağı gözetilmemesi isabetsizdir.” Y.8. CD, 2008/4963, 2009/5222, 2.4.2009.

¹²⁰ Karşı görüş için bkz. **Şen Ersan**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.I, İstanbul 2006, s.142. **Ancak** elbette aynı yolculuk döneminde failin trafik güvenliğini tehlikeye soktuğu tespit edildikten sonra kaza yapması halinde tek hareketten söz edilemez aynı yönde bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.709; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, C.4, s.5537. Ancak bu fıkrada yer alan suçun oluşabilmesi için failin m.179'un tipine uygun hareket ettiğinin ayrıca ispatlanması gerekir.

¹²¹ **Göktürk**, s.138.

¹²² **Schmitt**, s.55, dpn.72; **Stree/Sternberg-Lieben**, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage 2010, Vor § 52, VII, no.116.

¹²³ Soyut ceza miktarlarının eleştirisi için bkz. **Hakeri**, s.545. Taksirle yaralamanın soyut cezası Al.CK §229 gereğince üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası buna karşılık alkollü araç kullanmanın cezası ise Al.CK §316 gereğince bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır.

Bu örnek bakımından hareketin kısmen tek olduğu kabul edilecek olursa fikri içtima hükmü uygulanabilir mi? Farklı neviden fikri içtimanın uygulanabilmesi için yukarıda da belirtildiği üzere korunan hukuki değerlerin farklı olması gerekmektedir. Öncelikle TCK m. 179 düzenlenen suç üç ayrı fıkrada birbirinden farklı düzenlemeler içermektedir. TCK m. 180 ise suçun taksirle işlenen şeklini düzenlemektedir. Öncelikle m. 180'de düzenlenen taksirle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, karayolunda işlenebilir bir suç olarak düzenlenmediği için uygulanabilme ihtimali oldukça sınırlandırılmıştır. Bu nedenle daha çok m. 179 üzerinden değerlendirme yapmak gerekirse; birinci fıkrasında bir somut tehlike suçu, ikinci ve üçüncü fıkrasında¹²⁴ ise soyut tehlike suçu düzenlemesi yer almaktadır¹²⁵. **Birinci fıkrada** düzenlenen somut tehlike suçu ile daha sonradan işlenen zarar suçu arasında korunan hukuki değer anlamında kısmen de olsa aynılıktan söz edileceğinden fikri içtima ilişkisi kurulamaz ve **gerçek içtima** hükmünün uygulanması gerekir. Diğer taraftan 2. ve 3. fıkradaki suçlar soyut tehlike suçu olduğundan toplumun geneline karşı işlenen suçlar olarak kabul edilmeli ve devamında işlenen zarar suçu ile arasında yukarıda izah edilen mağdur suçla korunan hukuki değer ayrımı doğrultusunda **fikri içtima** hükmü gereğince uygulama yapılmalıdır¹²⁶.

202

İkinci veya üçüncü fıkrada sayılan şekilde araç kullanırken **birden fazla kişinin** hayat, sağlık veya malvarlığına ilişkin bir tehlike durumu yaratmışsa bu durumda trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçu bakımından aynı neviden fikri içtimadan değil bütün bir eyleme bağlı olarak **tek bir suçun** işlendiği kabul edilir¹²⁷.

E. Genel güvenliğin tehlike sokulması suçlarının korumakta olduğu hukuki değerler, kanun maddesinde de belirtildiği üzere kişilerin hayatı (yaşam hakkı), sağlığı ve malvarlığı değerleridir. Yukarıda açıklandığı üzere bünyesinde hem zarar hem de tehlikeyi barındırdığı için bu suçlar **karma suç** türündedir. Bu

¹²⁴ "Emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen" ifadesi somut bir tehlikeye işaret etmez aksine tehlike potansiyelini ortaya koyar. Al.CK bu eylemi §315c'de somut, §316'da soyut tehlike suçu olarak düzenlemiştir bkz. **Lackner/Kühl**, §315c, no.1 ve §316, no.1.

¹²⁵ TCK m.179/1,2'nin somut, 3. fıkranın bir soyut tehlike suçu düzenlemesi olduğu hakkında bkz. **Kılıçarslan İsfen** Sibel, Alman ve Türk Ceza Hukukunda, Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, Ankara 2013, s.73.

¹²⁶ Fıkralar arasında ayırım yapmaksızın fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Centel** Nur, Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu, Rechtsbrücke Hukuk Köprüsü, Özyeğin Üniversitesi Yayını, S.2, İstanbul 2012, s.163; hareketin tek olması koşuluyla **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.709, **Kılıçarslan İsfen**, s.86.

¹²⁷ Somut tehlike suçu olan §315c'deki düzenlemeye göre, alkollü şekilde araç kullanımı sırasında, birbirinden bağımsız şekilde birden fazla kişi bakımından tehlikeye neden olmuşsa, mütemadi bir suç hali söz konusu olmadığından **gerçek içtima** gereğince korunan hukuki değer sayısınca suç oluşacağı savunulsa da (bkz. **Lackner/Kühl**, §315c, no.35; **Kindhäuser**, §68 no.27) ceza Kanunumuzun suçu soyut tehlike suçu olarak düzenlemiş olması bu görüşe katılmamızı engellemektedir.

suç tipi tehlike suçu yönü itibariyle **somut tehlike** suçu niteliğindedir. Bu suç tipini diğer tehlike suçlarından ayıran bir özelliği de kesintisiz suç olmayıp **ani suç** niteliğinde olmasıdır.

Örnekler üzerinden içtima ilişkisini açıklamak gerekirse, öncelikle failin mağdurun evini yakmak suretiyle ölmesine ya da yaralanmasına neden olduğu olaylarda, ortaya mağdurun hayatı veya sağlığına yönelik bir tehlike ve o tehlikeye bağlı olarak ortaya çıkan bir zarar neticesi söz konusudur. Failin kastının doğrudan zarar neticesine yönelik olması tek başına tehlike suçunun oluşmasına engel olmaz çünkü zarar neticesine yönelik olan kast aynı zamanda tehlikeyi de içine almaktadır. Öyleyse bu olayda hem genel güvenliğin **kasten** tehlikeye sokulması hem de **kasten** öldürme (m. 82/1-c)/ yaralama suçu hem de mala zarar verme suçunun nitelikli hali işlenmiş olur. Bu durumda aynı hareketle korunan aynı hukuki değere (kişilerin sağlığı) yönelik bir tehlike bir de zarar suçu işlenmiş olduğundan **asli-tali norm** (sistemantik ikincillik şeklinde) prensibi gereğince fail sadece asli norm olan kasten öldürme/kasten yaralama dolayısı ile cezalandırılır¹²⁸. Genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu **somut tehlike suçu** niteliğinde olduğu için, aynı hukuki değeri koruyan zarar suçunun arkasına çekilir. Kasten yaralama/kasten öldürme suçu ile mala zarar verme suçu arasında ise farklı hukuki değerleri korudukları için **fikri içtima hükümleri** uygulanabilir.

Genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu ile mala zarar verme suçunun nitelikli hali (m. 152/2) olayda bir yaralama veya ölüm neticesi olmaksızın da birleşebilir. Bu konuyu Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar üzerinden açıklamak gerekirse; Yargıtay'a göre, m. 152 malvarlığına karşı işlenen, m. 170 ise genel güvenliği korumayı amaçlayan topluma karşı suçlardan birisidir. Ateşe verme (yakmak) ile yangın çıkarmak birbirinden farklı kavramlardır. Madde 170'de düzenlenen suç bakımından ateşe verilen cismin kişiler ve mallar üzerinde genel bir tehlike doğurmaya elverişli şekilde yanmaya başlaması, yaygınlaşma eğilimi göstermesi gerekir. Yakma henüz yangın halini almadan söndürülmüş veya sönmüş ise yangından değil, m. 170/2'de yer alan yangın tehlikesinden söz edilebilir. Eğer fail tek bir eylemle hem 152/2'de yer alan suçu hem de m. 170'de yer alan suçlardan birini işlemişse fikri içtima hükümleri gereğince uygulama yapılmalıdır. Karara konu olayda sanık, kız arkadaşına ait giysileri ona sinirlenerek evin ortasında yakmaya çalışır ancak ateşin büyümesinden korkarak bir müddet sonra ateşi söndürmeye çalıştığı, olay yerine gelen itfaiye tarafından ateşin tamamen söndürüldüğü anlaşılmaktadır. Yargıtay'a göre bu olayda m. 152/2-a ile m.

¹²⁸ Fikri içtima uygulanması gerektiği yönünde bkz. Y.8.CD., 2007/1323-2007/3405, 02.05.2007 bkz. *Otacı*, s.719.

170/2 arasında fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır¹²⁹. Kanaatimizce bu olayda failin kız arkadaşına kızdığı için elbiselerini yakmış olması onun saikiyle alakalıdır ve kastını belirlemede önem taşımaz. Fail tek hareketiyle tamamlanmış bir 152/2'de yer alan nitelikli mala zarar verme suçunu ve m. 170/2'de yer alan genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçunu işlemiştir. Madde 170/2'de yer alan suç kişilerin hayat, sağlık ve malvarlığı değerleri bakımından soyut tehlike suçudur ve toplumun geneline karşı işlenmektedir. Mala zarar verme suçu ise belirli bir kişiye karşı işlenen bir zarar suçudur. Yukarıda açıklanan gerekçelerle bu iki suç tipi arasında asli-tali norm ilişkisi olduğu söylenemez bu nedenle Yargıtay'ın kararı kanaatimizce yerindedir.

Genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu ile zarar suçlarının aynı olayda birleşmesi havaya ateş ederken başkasının öldürülmesi veya yaralanması olaylarından da sıklıkla yaşanmaktadır. Bu olaylarda Yargıtay'ın görüşü, yukarıda açıklandığı üzere fikri içtima hükmünün uygulanması yönündedir. Ancak m. 170/1'de düzenlenen somut tehlike suçu ile devamında işlenecek bir zarar suçunun korunan hukuki değer anlamında eş değer nitelikte olmaları nedeniyle asli-tali norm şeklinde görünüşte içtima ilişkisinin kurulması gerekir. Ancak ilgili zarar suçunun **taksirle** (veya bilinçli taksirle) işlenen bir suç olması halinde yukarıda da izah edildiği üzere asli-tali norm ilişkisinden söz edilemez. Korunan hukuki değerlerin aynı olması da fikri içtima normunun uygulanmasına engel olur ki bu nedenle **gerçek içtima** hükmü gereğince hem genel güvenliğin tehlikeye sokulması hem de ilgili taksirli zarar suçundan (yaralama veya öldürme) hüküm tesisi gerekir. Ancak zarar suçunun **olası kastla** işlendiğinin kabul edildiği durumlarda (örneğin düğün gibi çok kalabalık ortamlarda yere yatay şekilde ateş etmek vakıalarında) **asli-tali norm** ilişkisinden söz edilebilir.

F. Neticesi sebebiyle ağırlanmış tehlike suçlarında farklı ihtimaller söz konusu olabilir. Genel anlamda neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar bünyesinde barındırdığı temel suç tipi ile özel netice barındıran diğer suç tipi karşısında **özel norm** niteliğindedir¹³⁰. Ancak failin kastı doğrudan özel neticeye yönelikse ve bu netice başka bir suça aitse, neticesi sebebiyle ağırlanmış suç özel norm olma hüviyetini kaybeder. Fail doğrudan kasten işlenen suçtan dolayı cezalandırılır.

Neticesi sebebiyle ağırlanmış tehlike suçuna örnek olarak terk ve yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçları (m.97,98) verilebilir. Bu iki suç tipine ait maddelerin 2. fıkralarında yer alan düzenlemeler karşısında artık herhangi bir içtima ilişkisinden (fikri içtima veya asli-tali norm ilişkisi)

¹²⁹ Y.9.CD., 2008/19072-2008/14496, 30.12.2008 bkz. **Otaç**, s.726-727.

¹³⁰ **Doğan**, s.266.

söz etmek yanlış olur¹³¹. Ancak ihmal suretiyle kasten öldürme suçu karşısında terk suçunun **tali norm** mahiyetinde¹³² olduğu ayrıca belirtilmelidir.

G. Son olarak tehdit suçu ile tehdidin içeriğinin gerçekleştirilmesi suretiyle işlenen zarar suçu arasındaki içtima ilişkisine değinmek gerekirse; tehditten *hemen sonra* işlenen kasten öldürme veya kasten yaralama suçları bakımından iki ayrı suç değil, gerçekleşen neticenin haksızlık içeriği, soyut tehlike suçu¹³³ olan tehdidin haksızlık içeriğini de kapsıyor olması nedeniyle ayrıca tehditten ceza verilmemesi gerekir¹³⁴. Tehdit suçunu düzenleyen norm, işlenen zarar suçuna ilişkin norma göre **tali norm** niteliğindedir¹³⁵ çünkü korunan hukuki değer ve mağdur tamamen aynıdır. Ancak tehdit ile ilgili zarar suçu arasında zamansal ve mekansal anlamda eylemin doğal teklifi ortadan kaldıracak kadar zaman aralığı girerse, hareketin teklifinden söz edilemeyeceği için **gerçek içtima** ilişkisi gereğince hem tehdit hem de ilgili zarar suçundan ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011.

Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

Artuk Mehmet Emin/Üzülmez İlhan, “Taksirle Tehlikeye Sebebiyet Verme Suçu (765 S. TCK. M. 383) Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (5237 S. TCK M.171)”, TBBD., Y.2005, S.57.

Arzt Gunther/Weber Ulrich/Heinrich Bernd/Hilgendorf Eric, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2009.

Aydın Murat, Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu, Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması, <http://www.murataydin.name.tr/> (erişim

¹³¹ TCK m.97/2’de yer alan “Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklindeki düzenlemenin, TCK m.98/2’de yer alan “Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur.” şeklindeki düzenlemeye göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun teorik yapısına daha uygun olduğu ayrıca belirtilmelidir.

¹³² **Stree/Sternberg-Lieben**, in: Schönke/Schröder, Vor § 52, VII., no.116.

¹³³ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.368; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.359.

¹³⁴ **Önder** Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s.51.

¹³⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.376.

tarihi:14.10.2013), (Makale ayrıca Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Şubat 2007 sayısında da yayınlanmıştır).

Baumann Jürgen/Weber Ulrich/Mitch Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003.

Centel Nur, Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu, Rechtsbrücke Hukuk Köprüsü, Özyeğin Üniversitesi Yayını, S.2, İstanbul 2012.

Coşkun Neslihan, Fikri İçtima, Doktora Tezi, Doktora Tezi, Ankara 2009.

Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

Doğan Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011.

Dönmezer Sulhi/Erman Sulhi, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul 1999.

Fischer Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2012.

Frister Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2011.

Gropp Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 2001.

206 **Kılıçarslan İsfen Sibel**, Alman ve Türk Ceza Hukukunda, Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, Ankara 2013.

Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012.

Haft Fritjof, Strafrecht Besonderer Teil II, München 2005.

Haft Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2004.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

Hauf Claus-Jürgen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, 1996 Berlin.

Heinrich Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 2012.

Hohn Kristian, “Grundwissen – Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht“, JuS 2008.

Hoyer Andreas, Die Eignungsdelikte, Berlin 1987.

İçel Kayıhan/Evik A.Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2.Kitap, İstanbul 2007.

İçel Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008.

İçel Kayıhan, Suçların İçtimalı, İstanbul 1972.

Jakobs Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin 1991.

Jescheck Hans-Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1991.

Kindhäuser Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, Baden Baden 2007.

Koca Mahmut, Fikri İçtima, Ceza Hukuku Dergisi, S.4, 2007.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

Kunter Nurullah, “Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi”, İHFM, C. XIV, S. 1-2, Y.1948.

Kühl Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2012.

Küper Wilfried, Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, Heilderberg 2005.

Lackner Karl/Kühl Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, München 2007.

Liesching Patrick, Die Brandstiftungsdelikte der §§ 306 bis 306c StGB nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, Berlin 2002.

Maiwald Manfred, Die Natürliche Handlungseinheit, Heidelberg 1964.

Maurach Reinhart/Zipf Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1 Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Heidelberg 1983.

Maurach Reinhart/Gössel Karl Heinz/Zipf Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Heidelberg 1989.

Polat Halil, “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu İle Bu Suçun Diğer Suçlarla İçtimaı”, TAAD, Nisan 2010, S.1.

Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, München 2006.

Rönnau Thomas, “Grundwissen – Strafrecht: Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte”, JuS 2010.

Otacı Cengiz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Yargıtay Yorumu, Ankara 2013.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992.

Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.

Özbek Veli/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

Özbek Veli/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.

Özek Çetin, “Silahlı Çete – Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları, Ankara Üniversitesi SBFDER, C.49, S.3.

Özen Muharrem, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara 2010.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2012.

Puppe Ingeborg, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Berlin 1979.

Puppe Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, Baden-Baden 2011.

Satzger Helmut, “Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte”, NStZ 1998.

Schmidt Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bremen 2011.

Schmitt Rudolf, “Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht” ZStW 1963, 75.

Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage 2010,

Schünemann Bernd Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984.

Şen Ersan, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.I, İstanbul 2006

Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2012.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008.

Wessels Johannes /Beulke Werner/Satzger Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, Heidelberg 2013.

Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin, Artuç Mustafa, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 4.Cilt, Ankara 2014.

Zieschang Frank, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998.

SÖZLÜ VASIYETNAME

Will in Oral Form

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM *

ÖZET

Sözlü vasiyetname, resmî ve el yazılı vasiyetnameden farklı olarak istisnai bir vasiyetname türüdür. Miras bırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyetname yoluna başvurabilir. Kanun koyucu, miras bırakanın son arzularını yaşatmak için, bazı şartların varlığı durumunda vasiyetin sözlü olarak açıklanmasına imkân tanımıştır. Fakat miras bırakanın gerçek iradesinin öldükten sonra bilinmesine imkân bulunmaması nedeniyle de bu konuda yaşanabilecek birtakım suiistimleri önlemek için bir hayli titiz davranmıştır. Ayrıca miras bırakan için sonradan diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağının doğması durumunda, bu tarihin üzerinden bir ay geçince sözlü vasiyetname hükümsüz hale gelir. Makalede, Yargıtay kararları dikkate alınarak, sözlü vasiyetnamenin şartları ve düzenlenmesi incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Miras bırakan, ölüme bağlı tasarruf, sözlü vasiyetname, yakın ölüm tehlikesi, vasiyetin belgelenmesi.

ABSTRACT

Will in oral form, different from both will by public deed and holographic will, is an exceptional way of will. Where the testator is prevented from using any other form of will by extraordinary circumstances such as the imminent risk of death, breakdown in communications, epidemic or war, he is entitled to make a will in oral form. The legislator allowed for a will in oral form under presence of certain circumstances to perpetuate the testator's last will. The legislator considerably used diligence to prevent any potential misuses, because it is impossible to learn the real will of the testator after his death. Additionally if the testator subsequently has the opportunity to draw up his will in another form, the oral will ceases to be valid one month after such opportunity arises. In this article, conditions and arrangement of will in oral form are analysed by taking decisions of Turkish Court of Appeals into consideration.

Key Words: Testator, testamentary disposition, will in oral form, imminent risk of death, documentation of will.

◆◆◆◆

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
abdulk@gazi.edu.tr

GİRİŞ

İnceleme konumuz olan sözlü vasiyetname, TMK'nın 539 ila 541. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹. Hemen belirtmek gerekir ki, TMK m. 539'un kenar başlığında ve içeriğinde "sözlü vasiyet" kavramı kullanılmış olsa da, sözlü olarak açıklanan vasiyetin tekemmül etmesi için belgeleme gerektiğinden (TMK m. 540) çalışmamızda "sözlü vasiyetname" ifadesi tercih edilmiştir².

Sözlü vasiyetname, resmî ve el yazılı vasiyetnameden farklı olarak istisnai bir vasiyetname türüdür³. Zira miras bırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir (TMK m. 539/I). Sözlü vasiyetname bir nevi "zorunluluktan doğan bir vasiyetname"dir⁴.

Kanun koyucu, miras bırakanın son arzularını yaşatmak için, bazı şartların varlığı durumunda vasiyetin sözlü olarak açıklanmasına imkân tanımıştır⁵. Fakat miras bırakanın gerçek iradesinin öldükten sonra bilinmesine imkân bulunmaması nedeniyle de bu konuda yaşanabilecek birtakım suiistimalleri önlemek için bir hayli titiz davranmıştır⁶. Kanun koyucunun bu tutumunun Yargıtay kararlarına nasıl yansdığıнын belirlenmesi, sözlü vasiyetnameye ilişkin kanuni düzenlemenin uygulanmasını görmek bakımından ehemmiyet arz etmektedir.

¹ Söz konusu maddeler, TMK'nın "Miras Hukuku"na ilişkin üçüncü kitabının, "Mirasçılar" başlıklı birinci kısmının "Ölüme Bağlı Tasarruflar" a ilişkin ikinci bölümünün dördüncü ayrımında "Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekilleri" başlığı altında yer almaktadır.

² Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 219; OĞUZMAN, s. 125; DURAL/ÖZ, s. 91, dn. 235; SEROZAN/ENGİN, s. 242; ANTALYA, s. 140; ŞENER, s. 74, dn. 1; ARBEK, s. 29; KAYAK, s. 197. Her iki kavramın birlikte kullanımı için bkz. İMRE/ERMAN, s. 87, dn. 3. Sözlü vasiyet kavramı tercihi için bkz. AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 90; ÖZTAN, s. 172; AYAN, s. 81; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 191; GENÇCAN, s. 348; GÜVENÇ, s. 468.

³ BREITSCHMID, s. 265, N. 1; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 219; DURAL/ÖZ, s. 91; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 90; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 172; BERKİ, s. 404.

⁴ İMRE/ERMAN, s. 87; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 90.

⁵ BGB'ye göre de; bazı hallerde üç tanığın önünde sözlü olarak vasiyet düzenleyebilmek mümkündür (Art. 2250). Buna göre:

(a) Vasiyette bulunmak isteyen kişi, bir engel (sel baskını, karantina, savaş gibi vasiyette bulunacak kişiyi bir yerde kalmaya zorlayan, oradan ayrılmasına mani olan) nedeniyle herhangi bir yerde bulunmak zorunda kalıyorsa ve bu nedenle de bir noter önünde vasiyet düzenleyebilmesi mümkün değilse ya da aşırı derecede zorlaşmışsa,

(b) vasiyette bulunmak isteyen kişi yakın ölüm tehlikesi nedeniyle Art. 2249'a göre vasiyet düzenleyemeyecekse,

(c) Alman bayraklı/uyruklu bir gemi ile seyahat esnasında, yabancı ülke sınırlarında bulunan kişi Art. 2250, Abs. 3'e göre üç tanığın önünde sözlü vasiyette bulunabilir.

⁶ Bu yönde Yargıtay 2. HD, E. 1257, K. 2033, T. 20.04.1965. Karar için bkz. ÖZÜĞÜR, s. 465-466.

Bu nedenle çalışmamızda, Yargıtay kararları dikkate alınarak, sözlü vasiyetname yoluna başvurmanın şartları ve sözlü vasiyetnamenin düzenlenmesi incelenecektir.

I. SÖZLÜ VASIYETNAMENİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR İÇERİSİNDEKİ YERİ

Hükümlerini, iradesini açıklayan kişinin ölümünden sonra doğuran hukuki işlemlere ölüme bağlı tasarruf denir⁷. Hukuk düzeni tarafından ölüme bağlı tasarruf yapma imkânı tanınması, özel hukuktaki irade serbestliği ilkesinin uygulama sahasını önemli ölçüde genişletmiştir⁸. Öyle ki bu tasarruflar sayesinde kişinin iradesi ölümünden sonrası için de değerini muhafaza edecek⁹, kişi adeta ölümünden sonra da yaşamaya devam edecektir. Ölüme bağlı tasarruflar şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufla kastedilen, kişinin ölüme bağlı iradesini açıklama şekilleridir. Diğer bir ifadeyle, bu kavram miras bırakanın irade beyanının büründüğü kalıbı¹⁰ ifade eder. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre; bir kişi ölüme bağlı iradesini vasiyetname (m. 531 vd.) veya miras sözleşmesi (m. 545 vd.) ile açıklayabilir.

Vasiyetname yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir (TMK m. 502). Aksi takdirde vasiyetnamenin iptali için dava açılabilir (TMK m. 557, b. 1). Ayrıca ölüme bağlı tasarruf yapma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan bu konuda yasal veya iradi temsil geçerli değildir¹¹.

Vasiyetname resmî şekilde veya miras bırakanın el yazısı ile ya da sözlü olarak yapılabilir (TMK m. 531). Kanunda belirtilen bu işlemler sınırlı sayıdadır¹². O halde miras bırakan için bunların dışında başka bir yolla irade açıklamasında bulunmak mümkün değildir¹³.

⁷ Kavramda yer alan "tasarruf" ibaresi, bir hakka doğrudan etki eden işlemleri belirtmek için teknik anlamda kullanılan "tasarruf işlemi"ni değil, geniş anlamda hukuki işlemi ifade eder. Konuyla ilgili olarak bkz. ve karşı. DURAL/ÖZ, s. 50; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 159-160; SEROZAN/ENGİN, s. 191; İMRE/ERMAN, s. 49; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 126; HATEMİ, s. 62; ARBEK, s. 27.

⁸ İMRE/ERMAN, s. 49; SEROZAN/ENGİN, s. 189.

⁹ İMRE/ERMAN, s. 49.

¹⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 127; AYAN, s. 68; ÖZTAN, s. 144; SEROZAN/ENGİN, s. 191.

¹¹ AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 76-77; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 135; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 166; SEROZAN/ENGİN, s. 203.

¹² İMRE/ERMAN, s. 51-52; DURAL/ÖZ, s. 53; ÖZTAN, s. 144; AYAN, s. 68; SEROZAN/ENGİN, s. 191.

¹³ Vasiyetname tek taraflı hukuki işlem niteliğinde olduğundan meydana gelebilmesi için miras bırakanın irade açıklaması yeterlidir. Herhangi bir kişinin kabul beyanına gerek yoktur. Miras bırakan yaptığı vasiyetnameyi her zaman değiştirebileceği gibi bundan serbestçe rücu da edebilir. Miras sözleşmesi ise iki taraflı bir hukuki işlemdir. Öneri ve kabulle meydana gelir. Miras bırakan

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise; vasiyetname veya miras sözleşmesinin konusunu oluşturan tasarrufları ifade eder¹⁴. Bu tür tasarruflara örnek olarak, mirasçı atama (TMK m. 516), belirli mal bırakma (TMK m. 517), vakıf kurma (TMK m. 526), evlilik dışı çocuğu tanıma (TMK m. 295), vasiyeti yerine getirme görevlisi atama (TMK m. 550) ve mirasçılıktan çıkarma (TMK m. 510) gösterilebilir.

II. SÖZLÜ VASIYETNAME YOLUNA BAŞVURMANIN ŞARTLARI

Türk Medeni Kanunu uyarınca; miras bırakan, yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurulabilir (m. 539/I). O halde sözlü vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için olağanüstü bir durum olmalı ve bu durum nedeniyle diğer iki vasiyetnameyi yapabilme olanağı bulunmamalıdır¹⁵. İki şarttan biri bile eksik olsa sözlü vasiyetname geçerli olmaz¹⁶.

A. Olağanüstü Bir Durum İçinde Bulunma

212 Sözlü vasiyetname yapabilmek için aranan ilk şart; miras bırakanın, yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü bir durum içinde bulunmasıdır (TMK m. 539/I). “Olağanüstü durum” ifadesinden murisin içinden sağ olarak kurtulup kurtulamayacağını bilemediği her türlü durum anlaşılabilir¹⁷. TMK m. 539/I’de olağanüstü durum oluşturan önemli bazı örneklerle yer verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, olağanüstü durum oluşturan haller sınırlı şekilde belirtilmiş değildir¹⁸. Sayılan durumlar dışında da olağanüstü bir duruma rastlanabilir.

Olağanüstü haller içerisinde en yaygın ve önemli olanı yakın ölüm tehlikesidir¹⁹. Öyle ki diğer haller kimi zaman bu durum içinde zikredilebilir. Fakat olağanüstü

vasiyetnameden farklı olarak miras sözleşmesinden kanunda belirtilen bazı haller haricinde rücu hakkına sahip değildir. Miras sözleşmeleri ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL, Miras Sözleşmeleri, s. 15 vd.

¹⁴ AYAN, s. 68; DURAL/ÖZ, s. 55; İMRE/ERMAN, s. 53-54; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 164.

¹⁵ WEIMAR, Art. 508, N. 2; HRUBESCH MILLAUER, s. 47.

¹⁶ DURAL/ÖZ, s. 91; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 191-192; OĞUZMAN, s. 126.

¹⁷ AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 91.

¹⁸ HRUBESCH MILLAUER, s. 47; BERKİ, s. 409; ÖZTAN, s. 172; İMRE/ERMAN, s. 88; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 221; OĞUZMAN, s. 126; ŞENER, s. 77-78; TURAN, s. 15; ÖZÜĞÜR, s. 451; GENÇCAN, s. 349; GÜVENÇ, s. 470; KAYAK, s. 202.

¹⁹ İMRE/ERMAN, s. 88; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 219; ŞENER, s. 74-75.

haller arasında özel olarak gösterilen ulaşımın kesilmesi, hastalık ve savaş durumlarında ayrıca yakın ölüm tehlikesi aranmaz²⁰.

Kanunda olağanüstü duruma örnek olarak gösterilen halleri aşağıdaki gibi inceleyebiliriz.

1. Yakın Ölüm Tehlikesi

743 sayılı MK'da yalnızca "ölüm tehlikesi"nden bahsedilmesine rağmen, 4721 sayılı TMK'da ise, İsviçre Medeni Kanunu (İMK)'na uygun olarak (m. 506) "yakın ölüm tehlikesi"nden söz edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu ölüm tehlikesinin yakın olmasını aramaktadır. Bu durum esasen sözlü vasiyetin istisnai ve olağanüstü duruma has bir vasiyetname olmasından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucunun yakın ölüm tehlikesi aramış olmasının sebebi budur.

Yakın ölüm tehlikesi durumunda kişinin öleceğine dair güçlü bir ihtimal söz konusudur. Fakat ölüme muhakkak nazarıyla bakılması şart değildir²¹.

Yakın ölüm tehlikesinin olup olmadığı miras bırakanın vasiyetini sözlü olarak açıkladığı andaki hal ve şartlara göre belirlenir²². Bu nedenle Yargıtay'ın da haklı olarak kabul ettiği gibi, miras bırakanın örneğin, hastalığının daha önceki aşamalarında resmî veya el yazılı vasiyetname yapabilecek durumda iken bunları yapmamış olması, sözlü vasiyetname yapmasına engel değildir. Zira miras bırakan son arzularını dilediği zaman açıklama hakkına sahiptir. Önemli olan ölüme bağlı iradesini açıkladığı andaki durumu itibariyle yakın ölüm tehlikesi içinde olup olmamasıdır²³.

Ölüm tehlikesinin yakınlığı belirlenirken objektif ve sübjektif kriterlerden hareket edilmekte ve bunların birlikte bulunması gerektiği kabul edilmektedir²⁴. Bu bağlamda miras bırakanın ve sözlü vasiyete tanıklık edenlerin somut olayda yakın ölüm tehlikesinin fiilen gerçekleştiğine kanaat getirmeleri, yani salt sübjektif değerlendirme yeterli görülmemektedir. Ayrıca bu kanaatin objektif olarak da, yani dürüst ve dikkatli bir kişinin yapacağı değerlendirme karşısında da haklı görülebilir olması gerekmektedir. Bu şartların olup olmadığı uyumsuzluk

²⁰ OĞUZMAN, s. 127.

²¹ İMRE/ERMAN, s. 88.

²² KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 219-220; İMRE/ERMAN, s. 88; DURAL/ÖZ, s. 92; ÖZTAN, s. 172; ÖZÜĞÜR, s. 452; ANTALYA, s. 140; ŞENER, s. 75; GÜVENÇ, s. 472; KAYAK, s. 204.

²³ HGK, E. 966/2-1205, K. 94; T. 8.2.1969. Karar için bkz. ÖZMEN, s. 293-295.

²⁴ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 220; OĞUZMAN, s. 126; İMRE/ERMAN, s. 89; DURAL/ÖZ, s. 92; ÖZTAN, s. 172; ÖZÜĞÜR, s. 452; ANTALYA, s. 140-141.

durumunda hâkim tarafından belirlenir. Hâkim bu belirlemeyi yaparken gerekli dikkati göstermeli ve sözlü vasiyetnamenin istisnai karakterini gözden uzak tutmamalıdır²⁵.

Yargıtay, yakın ölüm tehlikesinin kabulü için genellikle ani ölüm tehlikesinin varlığını aramaktadır²⁶. Yüksek Mahkeme bu değerlendirmesini yaparken somut olayda diğer vasiyetnamelere başvurma imkânının olup olmaması olgusunu dikkate almaktadır²⁷.

2. Ulaşımın Kesilmesi

Çeşitli sebeplerle ulaşımın fiilen kesilmesi mümkündür. Örneğin, kuvvetli fırtına, yoğun tipi veya sel basması nedeniyle miras bırakan ve (resmî vasiyetname yapılacaksa) resmî memur ile tanıkların bir araya gelmeleri mümkün olmayabilir²⁸. Böyle bir halde miras bırakan, okuma yazma bilmediği için, el yazılı vasiyetname de yapamıyorsa ulaşımın kesilmesi nedeniyle sözlü vasiyetname yoluna başvurabilir.

3. Hastalık

Kanun koyucu olağanüstü durumlar arasında hastalığa da yer vermiştir (TMK m. 539/I). 743 sayılı EMK'da "hastalık" yeterli görülmemiş, bunun ayrıca

²⁵ İMRE/ERMAN, s. 89.

²⁶ "...Hadisemizde normal şekilde vasiyetnamenin yapılmasını hakikaten imkânsız kılacak hususlar ispat edilmiş değildir. Vasiyette bulunduğu ileri sürülen şahsın ölüm anı bir kaza neticesinde vukua gelmemiştir. Mevti intaç eden beyin kanaması halinin ani hissedilmesi, bir an için düşünülse bile vasiyetin yapıldığı zaman şehirde bulunan ve evinde telefon olan bu şahsın şehirdeki noteri çağırması daima mümkün idi. Kaldı ki vasiyete şahadet eden şahıslar o sırada muris Mustafa'nın ani bir ölüm tehlikesi halinde bulunmadığını da söylemişlerdir. Üstelik vasiyetin yapıldığı 12.9.1963 günü, bir tatil günü de değildir..." (2. HD, E. 1257, K. 2033, T. 20.04.1965. Karar için bkz. ÖZÜĞÜR, s. 465-466.) 2. HD bir başka kararında: "... Olayda miras bırakan Darülaceze Kurumunda yatmakta iken vefat etmiştir. Sözlü vasiyetname tanzimi için yasanın aradığı olağanüstü haller bulunmamaktadır..." ifadelerine yer vermiştir (E. 5347, K. 11722, T. 14.06.2010). Karar için bkz. GENÇCAN, s. 349.

²⁷ "Vasiyetçi olduğu iddia edilen şahsın 7 Şubat 1962 Çarşamba günü şifahi vasiyetini saat 09.30'da yaptığını ve ölümün de aynı gün saat 11'de vuku bulduğunu mahkeme tespit etmiştir. Ölümün kalp rahatsızlığından ileri geldiği bildirilmektedir. Şu hale nazaran kalpten yatan bir kimsenin şifahi şekildeki vasiyetinin Medeni Kanun hükümlerine göre muteber addedilebilmesi için lazım olan şartlardan ölüm tehlikesi şartı bu vasiyette tahakkuk etmiş addolunamaz. Bu maddenin tatbik edilebilmesi, vaki olan hallerin hakikaten fevkalade olması keyfiyetine bağlıdır. İstanbul'da Taksim'de noter dairelerine pek yakın bir yerde sabah saat 8'de vasiyetçi böyle bir arzu izhar ederse en yakın notere bu arzusunun saat 9'da bildirilmesi mümkündür. Binaenaleyh 486. madde hükmü göz önünde tutularak sabah saat 9.30'da vasiyetin kabulünü zaruri kılan sebeplerin ne olduğunun karar yerinde tebarüz ettirilmesi icap eder. Kaldı ki saat 8'de hastanın yanına giden şahitlerin saat 9.30'da vasiyeti kabul etmiş olmalarına ve o günün bir çalışma günü bulunmasına göre sabah saat 9'da çalışmaya başlayan Beyoğlu noterlerinden herhangi birisinin haberdar edilmesi de imkân dâhilinde iken bu yola tevessül edilmemesi de şayanı dikkat bulunmuştur." (Yargıtay 2. HD, E. 3426, K. 3615, T. 10.06.1963). Karar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 221.

²⁸ İMRE/ERMAN, s. 89; OĞUZMAN, s. 127; DURAL/ÖZ, s. 92; ŞENER, s. 76; ÖZÜĞÜR, s. 452.

“bulaşıcı bir hastalık” olması aranmıştı²⁹. Böylelikle sözlü vasiyetname yapma imkânı, en azından lâfzen, genişletilmiştir³⁰.

Kanaatimizce hastalığın isminden veya bulaşıcı olup olmamasından ziyade önemli olan somut olayda diğer vasiyetname türlerinden birine başvurma imkânı meselesidir. Bu bağlamda hastalık, EMK'nın aradığı gibi bulaşıcı bir hastalık olsa bile, miras bırakan için resmî veya el yazılı vasiyetname yapma imkânı varsa sözlü vasiyetname yoluna başvurulamaz. Buna karşın hastalık, bulaşıcı olmasa bile, somut olayda miras bırakanın diğer vasiyetnameleri yapma imkânı bulunmuyorsa, söz konusu hastalık kanunun aradığı anlamda olağanüstü bir durum olarak kabul edilmelidir³¹.

Öte yandan hastalığın yakın ölüm tehlikesi oluşturacak bir nitelik taşıması da gerekmez. Zira kanun koyucu olağanüstü durumlara örnek verirken yakın ölüm tehlikesi ve hastalık hallerini ayrı ayrı belirtmiştir.

Yargıtay'a göre: “... Kalp hastası olmak (Y. 2. HD, 20.4.1965 tarihli ve 1257-2033 sayılı kararı), dâhili bir hastalıktan hasta yatmak (Y. 2. HD, 28.6.1965 tarihli 3469-3463 sayılı kararı) fevkalade hallerin varlığını göstermez. Kanunda açıklanan resmî veya el yazısı vasiyetname yapma imkânı olan hallerde fevkaladelik yoktur (Yargıtay HGK'nın 8.2.1969 tarihli 1205-94 sayılı; Yargıtay 2. HD'nin 26.3.1957 tarihli 1056-1602 sayılı kararları)³²”.

²⁹ Madde gerekçesine göre: “Sözlü vasiyet için tek başına olağanüstü koşullar içinde bulunmanın yeterli olmadığı, buna ilaveten, vasiyetçinin diğer vasiyetlerden birine başvurma olanağına sahip bulunmaması arandığından, olağanüstü hallerde örnek olan hastalığın salgın bir hastalık olmasının şart olmadığı öngörülmüştür. Buna göre bir trafik kazası sonunda hastaneye kaldırılan bir kişi de, diğer vasiyetlerden birini yapma olanağına sahip değilse, sözlü vasiyet yapabilecektir.”

³⁰ Ayrıca bkz. BAŞPINAR, s. 56; İŞGÜZAR, s. 57.

³¹ Ayrıca bkz. ve karşı. KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 304.

³² Kararın devamı şu şekildedir: “Resmî vasiyetname name yapma imkânı yokken, yazılı vasiyetname yapma imkânı varsa yine fevkalade halin varlığı kabul edilemez. Davalı 6.3.1989 günlü cevap dilekçesinde “vasiyetçi 5.6.1988 pazar günü Cenevre'ye gitmiştir. Hastadır. Bitkindir ve şahitlere hemen bir resmî vasiyet yaparak mirasını kanuni mirasçılara bırakmak istediğini açıkça ve kesin bir şekilde belirtmiştir. Kendisine Pazar ve Pazartesi günleri Konsolosluğun kapalı olduğu, eğer isterse 7 Haziran 1988 Salı sabahı Konsolosluğa gidip vasiyet yaptırabileceği söylenmiştir. Müteveffa ağlayarak son arzusunun mirasını kanuni mirasçılara bırakmak olduğunu söylemiştir. Kendi el yazısı ile vasiyetname yapmaya çalıştığı ancak içinde bulunduğu Psikolojik şartlar ve son zamanlarda özellikle heyecanlanınca, üzülmeye vaki olduğu gibi yine ellerinin titremesi sebebiyle tamamlayamamıştır. Bu adeta şahitlere “eski vasiyetnamesinden vazgeçtiğini mirasın tamamını yeğenlerine bıraktığını, eğer herhangi bir şekilde konsolosluğa gidip bu iradesini ve arzusuna uyarak taksim edilmesini” beyan etmiştir” denmektedir. Bu olgunun 5.6.1988 Pazar günü otelin lobbiesinde olduğu anlaşılmaktadır. Tanık sözlerinden murisin 6.6.1988 Pazartesi günü hastalandığı ve o gün Türkiye'ye dönmekte olan şahit Barlas'ın saat 11.30 da otel'e telefon etmesinden sonra öldüğü belirlenmiştir. Yine şahit sözlerinden murisin 5.6.1988 günü uzun süre şahitler ve diğer kişilerle görüşüp odasına çıktığı orada baldızı Madam Tula ile birlikte kaldığı belirlenmektedir. Bu olgu vasiyetçinin söylediği sözlerin fevkalade hal içinde söylemiş sözler olarak kabulüne imkân

Görüldüğü gibi Yargıtay, sözlü vasiyetname yapılabilmesi için gerekli olan iki şartı (olağanüstü bir durum ve bu durum nedeniyle diğer iki vasiyetnameyi yapabileme olanağı bulunmaması) bir arada değerlendirmiş ve resmî veya el yazılı vasiyetname yapma imkânının bulunduğu halleri, adı ne olursa olsun (kalp hastalığı, dâhili bir hastalık vs.), olağanüstü bir durum olarak kabul etmemiştir.

4. Savaş

Savaş, tıpkı yakın ölüm tehlikesi, hastalık veya ulaşımın kesilmesi hali gibi kanun koyucu tarafından olağanüstü bir durum olarak kabul edilmiştir. Savaş ortamında bulunan kişi asker olabileceği gibi sivil de olabilir³³. Fiilen böyle bir hal içinde bulunan kişi, yakın ölüm tehlikesi söz konusu olmasa bile, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir. Fakat miras bırakan, savaşta olsa bile, diğer vasiyetnamelerden birini yapma imkânına sahipse artık sözlü vasiyet yoluna başvuramaz³⁴.

5. Diğer Olağanüstü Durumlar

Yukarıda belirtilenler kanun koyucunun olağanüstü hollere verdiği örneklerdi. Miras bırakanın içinden sağ olarak kurtulup kurtulamayacağını bilemediği başka hallerde de olağanüstü durumdan söz edilebilir. Örneğin, yangın, deprem, sel baskını, göçük altında kalma, isyan, terör eylemi vs.³⁵. Bu gibi durumlarda aynı zamanda yakın ölüm tehlikesi veya ulaşımın kesilmesi de söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle, olağanüstü durum oluşturan haller çakışabilir.

B. Resmî veya El Yazılı Vasiyetname Yapma İmkânına Sahip Olmama

Sözlü vasiyetname yapılabilmesi için aranan ikinci şart, miras bırakanın yukarıda belirtilen olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapma imkânına sahip olmamasıdır (TMK m. 539/I). Başka bir anlatımla, salt yakın ölüm tehlikesi, hastalık, ulaşımın kesilmesi, savaş gibi olağanüstü bir durumun varlığı sözlü vasiyetnameye cevaz verilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda olağanüstü durum nedeniyle miras bırakanın diğer vasiyetnameleri yapma imkânından da yoksun bulunmak gerekir³⁶. Bu durumu ispat yükü, sözlü

vermez. Vasiyetçinin yeni bir vasiyet yapma arzusunu izhare etmiş olması veya bir vasiyetname taslağı hazırlaması yahut hazırlatması vasiyetin oluşması için yeterli değildir. Öte yandan murisin el yazısı ile vasiyetname düzenleme imkânından mahrum olduğunu kabule yeterli bir delil getirilmediği gibi, İsviçre makamları önünden resmî vasiyet yapma imkânının bulunmadığını gösteren bir delil de ortaya konmamıştır. "Konsolosluğun kapalı oluşu, murisin ellerinin titremesi nedeniyle yazmaya çalıştığı son arzusunu toparlayamaması" fevkalade hal kabul edilerek hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD, E. 1992/7372, K. 1992/8705, T. 29.09.1992. (www.hukukturk.com).

³³ İMRE/ERMAN, s. 88.

³⁴ DURAL/ÖZ, s. 93; İMRE/ERMAN, s. 88.

³⁵ İMRE/ERMAN, s. 88; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 91; AYAN, s. 82; ÖZUĞUR, s. 452; GENÇCAN, s. 350.

³⁶ HRUBESCH MILLAUER, s. 47-48.

vasiyetnamenin geçerli olduğunu iddia eden tarafa aittir³⁷.

Öte yandan resmî vasiyetname yapma imkânı olmasa bile, miras bırakan için yazılı vasiyetname yapma imkânı varsa sözlü vasiyet yoluna başvurulamaz³⁸.

Aynı şekilde somut olayda yazılı vasiyetname yapma imkânı bulunmamasına rağmen resmî vasiyetname düzenlenmesi mümkünse sözlü vasiyet yine yapılamaz. Tatil günü olması veya iş saatleri dışında bulunulması resmî vasiyetname düzenlenmesine engel değildir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca da; noterler, tatil günlerinde ve iş günlerinin tatil saatlerinde vasiyetname düzenlemekle görevlidir (m. 52).

III. SÖZLÜ VASIYETNAMENİN DÜZENLENMESİ

A. Miras Bırakanın Son Arzularını İki Tanığa Anlatması

Söz konusu gereklilik TMK m. 539/II'de şu şekilde ifade edilmiştir: "Mirasbırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler³⁹."

Miras bırakanın son arzularını tanıklara sözlü olarak bildirmesi gerekir. TMK m. 539/II'de geçen "anlatır" kelimesi de bu gerekliliği ifade eder. Bu bağlamda miras bırakanın bir başkasına yazdırmış olduğu vasiyetini tanıklara vermesi herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz⁴⁰.

Öte yandan, miras bırakanın son arzularını iki tanığa aynı anda anlatmış olması da gerekir⁴¹. O halde sözlü anlatım esnasında her iki tanık aynı anda birlikte hazır değilse sözlü vasiyetname geçerli olmaz. Fakat tanıkların miras bırakanı görmeleri şart değildir. Vasiyeti açıklayanın kim olduğu sesinden teşhis edilebiliyorsa tanıkların bu kişiyi yalnızca duyması yeterlidir⁴².

³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 221, dn. 195.

³⁸ "...Kanunda açıklanan resmî veya el yazısı vasiyetname yapma imkânı olan hallerde fevkaladelik yoktur (YHGK'nın 8.2.1969 tarihli 1205-94 sayılı; Yargıtay 2. HD'nin 26.3.1957 tarihli 1056-1602 sayılı kararları)." Yargıtay 2. HD, E. 1992/7372, K. 1992/8705, T. 29.09.1992. (www.hukuktürk.com).

³⁹ "Vasiyet eden tarafından doğrudan düzenlenmemiş vasiyetname ölenin imzasını taşısa bile sözlü vasiyetname hükmünde sayılır." (YHGK, E. 1989/2-296, K. 1989/388, T. 24.5.1989). (www.kazanci.com).

⁴⁰ Bu yönde bkz. İMRE/ERMAN, s. 90; DURAL/ÖZ, s. 93; İŞGÜZAR, s. 58.

⁴¹ WEIMAR, Art. 508, N. 6; OĞUZMAN, s. 127, dn. 215b; GENÇCAN, s. 350; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 222; DURAL/ÖZ, s. 93; İMRE/ERMAN, s. 90; İŞGÜZAR, s. 58.

⁴² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 222; OĞUZMAN, s. 127, dn. 216; DURAL/ÖZ, s. 93; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 91; ÖZTAN, s. 174.

Bu arada resmî vasiyetname düzenlenmesinde okur yazar olma koşulu dışında, tanıklara ilişkin yasaklar, sözlü vasiyetteki tanıklar için de geçerlidir (TMK m. 539/III)⁴³. Bu bağlamda; fiil ehliyeti bulunmayanlar, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, miras bırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri⁴⁴ tanıklık yapamaz (TMK m. 536/I)⁴⁵.

B. Tanıkların Vasiyeti Belgeleme Konusunda Görevlendirilmesi

Son arzularını iki tanığa anlatan miras bırakan, onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler (TMK m. 539/II). Fakat tanıkların bu görevi kabul etme zorunluluğu yoktur. Görevi kabul ettikleri takdirde miras bırakanla tanıklar arasında bir vekâlet ilişkisi meydana gelmiş olur⁴⁶. Tanıkların sessiz kalması, yani görevi açıkça reddetmemiş olmaları kabul olarak yorumlanır⁴⁷.

C. Sözlü Vasiyetin Belgelemesi

1. Miras Bırakanın Son Arzularının Yazıya Dökülmesi

Tanıklardan biri, kendilerine beyan edilen son arzuları, yer, yıl, ay ve günü de belirterek hemen yazar, bu belgeyi imzalar ve diğer tanığa imzalatır (TMK m. 540/I, c. 1). Görüldüğü gibi son arzuların “hemen” yazılması gerekmektedir. Böylelikle miras bırakan tarafından açıklanan son arzuların unutulması veya yanlış hatırlanmasının önüne geçilmiş olur⁴⁸.

⁴³ 743 sayılı EMK’da ise tanıkların okur yazar olma koşulu aranmaktaydı. Bu koşulun kaldırılması madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “Ülkemizdeki okur yazar insan sayısı ve özellikle sözlü vasiyetin olağanüstü koşullarda yapılabilen bir vasiyet olduğu göz önünde tutularak bir de tanıkların “okur yazar” olması koşulu arandığında bu vasiyetin hemen hemen hiçbir zaman yapılamaması gibi bir sonuç doğmaktadır. Bunun önlenmesi ve vasiyete işlerlik kazandırabilmek amacıyla maddede bu yönde bir değişiklik yapılmıştır. Öte yandan tanıkların okur yazar önemli görülmemiştir. Zira tanıklar vasiyetçinin son arzularını her durumda mahkemeye ulaştırmakla yükümlü bulunmaktadırlar. Bu durumda bunların okur yazar olmaları çok önemli bir etki göstermemektedir.”

⁴⁴ Yargıtay 2. HD, E. 6731, K. 7734, T. 07.06.2002. Karar için bkz. GENÇCAN, s. 353.

⁴⁵ “... Sözlü vasiyeti tanık sıfatıyla düzenleyip süresi içinde yetkili hâkime götüren tanığın murisin evlatlığı olup (eski) Medeni Kanunun 483 ve 486. maddeleri uyarınca vasiyetin düzenlenmesine iştirak etmesi mümkün görülmeyen başka bir anlatımla katılımı vasiyeti geçersiz kılan altsoy (füru) cümlesinden sayılan kişilerden olmasına göre...” (Yargıtay 2. HD, E. 11143, K. 12605, T. 15.12.1992). Karar için bkz. ÖZÜĞÜR, s. 458.

⁴⁶ WEIMAR, Art. 508, N. 6; İMRE/ERMAN, s. 90-91; ANTALYA, s. 141; DURAL/ÖZ, s. 94; AYAN, s. 82; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 92-93. Ayrıca bkz. OĞUZMAN, s. 127.

⁴⁷ ANTALYA, s. 141.

⁴⁸ İMRE/ERMAN, s. 92; GÜVENÇ, s. 476.

Metnin el yazısı ile veya bilgisayar, daktilo gibi başka bir araçla düzenlenmesi mümkündür⁴⁹. Fakat imzaların el yazısı ile atılması gerekir⁵⁰.

Kanun koyucu metnin tanıklardan biri tarafından yazılmasını belirttiğinden üçüncü kişiye yazdırılan metin geçerli olmaz⁵¹. Tanıklar, kendileri belge düzenlemek istemiyorlarsa, vakit geçirmeksizin mahkemeye başvurup miras bırakanın son arzularını bir tutanağa geçirebilirler (TMK m. 540/II). Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, belge düzenlemek istemeyen tanıklara, doğrudan mahkemeye başvurarak son arzuların tutanağa geçirilmesi yolunu açmış, bunun dışında başka bir seçenek sunmamıştır.

2. Vasiyetnamenin Tevdi

Tanıklar yazılan belgeyi ikisi birlikte vakit geçirmeksizin bir sulh veya asliye mahkemesine verirler (TMK m. 540/I, c. 2)⁵².

Tanıklar vasiyet metnini mahkemeye “birlikte” vermek zorundadır. Bu bağlamda tanıklardan yalnızca birinin yapacağı tevdi geçerli olmaz. Bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, dilekçede çift imzanın bulunması tanıkların mutlaka birlikte başvurduğu anlamına gelmez⁵³. Birlikte başvurunun fiilen gerçekleşmesi gerekir.

Ayrıca metnin bizzat verilmiş olması gerekir. Bu bağlamda metnin üçüncü şahıslar aracılığıyla⁵⁴ veya posta ile gönderilmesi geçerli değildir⁵⁵.

Öte yandan vasiyetnamenin mahkemeye “vakit geçirmeksizin” sunulmuş olması gerekir⁵⁶. Yargıtay, kanun koyucunun suiistimalleri önlemek, tanıkların

⁴⁹ DURAL/ÖZ, s. 94-95; İMRE/ERMAN, s. 93; ŞENER, s. 87; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 193; GÜVENÇ, s. 476-477; ERGÜNE, s. 309. Aksi görüşte bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 223; KAYAK, s. 213.

⁵⁰ İMRE/ERMAN, s. 93; GÜVENÇ, s. 477.

⁵¹ Bu yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 223; DURAL/ÖZ, s. 94. Ayrıca bkz. OĞUZMAN, s. 128, dn. 219. Aksi görüşte bkz. ŞENER, s. 87; ERGÜNE, s. 309.

⁵² “... Dava, sözlü vasiyetin iptaline ilişkindir. Kendilerine karşı sözlü vasiyette bulunan tanıkların, miras barakanın son arzularını yazıp imzaladıktan sonra tutanağı vakit geçirmeksizin birlikte mahkemeye tevdi etmeleri veya hâkime keyfiyeti anlatıp tutanak düzenlettirmeleri gerekir (MK 487). Olayda bu şart gerçekleşmediğine göre vasiyetnamenin iptali gerekirken olaya uymayan sebep ve düşüncelerle isteğin reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır...” (Yargıtay 2. HD, E. 1988/499, K. 1988/1842, T. 18.2.1988). (www.kazanci.com).

⁵³ 2. HD, E. 1973/8059, K. 1974/75, T. 11.01.1974. (www.hukuktürk.com).

⁵⁴ İMRE/ERMAN, s. 93. Ayrıca bkz. OĞUZMAN, s. 128, dn. 219b.

⁵⁵ “... Sözlü vasiyette, vasiyet kendilerine takrir olunan iki tanığın Medeni Kanunun 487/1. maddesinde öngörülen surette yazılış ve imzadan sonra vasiyetnameyi ikisi birlikte vakit geçirmeksizin bir mahkemeye bizzat vermeleri zorunludur. Olayda vasiyetnamenin bu esasa aykırı olarak posta ile gönderildiğinin anlaşılmasına göre mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” YHGK, E. 1976/519, K. 1976/2568, T. 29.9.1976. (www.kazanci.com).

⁵⁶ BREITSCHMID, s. 266, N. 7; WEIMAR, Art. 508, N. 1.

mirasçılarla görüşmesine fırsat vermemek ve bu yolla vasiyetçinin son arzularının değiştirilmesine mani olmak için böyle bir ölçü koyduğunu belirtmiştir⁵⁷. Yüksek mahkeme “vakit geçirmeksizin” ifadesini “kısa ve makul bir süre” veya “olağan hayatın akışı içinde derhal” olarak kabul etmektedir. Yargıtay’a göre, objektif imkânsızlık sebebi ile birkaç gün gecikme bu şarta uyulmadığı anlamına gelmez⁵⁸. Tanıkların kendileri ve/veya yakınları için hayati önemi haiz işleri nedeniyle gecikmesi haklı bir mazeret oluşturabilir⁵⁹. Tanığın işlerinden dolayı vasiyetnamenin geç tevdi edilmesi haklı bir sebep değildir⁶⁰.

Yargıtay vasiyetnamenin iki gün⁶¹, üç gün⁶², yedi gün⁶³, dokuz gün⁶⁴, on yedi gün⁶⁵, bir ay⁶⁶ geçtikten sonra tevdi edilmesini geçerli saymamıştır⁶⁷.

Vasiyetname herhangi bir sulh veya asliye mahkemesine verilebilir. Görüldüğü gibi miras bırakanın son arzularını içeren metnin vakit geçirmeksizin en yakın bir mahkemeye tevdi edilmesi imkânı getirilmiştir. Böylelikle kanun koyucunun

⁵⁷ Yargıtay 2. HD, E. 1992/7372, K. 1992/8705, T. 29.09.1992. (www.hukuktürk.com).

⁵⁸ HGK, 1205/94 sayılı ve 8.2.1969 tarihli karar. Karar için bkz. ÖZMEN, s. 295.

⁵⁹ Yargıtay 2. HD, E. 1992/7372, K. 1992/8705, T. 29.09.1992. (www.hukuktürk.com).

⁶⁰ Yargıtay 2. HD, E. 20759, K. 11995, T. 18.06.2009. Karar için bkz. GENÇCAN, s. 352.

⁶¹ “Sözlü vasiyet tanıkları, vakit geçirmeksizin vasiyetnameyi birlikte mahkemeye vermek ya da durumu hâkime beyan ederek tutanak düzenletmekle yükümlüdürler. Bu kural vasiyetin geçerliliğine ilişkin emredici bir hükümdür. Amaç, çeşitli sebeplere mirasçılarının haklarının ziyanını önlemektir. (M.K. 487) İbraz edilen vasiyetnameden anlaşıldığı gibi, ölüm 28.12.1972 Salı günü saat 12.30 da vaki olmuş, vasiyetname ise 30.11.1972 günü hâkime tevdi edilmiştir. Oysa sözlü vasiyetnamenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, vakit geçirmeksizin hemen mahkemeye verilmesi lazımdır. Olayda ise iki gün geçmiştir.” (2. HD, E. 1973/8059, K. 1974/75, T. 11.01.1974). (www.hukuktürk.com).

⁶² “...Kanundaki “vakit geçirmeksizin” deyiminin kullanılmasının amacı, vasiyetin değişikliğe uğraması başkalarının araya girmesiyle son arzuların amacından saptırılması önlenmektedir. Onun için olabildiği kadar acele edilmesi gerekir. Bu süre kısa, makul ve hayatın olağan akışına uygun olmalıdır. Olayda vasiyetçi 18.9.1978 günü ölmüş, tanıklar ise 21.9.1978 tarihinde hâkim huzuruna çıkıp tutanak düzenlettirmişlerdir. İddia edildiği gibi 20.9.1978 günü gidip de hâkimi bulamamış olsalar bile, anılan süreler Kanun’un öngördüğü anlamda “vakit geçirmeksizin” hâkim huzuruna çıkma süresini aşar niteliktedir. Gecikmenin objektif bir imkânsızlıktan doğduğu da ileri sürülüp ispat olunamamıştır.” (2. HD, E. 1985/4279, K. 1985/4539, T. 9.5.1985). (www.kazanci.com).

⁶³ 2. HD, E. 1988/3329, K. 1988/4489, T. 21.4.1988. (www.kazanci.com).

⁶⁴ 2. HD, E. 7268, K. 7543, T. 11.1.1997. Karar için bkz. ÖZÜĞÜR, s. 457.

⁶⁵ HGK, E. 1989/2-296, K. 1989/388, T. 24.5.1989. (www.kazanci.com).

⁶⁶ 2. HD, E. 10427, K. 12475, T. 25.5.2000. Karar için bkz. ÖZÜĞÜR, s. 457.

⁶⁷ “Miras, miras bırakanın ölüm günündeki hükümlere göre mirasçılara intikal eder (4722 S.K.m.17). Sözlü vasiyetin tanıkları, vakit geçirmeksizin vasiyetnameyi birlikte mahkemeye vermek ya da durumu hâkime beyan ederek tutanak düzenletmekle yükümlüdürler. Bu kural vasiyetnamenin geçerliliğine ilişkin emredici bir hükümdür. Amaç çeşitli sebeplerle mirasçılarının haklarının ziyanını önlemektir (743 S.MK.m.487). Miras bırakan 11.6.1999 da ölmüştür. Vasiyetname ise aynı gün düzenlenmiş olmasına rağmen aradan yedi gün geçtikten sonra 18.6.1999’da mahkemeye tevdi edilmiştir. Tanıkların davranışları yasadâ öngörülen vakit geçirmeksizin deyimini ile bağdaştırılmaz.” (2. HD, E. 2003/8702, K. 2003/10920, T. 16.07.2003). (www.hukuktürk.com).

tevdî için aradığı “vakit geçirmeksizin” hükmünün icrası sağlanmış olur⁶⁸. Tanıkların vasiyetnameyi tevdî ettikleri mahkeme, miras bırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi değilse, bu mahkeme sözlü vasiyetnameyi hemen miras bırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine gönderir⁶⁹.

Vasiyetnamenin tevdî edildiği mahkeme, tanıkların ifadelerini tespit etmekle yetinir, vasiyetin geç tevdî edilip edilmediğini⁷⁰ veya geçerli olup olmadığını⁷¹ değerlendirip karar veremez⁷².

Sözlü vasiyet yoluna başvuran kimse, askerlik hizmetinde bulunuyorsa teğmen veya daha yüksek rütbeli bir subay; sağlık kurumlarında tedavi edilmekteyse, baştabip, baştabip yoksa yardımcısı, onlarda yoksa nöbetçi tabip, bunlardan hiçbiri yoksa hastane müdürü; sözlü vasiyet yoluna başvuran kimse ülke sınırları dışında seyreden bir ulaşım aracında bulunuyorsa, otobüste kaptan şoför, uçakta pilot, gemide kaptan, trende kondüktör veya şeften veya bunların yardımcıları hâkim yerine geçer ve tevdî bunlara yapılabilir⁷³. Aracın sorumlu yöneticisi ve sağlık kurumunun en yetkili yöneticisinin hâkim yerine geçeceği hükmü 4721 sayılı TMK ile getirilmiştir⁷⁴. Hâkim yerine geçen bu kişiler, kanunda açıkça

⁶⁸ Bu yönde bkz. DURAL/ÖZ, s. 95. Yargıtay’a göre de: “... Medeni Kanunda şahitlerin hangi mahkemeye müracaat edecekleri belirlenmemiştir. Ancak işin icabı bunun en kolay şekilde ulaşılabilecek mahkeme olduğu yönünde kuşku duymamak gerekir...” (2. HD, E. 1992/7372, K. 1992/8705, T. 29.09.1992). (www.hukuktürk.com).

⁶⁹ (Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 37/II). Bu mahkeme miras bırakanın öldüğünü tespit edince Tüzüğün 36. maddesi gereğince işlem yapar.

⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 225-226; ŞENER, s. 86.

⁷¹ “Sözlü vasiyeti yazan tanıkların yazdıkları bu belgeyi alan sulh hâkiminin görevi tanıkların beyanlarını tespit etmekten ibarettir (MK 487). Sulh hâkiminin sözlü vasiyetin kanunda öngörülen şartlar içinde yapılıp yapılmadığının geçerli olup olmadığını değerlendirme ve bu konuda bir karar verme yetkisi yoktur. Ancak görevli mahkemede bir iptal davası açıldığı takdirde sözlü vasiyetin geçerliliği orada tartışılıp değerlendirilir. Bu bakımdan sözlü vasiyeti yazılı tutanak haline getiren tanıkların bu belgeyi sulh hâkimine tevdî etmeleri durumunda, hâkimin yapacağı iş, tanıkların yazılı hale getirdikleri belgeyi almak ve beyanlarını Medeni Kanun 487’ye göre tespit etmekten ibarettir...” (Yargıtay 2. HD, E. 1997/8602, K. 1997/9946, T. 2.10.1997). (www.kazanci.com).

⁷² Oğuzman’a göre; hâkim kanuna uymayan başvuruları reddedebilir. Zira yazara göre vasiyetnameyi tekemmül ettirecek merci olarak mahkemenin kabul edilmiş olması, bu vasiyetname için kanunun aradığı şartların daha başlangıçta denetimini sağlama amacı güdüldüğünü gösterir (s. 129).

⁷³ (TMK m. 540/III; Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 37/III).

⁷⁴ Madde gerekçesinde bu durum şöyle ifade edilmiştir: “Maddenin üçüncü fıkrasına eklenen yeni bir hükümle ülke sınırları dışında ulaşım araçlarında seyreden kişilerin yaptıkları sözlü vasiyetlerin ilgili ulaşım aracının sorumlu yöneticisinin; sağlık kurumlarında tedavi edilmekte olan kişilerin sözlü vasiyetlerinde ise sağlık kurumunun en yetkili yöneticisinin hâkim yerine geçeceği öngörülmüştür. Ülke sınırları içinde seyahat edenlerin olağanüstü koşullar içinde bulunması halinde yapacağı sözlü vasiyetin Türk mahkemelerine ulaştırılmasında güçlükler yaşanmadığı halde, yurt dışına seyahat esnasında yapılan sözlü vasiyetlerde çoğu kez tanıkların bu vasiyeti mahkemeye götürüp teslim

belirtilmemiş olmasına rağmen, teslim aldıkları veya tanıkların beyanlarına göre hazırladıkları tutanağı vakit geçirmeden mahkemeye tevdi etmelidirler⁷⁵.

Bu arada belirtmek gerekir ki; tanıklar, ülke sınırları dışında seyahat eden bir kimsenin son arzularını aracın sorumlu yöneticisine bildirmeden Türkiye'ye dönüşte derhal mahkemeye tevdi edebilirler⁷⁶.

Vasiyetnamenin yukarıda belirtilenler dışında başka bir yere, örneğin cumhuriyet savcılığına tevdi edilmesi geçerli değildir⁷⁷. Zira kanunda tevdiin hâkime veya hâkim yerine geçen kişilere yapılması aranmış ve bunlar arasında cumhuriyet savcısına yer verilmemiştir.

3. Tanıkların Beyanı

Tanıklar vasiyetnameyi tevdi ederken miras bırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini⁷⁸, onun son arzularını olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını hâkime beyan ederler (TMK m. 540/I, c. 2). Buna aykırı davranılması halinde

etmekte gayret göstermeyeceği, bu yolla kişinin son arzularını yaşatmanın mümkün olmayacağı düşünülmüştür. Aynı şekilde sağlık kurumlarında tedavi edilmekte olan kişiler için de kolaylık sağlamak üzere sözlü vasiyetin tevdi edileceği makam konusunda yeni bir hüküm getirme ihtiyacı doğmuştur." Bu düzenlemenin sözlü vasiyetnamenin tahrif edilmesine yol açması ihtimali nedeniyle eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. DURAL/ÖZ, s. 98. Benzer bir eleştiri için bkz. HATEMİ, s. 85.

⁷⁵ KILIÇOĞLU, s. 117; GENÇCAN, s. 354.

⁷⁶ GENÇCAN, s. 354.

⁷⁷ ŞENER, s. 86 ve dn. 39'da belirtilen Yargıtay kararı; OĞUZMAN, s. 129.

⁷⁸ Yargıtay, resmî vasiyetnameye ilişkin bir kararında; vasiyetnamede geçen "kişilik" kavramının aynı zamanda TMK'nın 534. Maddesinde geçen; tanıkların miras bırakanı "tasarrufa ehil gördükleri" ifadesini de kapsadığını (geniş anlamda bu ifadeyi de içerdiğini) kabul etmiştir. Karara göre: "Dava konusu olayda uyumsuzluk; vasiyetname düzenlenirken tanıklara ilişkin kanun metninde geçen "miras bırakanı tasarrufa ehil gördüklerini" ifadesinin söz olarak aynen yazılmamış olmasının şekil eksikliği olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususundadır. Vasiyetname bütün olarak incelendiğinde; miras bırakanın, kanunen bu işlemi yapma yeteneğinin bulunduğu noter tarafından ifade edilmiş; ayrıca, T.C. Sağlık Bakanlığı T... Hastanesi'nin 28.12.1999 tarih ve 2963 nolu kurul raporunu da ibraz ettiği vasiyetnameye dercedilmiştir. Vasiyetnameye tarih ve imza konulduktan hemen sonra da "Noter tarafından vasiyetçinin isteklerine uygun olarak yazıldığına ve okunup anlatıldığına ve ilgilinin kimlik, kişilik ve beyanını tanıklık ederiz" ifadesinin yazılıp tanıklarca imza edildiğine yer verildiği anlaşılmıştır. Tanıkların beyanlarında geçen "Kişilik" kavramının irdelenmesinde fayda mülahaza edilmiştir. TMK'nın Birinci Kitabı "Kişiler Hukuku" nu oluşturmaktadır. Birinci bölümü ise "Kişilik" başlığını taşımaktadır. "Kişilik" başlığını taşıyan birinci ayırmda kişilere tanınan hak ve fiil ehliyetleri, hısımlık, yerleşim yeri, kişiliğin korunması, kişiliğin başlangıcı ve sonu gibi konular düzenlenmiştir. Kanunun 8. maddesi hak ehliyetini, 9 ve devamı maddeleri ise fiil ehliyetini düzenlemektedir. Kişiliğin Korunması başlığı altında yer alan 23. maddesinde de "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez" hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır. Bu durumda, vasiyetnamede geçen "Kişilik" kavramının aynı zamanda "534. maddede geçen; miras bırakanı tasarrufa ehil gördüklerini" ifadesini de kapsadığını (geniş manada bu ifadeyi de içerdiğini) kabul etmek gerekmektedir. Aksi takdirde, sadece sözle yetinmek, kanunun özünü unutmak anlamına gelir ki, bu durum miras bırakanın gerçek iradesinin ayakta tutulması ilkesiyle de bağdaşmaz." (3. HD, E. 2010/7829, K. 2010/15359, T. 28.09.2010). (www.hukuktürk.com).

vasiyetnamenin iptali istenebilir⁷⁹. Beyanın bir tutanakla tespit edilmesi gerekir⁸⁰.

Tanıkların beyanında olağanüstü durumun ne olduğunu somut olarak belirtmelerini aramak yerinde olur⁸¹. İleride bir uyuşmazlık çıkması durumunda bu beyan hâkime yol gösterecektir.

4. Son Arzuların Tutanağa Geçirilmesi İmkânı

Tanıklar, daha önce bir belge düzenlemek yerine, vakit geçirmeksizin mahkemeye başvurup yukarıdaki hususları yani miras bırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini, onun son arzularını olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını beyan ederek miras bırakanın son arzularını bir tutanağa geçirebilirler (TMK m. 540/II).

Bu durumda da her iki tanığın hâkime vakit geçirmeksizin, birlikte ve şahsen başvurması gerekir⁸².

IV. SÖZLÜ VASİYETNAMENİN HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİ

A. Kendiliğinden Hükümsüz Hale Gelmesi

Ancak zorunlu hallerde yapılabilen sözlü vasiyetname, bu zorunluluk durumunun ortadan kalkması üzerine aradan belli bir süre geçince hükümsüz hale gelir⁸³. Diğer bir ifadeyle, miras bırakan için olağanüstü durum ortadan kalkmış, her şey normale dönmüş ve bu suretle resmî veya el yazısı ile vasiyetname yapma imkânı doğmuşsa artık sözlü vasiyetnameye itibar edilmemesi gerekir. Çünkü sözlü vasiyetname, miras bırakanın gerçek iradesinin ne olduğunun tam ve doğru tespiti noktasında, diğer vasiyetname türlerine kıyasla, çoğu zaman bir şüphe barındırır.

İşte kanun koyucu bu hususu dikkate almış ve miras bırakan için sonradan diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağının doğması durumunda, bu tarihin üzerinden bir ay geçince sözlü vasiyetin hükümden düşeceğini belirtmiştir (TMK m. 541; EMK m. 488). Örneğin, miras bırakan yoğun bakımda iken vasiyetini sözlü olarak açıklamış fakat daha sonra bu olağanüstü durum son bulmuş ve resmî veya el yazılı vasiyetname imkânına kavuşmuş olsun. İşte bu imkânın doğumunun üzerinden bir ay geçince sözlü vasiyetname kendiliğinden hükümsüz hale gelir. Hükümsüzlük kendiliğinden gerçekleşir, miras bırakanın

⁷⁹ Yargıtay 2. HD, E. 6053, K. 11085, T. 12.07.2005. Karar için bkz. GENÇCAN, s. 357.

⁸⁰ OĞUZMAN, s. 128; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 223.

⁸¹ GÜVENÇ, s. 478.

⁸² İMRE/ERMAN, s. 94-95.

⁸³ BERKİ, s. 410; İMRE/ERMAN, s. 96.

vasiyetnameden rücu etmiş olması veya iptal davası açılmış olması gerekmez⁸⁴. Hükümsüzlüğün ancak tespiti istenebilir. Bu nedenle mahkemeden alınacak karar yenilik doğurmaz.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu durumun normalleşmesi üzerine miras bırakana, diğer vasiyetnamelerden birini yapması için bir ay süre tanımıştır. Bu arada belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanunu'nda bu süre on dört gündür (m. 508). Miras bırakan bu bir ayda hareketsiz kalır, diğer vasiyetname türlerine müracaat etmezse süre geçer geçmez sözlü vasiyetname hükümsüz hale gelir. Fakat miras bırakan henüz resmî veya el yazılı vasiyetname yapmadan bu bir aylık süre içinde ölür veya ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybettiği için vasiyetname yapma ehliyetini yitirse sözlü vasiyet geçerliliğini korur⁸⁵.

Yargıtay bir kararında; sözlü vasiyetname düzenlenmesini gerektiren sağlık şartlarının ölüme kadar geçen süre (olayda beş gün) içinde de devam edip etmediğinin kesinlikle tespit edilmesinin zorunlu olduğunu vurgulamıştır. Yüksek Mahkemeye göre; sözlü vasiyetin yapılmasından sonra geçen süre (olayda beş gün) içinde vasiyet edenin resmî şekilde veya el yazısıyla vasiyetname düzenlenmesini önleyici ağır sağlık şartlarının (koma halinin) devam edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. Çünkü sözlü vasiyetname istisnai bir vasiyet biçimi olup asıl olan diğer şekillerde vasiyetnamenin düzenlenmesidir⁸⁶. Kararda sözlü vasiyetname düzenlenmesini gerektiren şartların ölüme kadar geçen süre (olayda beş gün) içinde de devam etmiş olmasını aramak doğru olmamıştır. Zira kanun koyucu, yukarıda da belirtildiği gibi, diğer vasiyetnameleri yapma imkânının doğmasından itibaren miras bırakana bir ay süre tanımıştır. Yüksek mahkeme söz konusu kararında bu hususu gözden kaçırmış, sanki bir aylık böyle bir süre yokmuş gibi hareket etmiştir⁸⁷.

B. İptal Davası Yoluyla Hükümsüz Hale Gelmesi

Diğer ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi sözlü vasiyetname de TMK m. 557'de yer alan sebeplerden birine dayanılarak iptal ettirilebilir⁸⁸. İptal davası

⁸⁴ OĞUZMAN, s. 129; ÖZÜĞÜR, s. 452; GENÇCAN, s. 358.

⁸⁵ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 194; DURAL/ÖZ, s. 98; İMRE/ERMAN, s. 96; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 93; ÖZTAN, s. 175; ÖZÜĞÜR, s. 455.

⁸⁶ 2. HD, E. 1986/9662, K. 1986/10198, T. 20.11.1986. (www.hukukturk.com).

⁸⁷ Aynı eleştiri için bkz. DURAL/ÖZ, s. 98; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 194, dn. 408; OĞUZMAN, s. 129, dn. 223a.

⁸⁸ Bu maddeye göre: "Aşağıdaki sebeplerle ölüme bağlı bir tasarrufun iptali için dava açılabilir:

- (1) Tasarruf mirasbırakanın tasarruf ehliyeti bulunmadığı bir sırada yapılmışsa,
- (2) Tasarruf yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmışsa,
- (3) Tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı ise,

özellikle sözlü vasiyetname için kanunda aranan ve yukarıda belirtilen şekil şartlarına uyulmamış olması durumunda açılır⁸⁹. Zira vasiyetname düzenlenmesi için TMK'da öngörülen şekil şartı ispat şartı olmayıp, geçerlik şartıdır⁹⁰. Bu bağlamda, örneğin, iki tanığın son arzuların açıklandığı anda birlikte hazır olmaması veya vasiyetnamenin vakit geçirmeksizin tanıklarca mahkemeye tevdi edilmemesi durumunda iptal davası açılabilir⁹¹. Çünkü başta miras bırakanın son arzularının iki tanık huzurunda aynı anda açıklanması, vasiyetin yazıya dökülmesi, metnin hâkime bizzat tanıklarca tevdi edilmesi ve bütün bunların vakit geçirilmeksizin gerçekleştirilmesi olmak üzere, diğer şekil kuralları, son arzuların gerçekliğini tespit bakımından önem taşımaktadır. Bu sebeple zorunluluktan doğan ve istisnai bir mahiyet arz eden sözlü vasiyetnamenin kanunun belirlediği şekil kurallarını taşımaması durumunda ilgililer tarafından iptal davasına konu yapılması mümkündür.

İptal davası, tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilir (TMK m. 558/I)⁹².

Mahkemenin vereceği iptal kararı bozucu yenilik doğuran bir karardır⁹³. Bu karar ile birlikte ölüme bağlı tasarruf, miras bırakanın ölümünden itibaren geçersiz hale gelir.

SONUÇ

Kanun koyucu miras bırakanın son arzularının yaşatılmasına imkân vermek için belirli şartlar altında vasiyetin sözlü olarak açıklanmasına izin vermiştir. Gerçekten de sözlü vasiyetname yoluna başvurulabilmesi için yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü bir durum olmalı ve bu durum nedeniyle resmî veya el yazılı vasiyetnameyi yapabilmek olanağı bulunmamalıdır. İki şarttan biri bile eksik olsa sözlü vasiyetname yapılamaz. Somut olayda bu şartların bulunup bulunmadığı dikkatlice incelenmelidir.

(4) Tasarruf kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa."

⁸⁹ Bkz. ve karşı WEIMAR, Art. 508, N. 8; İMRE/ERMAN, s. 96; DURAL/ÖZ, s. 99.

⁹⁰ Bu yönde bkz. Yargıtay 16. HD, E. 1988/10845, K. 1989/14561, T. 13.10.1989. (www.hukukturk.com).

⁹¹ Bu hususlar, vasiyetname dışı unsurlar aracılığıyla sonradan tamamlanamaz. Bu yönde bkz. ERGÜNE, s. 308.

⁹² "İptal davası açma hakkı, davacının tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın geçmesi tarihinin üzerinden, iyiniyetli davalılara karşı on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşer. Hükümsüzlük, def"i yoluyla her zaman ileri sürülebilir." (TMK m. 559).

⁹³ ÖZTAN, s. 196; AYAN, s. 126; HATEMİ, s. 114; TURAN, s. 108.

Fakat bu inceleme yapılırken, söz konusu tasarrufun yapılması imkânını ortadan kaldıracak şekilde hareket edilmemelidir. Zira istisnai de olsa, sözlü vasiyetnamenin de diğer vasiyetnameler gibi miras bırakanın son arzularının yaşatılmasına hizmet ettiği gerçeği unutulmamalıdır.

Bu bağlamda özellikle sözlü vasiyetname düzenlenmesini gerektiren şartların ölüme kadar geçen süre içinde de devam etmiş olmasını aramak kanuna aykırıdır. Zira TMK'ya göre; miras bırakan için sonradan diğer şekillerde vasiyetname yapma imkânının doğması durumunda sözlü vasiyetname hemen hükümsüz hale gelmez. Hükümsüzlük için bir aylık sürenin geçmiş olması gerekir (m. 541). Miras bırakan henüz resmî veya el yazılı vasiyetname yapmadan bu bir aylık süre içinde ölür veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun kaldığı için vasiyetname yapma ehliyetini kaybederse sözlü vasiyetname geçerliliğini korur.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Antalya, O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2009.

Arbek, Ömer, Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Ankara 2007.

Ayan, Mehmet, Miras Hukuku, B. 3, Konya 2005.

Ayiter, Nuşin/Kılıçoğlu, Ahmet, Miras Hukuku, B. 2, Ankara 1991.

Başpınar, Veysel, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hakkında Bazı Düşünceler”, GÜHFD, C. 3, S. 1-2, s. 48-62.

Berki, Şakir, “Türk Hukukunda Vasiyet”, AÜHFD, C. 8, S. 3-4, Y. 1951, s. 400-434.

Breitschmid, Peter, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, (Herausgeber: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), B. 2, Basel 2003.

Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku, B. 7, İstanbul 2013.

Dural, Mustafa, Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980. (Miras Sözleşmeleri).

Ergüne, Mehmet Serkan, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011.

Gençcan, Ömer Uğur, Miras Hukuku, B. 2, Ankara 2011.

Güvenç, Fikret, “Sözlü Vasiyet”, İBD, C. 52, S. 1-2-3, Y. 1978, s. 468-481.

- Hatemi, Hüseyin**, Miras Hukuku, B. 4, İstanbul 2004.
- Hrubesch Millauer**, Stephanie, Erbrecht, Zürich 2011.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan**, Miras Hukuku, B. 8, İstanbul 2011.
- İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan**, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, B. 8, İzmir 2012.
- İşgüzar, Hasan**, Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2003.
- Kayak, Sevgi**, "Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname", İÜHFİM, C. 58, S. 1-2, Y. 2000, s. 189-220.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Miras Hukuku, B. 3, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, B. 2, Ankara 2004. (Yenilikler).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Miras Hukuku, B. 3, İstanbul 1987.
- Oğuzman, M. Kemal**, Miras Hukuku, B. 6, İstanbul 1995.
- Özmen, İsmail**, Tereke Hukuku Davaları, B. 3, Ankara 2010.
- Öztan, Bilge**, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), B.2, Ankara 2007.
- Özüğür, Ali İhsan**, Türk Medeni Kanununa Göre Miras Hukuku, B. 3, Ankara 2009.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay**, Miras Hukuku, B. 2, Ankara 2008.
- Şener, Esat**, Uygulamalı – İçtihatlı Vasiyet, Ankara 1995.
- Turan, Gamze**, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara 2009.
- Weimar, Peter**, Berner Kommentar, Bd. III/1/1/1, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB.

MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN NAFKA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ

The Heirs of the Alimony Obligation Effect of Removal

Yrd. Doç. Dr. Selin SERT *

ÖZET

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun yakın aile bağlarına sahip mirasçılara tanınan saklı pay koruması karşısında, mirasçılıktan çıkarma (4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 510) bir denge unsuru teşkil etmektedir. Denge unsuru etkisini yakın aile bağlarına layık olmadıkları görülen mirasçılardan daha fazla saklı paydan yararlandırılmamasının gereksiz olacağı düşüncesi ile yasanın m.510 hükmü ile düzenlenmiştir. Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin mirasçılıktan çıkarma sebebi özellikle nafaka ödenmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi mirasçılıktan çıkarma sebebiyken aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi halinde nafaka ödenmesi yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği hususu kanunda düzenlenmemiştir. Çalışmamızda inceleme konumuz aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi halinde veya miras bırakana ve onun ailesi üyelerine karşı ağır suç işlenmesi halinde nafaka ödenmesi yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği hususudur.

Anahtar Kelimeler: Mirasçılıktan Çıkarma, Nafaka Yükümlülüğü.

ABSTRACT

Turkish Civil Code No. 4721 with close family ties to the heirs of the protection afforded against reserved portion , removing it from inheritance poses a balance . Close family ties to counterbalance the effects seen are not worthy of the denominator of the benefit of the heirs of not more reserved with the idea that it would be unnecessary as the provisions of the law were introduced. Family law obligations inheritance layoffs particularly due child support payment obligation is not fulfilled inheritance removing it from the cause of a family law arising from the obligation can not be fulfilled if the alimony payment obligation to continue or discontinue issues in the law is not regulated. In our study, our views of family law issues arising from the case of failure to fulfill an obligation or legator and his family are committed serious crimes against members of the obligation to pay child support is a matter of whether to continue .

Keywords: Inheritance Decommissioning, Maintenance Obligations.

◆◆◆◆

GİRİŞ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabı aile hukuku ile ilgili düzenlemelere;

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, selin81hukuk@gmail.com

aynı kanunun üçüncü kitabı miras hukuku ile ilgili düzenlemelere yer vermiştir. Medeni Kanunun ikinci kitabı olan aile hukukunda evlilik hukuku, hısımlık ve vesayet konuları düzenlemiştir. Medeni Kanunun dördüncü kitabı olan miras hukukunda ise kişinin ölümünden sonra kimlerin mirasçı olacağını ve mirasın geçmesi konularını düzenlemiştir. Medeni Kanunun m.510 hükmü: “Aşağıdaki durumlarda miras bırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir: 1. Mirasçı, miras bırakana veya miras bırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse, 2. Mirasçı, miras bırakana veya miras bırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse” düzenlemesiyle birbirinden tamamen farklı kurallara yer veren aile hukuku düzenlemeleri ile miras hukuku düzenlemelerini tek bir madde ile hüküm altına alarak aynı kanunun iki farklı kitabındaki düzenlemeleri tek bir madde hükmünde birleştirmiştir. Çalışmamızda öncelikle m.510 hükmünde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma kavramı sonrasında ise aile hukuku kısmında düzenlenen nafaka yükümlülüğü incelenerek son olarak mirasçılıktan çıkarmanın nafaka ödeme yükümlülüğüne olan etkisi incelenmeye çalışılacaktır.

I. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA (DIE ENTERBUNG)

A. Genel Olarak

Mirasçılıktan çıkarma (ıskat), Türk Medeni Kanununun Miras Hukuku kitabında ve m.510–513 madde hükümleri arasında düzenlenmiştir. Mirasçılıktan çıkarma, bir kişinin yasada sınırlı olarak belirtilen sebeplerin varlığı halinde, saklı pay sahibi mirasçısını ölüme bağlı tasarruf ile mirastan hariç bırakma hak ve yetkisidir¹. Bu tanımdan çıkarılacak olan en önemli iki sonuç; mirasçılıktan çıkarmanın ölüme bağlı bir tasarruf işlemi olduğu² ve saklı paylı mirasçıların

¹ Kürşad Yağcı: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, İstanbul 2013, s.11; Ali Naim İnan- Şeref Ertaş- Hakan Albaş: Miras Hukuku, Ankara 2004, s. 362; Necip Kocayusufoğlu: Miras Hukuku, İstanbul 1987, s. 306; “Mirastan ıskat, müteveffanın kanunun ıskat halinde kabul ettiği sebeplerden birine müsteniden yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufu ile, mahfuz hisseli mirasçının mahfuz hissesini tenkis veya büsbütün ortadan kaldıran tek taraflı bir hukuki muamelesidir.”; Rıza Çubukçil: “Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2, 1950, s. 443; Aydın Aybay: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2000, s. 50; Rona Serozan- Baki İlkay Engin: Miras Hukuku, Ankara 2012, s. 321.

² “Mirasçılıktan çıkarma, bir miras sözleşmesinin iki taraflı bağlayıcılık muhtevasına girecek şekilde yapılabilir mi? Bu durumda iki ihtimal söz konusu olacaktır. İlk ihtimalde, miras bırakanın ıskat etmek istediği kişi ile yaptığı bir miras sözleşmesi söz konusudur. Bu ihtimalin gerçekleşmesi zor görülmektedir. Karşı tarafın kendisinin ıskat edilmesine rıza göstermesi mümkün değildir. İkinci

miras payları bakımından önemli olduğudur. Mirasçılıktan çıkarma, özel bir medeni hukuk cezasıdır³.

Miras bırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufu, hukuki yapısı itibariyle tek taraflı bir hukuki işlemdir. Dolayısıyla mirasçılıktan çıkarma işlemi vasiyetname yolu ile yapılmalıdır. Vasiyetnamenin türü ise bu açıdan önemli değildir⁴.

Mirasçılıktan çıkarma, sadece saklı paylı mirasçılar⁵ açısından önemlidir⁶. Saklı payı bulunmayan bir mirasçının iskat edilmesine gerek yoktur; saklı pay dışında kalan kısım miras bırakanın tasarruf oranını teşkil eder ve bunun üzerine çıkarmaya ihtiyaç duyulmaksızın miras bırakan miras payı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Miras bırakan saklı pay üzerinde tasarruf edemez ve mirasçı saklı payını miras bırakan aksine tasarrufta bulursa bile elde edebilir. Bu durumun istisnası mirasçılıktan çıkarmadır. Mirasçılıktan çıkarılan saklı pay sahibi, miras bırakanın miras payı üzerinde herhangi bir hak ileri süremez.

Mirasçılıktan çıkarma, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda cezai çıkarma ve borç ödmeden aciz sebebiyle çıkarma olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. Öncelikle kanunda düzenlenen bu iki çıkarma sebebinin incelemeye çalışacağız.

B. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Strafenterbung)

1. Genel Olarak

Cezai mirasçılıktan çıkarma, Türk Medeni Kanunun m. 510 hükmünde düzenlenmiştir. Madde hükmünde, ilk olarak mirasçının miras bırakanın veya onun yakınlarına karşı ağır suç işlemesi hali, ikinci olarak ise mirasçının, miras bırakana veya ailesi üyelerine karşı hukuken yükümlü olduğu aile hukuku görevlerini önemli ölçüde yerine getirmemesi düzenlenmiştir.

ihtimalde ise, miras bırakan miras sözleşmesi yaptığı kişiyi değil, sözleşmeye taraf olmayan bir saklı paylı mirasçısını iskat etmektedir. Ancak doktrinde bu durumda da iki taraflı ve bağlayıcı bir iskatin söz konusu olmadığı kabul edilmektedir.”; Kocayusufpaşaoğlu: s. 307-308; Fikret Güvenç: “Mirastan Iskata Karşı Açılacak Davanın Niteliği ve Bu Davadaki İspat Yükü”, İstanbul Barosu Dergisi, C.61, S. 10-11-12, 1987, s. 669 vd; Mustafa Dural- Turgut Öz: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2013, s. 204.

³ Serozan- Engin: s. 321.

⁴ Mehmet Ayan: Miras Hukuku, Konya 2014, s. 165.

⁵ Ahmet Kılıçoğlu: Miras Hukuku, Ankara 2013, s. 169.

⁶ Güvenç: s. 668 vd; Kılıçoğlu: s. 169; Serozan- Engin: s. 321; Aybay: s. 50; İnan- Ertaş- Albaş: s. 362; Kocayusufpaşaoğlu: s. 306.

2. Mirasçının Miras Bırakanın Veya Onun Yakınlarına Karşı Ağır Suç İşlemesi

Medeni Kanun m. 510/1 hükmüne göre; mirasçının miras bırakanına veya onun yakınlarına karşı ağır suç işlemesi mirasçılıktan çıkarma sebebidir. Ağır olarak işlenen bu suçun, teşebbüs halinde kalması durumu dahi mirasçılıktan çıkarma için yeterli sebep olarak kabul edilebilecektir⁷. Yine işlenen suç ile ilgili ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararına ihtiyaç yoktur; ağır bir suçun işlenmiş olması mirasçılıktan çıkarma için gerekli ve yeterlidir. Ağır olarak işlenen suç değerlendirmesi yapılırken Türk Ceza Kanunu anlamında cürüm teşkil eden fiilin bulunmalıdır⁸. Mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edecek olan ağır suçun belirlenmesinde Medeni Hukuk kaidelerinin dikkate alınması, ceza hukuku prensiplerinin dikkate alınmaması gerektiği savunulmaktadır⁹. Ağır olarak işlenen suçun aile hukukundaki etkisine göre değerlendirme yapılması ve suçun bu değerlendirmeye göre ağır suç olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durumun sebebi ise, saklı payın var olmasının sebebinin miras bırakanla mirasçılar arasındaki hısımlık ilişkisi olmasıdır.

Miras bırakanın mirasçılarını mirastan çıkarma konusunda her somut olaya göre değerlendirme yapılması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Ancak öldürme, dolandırıcılık, sahtekârlık, emniyeti suiistimal gibi suçların çıkarma sebebi teşkil edeceği muhakkaktır. İftira, hakaret, haksız suç isnadı ve yalan yere şahitlik edilmesi de mirasçılıktan çıkarma sebebi olabilecektir¹⁰.

Kabahat şeklinde işlenen bir suçun mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ağır suç işlenmesi durumunun değerlendirmesi yapılırken, cürümün ağırlığı konusunda ceza hukuku kuralları değil, işlenen fiilin mirasçılıktan çıkarılan kişi ile miras bırakan arasında bulunan aile bağları üzerindeki etkisi nazara alınarak değerlendirme yapılmalıdır¹¹.

⁷ İnan- Ertaş-Albaş: s. 364; Hasan Petek: "Mirasçılık Sifatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi", DEÜHFD, 2002/2, s. 142.

⁸ Bilge Öztan: Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 129.

⁹ İmre-Erman: s. 246.

¹⁰ İmre-Erman: s. 248.

¹¹ Kocayusufpaşaoğlu: s. 309; Çubukgil: 448; Nur Çakın: "Türk Hukukunda Mirastan Iskat İle İlgili Problemler Mirastan Iskat", Ankara Barosu Dergisi, 1974, S.1, s.524; Nuşin Ayiter- Ahmet Kılıçoğlu: Ankara 1993, s. 176, "Fiilin aile bağlarını koparacak nitelikte olup olmadığını belirlemede hakim takdir yetkisini kullanır ve fiilin aile bağlarını koparıp koparmadığına yani sübjektif unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirler"; Öztan: s. 130; Nazif Kaçak: Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara 2006, s. 75; Zarife Şenocak: "Cezai Iskat ve Cezai Iskatin Hükümleri", Prof.Dr. Ali Bozer'le Armağan, Ankara 1998, s. 422; Tuor: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.

Kanunun düzenlemesinden mirasçılıktan çıkarılma için gereken ağır suçun işlenmesi durumunun sadece miras bırakana karşı değil, miras bırakanın yakınlarına karşı işlenmesi de bu kapsamda değerlendirilmiştir. Ancak kanun miras bırakanın yakınları terimi ile ne ifade edilmek istendiğini belirtmemiştir. Burada kullanılmış olan “yakınları” terimi ile aile ve hısımlık kavramları dışında kalan miras bırakanın çok sevdiği dostları ve arkadaşlarının da ifade edildiği belirtilmiştir¹².

3. Mirasçının Miras Bırakana Veya Ailesi Üyelerine Karşı Hukuken Yükümlü Olduğu Aile Hukuku Görevlerini Yerine Getirmemesi

Türk Medeni Kanununun m. 510/2 hükmü gereğince; “Mirasçı miras bırakana veya miras bırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse” bu durumda da miras bırakanın saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabileceği düzenlenmiştir. Madde hükmünde belirtilen “miras bırakanın aile üyeleri” ile kan hısımları, evlatlık ve eş gibi kimseler ifade edilmektedir. Civar hısımları ile nişanlı bu kavrama dâhil değildir¹³.

Madde hükmünde düzenlenen aile hukukundan doğan yükümlülükler ile ne ifade edilmek istendiği açıkça madde metninde belirtilmemiştir. Ancak M.K. m. 364 hükmü gereğince üst soy, alt soy, kardeşler arasında nafaka yükümlülüğü vardır. Nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi mirasçılıktan çıkarma için haklı sebep olacaktır. Nafaka yükümlülüğünün kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olması sebebiyle sadece bu sayılan kişiler ya da kişilerin nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle mirasçılıktan çıkarma mümkün olabilecektir. Ana baba ve çocuklar arasında karşılıklı yardım ve saygı görevi de aile hukukundan doğan yükümlülükler kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca, çocukların malul anne ve babalarını eve kabul etmemeleri, velayet hakkının kötüye kullanılması, çocukların bakım, eğitim ve gözetimine özen gösterme yükümü, karı-kocanın

III: Das Erbrecht, Unveraenderter fotomechanischer Nachdruck der zweiten Auflage von 1952, 1. Abt. Bern 1964, Art. 477; Escher: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Dritte Auflage, Zürich 1959, Art. 477, N.13; Yağcı: s. 103.

¹² Zahit İmre-Hasan Erman: Miras Hukuku, İstanbul 2013, s. 246; Çakın: s.525; “Yakınlığın tespiti yapılırken, miras bırakana karşı olan yakınlık, şefkat, sevgi, saygı, takdir ve bağlılık dereceleri de dikkate alınacaktır. Yakın kavramı içinde kabul edilenler genel olarak, nişanlılar, içten ve candan birbirine bağlı arkadaşlar, uzun zamandan beri birlikte yaşayan bekar arkadaşlardır”; Çubukgil: s. 451.

¹³ Ayan: s. 167; Gökhan Antalya: Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 215; Krş. Görüş için bkz. Yağcı: s. 155..

birbirine karşı sadakat, özen ve yardımı da aile hukukundan doğan yükümlülükler kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁴.

Madde hükmünün değerlendirmesi yapılırken sadece belirli kurallara bağlı kalınmamalıdır. Örneğin; mirasçılardan birinin sadece kötü yaşam sürmesi mirasçılıktan çıkarma için haklı sebep olmamalı ancak kötü yaşam tarzı mirasçının miras bırakana ve ailesi üyelerine karşı sorumluluklarının yerine getirilmemesi sonucuna yol açıyorsa bu durumda mirasçılıktan çıkarma için haklı neden olarak kabul edilmelidir.

4. Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Hüküm ve Sonuçları

Miras bırakanın mirasçısını mirasçılıktan çıkarması için; mirasçının kusurlu bir fiilin bulunması gerekmektedir. Kusurlu fiil değerlendirmesi yapılırken fiil ehliyetine göre bir ayırım yapılması gerekmektedir. Buna göre tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetlilerin ayırt etme gücü olduğundan kusurlu fiilleriyle ilgili sorumlu olacakları kabul edilmelidir. Yine sınırlı ehliyetlilerin ayırt etme gücünün olması ancak küçük veya kısıtlı olmaları sebebiyle sorumluluklarının bu duruma göre değerlendirilmesi, ayırt etme gücü olan küçüklerin sorumluluğunda indirimle gidilmesi ve bunun sonucunda fiil kusurlu kabul ediliyorsa mirasçılıktan çıkarılması, ayırt etme gücü olan kısıtlılar bakımından ise mirasçılıktan ıskat edilmeleri bakımından tam ehliyetliler ya da sınırlı ehliyetliler gibi değerlendirilerek mirasçılıktan çıkarılabileceklerdir. Ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetliler ise sadece hakkaniyet sorumluluğu gereği sorumlu oldukları için mirasçılıktan çıkarılmaları söz konusu değildir¹⁵.

Fiilin kusurlu olması mirasçının mirasçılıktan çıkarılması için yeterli değildir. Mirasçının mirasçılıktan çıkarılabilmesi için, kusurlu olan fiilin hukuka aykırı da olması gerekmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin var olması halinde hukuka aykırılık ortadan kalkacağı için bu durumda mirasçılıktan çıkarma söz konusu olmayacaktır.

Mirasçılıktan çıkarılmayı gerektiren fiilin, ağır bir suç olması ancak ağır suçun ceza hukuku kurallarına değil aile hukuku kurallarına göre değerlendirilmesi, suçun aile ilişkisini ne şekilde etkilediğine göz önüne alınarak incelenmelidir.

Mirasçılıktan çıkarma ölüme bağlı bir tasarruftur ancak vasiyetname şeklinde yapılması gerekmektedir. Vasiyetnamenin şekli önemli değildir. Yani yazılı, sözlü

¹⁴ İnan- Ertay-Albaş: s. 366; Şenocak: s. 423; Dural-Öz: Miras Hukuku, s. 207.

¹⁵ İmre-Erman: s. 250; Yağcı: s.335 vd.

ve resmi vasiyetname şeklinde yapılması mümkündür¹⁶. Mirasçılıktan çıkarma konusunda miras bırakanın iradesinin açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufta miras bırakanın mirasçiyı çıkarma sebebinin açıkça yazılmış olması da gerekmektedir. Mirasçılıktan çıkarma için zorunlu olmamakla birlikte mirasçılıktan çıkarılmayı gerektiren sebeplere ilişkin delillerin de mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin düzenlenen vasiyetname ile saklanması miras bırakanın ölümünden sonra ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilmesine yardımcı olacaktır.

Mirasçılıktan çıkarmanın ilk sonucu; M.K. m. 511 hükmü gereğince; mirasçılıktan çıkarılan kimsenin mirasçılıktan çıkarılması ve mirasçılığa ilişkin beklenen bir hakkının kalmamasıdır. Mirasçılıktan çıkarma kısmi olarak yapılmışsa, mirasçının mirasçılık sıfatı devam eder.

Mirasçılıktan çıkarma sadece mirasçılıktan çıkarılan kişiyi etkiler¹⁷. Yani mirasçılıktan çıkarılan kişinin alt soyunun miras hakkından mahrum bırakılması söz konusu değildir.

C. Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma (Koruyucu Iskat) (Praventiventerbung)

1. Genel Olarak

Borç ödemedен aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarma, Türk Medeni Kanununun m. 513 hükmünde düzenlenmiş ve tam anlamıyla mirasçılıktan çıkarma olmayan sadece saklı payın sınırlandırılması niteliğini taşıyan bir hükümdür¹⁸.

Borç ödemedен aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarma, miras bırakanın saklı paylı mirasçısı olan alt soyunun borçlarını ödemedен aciz halde bulunması

¹⁶ Ömer Arbek: Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Ankara 2013, s.40-41.

¹⁷ Ahmet Kılınçoğlu: "Mirastan Iskat Konusunda İkinci Hukuk Dairesinin Hukuk Dışı Bir Kararı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1995/1, s. 44.

¹⁸ İmre-Erman: s. 258; Çubukgil: s. 441; Öztan: s. 140; "Kanunumuz daima krediyi, borç verenin güvenliğini korumak fikrinden hareketle düzenlemiştir. Mirasçının alacaklılarının iskata itiraz hakları, mevcudu borcuna yetmeyen mirasçının alacaklılarının, mirasçı tarafından mirasın reddedilmesine itiraz hakları vs. bu fikrin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Koruyucu iskat ise, aile dayanışması sonucu murisin mirasçının alacaklılarından mal kaçırmayı imkânının kanun tarafından gösterilmesi olarak ifade edilebilecektir."; Ayiter- Kılınçoğlu: s. 180-181; "Miras bırakana böyle bir yetkiyi tanımak ile izlenen amaç, besbelli miras bırakana terekesini borca batmış mirasçısının alacaklılarının yağmalamasına karşı korumaktır"; Serozan- Engin: s. 322.; Köksal Kocağa: "Borç Ödemekten Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2005, s. 85; Ayan: s. 175; Dural-Öz: Miras Hukuku, s. 216; Antalya: s. 221.

sebebiyle ona verilecek olan miras payının tamamının hemen alacaklılarının eline geçmesini önleyerek mirasçının çocuklarını korumaktır. Bu sebeple bu şekilde mirasçılıktan çıkarılma “koruyucu ıskat (Die Praeservativenenterbung)” olarak da anılmaktadır.

2. Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarmanın Hüküm ve Sonuçları

Borç ödemedi aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarmanın söz konusu olabilmesi için; öncelikle miras bırakanın alt soyunun bulunması gerekmektedir. Alt soy kavramının içinde hem evlilik içinde hem de evlilik dışında doğan çocuklar ile torunlar ve hatta evlatlık da bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁹.

İkinci olarak; alt soyun borçlarını ödemedi aciz halinde olması ve bu durumun borç ödemedi aciz belgesi ile sabit olması gerekmektedir.

Üçüncü olarak mirasçılıktan çıkarılan alt soyun doğmuş ve doğacak çocuklarının bulunması gerekmektedir. Doğmuş veya doğacak çocuklar ifadesinin ne anlama geldiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; doğmuş çocuklardan maksat, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yapıldığı anda doğmuş olan çocuklardır²⁰. Buna karşılık hâkim görüş; miras bırakanın ölümü anında hayatta olan çocuklarını doğmuş çocuklar olarak kabul etmektedir²¹. Maddede yer alan “doğacak çocuklar” ifadesinden bazı yazarlar, miras bırakanın ölümünden sonra doğan ve ana rahmine düşen çocukların anlaşılması gerektiğini²², buna karşın hakim görüşte olanlar ise doğacak çocuklar kavramının değerlendirilmesi yapılırken, mirasçılıktan çıkarılma zamanında çocuğun en azından anne karnına düşmüş olması şartı aranması gerektiğini savunmaktadır²³.

¹⁹ İnan- Ertas-Albaş: s. 374; Ali İhsan Özüğür: “Miras Hakkından İskat”, Ankara Barosu Dergisi, 1996/3, s.346.

²⁰ Gönensay-Birsen: s. 67, dn.2.

²¹ Saymen: s. 152; Kocayusufpaşaoğlu: s.319.

²² Saymen: s. 153; İnan- Ertas- Albaş: s. 373.

²³ İmre-Erman: s. 259; “Kanunda her ne kadar çocuklar şeklinde bir ifade kullanılmış ise de mirasçılıktan çıkarılan alt soyun bir tek çocuğunun bulunması M.K. m. 513 hükmünün uygulanması bakımından yeterlidir. Doktrinde bazı yazarlar, doğmuş çocuk ifadesinden çıkarmayı içeren ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda doğmuş veya ana rahmine düşmüş çocukların anlatılmak istendiğini, buna karşın bazı yazarlar ise miras bırakanın ölümü anında hayatta olan veya ana rahmine düşmüş çocukları doğmuş çocuklar olarak kabul etmektedir. Buna göre, miras bırakanın ölümünden sonra ana rahmine düşen veya doğan çocuklar da bu kapsamda değerlendirilmelidir.”; İnan- Ertas-Albaş: s. 375.

Borç ödemedi aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarmanın düzenlendiği M.K. m. 513 hükmünde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte bu sebeple yapılacak olan mirasçılıktan çıkarmanın da miras bırakanın ölümüne bağlı bir tasarrufu ile yapılması ve bu tasarrufta mirasçılıktan çıkarılma sebebinin açık olarak gösterilmesi gerekmektedir.

Son olarak; miras bırakan alt soyunu ancak saklı payının yarısından mahrum edebilir ve mirasçılıktan çıkardığı bu saklı payın yarısı üzerinde dilediği gibi tasarruf edemez, bunu mirasçılıktan çıkarılanın mevcut ve doğacak çocuklarına tahsis etmesi gerekmektedir.

II. NAFKA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Genel Olarak

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunun “Hısımlık” başlığını taşıyan İkinci Kısımın İkinci bölümünün başlığı “Aile” olarak düzenlenmiştir. Bu başlık altında ise yapılan ilk ayırım ile m. 364- 366 hükümleri arasında “Nafaka Yükümlülüğü” konusu ele alınmıştır. Kanun bu hükümler ile birlikte yaşayıp yaşamamalarına bakmaksızın, belirli derecedeki kan hısımlarının birbirlerine yardım etmesi gerekliliğini “nafaka” başlığı altında düzenlemiştir. Medeni Kanunda düzenlenen nafaka türleri kanunun farklı hükümlerinde düzenlenmiştir. Örneğin; Kanunun m. 175 hükmü yoksulluk nafakasını, m. 169 tedbir nafakasını ve m.182/2- m. 329 hükümleri ise iştirak nafakasını düzenlemiştir²⁴. Yoksulluk, tedbir ve iştirak nafakası doktrinde genel olarak bakım nafakası olarak ifade edilmektedir²⁵.

B. Nafaka İle Yükümlü Olanlar (Nafaka Yükümlüsü- Nafaka Alacaklısı)

Türk Medeni Kanunun m. 364/1 hükmüne göre; nafaka yükümlüsü olan kişiler; üst soy alt soy kan hısımları ile kardeşlerdir²⁶. Üst soy ve alt soy hısımlar, hangi dereceden olursa olsun yardım nafakası ile yükümlüdürler. Nafaka ilişkisinin doğması bakımından, hısımlığın ana ya da babadan olması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Evlilik dışı doğum gerçekleşmesi durumunda ise, soy bağının tanıma ya da babalığa hüküm verilmesi ile kurulacaktır.

Evlat edinme durumunda ise, evlat edinmeyle birlikte evlat edinen ile evlat edinilen arasında soy bağının kurulması ile birlikte nafaka ödeme yükümlülüğü

²⁴ Mustafa Dural- Tufan Ögüz- Mustafa Alper Gümüş: Türk Özel Hukuku, Cilt 3 Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 358; Turgut Akıntürk- Derya Ateş Karaman: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 444.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Bozovalı: Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990.

²⁶ Feyzi Necmeddin Feyzioglu- Cumhur Özakman- Enis Sarıal: Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 584.

evlat edinene geçecektir. Yani; evlat edinilen kişinin anne ve babasının nafaka ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmayacak ancak ikincil bir yükümlülük olarak karşımıza çıkacaktır²⁷.

Nafaka yükümlülüğünün en önemli özelliği; çift yönlü olmasıdır. Yani; Medeni Kanun m. 364/1 hükmünde sayılan kişiler hem nafaka alacaklısı hem de nafaka borçlusudur.

Nafaka alacaklısı ve nafaka borçlusunu yönünden dikkat edilecek hususlardan biri de; M.K. m. 365/1 hükmüne göre; “nafaka davasının mirasçılıktaki sıra göz önüne alınarak açılacak olmasıdır”. Yani, nafaka isteminde bulunacak olan kimse mirasçılıkta daha önceki sırada bulunanlara başvurmadıkça veya başvurusundan kendisini doyurucu bir sonuç almadıkça daha sonraki sırada yer alanlara başvuramaz.

C. Nafaka İstenmesinin Şartları

Nafaka isteyebilmenin şartları Medeni Kanununun m. 364 hükmünde belirtilmiştir. Maddeye göre aranacak olan ilk şart; “herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek değildir”.

Nafaka isteyecek olan kişinin iyi niyetli olması da lazımdır. Yani kendi ihtiyaçlarını karşılayacak imkânları bütün çabalarına rağmen temin edememesi anlaşılmalıdır. Nafaka alacaklısı çalışarak hayatını devam ettirebilecek durumda ise bu durumda nafaka talep edemeyeceği de açıktır.

Nafakanın ödenmesi bakımından Medeni Kanun nafaka yükümlüsünün alt soy ya da üst soy olması ile kardeşler olması arasında bir ayırım yapmıştır. Yardım nafakası yükümlüsü alt soy üst soy hısımlarından biriye ondan nafaka talep edilebilmesi için, sadece ödeme gücünün bulunması yeterlidir. Yardım nafakası yükümlüsü kardeşler ise, kardeşlerin nafaka ödeme borcu altına girmeleri için, sadece kendilerinin ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin hayat tarzlarını önemli ölçüde etkilemeyecek ödeme gücüne sahip olmaları yeterli değildir aynı zamanda refah içinde olma şartı da aranmaktadır²⁸.

Nafaka miktarının tespit edilmesinde alt ve üst sınırın ne olacağı Medeni Kanunun m. 365/2 hükmünde belirtilmiştir. Bu hükme göre üst sınır, nafaka talebinde bulunan kişinin geçinmesi için gereken zorunlu miktardır. Alt sınır ise, nafaka

²⁷ Dural- Öğüz- Gümüş; Aile Hukuku, s. 359; “Evlat edinen ile evlatlığın alt soyu arasında bir nafaka yükümlülüğünün doğup doğmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır”; Akıntürk- Karaman: s. 387.

²⁸ Dural- Öğüz- Gümüş; s. 359; Akıntürk- Karaman: s. 387.

borçlusunun ödeme gücüdür. Bu sınırlar içinde nafaka miktarını belirleme konusunda hâkime çok geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, nafaka miktarını belirlerken ülkenin ekonomik gerçeklerini, geçim şartlarını, tarafların ihtiyaçları ile mali durumlarını ve son olarak medeni durumlarını göz önüne alacaktır²⁹.

Nafakanın ödenme biçimi konusunda Medeni Kanunda açık bir düzenleme yoktur. Nafaka yükümlüsü olan kimse, nafaka borcunu nakden ödeyebileceği gibi aynı olarak ya da bakım alacaklısı kişiyi yanına alarak onun bakımını üstlenerek de yerine getirebilecektir.

Nafakanın ödenme zamanı konusunda da Medeni Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır³⁰. Nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusu nafakanın ödenme zamanı konusunda anlaşmışlar ise, hakim öncelikle bu anlaşmaya uygun nafaka verilmesini uygun görecektir idiye de genel uygulama nafaka alacağının her ay düzenli ödenmesi şeklindedir.

Nafaka miktarı mahkeme tarafından tespit edildikten sonra, hal ve şartların değişmesiyle yeniden gözden geçirilerek artırılıp azaltılabileceği gibi bu yükümlülük tamamen ortadan kaldırılabilir. Nafaka miktarının değişmesi için, dava açılması şarttır.

Nafaka kararın kesinleştiği andan itibaren değil davanın açıldığı tarihten itibaren ödenmeye başlanacaktır³¹.

Nafaka ödeme yükümlülüğü, nafaka alacaklısı veya nafaka borçlusunun ölümü ile kendiliğinden sona erecektir. Nafaka borçlusunun ölümü halinde nafaka alacaklısının yoksulluğu hala devam ediyorsa başka bir nafaka alacaklısından talepte bulunmak zorundadır.

Nafaka ödeme yükümlülüğü, mirasçılara geçmemektedir. Ancak nafaka borçlusunun muaccel olmuş ve ödenmemiş nafaka borçları terekesinde yer alır ve bu borçlar mirasçıya ödenir.

Nafaka ödeme yükümlülüğü, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun m. 162 hükmüne göre, devir edilemez ancak muaccel olan alacak üçüncü kişiye devredilebilir.

Nafaka alacağı ilama dayanıyorsa hiçbir şekilde haciz edilmesi mümkün değildir. Nafaka alacağı sözleşmeye dayanıyorsa kısmen haczedilmesi mümkündür. (İ.İ.K. md. 83 hükmü)

²⁹ Dural- Ögüz- Gümüş; s. 359; Akıntürk- Karaman; s. 387.

³⁰ Akıntürk- Karaman; s. 453; Feyzioğlu- Özakman- Sarıal; s. 586; Öztan; s.449.

³¹ Akıntürk- Karaman; s. 453; Feyzioğlu- Özakman- Sarıal; s. 586; Öztan; s.449.

Nafaka borçlusunu olan kimse, muaccel olmuş bir borcunu dahi nafaka alacaklısından olan bir alacağı ile onun rızası olmadan takas edemez.

Nafaka isteme hakkından ya da muaccel olmamış bir nafaka alacağından feragat edilemez.

III. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA İLE NAFKA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Miras Bırakanın Nafaka Yükümlüsü Olması Durumu

Miras bırakan kişi mirasçılıktan çıkaracağı mirasçısına karşı aynı zamanda nafaka ödeme yükümlülüğü altında da olabilir. Bu durumda miras bırakan mirasçılıktan çıkarmaya dayanarak nafaka ödeme yükümlülüğünden de kurtulabilir mi?

Aile hukukundan doğan yükümlülük kavramı, borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerden çoğunlukla farklı bir yapıya sahiptir. Borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerde borcun ifa edilmemesi halinde borcun ifası hatta cebri icrası istenebilirken, aile hukukundan doğan yükümlülüklerde bu yükümlülüklerin – örneğin; bakım yükümlülüğü- cebri icrası talep edilemez. Ancak nafaka yükümlülüğü ise ifası istenebilen hatta yükümlülük yerine getirilmediği takdirde cebri icraya konu olabilen bir borçtur.

Nafaka yükümlülüğü 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunun ikinci kitabı olan aile hukuku kısmında düzenlenmiştir. Mirasçılıktan çıkarma ise aynı kanunun üçüncü kitabı olan miras hukuku kitabında düzenlenmiştir. Aynı kanunda düzenlenen kavramlar olmasına rağmen kanunun farklı kitaplarında düzenlenmesi sebebiyle bu düzenlemeler ancak kanunun sistematigi ile örtüştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Kanaatimizce miras bırakanın nafaka yükümlüsü olması durumunda öncelikle mirasçının mirasçılıktan çıkarılması sebebine bakılması gerekecektir. Miras bırakanın kendisi veya aile üyeleri ya da yakınlarına karşı ağır suç işleyen bir mirasçıya karşı somut olayın şartları göz önünde bulundurularak nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi mahkemeden istenebilmelidir. Miras bırakanın ailesi veya aile üyeleri ile yakınlarına karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda ise bu yükümlülüğün niteliğine bakmak gerekecektir. İlk başta mirasçılıktan çıkarmayı haklı gösterecek kadar önemli bir sebebin varlığı halinde nafaka yükümlülüğünün de ortadan kalktığı düşünülebilirse de kanımızca bu kadar kesin sınırlar çizmek doğru değildir. Her aile hukukundan doğan yükümlülük nasıl mirasçılıktan çıkarılma için haklı bir sebep kabul edilemiyorsa her mirasçılıktan çıkarılma sebebi olan aile hukukundan doğan yükümlülüklerin de nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırması sonucuna varılması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Koruyucu mirasçılıktan çıkarma

durumunda ise tam bir mirasçılıktan çıkarılma söz konusu olmadığı için bu durumda kanaatimizce nafaka ödeme yükümlülüğü devam edecektir.

B. Mirasçılıktan Çıkarılan Kişinin Nafaka Yükümlüsü Olması Durumu

Mirasçılıktan çıkarılan mirasçının nafaka yükümlüsü olması durumunda da değerlendirme yapılırken kanaatimizce hem mirasçılıktan çıkarılma sebebine hem de somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Nafaka ödemekle yükümlü olan mirasçı miras bırakana veya onun ailesi üyelerine karşı bir suç işler ve bu sebeple mirasçılıktan çıkarılırsa ağır suç işlenmesi durumu ile nafaka yükümlülüğü arasında kanaatimizce herhangi bir bağlantı bulunmadığı için nafaka ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmamalıdır.

Nafaka ödemekle yükümlü olan mirasçı aile hukukundan doğan nafaka ödeme yükümlülüğünü yerine getirmese mirasçılıktan çıkarılacaktır. Aile hukukundan doğan ve nafaka yükümlülüğü dışında bir yükümlülüğü yerine getirmeyen mirasçının mirasçılıktan çıkarılması durumunda ise kanaatimizce nafaka ödeme yükümlülüğü devam etmelidir. Nafaka ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkabilmesi için somut olayın şartlarının bu durumu haklı göstermesi şartı aranmalıdır.

Nafaka ödemekle yükümlü olan mirasçı miras bırakan tarafından koruyucu mirasçılıktan çıkarılıyorsa nafaka ödeme yükümlülüğü hususunda mirasçının borç ödemediği hale geldiği ve bu sebeple mirasçılıktan çıkarıldığı göz önüne alındığında bir nafaka ödeme yükümlülüğünden bahsetmek hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu sebeple koruyucu mirasçılıktan çıkarılma durumunda mirasçının nafaka ödeme yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmelidir.

SONUÇ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabı aile hukuku ile üçüncü kitabı olan miras hukuku kurallarını birleştiren m.510 hükmünde düzenlenen mirasçılıktan çıkarılma müessesesi nafaka ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen mirasçının mirasçılıktan çıkarılmasını açıkça düzenlemiştir. Bu hükme göre, nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen mirasçı mirasçılıktan çıkarılır. Konuya hem miras bırakanın nafaka ödeme yükümlülüğü hem de mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülükleri yerine getirmemesi sebebi dışında diğer mirasçılıktan çıkarılma sebepleri açısından bakıldığı zaman farklı sonuçlara ulaşılabildiği gözlenmektedir.

Miras bırakanın nafaka yükümlüsü olması durumunda, mirasçı miras bırakana veya aile üyelerine yakınlarına karşı ağır bir suç işlerse kanaatimizce somut olayın şartları da göz önüne alınarak mahkemeden nafaka yükümlülüğünün kaldırılması talep edilebilmelidir. Mirasçılıktan çıkarılma sebebi aile hukukundan doğan

bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi ise, somut olayın niteliğine göre bir değerlendirme yapılmalı ve nafaka yükümlülüğünün sona ermesi yükümlülüğün niteliğine göre karara bağlanmalıdır. Koruyucu mirasçılıktan çıkarma durumunda ise, kanaatimizce nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir durum söz konusu olamaz. Mirasçı borç ödemedi aciz durumunda bulunurken bir de miras bırakanın nafaka yükümlülüğünün ortadan kaldırılması hakkaniyete aykırılık oluşturacaktır.

Mirasçının nafaka ödeme yükümlüsü olması durumunda ise, miras bırakanın onun aile üyelerine ya da yakınlarına karşı suç işleyen mirasçının nafaka ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmamalıdır. İşlenen suç ile nafaka ödeme yükümlülüğü arasında herhangi bir bağlantı yoktur. Mirasçı nafaka ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen mirasçılıktan çıkarılabilir ancak diğer aile hukukundan doğan yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda nafaka yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği somut olayın niteliği göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Mirasçı borç ödemedi aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarılmış ise bir de nafaka ödeme yükümlüsü olarak kabul edilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu durumda mirasçının nafaka ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkacağı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut – KARAMAN, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2013.

ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2009.

ARBEK, Ömer, Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Ankara 2013.

AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Konya 2014.

AYBAY, Aydın, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2000.

AYİTER, Nuşin – KILIÇOĞLU, Ahmet, Ankara 1993.

BOZOVALI, Haluk, Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990.

ÇAKIN, Nur, “Türk Hukukunda Mirastan İskat İle İlgili Problemler Mirastan İskat”, Ankara Barosu Dergisi, 1974, S.1.

ÇUBUKGİL, Rıza “Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1–2, 1950.

DURAL, Mustafa – ÖĞÜZ, Tufan – GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel

Hukuku, Cilt 3 Aile Hukuku, İstanbul 2014.

DURAL Mustafa – ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2013.

ESCHER, Arnold, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Dritte Auflage, Zürich 1959, Art. 477, N.1

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin – ÖZAKMAN, Cumhuri – SARIAL, Enis, Aile Hukuku, İstanbul 1986.

GÖNENSAY, Samim- BİLSEN, Kemalettin, Miras Hukuku, İstanbul 1963.

GÜVENÇ, Fikret, “Mirastan Iskata Karşı Açılacak Davanın Niteliği ve Bu Davadaki İspat Yükü”, İstanbul Barosu Dergisi, C.61, S. 10-11-12, 1987.

İMRE, Zahit – ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 2013.

İNAN, Ali Naim – ERTAŞ, Şeref – ALBAŞ, Hakan, Miras Hukuku, Ankara 2004 .

KILIÇOĞLU, Ahmet, Miras Hukuku, Ankara 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet, “Mirastan Iskat Konusunda İkinci Hukuk Dairesinin Hukuk Dışı Bir Kararı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1995/1.

KOCAAĞA, Köksal, “Borç Ödemekten Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2005.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1987.

PETEK, Hasan, “Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi”, DEÜHFD, 2002/2.

ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, Ankara 2008.

ÖZUĞUR, Ali İhsan, “Miras Hakkından Iskat”, Ankara Barosu Dergisi, 1996/3.

SAYMEN, Ferit, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1955.

SEROZAN, Rona – ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2012.

ŞENOCAK, Zarife “Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri”, Prof.Dr. Ali Bozer’le Armağan, Ankara 1998.

TUOR, Peter- PICENONI, Vito, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III: Das Erbrecht, Unveraenderter fotomechanischer Nachdruck der zweiten Auflage von 1952, 1. Abt. Bern 1964, Art. 477.

YAĞCI, Kürşad, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, İstanbul 2013.

“1952-1962: Geçen yıl itibariyle Adalet Divanı faaliyetlerine başladığı tarihten itibaren 60. yılını tamamlamış, bu süre içerisinde Avrupa Projesine katkı yapmıştır. Özellikle sayısal verilere yoğunlaşılmayan bu yıldönümünde, Adalet Divanı kutlamalardan ziyade yargının işleyişinin özüne daha fazla ağırlık vermiştir. Bu bağlamda, 2012 yılında uzun ve üretken bir yasalştırma sürecinden sonra Divanın yeni Yargılama Usul Kuralları kabul edilmiş ve Statüsünün belli hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu reformlar, öncelikle, Divanın yargılama usullerinin modernize edilmesi, ikinci olarak, verimliliği artırmada sürekliliği sağlamak üzere dizayn edilmiştir.”

Vassilios Skouris
Avrupa Birliği
Adalet Divanı Başkanı

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN YENİ YARGILAMA USUL KURALLARI

New Procedural Rules of the Court of Justice of the European Union

Dr. Servet ALYANAK *

ÖZET

Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) yeni Yargılama Usul Kuralları 1 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu reformlar, yargılama sürecinin dava tarafları ile üye ülke ulusal mahkemeleri için daha basit ve daha açık hale getirilmesi amacıyla kabul edilmiştir. Ayrıca, bu reformlar, Yargılama Usul Kurallarının yapısı ve içeriğini ABAD'ın mevcut iş yükü realitesi ile bu konuda yapılan değişikliklere göre uyarlamayı amaçlamaktadır. Yargılama Usul Kuralları, ABİHA

ile yargılamaların daha hızlı ve daha etkin işlenmesini sağlaması beklenmektedir. Yeni yargılama usul kuralları ile Adalet Divanının organizasyonunda Lizbon Reform Antlaşması ile yapılan değişiklikler sonucunda, ön karar yöntemi yargılamalarının 1980'lerin sonundan itibaren en kısa sürede sonuçlanması ve Genel Mahkeme önündeki yargılama sürecinin kısılması ile devam eden dava sayısının azalması mümkün olmuştur. Bu makalede, öncelikle yeni yargılama usul kurallarının yapısına ve bu kurallara genel bir bakış açısıyla bakılacaktır. Daha sonra makalenin diğer kısımlarında bu kurallar detaylı olarak açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü ve Yargılama Usul Kuralları, yargılama usulleri, ön karar başvuruları, doğrudan açılan davalar.

* Dr. Servet ALYANAK, (LL.M, Mag. Iur., Ph.D), Kamu Denetçiliği Kurumunda görevli Hâkim, servet.alyanak@ombudsman.gov.tr

ABSTRACT

The new Rules of Procedure of the European Court of Justice (ECJ) entered into force on 1st of November 2012. The reforms were introduced with the purpose of making the judicial proceedings more simpler and clearer for participants in lawsuit and national courts of the Member States. Furthermore, they intend to accommodate the structure and content of the Rules of Procedure to the reality and changes of the ECJ's caseload. The Rules of Procedure lay down the provisions required to implement and supplement the Statute of the Court of Justice detailed in Protocol No. 3 annexed to the Treaties. The main aim of this article is to give text comprehension on the new rules of judicial proceedings in front of the European Court of Justice. It is anticipated that these new rules will bring cases and trials quickly and efficiently. Preliminary ruling proceedings was the shortest handed down since the end of the 1980s and the General Court managed, to reduce the 'stock' of pending cases and the duration of proceedings thanks to the new amendments on the organisation of the ECJ made by Lisbon Reform Treaty and new Rules of Procedures of the ECJ. In this article, first the structure and general overview of the rules of procedures will be given, subsequently, they will be explained in detail at foregoing parts of the essay.

Keywords: European Union, Rules of Procedure and Statute of the Court of Justice of the European Union, judicial proceedings, preliminary rulings, direct actions



GİRİŞ

Son yıllarda yargılama usul kurallarında yapılan değişikliklerin çokluğu ve Lizbon Antlaşması sonrası ABAD'ın yapısında meydana gelen değişiklikler Divanın yargılama usul hukukunda bazı reformlar yapılmasını zorunlu kılmıştır.¹ Yeni ABAD yargılama usul kuralları 24.09.2012 tarihli Konsey onayının ardından 29.09.2012 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde (ABRG) yayımlanmıştır. Bu kurallar 01.11.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni ABAD yargılama usul kuralları 19 Haziran 1991 tarihinde kabul edilen eski yargılama usul kurallarının yerine geçmiştir. Bu çalışmanın amacı Adalet Divanı yargılama usul kurallarının derinlemesine irdelenmesi olarak ifade edilebilir.

Adalet Divanı önündeki davalar 'davalar' (kararlar) ve 'görüşler' şeklinde iki kategori olarak sınıflandırılabilir. Divanın önüne gelen davalar 'ön karar davaları' ve 'doğrudan açılan davalar' olarak iki alt kategoriye ayrılabilir. ABAD yargılama

¹ Lizbon Antlaşması ile ABAD yapısında ve yargısal yetkisinde yapılan değişiklikler için bkz. PIRIS Jean-Claude, *The Lisbon Treaty A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 1. Baskı, 2010, s. 230-234. René Barents, The Court of Justice After the Treaty of Lisbon, *Common Market Law Review*, 2010, Vol. 47, s. 709-728. F. Jacobs, 'The Lisbon Treaty and the Court of Justice', in A. Biondi et al. (eds), *EU Law after Lisbon* (OUP 2012) p. 197 at p. 201. BIONDI Andrea & RIPLEY Stefanie, Recent Developments in Luxembourg: The Activity of the European Courts in 2010, *European Public Law*, 2011, Cilt 17, sayı 4, s.633-646. CRAIG Paul, The ECJ and UltraVires Action: A Conceptual Analysis, *Common Market Law Review*, 2011, Vol. 48, s. 395-437.

usulü; davanın kabulü, yazılı aşama, Raportör Yargıcın ön inceleme raporu, davanın görüleceği dairenin tayini, yargılamada izlenecek usul ve işlemlerin tespiti, tahkikat işlemleri, duruşma ve karar verme aşaması şeklinde kabaca özetlenebilir. Makalede öncelikle, bu iki dava kategorisine ortak olan usul hükümleri bunu müteakiben bu dava kategorileri için ihdas edilen ayrı kurallar safhalara göre ele alınarak yargılama usul kuralları analiz edilmiştir.

ABAD yargılama usul kuralları, ulusal hukuk düzeyinde çalışma yapan veya Anglosakson hukuk sistemi kökenli hukukçulara yabancı gelebilir. Bu kurallar, diğer AB müktesebatının önemli bir kısmından farklı olarak üye ülkeler mevzuatının uyumlaştırılması veya Anglosakson hukuku geleneğinden ortaya çıkarılan kurallar değildir. AB Mahkemelerine tatbik edilen maddi ve usulî kurallar esas olarak Fransız kısmen de Alman idari yargılama hukukundan esinlenmiştir.²

I. YASAL ÇERÇEVE

Avrupa Birliği Adalet Divanının çalışma kuralları ve faaliyetleriyle ilgili hükümlerin yer aldığı hukuki metinlerden başlıcası Avrupa Birliği Antlaşması ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA).³ Kurucu Antlaşmalar dışında, Adalet Divanının Statüsüne İlişkin Protokol ve Adalet Divanı Yargılama Usul Kuralları da Adalet Divanının Statüsünün ve faaliyetlerinin yer aldığı önemli hukuk metinleridir. ABİHA'nın 281. maddesinde Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsünün ayrı bir Protokol ile belirleneceği ifade edilmiştir. ABİHA ve AB Antlaşmasına ekli 3 No'lu Protokolde Avrupa Birliği Adalet Divanının Statüsü yer almaktadır.⁴ Bu protokolde kurumun ve adli organların organizasyonları ve prosedürel özellikleri detaylı şekilde ele alınmıştır. 11 Ağustos 2012 tarihinde ABRG'de yayımlanan 2012/741 sayılı Tüzüğe göre ABAD Statüsü ile ilgili bazı düzenlemeler yapıldı. Burada öngörülen önemli değişiklikler içerisinde Genel Mahkeme üye sayısının artırılması ve 12 yeni üye ataması yapılmasına ilişkin düzenleme dikkat çeken bir değişiklik olmasına rağmen bu konu henüz hayata geçirilmemiştir.⁵

² WÄGENBAUR Betrand, *Court of Justice of the EU, Commentary on Statute and Rules of Procedure*, published by Verlag C. H. Beck, Co-published by Hart publishing and Nomos, München, Oxford, Baden, 2013, s.1. DINU Gheorghe, *The Procedure Before European Court of Justice, Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 2012, Cilt 4(1), s. 205-212, s.206.

³ Lizbon Antlaşması ile Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın ismi Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma olarak değiştirilmiştir. ABİHA'nın 251-281. maddeleri arasında ABAD'la ilgili kurallar düzenlemealtına alınmıştır.

⁴ Bkz. OJ 2008 C115/210.

⁵ MEİJ Arjen, *Amending the Statute of the EU Courts, Maastricht Journal of European and Comparative*

Statü kuralları üzerindeki değişiklikler olağan yasama usulüne tabi olup bunun sonucunda Avrupa Parlamentosu ve Konseyin nitelikli çoğunluk oylaması ile kabul edeceği ortak kararına bağlanmışsa da Statünün içinde yer alan kurallar Antlaşma kurallarıyla aynı hukuki etkiyi haizdir.⁶ ABİHA'nın 281 ve AB Antlaşmasının 51. maddeleri uyarınca, ABİHA'nın Eki 3 No'lu ABAD Statüsüne İlişkin Protokol Antlaşmaların tamamlayıcı bir parçasıdır. Statü kuralları ABAD'ın yapısı ve işleyişine doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir. Statü kurallarının çoğu Yargılama Usul Kuralları içerisinde detaylandırılmış olup Yargılama Usul Kuralları doğrultusunda uygulanmaktadır.⁷ Statü kuralları ABİHA'nın 281. maddesine göre, Statünün Yargıçlar ve Hukuk Sözcülerinin konumunu düzenleyen I. Başlığı ve 64. maddesi hariç olmak üzere Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından olağan yasama usulüne uygun olarak değiştirebilir.

ABAD Yargılama Usul Kurallarının hukuki dayanağı ABİHA'nın 253(6) maddesi ile ABAD Statüsüne ilişkin Protokolün 63. maddesidir. ABİHA'nın 253(6) maddesinde Adalet Divanının kendi yargılama usul kurallarını kabul edeceği ve bu kuralların Konseyin onayına sunulacağı belirtilmiştir.

Avrupa Birliği Antlaşmasının 19(1) maddesine göre AB yargı kurumunun adı artık 'Avrupa Birliği Adalet Divanı' olarak geçeceği belirtilmiştir. Bu madde düzenlemesine göre Avrupa Birliği Adalet Divanı üç tane adli organdan oluşur. Bunlar, 'Adalet Divanı', 'Genel Mahkeme' ve 'Özel Mahkemelerdir'. Önceki AT Antlaşmasında Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesinin adı böylece Genel Mahkeme olmuştur. Yasal mevzuat olarak hem Adalet Divanının hem de Genel Mahkemenin ayrı yargılama usul kuralları vardır. Mahkemelerin kuruluş, baktığı davaların niteliği ve işlevine göre bazı konularda farklılık olsa da yargılama sistemi ve işleyişi büyük oranda aynıdır. Bu makalenin konusu ise Adalet Divanının yargılama usul kurallarıdır.⁸

ABAD Statüsü ve Yargılama Usul Kuralları dışında Mahkemelerin Başkatiplikleriyle ilgili Genelgeler⁹ ve Uygulama Yönergeleri de¹⁰ mevcuttur. Bu hukuki tasarruflar

Law, 2013, C. 20, Sa.1, s.127-132, s. 127.

⁶ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, *Procedural Law of the European Union*, (2nd ed.) London: Sweet and Maxwell, 2006, s.521.

⁷ WÄGENBAUR Betrand, *Court of Justice of the EU, Commentary on Statute and Rules of Procedure*, 2013, published by Verlag C. H. Beck, Co-published by Hart publishing and Nomos, München, Oxford, Baden, s.4.

⁸ Bu makalede bazen Adalet Divanı yerine geçmek üzere Divan ifadesi de kullanılmıştır.

⁹ Instructions to the Registrar of the Civil Service Tribunal, General Court and Court of Justice. www.curia.europa.eu adresinden erişilebilir.

¹⁰ Practice Directions Relating to Direct Actions and Appeals. www.curia.europa.eu adresinden erişilebilir.

içerisinde yer alan düzenlemeler de ABAD'ın işlevlerinin yerine getirilmesi açısından önemli metinlerdir. Bu makale ise ABAD Statüsü ile 2012 yılında önemli değişikliklere uğrayan Yargılama Usul Kurallarını ele almaktadır.

Divanın yargılama süreci ulusal yargılama hukuku prensipleriyle örtüşen yanları olmakla birlikte onlardan farklı bazı özellikler de ihtiva etmektedir. ABAD yargılama hukukunun kaynağı da ABAD Statüsünün uygulanmasını sağlamak üzere kabul edilen yargılama usul kurallarıdır. ABAD önündeki yargılama usulü, genel olarak karma, araştırmaya dayalı, sorgulayıcı, Divanın görüş belirtmesi dışındaki yargılamalar açısından çekişmeli yargı (nizalı kaza) usulünün esas olduğu, kamuya açık ve ücretsiz bir usuldür.¹¹

II. YENİ YARGILAMA USUL KURALLARININ KABUL EDİLMESİ VE DEĞİŞİKLİK GEREKÇELERİ

Adalet Divanı Yargılama Usul Kuralları ilk olarak 4 Mart 1953'de kabul edilmiştir. Yargılama Usul Kurallarında geniş çapta yapılan değişikliklerin ilki 1974 yılında diğeri de 1991 yılında yapılmıştır. 1991 tarihli Adalet Divanı Yargılama Usul Kurallarında en son 22 Haziran 2011 tarihinde ABRG'de yayımlanan değişiklik olmak üzere pek çok defa tadilat yapılmıştır. Tadil edilmiş şekliyle 1991 tarihli Yargılama Usul Kuralları, 2012 yılına kadar uygulanmıştır. İlk olarak 4 Mart 1953'de kabul edilen Yargılama Usul Kurallarının yerine geçen ve 1991 yılında kabul edilen kurallar pek çok defa değiştirilmişse de temel olarak aynı kalmıştır.¹²

Zaman içerisinde Divanın yapısının yanı sıra iş yükü itibariyle dava türleri arasındaki dağılım da değişmiş ancak bu değişikliklerin yargılama usul kurallarına yansımaları istenen düzeyde gerçekleşmemiştir. Divanın başlangıçta kabul ettiği Yargılama Usul Kuralları Divanın ilk yıllarındaki iş yükünün önemli bir kısmını oluşturan doğrudan açılan davalarla ilgili geniş çaplı kural ve düzenlemeler içermekteydi. Bu davaların önemli bir kısmı şu anda Genel Mahkemenin yetki alanında kalmaktadır. Halbuki süreç içinde ve mevcut durum itibariyle Divanın iş yükünün önemli bir kısmı ulusal mahkemelerden gelen ön karar yöntemine ilişkin davalardan oluşmaktadır. 2012 yılı itibariyle Divana ulaşan 617 davanın 404'ü ön karar yöntemiyle ilgili başvurular, 73'ü doğrudan açılan davalar, 136'sı temyiz başvuruları, 3 tanesi ara önlemler ve dava müdahaleleri, 1 tanesi de Divana yapılan görüş başvurusundan oluşmaktadır.¹³

¹¹ Dava açılması belli bir harcın yatırılmasına bağlanmış değildir, yargılama giderleri makalenin masraflar kısmında ayrıca ele alınmıştır. DINU Gheorghe, s.206.

¹² ABAD Yargılama Usul Kurallarının başlangıç kısmınının 1 no'lu paragrafı.

¹³ Annual Report of the Court of Justice 2012, s. 109-110. 24.12.2013 tarihinde http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-4/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_en_proof_01.pdf adresinden erişildi.

Yargılama usul kuralları içerisinde ön karar yöntemine ilişkin ayrı ve yeterli düzenlemenin yapılmasının yanı sıra diğer dava türleri açısından da her dava türü için ayrı bir başlık altında uygun düzenlemelerin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra bu dava türleri açısından bir ayırıma gidilerek her dava türü için ayrı düzenleme yapılması açıklık ve sadelik açısından da gerekli hale gelmişti. Bütün dava türleri için ortak usul hükümleri de yargılama usul kuralları içerisinde ayrı bir başlık altında belirtilmiştir.¹⁴

Divanın önüne gelen dava türlerine göre uyguladığı usule göre kazandığı tecrübeler ışığı altında her dava türüne göre uygulanacak kurallar belirlemek, bu kuralları daha açık hale getirmek ve anlaşılır kılmak gerek ulusal mahkemeler gerekse davaya taraf olan davacı ve davalılar yönünden önemlidir.¹⁵ Divanın artan iş yükü nedeniyle yargılama sürecini hızlandırmak,¹⁶ ABAD Statüsünün 40. maddesinde belirtildiği üzere devletlerin ve AB kurumlarının müdahil olmasıyla ilgili kuralları basitleştirmek, Divanın bir davada sunulan yazılı görüşler temelinde karar vermek açısından yeterli bilginin olduğunu düşünmesi durumunda duruşma yapmadan karar vermesi gibi düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu şekilde Divanın kapasitesinin artırılması ve daha verimli çalışması sağlanmaya çalışılmıştır.

Uygulamada artık önemi kalmayan bazı hükümlere yeni yargılama usul kuralları içerisinde yer verilmemiştir. Mevcut kurallar içerisinde madde içerisinde her paragrafa ayrı bir sıra numarası verilmiş, her maddeye içeriğine uygun olarak ayrı bir başlık adı verilmiştir. Bu şekilde Yargılama Usul Kuralları arasındaki terminoloji de uyumlaştırılmıştır.

Yargılama Usul Kurallarının Yeni Yapısı

Yargılama usul kuralları kurallar yargılama usulünde yargı faaliyetindeki kronolojik sıra gözetilerek mantıklı bir düzenleme yapılmıştır. Mevcut yargılama usul

1953 yılından 1961 yılına kadar ön karar yöntemine göre hiç başvuru olmamış, sonraki yıllarda ise bu sayı artmış örneğin 1961'de 1, 1963'te 6, 1970'te 32, 1974'te 39, 1980'de 99, 1985'te 139, 1990'da 141, 1995'te 251, 2000'de 224, 2005'te 221, 2010'da 385 ve 2012 yılı itibarıyla Divana açılan 617 davanın 404'ü ön karar müracaatından oluşmaktadır. Divana doğrudan açılan davalar açısından yıllar itibarıyla tam tersi bir durum olduğu görülmektedir. Örneğin, 1953'te 4, 1955'te 9, 1958'de 43, 1961'de 24, 1963'te 99, 1970'te 47, 1974'te 63, 1980'de 180, 1985'te 294, 1990'da 221, 1995'te 109, 2000'de 197, 2005'te 179, 2010'da 136 ve 2012 yılı itibarıyla Divana açılan 617 davanın 73'ü doğrudan açılan davalardan oluşmaktadır.

¹⁴ ABAD Yargılama Usul Kurallarının 43-92. maddeleri arasında yer alan "Ortak Usul Hükümleri" dokuz bölümden oluşmakta ve II no'lu Başlık altında bulunmaktadır.

¹⁵ ABAD Yargılama Usul Kurallarının başlangıç kısmının 3 no'lu paragrafı.

¹⁶ CHALMERS Damian, DAVIES Gareth & MONTI Giorgio, *European Union Law*, Cambridge University Press, Second Edition, 2010, s. 178. DEHOUSSE Franklin, *The Reform of the EU Courts The Need of a Management Approach*, *Egmont Paper 53*, *Royal Institute for International Relations, Academia Press for Egmont*, 2011, C. 53, s. 8. 2009 ve 2010 yılı itibarıyla rekabet hukukuyla ilgili bir dava dosyasının karara bağlanması ortalama 46 ayı, devlet yardımlarıyla ilgili bir davanın karara bağlanması da ortalama 41 ayı bulmaktaydı.

kuralları, başlangıç kısmı dışında sekiz başlıktan oluşmaktadır. Başlıkları şu şekilde sıralayabiliriz:

- 1- Mahkemenin oluşumu (madde 3 - 42)
- 2- Ortak usul kuralları (madde 43- 92)
- 3- Ön karar yöntemiyle ilgili özel kurallar (madde 93-118)
- 4- Doğrudan açılan davalar (madde 119-166)
- 5- Genel Mahkeme kararlarına karşı temyiz ile sağlanan prosedür (madde 167-190)
- 6- Genel Mahkeme kararlarının denetimi (madde 191-195)
- 7- Görüşler –imzalanacak uluslararası antlaşmalarla ilgili Divanın Görüş belirtmesi- (madde 196-200)
- 8- Usule ilişkin özel formlar -belli bazı davalara ilişkin özel usuller- (madde 201-206)
- 9- Nihai Hükümler (madde 207- 210)

Adalet Divanının örgütlenmesi, belli bazı davalara ilişkin özel usuller¹⁷ makalenin boyutu düşünüldüğünde bu makalenin inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır.

III. ORTAK USUL HÜKÜMLERİ

ABAD Statüsünün 20. maddesine göre, Adalet Divanı önündeki yargılama, yazılı ve sözlü olmak üzere iki aşamadan oluşur.¹⁸ Doğrudan açılan davalar ve ön karar başvuruları yukarıda da izah edildiği üzere kronolojik olarak beş aşamadan oluşur. Bunlar; ‘davanın açılması’, ‘yazılı yargılama’, ‘sözlü yargılama (duruşma)’, ‘savcının nihai talebi (görüşü)’, ‘müzakere ve hüküm verilmesi’ olarak özetlenebilir.¹⁹ Raportörlük görevi yürüten yargıcın teklifi üzerine hukuk sözcüsünün de görüşü alınmak suretiyle Divan tahkikata karar verdiği takdirde iki aşama arasına ‘tahkikat’ aşaması da girebilmektedir.²⁰

Adalet Divanı Yargılama Usul Kurallarının II. Başlığı altında 43-92. maddeleri arasında yer alan Ortak Usul Kuralları daha önce yargılama usul kuralları arasında yer almayan yeni bir başlık olup Divan önündeki davalarla ilgili yargılama sürecinin

¹⁷ Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşmasının bazı hükümleri ile Avrupa Ekonomik Alanı Antlaşması ve önceki AB Antlaşmasının 35. maddesi kapsamında kalan davalar ile ABİHA'nın 269. maddesi kapsamında kalan AB Zirvesi ile AB Antlaşmanın 7. maddesine göre kabul edilen Konseyin tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetimini konu alan hükümler için ayrı yargılama usul kuralları kabul edilmiştir.

¹⁸ WÄGENBAUR Bertrand, s.264.

¹⁹ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, *Avrupa Birliği/Avrupa Topluluğu Usul Hukukuna Giriş*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 37.

²⁰ ARAT Tuğrul, *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 1998, s.115.

davanın açılmasından karar verilmesine kadar bütün aşamalarını kapsamaktadır. Yeni Yargılama Usul Kuralları içerisinde Adalet Divanına 'doğrudan açılan davalar' ile 'ön karar yöntemiyle gelen davalar' arasında bir ayırımı gidilmiştir. Doğrudan açılan davalar, ulusal mahkemeler nezdinde bir yargılama sürecini içermeyen ve Adalet Divanına doğrudan açılan davalardır. Gerek doğrudan açılan davalar ile gerek ön karar davalarındaki yargılama usulünde yazılı ve sözlü aşama olmak üzere iki aşama vardır.²¹

Her iki dava türünde dava dilekçesinin Başkatipliğe intikal etmesinden sonra ABAD Başkanı Yargıçlar arasından birisini Raportör Yargıç olarak davaya bakmakla görevlendirir. Raportör Yargıç davayla ilgili bir ön inceleme raporu hazırlar. Başkatipliğe intikal eden dava için ayrıca Hukuk Sözcüsü atanması halinde bu Hukuk Sözcüsü ile Raportör Yargıç, davada vuku bulan gelişmeler ile davanın seyrini birlikte takip ederler.²²

Yeni yargılama usul kurallarında yapılan yeniliklerden birisi aşağıda belirtileceği üzere Divanın önündeki ihtilafla ilgili verilecek yazılı görüş ve beyanların uzunluğuyla ilgili bir sınırlama yapabilmesidir. Bu husus Avrupa Barolar ve Hukuk Dernekleri Konseyi tarafından eleştiri konusu yapılmıştır. Örneğin rekabet dava dosyalarında Komisyon kararı ile dava konusu belgelerin bazıları yüzlerce veya binlerce sayfa tutabilmektedir. Burada taraflar açısından 25-50 sayfalık sınırlamalar yapılmasının iddia ve savunma yapmayı olumsuz etkileyebileceği ifade edilmektedir.²³

Diğer bir yenilik de sözlü aşama için yargılama usul kuralları içerisinde önemli değişiklikler yapan 76-85. maddeler arasında özel bir bölüm ayrılmasıdır. Aşağıda detaylı olarak aktarılacak yeni düzenlemeye göre, eğer Mahkeme yazılı aşamada tarafların ileri sürdüğu yazılı görüş ve açıklamalarından yeterli bilgiye haiz olduğunu düşünüyorsa zaman kazanmak amacıyla kural olarak sözlü oturum yapmak zorunda değildir.

A. Yazılı Aşama

ABAD Statüsününün 20. maddesine göre, yazılı aşama; davanın taraflara ve dava konusu kararları kabul eden AB kurumlarına bildirim, davayla ilgili

²¹ KACZOROWSKA Alina, *European Union Law*, Published by Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxon, 2009, s. 173.

²² KACZOROWSKA Alina, s. 174.

²³ http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_08102012_Comments1_1350029520.pdf (erişim tarihi 24.01.2014). Comments by the CCBE (Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe) on the reform of the Rules of Procedure of the General Court s.2.

yazılı beyanlar, gözlemler, savunma ve cevaplar ile bunları destekleyici belge ve dokümanlar veya bunların onaylı suretlerinden oluşur.

Yazılı aşama davanın konusu ile davanın yasal çerçevesini belirlemesi itibariyle davada önemli bir aşamadır. Yazılı aşamanın amacı dava konusunun ortaya konulması ve tarafların bütün iddialarının ortaya konulmasını sağlamaktır.²⁴ Bu aşamada, dava dilekçesinin Mahkemeye sunulması, davanın bildirimi, davalının dava dilekçesine cevap vermesini müteakiben Mahkeme Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra gerekli görmesi halinde davacının bir cevabıyla (replik) davalının karşı cevabını (düplik) da alır.

Dava müracaatının yapılması ve cevap layihasının sunulması

Yargılama Usul Kurallarının 57. maddesine göre, Divan yargılamasında verilen orijinal belgelerin taraf temsilcisi veya avukatı tarafından imzalanması gerekmektedir. Dilekçe ekinde sunulacak belgelerin, ön karar davası dışındaki davalar açısından, karşı tarafa verilecek nüshası dışında beş nüsha olarak mahkemeye verilmesi gerekmektedir.

Müracaatlar, davacının adı ve adresini, aleyhine başvuru yapılan tarafın adı, başvurunun üzerine dayandığı hukuki olguların özeti ile başvurunun konusunu, müracaatçı tarafından talep edilen emrin şeklini, başvuruyu desteklemek için sunulan delilleri içermelidir.²⁵ Başvuruya Statünün 21. maddesinin 2. paragrafında belirtilen belgeler uygun olduğu ölçüde eklenir.²⁶ Buna göre, müracaata iptal davasında dava konusu edilen tedbir veya işlemin eklenmesi gerekir. Hareketsizlik davasında ise ABİHA'nın 265. maddesi doğrultusunda Kurumun işlem veya eylemde bulunmaya davet edildiği tarihe ilişkin müracaatın belgelendirilmesi, ABİHA'nın 273. maddesine göre²⁷ açılan davalarda üye devletler arasında yapılan özel anlaşmanın da müracaata eklenmesi gerekir.²⁸ Bu belgelerin başvuru ile birlikte sunulmaması halinde Başkatip makul bir süre içerisinde bu belgelerin sunulmasını ister. Başvuru sahibi yukarıda belirtildiği şekilde müracaatında bulunan eksiklikleri tamamlamazsa, Divan Raportör Yargıç ve Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra başvurunun kabul edilirliliği hakkında karar verir.²⁹

²⁴ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.523.

²⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 120.

²⁶ Yargılama Usul Kurallarının 122. maddesi.

²⁷ Adalet Divanı, bir tahkimname uyarınca önüne getirilmesi kaydıyla, üye devletler arasında Antlaşmaların konusuyla bağlantılı her türlü uyumsuzluk hakkında karar vermeye yetkilidir.

²⁸ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 166.

²⁹ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.537-538.

Başvuruda tebligat için yetkilendirilen kişi ve buna dair o kişinin beyanı ile adresi de ayrıca eklenmeli, buna ilaveten veya bunun yerine, davacı vekili, temsilcisi kendisine fax veya diğer teknik araçlarla tebligat yapılmasını da öngörebilir. Böyle bir durum olmaması halinde tebligat işlemleri davacı vekili veya temsilcisinin kayıtlı adresine yapılır.³⁰

Divan Yargılama Usul Kurallarında özel olarak belirtilen bir durum olmadıkça kendisine dava taraflarınca iletilecek dilekçe ve gözlemlere ilişkin belgelerin maksimum uzunluğu konusunda bir karar alabilir. Bu karar ABRG'de yayımlanır.

ABAD Statüsünün 23. maddesine göre ön karar müracaatlarında, talepte bulunan ulusal mahkeme yargılama sürecini durdurarak Divana talepte bulunur. Divan Başkanlığı, yapılan müracaatı dava taraflarına, üye devletlere, AB Komisyonuna ve geçerliliği dava konusu edilen ya da hakkında yorum istenen tasarrufu kabul eden AB'nin diğer kurumlarına bildirir. Kendilerine bu tebliğ yapılanlar iki aylık süre içerisinde Divana görüş ve beyanlarını iletirler. Bu süre Divan Başkanı tarafından, istisnai durumlarda davalının usule uygun gerekçeli bir talebi olması halinde uzatılabilir.

254

Yukarıda aktarıldığı üzere doğrudan Divana açılan davalarda, yapılan başvuru davalıya tebliğ edilecektir. Yargılama Usul Kurallarının 124. maddesine göre, başvurunun davalıya tebliğinden iki ay içinde, davalı savunmasını sunacaktır. Savunma dilekçesinde, davalının adı ve adresi, dayandığı hukuki ve olgusal argümanlar, davalı tarafından talep edilen emrin şekli, davalı tarafından sunulan deliller belirtilecektir. Tebligatla ilgili olarak Yargılama Usul Kurallarının 121. maddesinde belirtilen hususlar davalı taraf açısından da aynen geçerlidir.³¹

Divan AB Parlamentosu, Konseyi veya Komisyonunun dava tarafı olmadığı durumlarda ABİHA'nın 277. maddesi³² doğrultusunda bu Kurumların bir tasarrufunun uygulanamazlığının ileri sürülüp sürülmediğini değerlendirmeleri yönünden bu Kurumlara dava dilekçesi ve savunmanın bir nüshasını ekleri olmadan gönderir.³³

³⁰ Yargılama Usul Kuralları madde 121. Ayrıca bkz. ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 37.

³¹ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 159-160.

³² ABİHA'nın 277. maddesine göre; "263. maddenin 6. paragrafında öngörülen sürenin sona ermesinin bakılmaksızın, Birliğin bir kurum, organ, ofis veya ajansı tarafından kabul edilmiş genel uygulama alanına sahip bir tasarrufun söz konusu olduğu bir davada, taraflardan biri, Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde bu tasarrufun uygulanamaz olduğunu ileri sürmek için, 263. maddenin 2. paragrafında belirtilen gerekçelere dayanabilir".

³³ Yargılama Usul Kuralları madde 125.

Davalının savunmasına başvuruyu yapan cevap verebilir (replik). Bu cevaba da davalı cevap verebilir (düplik).³⁴ Bu dilekçelerin hangi süreler içerisinde yapılabileceği ve gerek duyulması halinde hangi konu veya konulara yönelik olması gerektiği de belirtilir. Başvuruyu yapan cevabında ve davalı da bu cevaba cevapta daha fazla delil sunabilir. Ancak gecikmesinin sebeplerini belirtmelidir.³⁵ Bu süreçten sonra yargılamanın devamı içerisinde artık yeni bir iddia ileri sürülemez. Ancak prosedürün işleyişi esnasında ortaya çıkan yeni olgu ve hukuki durumlar olması halinde yeni bir iddia ileri sürülebilir ve Mahkeme Başkanı tarafından Raportör Yargıcın teklifi ve Hukuk Sözcüsü dinlendikten sonra uygun görülmesi halinde ve belirlenecek süre içerisinde karşı taraf da buna cevap verebilir.³⁶ Davaya tarafları yazılı prosedür aşaması sona erdikten sonra istisnai durumlarda ve gecikmenin gerekçesini belirtmeleri halinde yeni deliller sunabilirler. Mahkeme Başkanı tarafından Raportör Yargıcın teklifi ve Hukuk Sözcüsü dinlendikten sonra uygun görülmesi halinde ve belirlenecek süre içerisinde karşı taraf da bu delillere karşı cevap verebilir.³⁷

İlk (Hazırlayıcı-Ön İnceleme Raporu) Rapor (The Preliminary Report)

Yargılama Usul Kurallarınının 59. maddesine göre, yazılı aşamanın sona ermesinden sonra Mahkeme Başkanı, Raportör Yargıcın ön inceleme raporunu hangi tarihte mahkemenin genel toplantısında sunacağını belirleyecektir. Bu rapor, tahkikat veya diğer sürece ilişkin özel tedbirler gerekip gerekmediği, gerek duyulması halinde ön karar müracaatında bulunan mahkemece bazı konularda açıklanması istenen hususlar, davaya bakacak Mahkemenin oluşumuna, duruşma yapılması ve Hukuk Sözcüsünden görüş istenmesinin gerekip gerekmediği ve bu aşamada yapılacak diğer işlemlere ilişkin öneriler içerir.³⁸ Divan, Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra, Raportör Yargıcın tavsiyeleri üzerine nasıl hareket edileceğine karar verecektir.³⁹

Raportör Yargıcın önerileri alındıktan sonraki aşamada davaya hangi Dairenin bakacağı tespit edilir. Divan yukarıda Mahkemenin oluşumu kısmında aktarıldığı üzere, önüne getirilen herhangi bir davada, davanın zorluğuna, önemine veya özel şartlarına göre Büyük Daireye gitmesine gerek olmaması durumunda, üç ve

³⁴ Yargılama Usul Kuralları madde 126.

³⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 128(1).

³⁶ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.541.

³⁷ Yargılama Usul Kuralları madde 128(2). LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.545.

³⁸ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.550-551.

³⁹ KACZOROWSKA Alina, s. 174. Ayrıca bkz. Yargılama Usul Kuralları madde 59.

beş yargıçlı dairelerden birisini görevlendirecektir.⁴⁰ Ancak, dava taraflarından birisinin üye devlet veya Topluluk Kurumlarından birisi olması durumunda ve bunlardan birisinin talebi halinde ABAD Statüsünün 16(3) maddesi uyarınca dava ile ilgili kararı Büyük Daire verecektir.⁴¹ Divan, Adalet Divanı Statüsünün 16(4) maddesinde belirtilen hallerde genel kurul olarak davaya bakacaktır.⁴²

Tahkikat olmaksızın sözlü aşamanın açılması durumunda ise, tayin edilen Dairenin Başkanı, davanın başlangıç tarihini (*the opening date*) belirleyecektir.⁴³

Usulün Organizasyonuna İlişkin İşlemler

01.11.2012 yılında yürürlüğe giren yeni Yargılama Usul Kurallarında daha önce usulün organizasyonuna ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktaydı. Önceki Yargılama Usul Kurallarının 54(a) maddesine göre davada izlenecek usulün düzenlenmesi Raportör Yargıç ile Hukuk Sözcüsünün davaya 'hazırlık tedbirleri (işlemleri)' ile ilgiliydi. Muğlak anlamı olan 'hazırlık tedbirleri' kavramı yerine yeni Yargılama Usul Kurallarının 61. maddesi ile Genel Mahkeme Yargılama Usul Kuralları ve Personel Mahkemesi Yargılama Usul Kuralları⁴⁴ ile aynı terminoloji kullanılarak 'organizasyon tedbirleri' kavramı kabul edilmiştir.⁴⁵

256 Yazılı aşama tamamlandıktan sonra, yukarıda da izah edildiği gibi Raportör Yargıç ilk raporunu Divana sunar. Hukuk Sözcüsü de ilk görüşünü beyan eder. Her iki görüş de dikkate alınmak suretiyle ayrıca tahkikata gerek olup olmadığı, gerek duyulmuşsa bu tamamlandıktan sonra gerek görülmemişse yazılı aşamanın veya ilk müzakerenin hemen sonunda duruşma günü tespit olunur.⁴⁶ Bununla birlikte, duruşma günü tespitinden önce duruşmaya hazırlık yapılması ve usul işlemlerinin sağlıklı yürütülmesi ve niza konusu hususların en uygun koşullar altında çözümünü amacıyla yargılama usulüne ilişkin tedbir ve işlemlerin belirlenmesi önemlidir. Bu aşamada, davada takip edilecek yargılama usulüne ilişkin tarafların yazılı ve sözlü görüşleri alınır, dava konusunda bazı bilgi ve özellikler sorulur ayrıca davaya ilişkin taraflarca sunulması gereken belgeler veya

⁴⁰ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 159-160.

⁴¹ Yargılama Usul Kuralları madde 60(1).

⁴² Yargılama usul Kuralları madde 60(2).

⁴³ Yargılama Usul Kuralları madde 60(4). LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.551.

⁴⁴ Avrupa Birliği Personel Mahkemesi ile ilgili ayrıntılı analiz için bkz. KRAEMER Hannes, The European Union Civil Service Tribunal: A New Community Court Examined After Four Years of Operation, *Common Market Law Review*, 2009, Cilt 46, s. 1873-1913.

⁴⁵ WÄGENBAUR Bertrand, s.284-285.

⁴⁶ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 164.

üçüncü kişilerden istenecek bilgi ve belgeler belirlenmeye çalışılır.⁴⁷

Davada takip edilecek yargılama usul ilişkin işlemlerin tespit edilmesinin temel amacı, dava konusunun maddi ve hukuki yanları itibariyle yargılamada önem arz eden konulara yoğunlaşılmasını sağlamaktır. Maddi vakıalarla ilgili ihtilafların erken çözümlenmesi yargılama sürecini de hızlandıran bir etkidir. Burada tahkikat işlemleri yönünden davanın seyrine ilişkin olarak davanın tarafları ile irtibat kurularak onların da görüşlerinin alınması ciddi bir katkı sağlar. Bu amaçla, Divan dava tarafları ile Statünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişileri, belirttiği süre içerisinde yazılı cevaplarını sunmalarını veya sözlü olarak cevaplarını belirtmek üzere davet eder.⁴⁸ Verilen yazılı cevaplar dava tarafları ile Statünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilere iletilir. Bunun için oturum yapılması halinde Divan, mümkün olması durumunda, katılımcılara hangi konu veya konular üzerinde durmaları gerektiğini davette belirtir.

Raportör Yargıç veya Hukuk Sözcüsü dava tarafları ile Statünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilerden, belirttiği süre içerisinde, dava konusu ile ilgili olan olgulara ilişkin tüm bilgi ve belgeleri sunmalarını isteyebilir. Buna ilişkin verilen yazılı cevaplar dava tarafları ile Statünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilere iletilir. Raportör Yargıç veya Hukuk Sözcüsü yapılacak oturumda hangi soruların cevaplanması gerektiğini de davette belirtir.

Aslında yazılı aşamanın sona ermesinden sonra dava tarafları ile davanın seyriyle ilgili işlemler açısından bir zaman çizelgesinin olması usulün organizasyonu ve takibini kolaylaştırır. Böyle bir zaman çizelgesinin varlığı ile davanın yazılı aşaması, sözlü oturum aşaması ve hüküm aşaması daha rahat takip edilir.⁴⁹

Tahkikat işlemleri (önlemleri)

ABAD Statüsünün 24. maddesini açıklayıcı nitelikte olan Yargılama Usul Kurallarının 63. maddesine göre, Divan, yapacağı genel toplantıda açılan dava ile ilgili tahkikat işlemi gerekip gerekmediğine karar verecektir. Dava ile ilgili Daire tespiti yapılmışsa bu konuda tayin edilen Daire bu işlemler hakkında karar verecektir. Mahkeme, Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra, ispatlanması gereken olguları ortaya koyarak, uygun gördüğü tahkikat işlemlerini içeren kararını verecektir. Bu karar taraflara tebliğ edilecektir. Yargılama hukukunun

⁴⁷ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.559.

⁴⁸ Yargılama Usul Kurallarının 61. maddesi.

⁴⁹ http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_08102012_Comments1_1350029520.pdf (erişim tarihi 24.01.2014). Comments by the CCBE (Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe) on the reform of the Rules of Procedure of the General Court s.3.

genel kuralı olan taraflarca ileri sürülen iddiaların ileri süren tarafça ispatlanması kuralı AB hukukunda da geçerlidir.⁵⁰ Yukarıda aktarılan usulün organizasyonuna ilişkin işlemler Mahkeme Başkanlığının bir mektubu ile belirtilirken tahkikat işlemleri Mahkemenin yazılı bir kararı (ara kararı) ile ifade edilir.⁵¹

Tahkikat İşlemleri olarak aşağıdaki hususlar kabul edilebilir:

- Tarafların mahkemede şahsen hazır bulunmaları ve sorgulanmaları,
- Bilgi için talep ve belgelerin ibrazı,
- Tanıkların ifadelerinin alınması,
- Uzman bilirkişi raporu,
- Dava konusu yerin veya şeyin keşfi.⁵²

Davaya bakan Daire tarafından belirlenen tahkikat işlemleri kendisi tarafından yürütülebildiği gibi, bu işlemler için Raportör Yargıç da görevlendirilebilir. Tahkikat işlemlerinde Hukuk Sözcüsü de yer alacaktır. Dava tarafları da bu tahkikat işlemlerine katılmaları yönünde yetkilendirilebilir.⁵³ Tarafların avukatları, vekilleri ve temsilcilerine Başkan duruşmada sorular yöneltebilir.

258

AB hukukunda delil sunulması ve hangi durumda hangi delillerin ileri sürülebileceğine ilişkin özel ispat kuralları ortaya konulmamıştır. Usulüne uygun olarak elde edilmemiş olan deliller hariç dava konusuyla alakalı ulusal mevzuata uygun olarak elde edilen bütün deliller Mahkemeye ileri sürülebilir.⁵⁴

Yargılama Usul Kurallarınının 66-73. maddeleri tanıkların ve uzmanların (bilirkişinin) mahkemeye celp edilmeleri ve dinlenmeleri ile ilgilidir. Divan, gerek re'sen gerekse herhangi bir tarafın başvurusu ile ve hukuk sözcüsünü de dinledikten sonra, bazı olguların tanıklar tarafından ispatlanmasını isteyebilir. Tanıkların dinlenmesi ile ilgili yeni 66. madde düzenlemesi önceki 47. madde düzenlemesine daha açık hale getirilmiştir. Yine Divan tanıkları kendi celp edebileceği gibi, taraflardan birinin başvurusu üzerine veya Hukuk Sözcüsünün isteği üzerine celp edebilir. Divan emri, tanıkların adı soyadı yanında sorgulanacakları olguları ve de tanıkların mahkemeye gelmekte ihmal göstermeleri halinde uygulanacak cezayı gösterecektir. Bu tebliğ emrine göre tanıklar davet edilecektir.⁵⁵ Tanıklar

⁵⁰ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.556.

⁵¹ WÄGENBAUR Betrand, s.286.

⁵² Yargılama Usul Kuralları madde 64(2).

⁵³ Yargılama Usul Kuralları madde 65.

⁵⁴ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.558.

⁵⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 66.

Mahkeme önünde tanıklık yaparlar. Tanığın beyanı alındıktan sonra, Mahkeme Başkanı gerek kendi inisiyatifi gerekse tarafların isteği üzerine tanığa sorular yöneltebilir. Diğer Yargıçlar ve Hukuk Sözcüsü de soru sorabilir.⁵⁶ Tanık beyanını bitirmesinden sonra 68. maddede belirtildiği şekilde doğruları söylediğine dair yemin edecektir.⁵⁷ Talep halinde tanıkların dinlenmesi kamera ile kayıt altına da alınabilir. Tanık beyanları Başkatip tarafından tutanağa geçilir ve tanığın kontrolünden sonra kendisinin imzası alınır.⁵⁸

Mahkeme celbi alan tanıklar davetiyeyle uygun hareket edip, sorgulamada hazır bulunmalıdırlar. Usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen bu davete haklı bir neden olmaksızın icabet etmeyen veya beyanda bulunmayı reddeden veya yemin teklifini reddeden tanıklara Divan 5.000 Euro'ya kadar para cezası verebilir.⁵⁹

Divan dava konusu ile alakalı önemli gördüğü hususlarda uzman (bilirkişi) raporu alınmasına da karar verebilir. Bilirkişi raporunda atanan uzmanın görevi ve raporunu hangi sürede Mahkemeye sunacağı da belirtilir. Rapor sunulmasını müteakip taraflara tebliğ edilir, Divan bilirkişi raporunun irdelenmesi amacıyla taraflara bir gün belirleyerek onları davet edebilir. Mahkeme Başkanı bilirkişiye kendi inisiyatifi veya taraflardan birisinin talebi üzerine sorular yöneltebilir. Diğer Yargıçlar ve Hukuk Sözcüsü de bilirkişiye soru sorabilir.⁶⁰ Bilirkişi raporunu sunduktan sonra 71. maddede belirtildiği şekilde görevini tarafsızca ve vicdani kanaatine göre yaptığına dair yemin edecektir.⁶¹ Adalet Divanının üye ülke mahkemelerinin aksine akredite olmuş bir bilirkişi listesi mevcut olmadığı için savunma hakkının kısıtlanmaması düşüncesiyle taraflara somut davayla ilgili bilirkişi ismi veya isimleri sunmalarına imkan verir. Taraflar ortak bir isim üzerinde uzlaşabilecekleri⁶² gibi bu mümkün olmazsa Divan her bir tarafın önereceği bilirkişiye⁶³ konu hakkında inceleme yapılması için ayrı ayrı tevdi edebilir.⁶⁴

Taraflardan herhangi birisi tanığa veya bilirkişiye yetkinliği veya uygun kişi olup olmadığı konusunda veya herhangi bir sebeple itiraz etmesi halinde bu sorunu Mahkeme çözecektir. Ayrıca tanığın veya bilirkişinin beyanda bulunmayı

⁵⁶ Yargılama Usul Kuralları madde 67.

⁵⁷ Yargılama Usul Kuralları madde 68.

⁵⁸ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.562.

⁵⁹ Yargılama Usul Kuralları madde 69.

⁶⁰ Yargılama Usul Kuralları madde 70.

⁶¹ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 174.

⁶² Case 49/69, *BASF v Commission* [1972], ECR 713, 727.

⁶³ Case 23/81, *Commission v. Société royale Belge* [1983], ECR 2685, 2690.

⁶⁴ WÄGENBAUR Bertrand, s.292.

reddetmesi, yemin etmeyi reddetmesi halinde de gene sorun Mahkeme tarafından çözülecektir. Tanıklara veya bilirkişiyeye yapılacak itirazın dava taraflarına bu konuda yapılacak tebligatı takiben iki hafta içerisinde yapılması gerekmektedir. İtirazın mahiyet itibarıyla gerekçeli ve bu konuda ileri sürülen herhangi bir delil varsa bunun da niteliğinin belirtilmesi gerekmektedir.⁶⁵ Mahkeme taraflardan birisine veya taraflara tanık veya bilirkişi ücreti olarak belli bir meblağı yatırmalarını isteyebilir. Tanıklar ve bilirkişilere seyahat ve harcırah masrafları ödenir, Mahkeme mutemedi bu masraflar karşılığı kendilerine peşin bir ödemede bulunur. Bu kişilerin Mahkemeye gelmek nedeniyle mahrum kaldıkları kazançları ve bilirkişinin yaptığı işin karşılığı da verilir.

Her tahkikat duruşmasından sonra Başkatip tutanak tutacaktır. Tutanaklar Başkan ve Başkatip tarafından imzalanacak ve resmi kayıt oluşturacaktır. Tanık beyanı veya bilirkişi dinlenmesinden sonra tanzim edilen tutanaklar bu işlemi gerçekleştiren Mahkeme Başkanı veya Raportör Yargıç tarafından ve Başkatip tarafından imzalanır. Tanığa veya bilirkişiyeye de kendi beyanını okuma fırsatı verilir ve onlar da beyanlarının altını imzalar. Duruşma tutanakları ayrıca taraflara tebliğ edilir. Yargılama Usul Kurallarınının 70. maddesinde açıkça belirtilmemişse de bilirkişi incelemesine karşı taraflara yazılı olarak beyanlarını sunmalarına imkan verilir. Duruma göre gerek duyulması halinde ek bilirkişi raporu alınması da mümkündür.⁶⁶

Şu anda Genel Mahkemenin üye devletler ile AB kurumları dışında artık gerçek ve tüzel kişiler tarafından doğrudan açılan bütün davalara bakmaya yetkili hale getirilmesinden sonra Adalet Divanının önündeki davalar açısından tahkikat işlemlerinin uygulanması nadiren söz konusu olacaktır. Lizbon Antlaşması ve sonrasında Avrupa Birliği Adalet Divanının yapısında meydana gelen değişikliklerden önce de Adalet Divanının bakmakta olduğu davalarda tahkikat işlemlerine başvurduğu dava sayısı fazla değildi. ABAD'ın yapısı ve işleyişinde yapılan değişiklikler sonrası Adalet Divanının önüne gelen ön karar yöntemi veya temyiz başvurularında görüleceği gibi artık sadece hukuki denetim yapmaya doğru bir gelişme göstermektedir.⁶⁷

B. Sözlü Aşama

Sözlü aşama; Raportör Yargıç tarafından hazırlanmış raporun okunması, Mahkemece taraf avukatları ve temsilcilerinin dinlenmesi, Hukuk Sözcüsünün

⁶⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 72.

⁶⁶ WÄGENBAUR Betrand, s.293.

⁶⁷ WÄGENBAUR Betrand, s.287.

görüşlerinin ibraz edilmesi, görüşlerine başvurulması halinde tanık ve uzmanların (bilirkişi) beyan ve görüşlerinin alınmasından oluşur.⁶⁸

Sözlü aşama ABAD yargılama usulünde kural olarak uygulanan bir aşama olup istisnai durumlarda sözlü oturum (muhakeme) olmaksızın karar verilebilir. Kamu Personeli İhtisas Mahkemesi önündeki yargılamalarda, usulün yazılı aşamasında ikinci dilekçelerin (replik-düplik) sunulmasını gerekli gördüğü durumlarda Mahkeme tarafların da anlaşması halinde sözlü oturum yapılmadan yargılamaya devam edilmesini öngörebilir.⁶⁹ Kamu Personeli İhtisas Mahkemesi kararlarına karşı Genel Mahkemede yapılacak temyiz incelemesi yazılı ve sözlü iki aşamadan oluşur. Genel Mahkeme tarafları dinledikten sonra sözlü oturum yapmaktan vazgeçebilir.⁷⁰ Genel Mahkeme kararlarına karşı Adalet Divanına yapılacak temyiz incelemesi de yazılı ve sözlü iki aşamadan oluşur. Adalet Divanı Hukuk Sözcüsü ile tarafları dinledikten sonra sözlü oturum yapmaktan vazgeçebilir.⁷¹ Vergi ile ilgili dava gibi sözlü oturum yapılmasının yargılama sürecinin bir parçası olmayan bazı davalardan ya da davanın açıkça kabul edilirliliğinin bulunmadığı durumlarda da sözlü oturum yapılmayabilir.⁷²

Tahkikat işlemlerinin sona ermesinden sonra Mahkeme Başkanı yargılama sürecinin sözlü aşamasının başlangıcıyla ilgili bir tarih belirler. Mahkeme tarafından yazılı görüşlerin sunulması için bir tarih aralığı benimsenmişse sözlü aşama bu tarihin sona ermesinden sonra başlayacaktır.

Yazılı aşamanın bittiğinin dava tarafları veya Statünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilere bildiriminden itibaren bu kişilerin sözlü oturum için üç hafta içinde gerekçeli taleplerini yapmaları gerekir. Sözlü oturum yapılması ile ilgili tarafların yapacağı taleple ilgili önceki Yargılama Usul Kurallarında kullanılan çok da doğru olmayan 'başvuru yapılması' ifadesi yeni düzenlemede 'talep yapılması' şeklinde değiştirilmiştir.⁷³ Mahkeme yazılı aşamada sunulan dilekçe ve gözlemler nedeniyle Raportör Yargıcın önerisi ve Hukuk Sözcüsünün dinlenmesinden sonra sözlü oturum duruşması yapılmasına gerek duymayabilir. Ancak ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilerce sözlü oturum yapılması gerekçeleriyle birlikte talep edilmesi halinde sözlü oturum yapılmaması cihetine gidilmez. Ancak bu konuda yapılacak talebin gerekçeli olması lazımdır. Aralarında benzerlik bulunması nedeniyle aynı türdeki iki veya daha fazla dava için Mahkeme ortak

⁶⁸ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.552-554.

⁶⁹ ABAD Statüsünün Avrupa Birliği Kamu Personeli İhtisas Mahkemesiyle İlgili Ekin 7(3). maddesi.

⁷⁰ ABAD Statüsünün Avrupa Birliği Kamu Personeli İhtisas Mahkemesiyle İlgili Ekin 12(2). maddesi.

⁷¹ ABAD Statüsünün 59. maddesi.

⁷² WÄGENBAUR Betrand, s.297.

⁷³ WÄGENBAUR Betrand, s.298.

bir duruşma yapmaya karar verebilir.⁷⁴ Yeni Yargılama Usul Kurallarında yapılan bu değişiklik yeni olmakla birlikte yargılama süreci itibariyle farklı yasal çareler içeren bir ön karar başvurusu ile bir ihlal davasında ortak duruşma yapılması pek olası görünmemektedir.⁷⁵

Sözlü oturum Mahkeme Başkanı tarafından açılır ve yönetilir, Başkan oturumun usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesinden de sorumludur. Küçüklerin korunması veya özellikle üye devletlerin güvenliğiyle ilgili ciddi sebepler halinde Mahkeme kamera kaydı ile sözlü oturum yapılmasına karar verebilir. Sözlü aşaması kamera kaydı ile kayda alınan davalarda gerçekleştirilen bu oturumlar yayımlanmaz. ABAD Statüsünün 31. maddesine göre kural olarak duruşmalar kamuya açık ve aleni olup ancak istisnai durumlarda ciddi nedenlerin bulunması halinde taraflardan birisinin müracaatı veya kendi inisiyatifi üzerine Divan kapalı duruşma yapılmasına karar verebilir.⁷⁶

Mahkeme Başkanı dışında, Mahkeme üyesi Yargıçlar ve Hukuk Sözcüsü sözlü oturum sürecinde dava taraflarına ve avukatlarına, temsilcilerine ve hukuk danışmanlarına soru yöneltebilir. Sözlü oturumun kapanması aşamasında Mahkeme Başkanı taraf temsilcilerine, önce davacı sonra da davalıya kapanış konuşmalarını yapmalarını belirtir. Dava tarafları veya Statünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilerin dinlenmesinden sonra Mahkeme Başkanı sözlü oturumun sona erdiğini belirtir.⁷⁷

Hukuk Sözcüsünün görüşünü sunması

Sözlü oturumun yapıldığı yargılama sürecinde tarafların beyanının alınmasıyla ilgili sözlü oturumun sona ermesini müteakiben Hukuk Sözcüsü gerekçeli görüşünü sunar. Tarafların bakış açısı ile davanın sözlü aşamasının sözlü oturumun (duruşmanın) sona ermesi ile sona erdiği gibi bir anlayış olmakla birlikte, resmi açıdan Mahkeme Başkanı tarafından Hukuk Sözcüsünün görüşünü sunmasından sonra yargılamanın sözlü aşamasının bittiği deklare edilir.⁷⁸ Çoğu davada Hukuk Sözcüsü sözlü oturumun sona erdiği gün görüşünü ne zaman sunacağını belirtir. Bu süre, sözlü oturumun bitmesinden itibaren genellikle 3-4 ay arasındaki bir zaman dilimini almakla birlikte karmaşık davalarda daha uzun bir süreyi alabilir.⁷⁹ Hukuk Sözcüsü görüşünü açıklayacağı belirtilen tarihte görüşünün sadece kısa karar (netice) ile ilgili kısımlarını okur. Hukuk Sözcüsünün görüşü Başkanlığa iletilmesinden sonra mümkün olan en kısa sürede davaya bakan

⁷⁴ Yargılama Usul Kuralları madde 77.

⁷⁵ WÄGENBAUR Betrand, s.299.

⁷⁶ WÄGENBAUR Betrand, s.94-96. ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 175. LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.553.

⁷⁷ KACZOROWSKA Alina, s. 175.

⁷⁸ WÄGENBAUR Betrand, s.305. Yargılama Usul Kuralları 82. madde.

⁷⁹ WÄGENBAUR Betrand, s.306.

daireye bildirilir. Hukuk Sözcülerinin görüşleri ABAD'ın internet sayfasında Mahkeme Başkâtipliğine sunulduğu gün yayınlanır. Görüşün bütün resmi dillere çevrilmesi de zorunlu değildir.⁸⁰

Mahkeme, Hukuk Sözcüsünün görüşünün alınmasının hukuki açıdan davaya yeni bir katkı sağlamayacağını düşünüyorsa Hukuk Sözcüsünü dinlendikten sonra Hukuk Sözcüsünün görüşü alınmadan karar verebilir. 2012 yılında Divana ulaşan davaların %53'ü Hukuk Sözcüsünün görüşü alınmadan karara bağlanmıştır. ABAD Statüsünün 20. maddesinin tanıdığı bu yeni imkanın ciddi bir şekilde kullanıldığı görülmektedir.⁸¹ Hukuk Sözcüsünün görüşüne başvurulmayan durumlarda davanın sözlü aşaması sözlü oturumun (duruşmanın) bitmesi ile sona erer.

Mahkeme, Hukuk Sözcüsünün görüşünü aldıktan sonra aşağıdaki hallerde sözlü aşamanın tekrar açılmasına karar verebilir. Buna göre; Mahkemenin karar vermesi yönünden yeterli bilginin olmadığı hallerde veya özellikle yargılamanın sözlü aşamasının kapanmasından sonra taraflardan birisinin Mahkemenin bir karara varması açısından belirleyici yönü olan yeni bir vakıa ileri sürmesi ya da karar verilmesi açısından tartışılması gereken bir konunun davadaki taraflar arasında veya ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişiler arasında tartışılmamış olması⁸² hallerinde sözlü aşamanın tekrar açılması söz konusu olabilir.⁸³ Sözlü aşamanın tekrar açılmasını düzenleyen yeni Yargılama Usul Kurallarının 83. maddesi önceki Yargılama Usul Kurallarının muadili olan 61. madde düzenlemesine göre daha detay ve açık olmuştur. Ancak uygulamada sözlü aşamanın tekrar açılması çok nadir ve zordur.⁸⁴

Mahkeme Başkanı tarafından usulüne uygun bir şekilde somut olarak da gerekçelendirilen dava duruşmasının ses kaydı ile kaydedilmesine ilişkin davadaki taraflar arasında veya ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişiler tarafından yapılan böyle bir talebi uygun görebilir ve bu kaydın yapılmasına izin verebilir.⁸⁵

Her sözlü oturum duruşmasından sonra Başkatip tutanak tutacaktır. Tutanaklar Başkan ve Başkatip tarafından imzalanacak ve resmi kayıt oluşturacaktır. Duruşma tutanakları, davadaki taraflar veya ABAD Statüsünün 23. maddesinde

⁸⁰ WÄGENBAUR Bertrand, s.307.

⁸¹ Annual Report of the Court of Justice 2012, s. 11. 24.12. 2013 tarihinde http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-4/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_en_proof_01.pdf adresinden erişildi.

⁸² Case C-304/02, *Commission v France* [2005], ECR I-6263, paragraph 4. Joined Cases C-270/97 and C-271/97, *Deutsche Post* [2000], ECR I-929, paragraph 30, C-299/99, *Philips* [2002], ECR I-5475, paragraph 20.

⁸³ Yargılama Usul Kuralları madde 83. ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 43.

⁸⁴ WÄGENBAUR Bertrand, s.308.

⁸⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 85.

belirtilen ilgili kişiler tarafından Başkanlıkta incelenebilir ve bir nüshası bu kişilerce alınabilir.

C. Müzakere ve Karar

Mahkeme heyeti sözlü oturumun veya sözlü aşamanın bittiği tarihte Hukuk Sözcüsünün görüşünü sunmasındaki gibi kararı açıklayacağı tarihle ilgili bir zaman belirtmez. Mahkeme genellikle taraflara yaklaşık dört ile altı hafta arasında değişen bir zaman dilimi öncesinde kararı açıklayacağı tarihi belirtir. Aslında gelinen internet çağında artık Mahkemenin kararını kamuya açık bir ortamda açıklaması hususunun pek bir pratik değeri kalmamıştır. Zira kararın açıklandığı gün Mahkemenin internet sayfasında karar yayınlanmaktadır. Kararın onaylı sureti taraflara posta yoluyla gönderilmektedir.⁸⁶

Sözlü aşamanın bitmesinden sonra yargıçlar gizli müzakere ve karar tesisi için müzakereye çekilirler. Müzakereler, Hukuk Sözcüsünün gerekçeli görüşü çerçevesinde başlar.⁸⁷ Divan içerisinde dava ile ilgili müzakerelerin gizli olacağı ve gizli kalacağı belirtilmiştir. Duruşma yapılması halinde duruşmaya katılan yargıçlar ve ilgisine göre davayla ilgili olarak katılım göstermesi halinde yardımcı raportör müzakerelerde yer alır. Her bir yargıç üye kendi düşüncesini gerekçeleriyle birlikte müzakerelerde ifade eder. Gizli oylamaya geçilmeden önce, yargıcın istediği dilde kaleme alınmış her soru, yargıcın talebi üzerine ABAD'a yazılı olarak iletilir.⁸⁸ Sözlü usulde gerçekleşen görüşmelerin bitimindeki kesin müzakerede, yargıçların çoğunluğunun görüşüne uygun kanaat, ABAD bakımından temel teşkil eder.⁸⁹ Müzakere sürecinde Yargıçlar dava konusu hakkında ortak bir karara ulaşmaya çalışırlar. Yapılan müzakereler sonucunda nihai görüşmede yargıçların çoğunluğu tarafından kabul edilen görüşe göre karar verilir. Kararlarda muhalif veya ayrık görüşe yer verilmez, karar bu şekilde kolektif bir hüküm olur.⁹⁰

ABAD Statüsününün 17. maddesine göre, beş veya üç yargıçlı dairelerde kararların en az üç yargıç tarafından alınması gerekmektedir. Aynı hükme göre Büyük Dairede karar alabilmek için en az onbir üyenin hazır bulunması gerekmektedir. Divanın Genel Kurul halinde toplandığında karar alabilmek için en az onyedü üyenin toplantıda hazır bulunması gerekmektedir. Üyelerden birisinin katılımının mümkün olmadığı durumlarda diğer dairelerden bir yargıç Divan Başkanı

⁸⁶ WÄGENBAUR Bertrand, s.311-312.

⁸⁷ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 43.

⁸⁸ ARAT Tuğrul, s.121-122.

⁸⁹ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 169.

⁹⁰ KACZOROWSKA Alina, s. 175.

tarafından Yargılama Usul Kurallarının 34 ve 35. maddelerine uygun olarak çağrılabilir. ABAD Statüsünün 15. maddesine göre, Divan kararları ancak müzakerelere katılımı menedilmemiş üyelerin müzakerelere katılmadığı durumlarda geçerli olduğunu belirtmiştir.⁹¹

Yargılama Usul Kurallarının 86-92. maddeler arası Mahkemenin vereceği hükümlerle ilgilidir. Mahkeme, hüküm verilecek tarihi davadaki taraflar veya ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilere bildirir.

Yargılama Usul Kurallarının 86. maddesine göre, hüküm; kararı, Mahkemenin oluşumuna ilişkin açıklama, hüküm tarihini, müzakerelere katılan Başkan ve Hakimlerin isimlerini, Raportör Yargıcın ismine ilişkin açıklamayı, Hukuk Sözcüsünün ve Başkatibin ismini, davadaki tarafların veya ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtilen ve yargılama sürecine katılan ilgili kişilerin tasvirini, tarafların avukat veya vekillerinin ismini, doğrudan açılan davalar ve temyiz için tarafların talep ettiği emri, sözlü oturum (duruşma) yapılması durumunda duruşma tarihi, Hukuk Sözcüsünün dinlenen beyanı ve Görüş sunması halinde sunduğu Görüşün tarihi, olguların özetini, kararın gerekçelerini, kısa kararı (karar özetini), uygulanması halinde masrafları içerecektir.

Hüküm, açık mahkemede teahhüt edilecektir. Orijinal Hüküm, Başkan ve müzakerelerde yer alan Yargıçlar ve Başkatip tarafından imzalanır, mühürlenir ve Başkatiplikte saklanır. Dava taraflarına, yargılama sürecine katılmaları halinde ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilere hükmün onaylı örneği gönderilir.⁹² Hüküm teahhüt tarihinden itibaren bağlayıcı olacaktır.⁹³

Ara kararların içeriğinde; ara karar, Mahkemenin oluşumuna ilişkin açıklama, ara karar tarihini, ara kararın yasal dayanağı, müzakerelere katılan Başkan ve Hakimlerin isimlerini, Raportör Yargıcın ismine ilişkin açıklamayı, Hukuk Sözcüsünün ve Başkatibin ismini, davadaki tarafların tasvirini, tarafların avukat veya vekillerinin ismini, doğrudan açılan davalar ve temyiz için tarafların talep ettiği emri, sözlü oturum (duruşma) yapılması durumunda duruşma tarihi, Hukuk Sözcüsünün dinlenen beyanı, kısa kararı (karar özetini), uygulanması halinde masrafları içerecektir. Ara karar, Yargılama Usul Kurallarına uygun olarak gerekçelendirilmesi, doğrudan açılan davalar ile temyiz başvurularında taraflarca talep edilen ara karar emrine ilişkin formu, kararın gerekçe ve dayanaklarını

⁹¹ KACZOROWSKA Alina, s. 173.

⁹² Yargılama Usul Kuralları madde 88.

⁹³ Yargılama Usul Kuralları madde 91(1).

da içermelidir.⁹⁴

Ara karar Başkan ve müzakerelerde yer alan Yargıçlar ve Başkatip tarafından imzalanır, mühürlenir ve Başkatiplikte saklanır. Dava taraflarına, yargılama sürecine katılmaları halinde ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilere ara kararın onaylı örneği gönderilir.⁹⁵ Ara karar tefhim tarihinden itibaren bağlayıcı olacaktır.⁹⁶

IV. ÖN KARAR MÜRACAATIYLA İLGİLİ ÖZEL DÜZENLEMELER

Ön karar müracaatlarıyla ilgili olarak makalenin “*dava müracaatının yapılması ve cevap layihasının sunulması*” kısmında ABAD Statüsünün 23. maddesi kapsamında bazı açıklamalar yapılmıştır. Yargılama Usul Kurallarının 93. maddesinde belirtildiği üzere ön karar müracaatıyla ilgili genel hükümler başlıklı bölümde yer alan açıklamalar ulusal mahkemelerden gelen ön karar müracaatlarının yanı sıra AB veya üye devletlerin taraf olduğu Antlaşmaların yorumlanması açısından da geçerlidir.

Yapılan ön karar müracaatının içeriğinde Divana yöneltilecek soruların yanı sıra, niza konusunun özeti, ulusal mahkemeye tespit edilen vakıalarla ilgili bulgular veya en azından soruların temelini oluşturan olaylar, dava konusu olayda tatbik edilecek ulusal mevzuat hükümleri, mümkün olması halinde konuya ilişkin emsal niteliğindeki ulusal yargı kararlarının bulunması gerekir.⁹⁷ Ayrıca ulusal mahkemeyi AB hukukunun belli hükümlerinin geçerliliği veya yorumu konusunda inceleme yapmaya sevk eden nedenler ile bu hükümlerin olayda tatbik edilecek ulusal mevzuat kurallarıyla arasındaki ilişkinin belirtilmesi gerekmektedir.⁹⁸

Ön karar müracaatına katılım gösterebilecek kişilerle ilgili ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtildiği şekilde aşağıdaki kişiler Divana görüşlerini iletebilirler. Buna göre, esas dava tarafları, üye devletler, AB Komisyonu, geçerliliği dava konusu edilen ya da hakkında yorum istenen tasarrufu kabul eden AB'nin ilgili Kurumu görüşlerini bildirir. Bu kişilere Divan Başkatibi yapılan ön karar müracaatı tebliğ etmesi üzerine, iki aylık süre içerisinde Divana görüş ve beyanlarını iletirler. Bu süre Divan Başkanı tarafından, istisnai durumlarda davalının usule uygun gerekçeli bir talebi olması halinde uzatılabilir. Bu kişilerin ön karar yargılama sürecinin yazılı aşamasına katılmamış olmaları sürecin sözlü

⁹⁴ Yargılama Usul Kuralları madde 89.

⁹⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 90.

⁹⁶ Yargılama Usul Kuralları madde 91(2).

⁹⁷ WÄGENBAUR Betrand, s.327.

⁹⁸ Yargılama Usul Kuralları madde 94.

aşamasına katılım göstermelerine mani değildir.⁹⁹ Esas dava tarafları ön karar müracaatında bulunan ulusal mahkemenin tabi olduğu ulusal yargılama usul kurallarına göre belirlenir. Ön karar müracaatı ulusal mahkemeler ile Adalet Divanı arasında işbirliği ilişkisine dayanan çekişmesiz yargı usulünün esas olduğu bir dava türüdür.¹⁰⁰

Ön karar müracaatının üye devletlere tebliği, Divan tarafından yapılan müracaatın orijinal versiyonu ve üye devletin kendi diliyle yapılan tercümesiyle birlikte yapılır. Yapılan müracaatta talebin uzun olması halinde talebin özetlenen tercümesi üye devletlere bildirilir. Tercüme edilen özetle ulusal mahkemece sorulan soruların tam metni, esas davanın konusu, esas davada dava taraflarının temel argümanları, ön karar müracaatında bulunma nedenlerinin kısa özeti, esas davada uygulanacak ulusal mevzuat, ulusal uygulama ve ilgili AB Hukuku kuralları belirtilir.

Divana yapılan ön karar müracaatında sorulan hususların daha önceden Divan tarafından karara bağlanan hususlar olması veya sorulan soruya önceki Divan içtihadından yola çıkarak cevap verilmesinin açıkça mümkün olması, sorulan soruya verilecek cevabın makul sayılacak bir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belli olması halinde Divan Raportör Yargıcın önerisi ve Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra gerekçeli bir ara kararı ile ön karar müracaatı hakkında cevap verir.

Yargılama Usul Kurallarınının 100. maddesi uyarınca ön karar müracaatında bulunan ulusal mahkeme bu talebinden her zaman vazgeçebilir.¹⁰¹ Divan başvuruyla ilgili kararını verene kadar ön karar talebinden yapılan bu vazgeçmeyi dikkate alır. Bununla birlikte Divan her zaman için ön karar yöntemine göre yapılan başvuruyla ilgili yargı yetkisinin kullanımına ilişkin koşulların oluşmadığını belirtebilir. Ayrıca ulusal mahkemenin yaptığı ön karar başvurusunu Divanın incelediği ve ileri bir aşamadayken geri alması Divan ile olan iyi yargısal işbirliği ilişkisini zedeleyebileceğini de hesaplamalıdır.¹⁰² Her halükarda ulusal mahkemenin başvurusunu geri almasıyla ilgili açıklayıcı bir bilgiyi Divana sağlaması gerekmektedir.¹⁰³

⁹⁹ Yargılama Usul Kuralları madde 96.

¹⁰⁰ WÄGENBAUR Bertrand, s.317. BARATTA Roberto, National Courts as 'Guardians' and 'Ordinary Courts' of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, Cilt. 38, Sayı. 4, 297-320. s.301-302.

¹⁰¹ Case C-233/99, *Haugsted Hansen* [2002], ECR I-3107.

¹⁰² WÄGENBAUR Bertrand, s.332.

¹⁰³ Case C-317/95, *Canadane Chees Trading and Kouri* [1997], ECR I-4681, 4727.

Divan yargılama sürecinde takip edilecek usulün yapılandırılması işlemleri ve tahkikat işlemleriyle ilgili yetkileri saklı kalmak üzere Mahkeme Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra ön karar müracaatında bulunan ulusal mahkemeden belirleyeceği süre içerisinde bazı konularda açıklama yapmasını isteyebilir.¹⁰⁴ Ön karar müracaatının masrafları hakkında müracaat yapan ulusal mahkeme karar verir.¹⁰⁵

Mahkeme kararlarındaki yazım hataları, hesap hataları, açık hatalar Mahkemenin kendi insiyatifi veya ABAD 23. maddede belirtilen ilgili kişi ve kurumlar tarafından kararın verilmesinden itibaren iki hafta içinde belirtilmesi halinde düzeltilir. Divan bu düzeltme talebi hakkında Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra karar verir.

Divan kararlarının yorumuyla ilgili Yargılama Usul Kurallarınının 158. maddesi ön karar başvurusu sonucu verilen kararlara uygulanmaz.¹⁰⁶ Burada ulusal mahkemeler, Divanın ön karar yöntemine göre verdiği kararın yeterince yol gösterici olup olmadığını, tekrar ön karar müracaatında bulunmaya gerek olup olmadığını kendileri değerlendirecektir.¹⁰⁷

A. Hızlandırılmış Ön Karar Yöntemi (*Accelerated Procedure*)

Hızlandırılmış ön karar usulünün (*accelerated procedure*) hukuki dayanağı Mart 2008 yılında yürürlüğe giren ABAD Statüsünün 23(a) maddesidir. Bu usul önceki Yargılama Usul Kurallarınının 104(a) maddesinde çabuklaştırılmış ön karar usulü (*expedited procedure*) olarak ifade edilmişti. Acil durumlarda normal ön karar usulüne Divanın iş yükü nedeniyle geç cevap vermesi bu usulün bazı durumlarda hızlı işlemlerini sağlamak üzere oluşturulmuştur.¹⁰⁸

Yargılama Usul Kurallarınının 105. maddesine göre, ön karar müracaatında bulunan ulusal mahkemenin talebi veya istisnai olarak Mahkeme Başkanının kendi insiyatifi ile davanın niteliği gereği ön karar müracaatının kısa sürede ele alınmasına karar verilebilir. Ulusal mahkeme böyle bir talep yapmak zorunda değildir. Mahkeme Başkanı Raportör Yargıç ve Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra ön karar müracaatının yukarıda aktarılan ön karar yöntemiyle ilgili

¹⁰⁴ Yargılama Usul Kuralları madde 101.

¹⁰⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 102.

¹⁰⁶ Yargılama Usul Kurallarınının 158. maddesine göre, Adalet Divanı tarafından verilen bir kararın müphem bulunması halinde davanın herhangi bir tarafı veya kararla ilgili menfaati olan AB'nin herhangi bir Kurumu Adalet Divanından verilen kararın yorumlanması talebinde bulunabilir.

¹⁰⁷ Yargılama Usul Kuralları madde 102.

¹⁰⁸ WÄGENBAUR Betrand, s.346.

kurallardan biraz farklı hızlandırılmış ön karar yöntemine göre sonuçlandırmaya karar verebilir.¹⁰⁹ Önceki Yargılama Usul Kurallarının 104(a) (1) hükmüne göre bu usulün uygulanabilmesi ancak ‘özel aciliyet’ arzeden durumlarda söz konusu iken yeni 105(1) hükmüne göre ‘davanın niteliği gereği kısa bir sürede değerlendirilmesi gereken’ durumlarda bu usule başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu yeni düzenleme önceki düzenlemeye göre esaslı değişiklik olup bu usule başvurulmasını daha kolaylaştırıcı nitelik arz etmektedir. Tabii başvuruda kısa süre içinde karar verilmesine ilişkin gerekliliğin de dava konusu vakıalarla gerekçelendirilmesi gerekmektedir.¹¹⁰ Tehlikenin boyutuna göre insan sağlığı, çevre,¹¹¹ başka bir ülkeye sınır dışı edilme riski,¹¹² ‘Avrupa tutuklama belgesi’ çıkarılması gibi hassas konularda,¹¹³ ceza hukukuyla ilgili¹¹⁴ ve ulusal mahkemenin kısa sürede karar vermesini gerektiren bu tür konular bu usule başvurulması açısından yeterli görülmüştür.

Bu usulde Mahkeme Başkanı duruşma için hemen bir tarih belirler ve ilgili taraflara bildirir. Bu kişiler Mahkeme Başkanınca 15 günden az olmayacak belirlenecek süre içerisinde yazılı görüş ve beyanlarını Mahkemeye bildirirler. Mahkeme Başkanı taraflara sunacakları görüş ve beyanlarını önemli gördüğü hukuki mevzularla sınırlandırmalarını isteyebilir. Sunulan görüş ve beyanlar ABAD 23. maddesinde belirtilen ilgili kişilere bildirilir. Mahkeme Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra kararını verir.

Bu usulde taraflar yazılı görüş ve belgelerini fax veya diğer teknik araçlarla Başkatipliğe yollayabilirler. Bu durumda orijinal belgelerin derhal gönderilmesi gerekmektedir. Taraflara veya bir kişiye gönderilecek belgelerin aynı yöntemle Divan Başkatipliğine iletilmesi mümkündür.¹¹⁵

2008-2012 yılları arasında ön karar yöntemi başvuruları arasında hızlandırılmış usulde görülmesi için 33 başvuru yapılmış ve bunlardan sadece 8 başvuru olumlu bulunmuştur.¹¹⁶

¹⁰⁹ CHALMERS Damian, DAVIES Gareth & MONTI Giorgio, s. 180.

¹¹⁰ WÄGENBAUR Bertrand, s.347.

¹¹¹ Case C-189/91, *Jippes and others* [2001], ECR I-5689, 5694.

¹¹² Case C-300/11, *ZZ v Secretary of State for the Home Department* [2011], EUECJ (04 June 2013).

¹¹³ Case C-66/08, *Kozłowski* [2008], ECR I-6041.

¹¹⁴ Case C-550/09, *Criminal proceedings against E and F* [2010] ECR I-6213.

¹¹⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 102.

¹¹⁶ Annual Report of the Court of Justice 2012, s. 107. 24.12. 2013 tarihinde

http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-4/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_en_proof_01.pdf adresinden erişildi.

B. İvedi Ön Karar Yöntemi (*Urgent Procedure*)

ABİHA'nın 5. Başlığının 3. Kısımında yer alan konularla (özgürlük, güvenlik ve adalet alanıyla) ilgili yapılacak ön karar başvurularında ulusal mahkemenin talebi veya Mahkemenin (ön karar müracaatını inceleyen Dairenin) kendi insiyatifi ile müracaat bu usule göre değerlendirilebilir.¹¹⁷ Ulusal mahkemenin bu usulün uygulanması talebi yoksa Divan ön karar müracaatında özgürlük, güvenlik ve adalet alanıyla ilgili bir sorunun cevaplandırılmasını içerdiğini düşünürse re'sen bu usule göre inceleme yapabilir.¹¹⁸ Yeni Yargılama Usul Kurallarının 107-114. maddeleri muadili olan önceki Yargılama Usul Kurallarının 104(b) maddesinin uzun ve karmaşık hükmünü daha anlaşılır bir şekilde yeniden düzenleme altına almıştır.

Ön karar müracaatının adalet, özgürlük ve güvenlik alanıyla ilgili konularda sorular içermekteyse yukarıda aktarılan hızlandırılmış ön karar müracaatından farklı olarak ulusal mahkemece başvurunun kısa sürede ele alınması gerekliliğine ilişkin bir gerekçelendirme koşulu olmaksızın bu usule göre müracaat neticelendirilir.¹¹⁹ İvedi ön karar yöntemini düzenleyen ABAD Statüsünün 23(a) maddesi ile yeni Yargılama Usul Kurallarının 107-114. maddeleri uyarınca özgürlük, güvenlik ve adalet alanındaki sorunlarla ilgili yapılacak ön karar başvurularının mahiyeti gereği bir aciliyet arzettiği varsayılmıştır. Bu konularda yapılacak ön karar müracaatının ele alınması için normal ön karar yöntemi ile hızlandırılmış ön karar prosedürünün uygun olmadığı değerlendirilmiştir.

Bu usul ABİHA'nın 267(4) maddesindeki yeni düzenlemesinde dolaylı olarak yer almıştır. Buna göre, yapılan ön karar başvurusunun gözeltinde olan bir kişiyle ilgili olması durumunda ABAD mümkün olan aşgari gecikme ile işlem yapmalıdır.¹²⁰ Hızlandırılmış ön karar yöntemine göre ivedi ön karar yöntemi yargılama sürecinde çabuk karar vermeyi sağlamak üzere önemli oranda budanmıştır. Aslında istisnai durumlarda uygulanan hızlandırılmış ön karar yöntemi klasik ön karar yöntemi ile aynı aşamalardan oluşmaktadır. İvedi ön karar yöntemi de klasik ön karar yönteminin basitleştirilmiş halidir. Tarafların layihalarını sunmalarıyla ilgili aşgari bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Bu usulde yazılı aşama ve Hukuk Sözcüsünün görüşünü sunmasından vazgeçilebilir. Şimdiye kadar bu usule göre yargılamanın yapıldığı davalarda Hukuk Sözcüsünün görüşü yayımlanmamıştır.¹²¹

¹¹⁷ MEIJ Arjen, s. 128.

¹¹⁸ WÄGENBAUR Betrand, s.352.

¹¹⁹ WÄGENBAUR Betrand, s.351-352.

¹²⁰ PIRIS Jean-Claude, s. 232.

¹²¹ CHALMERS Damian, DAVIES Gareth & MONTI Giorgio, s. 181.

Ulusal Mahkemenin yaptığı talepte ivediliği ortaya koyan hukuki ve maddi vakaları belirtmesi ve gerekçelendirmesi gerekmektedir. Aşağıda izah edilen doğrudan açılan davalarla ilgili hızlandırılmış usulden farklı olarak gerek ivedi ön karar usulü gerekse hızlandırılmış ön karar usulünde ulusal mahkemece yapılacak başvurunun ön karar başvurusundan ayrı bir dokümanla yapılması şart değildir. Mümkün olması halinde ulusal mahkemenin Divana yönelttiği sorulara kendisinin uygun gördüğü cevapları belirtmesi gerekir. Ulusal mahkemenin yaptığı ön karar müracaatında müracaatının ivedi olarak neticelendirilmesi talebi yoksa Mahkeme Başkanı bu yönden değerlendirme yapılması için 108. maddede belirtilen Daireye dosyayı gönderebilir.

İvedilik kararı

İvedilik kararı Yargılama Usul Kurallarının 28(2) maddesine göre oluşturulan Dairece değerlendirilir. Ön karar müracaatında bulunan mahkemenin talebi veya Mahkeme Başkanının talebi üzerine dosyanın Raportör Yargıca tevdi edildiği gün davanın ivedi yargılama usulüne göre gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine Yargılama Usul Kurallarının 28(2) maddesine göre oluşturulan daire karar verir.¹²² Genel Mahkeme ve Personel Mahkemesinde olduğu gibi Adalet Divanında belli konularda karar vermek üzere oluşturulmuş özel daireler yoktur. İvedilik kararı açısından da Adalet Divanı içerisinde oluşturulmuş özel bir daire yoktur.¹²³

İvedili yargılama usulüne tabi olması öngörülen dava, yukarıda aktarılan usule göre tayin edilen Daire üyesi olmayan bir Yargıç Raportörün baktığı yargılaması devam eden bir başka dava ile bağlantılı ise, ivedilik kararı için tayin edilen Daire Mahkeme Başkanına davanın bu Raportör Yargıca incelemesi için gönderilmesini önerebilir. Davanın bu Raportör Yargıca sevkini yapılması durumunda içinde bu Yargıcın da olduğu beş kişilik Daire ivedilik kararını ele alacaktır. Ayrıca iki dava arasında bağlantı olduğu kanaati hasıl olursa bu davalara da aynı Daire bakacaktır.¹²⁴

Ulusal mahkeme tarafından ivedi yargılama usulünün talep edildiği ön karar müracaatlarında Divan Başkanlığına, bu talep ve ön karar müracaatı esas davanın tarafları ile ilgili diğer kurumlara (ön karar müracaatının bir AB Kurumunun aldığı tasarrufun geçerliliğine ilişkinse o Kuruma, bir tasarrufun yorumuna ilişkinse sözkonusu tasarrufu kabul eden AB Kurumuna) bildirilir.

¹²² Yargılama Usul Kuralları madde 108(1).

¹²³ WÄGENBAUR Betrand, s.355.

¹²⁴ Yargılama Usul Kurallarının 108(2) maddesi. Bu düzenleme, önceki Yargılama Usul Kurallarında mevcut olmayan bir düzenlemedir.

Yargılamanın ivedi usulde yapıp yapılmayacağına ilişkin karar, müracaatı yapan ulusal mahkeme, esas davanın taraflarına ve yukarıda belirtilen kişilere hemen bildirilir. Bu kararda ayrıca kendilerine bildirim yapılan bu kişilerin belirttiği süre içerisinde yazılı görüş ve açıklamalarını belirtmeleri de istenir. Mahkeme yapılacak açıklamaların hukuken hangi konularda olması gerektiği ile gönderilecek dokümanların maksimum uzunluğunu da belirtebilir. Yapılan açıklamalar ve gönderilen görüşler hemen davanın diğer tarafları ile ABAD Statüsünün 23. maddesinde belirtilen kişi ve kurumlara bildirilir. Yazılı aşamanın bu şekilde sona ermesinden sonra, bu kişilere de sözlü oturum tarihi derhal bildirilir.

Yargılamanın ivedi usulde yapıldığı ön karar müracaatlarında Daire, çok aciliyet kesbeden durumlarda yazılı aşama atlanabilir. Daire yapılan müracaatın esası ile ilgili olarak Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra karar verecektir. Daire beş yargıç yerine üç yargıç ile yargılamanın görülmesine karar verebilir. Bu durumda Dairenin oluşumu, yukarıda aktarıldığı şekilde tayin edilen Dairenin Başkanı, Raportör Yargıç ve ivedilik kararına bakacak Dairenin tayin edildiği tarihteki liste durumuna göre 28(2) maddesine göre belirlenen Yargıçtan oluşur.

Yargılamanın ivedi usulde yapılmasına gerek olmadığına karar verilmesi halinde ön karar müracaatı ABAD Statüsünün 23. maddesi ile Yargılama Usul Kurallarının normal ön karar müracaatlarının yargılması ile ilgili hükümlerine göre değerlendirilir.

2008-2012 yılları arasında ön karar yöntemi başvuruları arasında ivedi usulde görülmesi için 25 başvuru yapılmış ve bunlardan sadece 16 başvuru olumlu bulunmuştur.¹²⁵

V. DOĞRUDAN AÇILAN DAVALARLA İLGİLİ ÖZEL DÜZENLEMELER

Doğrudan açılan davalarla ilgili yeni yargılama usul kurallarında çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle yeni yargılama usul kurallarının 124. maddesine göre savunma yapılmasıyla ilgili süre bir aydan iki aya çıkarılmıştır. İkinci olarak, Mahkeme Başkanınca gerek duyulması halinde cevap (replik) ve cevaba verilen cevabın (düplik) hangi konu veya konulara yönelik olması gerektiği de belirtilir. Yeni yargılama usul kurallarının 124. maddesine göre, Mahkeme Başkanı, istisnaen kendi inisiyatifıyla, dava taraflarını, Raportör Yargıç ile Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra davanın hızlandırılmış yargılama usulüne göre görülmesine

¹²⁵ Annual Report of the Court of Justice 2012, s. 107. 24.12. 2013 tarihinde

http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-4/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_en_proof_01.pdf adresinden erişildi.

karar verebilir. Bunun yanı sıra yeni yargılama usul kurallarınının 145. maddesine göre, maliyetlerle ilgili ihtilaflar için esas davanın Raportör Yargıcının da içinde bulunduğu üç yargıçlı Daire başvuru sahibi ile karşı tarafı dinledikten sonra karar verir.

Dava taraflarının temsili

Doğrudan açılan davalarda taraflar, avukatlar ve vekilleri vasıtasıyla temsil olunur. Dava tarafları kendi avukatları veya vekilleri ile temsil edilirler. Avukat ve yasal temsilcilerin Başkatiplik nezdinde temsil ettikleri kişiden sadır olan resmi bir yetki belgesi sunmaları gerekmektedir. Avukatların da AB üyesi devletlerden birisindeki mahkemelerde vekillik yapabileceğine dair Divan Başkatipliğine bir sertifika ibraz etmeleri gerekir.

Yargılamanın tüm aşamalarında, gerçek ve tüzel kişiler üye devletlerin birinde mesleğe kabul edilmiş bir avukat tarafından veya ülkesinde dava vekilliği görevi ifa yetkisi verilmiş üniversite öğretim üyelerince temsil olunmak zorundadır. Üye devletler de kendi yetkililerince temsil olunabilmektedir. Üye ülkeler genelde Divan önündeki davalarda yetkili bakanlığın uzman memurlarını görevlendirmektedir. AB kurumlarını da hukuk hizmetleri alanında görevli olanlar temsil etmektedir. Ön karar yöntemine göre görülen davalarda temsil açısından ön karar başvurusunu yapan ulusal mahkemenin tabi olduğu yargılama kuralları dikkate alınır. Buna göre, eğer ön karar başvurusunu yapan ulusal mahkemenin tabi olduğu ülkenin yargılama kuralları avukatlar veya üniversite öğretim üyeleri haricindeki kişilerin de yargılama işlemlerinin takibinde yetkili kılınmışsa söz konusu kişiler ön karar yargılamasında Divan nezdinde temsil edebilirler.¹²⁶

VI. YARGILAMA SÜRECİNDE NİTELİK ARZ EDEN BAZI KONULAR

Yeni yargılama usul kurallarınının 131. maddesine göre de AB kurumları ile üye devletlerin davaya müdahalesiyle ilgili hükümler basitleştirilmiştir. Ayrıca, Divan kararlarıyla ilgili yeni yargılama usul kurallarınının 153-159. maddeleri arasındaki kurallar daha açık hale getirilmiştir. Yukarıda özetle aktarılan yeni değişikliklerle ilgili detaylar aşağıda ilgili kısımlarda aktarılmıştır.

Davaya müdahale

ABAD Statüsünün 40. maddesine göre, Üye Devletler ve AB Kurumları Adalet Divanı önünde görülen davalara müdahil olabilirler. Aynı hak Divan

¹²⁶ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 36.

önünde görülen davada menfaati olduğunu gösteren AB'nin ajans, ofisleri ile kuruluşlarına da tanınmıştır. Gerçek ve tüzel kişiler, Üye Devletler arasındaki davalara, Birlik Kurumları arasındaki davalara, Üye Devletler ile Birlik Kurumları arasındaki davalara müdahil olamazlar.¹²⁷ Doğrudan davalarda Üye Devletler veya AB Kurumları özel herhangi bir koşulu yerine getirmelerine gerek kalmadan müdahil olabilirler.¹²⁸ Gerçek ve tüzel kişiler açılan bir davadan Başkatiplikçe dava açıldığı için, dava taraflarının, dava konusunun, talep edilen kararın ABRG'de ilan edilmesiyle davadan haberdar olurlar. Bu ilan tarihinden itibaren müdahillik talebinin bir aylık bir süre içerisinde Mahkemeye iletilmesi gerekir.¹²⁹

Müdahale, dava taraflarından birisinin mahkemeden talep ettiği emirlere tamamen veya kısmen katılımı sınırlıdır. Müdahil kendisi dava taraflarından ayrı kalacak başka bir karar verilmesini talep edemez.¹³⁰ Müdahillik, dava taraflarına tanınan usulî haklarla aynı hakları bahşetmez ve özellikle sözlü oturum (duruşma) yapılmasını isteme hakkını sağlamaz. Müdahale ana davanın akıbetine bağlıdır. Esas davanın, davacısının davayı takip etmemesi, davadan vazgeçmesi veya davanın kabul edilebilir görülmediği durumlar nedeniyle ortadan kalkması ile müdahillik de neticesiz kalır. Müdahil davaya müdahil olduğu tarihteki durumu itibariyle davayı kabul eder.

274

Müdahale talebinin Yargılama Usul Kurallarınının 21(4) maddesinde belirtilen ilan tarihinden itibaren altı haftalık süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Müdahillik talebinin şu hususları içermesi gerekir. Davanın tasviri, davanın taraflarının tasviri, müdahilin adı ve adresi, müdahillik başvurusunun hangi tarafı desteklemeye dönük olduğu ve istenen talep formu, ABAD Statüsünün 40 (2) ve (3). paragraflarına göre yapılan müdahaleye ilişkin olarak müdahale talebinde bulunma hakkını sağlayan koşulların müdahale talebinde belirtilmesi gerekir. Müdahil de dava tarafları gibi avukat veya yasal bir temsilci aracılığıyla temsil edilir.

Müdahillik talebi dava taraflarına onların bu taleple ilgili yazılı ve sözlü görüşlerini almak amacıyla gönderilir. Müdahilin Üye Devletlerden birisi veya AB Kurumlarından birisi olması halinde müdahillik talebi Mahkeme Başkanı tarafından karara bağlanır. Diğer hallerde ise, müdahilin gerçek veya tüzel kişi olması halinde onun bu talebini Mahkeme Başkanı veya Başkanın sevki üzerine

¹²⁷ KACZOROWSKA Alina, s. 179.

¹²⁸ DINU Gheorghe, s.209.

¹²⁹ KACZOROWSKA Alina, s. 179.

¹³⁰ ABAD Statüsü 40(4). KACZOROWSKA Alina, s. 179.

davanın görüldüğü Mahkeme heyeti karara bağlar.¹³¹

Müdahillik talebinin kabul edilmesi halinde müdahil, gizli ve saklı kalması gereken belgeler dışında dosyada mevcut ve taraflara verilen bütün belge ve dokümanlardan bir kopya isteyebilir.¹³² Bu belgelerin müdahile ulaşmasından itibaren müdahil bir aylık bir süre içerisinde beyanlarını Mahkemeye iletir. Bu beyanlarında müdahil dava taraflarından birisinin ileri sürdüğü karar formuna katıldığı yönleri kısmen veya tamamen belirtmesi, dayandığı hukuki ve fiili olguları, delil ileri sürecekse bu delilleri belirtmesi gerekir. Müdahilin bu beyanının Mahkemeye sunulmasından sonra Mahkeme Başkanı taraflara bu beyanlara karşı cevap vermeleri için bir süre belirler.

Hızlandırılmış usul (expedited procedure)

2000 yılının Kasım ayında AB'nin gelecekteki yargı sistemini konu alan raporda AB yasa koyucusu hızlandırılmış usulü kabul etmiştir. Burada amaçlanan doğrudan açılan davalar ile temyiz başvurularında ortalama yargılama süresini kısaltmaktır. Genel Mahkemeyle ilgili Yargılama Usul Kurallarınının 76 (a) maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bu konuyu düzenleyen önceki Adalet Divanı Yargılama Usul Kurallarınının 62 (a) maddesi yeni Yargılama Usul Kurallarında dört maddeye dönüştürülmüştür (133-136. maddeler). Ön karar yönteminde yukarıda aktarılan hızlandırılmış ve ivedi usuller çekişmesiz yargı konusu olarak ele alınmışken doğrudan açılan davalarla ilgili hızlandırılmış usul çekişmeli yargı konusu olarak ele alınmıştır.¹³³

Mahkeme Başkanı, davacı veya davalının talebi üzerine, davanın niteliği itibariyle de davanın kısa sürede ele alınması gerektiğinin anlaşılması halinde karşı tarafı dinledikten sonra, Raportör Yargıç ve Hukuk Sözcüsünü de dinledikten sonra davanın hızlandırılmış yargılama usulüne göre görülmesine karar verebilir. Tarafların ortak talebinin mevcudiyeti halinde zaman kazanmak adına karşı tarafın dinlenmesine gerek yoktur. Buna ilişkin talebin dava müracaatından ayrı bir doküman ile yapılması gerekmektedir.¹³⁴ Mahkeme Başkanı, istisnaen kendi insiyatifiyle, dava taraflarını, Raportör Yargıç ile Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra bu yönde bir kararı ile alabilir.¹³⁵ Bu usul istisnai bir usul olup önceki düzenleme ile yeni düzenlemeye bakıldığında özel bir aciliyetin mevcudiyeti

¹³¹ Yargılama Usul Kuralları 131.

¹³² DINU Gheorghe, s.209.

¹³³ WÄGENBAUR Betrand, s.395.

¹³⁴ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.549.

¹³⁵ Yargılama Usul Kuralları 133.

şartı geçerliliğini devam ettirmektedir. Bu nedenle başvuru sahibinin davanın hızlandırılmış usulde görülmemesi halinde ara önlem başvurularında olduğu gibi burada da telafisi güç veya imkansız ciddi kayba uğrayacağını göstermesi gerekmektedir.¹³⁶

Mahkeme Başkanı, Raportör Yargıç ve Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra hızlandırılmış usulün yazılı aşamasında, dava başvurusuna ek olarak cevap verilmesi ve davalının savunmasına ek olarak cevaba cevap sunulmasına gerek duymayabilir. Mahkeme Başkanı, Raportör Yargıç ve Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra hızlandırılmış usulde, müdahilin yapacağı müdahillik talebi haricinde müdahil beyanlarını içeren ayrı bir layiha sunmasına da gerek duymayabilir.¹³⁷

Hızlandırılmış usulün sözlü aşamasında, yazılı aşamanın sona ermesinden sonra Mahkeme Başkanı sözlü oturum için bir tarih belirleyecektir. Başkan, tahkikat işlemlerinin yapılması veya yargılama usul işlemlerinin yapılandırılmasının gerekleri doğrultusunda bu tarihi erteleyebilir. Yargılama Usul Kurallarınının 127 ve 128. maddeleri saklı kalmak üzere, dava tarafları yargılamanın sözlü aşama sürecinde ek, tamamlayıcı argümanları ile delillerini ileri sürebilirler. Bununla birlikte ek tamamlayıcı argümanlar ile deliller ileri sürülmesinde meydana gelen gecikmenin nedenlerinin belirtilmesi gerekir. Hızlandırılmış yargılama usulünde de Mahkeme Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra kararını verecektir.¹³⁸

Davalarda kullanılacak diller

Yargılama usul kurallarınının 8. Bölümünün 36-42. maddeleri dillerle ilgilidir. Yargılama usul kurallarınının 36. maddesine göre, davanın dili, Bulgarca, Çekçe, Danimarkaca, Flamanca (Hollandaca), İngilizce, Estonyaca, Fince, Fransızca, Almanca, Yunanca, Macarca, İrlandaca, İtalyanca, Letonyaca, Litvanyaca, Maltaca, Polonyaca, Portekizce, Romanyaca, Slovakça, Slovence, İspanyolca veya İsveççe olabilir.¹³⁹

Davanın dili müracaat sahibi tarafından seçilecektir. Ancak, davalı bir üye devlet ise veya üye devletin vatandaşlığına sahip gerçek veya tüzel kişi ise, davanın dili, o devletin resmi dili olacaktır.¹⁴⁰ Diğer yandan, üye devletin birden fazla resmi dili varsa, müracaatçı bu dillerden birisini seçebilecektir.¹⁴¹ Tarafların ortak talebiyle,

¹³⁶ WÄGENBAUR Betrand, s.397.

¹³⁷ Yargılama Usul Kuralları 134.

¹³⁸ Yargılama Usul Kuralları madde 136.

¹³⁹ Yargılama Usul Kuralları madde 36.

¹⁴⁰ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.600.

¹⁴¹ Yargılama Usul Kuralları madde 37(1)(a).

işlemlerin tümü veya bir kısmında yukarıda bahsi geçen dillerden başka bir dil kullanılabilir.¹⁴² Ön karar taleplerinde davanın dili bu talepte bulunan mahkemenin dili olacaktır.¹⁴³ Ayrıca bir üye devlet katıldığı bir ön karar davasına kendi diliyle layihalarını sunabilir, müdahillik talebinde bulunabilir, ABİHA'nın 259. maddesine göre Divana dava açması halinde kendi dilini kullanabilir.¹⁴⁴

Dava dili, tarafların yazılı dilekçelerinde, bunları destekleyen belgelerde, aynı zamanda tutanaklarda ve mahkeme kararında kullanılacaktır.¹⁴⁵ Başka bir dilde sunulan, eklenen, ifade edilen belge ve bilgilerin mahkeme diline tercüme edilmesi ve o şekilde sunulması gerekir. Davaya müdahil olan kişi bir üye devlet değilse bu kişinin sunduğu bütün belge ve destekleyici dokümanların dava diline tercüme edilmesi gerekmektedir. Sözlü oturum aşamasında dava dili dışında başka bir dil kullanılmasına ilişkin talepler genelde kabul görmektedir.¹⁴⁶

Divan Başkanı, Divan Başkan yardımcısı ve Dairelerin başkanları sözlü prosedürde, Yargıçlar ve Hukuk Sözcüleri sorularında, Hukuk Sözcüleri görüşlerini sunarken, dava dilinden başka, 36. maddede sözü geçen dillerden birisini kullanabilirler. Bu durumda Başkatip dava diline çeviri işlemlerini düzenleyecektir.¹⁴⁷

Dava dili iç çalışma dilinden farklılaşabilmektedir. Genellikle Fransızca olan çalışma dili, yargıçların müzakerelerinde, Raportörün raporunun, toplantı zabtının ve kararın tanziminde kullanılır. Tüm dokümanlar nihayetinde ilgili yargılama diline çevrilir. Çelişki olması halinde de dava dili metninin bağlayıcı olduğu belirtilmelidir.¹⁴⁸

AB'de çok sayıda dilin kullanılıyor olması gerçeğinden hareketle müdahilin veya avukatının başvuru sahibinin dilini konuşmama ihtimali güçlüdür. Davaya müdahil olanlara en azından sözlü oturum aşamasında kendi tercih edeceği yukarıdaki resmi dillerden birisini kullanabilmesine fırsat tanınması olumlu bir gelişme olacaktır. Bu imkan davaya müdahil olanlara Divan önünde de kendi olağan avukatlarını tercih etme imkanını verecektir. Sözlü oturum aşamasında

¹⁴² Yargılama Usul Kuralları madde 37(1)(b).

¹⁴³ Yargılama Usul Kuralları madde 37(3).

¹⁴⁴ Yargılama Usul Kuralları madde 38(4).

¹⁴⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 38(1).

¹⁴⁶ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.601. Joined Cases T-371/94 and T-394/94 *British Airways and Others and British Midland Airways v Commission* [1998] ECR II-2405, paragraph 13; Case T-290/94 (92) *Kaysersberg v Commission* [1998] ECR II-4105, paragraph 8; Case T-330/94 *Salt Union v Commission* [1996] ECR II-1475, paragraphs 25-28.

¹⁴⁷ Yargılama Usul Kuralları madde 38(8).

¹⁴⁸ ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 37.

müdahilin kendi dilini kullanabilmesi onlara adalete erişim bağlamında doğrudan olumlu bir etki sağlayacaktır.¹⁴⁹

Davalarda temsil

Yargılama Usul Kurallarının II. Başlığının 1. Bölümünde (43-47 maddeler arası) vekillerin, danışmanların ve avukatların hak ve yükümlülükleri ortaya konmaktadır. Bu kişilerin Divan önünde açılan davayla ilgili yaptıkları konuşma veya yazılı beyanlarından dolayı yargısal muafiyet söz konusudur. Bu kişilerin seyahatlerinde gümrük yetkililerince yargılama ile ilgili evrak ve dokümanları incelenemez ve alıkonulamaz, niza durumunda gümrük yetkilileri veya kolluk görevlilerince söz konusu evraklar mühürlenerek derhal ABAD'a gönderilir. Gönderilen evraklar ABAD Başkatipi tarafından o kişinin huzurunda açılır.

ABAD Statüsünün 19. maddesine göre üye devletler ve Birlik kurumları Divan önünde her bir dava için belirlenen temsilci (ajan-memur) tarafından temsil edilirler. Bu temsilci bir danışman veya avukat ile de desteklenebilir. Davada taraf olan diğer kişilerin ise bir avukat aracılığıyla temsili gerekmektedir. Bir üye ülke veya Avrupa Ekonomik Alanına taraf olan bir ülke mahkemesi önünde avukatlık yapma yetkisi olan kişiler Divan önünde temsilci olabilir veya dava taraflarından birisine yardım edebilir. Bir üye devletin üniversite öğretim üyeleri kendi ulusal mevzuatına uygun olarak mahkemede dinleyici olabiliyorsa Divan önünde de aynı hakka sahiptir.¹⁵⁰

Ön karar müracaatlarına yönelik olarak ulusal mahkemedeki esas yargılamanın tarafları, bir avukat veya ulusal mevzuat uyarınca başkaca bir temsil ilişkisi zorunluluğu olsa da bu kişilerce temsil edilmeden dahi Divan önünde ulusal mahkemenin kararını destekleyici argümanları ileri sürebilirler.

II. Başlığın 2. Bölümünde Mahkeme evraklarının taraflara bildirilmesi ve gönderilmesini konu etmektedir.¹⁵¹ II. Başlığın 3. Bölümünde süre hesaplamasında dikkate alınacak hususlar konu edilmiştir.¹⁵²

¹⁴⁹ http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_08102012_Comments1_1350029520.pdf (erişim tarihi 24.01.2014). Comments by the CCBE (Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe) on the reform of the Rules of Procedure of the General Court s.4.

¹⁵⁰ DINU Gheorghe, s.208.

¹⁵¹ Yargılama Usul Kuralları madde 48.

¹⁵² Yargılama Usul Kuralları 48-52. maddeler arası. Bu konuda detaylı açıklama için bkz. ÖZKAN SUNGURTEKİN Meral, s. 192-193.

Yargılama temel usulleri ve davaların birleştirilmesi

II. Başlığın 4. Bölümünün 53. maddesinde davalardaki farklı yargılama usulü ele alınmıştır. ABAD Statüsü ve Yargılama Usul Kurallarında farklı bir usulün belirlenmemesi halinde usul yazılı ve sözlü olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Divanın kendisine açılan bir davada yargılama yapma ve davayı görme yetkisinin olmadığı, yapılan başvurunun açıkça kabul edilebilir olmadığı durumlarda Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra gerekçeli karar alarak davayı sona erdirmeye yetkisi vardır.

Divan Başkanı açılan davanın belli özellikleri olması halinde diğer davalar yanında bu davaya öncelik tanınabilir. Yargılama Usul Kurallarının 54. maddesinde, aynı konuda açılmış aynı tür davaların, usulün yazılı veya sözlü kısmı ve verilecek karar yönünden, aradaki bağlantı sebebiyle herhangi bir aşamada birleştirilebilir. Divan Başkanı, dava eğer ilgili Daireye havale edilmişse, Raportör Yargıcın ve Hukuk Sözcüsünün görüşlerini dinledikten sonra birleştirme kararının gerekli olup olmadığına karar verir. Ön karar yönteminde Divan Başkanı birleştirme kararı vermeden önce ayrıca tarafları da dinler. Divan Başkanı birleştirme konusunda karar verilmek üzere konuyu Divana da sevk edebilir. Birleştirilen davalar birleştirme usulü ile aynı usul doğrultusunda ayrılabilir.

Davanın durması ve ertelenmesi

ABAD Statüsünün 54(3). maddesi doğrultusunda hem Adalet Divanı hem de Genel Mahkeme önündeki davalarda aynı yasal çare, aynı konuda bir yorum veya aynı işlem dava konusu edilmişse Genel Mahkeme tarafları dinledikten sonra davayı durdurabilir ve Adalet Divanının karar vermesini bekleyebilir. Genel Mahkeme önündeki bir davada karar verme yönünden Adalet Divanına ABİHA'nın 263. maddesine göre açılan davalarda Adalet Divanının karar vermesini bekletici mesele yapar. Aynı koşullar altında Adalet Divanı da yargılama sürecini durdurabilir, bu durumda Genel Mahkeme önünde görülmekte olan davanın yargılması devam eder. Bir üye devlet ve AB kurumlarından birisinin aynı tasarrufu dava konusu etmeleri halinde Genel Mahkeme karar vermekten imtina ederek Adalet Divanının bu başvurular hakkında karar vermesini bekler.

Yargılama Usul Kurallarının 55. maddesi uyarınca yukarıda aktarılan ABAD Statüsünün 54(3) maddesi doğrultusunda ve Hukuk Sözcüsü dinlendikten sonra Divan tarafından yargılama durdurulabilir. Diğer durumlarda ise yargılamanın durdurulması işlemi Divan Başkanı tarafından Raportör Yargıç ve Hukuk Sözcüsü dinlendikten sonra karar verilir. Ön karar başvurularında ayrıca esas dava taraflarının da dinlenmesi gerekmektedir. Durdurulan dava süreci aynı usul izlenerek tekrar başlatılabilir.

Yargılama Usul Kurallarınının 56. maddesine göre, Divan Başkanı bazı özel durumlarda, Raportör Yargıç, Hukuk Sözcüsü ve dava taraflarını dinledikten sonra kendi insiyatifi veya dava taraflarından birisinin talebi üzerine davaya daha ileri bir tarihte bakılması amacıyla davayı erteleyebilir.

Masraflar

Divan önünde görülen davada karşılanabilir yargılama masrafları, tanıklara, bilirkişiye ödenen ücretler ve taraflar ile temsilcileri ve avukatlarının yaptığı seyahat, harcırah masraflarından oluşur. Divan kendi yaptığı yargılama işlemleri için taraflarca kendisi için ayrı bir ücret almaz. Rekabet hukukuyla ilgili davalarda dava açılmadan önceki idari soruşturma aşamasında yapılan masraflar yargılama masrafları içerisinde değerlendirilmez.¹⁵³ Avukatlık masraflarıyla ilgili yargılama usul kurallarında Alman, İtalyan ve İngiliz sistemini kabul etmiştir. Buna göre, kaybeden taraf kendi avukatının ücretiyle birlikte kazanan tarafın avukatlık ücretini karşılayacaktır. Böylece kaybeden taraf, karşı tarafın avukatlık ücretinin yanı sıra tanık ve bilirkişi ücretini de karşılar.¹⁵⁴

Masraflar ile ilgili karar nihai hükümde verilebileceği gibi, ara kararların (işlemlerin) verilmesinden sonra da verilebilir.¹⁵⁵ Başarılı olan tarafın layihasında talep etmesi halinde, başarısız olan taraf masrafları ödeyecektir. Birden fazla başarısız olan taraf olması durumunda, Divan, masrafları başarısız olan taraflar arasında paylaşırabilir. Her bir tarafın bazı noktalarda başarılı, bazı noktalarda başarısız olması durumunda, Divan masrafların paylaşılmasına karar verir, bununla birlikte, davanın şartlarına göre, Mahkeme bir tarafın kendi masraflarının yanı sıra karşı tarafın masraflarının belli bir oranını karşılamasına da karar verebilir.¹⁵⁶

Divan, başarılı olan tarafın makul olmayan bir şekilde veya eziyet doğuracak şekilde, diğer tarafa zarar verdiğini düşünmesi halinde, başarılı olan taraf aleyhine masraf emri verebilir.¹⁵⁷

Davaya müdahil olan Üye Devletler ve Topluluk Kurumları ise, ilgili oldukları işlemdeki kendi masraflarından sorumludurlar. Davaya müdahil olan diğer gerçek ve tüzel kişiler açısından Divan kendi masraflarından sorumlu olduklarına karar verebilir.

¹⁵³ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.581.

¹⁵⁴ KACZOROWSKA Alina, s. 179.

¹⁵⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 137.

¹⁵⁶ Yargılama Usul Kuralları madde 138.

¹⁵⁷ Yargılama Usul Kuralları 139.

Davayı takip etmeyen ve davadan vazgeçen kişi yargılama masraflarını kendisi karşılar. Davadan vazgeçme durumunda tarafların masraflar üzerinde bir anlaşmaya varmış olmaları halinde masraflar hakkında varılan anlaşma doğrultusunda karar verilir. Masraflarla ilgili talep yapılmaması halinde taraflar kendi masraflarını karşılar.

Yargılamanın nihai bir karara ulaşmadan sona ermesi durumunda masraflar konusundaki takdir bütünüyle Mahkemeye aittir.

Adli yardım

Esas davanın tarafları Divan önündeki masraflarını tamamen veya kısmen karşılamaya maddi güçlerinin yeterli olmaması halinde yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında Divandan adli yardım talebinde bulunabilir. Adli yardım talebine, o kişinin kendi ülkesinin yetkili kurumu tarafından verilen bir belge gibi mali durumunun değerlendirilmesini elverişli kılacak destekleyici belgelerin de eklenmesi gerekir. Adli yardım talebini düzenleyen yeni Yargılama Usul Kurallarınının 115. maddesi önceki muadil 104. maddesinin 6. fıkrasının 2. bendindeki düzenlemeye kıyasla daha münferit bir anlamı olan ‘mali durum’ (*financial situation*) ifadesini ön plana çıkartmıştır. Zira eski düzenlemede ‘parasal çaresizlik’ (*lack of means*) ibaresi mevcuttu. Yeni düzenleme Temel Haklar Bildirgesinin 47. maddesine daha uygun bir düzenleme olmuştur.¹⁵⁸

Başvuru sahibi eğer ön karar talebinde bulunan ulusal mahkemeden adli yardım almakta ise bu durumunu ve aldığı yardımın içeriğini gösteren bir belgeyi Divana sunar. Adli yardım verilmesi kararı, içinde Raportör Yargıcın olduğu ve bu Yargıcın önerisi ile Hukuk Sözcüsünün dinlenmesinden sonra, üç Yargıçlı Daire tarafından karar verilir.

Dostane çözüm, feragat, davanın takipsiz bırakılması

Mahkeme kararını vermeden önce taraflar niza konusu üzerinde bir anlaşmaya varır ve bu şekilde Mahkemeye iddialarından vazgeçtiklerini bildirmeleri durumunda Mahkeme Başkanı davanın Başkatiplikteki kayıttan düşmesine karar verir ve yargılama giderleri konusunda karar verir.¹⁵⁹ Bu hüküm ABİHA’nın 263 (iptal davası) ve 265. maddelerde (hareketsizlik) zikredilen davalar yönünden uygulanmaz.¹⁶⁰

¹⁵⁸ WÄGENBAUR Betrand, s.359.

¹⁵⁹ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.598.

¹⁶⁰ Yargılama Usul Kuralları madde 147.

Başvuru sahibi, Mahkemeye yazılı olarak bildirmesi veya duruşmada yargılamayı takip etmeyeceğini bildirmesi durumunda Mahkeme Başkanı davanın Başkatiplikteki kayıttan düşmesine karar verir.¹⁶¹ Mahkeme yargılama süreci içerisinde davanın amaçsız, konusuz kaldığına kanaat getirmesi halinde herhangi bir zaman dilimi içerisinde kendiliğinden veya Raporör Yargıcın önerisi ve dava tarafları ile Hukuk Sözcüsünün dinlenmesinden sonra gerekçeli karar ile davanın konusuz kaldığına karar verebilir.¹⁶²

Kararlardaki hataların düzeltilmesi

Divan tarafından verilen kararların yorumuyla ilgili özel hükümler saklı kalmak kaydıyla kararlardaki yazım hataları, hesap hataları, açık hatalar Mahkeme tarafından kendiliğinden veya dava taraflarından birisinin kararın verilmesinden itibaren iki hafta içerisinde yapacağı talep ile düzeltilir.¹⁶³

Düzeltilmenin kısa kararda varolan bir hatanın düzeltilmesi veya kısa karara dayanak olan ifadelerden birisi ile ilgili ise Divan Başkanı taraflara bu konudaki yazılı görüşlerini Başkatipliğe sunmaları için bir süre verir. Mahkeme Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra kararını verecektir. Yapılan düzeltilmenin orijinali düzeltilen kararın orijinaline eklenir.¹⁶⁴

282

Mahkeme, eğer davanın esaslı iddialarından birisi veya masraflar hakkında kararda olumlu veya olumsuz bir kanaat belirtmemişse, bu iddiaya dayanarak hukuki sonuçlar elde etmeyi düşünen taraf kararın kendisine iletilmesinden itibaren bir ay içerisinde Mahkemeye bu konuda müracaatta bulunabilir. Bu müracaat karşı tarafa gönderilir ve Mahkeme Başkanı tarafından belirlenen sürede yazılı görüşlerini sunmasına imkan verilir. Yazılı görüşlerin alınmasını müteakiben Mahkeme Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra müracaatın kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verir.¹⁶⁵

Gıyapta verilen kararlar

ABAD Statüsünün 41. maddesine göre bir tarafın gıyabında verilen Divan kararının iptali için başvuru yapılabilir. Yapılacak başvurunun kararın tebliğ tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Başvuruya istinaden Mahkeme Başkanı diğer tarafın yapılan başvuru hakkında yazılı

¹⁶¹ Yargılama Usul Kuralları madde 148.

¹⁶² Yargılama Usul Kuralları madde 149.

¹⁶³ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.597.

¹⁶⁴ Yargılama Usul Kuralları madde 154.

¹⁶⁵ Yargılama Usul Kuralları madde 155.

görüşlerini sunması için bir süre verir. Mahkemenin başvuru uygun görmesi halinde bu defa vereceği kararın iptali söz konusu olamaz.¹⁶⁶

Dava tarafları dışındaki kişilerin başvurusu

ABAD Statüsünün 42. maddesine göre Üye Devletler, AB Kurumları, Ofisleri, Ajansları ile dava tarafı olmayan üçüncü gerçek veya tüzel kişiler, haklarını ihlal eden ancak kendilerinin görüş ve beyanlarının alınmadığı dava kararlarıyla ilgili bir başvuru yapabilirler.¹⁶⁷ Bununla ilgili ayrıntılı kurallar Yargılama Usul Kurallarının 157. Maddesinde belirtilmiştir. Buna göre yapılacak başvuruda, itiraz edilen kararın belirtilmesi, bu kararın kendi haklarını nasıl ihlal ettiğinin açıklanması, yargılama sürecinde daha önce yer alınmamasının nedenleri izah edilmelidir. Bu yönde yapılacak başvurunun, itiraz edilen kararda dava tarafı olanların tümüne karşı yöneltilmesi gerekir. Başvurunun itiraz edilen kararın ABRG’de yayımlanmasından itibaren iki aylık süre içinde yapılması gerekmektedir. Başvuru yapılması üzerine Mahkeme itiraz edilen kararın yürürlüğünün durdurulmasına karar verebilir. Bununla ilgili Yargılama Usul Kurallarının ara önlemler (yürütmenin durdurulması) ile ilgili 160-167. maddesindeki kurallar uygulanır. Yapılan başvuru üzerine, itiraz edilen kararda Mahkemenin yapacağı inceleme sonucu bazı değişiklikler yapılabilir.¹⁶⁸

Kararın yorumlanması talebi

ABAD Statüsünün 43. maddesi uyarınca Divan tarafından verilen bir kararın müphem bulunması halinde davanın herhangi bir tarafı veya kararla ilgili menfaati olan AB’nin herhangi bir Kurumu kararın yorumlanması talebinde bulunabilir. Karardaki müphemlik (şüphe) kararın anlamı veya kapsamı ile ilgili olabilir. Yoksa kararın yasal sonuçları veya uygulanması ile ilgili yorum talebinde bulunulamaz. Nitekim Divan *Assider* davası kararında;¹⁶⁹ kararın kısa karar bölümü ve karara esas dayanak olan gerekçelerle ilgili yorum talebinde bulunulabilir. Bunun dışında kalan vakıaların anlatılması veya karar gerekçesini izah eden tamamlayıcı tespit ve görüşler için yorum talebinde bulunulamaz.¹⁷⁰ Yargılama usul kurallarında açıkça belirtilmese de yorum talebi yapılmış olması karar üzerinde otomatik olarak yürütmeyi durdurucu etkisi yoktur.¹⁷¹

¹⁶⁶ Yargılama Usul Kuralları madde 156.

¹⁶⁷ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.589.

¹⁶⁸ Yargılama Usul Kuralları madde 157.

¹⁶⁹ Second *Assider* case (28.06.1955), Case 5/55 *Assider v High Authority* [1954-56] ECR 141,142.

¹⁷⁰ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.596.

¹⁷¹ SCHERMERS Henry G.& WAELBROECK Denis F. *Judicial Protection in the European Union*, Sixth Edition, The Hague, New York, Kluwer Law International, 2001, s.744-745.

Bu yöndeki başvurunun kararın tebliğinden veya verilmesinden itibaren iki yıl içerisinde yapılması gerekmektedir. Kararın yorumlanmasıyla ilgili başvurunun doğrudan dava açılması ile ilgili yargılama usul kurallarınının 120 ve 122. maddelerine göre yapılması gerekmektedir. Ayrıca hakkında yorum istenen karar ile kararın hangi paragrafları üzerinde yorum yapılması istendiğinin belirtilmesi gerekir. Bu yönde yapılacak başvurunun, yorum yapılması istenilen kararda dava tarafı olanların tümüne karşı yöneltilmesi gerekir. Mahkeme yorum yapılması istenilen kararda dava tarafı olanlara yazılı görüşlerini sunmalarına imkan verdikten ve Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra kararını verir.¹⁷²

Kararın yenilenmesi

ABAD Statüsününün 44. maddesine göre, yeni bir olgunun keşfedilmesi nedeniyle yargılamanın yenilenmesi mümkündür. Buna göre, hükmün verildiği tarih itibarıyla gerek Mahkemece gerekse böyle bir talep ileri süren kişi açısından bilinmeyen yeni bir olgunun farkına varılması ve bu olgunun da hükmü etkileyecek (karara müessir) nitelikte olması gerekir.¹⁷³

Yenileme talebiyle ilgili olarak öncelikle, Mahkemenin yeniden yargılama yapılmasını gerektirecek nitelikte yeni bir vakıanın varlığını kabul etmesi dolayısıyla talebin kabul edilebilir görmesi gerekmektedir. Yargılamanın yenilenmesi talebinin başvuru sahibince yeni olgunun varlığından haberdar olunmasından itibaren üç ay içinde yapılması gerekmektedir. Fakat her halükarda kararın verilmesinden itibaren 10 sene geçtikten sonra yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamaz. Yapılacak talepte; yargılamanın yenilenmesi istenilen kararın tespiti, hangi yönlerden bu karara itiraz edildiği, başvuruya esas olguların ortaya konulması, yargılamanın yenilenmesi talebini haklı gösteren kanıtın niteliği, başvurunun süresinde yapıldığının gösterilmesi gerekmektedir. Bu yönde yapılacak başvurunun, yorum yapılması istenilen kararda dava tarafı olanların tümüne karşı yöneltilmesi gerekir. Mahkeme tarafların yazılı görüşlerini aldıktan ve Hukuk Sözcüsünü dinledikten başvurunun kabul edilirliliği hakkında karar verecektir. Başvuruyu kabul edilebilir gördükten sonra Mahkeme başvurunun esasını incelemeye başlar ve Yargılama Usul Kurallarına göre normal Mahkeme kararları formatında kararını verir.¹⁷⁴

¹⁷² Yargılama Usul Kuralları madde 158.

¹⁷³ KACZOROWSKA Alina, s. 179.

¹⁷⁴ Yargılama Usul Kuralları madde 159.

VII. DİVANIN GÖRÜŞ BİLDİRMESİ

ABİHA'nın 218(11) maddesinde¹⁷⁵ iki adet temel değişiklik yapılmıştır. ABİHA'nın 218. maddesine göre, Divan öngörülen AB'nin yapacağı anlaşmanın, Antlaşmalar'ın hükümlerine uygun olup olmadığı, AB'nin veya AB kurumlarının böyle bir anlaşma yapmaya yetkili olup olmadıkları hakkında görüş bildirmektedir.

Görüş bildirme talebi bir üye devlet tarafından, Avrupa Parlamentosundan, Avrupa Konseyinden veya Avrupa Komisyonundan gelebilir. Mahkeme Başkanı yapılan görüş bildirme talebi hakkında üye devletlerin, Avrupa Parlamentosunun, Avrupa Konseyinin ve Avrupa Komisyonunun belirlenecek süre içerisinde yazılı beyanlarını bildirmeleri için bir süre belirler.¹⁷⁶ Görüş talebinde bulunulması tamamen yukarıda belirtilen kurumların isteğine bırakılmış bir konudur.¹⁷⁷ Bu usul aslında ABAD tarafından da belirtildiği üzere, Antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında hukuka riayet edilmesini öngören AB Antlaşmasının 19. maddesi gereği Birliğin bir uluslararası antlaşmayı sonuçlandırmadan önce antlaşmanın ABİHA ve AB Antlaşmasına uygunluğunun incelendiği AB kurumları, üye devletler ve ABAD arasındaki özel bir işbirliği prosedürüdür.¹⁷⁸

Görüş talebi yapılır yapılmaz Mahkeme Başkanı taleple ilgili değerlendirme yapılması amacıyla bir Raportör Yargıç ve Birinci Hukuk Sözcüsü de bir Hukuk Sözcüsü tayin eder. Mahkemenin uygun görmesi halinde sözlü oturum yapılmasına da karar verebilir. Mahkeme Hukuk Sözcüsünü dinledikten sonra mümkün olan en kısa sürede görüşünü bildirir.

Mahkeme görüşünü kapalı oturumda değil aleni olarak açık oturumda belirtir ve buna ilişkin verilen görüş Mahkeme Başkanı, müzakerelere katılan Yargıçlar ve Başkatip tarafından imzalandıktan sonra tüm üye devletlere ve Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi ile Avrupa Komisyonuna gönderilir.¹⁷⁹

Divanın öngörülen anlaşmalarla ilgili görüş bildirmesi konusunda yeni yargılama usul kurallarındaki en önemli yenilik taleple ilgili değerlendirme yapılması ve

¹⁷⁵ ABİHA'nın 218(11) maddesine göre; *"Bir üye devlet, Avrupa Parlamentosu, Konsey veya Komisyon, öngörülen anlaşmanın, Antlaşmalar'ın hükümlerine uygun olup olmadığı konusunda Adalet Divanı'nın görüşünü alabilir. Adalet Divanı'nın görüşünün olumsuz olması halinde, öngörülen anlaşma, söz konusu anlaşmada veya Antlaşmalar'da değişiklik yapılmadıkça yürürlüğe giremez."*

¹⁷⁶ Yargılama Usul Kuralları md. 196.

¹⁷⁷ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.410.

¹⁷⁸ LENAERTS Koen, ARTS Dirk, MASELIS Ignace, s.408-409. ECJ, Opinion 2794 *Accession by the Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [1996] ECR I-1759, paragraph 6.

¹⁷⁹ Yargılama Usul Kuralları md. 200.

usulün takibi amacıyla 197. maddeye göre birinci Hukuk Sözcüsü tarafından sekiz Hukuk Sözcüsü tayin edilmesi yerine Şu anda bir Hukuk Sözcüsü tayin edilmesidir. İkinci olarak, görüşlerin kapalı oturumda değil açık oturumda verilmesidir.

VIII. GENEL MAHKEMENİN KARARLARINA KARŞI TEMYİZ

Genel Mahkeme, ABİHA'nın 257. maddesi uyarınca kurulan bir İhtisas Mahkemesinin ve Statü uyarınca Adalet Divanının bakmaya yetkili olduğu davalar hariç, ABİHA'nın 263, 265, 268, 270 ve 272. maddelerinde belirtilen davalara ilk derece mahkemesi olarak bakmaya yetkilidir. Statü, Genel Mahkeme'ye, diğer davalara da bakma yetkisi verebilir. Genel Mahkeme tarafından bu düzenleme uyarınca verilen kararlar, hukuki konularla sınırlı olmak kaydıyla, Statüde öngörülen Şartlar ve sınırlar dahilinde Adalet Divanında temyiz edilebilir.¹⁸⁰

Genel Mahkeme kararlarının temyiziyle alakalı olarak yeni yargılama usul kuralları temyiz usul ve yöntemleriyle ilgili açıklayıcı düzenlemeler yapılmıştır. 176-178. maddeler arasında temyiz ve karşı temyiz arasındaki ayırımı daha açık hale getiren bir düzenleme getirilmiştir. Karşı temyiz ayrı bir dilekçe ile yapılması zorunluluğu getirilerek bu taleplerin Mahkemece değerlendirilmesinin daha kolay olacağı düşünölmüŐtür.¹⁸¹ Bunun yanı sıra yargılama usul kurallarının 183. maddesinde belirtilen sebeplerle temyiz talebinin açıkça kabul edilebilir görölmemesi veya temyiz eden kişinin temyiz talebini takipsiz bırakması halinde karşı temyiz talebinin amaçŐız kalacağı belirtilmiştir.

Yargılama usul kurallarının 182. maddesi, Divanın etkinliğini sağlamak amacıyla temyiz ve karşı temyiz talebinin usulüne uygun bir Şekilde yapıldığının açıkça belirtilmesi imkanı getirmektedir. Bu düzenleme yapılan temyiz veya karşı temyizde ileri sürölen hukuki mülahazaların Mahkemenin daha önce verdiği kararlarda açıklığa kavuŐturulan sorunlarla ilgili olması halinde böyle bir durum söz konusudur. Yeni yargılama usul kuralları ayrıca temyiz ve karşı temyiz taleplerinde replik ve düplik sunulmasının koşullarını da açıklığa kavuŐturmuŐtur.

Genel Mahkeme kararlarının denetimi

ABİHA'nın 256(2) maddesi uyarınca, Genel Mahkeme, İhtisas Mahkemelerinin kararlarına karşı açılan davalara bakmaya yetkilidir. Ayrıca ABİHA'nın 256(3) maddesine göre Genel Mahkeme, Statüde yer alan belirli alanlarda, ABİHA'nın 267. maddesi uyarınca ön karar için kendisine gönderilen sorulara bakmaya

¹⁸⁰ ABİHA'nın 256. maddesi.

¹⁸¹ WÄGENBAUR Betrand, s.473.

yetkilidir. Genel Mahkeme tarafından bu düzenleme uyarınca verilen kararlar, Birlik hukukunun birliğinin ve uyumunun ciddi bir şekilde etkilenme riskinin bulunması halinde, Statüde öngörülen koşullar ve sınırlar dahilinde, istisnai olarak Adalet Divanı tarafından yeniden incelenebilir.

Genel Mahkeme kararlarının denetimiyle alakalı olarak ABAD Statüsününün 62. maddesine göre, Birinci Hukuk Sözcüsü Birlik hukukunun birliğinin ve uyumunun ciddi bir şekilde etkilenme riskinin bulunduğunu değerlendirmesi halinde Genel Mahkeme kararının Adalet Divanı tarafından denetlenmesini önerebilir. Bu önerinin Genel Mahkeme kararının verilmesinden itibaren bir aylık süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Adalet Divanı da bu talebin kendisine ulaşmasından itibaren bir aylık süre içerisinde de Genel Mahkeme tarafından verilen kararın denetlenip denetlenmeyeceği hakkında karar verir. Yargılama Usul Kurallarınının 191. maddesine göre bu denetimin yapılmasının gerekip gerekmediğine ilişkin değerlendirme yapmak üzere beş yargıçlı bir daire oluşturulacaktır. Genel Mahkeme kararlarının bildirimini Başkatiplik yapacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere Genel Mahkeme kararlarının denetimi usulüne müracaat temyiz usulünden farklı olarak tarafların talebine değil Birinci Hukuk Sözcüsününün insiyatifine bırakılmış bir konudur.¹⁸² Ancak denetim yapılması Birinci Hukuk Sözcüsününün önerisi ön koşul ise de denetim yapılıp yapılmamasına yukarıda aktarıldığı üzere bunun için tayin edilen daire karar verecektir.

Beş yargıçlı daire tarafından denetim yapılmasına karar verilmesi halinde bu karar da Adalet Divanı tarafından ilgililere bildirilir. İlgililer tebliğden itibaren bir ay içerisinde görüşlerini Divana iletirler. Beş yargıçlı denetim dairesi Hukuk Sözcüsünü de dinledikten sonra Genel Mahkemenin verdiği kararın denetimiyle ilgili nihai kararını verir. Bu daire daha fazla sayıda yargıç ile konu hakkında karar verilmesini de Divandan isteyebilir.¹⁸³

SONUÇ

Yeni yargılama usul kurallarınının temel hedefinin Adalet Divanınının yargılamasını hızlandırmak ve etkinliği artırmak olduğu söylenebilir. 2004 ve 2007 yılında AB'ye 12 yeni üye devletin katılımı sonrası Adalet Divanınının iş yükünün artması nedeniyle Lizbon Antlaşmasında Divanının yapısında ve organizasyonunda değişiklikler yapılmıştır. Divanının yapısındaki değişiklikler, yargılamada etkinliğin ve yargılama sürelerinde hızlılığın sağlanması amacıyla, Divanının Yargılama Usul

¹⁸² WÄGENBAUR Betrand, s.485.

¹⁸³ Yargılama Usul Kuralları madde 195.

Kurallarının da modernize edilmesi ve basitleştirilerek daha açık hale getirilmesi sonucunu doğurmuştur.

Yeni kuralların organizasyonu ile yapılandırılması önceki kurallara nazaran daha açık, daha kolay ve anlaşılır olmuştur. Maddelere verilen isimler, maddelerin bir şemsiye başlığı altında gruplandırılması, ön karar yönteminin Divan açısından önemi ayrı bir bölümde düzenlenerek bu konuya dikkat çekilmiştir.

Divan önüne gelen davalarda artık yazılı dilekçelerin ve görüşlerin maksimum uzunluğunu belirtebilir. Divan yazılı aşamada taraflarca sunulan dilekçe ve görüş ile deliller itibariyle dava hakkında yeterli bilgiye ulaştığını düşünüyorsa sözlü oturum (duruşma) yapmak zorunda değildir. Divan ayrıca yapılmasına karar verilmesi halinde sözlü oturumun belli bazı konular üzerinde yoğunlaşmasına yönelik dava taraflarına davet gönderebilir. Önceki yargılama usul kurallarına göre sözlü oturumdan önce hazırlanan tarafların ileri sürdüğü argümanların özetlendiği duruşmaya hazırlık raporu ortadan kaldırılmıştır. Bu raporun amacı gerek Divanın gerekse tarafların sözlü aşamaya hazırlanmasını sağlamaktır. Divan bu raporların hazırlanmasının kendi kaynaklarının israfı sonucunu doğurduğu, ayrıca, davanın anlaşılması yönünden de bir katkı sağlamadığı kanaatindeydi. Yeni yargılama usul kurallarındaki değişikliklerin olumlu karşılandığı söylenebilir. Ancak sözlü oturum aşamasının Divan tarafından uygulanmaması taraflara kendi bakış açılarını ortaya koymak açısından son bir fırsat sunmaktaydı. Sözlü oturum öncesi hazırlık raporu da dava tarafları ile davaya ilgi duyanlarca yargılamanın anlaşılmasını, gözlemlenmesini sağlayan bir pencere işlevi vardı.

Bu kuralların Mahkemenin iş yükünü hafifletmede ne kadar yardımcı olacağı zaman içerisinde Divanla ilgili istatistiki bilgiler ortaya çıkınca anlaşılacaktır. Aslında yargılama usul kurallarında yapılan değişikliklerin bir kısmı Divanın yaptığı yargılamalarda hızlı karar vermeye yönelik *de facto* hayata geçirdiği uygulamalar olup bunlar yeni yargılama usul kuralları içerisinde kodifiye edilmiştir. Divanın artan iş yükünü hafifletmek amacıyla yargılama usul kurallarında yapılan bu değişikliklerin yanı sıra yargıç sayısında bir artışa gidilmesi etkin ve hızlı bir yargılama sistemine ulaşılması açısından gerekli olmaktadır.

Yapılan değişikliklerin genel olarak yargılama sürecinde hızlılığı ve etkinliği sağlaması beklenmekle birlikte, yeni yargılama usul kurallarında yargılama süreciyle ilgili olarak Divana tanınan yetkilerin kullanımıyla ilgili uygulamayı da görmek gerekmektedir.



KAYNAKÇA

Kitap

Arat Tuğrul, *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 1998,

Chalmers Damian, Davies Gareth & Monti Giorgio, *European Union Law*, Cambridge University Press, Second Edition, 2010, s. 178.

Kaczorowska Alina, *European Union Law*, Published by Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxon, 2009, s. 173.

Lenaerts Koen, Arts Dirk, Maselis Ignace, *Procedural Law of the European Union*, (2nd ed.) London: Sweet and Maxwell, 2006

Özkan Sungurtekin Meral, *Avrupa Birliği/Avrupa Topluluğu Usul Hukukuna Giriş*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 37.

Piris Jean-Claude, *The Lisbon Treaty A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 1. Baskı, 2010,

Schermers Henry G.& Waelbroeck Denis F. *Judicial Protection in the European Union*, Sixth Edition, The Hague, New York, Kluwer Law International, 2001,

Wägenbaur Bertrand, *Court of Justice of the EU, Commentary on Statute and Rules of Procedure*, published by Verlag C. H. Beck, Co-published by Hart publishing and Nomos, München, Oxford, Baden, 2013, s.1.

Makale

Baratta Roberto, National Courts as ‘Guardians’ and ‘Ordinary Courts’ of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, Cilt. 38(4), 297-320. s.301-302.

Biondi Andrea & Ripley Stefanie, Recent Developments in Luxembourg: The Activity of the European Courts in 2010, *European Public Law*, 2011, Cilt 17, sayı 4, s.633-646.

Craig Paul, The ECJ and UltraVires Action: A Conceptual Analysis, *Common Market Law Review*, 2011, Vol. 48, s. 395-437.

Dinu Gheorghe, The Procedure Before European Court of Justice, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 2012, Cilt 4(1), s. 205-212.

Kraemer Hannes, The European Union Civil Service Tribunal: A New Community Court Examined After Four Years of Operation, *Common Market*

Law Review, 2009, Cilt 46, s. 1873-1913.

Meij Arjen, Amending the Statute of the EU Courts, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, C. 20, Sa.1, s.127-132.

Dehousse Franklin, The Reform of the EU Courts The Need of a Management Approach, *Egmont Paper 53*, *Royal Institute for International Relations, Academia Press for Egmont*, 2011, C. 53, s.8.

René Barents, The Court of Justice After the Treaty of Lisbon, *Common Market Law Review*, 2010, Vol. 47, s. 709-728.

F. Jacobs, 'The Lisbon Treaty and the Court of Justice', in A. Biondi et al. (eds), *EU Law after Lisbon* (OUP 2012) p. 197 at p. 201.

KÜÇÜKLERİN ŞİKÂYET VE ŞİKAYETTEN VAZGEÇME HAKKI

The Right To Complain and the Renounce Complaints Authority of Minors

Dr. Cihan ŞAHİN *

ÖZET

Şikâyet, bir hak olarak Anayasamızın 36. ve 74. maddelerinde; bir muhakeme şartı olarak ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 73. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 158. maddelerinde düzenlenmiştir. Şikâyet, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında uygulama alanı bulan bir muhakeme şartı olduğundan TCK, “Soruşturulması ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar” kavramını kullanmıştır. Ceza yargılamasında suçların re’sen kovuşturulması kural olup; şikâyet, istisnai bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle, Kanunda, suçun soruşturma veya kovuşturmasının şikâyete tabi olduğu belirtilmediği sürece suçla ilgili takibat re’sen yapılacaktır.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında yer alan şikâyet hakkının bizzat hak sahibi tarafından kullanılması kuraldır. Aynı şekilde vazgeçme yetkisi de kural olarak şikâyet hakkına sahip kimseye aittir. Ancak küçüklerin şikâyet hakkını kullanmaları ve şikâyetten vazgeçme yetkisine sahip olup olmadıkları konusunda ceza mevzuatımızda açık bir düzenlemeye yer verilmediğinden, bu konu öğreti ve uygulamada tartışmalıdır. Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin içtihatları irdelendiğinde, farklı içtihatlar nedeniyle uygulamada da birliğin sağlandığından söz etmek mümkün değildir.

Çalışmamızda, şikâyet kavramının tanımı ve özelliklerine kısaca değindikten sonra küçüklerin şikâyet hakkını kullanmaları ve şikâyetten vazgeçme yetkileri konusunda öğretilerdeki görüş ve tartışmalar ele alınacak, Yargıtay’ın konuya ilişkin içtihatları çerçevesinde değerlendirmeler yapılarak konuya ilişkin şahsi kanaatimiz belirtilecektir.

Anahtar kelimeler: Küçük, mağdur, şikâyetten vazgeçme, düşme, yasal temsilci

ABSTRACT

Complaint as a right is regulated in the 36th and 74th articles of the Constitution; complaint as an adjudication requirement is regulated in the 73rd article of the Turkish Criminal Law (TCL) number 5237 and 158th article of the Criminal Procedure Law (CPL) number 5271. Since complaint is an adjudication requirement that has an application field in both investigation and prosecution phases, TCL used the concept of “crimes in which the investigation and prosecution is complaint dependent”. In the criminal proceedings, the ex officio prosecution of crimes is the rule and complaint is an exceptional situation. For this reason, if the investigation and prosecution of the crime is not stated to be subject to complaint by the law, the proceedings against the crime will be carried out ex officio.

* Yargıtay Tetkik Hakimi, cihansahin2000@hotmail.com

The use of complaint right, which is considered among rights tightly linked to the person, personally by the right owner is the rule; as is the authority to renounce from complaining to be used in person who has the right to complain. Yet, since there is no clear regulation whether minors have the right to use their complaint right and the authority to renounce complaints, this issue is debated in doctrine and application. While searching the convictions of the Higher Court about this issue, it is not possible to speak of ensuring the unity in application because of different convictions.

In our study, after briefing the definition and characteristics of complaint right, the opinions and discussions about the use of complaint right and renounce authority by minors in doctrine and application will be handled, and assessments within the context of Supreme Court convictions will be made and our personal opinion will be stated.

Keywords: Minor, aggrieved, renounce, nonsuit, legal representative.



I. GENEL OLARAK ŞİKAYET

Şikâyet kavramı öğretide farklı şekillerde tanımlanmış olup üzerinde ittifaka varılan bir tanım bulunmamaktadır. Şikâyetin özelliklerini göz önünde bulundurarak şöyle bir tanım yapabiliriz: Şikâyet, kanunda takibi şikâyete bağlı kılınan eylem nedeniyle mağdur veya suçtan zarar görenin ya da yetkili temsilcilerinin, fiili ve faili öğrenme tarihinden itibaren 6 ay içerisinde, suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma yapılması amacıyla, kanunda belirtilen yetkili makamlara yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yaptığı, failin cezalandırılması amacına yönelik irade açıklamasıdır.

Şikâyet hakkına sahip yetkili kimse, bu hakkını, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlayarak 6 ay içerisinde kullanabilir. Failin kim olduğunun bilinmemesi şikâyet hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Zira faili araştırma, kolluk görevlilerine ve yargı mercilerine aittir. Bu itibarla, şikâyete ilişkin tutanağa geçirilen sözlü beyanda veya şikâyet dilekçesinde fail gösterilmemiş olsa bile bu husus, şikâyetin geçerliliğini etkilemez. Ancak, failin kim olduğu bilinmedikçe, 6 aylık şikâyet süresi işlemez. Şikâyet süresi, hak düşürücü bir süre olduğundan zamanaşımı süresinden farklı olarak durması veya kesilmesi mümkün değildir.

Şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. (CMK m. 158/5) Şikâyet, zarar görenin bu suçtan dolayı kamu dava açılmasına muvafakat etmesi demek olduğuna göre belirli bir formülü bulunmayıp şikâyete yetkili kimsenin “şikâyetçiyim”, “yakınıcıyım”, “davacıyım”, “ihbar ediyorum”,

“cezalandırılmasını isterim” gibi herhangi bir tabir kullanması yeterlidir.¹ “Soruşturma veya kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda, önceden usulüne uygun şikâyet olmasa da, şikâyet süresinin geçirilmemesi koşuluyla, yargılama sırasında mağdurun şikâyetçi olduğunu söylemesi ve bunun duruşma tutanağına geçirilmesiyle yapılan şikâyet de geçerli olur. Böylece, hak düşümü süresinde olması şartıyla, mahkemeye verilecek davaya katılma dilekçesi veya duruşma tutanağına geçirilecek beyanla şikâyet yokluğu ortadan kaldırılmış olur.”²

Şikâyetin konusu, yargılanacak uyuşmazlığın konusu olan olay olup zarar gören kimsenin, olaya ilişkin nitelendirmesi ya da yanlış vasıflandırması, olayın hukukî adını koymanın yargılama makamlarına ait olması³ sebebiyle şikâyetin geçerliliğini etkilemez. Mağdur ya da suçtan zarar görenin birden fazla olduğu hallerde, bunlardan her biri, şikâyet hakkını diğerlerinden bağımsız olarak kullanabileceğinden, şikâyete yetkili birkaç kişiden birisinin altı aylık süreyi geçirmesi diğerlerinin haklarını düşürmez. (TCK m. 73/3) Şikâyet fiile ilişkin olduğundan “şikâyetin bölünmezliği” kuralı uyarınca iştirak halinde işlenen suçlarda, bir veya birkaç fail hakkındaki şikâyet, diğerlerini de kapsayacağı gibi, sanıklardan biri ya da birkaçı hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerine de sirayet edecektir.⁴ Şikâyetten vazgeçmenin sirayeti TCK’nın 73/5. maddesinde “iştirak halinde işlenen suçlar” bakımından düzenlenmiş olup taksirli suçlarda iştirak mümkün olmadığından, taksirli suçlarda faillerden biri veya birkaçı şikâyetçi olup diğerlerinin kapsam dışı bırakılması; aynı şekilde biri ya da birkaçı hakkında şikâyetten vazgeçilmesi mümkündür.⁵ Şikâyetin fiile ilişkin olmasına

¹ KUNTER, Nurullah: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 1978, Fakülteler Matbaası, s.61; KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2013, s.365; ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, TCK-1-75, 1. Baskı, İstanbul, 2010, s.287; KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul, 2010, s.668; TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2009, s.48-49; YILDIZ, Ali Kemal: **“Uzlaşma-Şikâyet İlişkisi”**, in: YENİSEY, Feridun: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**, Arıkan, 2005, s.268; YAŞAR, Osman (1998): **Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Ceza Yargılama Yasası)**, Ankara, 1998, s.735

² YAŞAR, Osman (2009): **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2009, s.1302

³ KUNTER, Nurullah: **a.g.e.**, s.61

⁴ PARLAR, A ve HATİPOĞLU, Muzaffer: **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.II, Ankara, 2008, s.1156

⁵ “Katılan A.Ç.’nin hükümden sonra, 02.07.2012 havale tarihli dilekçesinde sanıklardan C.K., A.K.N. ve K.B.’nin isimlerini zikrederek anılan sanıklar hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiğini ifade etmesi, TCK’nın 73/5. maddesinde düzenlenen şikâyetin sirayetine dair düzenlemenin madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere iştirak halinde işlenen suçlarda mümkün olması, taksirli suçlarda iştiraktan söz edilemeyeceğine göre, şikâyetten vazgeçmenin sanık T.Y.’ye sirayet etmeyeceği anlaşıldığından tebliğnamede, katılanın hükümden sonraki şikâyetten vazgeçmesinin sanık T.Y.’ye

bağlanan bir diğer sonuç da şikâyet hakkına sahip kişinin suç faili olarak belirli bir kimseyi gösterme zorunluluğu bulunmaması ve hatta bu husustaki yanlışlığının önemli olmaması, bunun şikâyetin geçerliliğini etkilememesidir.⁶

Şikâyetin şarta bağlanıp bağlanamayacağı öğretide tartışmalı olup Yargıtay, şarta bağlı şikâyeti geçerli kabul etmiştir.⁷

Şikâyetin yapılabileceği makamlar CMK'nın 158. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, yurt içinde şikâyet; mahkeme, Cumhuriyet Başsavcılığı, valilik, kaymakamlık, kolluk makamlarına, yurt dışında ise, Türkiye'nin yurt dışındaki elçilik ve konsolosluklarına yapılabilecektir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Bu makamların dışında, örneğin; okul müdürlüğüne, müfettişe, garnizon komutanlığına, daire amirliğine, fakülte dekanlığına yapılan şikâyetler geçerli bir şikâyet sayılmaz.⁸ 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. (CMK m. 158/4) Ancak ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyetlerde, ihbar ya da şikâyetin, kurum veya kuruluş tarafından yürütülen kamu göreviyle bağlantısı yoksa, kurum veya kuruluş, bu ihbar veya şikâyeti kabul etmeyebilir.⁹

II. ŞİKÂYET HAKKININ KULLANILMASI VE KÜÇÜKLERİN ŞİKÂYET HAKKI

TCK, şikâyet hakkına sahip kişiyi, “yetkili kimse” olarak ifade etmiştir.¹⁰ Maddede sözü edilen yetkili kimseler; mağdur, suçtan zarar gören ya da bunların kanuni temsilcileridir. Suçtan zarar gören kişi terimi, belirli bir suçla zarara veya tehlikeye

de teşmili suretiyle kamu davasının düşürülmesi yönündeki görüşe iştirak edilmeyerek yapılan incelemede...” (12.CD-16.09.2013 T., 2013/13489 E. ve 2013/20144 K.)

⁶ SAVAŞ, Vural ve MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, 2. Cilt, Ankara, 1999, s.1653

⁷ “Mağdur H.A.’nın 30.9.2003 tarihli kolluk ifadesindeki “zararımı maddi olarak karşılamaları suretiyle şikâyetimden vazgeçerim, eğer zararımı karşılamazlarsa şikâyetçiyim” şeklindeki beyanı karşısında şikâyetin mevcut olduğu kabul edilip yargılamaya devam edilmesi yerine, değerlendirmede yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi,” (9. CD-04.10.2006 T., 2006/2497 E. ve 2006/5033 K.-UYAP)

⁸ PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer: **a.g.e.**, s.1151

⁹ YAŞAR, Osman (2009): **a.g.e.**, s.1302

¹⁰ Bu ibarenin kullanılmasına yönelik eleştiriler için bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2011, s.546-547; GÖREN, Sami: **En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2012, s.428-429

uğratan hak ve yararın sahibini ifade eder.¹¹ Şikâyet hakkının, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan sayılması ve bu nedenle de mirasçılara geçmemesi nedeniyle, şikâyet bakımından bu kavramın, dar anlaşılması gerekir.¹² Dar anlamda suçtan zarar görme; suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyi ifade eder ve doğrudan doğruya suçtan zarar görme ile mağdurluk çoğunlukla örtüşebilmektedir.¹³ Dolayısıyla zarar görenlerin şikâyet hakkı bulunmadığından suç mağdurunun yakınları, nişanlısı, alacaklıları gibi kimseler, suçtan zarar görmüş kişiler sayılmazlar.¹⁴ Zarar gören tüzel kişiler de yetkili temsilcileri vasıtasıyla şikâyet hakkını kullanabilirler.

Şikâyet hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan bu hak, bizzat hak sahibi tarafından ya da vekil marifetiyle kullanılabilir ve mirasçılara intikal etmez. Bu kuralın tek istisnasını TCK'nın 131/2. maddesi oluşturmaktadır. Bu maddede, hakaret ve sövme suçlarında şikâyet hakkının ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoy ile eşi veya kardeşlerine geçeceği düzenlenmiştir. Ergin olan kimse adına anne babasının, resmi nikâhlı eşlerden biri adına diğerinin şikâyeti de geçersizdir.¹⁵ Şikâyete yetkili olmayan kişi tarafından yapılan şikâyete, şikâyet hakkına sahip kişi tarafından sonradan onay verilmesi geçersiz şekilde yapılmış şikâyete geçerlilik kazandırmaz.¹⁶ Ancak, şikâyet süresi henüz dolmamışsa, şikâyet hakkına sahip kişinin yaptığı, şekil şartlarına da uygun onayın, şikâyet hakkının kullanılması olarak yorumlanması gerekir.

Küçüklerin şikâyet yetkisi konusunda mülga 765 sayılı TCK ve Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (CMUK)'nda herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi 5237 Sayılı TCK ile 5271 Sayılı CMK'da da buna dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

¹¹ ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan: ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara, 2013, s.157

¹² ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan: **a.g.e.**, s.157; TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU Metin: **a.g.e.**, s.50; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT, Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan ve ERDEN, Efser: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2013, s.54

¹³ ŞAHİN, Cihan (2009): **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, 2009, s.55 [CİHAN ve YENİSEY; mağduru, suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişi olarak tanımlanmaktadır. (CİHAN, Erol ve YENİSEY, Feridun: **Ceza Muhakemesi Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1996, s.94)]

¹⁴ EREM, Faruk (1973): **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Cilt I, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 1973, s.202

¹⁵ PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer: **a.g.e.**, s.1153

¹⁶ ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan: **a.g.e.**, s.156-157; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT, Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan ve ERDEN, Efser: **a.g.e.**, s.54

Münhasıran şahsa bağlı hak niteliğindeki şikâyet hakkının, hak sahibi tarafından kullanılabilmesi için, hak sahibinin ayırt etme gücüne sahip (mümeyyiz) olması, yani, şikâyetin anlam ve sonuçlarını anlayabilir durumda olması şarttır. Ancak reşit olması gerekmez.¹⁷ Mümeyyizlik, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine göre belirlenecektir.¹⁸ TMK'nın 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra aynı Kanunun 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükme bağlanmaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, yasa da tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar, insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır.¹⁹

Ayırt etme gücüne sahip olmayan mağdur veya suçtan zarar görenin, şikâyet hakkının kanuni temsilcisi tarafından kullanılacağı²⁰ konusunda öğretide ve uygulamada fikir birliği mevcuttur. Ancak kanuni temsilci ile mağdur ya da suçtan zarar gören arasında menfaat çatışması varsa, şikâyet hakkı kanuni

¹⁷ ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar ve TEPE, İlker (2010): **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2010, s.424; BAKICI, Sedat: **5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara, 2007, s.1331; GÜNEY, Niyazi ve YILMAZ, Zekeriya: **Dava ve Cezanın Düşürülmesi**, Ankara, 2008, s.277

¹⁸ ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan: **a.g.e.**, s.157

¹⁹ CGK-11.03.2008 T, 2007/5-253 E. ve 2008/52 K.-UYAP

²⁰ KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan: **a.g.e.**, s.362; ŞAHİN, Cihan (2009): **a.g.e.**, s.57; TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU Metin: **a.g.e.**, s.50; ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan: **a.g.e.**, s.157; DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, 2013, s.207; YILDIZ, Ali Kemal: **a.g.m.**, s.264; ÇOLAK, Halûk ve TAŞKIN, Mustafa: **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005, s.544-545; BIÇAK, Vahit: **Suç Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2010, s.283; EREM, Faruk (1973): **a.g.e.**, s.204; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT, Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan ve ERDEN, Efsar: **a.g.e.**, s.54; ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar ve TEPE, İlker (2013): **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 2013, s.126; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet ve YENİDÜNYA, A. Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, 2013, s.544; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 6. Bası, İstanbul, 2010, s.216; KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe: **a.g.e.**, s.671; TOSUN, Öztekin: **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Genel Kısım, C.I. 4. Bası, İstanbul, 1984, s.225; KAYMAZ, Seydi ve GÖKCAN, Hasan Tahsin: **Uzlaşma ve Önödeme**, Ankara, 2007, s.115

temsilci tarafından kullanılmayacak, mağdur veya suçtan zarar görene TMK'nın 403. ve 426. maddeleri uyarınca kayyım atanması gerekecektir.²¹ Şikâyet süresi başladıktan sonra kanuni temsilcinin değişmesi, mesela velayetin kaldırılıp küçüğün vesayete tabi tutulması yeni temsilci için ikinci bir sürenin tanınmasını gerektirmez.²² Ayırt etme gücüne sahip olmayan mağdurun şikâyeti geçersiz olup²³ kanuni temsilci, mağdur veya suçtan zarar gören istemese dahi şikâyet hakkını kullanabilmelidir.²⁴

Ayırt etme gücüne sahip olmayan mağdur velayet altında ise, şikâyet hakkının velayet hakkına sahip anne veya baba, velayet hakkı müşterek kullanılmakta ise her ikisi tarafından birlikte;²⁵ vesayet altında iseler vasileri tarafından yapılması

²¹ “Sanığın oğlu olan küçük mağdura müessir fiilde bulunduğu, sanığın mağdurun annesi olan eşinden ayrıldığı ileri sürülmesine göre küçüğün velayet durumu araştırılarak, velayetin annesinde olması halinde annesinden sanık hakkında şikâyetçi olup olmadığının sorulması, velayetin babası olan sanıkta olması durumunda ise meydana gelen çıkar çatışması dolayısıyla MK.nun 403. maddesi yoluyla aynı yasanın 426. maddesi uyarınca mağdurun bu davada temsili yönünde Sulh Hukuk Mahkemesince özel kayyum atanması sağlanıp, bu kayyumun aynı Kanununun 462. maddesi uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesinden husumet izni alındıktan sonra TCK.nun 108. maddesinde belirtilen süre içerisinde usulünce şikâyet hakkını kullanabilmesi için bu hususun beklenmesi yönünde CMUK.nun 253/4 maddesi uyarınca durma kararı verilmesi icabederken duruşmaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş o yer C.Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi BOZULMASINA ...” (2.CD-16.11.2006 T., 2006/2716 E. ve 2006/18388 K.-UYAP)

²² DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir: **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt I, İstanbul, 1997, s.332

²³ “Medeni Kanununun 16. maddesi ve 15.4.1942 gün ve 14/9 sayılı Yargıtay içtihadı Birleştirme kararına göre mümeyyiz küçükler kanuni mümessillerinin rızası olsun olmasın doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş suçlardan şikâyet hakkına sahip bulunduğu ve 15 yaşını bitirmeyen küçüklerin şikâyetlerinin geçerli sayılması ancak mümeyyiz olduklarının raporla saptanmasına bağlı olduğu nazara alınarak, kimlik tespiti sırasında 1987 doğumlu olduğunu açıklayan müşteki mağdurenin nüfus kaydı getirilerek suç tarihinde kesin yaşı belirlendikten sonra 15 yaşını bitirmediğinin anlaşılması halinde mümeyyiz olup olmadığının doktor raporuyla tespit ettirilmesi, mümeyyiz olmadığı saptandığı taktirde şikâyeti geçerli sayılmayacağından bu nedenle düşme kararı verilmesi, mümeyyiz olduğu saptandığı veya 15 yaşını bitirdiği anlaşıldığı taktirde şikâyetinin geçerli sayılacağı gözetilip yargılamaya devam ederek sonucuna göre karar verilmesi rekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması...” (5.CD-09.11.2004 T., 6183/7208; Aynı yönde: 5.CD-29.04.1999 T., 419/1872, Aktaran: GÜNEY, Niyazi ve YILMAZ, Zekeriya: **a.g.e.**, dip no: 48)

²⁴ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet ve YENİDÜNYA, A. Caner: **a.g.e.**, s.544

²⁵ “Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesi gereğince katılan küçük üzerindeki velayet hakkını tek başına kullanamayacağından mağdurun annesi S.K.'nin 15.01.2009 tarihli sanıktan şikâyetçi olmadığına dair beyanı tek başına hukuki değer taşımadığından 27.01.2009 tarihli dilekçesi ile aynı tarihli ifadesinde sanıktan şikâyetçi olduğunu bildirmiş olması ve eşi N.K.'nin 28.08.2009 tarihli

gerekir.²⁶ Reşit olan akıl hastaları, velayet altında bulunmadığından bunlara ait şikâyet hakkı anne ve babaları tarafından kullanılamayacak, bu kişilere vasi atanması gerekecek, bu halde şikâyet süresi vasinin atandığı tarihten değil, olay tarihinden başlayacaktır.²⁷

Oniki yaşını tamamlayan ancak onbeş yaşını bitirmeyen mağdurların şikâyet yetkisi ile ilgili öğretilerdeki baskın görüş; bu yaş grubundaki küçüklerin ayırt etme gücüne (temyiz kudretine), anlama ve isteme yeteneğine sahip olup olmadıklarının araştırılması, sahip olduklarının anlaşılması halinde şikâyet yetkilerinin bulunduğu kabulü şeklindedir.²⁸ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.²⁹ Şikâyet hakkının kullanılması bakımından kanuni temsilcinin iradesiyle küçüğün iradesinin çatıştığı hallerde yani, küçük şikâyetçi olduğunu ifade ettiği halde, kanuni temsilci sanık hakkında şikâyetçi olmadığını ifade etmişse, küçüğün iradesine üstünlük tanınacaktır.³⁰ Yüksek Mahkemenin uygulaması da bu yöndedir.³¹

savcılık ifadesinde sanıktan şikâyetçi olduğunu bildirmiş olması karşısında; şikâyet hakkının yasal süresi içinde kullanılmış olduğu görülmekle tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir." (12.CD-25/03/2013 T., 2013/2105 E. ve 2013/7265 K.)

²⁶ METİNER, Haydar ve KOÇ, E. Ahsen: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, II. Cilt, Ankara, 2008, s.2108-2109

²⁷ BAKICI, Sedat: **a.g.e.**, s.1331

²⁸ KAYMAZ, Seydi ve GÖKCAN, Hasan Tahsin: **a.g.e.**, s.113-114; UĞUR, Hüsamettin: "**Suçta Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma**", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sa.43, Mart 2010, s.136; MALKOÇ, İsmail ve YÜKSEKTEPE, Mert: **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005, s.461-462; METİNER, Haydar ve KOÇ, E. Ahsen: **a.g.e.**, s.2108-2109

²⁹ "Sanığa atılı suçun 5237 sayılı TCK'nın 89/5. maddesi uyarınca takibinin şikâyete bağlı hale gelmesi ve suç tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdurun babası O.A.'nın 13.02.2004 tarihli kolluk beyanında sanıktan şikâyetçi olmadığını bildirmesi ve mağdur Y.A.'nın 14.06.2004 tarihli oturumda şikâyetçi olduğunu beyan etmesi karşısında; mağdurun nüfus kaydı getirilerek taksirle yaralama suçunda şikâyet hakkını kullanabilmesi bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına dair rapor alındırdıktan sonra, ayırt etme gücüne sahip olmadığına anlaşılması halinde sanık hakkındaki davanın şikâyet yokluğundan düşürülmesi, ayırt etme gücüne sahip olması halinde ise yargılamaya devamla sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi," (9.CD-18.01.2011 T., 2009/3273 E. ve 2011/98 K.-UYAP); Aynı yönde: 9.CD-20.01.2010 T., 2008/10492 E. ve 2010/502 K.-UYAP

³⁰ İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsün/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih ve ÜNVER, Yener: **İçel Yaptırım Teorisi**, 2. Bası, İstanbul, 2002, s.323; METİNER, Haydar ve KOÇ, E. Ahsen: **a.g.e.**, s.2108-2109 [KUNTER-YENİSEY ve NUHOĞLU, kanuni temsilci veya zorunlu vekilin şikâyet iradesi ile 15 yaşından küçük mağdurun iradesinin farklı olduğu durumlarda temsilci veya vekilin iradesine üstünlük tanınması gerektiğini savunmaktadır. (KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe: **a.g.e.**, s.670-671)]

³¹ "Suçtan doğrudan doğruya zarar gören, hazırlık aşamasında şikâyetçi olduğunu bildiren ve suç tarihi itibarıyla 20.01.1991 doğumlu olup 14 yaşında bulunan T.D.'nin şikâyet hakkını kullanmaya

15 yaşından küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmadıklarını kabul eden bir görüşe göre; “Şikâyet hakkı, suçtan zarar gören ferde tanınmıştır. Suçtan zarar gören ferdin şikâyet hakkını, onun yerine sadece avukatı, vekil sıfatı ile kullanabilir. Kanunî temsilci ise, temsil ettiği kişinin mümeyyiz olmaması veya 15 yaşını bitirmediği için mümeyyiz sayılmaması sebebi ile bizzat şikâyet edememesi halinde onun yerine şikâyet edebilir. Kanuni temsilci veya zorunlu vekilin şikâyet iradesi ile 15 yaşından küçük mağdurun iradesinin farklı olduğu durumlarda temsilci veya vekilin iradesine üstünlük tanınır. Çocuğun üstün menfaati gereği irade açıklamasının sakıncalı olduğu durumlarda çocuk mahkemesi hakiminin karar vermesi yerinde olur.”³²

Onbeş yaşından büyük mağdurlarda, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin varlığı karine olarak kabul edildiğinden şikâyet hakkının bizzat mağdur tarafından kullanılacağı, mağdur ile kanuni temsilcinin iradesinin çatışması halinde mağdurun iradesine üstünlük tanınacağı konusunda öğreti³³ ve uygulamada³⁴ görüş birliği mevcuttur.

ehil bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın ve şikâyet hakkını kullanma yeteneği bulunuyor ise halen şikâyetinin devam edip etmediği belirlenmeden annesi mağdur B'nin şikâyetçi olmadığına dair beyanına dayanılarak yazılı şekilde hüküm tesisi...” (2.CD-12/02/2007 T., 2006/8906 E. ve 2007/1859 K.-UYAP)

“Medeni Kanununun 16. maddesinde mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessillerinin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacaklarının açıklanmış bulunmasına ve velinin davadan vazgeçebilmesi için mümeyyiz küçüğün muvafakatinin alınmasının şart olmasına göre 1971 doğumlu olduğu iddia edilen mağdurenin nüfus kaydının celbiyle 15 yaşından büyük olduğunun anlaşılması, ya da 15 yaşından küçük fakat mümeyyiz bulunduğu fenni şekilde saptanması halinde duruşmaya çağrılarak kendisinden şikâyetçi olup olmadığı sorularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken sanık tarafından kabul edilip edilmediği de sorulmadan babasının feragati geçerli kabul edilmek suretiyle sarkıntılıktan açılan davanın düşürülmesine karar verilmesi...” (5 CD- 28.12.1989-4976/6737; Aktaran: MALKOÇ, İsmail: **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2002, s.924)

“Suç tarihinde 15 yaşından küçük olan müşteki Ş'nin annesi A'nın sanıktan şikâyetçi olmadığı anlaşıldığından müşteki Ş'nin suç tarihi itibarıyla şikâyet hakkını kullanmaya ehil olup olmadığı araştırılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (2. CD-06.02.2006-2743/1274; (Aktaran: KAYMAZ, Seydi ve GÖKCAN, Hasan Tahsin: **a.g.e.**, s.117, dip.no:41)

³² KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe: **a.g.e.**, s.670-671

³³ HAKERİ, Hakan (2013): **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, 2013, s.688; METİNER, Haydar ve KOÇ, E. Ahsen: **a.g.e.**, s.2108-2109; UĞUR, Hüsamettin: **a.g.m.**, s.137

³⁴ “Mağdur küçüğün, anne ve babası olan katılanların şikâyetten vazgeçtiklerini beyan ettikleri tarihte 15 yaşını ikmal etmiş olduğu ve şikâyet hakkının kendisine ait olduğu gözetilmeyerek ...”(12.CD-04.10.2013 T., 2013/1097 E. ve 2013/22648 K.-UYAP)

“Şikâyet hakkını kullanma yönünden olumsuz bir tespit ve dosyaya yansıyan bir engeli bulunmayan

15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK) ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK)'nın 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. 15.04.1942 Tarih, 1940/14 Esas ve 1942/9 Karar sayılı İBK'na göre, temyiz kudretine (ayırt etme gücüne) sahip küçükler, kanuni temsilcilerinin rızası olsun veya olmasın, doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptirler. Kanuni temsilcilerin görevi, mümeyyiz küçüklerin dava ve şikâyetinde bulunmadıkları takdirde, onların yerine geçerek yararlarını himaye etmektir.

Mağdurları yaşlarına göre sınıflandırma, TCK'nın kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu bakımından yaptığı düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanmasından ibaret olup kanunlarımızda şikâyet hakkının kullanılması veya şikâyetten vazgeçme yönünden böyle bir gruplandırma söz konusu değildir. 765 sayılı mülga TCK'da fiili işlediği zamanda 11 yaşını bitirmemiş olanların cezai sorumluluğu bulunmamaktaydı. 5237 sayılı TCK'nın 31/1. maddesinde, bu yaş sınırı 12 olarak belirlenmiştir.

300

Mukayeseli hukuka bakıldığında ceza sorumluluk yaşının başlangıcının ülkelere göre farklılık arz ettiği görülmektedir. Örneğin; Hindistan, Nijerya, Pakistan, Sudan, Ürdün'de ceza sorumluluğunun başlangıç yaşı 7; Nevada (ABD), Washington, İskoçya'da 8; İran (kızlar) ve Malta'da 9; İngiltere, Colorado (ABD), Avustralya, Malezya ve Yeni Zelanda'da 10; Oregon (ABD), Kanada, Yunanistan, Hollanda ve San Marino'da 12; Fransa, New York (ABD), Georgia (ABD), İllinois (ABD) ve Cezayir'de 13; Almanya, İtalya, İspanya, California (ABD), Teksas (ABD), Almanya, Avusturya, Bulgaristan, Macaristan, Japonya, Çin Halk Cumhuriyeti, Romanya, Slovenya, Rusya ve Vietnam'da 14; Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, İzlanda, Norveç, Slovakya, İsveç, İran (erkekler) ve Mısır'da 15; Andorra, Polonya, Portekiz ve Arjantin'de 16; Belçika, Panama, Peru, Brezilya, Kolombiya, ve Lüksemburg'da 18 olarak kabul edilmiştir.³⁵

16.06.1995 doğumlu olup 16 yaşında bulunan mümeyyiz küçük şikâyetçi 25.06.2012 tarihli duruşmada açıkça davaya katılmak istemediğini beyan ettiği halde, şikâyetçiye yaşı nedeniyle baro tarafından görevlendirilen zorunlu vekilinin talebi üzerine davaya katılma hakkı bulunmadığı ve mahkeme tarafından katılma kararı verilmiş olmasının da hükmü temyiz hakkı vermeyeceği ..." (8.CD-04.12.2013 T., 2013/7067 E. ve 2013/28309 K.-UYAP)

³⁵ **Ceza Sorumluluğunun değerlendirilmesi rehberi**, s.1., dip no: 1 [www.edb.adalet.gov.tr. (İET: 17.02.2014)]

Küçükler bakımından bir sorumsuzluk sınırının öngörülmesini, kusur yeteneğinin bulunmaması ile açıklayanlar, kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak görenler, cezalandırmaya engel bir husus olarak görenler, şahsi cezasızlık sebebi olarak düşünenler olduğu gibi, muhakeme engeli olarak görenler de vardır.³⁶

Ceza sorumluluğunun başlangıcı açısından genel geçer bir yaştan söz etmenin mümkün olmaması ve bu yaşın kişinin yaşadığı yere, iklim koşullarına, gelişmişlik düzeyine, kültüre ve sosyal çevreye göre değişiklik arz etmesi; kaldı ki, suç işleyen fail hakkında, cezalandırma veya cezasında indirim yapma bakımından yapılan tasnifin, kendisine karşı suç işlenen mağdurun şikâyet hakkını kullanmasına teşmilinin yasal dayanaktan yoksun olması karşısında, şikâyet hakkının kullanılması bakımından mağdurların, failer gibi yaşlarına göre gruplandırılması yerine, ayırt etme gücüne sahip olanlar ve olmayanlar şeklinde değerlendirmeye tabi tutulmasını; kişide akıl hastalığı veya akıl zayıflığı gibi tıp biliminin konusuna giren bir hal yoksa çocuğun iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırma kudretine sahip olup olmadığını değerlendirme konusunda takdir yetkisinin hâkime bırakılmasının uygun olacağını düşünüyoruz. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin, 13.06.1972 gün ve 2616/2943 sayılı içtihadına göre; “Çocukta anlama ve isteme kudretinin bulunup bulunmadığını takdir yetkisi doğrudan doğruya hâkime aittir. Hâkim bu hususta uygun göreceği her türlü soruşturma, araştırma ve incelemeyi yapar veya yaptırır. Seçilecek kişinin mutlaka hekim olması gerekmez. Araştırılacak husus, çocuğun yaşına göre bedeni, ruhi ve zihni gelişme ve olgunlaşmasına bağlı olarak anlama ve isteme kudretine sahip olup olmadığının tespitidir.”³⁷ Yine aynı Daire 13.06.1972 gün ve 2616/2923 sayılı kararında “Mahkemenin bilgisine ve mütalaasına başvurabileceği bilirkişilerin mutlaka hekim olması gerekmez. Çünkü tesbiti gereken husus tababete ait ve akıl ruh hastalıklarında olduğu gibi marazi bir hal değildir. Gerçekte araştırılacak olan şey çocuğun akli melekelerinin ve anlayış kabiliyetinin gelişme derecesine göre çocuğun suçlu anlayarak ve isteyerek işlemiş olup olmadığıdır. (...), bahse konu tıbbi değerden ve gerekçeden yoksun sağlık kurulu raporuna dayanan mütalaalarına geçerlilik tanımak mümkün olmadığı gibi, ayrıca bu mütalaalarda yer alan “zeka geriliği veya akıl hastalığı bulunmadığına göre sanığın suç tarihinde farik mümeyyiz” olduğu yolundaki görüşü de tamamen isabetsizliktir. Zira anlama ve isteme kudreti - farik ve mümeyyiz olma - doğrudan doğruya çocuğun bedeni, ruhi ve

³⁶ AKSAY, Bekir: **Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü Kusur Yeteneğine ve Sorumluluğa Etkisi**, İstanbul, 1990, s.46

³⁷ Aktaran: ÜMİT, Eylem: **Mekandan İmkana, Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi**, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2007, s.62.

zihni gelişme derecelerine, çevrelerine, öğrenim, eğitim ve görgüsüne bağlı bir durumdur.” şeklindeki içtihadıyla isnat yeteneğine ilişkin araştırmanın hukuki bir araştırma olduğunu belirtmiştir.³⁸ Bu nedenle, TCK’nın 31. maddesindeki, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin düzenlemeyi esas alarak, kendisine karşı işlenmiş suçun mağduru olup oniki yaşını doldurmamış çocuklar adına şikâyetin bunların kanuni temsilcileri tarafından kullanılması gerektiği yönündeki görüşe³⁹ iştirak edemiyoruz.

Ülkemizde ilkokula başlama yaşınının 6 olduğu ve ilkokulun 10 yaşında bitirildiği, 12 yaşındaki çocuğun, ortaokul 2. sınıfta öğrenimine devam etmekte olduğu gözetildiğinde; bu çocuğun iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırma kabiliyetini haiz olmadığını, kendisine karşı işlenen eylem nedeniyle şikâyet hakkının bulunmadığını ve bu yetkinin mutlaka kanuni temsilci tarafından kullanılması gerektiğini savunmanın ne derece yerinde olduğu tartışılabilir. Kaldı ki mevzuatımızda, 12 yaşından küçüklerin şikâyet haklarını bizzat kullanamayacaklarına dair bir düzenleme de yoktur.

Sonuç olarak küçüklerin şikâyet hakları kullanmaları yönünden kişisel kanaatimiz;

a) Ayırt etme gücüne sahip olması ve meramını anlatabilecek kabiliyeti haiz olması şartıyla, 12 yaşından küçük olsa dahi mağdur, şikâyet hakkını bizzat kullanabilir. Şikâyet hakkının kullanılması bakımından kanuni temsilci ile küçüğün iradesinin çatışması halinde, yani kanuni temsilci şikâyetçi olmadığını ifade etmişse, şikâyetçi olduğunu belirten küçüğün iradesine üstünlük tanınmalıdır. 15.04.1942 Tarih, 1940/14 Esas ve 1942/9 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gereği olarak, ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte şikâyet konusunda suskun kalan küçükler adına bu hakkın kanuni temsilciler tarafından kullanılmasına da engel herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

b) Ayırt etme gücüne sahip olmayan, meramını anlatabilecek derecede konuşamayan, iyiyi kötüden doğruyu yanlıştan ayıramayan küçükler⁴⁰ ile

³⁸ Aktaran: ÜMİT, Eylem: a.g.e., s.63

³⁹ MALKOÇ, İsmail ve YÜKSEKTEPE, Mert: a.g.e., s.461-462

⁴⁰ “Suç tarihinde 3 yaşında olup, kanuni temsilcisi olan annesinin soruşturma aşamasında şikâyetçi olması ancak duruşmaya ve davaya katılmaması nedeniyle davaya katılma hakkını kullanamayan mağdur küçüğün, 5271 sayılı CMK’nın 260. maddesi uyarınca “katılan sıfatını alabilecek surette suçta zarar gören” sıfatıyla temyiz hakkının bulunduğu kabul edilerek, olayda yaralanması nedeniyle suçtan doğrudan zarar gördüğü anlaşılan ve 26.04.2012 tarihli tevdi kararı üzerine mahal mahkemesinin talebiyle baroca atanan vekili tarafından hüküm temyiz edilmek suretiyle katılma iradesi ortaya koyulan mağdur küçük Ü.Y’nin, 5271 sayılı CMK’nın 237/2. maddesi uyarınca davaya katılmasına

kısıtlılar adına şikâyet yetkisi, aralarında menfaat çatışması bulunmaması kaydıyla kanuni temsilcileri tarafından kullanılacaktır. Mağdur ile kanuni temsilci arasında menfaat çatışmasının bulunduğu hallerde şikâyet hakkı kanuni temsilci tarafından kullanılamayacak, mağdura kayyım atanması gerekecektir.

III. ŞİKÂYETTEN VAZGEÇME YETKİSİ

Şikâyet hakkından feragat, süresi geçmemiş ve henüz yapılmamış şikâyetin artık yapılmayacağını suçtan zarar gören kişi veya kanunî temsilcisi tarafından açıklanmasını ifade ederken, yapılmış şikâyetin, suçtan zarar gören kişi veya kanunî temsilcisi tarafından, geçersiz sayılmasının istenmesi şikâyetten vazgeçme olarak ifade edilmektedir.⁴¹

TCK, sadece şikâyetten vazgeçmeyi düzenlemiş, şikâyetten feragata yer vermemiştir. Ancak, şikâyetten vazgeçme ile ilgili hükümler amacına ters düşmedikçe şikâyetten feragat halinde de uygulanır.⁴² Şikâyetten feragat, tek taraflı irade beyanı olup kabule bağlı değilken; şikâyetten vazgeçme, sanık tarafından kabulü gerekli iki taraflı bir işlemdir.⁴³ TCK'nın 73/6. maddesi uyarınca, Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez. Şikâyetten vazgeçmeyi kabul ve red açık olabileceği gibi zımni de olabilir.⁴⁴

Şikâyetten vazgeçme hakkı, sadece bir defa ve kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar kullanılabilir. Hüküm kesinleştikten sonra yapılan vazgeçme, sonuç doğurmayacak, bunun hukuki sonuç doğurabilmesi için Kanunda özel bir düzenlemenin varlığı gerekecektir. Bu husus, TCK'nın 73/4. maddesinde; "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." şeklindeki düzenlemeyle hükme bağlanmıştır. Vekilin, şikâyetten vazgeçmesi ya da vazgeçmeyi kabul edebilmesi bu konuda vekaletnamesinde özel bir yetkinin bulunmasına bağlıdır. Şikâyetten vazgeçmeden vazgeçme mümkün olmadığı gibi şikâyetten feragatten de dönülmesi mümkün değildir.⁴⁵

karar verilerek yapılan incelemede..." (12.CD- 07/11/2013 T., 2013/15605 E. ve 2013/24886 K.- UYAP)

⁴¹ ÖZBEK, Veli Özer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006, s.126

⁴² GÜNEY, Niyazi ve YILMAZ, Zekeriya: **a.g.e.**, s.285

⁴³ HAKERİ, Hakan (2013): **a.g.e.**, s.117

⁴⁴ İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih ve ÜNVER, Yener: **a.g.e.**, s.329

⁴⁵ CGK-02.03.2004 T., 2004/2-44 E. ve 2004/58 K.

Şikâyetin bölünmezliği ilkesinin sonucu olarak, iştirak halinde işlenen suçta mağdurun faillerden biri hakkındaki şikâyeti diğerlerine sirayet ettiği gibi, faillerden birisi hakkında şikâyetinden vazgeçtiğini bildirmesi, diğer failler için de sonuç doğuracaktır.⁴⁶ TCK'nın 73/5. maddesindeki açık düzenlemenin bir sonucu olarak, sanıklar arasında iştirak ilişkisinin bulunmadığı hallerde, şikâyetten vazgeçmenin sirayeti söz konusu olmaz.⁴⁷

Soruşturma aşamasında şikâyetten vazgeçmenin, şikâyete yetkili kimsenin ifadesi, imzalı dilekçesi yada vazgeçmeyi belgeleyen bir tutanakla ispatlanması gerekir. CGK'nın 19.03.1984 gün, 418/106 Esas ve Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere karakolda şikâyetten vazgeçildiği, tanık beyanları ile ispatlanamaz. Kovuşturma aşamasında vazgeçme, mahkeme huzurunda olmalı veya bir tutanakla, yazılı belge ile vazgeçme ispatlanmalıdır.⁴⁸

Kişinin şikâyetten vazgeçmiş olması, işlenen suç dolayısıyla uğradığı zararların tazminini talep etme hakkını etkilemez. Ancak, şikâyetten vazgeçen mağdur veya suçtan zarar gören, ayrıca, uğradığı zararların tazminini talep etme hakkından da açıkça vazgeçmiş ise, artık bu nedenle hukuk mahkemesinde dava açamaz.⁴⁹ Bu husus, TCK'nın 73/7. maddesinde; "Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz." şeklindeki düzenlemeyle açık hükme bağlanmıştır. Suçtan zarar görenin, şikâyetten vazgeçerken şahsi hakları konusunda suskun kalması, onun şahsi haklarından örtülü olarak vazgeçtiği anlamına gelmez.⁵⁰

⁴⁶ DEMİRBAŞ, Timur: **a.g.e.**, s.209-210

⁴⁷ "Oluşa ve mahkemenin kabulüne göre; sanık A.P'nin yönetimindeki traktör ile seyri sırasında köy yol ayrımında bulunan kavşağa doğru kontrolsüzce döndüğü sırada arkadan sol şeritten gelmekte olan sanık M.T'nin yönetimindeki kamyonla çarpışması neticesinde mağdur M.P. ve katılan sanık A.P'nin yaralanarak, sanık M.T'den şikâyetçi olmaları şeklinde gelişen olayda; 5237 sayılı TCK'nın 73/5. maddesinde, iştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçmenin, diğerlerini de kapsayacağı düzenlenmiş olup, taksirle işlenen suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanmaması nedeniyle, sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçmenin, diğer sanığa sirayet etmeyeceği gözetilmeden, mağdur M.P'nin babası katılan sanık A.P. hakkında şikâyetçi olmayıp, sanık M.T. hakkında şikâyetten vazgeçmesinin söz konusu olmaması karşısında, taksirle iki kişinin yaralanmasına sebebiyet veren sanık M.T. hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 89/4. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek, yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle, yazılı şekilde hüküm kurulması..." (12.CD-01.11.2013 T., 2013/3005 E. ve 2013/24245K.)

⁴⁸ BAKICI, Sedat: **a.g.e.**, s.1334

⁴⁹ ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Ankara, 2013, s.849

⁵⁰ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem: **a.g.e.**, s.722; ZAFER, Hamide: **a.g.e.**, s.289

Soruşturma evresinde sanıktan şikâyetçi olmadığını ifade eden yada önce şikâyetçi olmakla birlikte daha sonra şikâyetten vazgeçen mağdur ya da suçtan zarar görenin kovuşturma safhasında katılan sıfatıyla kamu davasına katılmasına engel yoktur.⁵¹ Ancak yargılama aşamasında şikâyetten vazgeçen mağdur ya da suçtan zarar gören, davaya katılamaz.

Şikâyet hakkına sahip kimse, kural olarak şikâyetten vazgeçme yetkisine de sahiptir. Suçtan zarar gören, bir tüzel kişilik ise, tüzel kişi adına şikâyet yetkisine sahip organ, şikâyetten vazgeçme bakımından da yetkili olup organı temsil edenlerin değişmiş olması, vazgeçme hakkını kaldırmaz.⁵²

Suçtan zarar görenin medeni haklarını kullanma ehliyetinden yoksun olduğu hallerde şikâyetten vazgeçme hakkının kim tarafından kullanılacağına ilişkin TCK'da bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte ayırt etme gücünden yoksun olanlar, yani medeni hakları kullanma ehliyeti bulunmayan tam ehliyetsizler bakımından yasal temsilcilerin şikâyetten vazgeçme hakkını kullanabileceği konusunda öğreti ve uygulamada görüş birliği mevcuttur.⁵³ Yine, suç tarihinde 15 yaşından küçük olmakla birlikte yargılama aşamasında 15 yaşını ikmal eden ayırt etme gücüne sahip mağdurların, şikâyetten vazgeçme yetkisini bizzat kullanacağı, yasal temsilcinin aksine beyanının hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda öğreti⁵⁴ ve uygulamada⁵⁵ görüş birliği vardır. Ancak, ayırt etme gücüne sahip küçüklerle veya kısıtlılara karşı işlenen suçlarda şikâyetten vazgeçme konusundaki yetkinin kim tarafından kullanılacağı tartışmalıdır. Öğretinin konuya ilişkin görüşleri dört grup halinde incelenebilir.

Bir görüşe göre; şikâyetten vazgeçme, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup yasal temsilci küçük veya kısıtlının izni olmadan şikâyetten vazgeçemez. Bu nevi vazgeçmeler şikâyet hakkını engellemez.⁵⁶

⁵¹ CGK- 11.07.2006 Tarih, 2006/9-191 E. ve 2006/183 K.-UYAP

⁵² KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan: **a.g.e.**, s.687

⁵³ KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan: **a.g.e.**, s.688; İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih ve ÜNVER, Yener: **a.g.e.**, s.323

⁵⁴ METİNER, Haydar ve KOÇ, E. Ahsen: **a.g.e.**, s.2109; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem: **a.g.e.**, s.719; PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer: **a.g.e.**, s.1155

⁵⁵ "Suç tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdurların kovuşturma aşamasında 15 yaşını doldurduğu, bu durumda şikâyet hakkının ve şikâyetten vazgeçme hakkının kanuni temsilciye değil mağdura ait olacağı gözetilmeden ve mağdur ile kanuni temsilcisini gösterir vukuatlı nüfus kayıt örneği de getirilmeden mağdurların annesinin şikâyetten vazgeçme beyanıyla yazılı şekilde hüküm tesisi," (3.CD-30.04.2012 T, 2011/14161 E. ve 2012/17333 K.-UYAP)

⁵⁶ EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet ve ARTUK, M. Emin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, 1997, s.969

Bir görüşe göre; 15 yaşından büyük, 18 yaşından küçükler mümeyyiz ise şikâyet hakkını kanuni temsilcilerinden bağımsız olarak kullanabilir, ancak şikâyetten vazgeçme ya da feragat açısından, kanuni temsilcilerinin de buna muvafakat etmesi şarttır. Sadece kanuni temsilcinin vazgeçmesi yeterli olmayıp vazgeçme kişiye sıkı şekilde bağlı olduğundan bu hak evvela suçtan zarar gören mümeyyiz küçüğe aittir.⁵⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 16.09.1999 gün, 2344/3871 sayılı kararı bu yöndedir.⁵⁸

Diğer bir görüşe göre; TMK uyarınca mümeyyiz küçük ve kısıtlılar borç doğurucu işlemleri tek başına yapamayacağından ve bu tasarruflar ancak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip kişilerce yerine getirilebileceğinden, şikâyetten vazgeçme de hukukî bir takım külfetler yüklediğinden ve borç altına girilmesini sonuçladığından şikâyetten vazgeçme hakkı kanuni temsilciye aittir.⁵⁹

Son olarak bir başka görüşe göre; Mümeyyiz küçükler şikâyet hakkına sahip oldukları gibi vazgeçmeye de yetkilidirler. Şikâyetten vazgeçme ile küçüğün hukuki haklarından feragat edilmesi ya da ona bir takım yükümlülükler yüklenmesi

⁵⁷ HAKERİ, Hakan (2013): **a.g.e.**, s.688

⁵⁸ "Sarkıntılık yapmaktan sanık T.'nin yapılan yargılaması sonunda: vaki şikâyetten vazgeçmesi nedeniyle TCK'nın 99. maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesine dair 15 yaşını bitiren küçüklerin mümeyyiz oldukları kabul edilerek şikâyetleri geçerli sayılmakta ise de, 15 yaşını bitirmeyen küçüklerin şikâyetlerinin geçerli sayılması ancak mümeyyiz olduklarının raporla saptanmasına bağlı olmasına göre, suç tarihinde 15 yaşını bitirmediği anlaşılan müştekinin mümeyyiz olup olmadığının raporla tespit ettirilmesi, mümeyyiz olmadığı saptandığı taktirde şikâyeti geçerli sayılamayacağından bu nedenle düşme kararı verilmesi, mümeyyiz olduğunun anlaşılması halinde şikâyetlerinin geçerli sayılacağı ve fakat şikâyetten vazgeçmelerinin ancak velilerinin muvafakatiyle hüküm ifade edeceği nazara alındığında; müştekinin şikâyetten vazgeçmesine velisinin muvafakat edip etmediği sorularak muvafakat ettiğini bildirmesi halinde düşme kararı muvafakat etmediğini bildirmesi halinde duruşmaya devamlı icabeden kararın verilmesi gerekirken noksan soruşturmayla ve şikâyetten vazgeçmiş olması nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi," (Aktaran: KAÇAK, Nazif: **Ansiklopedik Yargıtay İçtihatları Külliyyatı**, 2. Baskı, Ankara, 2003, s.1254)

⁵⁹ DÖNMEZER, Sulhi (2003): **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2003, s.374; DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 12. Bası, C.III, İstanbul, 1997, no:2090; İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih ve ÜNVER, Yener: **a.g.e.**, s.323 (Yasal temsilcinin iradesiyle, küçüğün ya da mahcurun iradesi ceza davasının açılması noktasında çatıştığında, küçüğün iradesine öncelik verilmelidir. Ancak vazgeçme ortaya çıkabilecek borç doğurucu sonuçlardan ötürü velinin rızası ile mümkün olmalıdır.); CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem: **a.g.e.**, s.719 (Şikâyet hakkını kullanan mağdur ve suçtan zarar gören kimse, şikâyetten vazgeçme konusunda da yetkilidir. Ancak, mağdur ya da suçtan zarar görenin yasal temsilcisi varsa, şikâyetten vazgeçme, mağdur ya da suçtan zarar görene bazı yükümlülükler getirebileceğinden bu konudaki yetki, kanuni temsilciye ait olup şikâyet yapıldıktan sonra medeni hakları kullanma ehliyetini kazanan kişinin kendisi de şikâyetten vazgeçebilir.)

söz konusu değildir.⁶⁰ Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 05.06.2006 T., 2005/9704 E. ve 2006/11428 K. Sayılı kararı⁶¹ ile Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 14.11.2007

⁶⁰ KAYMAZ, Seydi ve GÖKCAN, Hasan Tahsin: a.g.e., s.124-125 (Şikâyetten vazgeçme mağdur bakımından herhangi bir yükümlülük doğurmaz. 765 sayılı TCK bakımından şikâyetten vazgeçmenin küçüğün suçtan kaynaklanan şahsi haklarından vazgeçme sonucunu doğurması ve hak kaybına neden olması sebebiyle küçüğün vazgeçmesinin sonuç doğurması için yasal temsilcilerinin onayının gerekli olduğu şeklindeki görüşün bazı haklı nedenleri mevcuttu. 765 sayılı TCK'nın 111. maddesinde; "kamu davasından vazgeçen davacı şahsi haklarını saklı tutmamışsa hukuk mahkemelerinde dahi dava edemez." hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm dolayısıyla Medeni Kanununun 16. maddesi uyarınca vazgeçmenin borç doğuran bir işlem niteliğinde olduğu ve kanuni temsilcinin rızasının aranması gerektiği ileri sürülebilirdi. Buna karşın 5271 sayılı CMK ile ceza mahkemelerinde şahsi hak davası açılması olanağı tanınmamış, 5237 sayılı TCK'nın 73/7. maddesinde ise, şikâyetten vazgeçme sırasında ayrıca şahsi haklarından da vazgeçtiği açıklanmış ise artık hukuk mahkemesinde dava açılmayacağı yolunda farklı bir düzenleme yapılmıştır. Bu bakımdan, mağdurun salt ceza soruşturma ve kovuşturması yönünden şikâyetçi olmadığını veya vazgeçtiğini açıklamış olması, şahsi haklar bakımından bir kayba neden olmamakta, bir zarar meydana gelmemektedir. Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK hükümleri açısından şikâyetten vazgeçmenin şahsi haklara bir etkisi bulunmamakta ve vazgeçme salt kişiye bağlı bir hakkın kullanımını mahiyetinde olduğundan yasal temsilcinin rızası gerekmemektedir. Küçük veya kısıtlının şikâyetten vazgeçerken şahsi haklarından da vazgeçtiğini açıkladığı hallerde ancak şahsi haklar bakımından yasal temsilcinin rızası aranmalıdır.); Benzer görüşler: METİNER, Haydar ve KOÇ, E. Ahsen: a.g.e., s.2108-2109 (On beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış mağdur ile on beş yaşından küçük olmakla birlikte ayırt etme yeteneğine sahip olan küçük, kendisine karşı işlenen suçtan dolayı şikâyetçi olabilir - Yasal temsilcilerinin aksi yöndeki beyanları şikâyet haklarını kullanmalarına engel oluşturmaz - ve şikâyetten vazgeçebilir. Velayet altında olmayan akıl hastaları vesayet altına alınır. Bu kişiler adına vasi şikâyet hakkını kullanır.); PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer: a.g.e., s.1155 (Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin şikâyete hakları olduğu gibi şikâyetten vazgeçmeye de hakları vardır. Bu konudaki küçüklerin şikâyetten vazgeçmesi yeterli ve geçerli olup yasal temsilcilerinin aksi yöndeki beyanı hukuki sonuç doğurmayacaktır. Küçük olan mağdurların, yargılama sırasında ergin olmaları halinde, yasal temsilcilerinin bu aşamadan sonraki vazgeçmesi sonuca etkili olmayacaktır. Zira ergin olan mağdur, şikâyete ve şikâyetten vazgeçme hakkına sahiptir.); KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan: a.g.e., s.688 (Ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlılar bizzat şikâyetten vazgeçme hakkına sahiptir. Aksi görüşün kabulü özellikle şikâyetle bağlantılı bir konu olan ilgilinin rızasında, rızaya ehliyet bakımından da yasal temsilcinin onayının alınması sonucuna götürür, oysa rızaya ehliyet bakımından algılama yeteneğine sahip olmak yeterlidir.); EREM, Faruk (1993): Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, C.I, Ankara, 1993, s.848 (Şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu sebeple suçtan zarar gören ehliyetsiz kişi bu hakkını kendi başına kullanabilir. Şikâyet hakkına bu gözle bakınca vazgeçme hakkına başka gözle bakmağa imkân yoktur. Vazgeçme hakkında, şikâyet hakkına mütenazir olan yani kişiye sıkı sıkıya bağlı olan unsur nedir? Şikâyetten vazgeçmek suretiyle ceza takibatını durdurmak hakkı. Ehliyetsiz kişi ancak bu hakkını kendi kendine kullanabilir. O halde bunun dışında yani şahsi hukuka da şâmil bir vazgeçmede durum aynı değildir. Bu sebeple suçtan zarar gören ehliyetsiz kişi "hukuku şahsiyesini ayrıca muhafaza eylediği" kaydıyla vazgeçecek olursa bu vazgeçme muteber sayılmalı, aksi takdirde vazgeçmesi yalnız ceza takibine münhasır sayılmalıdır.); SAVAŞ, Vural ve MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: a.g.e., s.1579 (Faruk EREM'le aynı görüşü paylaşmaktadırlar.); BAKICI, Sedat: a.g.e., s.1331 (Mağdurun nüfus kaydı istenerek kaç yaşında olduğu, küçüğe ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı araştırılmalıdır. Onbeş yaşından küçük olan mağdurun velisi tarafından yapılan şikâyet geçerlidir. Ergin olmayan mağdurun onbeş yaşından büyük yahut onbeş yaşından küçük olmakla beraber mümeyyiz olması halinde şikâyeti ve vazgeçmesi yeterli ve geçerlidir, Babasının aksi yöndeki beyanı hukuki sonuç doğurmayacaktır.)

⁶¹ "Onbeş yaşından küçük ancak mümeyyiz olan mağdurların şikâyetten vazgeçmesinin geçerli olacağı aksi halde veli ve vasisinin vazgeçmesinin aranacağı gözetilmeden bu sıfatları taşımayan ağabeyinin vazgeçmesine dayalı olarak ortadan kaldırma kararı verilmesi,..." (UYAP)

T., 2006/3270 E. ve 2007/9453 K.sayı kararı⁶² bu yöndedir.

Oniki yaşından küçükler yönünden şikâyetten vazgeçme yetkisinin kanuni temsilciye ait olduğunu kabul eden⁶³ ve mağdurun şikâyetten vazgeçme beyanına hukuki değer tanımayan;⁶⁴ şikâyetçi olmadığını belirten mağdurun iradesi yerine, kanuni temsilcinin şikâyete ilişkin iradesine üstünlük tanıyan;⁶⁵ onbeş

⁶² “Onbeş yaşından küçük olan mağdurenin şikâyetten vazgeçmeye dair ayırtım gücüne sahip olup olmadığı araştırılması ve ayırtım gücüne sahip olmadığını anlaşılması halinde, sanığın mağdurenin babası olması karşısında annesinden şikâyetten vazgeçip vazgeçmediğinin sorulması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle karar verilmesi,” (UYAP)

⁶³ “5 yaşındaki mağdur çocuğun yasal temsilcileri olan anne ve babasının sanıktan şikâyetçi olmamaları ve davaya katılmamaları şikâyet ve davaya katılma hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan bulunması nedeniyle küçüğün zorunlu vekilinin davaya katılma ve hükmü temyiz etme hak ve yetkisi bulunmadığından ...” (9.CD- 26.04.2010 T., 2008/13298 E. ve 2010/4507 K.-UYAP)

“Suç tarihinde 10 yaşında olan mağdur E.C.’nin velisi Z.C.’nin kovuşturma aşamasında sanık hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiği, mağdur E.C.’ye baro tarafından atanan vekilinin de sanık hakkında şikâyetten vazgeçtiği ve katılma talebinde de bulunmadıkları anlaşıldığından, mağdur vekilinin temyiz hakkı bulunmaması nedeniyle ...” (12.CD-25.09.2013 T., 2013/221 E. ve 2013/21429 K.-UYAP)

⁶⁴ “Suç tarihinde 12 yaş içerisinde olup, olayda basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanan mağdur küçüğün yaralanmasının şikâyete tabi olduğu, kanuni temsilcilerinden annesinin kovuşturma aşamasında şikâyetten vazgeçip davaya katılmaması, babasının ise şikâyet süresi içinde bildirilmiş bir şikâyetinin bulunmaması ve CMK’nın 234/2. maddesindeki zorunluluğa rağmen mahkemece barodan kendisine vekil atanmadan 01.07.2010 günlü oturumda beyanı alınan **mağdurun olay sebebiyle sanıktan şikâyetçi olmamasına hukuki bir sonuç bağlanmasının mümkün olmaması** karşısında; Mağdur küçüğün, 5271 sayılı CMK’nın 260. maddesi uyarınca “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar gören” sıfatıyla temyiz hakkının bulunduğu ve Dairemizin 27.02.2013 tarihli tevdi kararı üzerine mahkemece barodan atanan vekili tarafından hüküm temyiz edilmek suretiyle katılma iradesi ortaya konulan mağdur küçük B.C.’nin suçtan doğrudan zarar gördüğü anlaşıldığından, 5271 sayılı CMK’nın 237/2. maddesi uyarınca davaya katılmasına karar verilerek yapılan incelemede...” (12.CD-07.10.2013 T., 2013/16417 E. ve 2013/22832 K.-UYAP)

⁶⁵ “Mağdur O.D.’nin suç tarihinde 15 yaşından büyük olup, 6.10.2005 tarihli ifadesinde sanıktan şikâyetçi olmaması nedeniyle şikâyetten vazgeçmenin geçerli olduğu anlaşılmış, (06.10.2005 tarihinde meydana gelen) kazada yaralanan mağdur M.C.’nin ise 15 yaşından küçük olup (1991 doğumlu), soruşturma aşamasında müdafii huzuru ile verdiği ifadesinde sanıktan şikâyetçi olmadığını belirtmişse de reşit olmayan mağdurun babası A.Ç.’nin şikâyetinin geçerli olması karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 89/1-2-b maddesinde yazılı suçu oluşturacağı ve hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi,” (12.CD-26.12.2011 T., 2011/3753 E. ve 2011/9734 K.-UYAP)

Yargıtay CGK; suç tarihinde 10 yaşını tamamlamamış mağdurun sanıktan şikâyetçi olmadığını ifade ettiği, mağdur için CMK’nın 234/2 maddesi uyarınca baro tarafından vekilin de katılma talebi bulunmamakla birlikte “tutukluluğun devamına karar verilmesini talep ediyoruz”, “sanığın cezalandırılmasını talep ediyoruz” şeklinde şikâyet iradesini ortaya koyacak anlamda beyanlarda bulunduğu, bu beyanlarına karşın mahkemece davaya katılma hakkı ile ilgili kendisine herhangi

yaşından büyük mağdurlar yönünden de kanuni temsilcinin iradesiyle çatışsa dahi şikâyetten vazgeçme konusunda mağdurun iradesine üstünlük tanıyan⁶⁶ ve bu konudaki uygulaması istikrar arz eden Yüksek Mahkemenin, 12-15 yaş grubundaki mağdurların şikâyetten vazgeçme yetkisi konusunda aynı istikrarı

bir bildirimde bulunulmadığı, zorunlu vekilin yüzüne karşı verilen hükmü süresi içinde temyiz ettiği dosyada, Özel Daire'nin bozma kararına direnmesi üzerine verdiği 27.01.2009 gün, 2008/5-145 Esas ve 2009/8 Karar sayılı kararında; CMK'nın 266/2. maddesindeki düzenlemenin kıyasen uygulanacağına ve CMK'nın 234. maddesi uyarınca mağdur için atanan zorunlu vekilin, sanıktan şikâyetçi olduğuna yönelik iradesine üstünlük tanınması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan biri, mağdur için baroca atanan zorunlu vekil, şikâyet iradesini ortaya koyan bir beyanda bulunmamışsa ve katılma kararı da yoksa hükmü temyiz edemeyecektir: "Kovuşturma aşamasında 15 yaşından küçük mağdurun sanıktan şikâyetçi olmadığını belirtmesi, mağdur vekilinin tüm yargılama boyunca şikâyeti belirten bir ifade kullanmaması ve katılma talebinin de bulunmaması karşısında, CMK'nun 238.maddesine göre usulen mahkemeye başvurarak davaya katılmamış ve katılan sıfatını kazanarak temyiz yetkisini elde etmemiş olan mağdur F.B. vekilinin temyiz isteminin, ... REDDİNE," (6.CD-09/04/2012 T., 2010/9222 E. ve 2012/7443 K.-UYAP; Aynı yönde: 6.CD-11.11.2013 T., 2011/8388 E. ve 2013/22783 K.-UYAP) Bir diğer önemli husus da mağdur ve kanuni temsilcileri sanıktan şikâyetçi olmamış ve davaya katılmamışlarsa, baroca atanan zorunlu vekil hükmü yine temyiz edemeyecektir: "15 yaşından küçük mağdur E.'nin kanuni temsilcilerinin 28.10.2009 tarihli celsede suça sürüklenen çocuk hakkındaki şikâyetlerinden vazgeçtikleri ve katılma taleplerinin olmadığı, mağdur E.'nin de katılma talebinin olmadığı anlaşılma, katılan sıfatı almayan mağdurun temyiz hakkı bulunmadığından mağdur vekilinin temyiz isteminin ... REDDİNE," (3.CD-18.09.2012 T., 2012/13896 E. ve 2012/30186 K.-UYAP)

⁶⁶ "5237 Sayılı TCK.nun 104. maddesi gereğince, şikâyete bağlı bulunan suçtan dolayı suç tarihinde 16 yaşında olan mağdurenin şikâyetinden vazgeçmiş olduğu anlaşıldığından, aynı yasanın 73. maddesi uyarınca kamu davasının düşmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması..." (5.CD-01.06.2006 T., 2006/5162 E. ve 2006/4762 K.-UYAP)

"Müşteki A.'nin suç tarihi itibarıyla 15 yaşını doldurması nedeniyle şikâyet hakkının müştekiye ait olduğu gözetilmeden, müştekinin kanuni temsilcisinin şikâyetten vazgeçme beyanıyla yetinilmesi," (3.CD-17.09.2013 T., 2012/29520 E. ve 2013/30815 K.-UYAP); Aynı yönde: 3.CD-05.12.2013 T., 2013/4233 E. ve 2013/44229 K.-UYAP

"Medeni kanunun 16. maddesinde mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessilin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacaklarının açıklanmış bulunmasına göre, 1990 doğumlu olup 2.2.2006 tarihli son oturumda şikâyetten vazgeçtiğini bildiren mümeyyiz mağdur S.G.'nin şikâyetten vazgeçmesinin geçerli olduğu gözetilerek kamu davasının düşürülmesine karar verilmesinde zorunluluk bulunması..." (2.CD-17.05.2007 T., 2007/1487 E. ve 2007/7094 K.-UYAP)

"Suç tarihinde 18 yaşından küçük olan mağdur ve velisinin kovuşturma aşamasında alınan beyanlarında sanık hakkında şikâyetçi olmadıklarını ve davaya katılmak istemediklerini beyan ettikleri, mağdura resen atanan müdafinin ise hüküm verilinceye kadar davaya katılma talebinde bulunmadığı anlaşılma, hükmü temyiz etme hak ve yetkisi bulunmadığından..." (12.CD- 31.10.2013 T., 2013/18761 E. ve 2013/24086 K.-UYAP); Aynı yönde: 12.CD- 03/12/2013 T., 2013/5668 E. ve 2013/27706 K.-UYAP

yakalayamadığı görülmektedir.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 05.06.2006 gün, 2005/9704 Esas ve 2006/11428 Karar sayılı ilamında, onbeş yaşından küçük ancak mümeyyiz olan mağdurların şikâyetten vazgeçmesinin geçerli olacağını, mümeyyiz değilse veli veya vasisinin vazgeçmesinin aranacağına hükmetmişken, CGK, 03.06.2008 gün, 2008/5-56 Esas ve 2008/156 Karar sayılı kararında; 05.07.1991 doğumlu olup şikâyetçi olmadığına ilişkin beyanının alındığı 03.04.2006 günlü oturumda onbeş yaşından küçük olan (14 yaş 8 ay 28 günlük) mağdur için atanan zorunlu vekilin katılma talebini reddeden yerel mahkemenin hükme direnmesinin yerinde olmadığına, mağdure için atanan zorunlu vekil ile yaşı küçük mağdurenin iradelerinin çelişmesi halinde, hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı hususunda CMK'nın 234. maddesinde açık bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de, CMK'nın 266/2. maddesinde yasa yollarına başvurma konusunda, 150/2. maddeye göre (sanık çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise) atanan zorunlu müdafii ile asilin iradesinin çelişmesi halinde, zorunlu müdafinin iradesinin esas alınacağı kuralının kıyasen uygulanması gerektiğine ve zorunlu vekilin iradesine üstünlük tanınacağına hükmetmiştir. Yine, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin, 28.02.1996 doğumlu mağdura karşı işlenen takibi şikâyete bağlı basit yaralama suçuyla ilgili olarak, yargılama aşamasında mağdurun şikâyetçi olmadığını ifade etmesi nedeniyle yerel mahkemece verilen düşme kararının mahalli Cumhuriyet savcısı tarafından temyizi üzerine 05.11.2013 gün, 2013/3139 Esas ve 2013/38480 Karar sayılı ilamıyla suç ve karar tarihinde 15 yaşından küçük olan (Suç tarihi itibarıyla 14 yaş 3 günlük; karar tarihi itibarıyla 14 yaş 8 ay 26 günlük) mağdurun kanuni temsilcilerinin beyanı alınmadan şikâyetten vazgeçmesi üzerine düşme kararı verilmesi nedeniyle hükmü bozmuş, aynı Daire, 26.11.2012 gün, 2011/32176 E. ve 2012/39628 K. Sayılı ilamıyla, 15 yaşından küçük mağdurun şikâyetten vazgeçmeye ehil olmadığına hükmetmiştir.⁶⁷ Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 21.11.2013 gün, 2012/20884 E. ve 2013/35530 K. Sayılı ilamıyla; sanıktan şikâyetçi olmadığını ifade ettiği 19.11.2009 tarihi itibarıyla 15

⁶⁷ "(09.08.1995 doğumlu) Mağdurun suç tarihinde (13.06.2008) ve şikâyetçi olmadığına ilişkin beyanının alındığı 22/10/2009 günlü oturumda 15 yaşından küçük olan ve şikâyetten vazgeçmeye ehil bulunmayan mağdura atanan zorunlu vekil ile mağdurun iradelerinin çelişmesi üzerine Ceza Genel Kurulunun yerleşik içtihatlarına uygun olarak, vekilin iradesine üstünlük tanınarak katılma kararı verilmiş olduğu; katılan vekilinin temyiz isteminin reddine dair karar kaldırılarak yapılan temyiz incelemesinde; Sanık hakkında mağdura atanan zorunlu vekilinin şikâyetçi olduğunu bildirmesi karşısında; yargılamaya devam edilerek sanığın mahkumiyeti yerine, 15 yaşından küçük olan ve şikâyetten vazgeçmeye ehil olmayan mağdurun beyanına dayanılarak yazılı şekilde kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi," (UYAP)

yaşından küçük olan 30.11.1994 doğumlu mağdur için baroca atanan zorunlu vekilin şikâyete ve davaya katılmaya dair iradesine üstünlük tanıyarak, vekilin temyiz hakkı bulunduğu karar vermiştir.

Küçüklerin beyanları vekil huzurunda alınmalıdır. Yargıtay, soruşturma aşamasında vekil huzuruyla alınmayan ve bu nedenle usule aykırı olan ifadesinde, sanıktan şikâyetçi olmadığını belirten ancak yargılama aşamasında alınan beyanında sanıktan şikâyetçi olduğunu belirterek kamu davasına katılan mağdurun şikâyetinin sürdüğünü kabul etmektedir.⁶⁸

Sonuç olarak; başta 15.04.1942 Tarih, 1940/14 E. ve 1942/9 K. sayılı İBK olmak üzere, CGK'nın, 03.06.2008 gün, 2008/5-56 E. ve 2008/156 K., 27.01.2009 gün, 2008/5-145 E. ve 2009/8 K. Sayılı kararları ve Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatlarını da gözeterek bir değerlendirme yapacak olursak küçüklerin şikâyetten vazgeçme yetkisi ile ilgili olarak kişisel kanaatimiz:

a.) Onbeş yaşından küçük mağdurlar adına şikâyetten vazgeçme yetkisi kanuni temsilcilerine aittir. Bu yetki kanuni temsilciler olan anne ve baba tarafından birlikte kullanılacaktır.⁶⁹ Velayet hakkını müştereken kullanan anne ya da babadan

⁶⁸ “Suç tarihinde 12 yaşını doldurmuş olan katılının soruşturma aşamasında beyanının zorunlu vekil huzurunda alınmadığı, dolayısıyla katılının beyanını usule uygun olmadığı, katılının kovuşturma aşamasında vekili huzurunda sanıktan şikâyetçi olduğunun gözetilmediği, “ (3.CD-23/09/2013 T., 2012/31928 E. ve 2013/31608 K.-UYAP)

“Suç tarihinde 12 yaş içerisinde olup, olayda basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanan mağdur küçüğün yaralanmasının şikâyete tabi olduğu, kanuni temsilcilerinden annesinin kovuşturma aşamasında şikâyetten vazgeçip davaya katılmaması, babasının ise şikâyet süresi içinde bildirilmiş bir şikâyetinin bulunmaması ve CMK'nın 234/2. maddesindeki zorunluluğa rağmen mahkemece barodan kendisine vekil atanmadan 01.07.2010 günlü oturumda beyanı alınan mağdurun olay sebebiyle sanıktan şikâyetçi olmamasına hukuki bir sonuç bağlanmasının mümkün olmaması karşısında; Mağdur küçüğün, 5271 sayılı CMK'nın 260. maddesi uyarınca “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar gören” sıfatıyla temyiz hakkının bulunduğu ve Dairemizin 27.02.2013 tarihli tevdi kararı üzerine mahkemece barodan atanan vekili tarafından hüküm temyiz edilmek suretiyle katılma iradesi ortaya konulan mağdur küçük B.Ç.'nin suçtan doğrudan zarar gördüğü anlaşıldığından, 5271 sayılı CMK'nın 237/2. maddesi uyarınca davaya katılmasına karar verilerek yapılan incelemede...” (12.CD-07.10.2013 T., 2013/16417 E. ve 2013/22832 K.-UYAP)

⁶⁹ “Suç tarihinde 12 yaş içerisinde olup, olayda basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanan mağdur küçüğün yaralanmasının şikâyete tabi olduğu, kanuni temsilcilerinden annesinin kovuşturma aşamasında şikâyetten vazgeçip davaya katılmaması, babasının ise şikâyet süresi içinde bildirilmiş bir şikâyetinin bulunmaması ve CMK'nın 234/2. maddesindeki zorunluluğa rağmen mahkemece barodan kendisine vekil atanmadan 01.07.2010 günlü oturumda beyanı alınan mağdurun olay sebebiyle sanıktan şikâyetçi olmamasına hukuki bir sonuç bağlanmasının mümkün olmaması karşısında; Mağdur küçüğün, CMK'nın 260. maddesi uyarınca “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar

sadece birinin şikâyetçi olmaması ya da şikâyetten vazgeçmeye yönelik beyanı hukuki değer taşımaz.⁷⁰ Ancak velayet hakkı sadece anneye ya da sadece babaya verilmişse şikâyetten vazgeçme yetkisi de velayet hakkına sahip anne ya da baba tarafından kullanılacaktır.

Kanuni temsilcilerin beyanı da hakları hatırlatılarak usulüne uygun şekilde alınmalıdır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 10.10.2010 tarihinde, 05.02.2000 doğumlu oğlu mağdura karşı işlenen taksirle yaralama suçuyla ilgili olarak aynı gün hastanede kolluk görevlilerince hakları hatırlatılmayarak, vekilsiz olarak alınan beyanında sanıktan şikâyetçi olmadığını belirten ve eşinden boşanması nedeniyle mağdur üzerinde tek başına velayet hakkına sahip olan annenin, olaydan 3 gün sonra karakola müracaatta bulunarak şikâyetçi olduğunu ifade etmesi üzerine sanık hakkında açılan dava sonucunda, annenin ilk beyanında şikâyetçi olmadığını ifade etmesi ve şikâyetten vazgeçmeden vazgeçmenin mümkün olmaması sebebiyle verdiği düşme kararının mağdur vekili tarafından temyizi üzerine "...12 yaşından küçük katılan üzerinde velayet hakkını haiz anne M.D., olay günü kolluk görevlilerince hastanede ve hakları hatırlatılmayarak, vekilsiz olarak alınan beyanında, sanıktan şikâyetçi olmadığını ifade etmiş ise de, 3 gün sonra Haliç Polis Merkez Amirliğine müracaatla alınan beyanında, olayın şoku ile sanıktan şikâyetçi olmadığını ancak oğlunun tedavisinin devam etmesi ve psikolojik sorunlar yaşaması sebebiyle şikâyetçi olduğunu ifade etmesi, yargılama

gören" sıfatıyla temyiz hakkının bulunduğu ve Dairemizin 27.02.2013 tarihli tevdi kararı üzerine mahkemece barodan atanan vekili tarafından hüküm temyiz edilmek suretiyle katılma iradesi ortaya konulan mağdur küçük B.Ç.'nin suçtan doğrudan zarar gördüğü anlaşıldığından, CMK'nın 237/2. maddesi uyarınca davaya katılmasına karar verilerek yapılan incelemede...(12.CD-07.10.2013 T, 2013/16417 E. ve 2013/22832 K.-UYAP)

"Olay tarihinde 13 yaşındaki mağdurun yaralanması olayı ile ilgili olarak, yargılama aşamasında zorunlu vekilinin huzurunda şikâyetçi olduğunu ancak davaya katılmak istemediğini açıkça beyan ettiği, aynı günlü oturumda velayet hakkı bulunan babasının çocuğu adına şikâyetçi olduğunu beyanla davaya katılıp, katılan sıfatını aldığı, hükmün katılanın yüzüne karşı verildiği ve hükmü temyiz etmediği, mağdur vekilinin ise sanığın cezalandırılmasına karar verilmesini talep etmesine rağmen katılma isteğinde bulunmadığı ve davaya usulüne uygun olarak katılıp, katılan sıfatını almadığından, hükmü temyiz etme hakkı bulunmadığı anlaşılmakla, sanık hakkındaki beraat hükmüne yönelik temyiz isteminin ... REDDİNE," (12.CD-02/10/2013 T, 2013/19168 E. ve 2013/22229 K.-UYAP)

⁷⁰ "TMK'nın 336. maddesi gereğince olay tarihinde 14 yaşında bulunan katılan küçük üzerindeki velayet hakkını tek başına kullanamayacağından katılan küçüğün babası M.S.'in 15.05.2010 tarihli sanıktan şikâyetçi olmadığına dair beyanı tek başına hukuki değer taşımadığından, 18.05.2010 tarihli dilekçesi ile aynı tarihli ifadesinde sanıktan şikâyetçi olduğunu bildirmiş olması ve eşi N.S.'in aynı tarihli dilekçesi ve savcılık ifadesinde sanıktan şikâyetçi olduğunu bildirmiş olması karşısında; şikâyet hakkının yasal süresi içinde kullanılmış olduğu kabul edilmekle..." (12.CD- 03/12/2013T, 2013/5676 E. ve 2013/27709 K.-UYAP)

aşamasında da şikâyetini sürdürerek davaya katılması, sezgin küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmada 4721 sayılı Kanun'un 13. ve 16. maddeleri ile 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, CMK'nın 234. maddesi hükmü de nazara alınmak suretiyle küçüğün haklarını koruyucu şekilde yorumlanmasının gerekmesi karşısında, şikâyetin devam ettiği gözetilerek sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, soruşturma aşamasında alınan ilk beyana istinaden şikâyet yokluğundan düşme kararı verilmesi"nin kanuna aykırı olduğunu belirterek hükmü bozmuştur.⁷¹

Mağdur şikâyetten vazgeçmiş olsa bile şikâyetçi olduğunu belirten kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınmalı ancak mağdur şikâyetçi olduğunu belirtmesine karşın, kanuni temsilci şikâyetten vazgeçtiğini ifade ediyorsa, kanuni temsilcinin şikâyete dair beyanı, küçüğün menfaatini koruma amacına yönelik olduğundan ve şikâyetten vazgeçme beyanı, şikâyetçi olduğunu ifade eden küçüğün menfaatini korumaktan uzak olduğundan bu halde, küçüğün iradesine üstünlük tanınarak yargılamaya devam edilmelidir.⁷²

b.) Onbeş yaşını tamamlamış olan mağdurlar şikâyet hakkını tek başına kullanabilecekleri⁷³ gibi, ayırt etme gücüne sahip olmadıklarına dair herhangi bir iddia, bulgu ya da mahkeme gözlemi yoksa, bizzat şikâyetten vazgeçme yetkisine de sahiptirler. Suç tarihi itibarıyla 15 yaşından küçük olan mağdur adına şikâyet hakkı, kanuni temsilcisi tarafından kullanılmış olsa bile, mağdur yargılama esnasında 15 yaşını ikmal etmişse, kanuni temsilcilerinin aksi yönde beyanı bulunsa dahi, bizzat şikâyetten vazgeçme yetkisine sahiptir. Onbeş yaşını tamamlamış mağdur, sanıktan şikâyetçi olduğunu ifade etmişse, kanuni temsilciler sanıktan şikâyetçi olmadıklarını ifade etseler dahi, mağdurun beyanına üstünlük

⁷¹ 12.CD-07.10.2013 T., 2013/2162 E. ve 2013/22805 K.-UYAP

⁷² "... suç tarihine (25/05/2010) göre, yaşı küçük A.T.'in (15/03/1998 doğumlu) şahsa sıkı sıkıya bağlı şikâyet hakkını kullanarak sanıklardan şikâyetçi olduğunu beyan etmesi ve vekilinin de bu şikâyeti tekrarlayarak katılma talebinde bulunması karşısında, A.T.'in babasının şikâyetinin bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetçi küçüğün katılma talebi reddedilmiş ise de, usul ve Kanuna uygun olmayan bu ara kararın kaldırılarak, CMK'nın 237/2. maddesi uyarınca, şikâyetçinin kamu davasına katılan, vekilinin de katılan vekili olarak kabulü suretiyle dosya görüşüldü..." (4.CD-02.10.2013 T., 2013/22416 E. ve 2013/24512 K.-UYAP)

⁷³ "Suça sürüklenen çocuğu atılı kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkının bizzat suçtan zarar gören tarafından kullanılması gerektiği gözetilerek, karar tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük olan mağdure G.K.'nin dinlenip şikâyetçi olup olmadığı sorulduktan sonra suçta sürüklenen çocuğun hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerekirken, müştekinin babası Z.K.'nin şikâyetçi olmadığına dair beyanına dayanılarak yazılı şekilde davanın düşürülmesine karar verilmesi," (2.CD-18.12.2013 T., 2012/14643 E. ve 2013/30412 K.-UYAP)

tanınacak;⁷⁴ kanuni temsilciler şikâyetçi olduklarını belirtmelerine karşın mağdur, şikâyetten vazgeçmişse, mağdurun iradesine üstünlük tanınarak düşme kararı verilecektir. Bu halde kanuni temsilcinin davaya katılma hakkı bulunmadığı gibi hükmü temyiz yetkisi de olmayacaktır.⁷⁵ Aynı şekilde yaş küçüklüğü nedeniyle baro tarafından tayin edilen vekil de hükmü temyiz edemeyecektir.⁷⁶

SONUÇ

Ceza mevzuatımızda küçüklerin şikâyet hakkını kullanmaları ve şikâyetten vazgeçme yetkisine sahip olup olmadıkları konusunda açık bir yasal düzenlemeye yer verilmediğinden sorun, TMK'nın 13. ve 16. maddeleri ile TCK'nın 31. maddesinde, isnat yeteneği bakımından failer için yapılan tasnif göz önüne alınarak bir çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Küçüklerin şikâyet hakları kullanmaları yönünden kişisel kanaatimiz; ayırt etme gücüne sahip olması ve meramını anlatabilecek kabiliyeti haiz olması şartıyla, 12 yaşından küçük olsa dahi mağdurun, münhasıran şahsa bağlı hak niteliğindeki şikâyet hakkını bizzat kullanması; ayırt etme gücüne sahip olmayan,

⁷⁴ “Şikâyet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu, suç tarihinde 15-18 yaş grubunda olan müştekinin soruşturma aşamasında sanıktan şikâyetçi olduğunu belirtmesi karşısında, müşteki İ.H.Y.'nin duruşmaya davet edilerek beyanının alınması gerekirken, müştekinin annesi ve babasının şikâyetten vazgeçme beyanına istinaden yazılı şekilde düşme kararı verilmesi,” (3.CD-16/12/2013 T, 2013/9355 E. ve 2013/46141 K.-UYAP)

“Sanığın üzerine atılı kasten yaralama suçunun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkının bizzat suçtan zarar gören tarafından kullanılması gerektiği gözetilerek suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük olan müşteki N.K.D. dinlenip sanıktan şikâyetçi olup olmadığı sorulduktan sonra sanığın hukuki durumunun taktir ve tesbiti gerekirken, müştekinin annesi T.D.'nin sanıktan şikâyetçi olmadığına dair beyanına itibar edilerek yazılı şekilde davanın düşürülmesine karar verilmesi,” (2.CD-24/11/2008 T, 2008/11772 E. ve 2008/19821 K.-UYAP); Aynı yönde: 2.CD-07/05/2012 T, 2010/23023 E. ve 2012/12874 K.-UYAP

⁷⁵ “15 yaşını bitirip 18 yaşını bitirmeyen mümeyyiz küçük şikâyetçi M.M.D.'nin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkını kanuni temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymadan kullanabileceği, bu nedenle kovuşturma aşamasında 26.02.2008 tarihinde şikâyetinden vazgeçmesi karşısında; babası H.D.'nin istemi üzerine verilen katılma kararının hükümsüz olduğu ve usulsüz olarak verilen katılma kararının ise hükmü temyiz yetkisi vermeyeceği anlaşılmalı, temyiz isteminin, ... REDDİNE,” (2.CD-01/06/2010 T, 2010/8090 E. ve 2010/17540 K.-UYAP)

⁷⁶ “Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaya ehil 15-18 yaş grubunda olan mağdurun 27.01.2009 tarihli duruşmada şikâyetçi olmadığını beyan etmesine ve yaşı küçük mağdura barodan atanan müdafinin de duruşmalara katılan sıfatıyla katılmamasına göre hükmü temyize hak ve yetkisi bulunmadığından mağdur müdafinin temyiz isteminin ... REDDİNE,” (3.CD-14.12.2011 T, 2011/35733 E. ve 2011/23357 K.-UYAP)

meramını anlatabilecek derecede konuşamayan, iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayıramayan küçükler ile kısıtlılar adına şikâyet yetkisinin, aralarında menfaat çatışması bulunmaması kaydıyla kanuni temsilcileri tarafından kullanılması gerektiği yönündedir.

Küçüklerin şikâyetten vazgeçme yetkisi konusunda şahsi kanaatimiz ise; Bir kez vazgeçildikten sonra dönülmesinin mümkün olmaması, vazgeçmenin nitelik itibarıyla iltizami bir muamele niteliğinde olması nedeniyle onbeş yaşından küçük mağdurlar adına şikâyetten vazgeçme yetkisi, mağdur küçüğün kanuni temsilcileri tarafından kullanılabilir. Bu halde, mağdur şikâyetten vazgeçmiş olsa bile CMK'nın 266/2. maddesindeki düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle, şikâyetçi olduğunu belirten kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınması gerekecektir. Ancak mağdur şikâyetçi olduğunu belirtmesine karşın, kanuni temsilci şikâyetten vazgeçtiğini ifade ediyorsa, kanuni temsilcinin şikâyete dair beyanı, küçüğün menfaatini koruma amacına yönelik olduğundan ve şikâyetten vazgeçme beyanı, şikâyetçi olduğunu ifade eden küçüğün menfaatini korumaktan uzak olduğundan bu halde, küçüğün iradesine üstünlük tanınarak yargılamaya devam edilmesi gerekecektir. Onbeş yaşını tamamlamış olan mağdurların şikâyetten vazgeçme hakkı konusundaki kanaatimiz ise, ayırt etme gücüne sahip olmadıklarına dair herhangi bir iddia, belge, beyan veya mahkeme gözlemi yoksa, bunların bizzat şikâyetten vazgeçme yetkisine sahip oldukları yönündedir.

◆◆◆

KAYNAKÇA

AKSAY, Bekir: Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü Kusur Yeteneğine ve Sorumluluğa Etkisi, İstanbul, 1990

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet ve YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2013

BAKICI, Sedat: 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2007

BIÇAK, Vahit: Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, İstanbul, 2010

CİHAN, Erol ve YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1996

ÇOLAK, Halûk ve TAŞKIN, Mustafa: Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı

Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005

DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2013

DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir (1997, C. I): Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, İstanbul, 1997

DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, Sahir (1997, C.III): Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku, 12. Bası, C.III, İstanbul, 1997

DÖNMEZER, Sulhi (2003): Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 2003

EREM, Faruk (1973): Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 1973

EREM, Faruk (1993): Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, C.I, Ankara, 1993

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet ve ARTUK, Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 1997

GÖREN, Sami: En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2012

GÜNEY, Niyazi ve YILMAZ, Zekeriya: Dava ve Cezanın Düşürülmesi, Ankara, 2008

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011

HAKERİ, Hakan (2013): Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2013

İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih ve ÜNVER, Yener: İçel Yaptırım Teorisi, 2. Bası, İstanbul, 2002

KAÇAK, Nazif: Ansiklopedik Yargıtay İçtihatları Külliyyatı, 2. Baskı, Ankara, 2003

KAYMAZ, Seydi ve GÖKCAN, Hasan Tahsin: Uzlaşma ve Önödeme, Ankara, 2007

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013

KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1978, Fakülteler Matbaası

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme

- Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2010
- MALKOÇ, İsmail:** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2002
- MALKOÇ, İsmail ve YÜKSEKTEPE, Mert:** Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005
- METİNER, Haydar ve KOÇ, E. Ahsen:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, II. Cilt, Ankara, 2008
- ÖZBEK, Veli Özer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar ve TEPE, İlker (2010):** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar ve TEPE, İlker (2013):** Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2013
- ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, 2013
- ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2013
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT, Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan ve ERDEN, Efser:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2013
- PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer:** Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, Ankara, 2008
- SAVAŞ, Vural ve MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık:** Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, Ankara, 1999
- ŞAHİN, Cümhur (2009):** Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, 2009
- TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 2009, Ankara
- TOSUN, Öztekin:** Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım, C.I, 4. Bası, İstanbul, 1984
- UĞUR, Hüsamettin:** “Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sa.43, Mart 2010
- ÜMİT, Eylem:** Mekandan İmkana, Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2007
- YAŞAR, Osman (1998):** Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

(Ceza Yargılama Yasası), Ankara, 1998

YAŞAR, Osman (2009): Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2009

YILDIZ, Ali Kemal: “Uzlaşma-Şikayet İlişkisi”, in: YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arıkan, 2005

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK-1-75, 1. Baskı, İstanbul, 2010

İNTERNET SİTESİ: www.edb.adalet.gov.tr.

VETERİNER HEKİMİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞU

The Non-Contractual Liability of Veterinary

Arş. Gör. Tuğçe ORAL *

ÖZET

Çalışmada, veteriner hekimin hukuki sorumluluğu bağlamında hayvan kavramı ve hayvanın hukuki niteliği bu konuda Türkiye'deki, diğer hukuk sistemlerindeki ve uluslararası düzenlemelerdeki esaslara yer verilerek ele alınmış; ardından da veteriner hekimlerin uyguladıkları tedavi sonucunda genel olarak karşılaşılabilecekleri sorumluluk sebepleri değerlendirilmiştir. Veteriner hekimin genel olarak sorumluluk sebeplerinin incelenmesi sırasında öncelikle veteriner hekimin hangi hallerde sorumluluğunun sözleşmeden doğabileceği ve söz konusu sorumluluğun hangi sözleşme türünden veya türlerinden kaynaklanabileceği irdelenmiştir. Bunun ardından veteriner hekimin sözleşme dışı sorumluluğunun incelenmesi esnasında, veteriner hekimin haksız fiilden ve vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluğu; bunlara ilaveten hayvan bulunduranın sorumluluğu veya tehlike sorumluluğu çerçevesinde kusursuz sorumlu olduğu haller tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Veteriner hekimin sorumluluğu, veteriner hekimin haksız fiil sorumluluğu, veteriner hekimin vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluğu, veteriner hekimin kusursuz sorumluluğu.

ABSTRACT

In this study, the term of animal and its legal character is analyzed by mentioning the legislations in Turkey, other law systems and international regulations; then the general liability reasons that ground on therapies and treatments of veterinaries are reviewed. While analyzing general liability reasons of veterinaries, it is first explicated under which circumstances would a veterinary be liable according to a contract and from which type or types of contracts would this liability incur. After that, the liability of veterinary that arise from tort, acting without authority and veterinary's strict liability that can arise from the animal owners' liability or risk liability.

Keywords: Liability of veterinary, Haftung des Tierarztes, tort of veterinary, liability of veterinary that arise from acting without authority, strict liability of veterinary.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Veteriner hekimlerin tedavileri esnasında izleyecekleri yol ve göstermeleri gereken özen, temel olarak 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile 5996 sayılı

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı,
tugce.oral@ankara.edu.tr

Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu’da düzenlenmiştir. Ancak bazı ülkelerde olduğunun aksine, ülkemizde hayvanın “eşya” sayılmayacağı, ne yazık ki henüz ne Türk Medeni Kanunu’nda, ne de anılan diğer Kanunlarda düzenlenmiştir.

Veteriner hekimin hukuki sorumluluğu, tedavi konusunun “hayvan” olması, dolayısıyla “kişi” olmaması; başka bir ifade ile “kişilik hakkı”na sahip olmaması sebebiyle, hekimin hukuki sorumluluğundan ayrılmaktadır. Her ne kadar hayvanların kişilik hakkına sahip olmaması sebebiyle, insanlarda kişilik haklarına tecavüzün sonuçları ile karşılaşılmayacaksa da, veteriner hekimlerin de tedavi ettikleri hayvanların fiziki anlamda hislere ve manevi anlamda duygulara sahip birer canlı olmaları sebebiyle cansız eşyadan ayrılan yönlerini dikkate alıp, buna uygun olarak tedavisinde maksimum özeni göstermeleri gerekmektedir.

Veteriner hekimlerin uygulayacakları tedavinin biçimi ve zorluğu, sadece tedavi konusunun kişilik hakkına sahip olmamasından kaynaklanmamaktadır. Tedavi konusunun sıkıntısını anlatamayacak olması, uygulanacak tedavi açısından yapılacak aydınlatmayı anlama imkanının olmaması ve aydınlatılmış onam verme imkanının bulunmaması, veteriner hekimin uygulayacağı tedavi sonucunda sahip olacağı sorumluluğu etkileyen başlıca faktörlerdir.

Söz konusu sebepler doğrultusunda, veteriner hekimlerin tedavi esnasında gösterecekleri özenin ve sorumluluklarının değerlendirilmesinin, muhatabı kişi olan hekimlerin göstereceği özenden ve sorumluluklarından farklı olarak yapılmalıdır. Başka bir ifade ile, hekimlerin yükümlülükleri ve sorumlulukları ile veteriner hekimlerin yükümlülükleri ve sorumlulukları farklı olacaktır. Ancak, veteriner hekimlerin uyguladığı tedavinin konusunun kişi olmaması, onların göstereceği özenin az olması gerektiğine işaret oluşturmamalıdır. Veteriner hekim, yine objektif olarak kendisinden beklenen tüm özeni göstermelidir.

I. HAYVAN KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Hayvan Kavramı

Hayvan, sözlük anlamı olarak, “*Duygu ve hareket yeteneği olan, içgüdüleriyle hareket eden canlı yaratık*”tır¹. Başka bir ifade ile hayvanlar, insan ile bitkiler arasındaki canlıların ortak adıdır². “Hayvan” sözcüğü, günlük kullanımda esasen insan dışı nefes alan ve hareket eden şeyleri ifade etmek için kullanılırsa

¹ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5285024c9bb701.28695521 (son erişim tarihi: 4.11.2013)

² **WEGMANN**, Alice, *Das Tier im schweizerischen Recht*, Rascher Verlag, Zürich Stuttgart, 1966, s. 9.

da biyolojik bağlamda insanı da içerir. Fakat hukuki anlamda, hayvan terimi, insanları içermez.

24.6.2004 tarihli ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda her ne kadar hayvan kavramının tanımı yapılmamış olsa da, Kanun açısından önem taşıyan bazı tanımlara 3. maddede yer verilmiştir:

e) Evcil hayvan: İnsan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvanları,

f) Sahipsiz hayvan: Barınacak yeri olmayan veya sahibinin ya da koruyucusunun ev ve arazisinin sınırları dışında bulunan ve herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunmayan evcil hayvanları,

g) Güçten düşmüş hayvan: Bulaşıcı ve salgın hayvan hastalıkları haricinde yaşlanma, sakatlanma, yaralanma ve hastalanma gibi çeşitli nedenlerle fizikî olarak iş yapabilme yeteneğini kaybetmiş binek ve yük hayvanlarını,

h) Yabani hayvan: Doğada serbest yaşayan evcilleştirilmemiş ve kültüre alınmamış omurgalı ve omurgasız hayvanları,

ı) Ev ve süs hayvanı: İnsan tarafından özellikle evde, işyerlerinde ya da arazisinde özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvanı,

j) Kontrollü hayvan: Bir kişi, kuruluş, kurum ya da tüzel kişilik tarafından sahiplenilen, bakımı, aşıları, periyodik sağlık kontrolleri yapılan işaretlenmiş kayıt altındaki ev ve süs hayvanlarını, ...

m) Deney hayvanı: Deneyde kullanılan ya da kullanılacak olan hayvanı,

n) Kesim hayvanı: Gıda amaçlı kesimi yapılan hayvanları, ...

ifade eder.”

B. Hayvanın Hukuki Niteliği

Hayvanların kişi sayılmayacağı kesin olsa da, hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bu konudaki ilk tartışmalar, 15.10.1978 yılında ilan edilen Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 4. maddesinde hayvanların yaşama hakkına sahip olduklarına ve 14. maddesinde hayvan haklarının da insan hakları gibi yasa ile düzenlenmesi gerektiğine ilişkin düzenlemenin yapılması ile başlamıştır³.

³ Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesinin 4. maddesi şu şekildedir:
"Madde 4-1.Yabani türden olan bütün hayvanlar, kendi özel ve doğal çevrelerinde, karada, havada veya suda yaşama ve üreme hakkına sahiptir.

Bu düzenlemenin ardından, hayvanların eşya sayılmayacağı, bazı hukuk sistemlerince kabul edilmiştir. Zira, Alman Medeni Kanunu(BGB)'nin 90a maddesinin birinci cümlesi uyarınca hayvanlar eşya değildir. Aynı yöndeki düzenlemeler, İsviçre Medeni Kanunu(ZGB)'nin 641a ve Avusturya Medeni Kanunu(ABGB)'nin 285a maddelerinde de yer almaktadır. Her ne kadar bu düzenlemeler sayesinde adı geçen ülkelerde hayvanlar eşya niteliğinde değerlendirilemeyecekse de, aynı hakka konu olabilecekleri tartışmasızdır; zira eşyalarla aynı hükümlere tabidirler⁴. Bu ülkelerde eşyalara ilişkin hükümler, hayvanlara eşya oldukları için değil, eşya gibi sayıldıkları için uygulanacaktır; bu sebeple de hayvanlar eşya ve haklar yanında üçüncü bir kategoridir⁵.

Ancak, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda hayvanların eşya sayılmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, her ne kadar hayvan hakları yönünden hemen hemen aynı esasları içeren Kıta Avrupası hukuk sistemindeki görüşlerin Türk Hukuku açısından da benimsenebileceği düşünülse de⁶, hayvanların aynı hakka konu olabilmeleri dolayısıyla, ülkemiz hukukunda halen eşya niteliğini taşıdıklarının kabulü gerekir⁷.

II. VETERİNER HEKİMİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak Veteriner Hekimin Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Sebepleri

Veteriner hekimin hukuki sorumluluğunun olup olmadığının belirlenmesinde en büyük sorun, hayvanların eşya niteliğini taşıdığı kabul edilse de edilmese de, kişilik haklarının olmamasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, 5199 sayılı Kanun ile hayvanların yaşama hakkının olduğu⁸ kabul edilmişse de, yaşama hakkına sahip olunması, kişilik hakkına sahip olduğu anlamına gelmemektedir⁹.

2. Eğitim amacı ile olsa bile, özgürlükten yoksun kılmanın her çeşidi bu hakka aykırıdır."

⁴ **STUDER**, Josef, Sachenrecht, Schultess, 2004, s. 26; **ÜNAL**, Mehmet/**BAŞPINAR**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku: Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012, s. 71.

⁵ **HONSELL**, Heinrich/**VOGT**, N. Peter/**GEISER**, Thomas/**TRAUFFER**, Bernhard, Kommentar zum Schweizerischen Privatrechts, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, II, Basel 1998, Art. 641a, Nr. 4, 6. Ancak kanımızca, aynı haklara konu olabilmeleri sebebiyle, hayvanların eşya olarak nitelendirilememeleri, uygulamada bir öneme sahip olmayacaktır. Zira, hayvanların eşya sayılmaması ile hedeflenen, aynı haklara konu olmamalarının sağlanmasıdır.

⁶ **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 71.

⁷ **SİRMEN**, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 2013, s. 9; **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 71; Karşıt görüş için bkz. **OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 7-8(Yazarlara göre, Türk Hukukunda da hayvan eşya benzeri olarak nitelendirilmelidir).

⁸ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 7-8.

⁹ **DEUTSCH**, Erwin/**SPICKHOFF**, Andreas, Medizinrecht, 5. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, 2003, Rn. 291.

Veteriner hekimin mesleğini icrası esnasında izlemesi gereken yol, Türk Hukukunda, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nda kısmen düzenlenmiştir. Zira Kanun'un "Hayvan Refahı" başlıklı 9. maddesine göre,

"(1) Hayvan sahipleri veya bakımından sorumlu kişiler, hayvan refahının sağlanması amacıyla, hayvanların barınma, bakım, beslenme, sağlık ve diğer ihtiyaçlarını karşılamak, sorumluluklarındaki hayvanların insan, hayvan ve çevre sağlığı üzerinde oluşturabilecekleri olumsuz etkilere karşı gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

(2) Hayvanların kesimi ve hastalık kontrolü amacıyla itlafı, hayvanlarda heyecan, acı ve ıstırap oluşturmadan, uygun araçlar kullanılarak yerine getirilir.

(3) Hayvanlara ötenazi yapmak yasaktır. Ancak,

a) Hayvanlara acı ve ıstırap çektiren veya iyileşme durumu bulunmayan hastalık durumlarında,

b) Akut bulaşıcı bir hayvan hastalığının önlenmesi ya da eradikasyonu amacıyla veya insan sağlığı için risk oluşturan durumlarda,

c) Davranışları insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen durumlarda, veteriner hekim tarafından ötenazi yapılmasına karar verilebilir. Ötenazi işlemi veteriner hekim tarafından veya veteriner hekim gözetiminde yapılır.

(4) Hayvanların barınma, nakil, kesim öncesi ve kesimi sırasındaki hayvan refahı esasları Bakanlıkça belirlenir. Hayvan kesimlerinin Bakanlıktan onaylı kesim yerlerinde yapılması zorunludur.

(5) Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir."

Bunun yanında, yine aynı Kanun'un 14. maddesine göre,

"(1) Veteriner hekim, uygulayacağı veya tavsiye edeceği, reçeteye tâbi veteriner tıbbî ürünler ve terkipler için, reçete düzenlemek, belirlenen kayıtları tutmak ve talep edildiğinde Bakanlığa sunmak zorundadır.

(2) Veteriner tıbbî ürünler, kullanıma arz edilen hâliyle, etiket ve prospektüs bilgilerine göre uygulanır. Buna aykırı uygulamalarda sorumluluk, uygulayana ve uygulanmasına izin verene aittir.

(3) Veteriner biyolojik ürünleri, veteriner hekim veya yardımcı sağlık personeli tarafından uygulanır. Bakanlığın programlı veya projeli çalışmaları için uygulayıcılara, hayvan sahipleri tarafından Bakanlıkça belirlenen uygulama ücreti ödenir.

(4) Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir.”

Veteriner hekimin hukuki sorumluluğu, kararlarda, çoğunlukla haksız fiile dayandırılmaktadır¹⁰. Bu düşünce, hekimin hukuki sorumluluğu ile veteriner hekimin hukuki sorumluluğunun paralel şekilde değerlendirilmesi gerektiği düşüncesinden ortaya çıkmıştır¹¹. Hekimin sorumluluğu, insanın kişilik hakkı, anlama yeteneği ve buna uygun rıza gösterme imkânı sahibi olması sebebiyle, uygulamada birden çok sorumluluk türüne aralarında özel bir ağırlık farkı yaratılmaksızın somut olayın özelliklerine göre dayandırılmıştır¹². Ancak, veteriner hekimin sorumluluğunda, hayvanın insandan ayrılan yönleri sebebiyle, aynı esaslarla karar verilmesi, doğru olmayacaktır¹³.

Veteriner hekimin hukuki sorumluluğu, öncelikle tedavi sözleşmesinden kaynaklanabilir. Veteriner hekim, bu sözleşmeye dayanarak, sözleşme konusunu, bilgi ve tecrübeleriyle hem özenli bir şekilde tedavi etmeli, hem de sözleşmenin karşı tarafını buna dayanarak aydınlatmalı ve ona tedavi süreci ile ilgili nasihatler vermelidir¹⁴.

Veteriner hekim ile hayvan sahibi arasındaki sözleşmenin niteliğinin hekim ile hasta arasındaki ilişkiden bir farkı olmayacaktır¹⁵. Bu kapsamda, hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem kazanacaktır. Bir görüşe göre, hasta ile hekim arasındaki ilişki, suigeneris bir sözleşmedir¹⁶. Bu görüşe göre, bu sözleşme türünün, Borçlar Kanunu'ndaki diğer sözleşmelerden biriyle açıklanabilmesi mümkün ve doğru değildir. Çünkü tedavi sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasına rağmen, hekimin borcu, hastanın borcunun aksine, “mal” varlığı ile ölçülememekte ve hekimin her hangi

¹⁰ DEUTSCH/SPICKHOFF, Rn. 291.

¹¹ DEUTSCH/SPICKHOFF, Rn. 291.

¹² BLECKWENN, Eike, Die Haftung des Tierarztes im Zivilrecht, Springer, Berlin Heidelberg, 2014, § 4, Zusammenfassung

¹³ BLECKWENN, § 4, Zusammenfassung

¹⁴ DEUTSCH/SPICKHOFF, Rn. 291.

¹⁵ BLECKWENN, § 4, Zusammenfassung

¹⁶ DEMİR, Mehmet, Hekimin sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFHD, 2008, C. 57, S. 3, s. 227-235

bir hatası sonucunda sözleşmenin karşı tarafı bu hatayı bazen hayatıyla olmak üzere “can” varlığıyla ödemektedir¹⁷.

Diğer bir görüşe göre, tedavi sözleşmesi, bir hizmet sözleşmesidir. Bu görüş, Alman Hukukunca esas alınmıştır¹⁸. Burada tedavi sözleşmesinin iş görme sözleşmesi olmadığı, hizmet sözleşmesi olduğu vurgulanmıştır¹⁹. Aynı şekilde Avusturya Hukukunda da tedavi sözleşmesi hizmet sözleşmesi sayılmaktadır²⁰. Alman yazarlar, veteriner hekimlerin yapmış oldukları tedavi sözleşmelerinin de hizmet sözleşmesi olduğunu ayrıca vurgulamışlardır²¹.

Bizim de katıldığımız **üçüncü görüşe göre, hasta ile hekim arasında bir vekâlet sözleşmesi vardır. Vekâlet sözleşmesi çerçevesinde hasta, hekimi vekil tayin edecek ve rızası doğrultusunda hekimi yönlendirecektir. Hekim ise, bu sözleşmeye dayanarak bilgi ve tecrübeleri vasıtasıyla hasta için en uygun gördüğü tedaviyi uygulayacaktır. İsviçre Hukukunda aile hekimliği sözleşmesi dışında, hekimlik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilir²². Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi kararları mevcuttur²³. Türk Hukukunda da doktrinin büyük bir kısmı tarafından tedavi sözleşmesi, bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir²⁴.**

¹⁷ ORAL, Tuğçe, “The Definition of Legal Relationship Between a Patient and Physician”, Ankara Bar Review, Vol. 4 Issue 1, January 2011, s. 23 http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ankar4&div=4&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=tugce|oral&type=matchall#21

¹⁸ KATZENMEIER, Christian, Arzthafung, Tübingen, 2002, s. 99; WENZEL, Frank, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln, 2007, s. 232; HEIDELK, Stefanie, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, Berlin, 2005, s. 22.

¹⁹ SOERGEL, Hans Theodor/SPICKHOFF, Schuldrecht, Bd. 12, §§823-853, ProdHG, UmweltHG, 13. Aufl. Stuttgart, 2012, § 823, Anh. I, Rn. 8; BAMBERGER, Heinz Georg/ROTH, Herbert/FUCHS, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, §§ 611-1296, AGG, ErbbausRG, WEG, 3. Aufl., München 2012, § 611, Rn. 16; LAUFS, Adolf/KATZENMEIER, Christian/LIPP, Volker/LIPP, Arztrecht, 6. Aufl., München, 2009, Kap. III, Rn. 26; MÜLLER-GLÖGE, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, Schuldrecht BT II, §§ 611-704, 6. Aufl.(Hrsg. SAECKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland). München 2012, § 611, Rn. 79 ff.; LAUFS, Adolf/KERN, Bernd-Rüdiger/KERN, Handbuch des Arztrechts – Zivilrecht, öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht, 4. Aufl. München, 2010, § 38, Rn. 9; KATZENMEIER, s. 99 vd.

²⁰ WENZEL, s. 1443.

²¹ DEUTSCH/SPICKHOFF, Rn. 291.

²² İsviçre Hukukunda, “Aile Hekimliği Sözleşmesi”, bir tür “Hizmet Sözleşmesi” olarak kabul edilmektedir. WENZEL, s. 1493 vd.

²³ BGE 117 Ib 197; BGE 116 II 519

²⁴ ÖZCAN, Burcu G., ÖZEL, Çağlar, “Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Sonucu Çıkan Hukuki İlişkide Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 2007, S. 1, C. 10, s. 63; ATICI SEVİNDİK, Ebru, Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü, Adana 2006, s. 6; OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kuşkusuz, veteriner ile hayvan sahibi arasındaki sözleşme, zaman zaman eser sözleşmesi niteliğini de taşıyabilecektir. Örneğin bir hayvanın yıkanıp tüylerinin kesilmesi, süslenmesi, bu duruma örnek teşkil edebilecektir.

Veteriner ile yapılan sözleşmelerin önemi, sadece tedavi alanında değil, aynı zamanda, veteriner tarafından düzenlenecek satılabilirlik raporu için veteriner yapılmış başvurularda da öne çıkmaktadır. Zira, satılabilirlik raporunun verilmesi için yapılan sözleşmenin tarafları satıcı ve veteriner olmasına rağmen, alıcı da sözleşmenin koruma alanına dahil olup, sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanarak veterinerden maddi tazminat talep edebilecektir²⁵.

Veteriner hekimin sözleşmenin yanı sıra, haksız fiil, vekâletsiz iş görme ve kusursuz sorumluluk hükümleri çerçevesinde de sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

B. Veteriner Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde, taraflarca özel haklar ve yükümlülükler belirlenebilirken; haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk, kişilerin kanunen başkaca bir düzenleme yapılmaksızın uymak zorunda oldukları kurallara uymamaları sonucu meydana gelmektedir²⁶. Herkesin uymakla yükümlü olduğu söz konusu kurallar, kişiler için uygulanan tıbbi hukukta özellikle manevi tazminat talep edilebilmesi için, önem arz etmektedir²⁷.

Hekimin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde öne çıkan sorumluluk sebeplerinin, özellikle de vücut bütünlüğü ihlali doktrininin; veteriner hekimin hukuki sorumluluğuna da kıyasen uygulanabilip uygulanamayacağı, başka bir ifade ile, söz konusu durumun mülkiyet hakkının ihlali olarak kategorize edilebilip edilemeyeceği sorununun çözülmesi önem taşımaktadır²⁸. Zira, kişinin bedensel bütünlüğüne zarar verilmesi durumunda, vücut bütünlüğünün de ihlal edilmiş olacağı kabul edilmektedir; ancak böyle bir durumda dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu müdahalenin kişinin sağlığının iyileştirilmesi kastıyla

Dergisi, 2003, C. 52, S. 3, s. 55; **BAŞPINAR**, Veysel, "Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümü (DieAufkalerungspflichtDesArztesFürDiePatientenBei der Organtransplantation)", <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/diger-eserler/veysel-baspinar>, s. 3.

²⁵ **BLECKWENN**, § 4, A; **DEUTSCH/SPICKHOFF**, Rn. 291; Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi, veteriner hekim tarafından atın ayak eklem kemiğinin değiştirilmiş olduğunun gözden kaçırılması sebebiyle, sözleşmenin tarafı olmayan alıcının da sözleşmenin koruma alanına dahil edilip, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında tatmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. (OLG Köln, ZeitschriftfürVersicherungsrecht, 1992, s. 978)

²⁶ **BLECKWENN**, § 6, Zusammenfassung.

²⁷ **SOERGEL/SPICKHOFF**, §823, Anh. 1, Rn. 5; **BLECKWENN**, § 6, Zusammenfassung.

²⁸ **BLECKWENN**, § 6, A 1 1 a.

yapılıp yapılmadığıdır²⁹. Kişilere uygulanan tıbbi hukuk için vücut bütünlüğü ihlali doktrini açısından önem taşıyan bir diğer husus, hekimin yapmış olduğu aydınlatma çerçevesinde kişinin göstermiş olduğu rızadır. Zira, kişi tarafından aydınlatmaya uygun olarak gösterilmiş rıza, vücut bütünlüğünün ihlalinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır³⁰.

Vücut bütünlüğü doktrininin veteriner hekimin sorumluluğuna uygulanması imkanı karşısında en önemli engel, hayvanın kişi olmaması, bu sebeple de kendi kaderini belirleme³¹ ve tıbbi müdahaleye rıza gösterme yeteneğine sahip olmamasıdır³². Bu nedenle, her ne kadar geçmişte, kişiler için uygulanan tıbbi sorumluluk hukukunun kıyas yoluyla veteriner hekimler için de uygulanmış ve dolayısıyla veteriner hekimin hukuki sorumluluğunun belirlenebilmesi için de haksız fiil hükümlerinin ağırlığı hissedilmiş olsa da³³, günümüzde, hekimin hukuki sorumluluğunun dayandığı esasların veteriner hekimin hukuki sorumluluğu üzerindeki söz konusu etkisi azalmıştır³⁴. Zira artık, haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunan, hayvan üzerindeki mülkiyet hakkıdır³⁵. Ancak hayvan üzerinde yapılan her türlü tedavi, haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunan hakların ihlali anlamına gelmeyecektir. Özellikle yanlış tedavi veya veteriner hekimlerce uygulanan standart tedavi yöntemine uyulmaması haksız fiil sorumluluğunu doğurmayacağı gibi, mülkiyet hakkı sahibinin tedavi öncesi göstermiş olduğu rıza da sorumluluğun doğmasını engelleyecektir³⁶. Sorumluluğun doğması için, tedavinin olumsuz sonuçlarının hayvan vücudu üzerinde görülmeye başlaması gerekmektedir³⁷.

²⁹ **SOERTEL/SPICKHOFF**, § 823, Anh. I, Rn. 52; **BAMBERGER/ROTH/SPLINDER**, § 823; **KATZENMEIER**, s. 112; **DEUTSCH/SPICKHOFF**, Rn. 483 ff.

³⁰ **DEUTSCH/SPICKHOFF**, Rn. 191 vd.

³¹ **BLECKWENN**, § 6, A I 1 b.

³² **BLECKWENN**, § 6, A I 1 b.; **SOERTEL/SPICKHOFF**, § 823, Anh. I, Rn. 52; Eleştiren görüş için bkz. **KATZENMEIER**, s. 118 vd.

³³ **BLECKWENN**, § 6, Zusammenfassung.

³⁴ **BLECKWENN**, § 6, Zusammenfassung. Karşıt görüş için bkz. **BAMBERGER/ROTH/SPLINDER**, § 823 Rn.584 ff.; Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht, BT III, §§ 705-853 PartGG, ProdHaftG (Hrsg. REBMAN, Kurt/RIXECKER, Roland/SAECKER, Franz Jürgen), Bd. 5, 6. Aufl. München 2012, § 823 Rn 698 ff.

³⁵ **SCHULZE**, Ekkehard, Die zivilrechtliche Haftung des Tierarztes, Juristische Dissertation, Berlin, 1991, s. 72; **BLECKWENN**, § 6, A I 1 b.

³⁶ **TERBILLE**, Michael/**ADOLPHSEN**, Münchener Anwaltshandbuch – Medizinrecht, München 2009, § 12, Rn. 109 vd.; **SCHULZE**, s. 72-73; **BLECKWENN**, § 6, A I 1 b.

³⁷ **SCHULZE**, s. 72-73; **TERBILLE/ADOLPHSEN**, § 12, Rn. 109. Hayvan üzerindeki etki, özellikle belirli bir amaç için özgülümlenmiş ve kullanılmakta olan hayvanlarda daha da belirginleşmiştir. Yarış atının ya da faytonda kullanılan atların veteriner hekimin yanlış tedavisinin ardından yarışamaz hale gelmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir. (**BLECKWENN**, § 6, A I 1 b.)

Her ne kadar doktrinde bir görüşe³⁸ göre, hayvan malikinin hayvan üzerindeki özerkliği dikkate alındığında, tedavi kötü niyetle yapılmamış ve her türlü mesleki tekniğe uygun olarak yapılmış olması, tedavinin kabul edilmesi için mümkün ve yeterli değilse de; kanımızca, bu görüşün desteklenmesi doğru olmayacaktır. Zira, zaten bu görüş de veterinerin üstün amaç taşıyan müdahalelerinin hukuka uygun olduğunu kabul etmektedir. Veteriner hekimin üstün amaç taşıyan müdahale dışında herhangi bir müdahalede bulunması, veteriner hekimlerin ettikleri yeminle de bağdaşmayacak ve mesleki etiğine ters olacaktır. Bu anlamda, veteriner hekimin bahsedilen müdahalede bulunması, hekimin kasten adam yaralaması veya öldürmesine benzetilebilir. Bu sebeple, bahsedilen görüşün, kanımızca uygulamada bir önemi yoktur.

Haksız fiil sorumluluğunu teorik olarak doğuracak bir diğer sebebin yaşamın, vücut bütünlüğünün ve dolayısıyla sağlık hakkının ihlali olduğu düşünülürse, bu sorumluluk sebebinin de veteriner hekimin hukuki sorumluluğunu doğurmayacağı söylenebilir. Zira bu haklar, insanlara, kişi olmaları sebebiyle tanınmıştır ve hayvanların kişilik hakları olmadığından söz konusu unsurların ihlali haksız fiil teşkil etmeyecektir. Ancak hayvandan insana bulaşabilecek ve bulaşması durumunda, yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkının ihlali teşkil edecek hastalıkların³⁹ hayvanda mevcut olması durumunda, veteriner hekim, bu hastalıkların bulaşmaması için tüm önlemleri almalıdır⁴⁰. Bu anlamda veteriner hekim, tedavi esnasında yanında bulunan ve muayenehanesinde olan kişilerin zarara uğramaması için tüm önlemleri almalıdır⁴¹.

Zilyetliğin ihlali de mülkiyetin ihlali benzeri bir durum olduğundan⁴², veteriner hekimin haksız fiil sorumluluğunu doğuracaktır⁴³. Hatta Alman Hukuku'nda yalnızca hakka dayanan zilyetliğin BGB'nin 823. maddesinin birinci fıkrasındaki "diğer haklar" teriminin içinde değerlendirilebileceği, hakka dayanmayan

³⁸ BLECKWENN, § 6, A 1 1 b.

³⁹ Bu hastalıklara örnek olarak şarbon, deli dana hastalığı, kuş gribi gösterilebilir. Zira bir kararda (En tscheidungendes Reichgerichths in Zivilsachen, Bd. 102, s. 373 vd.), veteriner hekim, danada şarbon hastalığı bulunmasına rağmen, bunu ihmal etmesi ve dolayısıyla kasabı korumaması sebebiyle sorumlu bulunmuştur.

⁴⁰ BLECKWENN, § 6, A 1 2.

⁴¹ EIKMEIER, Hans/FELLNER, Eberhard/ MOEGLE, Horst/FELLNER, Lehrbuch der gerichtlichen Tierheilkunde, Berlin 1990, s. 123.

⁴² SOERTEL/SPICKHOFF, § 823, Rn. 157; MünchKommBGB, § 823, Rn. 157. Zilyetlik her ne kadar mülkiyet gibi aynı bir hak olmasa, yalnızca bir fiili durum olsa da, kanun koyucu, zilyetliğe, diğer fiili durumlardan farklı bazı koruma imkânları tanımıştır. Başka bir ifade ile zilyedin zilyetliğinin hakka dayanıp dayanmaması önemsenmeksizin, zilyedin zilyetliği korunacaktır. Bu nedenle, zilyetliğin ihlali, mülkiyet hakkının ihlali benzeri olarak nitelendirilebilir.

⁴³ BLECKWENN, § 6, A 1 3.

zilyetliğin bu kapsamda koruma altına alınmayacağı kabul edilmektedir⁴⁴.

Ayrıca, hayvan sahibinin özel klinikle yapmış olduğu tedavi sözleşmesinin taraflarından biri, klinikte çalışan veteriner hekim olmadığına göre, çalışan veteriner hekimin sorumluluğu, sözleşmeye dayanmayacak, haksız fiil sorumluluğu olacaktır⁴⁵.

Veteriner hekimin sorumluluğunun doğması için, bir fiilin olması şarttır⁴⁶. Sorumluluğu doğuracak davranış, yapma⁴⁷ şeklinde pozitif bir davranış olabileceği gibi, yapmama⁴⁸ şeklinde ihmali bir davranış da olabilecektir⁴⁹.

Veteriner hekimin, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için, kuşkusuz davranışı ile korunan menfaatlerde meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması şarttır⁵⁰. Burada tartışılması gereken husus, kendisi ile acil durumda sözleşme yapmak isteyen hayvan sahibinin isteğini geri çevirmesi sonucu hayvan sahibinin zarar görmesinde uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığıdır. Kanımızca, böyle bir durumda, korunması gereken değer olduğundan, veteriner hekimin konusunda uzman başka bir meslektaşına kişiyi yönlendirmediği sürece, meslek etiği sebebiyle hayvan sahibiyle sözleşme yapma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün ihlali sonucunda zarar doğmuşsa, illiyet bağının da varlığından söz edilebilecektir.

C. Veteriner Hekimin Vekâletsiz İşgörmeden Doğan Sorumluluğu

Hayvan malikinin veya yetkilendirdiği temsilcisinin⁵¹ veteriner ile tedavi sözleşmesi yapmak amacıyla hazır bulunmadığı ve hayvan için acil durum teşkil eden bir durumda, veteriner hekimin, meslek etiği sebebiyle müdahalede bulunması mümkündür.

Vekâletsiz işgörme çerçevesinde veteriner hekimin müdahalede bulunması, veteriner hekim ile hayvan sahibi arasında bir sözleşme bulunmaması halinde ya da bunlar arasında sözleşme bulunmasına rağmen, hayvan için acil bir durum

⁴⁴ **LARENZ**, Karl/**CANARIS**, Claus-Wilhelm, LehrbuchdesSchuldrechts, Bd. II, BesondererTeil, Halbband 2, 13. Aufl. München, 1993, § 76, II, 4-5; **BLECKWENN**, § 6, A I 3; Karşıt görüş için bkz. MünchKommBGB, § 823, Rn. 158.

⁴⁵ **BLECKWENN**, § 6, Zusammenfassung.

⁴⁶ **PALANDT**, Otto/**SPRAU**, BürgerlichesGesetzbuch,BeckischeKurzKommentare, 71. Auflage, 2012,§ 823 Rn. 2; **SOERGEL/SPICKHOFF** § 823 Rn. 3;

⁴⁷ Örneğin, bir hayvanın kısırlaştırılması, hayvana yanlış ilacın verilmesi.

⁴⁸ Örneğin, ameliyat öncesi hayvana ne kadar narkoz verilmesi gerektiğinin araştırılmaması

⁴⁹ **BLECKWENN**, § 6, A II

⁵⁰ **BLECKWENN**, § 6, A III.

⁵¹ Bir yarış atının sürekli olarak bakımını üstlenmiş veya bakımı görevlendirilmiş kişi, temsilciye örnek olarak gösterilebilir.

teşkil eden hallerde, sözleşmedeki edimin aşılması durumunda hayvan sahibinin yararına olacaktır. Aynı zamanda, veteriner hekimin üçüncü bir kişi tarafından yetkilendirildiği durumda da vekaletsiz iş görmeden bahsedilebilecektir. Ancak bu durumun vekaletsiz işgörmeye teşkil edebilmesi için, veteriner hekimin kendisini yetkilendiren kişinin hayvan sahibi olmadığını bilmesi şarttır⁵².

Veteriner hekimin sözleşmeyle rıza gösterilmiş olan tedavi sınırlarını aşması halinde, söz konusu olan vekaletsiz iş görmenin caiz olup olmadığı değerlendirilebilmesi için, mevcut ya da olası rızaya riayet edip etmediği önem taşımaktadır⁵³. Böylece, malikin tedavinin gerektirdiği genişlikte rıza göstermemesine karşın, hayvanın, dolayısıyla malikin üzerinde mülkiyet hakkı bulunan şeyin, acil ve ertelenemez bir tehlikeyle karşılaşması durumu, malikin muhtemel iradesine uygun olmak koşuluyla tedavide bulunulması ile, başka bir ifade ile, caiz olan vekaletsiz iş görme ile aşılmış olacaktır⁵⁴. Ancak, burada, hayvanın karşılaştığı tehlikenin engellenmesinin malike söz konusu tedaviye rıza gösterip göstermediğinin sorulamayacağı kadar acilen yapılacak olması gerekmektedir. Kamu yararının bulunması durumunda da malikin rızası aranmayacak, kamu yararı, bireysel yararın önüne geçecek⁵⁵ ve veteriner hekimin vekaletsiz iş görmesi, caiz olacaktır⁵⁶. Bu anlamda, vekaletsiz iş görmesi caiz olarak nitelendirilebilecek veteriner hekimin sorumluluğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "*Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*" hükmünü amir 527. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilecektir.

Burada önemle belirtilmelidir ki, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki konularda, veteriner hekimin açıkça rızaya veya üstün nitelikte özel yarara ihtiyacı vardır. Anılan hükme göre, "*Ev ve süs hayvanının dış görünüşünü değiştirmeye yönelik veya diğer tedavi edici olmayan kuyruk ve kulak kesilmesi, ses tellerinin alınması ve tırnak ve dişlerinin sökülmesine yönelik cerrahi müdahale yapılması yasaktır. Ancak bu yasaklamalara; bir veteriner hekimin, veteriner hekimliği uygulamaları ile ilgili tıbbi sebepler veya özel bir hayvanın yararı için gerektiğinde tedavi edici olmayan müdahaleyi gerekli görmesi veya üremenin önlenmesi durumlarında izin verilebilir.*"

Yukarıda belirtilenlerin aksine, veteriner hekimin, hayvan sahibinin rızasının olmadığını bilmesine rağmen, rızasına veya olası iradesine aykırı bir müdahalede bulunması halinde, veteriner hekim, caiz olmayan vekaletsiz işgörmeye hükümlerine

⁵² BLECKWENN, § 5, A.

⁵³ BLECKWENN, § 5, B.

⁵⁴ SOERTEL/SPICKHOFF, § 823, Anh. I, Rn. 49; BLECKWENN, § 5, B.; KATZENMEIER, s. 109-110.

⁵⁵ MünchKommBGB, § 679, Rn. 5.

⁵⁶ BAMBERGER/ROTH/GERLEIN, § 679, Rn. 1 vd.; BLECKWENN, § 5, B I.

göre sorumlu olacaktır⁵⁷. Bu anlamda, veteriner hekimin tazminat sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nun 427. maddesinin ikinci fıkrasındaki “İşgören, işsahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve işsahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.” şeklindeki hüküm çerçevesinde belirlenecektir.

D. Veteriner Hekimin Kusursuz Sorumluluğu

1. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

Hayvan sahibinin hayvanını veteriner hekime götürüp onu tedavi ya da bakım için bırakması, veteriner hekimin hayvan bulunduranın sorumluluğu sebebiyle kusursuz sorumlu olmasını sağlayacaktır. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 67. maddesine göre,

“Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.”

Burada veteriner, hayvanın bakımını ve yönetimini geçici olarak üstlenen kişi olacaktır. Zira, tedavi sözleşmesi ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak tedaviyi üstlenen veterinerin hayvan üzerinde hem hukuki hakimiyeti, yani zilyetliği, hem de fiili hakimiyeti bulunmaktadır. Burada bir an için, veterinerin zilyet yardımcısı olabileceği düşünülse dahi, veteriner hekim hayvan sahibinin rızası çerçevesinde olmasına rağmen, tedavinin içeriğini mesleki bilgi ve tecrübesini kullanarak belirleme yetkisine sahip olduğundan, kanımızca zilyet olarak değerlendirilmelidir. Veteriner hekimin zilyet yardımcısı sayılması halinde, hayvan bulundurması sebebiyle kusursuz sorumluluğa hayvan sahibi katlanacaktır⁵⁸.

2. Tehlike Sorumluluğu

6098 sayılı Kanun'un “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

⁵⁷ BLECKWENN, § 5, C.

⁵⁸ OFTINGER, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 2. Auflage, Zürich, 1960, s. 202 vd.; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2013, s. 633.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.” hükmünü amir 71. maddesi ile genel tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu anlamda, tehlike arz eden hayvanların zilyetlik altında bulundurulmasının ya da belirli cihazların muayenehanede kullanılmasının tehlike sorumluluğuna yol açıp açmayacağını tartışılması gerekir.

Öncelikle, hayvan bulduranın sorumluluğu, kurtuluş kanıtı getirilebilen bir sorumluluk türü olduğundan, tehlike sorumluluğu değildir⁵⁹. Ayrıca, hayvan bulduranın sorumluluğu, bazı hayvanların önemli ölçüde tehlike arz edebilmesinin mümkün olmasına karşın, madde hükmünde geçen “işletmenin faaliyeti” unsuru sağlanmamış olduğundan tehlike sorumluluğu sayılamayacaktır.

Ancak veteriner hekimin, muayenehanesinde röntgen cihazı gibi önemli ölçüde tehlike arz eden unsurları kullanması, işletme faaliyeti kapsamı içinde değerlendirilebileceğinden, zarar doğması halinde, tehlike sorumluluğu çerçevesinde tazminat yükümlülüğünün doğmasına yol açabilecektir.

SONUÇ

Özellikle Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin kabulünün ardından, hayvanların hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmalar mevcut olsa da, hayvanların eşya niteliği taşıdığı kabul edilmesi doktrinindeki hakim görüşe göre olduğu gibi, kanımızca da daha uygundur.

Veteriner hekimin hukuki sorumluluğu, veteriner hekim ile hayvan sahibi arasındaki sözleşmenin yanında, haksız fiilden, vekâletsiz iş görmeden veya kusursuz sorumluluk hallerinden de doğabilecektir.

Veteriner hekimin haksız fiil sorumluluğunun değerlendirilmesinde, hayvanın

⁵⁹ TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, 124; OFTINGER, Karl/STARK, Emil Wilhelm, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, s. 358; EREN, s. 631.

kişi olmamasından hareketle, kişiler için uygulanan tıbbi sorumluluk hukuku ilkelerinin burada uygulanamayacağı önem taşımaktadır. Bu anlamda, öncelikle vücut bütünlüğü ihlali doktrininin veteriner hekimin hukuki sorumluluğunu doğurmayacağı kanımızca kabul edilmelidir. Veteriner hekimin, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, hayvan sahibinin mülkiyet hakkını ya da zilyetliğini ihlal etmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, hayvan sahibinin veteriner hekimin bağlı bulunduğu klinik ile sözleşme yapması durumunda, tedavi uygulayan hekim, sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde değil, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

Hayvan malikinin veya yetkilendirdiği temsilcisinin veteriner ile tedavi sözleşmesi yapmak amacıyla hazır bulunmadığı ve hayvan için acil durum teşkil eden bir durumda, veteriner hekimin, meslek etiği sebebiyle müdahalede bulunması mümkündür. Bu durumlarda, vekaletsiz iş görme çerçevesinde veteriner hekim sorumlu olacaktır. Veteriner hekimin sözleşmeyle rıza gösterilmiş olan tedavi sınırlarını aşması halinde, söz konusu olan vekaletsiz iş görmenin caiz olup olmadığı değerlendirilebilmesi için, mevcut ya da olası rızaya riayet edip etmediği önem taşımaktadır. Malikin tedavinin gerektirdiği genişlikte rıza göstermemesine karşın, hayvanın, acil ve ertelenemez bir tehlikeyle karşılaşması durumu, caiz olan vekaletsiz iş görme ile aşılmış olacaktır. Ancak, burada, hayvanın karşılaştığı tehlikenin engellenmesinin malike söz konusu tedaviye rıza gösterip göstermediğinin sorulamayacağı kadar acilen yapılacak olması gerekmektedir. Kamu yararının bulunması durumunda da malikin rızası aranmayacak, kamu yararı, bireysel yararın önüne geçecek ve veteriner hekimin vekaletsiz iş görmesi, caiz olacaktır. Fakat, veteriner hekimin, hayvan sahibinin rızasının olmadığını bilmesine rağmen, rızasına veya olası iradesine aykırı bir müdahalede bulunması halinde, veteriner hekim, caiz olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

Bunların yanında, veteriner hekim, kusursuz sorumluluk halleri çerçevesinde de sorumlu olabilecektir. Veteriner hekim, hayvan bulduranın sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir, zira veteriner, hayvanın bakımını ve yönetimini geçici olarak üstlenen kişi olacaktır. Bunun yanında, kanımızca, veteriner hekim, muayenehanesinde radyasyon yayan malzemeler buldurması sebebiyle de tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır.



KAYNAKÇA

Atıcı Sevindik, Ebru, Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü, Adana 2006

Başpınar, Veysel, “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümü (Die Aufkaleerungspflichtdes Arztesfürdie Patientenbei der Organtransplantation)”, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/diger-eserler/veysel-baspinar>

Bleckwenn, Eike, Die Haftungdes Tierarzes im Zivilrecht, Springer, Berlin Heidelberg, 2014

Demir, Mehmet, “Hekimin sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252

Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, 5. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, 2003

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2013

Fellmer, Eberhard, “Der Tierarztvor Gericht”, Tierartzliche Praxis, 1986, s. 1-7

Heidelk, Stefanie, Gesundheitsverletzungund Gesundheitsschaden, Berlin, 2005

Honsell, Heinrich/Vogt, N. Peter/Geiser, Thomas/Trauffer, Bernhard, Kommentarzum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, II, Basel 1998

Katzenmeier, Christian, Arzthaftung, Tübingen, 2002

Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker, Arztrecht, 6. Aufl., München, 2009

Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger, Handbuchdes Arztrechts – Zivilrecht, öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht, 4. Aufl. München, 2010

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuchdes Schuldrechts, Bd. II, BesondererTeil, Halbband 2, 13. Aufl. München, 1993

Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, Schuldrecht BT II, §§ 611-704 (Hrsg. SAECKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland), 6. Aufl.,München, 2012

Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht, BT III, §§ 705-853 PartGG, ProdHaftG, Bd. 5 (Hrsg. REBMANN, Kurt/RIXECKER, Roland/SAECKER, Franz Jürgen), 6. Aufl. München 2012

Oftinger, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 2. Auflage, Zürich, 1960

Oftinger, Karl/Stark, Emil Wilhelm, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd.II/1, 4. Aufl., Zürich 1987

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011

Oral, Tuğçe, “The Definition of Legal Relationship Between a Patient and Physician”, Ankara Bar Review, Vol., 4 Issue 1, January 2011, s. 21-32, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ankar4&div=4&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=tugce|oral&type=matchall#21

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C. 52, S. 3, s. 55-77

Özcan, Burcu G., Özel, Çağlar, “Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Sonucu Çıkan Hukuki İlişkide Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 2007, S. 1, C. 10, s. 63

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Beckische Kurz Kommentare, 71. Auflage, 2012

Schulze, Ekkehard, Die zivilrechtliche Haftung des Tierarztes, Juristische Dissertation, Berlin, 1991

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 2013

Soergel, Hanstheodor, Schuldrecht, §§823-853, ProdHG, UmweltHG, 13. Aufl. Stuttgart, 2012, § 823, Anh. I, Rn. 8

Studer, Josef, Sachenrecht, Schultess, 2004

Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981

Terbille, Michael, Münchener Anwaltshandbuch – Medizinrecht, München 2009

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku – Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012

Wegmann, Alice, Das Tier im schweizerischen Recht, Rascher Verlag, Zürich Stuttgart, 1966

Wenzel, Frank, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln, 2007

ANONİM ŞİRKETİN AZLIK TARAFINDAN FESHİNE İLİŞKİN DAVA İLE İLGİLİ İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assesment of Swiss Federal Court's Decision About
Minority's Termination Right in Joint Stock*

Eser RÜZGÂR *

ÖZET

Yönetimde çoğunluk ilkesinin hâkim olduğu anonim ortaklıklarda, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat çatışmalarını önlemek amacı ile azınlığa bir takım haklar tanınmıştır. Bu haklardan biri de azlığa anonim şirketin feshine ilişkin haklı nedenle fesih hakkı veren bir dava ikame hakkıdır. Anonim şirketin haklı neden feshine ilişkin olarak açılan davanın temeli çoğunluğun, ortaklıktaki hâkimiyetini devamlı şekilde kötüye kullanılması ve bunun neticesinde ortaklığın çekilmez hale gelmesine dayanır. Anonim şirketler açısından azlığın haklı nedenle fesih davası, 6102 sayılı TTK ile ilk olarak Türk Hukukunda normatif bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Şirket çoğunluğunun sürekli azlığı –tabiri caizse- zapturapt altında tutma çabaları, bu hükümlerle bir ölçüde engellenmiştir. Şirketin sürekli kötü yönetimi, şirketin belirli bir ivme ile zarar etmesi ve bir süre sonra şirketin iflasın eşiğine gelecek olması, aile şirketlerinde, aile içi kavgaların veya bazı aile bireylerinin aileden dışlanması, şirketin uzun yıllar kar etmemesi veya/ve kar dağıtmaması (kronik karlılık), Yönetim Kulunun uzun yıllar huzur hakkı almaması ve şirketin amacını yerine getiremez durumda olması ve/veya uzun süre de durumun böyle devam edeceğinin anlaşılmasının haklı neden olarak kabul edilmesi gerekir.

Anılan düzenleme, İsviçre Borçlar Kanununun 736. maddesinden iktibas edilmiştir. Bu incelemede, azlık kavramı, fesih davasının genel yapısı, fesih için haklı nedenler, uygulamada yaşanan sıkıntılar ve bunlara ilişkin çözüm önerilerimiz İsviçre Federal Mahkemesi Kararları ve doktrindeki fikirler çerçevesinde tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Azlık, Fesih, Haklı Neden, İsviçre.

ABSTRACT

In joint stock companies that operate on the principle of majority of votes there are certain rights granted to minority partners in order to prevent conflicts of interest between majority and minority owners. One of these rights granted to the minority partners is the right to file a lawsuit in favor of dissolving the joint stock company on rightful grounds. The lawsuit filed in favor of the dissolution of the company on rightful grounds is based on the premise that the majority partners are abusing their authority over the company

* Avukat (İstanbul Barosu), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilimdalı Doktora Öğrencisi, İletişim: eser.ruzgar@dktr-legal.com

and coincidentally the partnership has become unbearable for the minority. The lawsuit of dissolution in joint stock companies is regulated on a normative basis in article 6102 of Turkish Code of Commerce.

The pursuit of keeping the minority partner under constant pressure by the majority partner is to some extent hindered by this provision of the Turkish Code of Commerce. Constant mismanagement of the firm, continued financial losses reported by the company that would eventually result in bankruptcy, family feuds or the marginalization of some family members from the family, the failure of the company to record profits or pay dividends (chronic lack of profits), avoidance to pay the board members an honorarium payment, the inability of the company to fulfill its goals and/or the realization that the inability has become permanent qualify for just causes for dissolution.

The mentioned arrangement has been extracted from Switzerland Code of Obligations' article 736. In this compendium, the notion of minority, the litigation process of the dissolution lawsuit, rightful grounds for dissolution, bottlenecks in practice and proposed solutions for these will be discussed within the framework of Switzerland Federal Court Rulings and ideas in legal doctrine.

Keywords: Joint Stock Company, Minority, Dissolution, Rightful Grounds, Switzerland



GİRİŞ

Anonim şirketler açısından azlığın haklı nedenle fesih davası, 6102 sayılı TTK ile ilk olarak Türk Hukukundanormatif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Anılan düzenleme, İsviçre Borçlar Kanununun 736. maddesinden iktibas edilmiştir. Bu nedenle İsviçre Hukuku doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, Türk Hukukuna yol gösterici olacaktır. İncelememiz temel olarak İsviçre Federal Mahkemesinin anonim şirketlerin feshi için açtığı davalarda vermiş olduğu bazı kararların incelenmesi oluşturmaktadır. Bunun yanında, konu ile ilgili temel bilgiler ve uygulamada tereddüt yaratan hususlara da yer geldiğinde değinilecektir.

I. GENEL OLARAK AZLIK KAVRAMI

Yönetimde çoğunluk ilkesinin hâkim olduğu anonim ortaklıklarda, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat çatışmalarını önlemek amacı ile azınlığa bir takım haklar tanınmıştır. Kara Avrupa'sında koruyucu haklar¹ olarak bilinen bu haklar, ortaksal demokrasiyi²sağlamak ve doğması muhtemel sorunları önlemeyi amaçlayan araştırmaların ürünüdür. Doktrinde, azınlık teriminin dar ve geniş

¹ **TEKİNALP Ünal**, Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sistemi Ve Uygulamasının Değerlendirilmesi, Türk Ticaret Kanununun 30. Yıl Semineri -İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1988, s. 231.

² **POROY Reha(TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin)**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2000, N. 750.

olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Dar anlamda, kapalı anonim ortaklıklarda; esas sermayenin onda birini, halka açık anonim ortaklıklarda; ödenmiş sermayenin en az yirmide birini temsil eden ortaklar olarak tanımlanırlar. Geniş anlamda ise, ortaklığın iradesinin oluşmasında rol almayan ancak çoğunluğun aldığı karar ile bağlı olan ortakları ifade eder.

Türk Hukukunda azlık hakları, yukarıda da belirtildiği üzere, ortaklık sermayesinin belirli bir oranını temsil eden ortaklara tanınmış haklardır. Bu oran TTK m. 441 uyarınca, esas sermayenin en az %10'unu ve SPKn.'a tabi halka açık anonim ortaklıklarda ödenmiş sermayenin %5'sini temsil eder. Doktrinde baskın görüşe göre³ bu oranlar azlık aleyhine arttırılamaz ancak azlık lehine azaltılabilir. Bu görüşe katılmayan İmregün⁴, TTK m. 366 istisnası dışında kanunen belirtilmiş karar yetersayılarının ağırlaştırılmayacağı gibi azlık lehine hafifletilemeyeceğini savunmaktadır. Kanaatimizce azlığı korumak amacı ile getirilmiş bu düzenlemenin amacına uygun olarak, esas sermayeyi temsil eden oran azaltılabilir.

II. AZLIĞA FESİH DAVASI İKAME ETME HAKKI TANINMASI ALTINDA YATAN TEMEL FİKİR

Anonim şirketin haklı nedenle feshine ilişkin olarak açılan davanın temelinde, şirket çoğunluğunun şirketteki hâkimiyetini devamlı şekilde kötüye kullanılması ve bunun ortaklığın devamını çekilmez kılması vakiası vardır. Bu vakıalar aynı zamanda Anonim Şirketlere hakim olan eşit işlem ilkesine de aykırıdır.⁵ Çoğunluk gücünün şirket içinde azlığın hareket alanını tamamen yok edecek boyuta ulaşması halinde (örneğin azlık haklarının kullanılmasının fayda vermeyeceğinin veya şirketin son yıllardaki bilançolarından iflas edeceğinin anlaşılması gibi) artık şirket sözleşmesinde belirlenen ortak amaca (*affectio societatis*) ulaşılması imkânsız hale gelir.

Şirketi kuran esas sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğu ve devamı çekilmez hale gelen sürekli borç doğurucu sözleşmelerin taraflara sözleşmenin feshi hakkını verdiği göz önünden kaçırılmamalıdır. Şu kadar ki,

³ **TEKİNALP Ünal (POROY Reha/ÇAMOĞLU Ersin)**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2000, N. 872, **HELVACI Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 302, **DOMANIÇ Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 814.

⁴ **İMREGÜN Oğuz**, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları Ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 82, Bazı yazarlar bu durumu şüphe ile karşılamışlardır. Bkz: **POROY Reha (TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin)**, N. 753.

⁵ Eşit işlem ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **KARAHAN Sami/COŞGUN Özlem Karaman**, Şirketler Hukuku, Konya, 2012, s. 342 vd.

anonim ortaklığın sermaye unsuruna dayanması, BK'da süreli borç doğurucu sözleşmelere uygulanan haklı sebeple fesih hükümlerinin örneğe yol ile anonim ortaklığa uygulanmasını imkansız hale getirmiştir. Çünkü, BK'da düzenlenen haller ancak kişi unsurunun önemli olduğu sürekli borç ilişkilerinde uygulanabilir. Esas itibarıyla birbiri ile uyuşmayan anonim ortaklık ve BK'da öngörülen ilişkiler yönünden örneğe olanağı kalmamaktadır⁶. Bu nedenle tasarıda isabetli olarak azlığın bu hakkı açıkça korumaya alınmıştır. Anonim şirketi esas sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilmesine ilişkin özel bir düzenleme yapıldığı söylenebilir.

Azlığa şirketin feshini dava etme gibi ciddi bir hak tanınmasının altında yatan bir diğer sebep, eTTK döneminde azınlık/azlık haklarının etkin olarak korunamamasıdır.⁷ Azlık hakkının etkin olarak korunması önündeki en önemli engellerden bir tanesi eTTK'da öngörülen teminat verme ve dava masraflarını depo etme şartıydı. Yürürlükteki TTK ile bu şartın kaldırılarak, azlık haklarının kullanılması için uygun bir zemin yaratılmıştır.⁸ Nitekim inceleme konumuzu oluşturan fesih davası ikame edilmesi için TTK m. 531'de zikredilen iki şartın yerine getirilmesi gerekli ve yeterlidir. Bunlardan biri, davacının azınlık pay sahibi olması; diğeri ise ortada fesih için haklı bir nedenin bulunmasıdır.

340

III. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN VERDİĞİ KARARLARDAN BAZILARI

TTK'ya alınan İsviçre Borçlar Kanununun 736. maddesine dayanılarak verilen birçok İsviçre Federal Mahkeme kararı bulunmaktadır. Biz, incelememizde fesih davasında haklı neden kavramını ortaya koyabilmek için bazı kararları ele alacağız. Kararların geneline baktığımızda Federal Mahkemenin bazı vakıları haklı sebep olarak benimsediğini görüyoruz. Bunlar:

- Şirketin sürekli kötü yönetimi,

⁶ **MOROĞLU Erdoğan**, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması Ve Haklı Nedenle Fesih, Makaleler I, İstanbul, 2001, s. 93.

⁷ **RÜZGAR Eser**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yeni Türk Ticaret Kanununda Azınlık Hakları, sayı 73-74, 2010, sayfa 83-98.

⁸ Her ne kadar çoğunluğun azınlığa tahakkümünden bahsedilse de, günümüzde azınlığın kanun kendine tanınmış azlık haklarını kullanarak, çoğunluğun haklarını kullanmasına engel olduğu yönünde görüşler ortaya çıkmıştır. Azlığın kendine tanınmış hakları ortaklık faaliyetlerine engel olmak amacıyla kullanıldığı iddiası, MK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı ışığında denetime tabi tutulmaktadır. Nitekim *Helvacı* azınlık haklarını: "..., hakkın kötüye kullanılması denetimine tabi talep haklarıdır." şeklinde tanımlamıştır. (**HELVACI**, s.299; **AYDIN Alihan**, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 29 vd.).

- Şirketin belirli bir ivme ile zarar etmesi ve bir süre sonra şirketin iflasın eşiğine gelecek olması,
- Aile şirketlerinde, aile içi kavgaların veya bazı aile bireylerinin aileden dışlanması,
- Şirketin uzun yıllar kar etmemesi veya/ve kar dağıtmaması (kronik karsızlık),
- Yönetim Kulunun uzun yıllar huzur hakkı almaması,
- Şirketin amacını yerine getiremez durumda olması ve/veya uzun süre de durumun böyle devam edeceğinin anlaşılması olarak sıralanabilir.
- Doktrine ve uygulamaya ışık tutması açısından İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği kararlar aynen tercüme edilerek, aktarılmıştır. Karar ile ilgili yorumlar da aynı başlık altında yapılmıştır.

A. 6. Becker aleyhinde Villamont S.A Gayrimenkul şirketi davasında 1.Hukuk Mahkemesinin 17 Ocak 1958 tarihli kararı⁹

1. Karar

Federal Mahkeme

Konu: Bir Anonim Şirketin feshi davası, Borçlar Kanununun 736. maddesinin 4. bölümü

* İstinat ettiği suiistimaller nedeniyle genel kurul kararlarının iptal davası (BK 706.md), BK'nun 754. ve 755. maddelerine göre zarar-zıyan davası aracılığı ile ortadan kaldırılabildiği zaman dava kabul edilemez (1. Mütalaa)

** Haklı gerekçeler (mütalaa 2)

** A- Villamont gayrimenkul şirketi her biri 500 Fr değerinde 200 hisseye bölünmüş 100.000 Fr sermayeli bir anonim şirkettir. Kuruluşu sırasındaki amacı Neuchatel'de kiraya verilen bir evin satın alınmasıydı.

1948 Şubat ayına kadar Hisselerin tamamı dul Bayan Adele Zumbach'a aitti. O sırada, yani Bayan Zumbach'ın vefatından sonra, hisseler eşit paylar halinde dört çocuğu arasında paylaştırıldı, bunlardan doğumdaki soyadı Zumbach olan Bayan Aimée Becker elli hisseyi hala elinde bulundurmaktadır. Diğer yüz elli hisse "Lugano'da Carlo Caimi isminde bir kişinin eline geçmiştir, bu kişi de hisseleri daha sonra oğlu Pio Caimi'ye ve damadı Ermano Pianta'ya devrettiği sanılmaktadır. Devir alan bu kişiler beraberce sahip oldukları yüz elli hisseyi elinde bulunduran kişiler olarak genel kurullarda hazır bulunmuşlardır.

⁹ ATF 84 II 44, (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013).

1950'de yönetim kurulu Bay Pozzi, Bellasi, Pio Caimi ve Bayan Becker'in temsilcisi addedilen Bern'li avukat Zumstein'den meydana gelmişti. 1954'de, yönetim kurulu Pio Caimi, Pianta ve Avukat Zumstein'den meydana geliyordu. Avukat Zumstein 5 Aralık 1955 tarihli mektupla istifasını verdi. 1950'ye kadar, bina noter Baillod tarafından yönetiliyordu, onun vefatı ile yerine Neuchatel'de noter H-jean_Paul Bourquin geldi. Bu kişi şirketin hesaplarını ve yönetim kurulunun raporlarını hazırlıyordu.

27 Aralık 1954'de, şirket binayı satabilecek şekilde amacını değiştirdi. Nitekim bina şirket merkezi Lugano'da bulunan Asteria anonim şirketine aynı ayın 30'unda satıldı, satış fiyatı 560.000 Fr idi, bunun 455.802,50'si ödenmiş, ipotek alınmış ve bakiyesi en geç 15 Şubat 1955'de ödenecekti.

**** B-** 16 Ocak 1956 tarihli talep ile, Bayan Becker Tessin'li yöneticilerin şirketi yönetme tarzlarından şikayet ederek şirketi kendi menfaatleri yönünde sürdürdüklerini iddia ederek şikayetçi oldu, Villamont şirketine mahkmeden celp göndererek Neuchatel Cumhuriyeti ve Kantonu mahkemesinde dava açtı, talepleri şöyle sıralanabilir :

- 1) Şirketin feshedilmesine karar verilmesi,
- 2) Şirketin feshinin emredilmesi ve tarafsız bir tasfiye memurunun tayin edilmesi,
- 3) Davalı şirketin yargı masraflarını ve harçlarını ödemeye mahkûm edilmesi.

Davacı kadın iddialarına destek olarak, "Caimi Grubu" olarak adlandırdığı bir hissedarlar çoğunluğunun birkaç yıldan beri şirketi bu grubun menfaatleri doğrultusunda işletmekten geri kalmadığını ve bu haklarının bu grup tarafından tamamen hiçe sayıldığını kanıtlama yönünde bir dizi olay ileri sürüyordu.

**** C-** Davalı şirket talebin reddedilmesini ve davacı Bn. Becker'in mahkeme masraflarını ve harçlarını ödemeye mahkûm edilmesini talep etti.

Davalı şirket Caimi grubunun varlığına itiraz etti. Şirkete göre yönetim kurulu daima usulüne uygun şekilde ve şirket menfaatlerini gözeterek hareket etmişti. Davacı Bn. Becker BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü gereğince şirketin feshini talep etmede haklı gerekçeleri kanıtlama durumunda değildi.

**** D-** 7 Ekim 1957 tarihli karar ile Mahkeme Villamont gayrimenkul şirketinin feshedilmesi kararını verdi ve tasfiyesini emretti, talebin ikinci iddiasını yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez olarak ilan etti ve yargı masraflarını ve harçlarını davalı şirkete yükledi.

**** E-** Villamont gayrimenkul şirketi kendi serbest bırakıcı iddialarını ele alarak

ve Bayan Becker'in yargı masraflarını ve harçlarını ödemeye mahkûm edilmesini talep ederek karar tashihi talebinde bulundu.

Bayan Becker tashih başvurusunun reddedilmesini, itiraz edilen kararın onanmasını ve yargı masraflarının tahsisini talep etti.

***** Hukuken dikkate alarak:**

***** 1-** İstinaf mahkemesine başvuruyu yapan şirket, hisselerin beşte birinden fazlasını temsil etmekte olan savunmacı tarafın BK'nın 736. maddesinin 4. Bölümü tarafından öngörülmüş eylemi yapma yetkisine sahip olduğuna - makul şekilde - itiraz etmiyor. (bkz. RO -Federal Kararlar Derlemesi - 67-II-163).

Buna karşılık, **şirket bu davanın kabul edilemez olduğunu iddia eder. Zira davacı Bn. Becker'in şikayet sebepleri genel kurul tarafından kabul edilmiş bilançonun iptali davasının mesnedi olarak ileri sürülebilirdi. Bu neden haklı değildir. Anonim şirket fesih kararını iptal davasının "tamamen istisnai bir hak nedeni oluşturduğu ve genel kural olarak ne ana sözleşmenin ne de yasanın azınlığa yeterli korunma sağlamadığı durumda açıldığı" yukarıda sözü edilen istinaf mahkemesi kararında ifade edilmişti.**

Fakat, yine aynı istinaf mahkemesi kararında ifade edildiği gibi, **dava genel kurul kararları aleyhinde BK'nın 706. maddesine göre açılmış iptal davasının sonuç vermemesinden sonra yer almıyor ise muhakkak kabul edilemez olduğu anlamına gelmez: bu sadece, hedeflenen amacın, yani iddia edilen suiistimalin ortadan kaldırılmasının, o yol ile ulaşılabileceği zaman davanın haksız olduğu anlamına gelir.** Oysa konumuz davada istinafa başvuran şirketin iddia ettiğinin aksine, davacı tarafından eleştiri konusu yapılan işlemler İsvç. BK'nın 706. maddesine istinat eden bir davanın konusunu oluşturamazdı.

İstinafa başvuran şirketin bu konuda Eleketrische Nahn SteffisburgThun-Interlaken aleyhinde Wischi kararını ileri sürebileceğine inanması yerinde değildir (RO -Federal Kararlar Derlemesi - 72-II-293). İstinaf mahkemesinin bu kararı esasen farklı bir sorun ile bağlantılıdır. O zamanki davacı şirketin farklı maddelerini ve özellikle 401.296 Fr'lık bir tutarın yenileme fonlarında zarar olarak kaydedilmesini eleştiriyordu. Kanton yargı makamlarının fikrinin aksine, Federal Mahkeme bilançonun yasa veya ana sözleşme gereklerine veya sağlıklı bir mali politikanın ilkelerine uyup uymadığının belirlemede son sözün genel kurula ait olduğuna hükmetmişti, bu da "şirketin servet durumunun, dâhili mali yapısının, hayati kapasitesinin ve ekonomik imkânlarının her yıl incelenmesine imkân sağlıyordu ve tamamen doğal olarak şöyle ilave ediyordu: şayet bir hissedar bu farklı hususlarda alınmış kararın yasaya veya ana sözleşmeye aykırı olduğunu

düşünüyor ise, bilançonun “kendisinin tamamen mali haklarına” hanel getiriyor olmasından veya olmamasından bağımsız olarak bu karara karşı BK’nun 706. maddesi gereğince adalete başvurabilir. Oysa konumuz davada tamamen başka bir şey söz konusudur. Son bilanço yapılmış işlemlerden kaynaklanan duruma tekabül ediyordu; bir bilançonun düzenlenmesi konusunda yasa ve ana sözleşme gereklerine uygundu. Davacının bazı yönetim kurulu üyelerini eleştirdiği husus hem şirketin hem kendisinin aleyhinde mali işlemlere girişmeleri idi ve açıktır ki bu işlemler BK’nun 706. maddesinin davasına yol açamazlar. Bu dava o işlemleri hiçbir şekilde değiştiremediği gibi, yönetim kurulunun yetkileri dâhilinde yönetim kurulu tarafından kararlaştırılmışlardı ve genel kurul huzurunda eleştirilsin veya eleştirilmesin şirketi bağıyorlardı.

BK’nun 754 ve 755. maddeleri tarafından öngörülmüş zarar-zıyan davası konusunda, atfedilen olaylardan biriyle ilgili olarak bu dava bir mahkûmiyet ile sonuçlanıyor olsa bile bu mahkûmiyet davacı kadının aynı tür olayların tekrarından korunmasını engellemezdi. Mağduru olduğu suiistimalleri durdurması için davacının sahip olduğu tek imkân şirketin iptal edilmesi davasını açmak olacaktı.

*** 2- Davanın esasının şartları konusunda, bu olayda gerçekleşmemiş olduklarına ciddi şekilde itiraz edilemez.

344

Kanton mahkemesi davacı kadın tarafından ileri sürülen olayların doğruluğunu genel olarak kabul etti ve olayları aşağıdaki şekilde açıkladı :

“Caimi Grubu Carlo Caimi’ye birkaç bin Frank ödedi. Bu ödemeler kanıtlanmadı. Kanıtlanmaya teşebbüs bile edilmedi. Çoğunluğa sahip hissedarlar böylece şirketin zararına ve kendi menfaatlerine veya yakınlarının menfaatine hizmet edecek şekilde hareket ettiler ki bu aynı anlama gelir. Caimi Grubu önemli tutarları şirketten borç aldı. Menfaat çatışmasında vahim bir problem yaratan böyle işlemleri objektif olarak kanıtlamak gruba düşerdi. Avukat Zumstein’in protestolarından bağımsız olarak, Tessin’li yönetim kurulu üyeleri en küçük herhangi bir kanıt sunmaksızın ve borçları yazılı olarak teyit etmeksizin şirketin parasını ödünç almaya devam ettiler. Bayan Becker’e borç vermeyerek Bayan Becker ile kendileri arasında eşitliği sağlamayı da reddettiler. Binanın satışı sırasında, Caimi Grubu Asteria’nın teklifinden 10.000 Fr daha yüksek teklifte bulunan Avukat Zumstein’in teklifini yersiz bahanelerle reddetti. Böylece davacı kadının aleyhinde ve tabii ki sıkı ilişkiler içinde olduğu Asteria’nın lehinde hareket etti. Satış işlemi Villamont şirketinin aleyhinde, Asteria’nın ise lehinde olan alışılmamış bir madde ihtiva eder. Lugano’lu yönetim kurulu üyeleri kendi içlerinden birinin yönettiği Fidentia’ya 75.000 Fr borç vermişlerdir. Tekrar bir

menfaat çatışması yaratan bu işlemi el altından gerçekleştirdiler ve yasa dışı bir madde ile donattılar.” Diğer taraftan, şahitliğini güvene layık bulduğu Avukat Zumstein'in ifadesini dikkate alan kanton Mahkemesi Caimi Grubunun şeklen Avukat Zumstein'e danıştığını veya hiç danışmadığını, tüm kararları yönetim kurulu oturumları dışında aldığını kabul etti.

İster ipotek tesisi, ister hissedarlara ödünç para, binanın tamir işleri verilmesi, Asteria SA şirketi ile görüşmeler, Carlo Caimi'ye muhtelif tutarlar verilmesi olsun, davacının temsilcisi devamlı olarak bir oldu-bitti karşısında bırakıldı. Sonuç olarak, hiçbir şeyden artık haberdar edilmedi. Her şeyin önceden kararlaştırıldığı oturumlara katılmaktan kaçındı ve istifa etti.

İstinafa başvuran şirketin doğruluğunu tartışmadığı bu olaylar karşısında istinafa başvuru haksız olarak gözükmektedir.

Birinci hâkimlerin doğru şekilde ortaya koydukları gibi, bundan ortaya çıkan sonuca göre Bayan Becker sadece çoğunluğa sahip hissedarları temsil eden yönetim kurulunun şu veya bu kararları konusunda şikâyetçi değildir, aynı zamanda belirli bir yıldan bu yana, daha doğrusu şirketin amacının değiştirilmesinden bu yana bu aynı kişilerin, tekrarlanan bir dizi eylemin kanıtlandığı gibi, şirket fonlarını kendisinin yasal menfaatlerini tamamen göz ardı ederek yönetim kurulu üyelerinin yakınlarının veya yabancı şirketlerin menfaatleri yönünde kullanmalarından ve şüphesiz bunlardan menfaat elde etme sebepleri olduklarından şikâyetçidir.

Böyle olaylar şüphesiz duruma göre farklı yansımalara sahiptir. Fakat bunlar, **hissedarlarının muhakkak surette kişisel ilişkilere sahip oldukları özellikle küçük bir anonim şirket söz konusu olduğu dikkate alındığında, konumuz davada özellikle vahimdir.** Oysa çoğunluk grubun temsilcilerinin şirket malları üzerinde tasarrufta bulunma kolaylığı ve hatta hafifliği dikkate alındığında, istinaf mahkemesi önünde davalı durumunda olan kişinin uzun vadede şirket mali dengesini bozma riskini taşıyan ve buna bağlı olarak kendisine dikkate değer bir zarara yol açabilecek bu tür olayları hoş göremeyeceğine hükmetmesi tamamen anlaşılabilir bir durumdur.

Olayın gerçeği şirketin dâhili işleyişinde bozukluk olması ve bu şartlarda Bayan Becker'in fesih talep etmede haklı olduğudur (RE 67-II-165).

Bu gerekçelerle, Federal Mahkeme

İstinafa başvuruyu reddeder ve itiraz edilen kararı onar.

2. Kararın Değerlendirmesi

İsviçre Federal Mahkemesinin Becker kararında iki önemli husus dikkati çekmektedir. Bunlardan **ilki**, şirketin feshine ilişkin bir davanın ikame edilebilmesinin başkaca hukuki yollarla ulaşılabilecek bir amacın veya önlenebilecek bir aykırılığın olmaması gerektiğidir. Yani **anonim şirketin feshinin dava edilebilmesinin MK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanma teşkil etmemesi için, fesih için haklı neden olarak öne sürülen vakıaların başkaca bir hukuki yolla önlenebilmesi veya giderilmesi mümkün olmamalıdır**. Zira sermayenin korunması ilkesi uyarınca, sermaye şirketini ayakta tutmak kural; feshi ise istisnadır. Şu halde feshin son çare olması ilkesi göz önüne alınarak, ortaklığın sürmesi önündeki engelin ancak ve ancak fesih ile aşılabilir olması gerekir. Aksi halde azlığın fesih hakkını kötüye kullanması gündeme gelebilir. Örneğin, şirketin aldığı bir kararın iptali ile azlık menfaatinin himayesi mümkün iken, şirketin feshinin dava edilmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir. Elbette **kronik karsızlık** gibi uzun bir vade sonucunda oluşan vakıaları ayırık tutmak gerekir.

İkinci önemli nokta ise, “*bissedarlarının muhakkak surette kişisel ilişkilere sahip oldukları özellikle küçük bir anonim şirket söz konusu olduğu dikkate alındığında, konumuz davada özellikle vahimdir.*” ifadelerinden anlaşıldığı gibi kişisel özelliklerin de istisnai olarak göz önünde bulundurulması hususudur. Bilindiği gibi anonim şirket bir sermaye şirkettir ve bu nedenle ona karşı kişisel ilişkiye dayalı fesih sebepleri sürülmesi beklenmez. Ancak yayın olduğu üzere, küçük aile ortaklıklarında, aile içindeki bazı özel gelişmeler de ortaklığın sürekliliğini çekilmez hale getirebilir. Nitekim halihazırda görülmekte olan bir davada, aile içindeki dini ve hastalığa dayalı mülahazalar şirketin fesih konusunda haklı neden olarak ileri sürülmüştür.

İsviçre Federal Mahkemesinin Becker kararında,¹⁰ çoğunluk lehine olacak şekilde şirket malvarlığını kullanan, kredi ve faaliyet giderleriyle şirketi zarara uğratan bir anonim ortaklığın feshini hukuka uygun bulmuştur. Şunu hemen belirtelim ki, mehz İsviçre BK düzenlemesi 1991 yılında tadil olmuştur. Bu tarihten önce, şirket feshine İsviçre’de daha katı bakılmaktaydı. Anılan karar 1958 tarihli olmasına ve Federal Mahkemenin katı görüşüne rağmen, Federal Mahkeme, çoğunluk ortağın kötü niyetle azınlığı ekonomik olarak ezmesini haklı nedenle feshine gerekçe yapmıştır. Hâlihazır TTK’nın ise işbu gerekçelerle feshine cevaz verdiği evleviyetle bellidir.

¹⁰ BGE 84 II 44.

B. Togonal AG – Schmidt'in 22 Mayıs 1979 tarihli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin Kararının Temyizi Davası¹¹

1. Karar

Federal Mahkeme

Borçlar Kanunu 4. Maddesi, 736. Paragrafı. Haklı nedenlerden dolayı bir anonim şirketinin feshinin davası.

- * **Azınlık hissedarların kontrol haklarına ağır ve devam eder şekilde riayet edilmemesi** (E.2,3)
- * **Ağır finansal zararın varlığı. Sadece kâr paylarının kesilmesi nedeniyle de olabilir.** (E.4,5).
- ** a) **Fesih davası sadece şirket finansal olarak boşalmışsa açılabilir** (E.6a).
- ** b) Fesih davasının yetki ikamesi ve orantılılık ilkesi:

Davacı azınlık hissedarının Hakim aracılığıyla ortaklık haklarını kullanmak istemesi, çoğunluğun riayet etmeyen davranışı devam ettiği sürece ve davacının ileride de haklarını sadece dava yoluyla elde edebileceği beklenmekteyse, fesih davasını kaldırmaz (E.6d).

4. *** a) Önemli nedenlerin bulunmasıyla ilgili olarak bir çıkar değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir (E.6a,b). Bunun için somut durumlar dikkate alınacaktır (E.7).

*** b) **Aile şirketlerinde ortakların şahsi ilişkileri, tamamen göz ardı edilemez** (E.7b).

*** c) Azınlığın fesihte önemli ilgisinin bulunması (E. 7b, c).

Togonal Şirketler Grubu Lugano, Viyana ve Münih'teki Togonal AG ve togal işletmelerinden oluşmaktadır. Togonal AG otuzlu yıllarda, faaliyet alanı olarak “genel anlamda, özel olarak Togonal için ilaç alanında şirket finansmanı ile birlikte iştiraklerin yönetimi” için Zürih'te kurulmuştur.

1965 yılından beri Togonal AG'nin 2/3 hisseleri yönetim kurulu başkanı Gerhard Smith'te ve geri kalan üçte bir hisse kardeşi Günther Schmidt'te bulunmaktadır. Togonal AG Togonalwerk Lugano'nun ve –Togonalwerk Lugano üzerinden- Togonalwerk Viyana'nın tek hissedarıdır. Günther Schmidt Togonalwerk Münih'in tek hissedarıdır.

Atmışlı yılların başından beri, Günter Schmidt ve Gerhard Smith arasında anlaşmazlıklar yaşanmış, 1965 ten itibaren Togonal Werk AG'nin azınlık hissedarı

¹¹ BGE 105 II 114, (Swisslex veri tabanından alınmıştır: 17.06.2013).

Günter Schmidt'in haklarının yeterince korunup korunmadığı tartışma konusu olmuştur. 1970 yılında Günther Schmidt Zürih Kantonu ticaret mahkemesinde borçlar kanununun 736. Maddesi, 4. Paragrafına göre Togal AG'nin feshedilmesi için dava açmıştır. 31 Ekim 1978 tarihli kararda ticaret mahkemesi davayı kabul etmiştir. Davalı tarafından açılan temyiz davasını Federal Mahkeme aşağıdaki görüşten dolayı reddetmiştir:

- Borçlar Kanunu 736. Maddesi, 4. Paragrafına göre bir anonim şirket, şayet sermayenin en az beşte birini temsil eden hissedarlar önemli bir nedenden dolayı fesih talebinde bulunurlarsa, mahkeme kararıyla feshedilir.

Federal mahkemece ihtilafı olan, ticaret mahkemesi tarafından tespit edilen nedenlerin davalının feshi için önemli nedenleri haklı çıkarıp çıkaramayacağıydı.

Bildirilen karar bir taraftan davacının hissedar olarak kontrol haklarına riayet edilmemesine ve hissedarlar toplantısına çağrı düzenlemelerine ve diğer taraftan Gerhard Smith'in kendi finansal yararına ve davacının zararına hisse çoğunluğunu kötüye kullanmasına dayanmaktadır. Bu iki durumla ilgili olarak 1965 yılından 1974 yılına kadar olan birçok olay söz konusudur. Davalı ticaret mahkemesinin Nisan 1970 te dava açılmasından sonraki olayları dikkate almasına itiraz etmemektedir. Bu konuda Pof. W.Bürgi'nin bildirilen kararı eleştiren birçok yazısını eklemiştir. Bu açıklamalardan sadece, Bürgis'in bilimsel yayınlarının arka planı teşkil ettiği temyiz ifadeleri anlaşılmaktadır.

2.- İhtilaflar genel kurul toplantısına çağrı ve bununla ilgili olarak hissedarların ortak yönetim ve kontrol haklarına değinen düzenlemelerle (borçlar kanunu 699 ve 700)bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır.

a) Davalının iş yılı, takvim yılı itibarıyla bittiğinden, borçlar kanunu madde 699, paragraf 2'ye göre genel kurul toplantısının en geç sonraki yılın Haziran ayı sonuna kadar yapılması gerekmekteydi. Smith tarafından çoğunluk hisselerinin alınmasından sonraki ilk yıllarda, bu düzenlemeye uyulmamıştır, bu şekilde 1965-1968 yılları arasındaki dört iş yılında toplantı çağrıları Zürih Bölge Mahkemesinin kararıyla yapılmıştır. 1969-1971 iş yıllarında bir itiraz bulunmazken, bu itirazlar 1972 yılında artmıştır:

Birinci genel kurul toplantısı için zamanında davet çıkarılmamış, bu nedenle davacı ticaret mahkemesinde iptal davası açmıştır. Davalı bu davada kararlaştırılan genel kurul toplantısının yeniden yapılması kararına uymadığı için, davacı mahkemeden ilgili kararın çıkması talebinde bulunmuştur. Ancak bu talep yerine getirilmemiş, icra davasında mahkeme genel kurulun yetkili noter tarafından yapılmasına ve Smith için 100 Frank para cezasına karar vermiştir. Davalı karara

ve uygulanmasına karşı üst mahkemeye gitmiş, ancak genel kurul toplantısını yapmıştır; itirazları kısmen kendi aleyhine sonuçlanmış kısmen de reddedilmiştir. 1973-1976 iş yılları için olağan genel kurul toplantıları zamanında yapılmıştır.

1974 iş yılında, davalı tarafından şirket merkezinin Lugano'ya taşınması üç genel kurul toplantısından sonra yapılmıştır. Bu toplantıların ikisinde gereği gibi çağrı yapılmamış, davacı tarafından iki itiraz davası açılmış ve bunlardan bir kabul edilmiş diğeri gerekçesiz kalmıştır. Bu anlamda, davacı tarafından şirket merkezinin naklinin mahkeme tarafından geçici olarak durdurulması istenmiş, bu durum davalı tarafından kabul edilmiştir.

b) Genel kurul toplantısına gereği gibi çağrı yapılmamasıyla ilgili olarak, on iki dava açılmıştır. Bu davaların tamamı, ticaret mahkemesinin kayıtlarına göre, davacının lehine sonuçlanmıştır. Bu davalarda, davalının feshini gerektirmeyecek şekilde düşük riayetsizlikler söz konusu olmuştur. Durum 1969 yılından beri oldukça düzelmiş, ancak 1972 yılında Smith alışılmamış bir inatçılık göstermiştir.

Davalı temyiz yoluyla küçük aile şirketlerinde şekil düzenlemelerinde genel olarak esnek davranıldığını öne sürmüştür. Bu geçerli olabilir, çünkü bir güven durumunun olduğu yerde, resmiyet gereksiz olarak görülür. Ancak, hissedarlar arasındaki şahsi ilişkilerin bozuk olmasından dolayı güven eksikliğinin olduğu durumlarda, resmiyet bir koruma fonksiyonu yerine getirmektedir. Bu durum, mevcut bu konuda en azından Smith'in 1965 yılında çoğunluk hisselerini almasıyla ortaya çıkmıştır. Davalının bahsedilen belirlemeleri basitçe göz ardı etmesi dikkate alınmalıdır.

3.- a) Özellikle Borçlar Kanununun 696 ve 697. maddelerine göre hissedarın kontrol hakları ile ilgili olarak, 1965 yılından beri birçok dava açılmıştır. Bu şekilde davacı 1965, 1966, 1967, 1969, 1970, 1972 ve 1973 yıllarında kendisine genel kurul toplantılarında verilmeyen ya da yetersiz verilen bilgileri almak için mahkemeye başvurmuştur. 1965, 1966, 1967 ve 1969 yılları için mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinden dolayı icra davaları gerekli olmuş, iki ayrı durumda Smith riayetsizlikten dolayı valilikçe cezalandırılmıştır. Tutanak suretlerinin alınması ya da tutanak ve diğer dosyaların incelenmesi amacıyla 1967, 1968 ve 1972 yıllarında başka davalar açılmıştır. Davalı ise davalarda üst mahkemede 1965, 1966, 1967, 1969 ve 1972 yıllarında birçok kez temyize başvurmuştur. Mahkeme ve üst mahkeme başlangıçtan beri davalının itirazlarını detaylı olarak incelemiş, ancak bu durumda daha sonra bir değişiklik olmamıştır. Bu türden anlaşmazlıklar, davacının mahkemedeki uzlaşma davaları neticesinde bilgi istemekten vaz geçtiği ve genel kurul toplantısında bulunmadığı için 1971 ve 1974 yıllarında olmamıştır.

1975 ve 1976 iş yılları için Logano'daki genel kurul toplantılarında davacının Tessin Kantonu avukatlarının sorularına uygun cevapların verilir verilmeyeceği tartışmalıdır. Ticaret mahkemesi davalının ikametgahının Tessin Kantonuna nakli nedeniyle mi davacının dava açmadığı sorusunu açık bırakmaktadır. Davalı böyle bir ilişkiyi kabul etmemektedir. Yine de merkez naklini daha önceden yapmış olsaydı, Zürih'teki mahkemelerle yaşanan sorunların ortaya çıkmayacağını bildirmektedir.

b) 1965-1973 iş yılları için diğer 21 ayrı dava açılmıştır. Bu davaların hepsi yine davalının aleyhine sonuçlanmıştır. Başarısız temyiz başvurularının yanı sıra davalı için bir çok ceza da bunun neticesinde ortaya çıkmıştır. Asliye hukuk mahkemesinin bu nedenle davalının ve çoğunluk hissedarının bu tutumunun davacının haklarını ağır ve sürekli bir şekilde ihlal etmesi olarak görmelidir. Davacı kendisinin farklı şirketlerdeki şahsi ilişkilerini araştırmasından, Smith rahatsız olmuş görünmektedir. Ancak, bu inatçı savunma tutumu ne bir sınırlama olarak görülebilir ne de itirazlarla haklı gösterilebilir. Bu durum hem ön mahkeme hem de üst mahkeme tarafından da bu şekilde değerlendirilmiştir. Aynı şekilde, davacının bu tür çekinceleri kabul etmemesinden ve haklarını korumak istemesinden sonra İsviçre ticaret ve sanayi kuruluşlarının bilgi verme konusunda çekingen davranışları da pek fayda getirmemiştir.

Bu konuda davalı basit bir tutum sergilenmiş olduğunu, davacının Smith'i küçük düşürmek için sistemli bir şekilde üzerine geldiğini düşünmekte, Smith'in de aynı şekilde basit davrandığını, abartılı şekilde kapalı ve şüpheli olduğunu ve bu durumu davacının kullandığını düşünmektedir. Davacı ve Smith arasındaki kardeş anlaşmazlığına geri dönecektir (müteakip E.7b). Ancak mesele davacının çeşitli hukuksal adımlarını ve bu şekilde davalının engel çıkarma tutumunu haklı göstermeye yönelik değildir, ilgili dava gidişatlarının gösterdiği gibi, mahkeme emir ve kararları, davalıyı benzer ihlalleri yapmaktan alıkoymamıştır.

4.- Davacı bilgi edinme haklarına dayalı olarak, davalının çoğunluk hissedarlarının geliri hakkında, Smith finansal alandaki avantajlarını ağır şekilde kötüye kullanmış ve davacı azınlık hissedarı olarak bu durumdan mağdur olmuştur. Davalı kendi ödemelerinin dışında, Lugano ve Viya'daki Tegal işletmelerinden yakınlarına ödeme yaptığını kabul etmektedir.

a) Gerçekte verilen kararda itiraz edilemeyecek şekilde sabittir:

- Lugano Tegal işletmesi 1965 – 1973 yılları arasında Smith'e 700000 Fr sabit gelir ve 440000 Fr. işletme payı ödemiştir. Davalıya ilk olarak kâr payı ödemiş, 1968 den sonra yıllık 3200 Fr. (%4) ödemiştir.

- Aynı 1965-1973 yıllarında davalı (1967 hariç) toplam olarak 575000 Fr. yada yıllık 64000Fr. kâr payı ödemiş, bunun üçte ikisi Smith'e ve üçte biri davacıya ödenmiştir. Ayrıca Smith davalıdan 1970-1973 yılları arasında toplam olarak 250000Fr. işletme payı almıştır.
- Viyana Togonal işlemesi Smith'e 1969-1973 yılları arasında toplam olarak 181000 Fr. ödemiştir.
- Smith'in üç işletmeden elde ettiği gelirler 1970-1973 yılları arasında toplam olarak 1004600Fr. ya da yıllık olarak 251150Fr. olmuştur. Smith'e ödenen kâr payları dikkate alınmamış ve bu üç işletmenin yıllık ortalama 15000 Fr. harcamalarını karşılama bedeli ve davalının Smith'e sadece 1972 yılında 6000 Fr. olan yıllık yönetim ödemeleri de dikkate alınmamıştır.
- 1973 yılından sonraki durumlar hakkında yeterli bilgi bulunmamaktadır ve bu nedenle dikkate alınmamıştır.

b)Temyizden sonra, ağır bir finansal mağduriyetten sadece, yönetimde bulunan çoğunluk hissedarlarına uygun olmayan net kazanç ve kâr payı ödemesi yapılmışsa ve azınlık hissedarlarının eli boş kalırsa, söz edilebilir. Davalı bu nedenle, bu durumu ayrıntılı olarak (s.165) örnek olarak sunan BGE 67-II-162 ye değinmektedir ve aynı durum davalı tarafından bahsedilen literatür için de geçerlidir. Azınlığın mağduriyetinden kâr paylarının ödenmemesinden veya kesilmesinden, sadece çoğunluk hissedarına fazla ödeme yapılmışsa söz edilebilir (bkz.FUNK, Komm. Des Obligationenrechtes, II, N.5 madde 736). Burada Bürgis'in yazışmalarından, bir hissedarın kâr payından amortisman ve yedek akçe paylarının ödenmesinin şirket adına pay ayrılmasını değil, çoğunluk hissedarlarının şahsi kazançlarını tenkit ettiği ortaya çıkmaktadır.

Davalı, davacının düzenli olarak katıldığı önemli miktarda kâr payı dağıtmıştır, bu ödemeler bu nedenle daha fazla dikkate alınmamaktadır.

Buna karşın Smith'e yapılan şahsi ödemelerin yönetim giderleri ve işletme payı olarak şirketlerin net kazancından ve davalının kâr payı dağıtımından yapılmış olması anlamlıdır.

Bu şekilde Lugano Togonal işletmesi bahsedildiği gibi 1967 yılından beri Smith'e işletme payı olarak toplam 440000 Fr. ödemiş ve kâr payı olarak sadece 19200 Fr. kalmıştır ve buna davacı dolaylı olarak katılmıştır. Ticaret mahkemesi haklı olarak Lugano Togonal işletmesinin 1967, 1969 ve 1971 yıllarında toplam kârın %50-90 oranında bir miktarın Smith'e işletme payı olarak ödenmesine itiraz etmiştir. Üç işletmenin yönetimi için Smith 1970-1973 yılları arasında yıllık

olarak ortalama 250000 Fr. tan fazla bir ödeme alırken, her iki hissedarın lehine kâr payı yıllık 60000Fr. ı geçmemiştir.

c) Yönetim üyelerine bu türden ödemeler, şirketin finansal durumunun dışında, yönetim kurullarının çalışmalarına da uygun olmalıdır (BGE 86-II-163, 84-II-553 E.2). Verilen karar bu noktayı özellikle vurgulamaktadır.

Davalının yönetimi Lugano Togonal işletmesi tarafından yürütülmektedir ve büyük bir gereksinim göstermemektedir; Smith bu konuda, daha önce yetersiz veri nedeniyle dikkate alınmayan ek bir yönetim ücreti almıştır. Çalışma, yaklaşık on işçisi bulunan ve Smith'e yapılan ödemenin toplam ücret ödemelerinin üçte ikisini oluşturduğu Lugano'daki küçük işletmede yoğunlaşmaktadır. Smith'in Viyana Togonal işletmesinde yönetim kurulu üyesi ve müdür olarak ne kadar çalışma gösterdiği ne ön mahkeme tarafından ne de temyiz mahkemesi tarafından belirtilmiştir; buradaki gelirleri Lugano Togonal işletmesinden oldukça az olduğu dikkate alınır, buradaki çalışmasının oldukça düşük olduğu var sayılabilir.

Davalının düşüncesine göre, Smith'in üç işletmenin yönetiminden aldığı para, İsviçre'deki şirketlerin yöneticilerinin yıllık ortalama 174000 Fr. olan ücretleriyle karşılaştırıldığında fazla değildir. Bahsedilen ortalama 1965 yılından sonraki zamanı kapsasa da, sadece 1970-1973 yılları dikkate alındığında 250000Fr. tutarında yıllık ortalamanın oldukça üzerinde bir miktarı oluşturmaktadır. Diğer şirketlerle bir karşılaştırma, bütün somut verilerin toplanamaması nedeniyle de mümkün değildir. Bundan başka bu karşılaştırma, aynı ölçekteki şirketlerin gereksinim ve yönetimleri dikkate alınarak yapılabilir.

5.- Bu nedenle Smith'in şahsi ilişkileri ne bağlı şirketlerin işleri ne de kendi şahsi işleriyle haklı gösterilebilir.

Çoğunluk hisselerine sahip olmanın avantajını kötüye kullanmıştır. Bu durum Smith için sağlanan avantajlar bakımından ön mahkemenin de görüşüdür.

a)Smith Lugano Togonal işletmesine ait, Lugano-Massagno'daki on bir odası bulunan ve 6273 m2 alanındaki bir parkta olan Villa Maria-Luisa'da ailesiyle birlikte oturmaktadır. Yıllık kira bedeli olan 13800 Fr.ın bunun için düşük kaldığı verilen kararda tespit edilmiş ve yeminli mali müşavirin bu değerlendirmeyi kabul ettiği kanıtlanmamıştır. Kira bedeli 1965 ten 1976 ya kadar değişmeden kalmıştır. Ön mahkeme de bu kira ilişkisini önemli olarak görmemiştir.

b) Verilen kararda, Smith 1965 yılında şahsi banka borcu olan 2,4 milyon Frank'ı davalıya devretmiştir. Ancak Smith davacının itirazı üzerine bu krediyi 1966 yılında ödediği için bu işlemin bir anlamı kalmamıştır.

c) Buna karşın Smith o zamanki %4 ½ faiz tutarı üzerinden davalıya 1965 yılından beri 123300 Fr ve 1967 yılından beri 267100 Fr. borçludur. 1967 yılındaki genel kurul toplantısında, bu miktarda bir azaltma düşünülmüş olsa da, bu durum gerçekleşmemiş ve 1973 yılı sonunda 363300 Fr. tutarına yükselmiştir. Bu borç ticaret mahkemesinin görüşüne göre davalının hukuki statüsüne ters düşmekte ve Smith için çoğunluk hisselerini elinde tutmanın getirdiği bir avantaj anlamına gelmektedir. Davalı böyle bir krediyi mevcut koşullar altında normal görmekte ve davacı da bu durumu “mozaığın bir parçası” olarak bir anlam vermektedir.

Burada da bu kredinin Villanın kirası için alındığı ve Smith'in kendi şahsi yararına kullanmadığı için önemli bir davranıştan bahsedilemez.

6.- özet olarak ticaret mahkemesi bu esasta, davalının çoğunluk hissesine sahip olma avantajını, davacının kontrol hakkını ve genel kurul toplantısının yasal olarak çağrılması hakkını ve finansal bakımdan da önemli ve sürekli bir şekilde kötüye kullandığını ve davacıyı azınlık hissedarı olarak mağdur ettiğini açıklamıştır. Smith'in uzun yıllar boyunca yapmış olduğu, ticaret mahkemesinin görüşüne göre, davalının mal varlığını koruyan kararlarla da giderilemez.

Bu nedenle Borçlar Kanununun 736. maddesi, 4. paragrafına göre önemli neden bulunmaktadır.

- Davalı buradaki fesih davasında alışılmamış bir temyiz söz konusu olduğunu söylemektedir. Kendisi tarafından öne sürülen BGE 67-II-62 maddesinden anlaşılacağı gibi, mevcut çıkarların sıkı bir şekilde ölçülmesi ve davacının da ileri sürdüğü gibi yetki ikamesi ve orantılılık ilkesinin korunması gerekir. Şayet bahsedilen karar bir anonim şirketin var olma hakkının kaybına yol açıyorsa (s.165) bu durumda sadece ya da ağırlıklı olarak çoğunluğun şahsi çıkarlarının takip edildiği kararlar verilir. Bu nedenle, şirket finansal olarak boşalmadıkça, bir fesih davası beklenemez. Borçlar kanununun 736. Maddesi 4. Paragrafına göre fesih için önemli nedenler finansal alanda olmamalıdır.

Bu nedenle, davacının hangi rezervlere sahip olduğunun önemi yoktur.

Önemli nedenlerin mevcudiyetine değinen diğer yasal belirlemelerde olduğu gibi, münferit durumda haklılık ve eşitliğe göre karar verilmelidir MK madde 4), burada ön mahkemenin görüşüne göre çıkar değerlendirmesi yapılması gerekmektedir (F.VON STEIGER, İsviçre'de anonim şirketler kanunu 4. Baskı 2. 335; FORSTMOSER/MEIERHAYOZ, İsviçre anonim şirketleri kanuna giriş s. 276, N.18; TERCIER, haklı nedenlerden dolayı anonim şirketin feshi, SAG 46/1974, S.67 ve S.69).

- Bu çıkar değerlendirmesi için borçlar kanununun 736. Maddesi, 4. Paragrafının, azınlığın haklarının çoğunluğun kötüye kullanımını önlemek amacıyla özel bir anlamı bulunmaktadır (Borçlar kanununun 736. Maddesi hakkında BGE 67-II-165; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, S.275, N.14; BÜRGI, N.39). Bu değerlendirmeler ışığında, bir azınlık hissedarının şahsi çıkarları da dikkate alınmalıdır.

Azınlık çıkarlarının düşük seviyede olmaması, yasa tarafından bir yeterli sayı (hisse sahipliğinin beşte biri) ile korunmaktadır. Azınlığın bu haklarının korunmasına TERCIER tarafından değinilmiştir (özellikle S.70 ve 72)

- Fesihteki bu azınlık çıkarları şirkette ve çoğunluğun devamında önemli bir yer tutmaktadır. Ticaret mahkemesi de düzenli olarak bir feshin şayet davacı durumu, iptal ya da sorumluluk davası gibi daha başka yollarla ortadan kaldıramazsa, söz konusu olacağı görüşündedir. Bu anlamda, hukuk feshi “son çare” olarak görmektedir (BGE 67-II-165, 84-II-47, 104-II-35; orantılılık hakkında TERCIER S.73).

Bu durumu ticaret mahkemesi temyizden sonra fazla dikkate almamaktadır, çünkü davacı genel kurul toplantılarına, kâr dağıtımını üzerinden itiraz etmesi ve yönetimden tazminat istemesi gerekirdi. Ancak bahsedilen karar kesin bir gereklilikten çok istisnalara imkan tanıyan bir düzenlemeyi içermektedir, bu durum BGE 67-II-166 ve daha sonra BGE 84-II-47 de açık şekilde öne çıkarılmış ve BÜRGI tarafından bahsedilmiştir (N.43). O da fesih davasını “son çare” olarak tanımlamakta, ancak burada azınlığa karşı güç konumunun kötüye kullanılmasında ek koruma olarak görmektedir.

N.39 ve 49 GUHL/MERZ/KUMMER S.642 ve WILFRIED BERTSCH, Anonim şirketlerin önemli nedenden dolayı feshi, Zürih S.4951).

d) Bu esaslar doğrultusunda davacıya kararların açıkça anlatılıp anlatılmadığı ve olumsuz durumların fesih olmadan ortadan kaldırılabilmesinin söz konusu olup olmadığının incelenmesi gerekir. Davacının bilgi edinme hakkı ve genel kurul toplantısına çağrı için gerekli olan her şeyi yaptığını davalı da kabul etmektedir, bahsedildiği gibi otuzdan fazla dava açılmış, bunlardan üçü iptal davası olmuştur.

Ancak davalı, dava açılmasının davacının haklarını elde etmesine yaradığı için, fesih nedenini kabul etmemektedir. Bu argüman borçlar kanununun 736. maddesi 4. Paragrafına uygun değildir. Fesih davası, anonim şirketteki kabul edilemez durumların başka türlü giderilememesi durumunda açılmalıdır. Mevcut durumda davalının uzun yıllar boyunca hukuksuz olarak durumu kötüye kullanması kabul edilemeyen bir davranıştır. Bazı ihlaller mahkeme yoluyla engellenmiş olsa da,

çoğunluk hissedarlarının azınlık hissedarlarına olan tutumunu değiştirmemiştir. Bu durumda, davacının her yıl yasal yardım olmaksızın haklarını elde edeceği beklentisini haklı gösterecek bir beklenti bulunmamaktadır.

Aynı şekildeki durum çoğunluk hissedarlarının kazançları için de geçerlidir. Bu konuda davalının davacının şimdiye kadar yapmadığı kâr dağıtımı ve ibra ve zarar tazminatı konusunda harekete geçmesi gerekir. Davalının, davacının bilgi edinme hakkı konusundaki tutumu, mahkeme kararına rağmen değişmemiştir.

Smith'e yapılan ödemelere karşı açılan davalar bu nedenle fazla etkili olmamış ve her yıl tekrarlanmak zorunda kalmıştır. Bu türden inatçı ve sürekli bir kötüye kullanma durumu, ileride de bu şekilde önlenemezdi.

Bu nedenle davacıya sadece fesih davası seçeneği kalmıştır (bkz. BERTSCH S.53, 59 ve 61). Burada daha çok davacının bu türden iptal ve sorumluluk davaları için, davalının kendisinden sistematik olarak esirgediği bilgilere ihtiyaç duymaktaydı, bu konuda borçlar kanununun 706. maddesi 4. paragrafındaki iki aylık dava süresine uyması zorlaşmış oldu (BERTSCH S.56). Sonuç olarak davacının davalı şirkette hissedar olduğu ve bu nedenle bağlı şirketlere karşı bir tutumunun olmayacağı da dikkate alınmalıdır (borçlar kanunu 706. ve 755. madde SIEGWRT, giriş N.155 ve 175).

7.- davalı şirketin feshi, bu temelde söz konusu somut çıkarların değerlendirilmesini gerektirir. Farklı Togonal kuruluşları arasındaki 1953 tarihli, davacı ve Smith'inde katıldığı dostluk anlaşması, ticaret mahkemesinin görüşüne göre bu duruma karşı değildir ve borçlar kanunu 736. Maddesi, 4. Paragrafının dışında değildir ve katılımcılarına beklenmedik sorumluluklar yüklemez.

a) Davalı, Tessin'de görülen davada çoğunluk hissedarını, davacının kendi hisselerini sattığı iddiasıyla korumak istemektedir. Böyle bir itiraz 1965 yılındaki ilk bilgilendirme davasında reddedilmiştir. İddia edilen satış sözleşmesi Smith'in Tessin'de görülen davada davacının hisselerinin sahibi olarak kanıt teşkil etmemektedir.

b) Ticaret mahkemesi “kusur tazminatını” reddetmektedir, ancak çoğunluğun davranışı, azınlığın davranışı dikkate alınmadan değerlendirilemez. Burada bir anonim şirketinde arka planda kalsa bile şahsi konular dikkate alınmalıdır (BGE 67-II-164;91-II-306). Borçlar kanununun 736. maddesi, 4. paragrafına göre, şayet söz konusu küçük aile şirketleriyse bunlar tamamen göz ardı edilemez (BGE 84-II-50 Nr. 6; BÜGI, N.47; TERCIER S.70, satır 3;W.VON SEIGER, ZBJV 103/1967, S.127/8).

Bu anlamda davalı, davacının bir itirafına atıf yapmaktadır; buna göre--davalının feshi üzerinden—eski firma birliğinin yeniden inşasına çalışmakta, söz konusu olanın azınlığın korunması olmadığını, Münih'teki rakip şirketiyle ilgili olarak, kendisini yok etmek istediğini belirtmektedir. Bu durum Smith'in kardeş kavgası çerçevesindeki kavgacı tutumunu açıklamaktadır. Hissedar esas olarak şirkete karşı olan bağlılık görevini yerine getirmese de (BGE 91-II-305; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ S.254 N.5/6), bu itirazın burada söz konusu olan çıkar değerlendirmesi çerçevesinde incelenmesi gerekir. Davacıya, davalıyı yok etmek istediği konusunda bir ithamda bulunulamaz, çünkü amaç sadece fesih davasıdır.

Bu şekilde davacının ileri sürdüğü fesih nedenlerinin içinde bulunduğu durumu sonlandırmak amacına yönelik olduğu anlaşılabilir. Davacı fesihle birlikte babadan kalma mirasın yok olmayacağını, aksine kurtulacağını söylemektedir. Davacı, Münih Togonal işletmelerinin sahibi olarak davalının bir rakibi değil, kardeşi Smith gibi, firma kurucusunun bir varisidir.

- Davacının fesih istemesine karşın, davalının ya da çoğunluğun çıkarı şirketin devam etmesi yönündedir. Burada, fesihten üçüncü şahısların da etkilenebileceği ekonomik ve sosyal sonuçların da dikkate alınması gerekir (BGE 104-II-35, 95-II-164). Ancak bu kolektif çıkar azınlığın çıkarının üstünde tutulmamalı, esas olarak aynı seviyede olmalıdır (BÜRGI, N.86-89, Borçlar Kanunu madde 698, SAG 38/1966, S. 70 ve SAG 29/1956/57, S. 89).

Çıkar değerlendirmesi yapılırken büyük yayın şirketlerinin değil, davalının somut durumu, şirketin ve üçüncü şahısların, yani çalışanların çıkarları dikkate alınmalıdır (TERCIER, S.73; JOHN NENNINGER, İsviçre hukukuna göre anonim şirketlerde azınlığın korunması, Basel 1974 S.53). Davalı kendi personeli bulunmayan küçük bir aile işletmesidir. Fesihle birlikte hangi ekonomik ve sosyal çıkarların etkileneceği konusunda somu iddialar bulunmamaktadır. Bir şirketler grubuna ait olmanın neticeleri neden özellikle düşündürücü hale getireceği de aynı şekilde belirsizdir. Davalı şirketin grup şirketi olarak feshi, bağlı şirketlerin varlığını etkilemeyeceği için (Borçlar Kanunu madde 743, paragraf 1), bu tür ağır neticeler söz konusu değildir.

Bu tür yanlışlıklar nedeniyle bir şirketin feshinin İsviçre ekonomisine büyük zararlar vereceği ve geçerli anonim şirketleri yasasının temel yapısını sorgulamaya açacağı argümanı da geçersizdir. Bu anlamda azınlığın ihtiyatlı olarak federal mahkemenin uygulamalarıyla korunmasının doktrinde farklı eleştirilere yol açmış olduğuna dikkat çekmek gerekir (bkz. KUMMER, ZBJV 114/1978, S.227, BGE 102-II-265 ve DERS, ZBJV 111/1975, S.137, BGE 99-II-55). BÜRGI'ye göre

de geçerli yasada azınlığın korunması, federal mahkeme değerlendirmeleriyle oldukça azaltılmış durumdadır (SAG 38/1966 S.70); Ona göre, mevcut yasa azınlığa daha fazla koruma sağlamalıdır (N.49 borçlar kanunu madde 736). Burada olduğu gibi azınlığın korunma gereksinimi, genel kaygılardan dolayı toplumun çıkarlarını zedelemez.

Smith'in çoğunluk hissedarı olarak konumunu davalı şirkette birçok kez ve yaklaşık on yıl boyunca ağır şekilde kötüye kullanmış olmasından ve azınlık hissedarını mağdur etmesinden sonra ve durumunu düzeltmesi beklenmiyorken, çıkar değerlendirmesi sonucu olarak fesih davasının korunması ve verilen kararın onaylanması gerekir.

2. Kararın Değerlendirmesi

Anonim ortaklığın haklı nedenle fesih sebeplerinden biri de, şirketin uzun zaman kar dağıtmamasıdır. Yargıtay¹² ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması¹³ ile sabit olduğu üzere, bir anonim ortaklığın amacı kar dağıtmaktır. Bu nedenle, uzun yıllar kar dağıtmayan bir şirketin artık varlık amacı ortadan kalkmış olacaktır. Kar payı hakkı, pay sahibinin bertaraf edilemeyecek nispi müktesep bir hakkıdır.¹⁴ Bir anonim şirketin kar dağıtmaması şeklinde tavrı mahkeme kanalıyla da düzeltilememektedir. Zira **Türk Usul Hukukunda, Alman ve İsviçre Usul Hukukunda var olduğu gibi irade beyanı yerine geçen mahkeme ilamı mevcut değildir. Bu nedenle mahkemeler, bir şirketin kar dağıtımına ilişkin karar veya belirli bir konuda karar alınmasına şeklinde hüküm verememektedir. Tüm bu nedenlerle, bir anonim ortaklığın uzun yıllar kar dağıtmaması onun haklı nedenle feshi için gerekli ve yeterlidir.**

İsviçre Federal Mahkemesinin 12 Mart 2000 tarihli *Grumser*¹⁵ kararına konu olayda, babasının ölümünden sonra %78'lik bir payı temsil eden Marianne Galluser-Grumser'in, kısa zamanda şirketi iflasın eşiğine getirmesi, şirketin içinde **bulunduğu ekonomik darlıktan çıkmak için hiçbir plan veya çaba ortaya koymaması ve şirketi sürekli kötü yönetmesi fesih için haklı sebep**

¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 26.03.1998 tarih, 1997/9240 E. ve 1998/2211 K. sayılı ilamında: " **Bütün Ticari ortaklıklarda ve bu arada, anonim şirketlerde, kar elde edilmesi ve bu karın paylarına göre ortaklara dağıtılması asıl amaçtır.**"(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 20.01.2014).

¹³ BGE 84 II 44 (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013), BGE 126 III 266 (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013); **ARSLANLI Halil**, Anonim Şirketler IV, İstanbul, 1961,s. 138.

¹⁴ **ERDEM**, s. 120-121; Eski TTK m. 385/f. 2 uyarınca, kar payı dağıtımının müktesep bir hak olduğu Yargıtay tarafından da benimsenin bir görüştür. Bu nedenle iptal edilen şirket genel kurul kararları da bulunmaktadır.

¹⁵ BGE 126 III 266 (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013).

olarak kabul edilmiştir. Anılan kararda Federal Mahkeme, sürekli eriyen malvarlığının kurtarılması, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması ve basiretli bir tacir gibi yönetilmeyen şirketin feshinin haklı nedene dayandığına hükmetmiştir.¹⁶ Hatta kararda, şirket çalışanları açısından dahi iflase sürüklenen bir şirketin feshinde görülen fayda ifade edilmiştir.

Doktrinde, kar payının hiç dağıtılmamış olması olmasının kabul edilemez olduğu ve mütesep hakka tecavüz edileceği belirtilmiştir.¹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, aşağıda incelenecek **Grumser kararı** da dâhil olmak üzere, verdiği birçok kararında, uzun süre kar payı dağıtılmamış ortaklıkların artık paydaşların menfaatlerini karşılayamaz duruma gelmekle feshini hukuka uygun bulmuştur.¹⁸

İsviçre Federal Mahkemesi Tegal kararında, azınlık pay sahiplerinin haklarının uzun bir süre göz ardı edilmesi, eşit işlem ilkesine aykırı davranılması, şirket genel kurullarının usulüne uygun yapılmaması gibi nedenlerin varlığını haklı nedenle feshe gerekçe yapmıştır. TTK m. 531'in madde gerekçesinde de, şirket içindeki işlemlerde usulsüzlüğün haklı nedenle feshe yol açacağı şu şekilde ifade edilmiştir: "İsviçre öğretisinde genel kurulun birçok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağrılmış olması, azlık hakları ile bireysel hakların devamlı ihlali, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kâr payının düzenli azalması, haklı sebep sayılmıştır." Kar dağıtımının pay sahibinin mütesep bir hakkı olduğu hususu Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 7.4.1983 gün, 1983/1687 E. ve 1983/1790 K. sayılı ilamında ilke olarak benimsenmiştir.¹⁹

¹⁶ ERDEM Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi -6102 Sayılı Yeni TTK. Hükümlerine Göre-, İstanbul, 2012, s. 34, dn. 82.; STOFFEL Walter, "İsviçre Şirketler Hukukunda Yeni Eğilimler", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununun Alınışının 80. yılı, İstanbul, 2007.

¹⁷ İMREGÜN Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s. 124; TEKİNALP Ünal (POROY Reha/ ÇAMOĞLU Ersin): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2000, N., 907.

¹⁸ Ayrıca bakınız: BGE 84 II 44.

¹⁹ "...TTK'nun 385 maddesi gereğince kar payı şirket ortaklarının mütesep haklarındandır. Şirketin devamlı kar dağıtmaması hususundaki kararı objektif, hüsnüniyet kurallarına aykırı olduğundan bu yolda alınan genel kurul kararının iptali gerekir..." ve "Kar payı hakkının pay sahibinin mütesep haklarından olduğunu, Anonim şirketlerinde diğer ticaret şirketleri gibi amaçlarının kar dağıtmak olduğunu, TTK. 469. Maddesi hükmü ortaklığa ihtiyacı var diye ilarihaye kar dağıtılmaması yetkisini vermediğini, en azından asgari temettü payı dağıtmak durumunda olduğunu, bu dağıtımın şirketin bünyesinde yapacağı olumsuz etkinin başka yollarda örneğin, sermaye artırarak giderilebileceği, kar dağıtmamak suretiyle oto finansman yoluna gidilmesi bir yerde kanuna karşı hileyi oluşturacak ve Devlet kardan vergi alma hakkından yararlanamayacak ve şirketin devamlı kar dağıtmama yolunda almış olduğu kararın yasaya hatta objektif hüsnüniyet kurallarına uygun olmadığı sonucuna varılarak, 1980 yılına ait karın dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının iptaline, sair istemin reddine karar verilmiştir..." ifadeleriyle de kar dağıtımının anonim şirketler açısından önemi net biçimde ortaya koyulmuştur (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 20.01.2014).

Anonim şirkette hâkimiyetin kötüye kullanımın tespit edilebilmesi için azınlık pay sahibinin haklarının veya menfaatlerinin ihlal edilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Ortaya herhangi bir zararın çıkması ve kusurlu olunması gerekmez. Pay sahibinin özellikle mütesep haklarının kullanılmasının engellenmesi veya mali varlığının zarara uğrama tehlikesinin bulunması pay sahibi menfaatlerinin ihlal edildiği anlamına gelebilir.²⁰ Şirketin karını sürekli ve tamamen yedek akçeye ayırması veya şirket menfaatini hiçbir menfaat sağlamadığı bir teşekküle özgülmesi de örtülü olarak pay sahiplerinin kar payı hakkının elinden alınması anlamına gelebilir.²¹

Özellikle pay sahibinin kar payına olan menfaatinin an ve an devam ettiği şirket ana sözleşmesi ilişkilerinde, azlığın, şirket menfaatlerine aykırı sistematik uygulamaları (kronik karsızlık ve/veya kötü yönetim) seyirci kalarak kar payı hakkının gaspına itiraz etmesi tabidir. Şirketin makul ölçüde kar dağıtması gerekir. Aksi halde azlık pay sahibi, çoğunluk pay sahiplerinin insafına terkedilmiş olur. Bu ise kar amacından başka bir amacı olmayan bir birliği tamamen anlamsızlaştırır.

Şunu hemen belirtelim ki, "kar dağıtmama" vakiasının değerlendirilmesi her somut olaya göre ayrıca yapılmalıdır. Örneğin, sadece bir yıl kar dağıtmayan veya iki yılda bir kar dağıtan bir şirketin feshinin istenmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Diğer yandan 10 yıldır kar dağıtan ancak dağıtılan karın şirket kazancı ve azlığın bundan yararlanma oranına göre büyük oranda ölçüsüzlük gösterdiği durumlarda şirketin feshinden ve azlığın şirketten çıkmasına izin verilmesinden söz edilebilir. Tüm bu farklı ihtimallere rağmen hangi hallerde kar payı ile bağlantılı olarak bütün bir şirketin feshine neden olabileceğine yönelik bazı ilke yaklaşımlar da benimsenmelidir. İlk olarak kar payının uzun süre dağıtılmaması vakiasının incelenmesi gerekir. İkinci olarak kar payının hangi oranlarda azlığa verildiği ve şirketin kanuni ve ihtiyari akçelerinin durumu kontrol edilmelidir.²² Üçüncü olarak şirketin aktif ve pasif durumu incelenmelidir. Şirketin çoğunluk hissedarları, şirket varlıklarını bir yandan satıp bir yandan da bilançoda "pembe"

²⁰ ŞAHİN Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2013, s. 149.

²¹ ŞAHİN, s. 162.

²² "Sürekli hale gelmiş kar dağıtmama olgusunun haklı sebep olarak değerlendirilmesinde belirleyici olan, bu durumun kar payı hakkını ağır bir şekilde ihlal etmesi, dağıtmamanın ekonomik veya ortaklık menfaati ile ilgili sebeplerle meşru kılınmamış olması ve kötüye kullanımın söz konusu olmasıdır. **Karın dört veya beş yıl boyunca dağıtılmaması özellikle TTK m.523 hükmünde öngörülen şirketin devamlı gelişmesi gibi amaçlar ile meşru kılınmadığı takdirde**, azınlık pay sahibinin kar payı hakkını sınırlandırarak kar payı hakkını ağır bir şekilde ihlal ettiğinden ve ekonomik menfaatlerine önemli ölçüde zarar verdiğinden haklı sebep olarak kabul edilmek gerekir. **Ayrıca kar dağıtmama olanakları kötüye kullanılmak suretiyle, özellikle azınlık pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasını sağlamak amacıyla dört veya beş yıl boyunca kar dağıtılmaması durumunda, kötüye kullanımın söz konusu olması, ihlali ağır ve çekilmez kılarak ona haklı sebep niteliği kazandıracaktır.**"(ŞAHİN, naklen, 164.).

bir tablo da çizebilir. Son olarak, şirketin iş planına bakılması yararlı olacaktır. Nasıl iflas ertelemeye ilişkin davalarda, şirketin nasıl iyileştirileceğine ilişkin proje yapılıyorsa, uzun süre kar dağıtmayan ve kronik olarak kötü yönetilen bir şirketin karlı hale gelebileceği ispatlanmalıdır. Şirketin feshine ilişkin davada ispat yükü her ne kadar azlığın üzerinde ise de, çoğunluğun da delil ikame yükü kapsamında şirketin mali durumun ümit verici olduğunu inandırıcı biçimde kanıtlaması gerekir. Eğer içinde bulunulan durum ortaklık içinde bulunulmasını çekilmez hale getiriyorsa, artık ortaklığın devamında azlığın hiçbir menfaatinin kalmadığı anlaşılmış demektir. Örneğin, şirket eTTK m. 469 (TTK m. 523) uyarınca tüm genel kurullarda kar dağıtmamaya ilişkin karar alabilir. Her sene kendini tekrarlayan bir şekilde kar dağıtmama kararının alınması ve sonrasında kararın iptaline ilişkin yargısal bir sürecin gündeme gelmesi, kanaatimizce artık şirketin devamını çekilmez kılabilir. Zira kar dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının iptali ile şirket kar dağıtmaya başlayamamaktadır. Bu nedenle, şirketin sürekli olarak kar dağıtmama kararına azlığın iptal davası açmasının hiçbir sonuç getirmeyeceği durumlarda da yine şirketin devamının çekilmez hale geldiği söylenebilir.

360

Uygulamada çoğu zaman “Karın dağıtılmaması” ve “yönetim kurulu üyeleri veya çoğunluk lehine çeşitli maddi menfaatler tanınması” vakıalarının bağlantılı şekilde ortaya çıktıkları görülmektedir. Özellikle küçük aile tipi şirketlerde aile içi dengelerin de ticari hayata yaptığı etkiler net biçimde görülmektedir. Bu tarz şirketlerde çoğunluk pay sahipleri (yönetim kurulu) kendi lehlerine olacka şekilde ücret, ikramiye ve huzur hakkı gibi menfaatler sağlamakta, ancak şirket bilançosunda şirketin durumunu zarar ediyor şekilde gösterebilmektedirler. Böylece azlık ne hissesini satabilmekte ne de şirketten bir menfaat elde edebilmektedir. Hal böyle olunca azlık, şirketin vergi de dahil tüm yükümlülüklerini yüklenmekte ancak şirketten herhangi bir yarar elde edememektedir. Tabiri caizse, sefayı süren çoğunluk olurken cefayı çeken hep azlık kalabilmektedir. Her somut olayda MK m. 2'nin objektif ölçütleri ile hakkın kötüye kullanımı engellenmelidir.

C. 45. Pierre Grumser aleyhinde P. Grumser S.A şirketi davasında 1. Hukuk Mahkemesinin 12 Mayıs 2004 tarihli karar Özeti²³

1. Karar

Federal Mahkeme

Bir Anonim Şirketin haklı gerekçelerle feshi (Borçlar Kanununun 736. maddesinin 4. Bölümü)

²³ BGE 126 III 266 (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013).

1- Çoğunluğa sahip hissedarın hâkim konumunun suiistimal edilmesi BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü gereğince bir anonim şirketin feshini haklı kılacak tek gerekçeyi oluşturmaz. Duruma göre, tedrici şekilde yok olmaya yol açan kalıcı bir kötü yönetimin sürdürülmesi azınlığa sahip hissedarlara dayatılamaz (1.mütalaa).

2- Fesih davasının tali oluşu ve Federal Mahkemenin takdir yetkisi (2.mütalaa).

A- Pierre Grumser (aşağıda davacı olarak anılır) P.Grumer SA şirketinin (aşağıda davalı şirket olarak anılır) azınlık hissedarıdır, şirketin merkezi Lozan'dadır ve amacı mücevher, kuyum ve saat ticaretidir. Davacının büyük babası tarafından 1926 yılında kurulmuş, şirket daima Grumser ailesinin elinde bulunmuştur. 70'li yılların sonunda, davacının babası olan ve o zaman çoğunluk hissedar olan André Grumser Lozan'da Saint François sokağı 11 numarada bulunan mücevher ticareti işletmesinin devamını sağlamak amacıyla üç çocuğu arasında -Marianne Galluser-Grumser, Jacques Grumser ve davacı- bir çözüm aramış fakat başarılı olmamıştır. 30 Mayıs 1979 tarihli mektupla, davalı şirket davacının iş akdini 30 Eylül 1979 itibariyle geçerli olacak şekilde feshetmiştir. Davacı bu durumda rakip bir dükkanı Lozan'da Bourg sokağı 10 numarada kendi hesabına açmıştır. Marianne Galluser-Grumser, Jacques Grumser ve davacının hissedarı oldukları Grumser SA şirketi

4 Aralık 1979'da ticaret siciline kaydedildi ; 1 Ocak 1980 ila 31 Temmuz 1991 arasında Saint-François sokağında 11 numarada mücevher-saat işini sürdürdü. Daha sonra, davalı şirket işletmeyi devraldı. André Grumser 1991'de vefat etti. Marianne Galluser-Grumser davalı şirketin tek yöneticisi, sonra 1994'de yönetim kurulu başkanı oldu.

B- Kız kardeşinin % 78 hissesine karşılık, şirketin % 22 hissesini elinde bulunduran davacı 19 Nisan 1996'da davalı şirket aleyhinde dava açtı, şirketin feshini ve tasfiyesini talep etti. Somut olarak, ona göre müessesenin verimli olmamasının sebebi kötü yönetimden kaynaklanmaktadır, bu da er veya geç aşırı borçlanmaya ve sonunda iflase yol açacaktır.

Davalı şirket talebin reddedilmesini talep etti.

6 Temmuz 1999 tarihli kararla, Vaud kantonu kanton Mahkemesinin Hukuk Mahkemesi davalı şirketin feshine karar verdi, bir tasfiye memuru atadı ve tasfiye masraflarını feshedilmiş şirkete yükledi.

C- Karar tashihi yoluyla hareket eden davalı şirket kanton kararının iptal edilmesini ve fesih kararını reddedilmesini talep etti.

Davacı istinafa başvurunun reddedilmesini talep etti.

Federal mahkeme istinafa kabul edilebilir olduğu ölçüde başvuruyu reddetti ve itiraz edilen kararı onadı.

Mucip sebeplerden özet :

1- Davalı şirket temel olarak BK'nun 736. maddesinin 4. bölümünü ileri sürüyor. **Şirkete göre, bir anonim şirketin feshi bu hüküm gereğince, şayet çoğunluğa sahip hissedarlar azınlık hissedarların haklarını iyi niyet kurallarına aykırı olarak ağır ve müteaddit defalar ihlal ederek hâkim konumlarını suiistimal ederlerse devreye girebilir. Oysa konumuz davada davacı fesih davasını sadece sözde berbat yönetime ve verimlilik kusuruna dayandırmaktadır, bu olaylar hiçbir durumda şirketin feshini haklı kılmaz. Geri kalanı için, itiraz edilen karar hâkim konumun belirgin bir suiistimali yoluyla düzenli bir ihlalin en küçük belirtisini göstermez. Davalı şirketin iki hissedarı arasında şirket faaliyetini sürdürmeyi imkânsız kılacak kişisel ilişkiler olmadığı ve aksine basit rekabet ilişkileri olduğu sürece bir fesih daha az önemde ileri sürülebilir.**

362

a) BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü hükümlerine göre şirket hisselerinin en azından yüzde 10'unu temsil eden hissedarlar haklı gerekçelerle fesih talep ederse anonim şirket bir mahkeme kararıyla feshedilir. Konumuz olayda mahkemenin hâkimi duruma uyarlı ve ilgililer için kabul edilebilir başka bir çözüm benimseyebilir.

Sözü edilen hüküm azınlık hissedarların menfaatlerini korumayı amaçlar. İstisnai tedbir olarak, fesih olayı müessese çalışanları gibi diğer sınıftaki kişilerin menfaatleri dikkate alınarak bile şirketin sürdürülmesinin objektif ve makul olarak azınlık hissedarlara dayatılamayacağı, davacının genel kurul kararlarını iptal davası veya sorumluluk davası gibi daha az basiretli diğer imkânlar ile elde etmek imkânına sahip olmadığı noktada devreye gireceğini kabul eder (ATF 109 II 140 müt.4 s.142 a; 105 II 114 müt.6 s.124 ss ve referanslar). Çoğunluğa sahip hissedarın hakim konumunu sürekli suiistimal etmesi feshin tipik bir gerekçesini oluşturuyor olması bir gerçek ise, BK'nun 736. maddesinin 4. bölümünün uygulama alanı azınlık hisseye sahip hissedarların çoğunluğa sahip hissedarın haksız rekabete karşı korunması ile sınırlı kalmaz (FORTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht. N. 60 ve 82 ad § 55; PHILIPPE HABERGER, die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Tez, Zürich 1996, s. 71 s.; WILFRIED BERTSCH, Die Ausflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, tez Zürich 1947, s.118 ve 129 ss). Böylesine kısıtlayıcı bir yorum BK'nun 736. maddesinin 4. bölümünün metnine istinat edemez, bu metin bu kavramın kapsamının ne olduğunu belirtmeksizin adli tasfiyeyi

haklı gerekçelerin varlığına bağlar. Dolayısıyla, çoğunluk hissedarın hâkim konumunu suiistimal etmesi dışındaki olaylar sebebiyle şirketin sürdürülmesinin azınlık hissedar için dayanılmaz olması tamamen düşünülebilir bir olaydır (bkz. HABEGGER, op.cit. s. 93 ss). Bu bakımdan, özellikle aile hüviyetine sahip küçük şirketlerde, kişisel unsurlar menfaat ölçümünde bir rol oynayabilirler, en azından şirket ilişkilerinin sürdürülmesini kalıcı ve objektif şekilde dayanılmaz kıldıkları zaman (ATF 105 II 114 müt. 7b s. 128; 84 II 44 müt. 2 s. 50).

b) Adli bilirkişinin raporu temel alınarak, hukuk Mahkemesi davalı şirketin 1991'den, yani söz konusu şirketin mücevher ticaretini Grumser SA'dan devir aldığı andan itibaren bu yana kötü yönetildiğini dikkate alır. Nitekim, ciro 1991'den bu yana bir önceki on yıllık devreye göre % 40 civarında düşmüştür ve davalı şirket her yıl işletme zararı göstermektedir. **Kanton mahkemesine göre, biriken bu zararlar davalı şirketin yaptığı mücevher ticaretinin artık kârlı olmadığını kanıtlar. Konjonktürün sebep olduğu düşüşü kesin olarak belirlemek şüphesiz mümkün değildir, buna karşılık, davalı şirketin yönetim kurulunun konjonktür krizine önlem almadığı ve şirketin yapısını ekonomik duruma uyarlamadığı kesindir. Personel masrafları çok yüksektir ve işletme giderlerini azaltma yönündeki tüm önlemler alınmamıştır. Müessesenin işletmesinde bir değişiklik yapmaksızın, şirketin yedek akçeleri ve sermayesi çok çabuk yutulacaktır. Hâlbuki davalı şirket yönetimini değiştirdiğini ne göstermiş, ne iddia etmiş, ne de yapmayı düşündüğünü ifade etmiş, üstelik sonuçları iyileştirmek amacıyla önlemler almamıştır. Aksine, öngörülen prosedüre göre çoğunluk hissedarının ve yönetim kurulu başkanının Saint-François sokağında bulunan ve davacıya ait olan binayı alacakları ile takas ederek ve ipotek borcunu devralarak ödemek yoluyla satın almaya karar verdikleri anlaşılmaktadır. Oysa böyle bir alış-veriş şirketi temel faaliyetinden yoksun bırakmak anlamında olacağından bunun gerçekleşmesi düşüşü hızlandırmaktan başka bir şey yapmayacaktır. Birinci hâkimler burada bu noktadan itibaren, davalı şirketin yönetici organının şirketin belirsiz durumunu düzeltmeye yönelik önlemler almakta irade noksanlığına dair bir ek işaret görürler. Onların düşüncesine göre bu şartlarda, davalı şirketin amacı ile uygun, yani kâr yapma yönünde bir faaliyet geliştirdiğini düşünmek artık mümkün değildir. Tüm olaylar gerçekte şirketin aşırı borçlanmaya ve sonra iflase mahkûm olduğuna inandırmaktadır. Dolayısıyla, davacı kişi davalı şirketin yönetiminden uzak tutulmuş bir azınlık hissedar olarak, şirketin mahvolmasını önlemek için fesih davasından başka etkili imkânlarla sahip değildir.**

c) Davalı şirketin düşüncesine aykırı olarak, Kanton mahkemesi tarafından dikkate alınmış şartlar BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü anlamında haklı bir gerekçe oluşturmayaya uymuyor değildir. Yukarıda evvelce altı çizildiği gibi (mütalaa 1a),

sözü edilen hüküm tarafından azınlık hissedarlara sağlanan korumanın etkili olması için, bu hükmün uygulama alanının sadece hakim konumun suiistimali ile sınırlanamamak gerekir (FORSTMOSTER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit.n.82, ad § 55). Karar verici kıstas daha çok şirketin sürdürülmesinin azınlık hissedarlara objektif olarak ve makul olarak dayatılabileceğini bilmek noktasında yatmaktadır. Ticari faaliyet veya kâr gerçekleşmesi söz konusu olduğunda, şartlara göre, şirketin amacına artık ulaşamaz olduğu zaman durum böyle olmayacaktır (HABEGGER, op.cit.s.95; BERTSCH, op.cit.s.132; CHRISTOPHLÜSCHER, Die Auflösung von Handelsgesellschaften aus wichtigen Gründen, tez, Bern 1992, s.175). Şirketin mahvolmasına tedricen yol açan kalıcı bir kötü yönetim halinde de aynı şekilde gidebilir (HABEGGER, op.cit.s. 95; BERTSCH, op.cit.s.140; LÜSCHER, op.cit.s.128). Bu iki varsayımda, azınlık hissedarların korumaya değer ekonomik menfaatleri tehlikeye düşürülmüştür. Şirketi bu sebeple feshetmenin uygun olup olmadığını veya daha az ciddi önlemler alınmasının mümkün olup olmadığını bilmek somut vakanın şartlarına bağlantılı olarak ve bir menfaat ölçümü temelinde çözümlenmiş olması gereken bir sorundur. Bu bakımdan, bir feshin üçüncü kişilerin, özellikle bu yola gitmeyen hissedarların ve şirket çalışanlarının durumuna yansımalarını dikkate almak da önemlidir.

364

Davalı şirkette kalıcı kârlılığın var olmayışının ve sürüp giden kötü yönetimin, şirketin BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü gereğince feshini ilke olarak kanıtlayabilecek şartlar olduğunu dikkate alarak Hukuk mahkemesi federal hukuku hiçbir şekilde ihlal etmemiştir. Buna karşılık çoğunluk hissedarı ile davacı arasındaki yakın kişisel ilişkilerin yokluğu demekle davalı şirketin bu ortamda neyi ifade ettiği anlaşılmıyor.

2- Öte yandan, davalı şirket, şirketin yönetim şekli konusunda davacının her hangi bir şikâyet **sebebi ifade etmediğinin, davalı şirketin yönetim kurulu veya genel kurul kararlarına karşı çıkmak istemediğinin ve dolayısıyla hissedarların korunması için yasa tarafından öngörülmüş yollardan her hangi birini kullanmadığının altını çizerek** Hâlbuki diye devam eder, şirketin feshi tali bir hüviyete sahiptir ve daha düşük güçteki önlemler düşünülen sonucu elde etme imkânını sağlamadığı zaman sadece son aşamada ifade edilebilir. Temel olarak, aynı delillere istinat ederek, davalı şirket birinci hâkimleri orantısallık ilkesini ihlal etmiş olmakla kınar. Fazlası için, zararlarının bir sermaye şirketinin hissedarının maruz kalacağı normal risklere tekabül ettiğini ve fesih davasının bu tür risklere karşı koymak için açılmadığını ileri sürer.

a) Bir anonim şirketin BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü anlamında haklı gerekçelerle feshi azınlık hissedarların yasal menfaatlerini korumaya yönelik köklü bir önlemdir. Bu sebeple, **fesih işlemi sadece daha uygun önlemler azınlık**

hissedarları korumaya yetmediği zaman devreye girer. Bu anlamda, böyle bir önlem bazen “son aşama” olarak nitelendirilir ve aynı zamanda fesih davasının tali olay olması söz konusudur. Bununla birlikte, her durumda, azınlık hissedarın genel kurul kararlarını iptal davası veya sorumluluk davası gibi hukuk yollarıyla kendi menfaatlerini korumaya teşebbüs etmelidir sonucunu çıkarmamak gerekir (ATF 105 II 114 müt.6d s.126 s; FORTMOSER/MEIER-HAYOZ-NOBEL, op.cit.n.110 ad § 55; STAUBLI, Bern yorumları, n.20 ad BK md.736 ; BÜRGI, Zürih yorumları, n.43 ad BK md.736). Burada da belirleyici olan, haklarını başka şekilde geçerli kılmasının azınlık hissedara makul şekilde dayatılıp dayatılmayacağını bilmektir. Böylece, fesih davasının tali hüviyeti oransallık ilkesinin ifadesinden başka bir şey değildir (ATF 105 II 114 müt.6a s.124; TERCIER, anonim şirketin haklı gerekçelerle feshi, İsviçre anonim şirketi 46/1974 s.67 ss, 73; STAUBLI, op.cit,n.22 as BK md. 736). Dolayısıyla, davacı tarafından ileri sürülen gerekçe veya gerekçelerin şirketin feshini haklı kılıp kılmadığını kararlaştırmaktan önce ilgili farklı kişilerin birbirine zıt menfaatlerini itina ile tartmak görevi hâkime düşer. Dolayısıyla, benzer bir önlemin her varsayımda ancak diğer hukuk yollarının uygulamaya konmasından sonra emredilebileceği yönünde davalı şirketin kesin ifadesi yanlıştır.

b) Konumuz davada, davalı şirket menfaatlerin tartılmasında Hukuk mahkemesinin hangi konuda federal yasayı ihlal ettiğini somut olarak göstermemektedir. Kalıcı kötü bir yönetimin veya müessesenin **kronik kârsızlık hatasının ilke olarak BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü anlamında haklı gerekçeler oluşturacağı** daha önce belirtilmişti zira bu gerekçeler azınlık hissedarların malvarlığı menfaatlerine zarar verecek türdendir. **Yine, fasih yoluna gitmeden önce şirketin mahvolmasını beklemleri onlardan istenemezdi** (ATF 105 II 114 müt.6a s.124). Öte yandan, kanton mahkemesinin amir fiili müşahedelerinden, davalı şirketin birçok yıldan beri zarar ettiğini, bunun sebeplerinin en azından bir kısmının kötü yönetim içinde araştırılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla davalı şirket tarafından ileri sürülen ve maddi güçlüklerin geçici olduğu ve sadece konjonktür durumundan kaynaklandığı iddiası kabul edilemez (OJ md.63, fıkra 2). Aynı görüş davacının personelin bir kısmını 1979'da işten çıkardığını ve kart arşivini suiistimal derecesinde kullanmış olduğunu söylemek isteyen davalı şirketin ifadelerine göreceli olarak uygulanır. Nihayetinde, şirketin mali durumu bozulmaya devam ettiği sürece davacının hangi etkili fakat daha az köklü önlemleri özel durumda istiyor olabileceği görülüyor. **Hisselerin % 78'inin yönetim kurulu başkanının elinde bulunduğu bir şirkette davacının yönetime nasıl etki edebileceğini davalı şirket belirtmiyor.** Zaten itiraz edilen karardan işlerin gidişatı hakkında davalı şirketin organlarına bazı sorular sorduğu fakat sadece eksik cevaplar aldığı ortaya çıkıyor. Üstelik davacının defterleri ve yazışmaları inceleme talebi reddedilmiştir. Dolayısıyla müessesenin yönetimini

en azından tartışma konusu yapmıştır. Kanton mahkemesinin kesin gözlemlerine göre yönetim kurulu başkanının ve çoğunluk hissedarının şirket yönetim şeklini değiştirmeye ne arzuları ne imkanları olduğu, bunun sonucunda davacının daha destekli eleştirilerinin şimdiki durumu hangi şekilde olursa olsun değiştireceğinin gözükmediği buna eklenir.

Bunun ötesinde, Hukuk mahkemesi davacının hisselerinin davalı şirket tarafından satın alınması veya şirketin sermayesinin azaltılması gibi daha az dirayetli önlemlerin konuya uygun yasal hükümler tarafından konumuz olayın dışında tutulduğunu haklı olarak gözlemler (BK. md 659 ve 732, 5. bent). Davalı şirket bu kanıtı karar tashihi için yaptığı istinaf başvurusunda eleştirmez. Davacının hisselerinin satın alıp şirketin tek hissedarı olmak amacıyla, çoğunluk hissedarın davacıya teklifte bulunduğunu da ileri sürmez. Kanton mahkemesinin tespitine göre, her şekilde, davacı kuyumculuk ticaretinin kurucusunun torunu olarak şirketin batmasına son vermek ve aile varlığının tamamen parçalanmasını engellemek için hareket etmektedir. Oysa kapsamı inkâr edilemeyecek bu kişisel menfaat (ATF 105 II 114 müt. 6b s. 125 ve 7b s. 128), azınlık hissedarın şirketten çıkışı ile yeterince korunamaz.

366

Öte yandan, üçüncü kişiler söz konusu olduğunda, bilirkişinin ifadesine göre, davalı şirketin işletmeye devam etmesinin işten çıkarma yoluyla veya en azından çalışma saatlerinin azaltılması yoluyla maaş yükünde önemli bir düşüşe yol açması gerektiği kanton mahkemesi tarafından müşahede edilir. Mahkeme, personelin işletmeye devam etmesinin konumuz davada belirleyici olmadığı sonucunu bundan elde eder, davalı şirketin kendi çalışanlarının sayısı, maaşları ve çalışma şartları konusunda iddia ileri sürmediğini ekler. Şirketin alacaklıları konusunda, birinci hâkimler alacaklıların davacı şirketin mali bozgununa derhal son vermedeki menfaatlerinin davacının davasının açmaktaki menfaati ile birleşmekte olduğunu ifade ederler. Davacı şirket fesih işleminin üçüncü kişilerin durumu üzerindeki yansımaları ile ilgili bu mütalaaları dokunmadan bırakır.

Nihayet, bir anonim şirketin harklı gerekçelerle feshi için başvuru hâkimin hukuk ve hakkaniyet kurallarını uygulamak zorunda olduğunu hatırlamak gerekir (Medeni Kanun md. 4; ATF 105 II 114 müt. 6a s.124 sonu). Oysa federal Mahkeme kanton makamları tarafından alınmış hakkaniyet kararını çekince ile ele alır. Kanton makamı serbest değerlendirme konusunda doktrin ve içtihat tarafından düzenlenmiş kurallardan sebepsiz yere ayrıldığı veya özel durumda hiçbir rol oynamaması gereken olaylara dayandığı veya aksine, muhakkak dikkate alınması gereken unsurları dikkate almadığı zaman federal mahkeme müdahale eder (bkz. ATF 123 III 246 müt.6a s.255, 275 müt1a/cc, 122 III 262 müt.2a/bb, 121 III 64 müt.3c). Konumuz davada, yukarıda ifade edilenlerin ışığında, birinci hakimlerin davalı şirketi fesih kararlarını bu bakımdan hiçbir önem

arz etmeyen durumlara dayandırdıkları, belirleyici unsurları dikkate almayı unuttukları gözükmemektedir. Bu sebeple Federal Mahkemenin müdahalesine yol açacak bir unsur yoktur.

2. Kararın Değerlendirmesi

Federal Mahkemenin Grumser kararında yukarıdaki durum şu şekilde özetlenmiştir: “*Davalı şirkette kalıcı kârlılığın var olmayışının ve sürüp giden kötü yönetimin, şirketin İsv. BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü gereğince feshini ilke olarak kanıtlayabilecek şartlar olduğunu dikkate alarak Hukuk mahkemesi federal hukuku hiçbir şekilde ihlal etmemiştir.*” Sürekli borç doğuran bir akit olarak ortaklık sözleşmesinde akit taraflarının ifaya olan menfaatinin an ve an devam etmesi gerekir. İfaya olan menfaatin artık kalmadığı veya beklenmesi için hiçbir haklı gerekçe olmadığı hallerde, sürekli borç ilişkisinin haklı nedenle feshinden söz edilebilir. Ortaklık ana sözleşmesi de, paydaşların ortaklığa karşı sürekli bir borç yükledikleri sözleşmeler olarak, haklı nedenle feshi mümkün sözleşmelerdir.²⁴ Bu durum MK m. 2'nin anonim şirketler açısından görünüm şeklidir.

Kararda ayrıca kronik karsızlık durumunda azınlığın şirket içinde kalmasının beklenemeyeceği açıkça ortaya koyulmuştur. Bir an için şirketin feshinden önce kısıtlının şirket paylarını satması düşünülebilirse de, **sürekli zarar eden ve öz sermayesini kaybetmeye yaklaşmış bir şirkete ait hisselerin satışının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirtmek gerekir.** Şunu hemen belirtelim ki, **ana sözleşmedeki pay devrini anonim ortaklığın onayına bağlayan hükümler de böylesi bir çözümü son derece etkisiz kılmaktadır.** Bu nedenle kronik karsızlık ve azlık haklarının sürekli hiç sayılması halinde tek çözümün ortaklığın feshi ve tasfiyesi olduğu ortadadır. TTK m. 531'in ve gerekçesinin de açıkça ifadesiyle, azınlık paydaş açısından ortaklıkta kalmanın hiçbir menfaati bulunmadığı hallerde haklı sebep ortaya çıkmış kabul edilmelidir. Örneğin şirket kısa bir süre içinde batacağı varsayılırsa, şirketin devamında hiçbir menfaati yoktur.

Grumser kararında paydaşlar arasındaki kişisel durumların da göz önüne alındığını görüyoruz. Uygulamada limited ve şahıs şirketlerinin feshi için gerekçe yapılan kişisel durumların bazı hallerde anonim şirket için de gündeme gelebileceğini kabul etmek gerekir. Bilindiği gibi, anonim ortaklıklar birer sermaye şirkettir ve sermaye şirketlerinde kural olarak sadece paya bağlı değerlendirmeler esas alınır. Ancak gerek Türk ve İsviçre Doktrininin gerekse Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesinin kabul ettiği üzere, özellikle aile şirketlerinde ve küçük anonim

²⁴ SELİÇİ ÖZER, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sonra Ermesi, İstanbul, 1977, s. 205; ERDEM, s. 51.

şirketlerde kişi ortaklıklarıyla önemli benzerlikle mevcuttur. Böyle ortaklıklarda paydaşlar arasındaki kişisel ilişkiler de son derece önem kazanır.²⁵

IV. UYGULAMADAKİ SORUNLAR VE ÖNERİLER

A. Şirket Amacına Ulaşmanın İmkânsız Hale Gelmesi Vakıası Haklı Gerekçe Olabilir Mi?

Eski TTK döneminde, yeni TTK m. 531'in boşluğunu doldurma çalışmaları esnasında ortaya atılmış bir fikir olarak "*ortaklığın amacına ulaşmasındaki imkânsızlık*", konumuz açısından da önem taşımaktadır. Zira şirketin maksat ve amaçlarından biri ve biricigi kazanç elde edip ortaklara dağıtmak olduğuna göre, bu amaca ulaşamaz hale gelmiş veya kazanç elde etmekle beraber ortaklar arası uyumsuzluk nedeniyle kazanç dağıtılamaz bir duruma düşmüş bir anonim şirketin, bu veya buna benzer haklı sebeple feshedilebilmesi doğaldır."²⁶

İmkânsızlık tespitinde önemli olan, çoğunluğun, ortaklığın devamını çekilmez hale getiren, ortaklığın genel olarak kazanç elde etmesini ve paylaşım amacını ortadan kaldırmaya faaliyetleridir. Bu bağlamda, şirketin, hâlihazırda asıl faaliyet alanında çalışmadığı, şirket malvarlıklarının şirketi esas sermayesinden yoksun bırakacak şekilde satışının yapıldığı gibi vakıalar sübjektif olarak amacın imkansızlaştığı noktasında kullanılabilir. Böyle bir anonim ortaklığın ayakta tutulması, ne azınlık pay sahibinin ne de ülke ekonomisinin yararınadır. Bu nedenle, ortaklığın devamının objektif veya sübjektif olarak imkansız olduğu durumlarda azlığın fesih davası ikame etme hakkını kullanması makul görülmektedir.

B. İkame Edilecek Fesih Davasında eTTK ve Yürürlükteki TTK Dönemindeki Tüm Vakılara Dayanılması Mümkün Müdür?

Anonim şirketlere yönelik haklı nedenle fesih imkânının Yeni TTK ile kanunlaşması 2012 yılı itibariyledir. Bu nedenle, fesih davasına bu tarihten sonraki vakıaların esas alınmasının sonra mümkün olacağı düşünülebilir. Ancak böyle bir yorumun kanunun lafzına ve ruhuna aykırı olması nedeniyle benimsenmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi yorum, yeni TTK yürürlükte değil iken şirketin uzun yıllar karsız bırakılması ve ortaklığın iflâsa sürüklenmesi gibi vakıaların himaye edilmesi anlamına gelir. Şüphesizdir ki, kanun koyucu işbu hükmü bir azlık hakkı olarak ihdas ederken, eski kanun döneminde –tabiri caizse– şirketi perişan eden yapıların bundan muaf olması amacını taşımadığını kabul etmek gerekir. Mülga TTK döneminde de şirketin haklı nedenle feshine yol açan vakıaların varlığı kanun

²⁵ ERDEM, s. 104, 154 vd.; İsviçre doktrini açısından ayrıca bakınız: ERDEM, s. 156, dn. 428'de zikredilen yazarlar.

²⁶ ARSLANLI Halil/ DOMANIÇ Hayri, Ticaret Kanunu C: III, Limited ve Hisseli Komandit Şirket, İstanbul, 1989, s. 754.

koyucu tarafından himaye edilmiyordu. Sadece bu vakıalara şirketin feshi gibi ağır bir sonuç bağlanmamıştı. Mülga TTK dönemindeki şirket yöneticilerinin fesih yaptırımına uğramayacaklarını bilerek icra ettikleri kötü niyetli fiillerin kanun koyucu tarafından himaye edilmesi MK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına da aykırıdır.

Diğer yandan, dava malzemesini HMK uyarınca vakıaların oluşturulduğu ve TTK uyarınca haklı nedenin ispatının da süreklilik arz eden bir takım vakıalara bağlandığı düşünüldüğünde, geçmişe dönük vakıaların davaya esas alınması gerektiği ortaya çıkacaktır. Eğer kanun koyucunun muradı eski kanun dönemindeki vakıaların 2012 sonrasında etkilememesi yönünde olsaydı, buna ilişkin özel bir yürürlük maddesi olası gerekirdi. Oysa ortada böyle bir normatif dayanak bulunmamaktadır.

Yukarıda arz edilen durum, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesince düzenlenen “Ticaret Hukuku Günleri – VI”de de tartışılmıştır. Bu konferansta Sn. Prof. Dr. Arslan KAYA'nın verdiği bir örneği nakletmek isteriz. Kanun koyucunun eski kanun dönemindeki vakıaları göz önüne almama noktasında bir iradesi söz konusu olamayacağına ilişkin şu örnek verilmiştir: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 42. maddesinin (c) bendine göre: “c) 14 üncü maddeye aykırılık. (Ancak, 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz. *Dava* açılacağı düşünülmekle kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz.” Bilindiği gibi HMK uyarınca dava, dava tarihi itibarıyla var olan vakıalara göre hüküm kurar. Oysa kanun koyucu yukarıdaki ifadeleriyle, bir hakkı kötüye kullanan kişilerin yaptığı muvazaalı işlemlerin göz önüne alınmaması gerektiğini ortaya koymuştur. Aynı şekilde, fesih iddiasında sadece 2012'den sonraki yıllara ait ticari kayıt ve defterlerin incelenmesi, ortaya çok yanıltıcı bir bilanço çıkararak ve şirketi iflasın eşiğine getiren kişilerin davranışları da himaye edilmiş olacaktır. Her iki ihtimalin de maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve hakkaniyetli bir çözüme ulaşmak için yeterli bir çözüm sunmayacağı kanaatindeyiz.

C. Fesih Davasında Terditli Taleplerde Hangi Talep İlk Olarak Dinlenmelidir?

Uygulamada tereddüt yaratan bir husus da, fesih davası ile birlikte talep edilen terditli talepler halinde hangi talebe ilk olarak cevap verilmesi gerektiğine ilişkindir. Genel olarak, azlığın şirketin feshini ve bunun aksi halinde kendisinin şirketten çıkarılmasına izin verilmesini talep ettiği görülmektedir. Kanaatimizce ilk olarak madde metninin lafzına uygun olarak şirketin feshi hususu incelenmelidir. Zira eğer şirketin feshi için haklı neden yoksa o zaman azlığın ortaklıktan ayrılmasına ilişkin yasal gereklilik de ortadan kalkmış olur. Hâkim, somut

olayda şirketin feshine ilişkin haklı sebeplerin varlığı halinde öncelikle şirketin feshine karar vermeli, sonrasında sermayeyi koruma ilkesi çerçevesinde azlığın ortaklıktan ayrılması hususunu veya diğer çözümleri düşünmelidir. Göz önünden kaçırılmamalıdır ki, feshine karar verilmiş bir şirket malvarlığından azlığın payının karar tarihindeki değerini alması, şirketin geriye kalan malvarlığını kullanılamaz hale getirebilir. Şu halde azlık payın gerçek değerine ulaşırken, şirketin çoğunluğu elindeki payları elinden çıkaramayacağı için çok zor durumda kalabilir. Bu nedenle, azlığın payının gerçek değerini alması sonrasında şirketin de işleyebilir bir şekilde kalması; aksi halde şirketin tamamen feshedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Mülga TTK döneminde anonim şirket içerisindeki azlığın haklarının aktif olarak korunması mümkün değildi. Yürürlükteki TTK ile azlığın haklarını aktif olarak koruması yönünde güçlü bir adım atılmıştır. Kimi çevrelerde azlığın çoğunluğa tahakkümü olarak da nitelendirilen bu durumun olumsuz bir durum yaratmadığı kanaatindeyiz. Tıpkı limited şirkete ilişkin fesih davasında olduğu gibi MK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması denetimi ile şirket içi dengeler korunabilir.

Özellikle ülkemizde yaygın biçimde rastlanılan aile şirketlerindeki paydaş kavgaları açısından da bu dava türünün önemli olduğu kanaatindeyiz. Şirket çoğunluğunun sürekli azlığı –tabiri caizse- zapturapt altında tutma çabaları, bu hükümle bir ölçüde engellenmiştir. Şirketin sürekli kötü yönetimi, şirketin belirli bir ivme ile zarar etmesi ve bir süre sonra şirketin iflasın eşiğine gelecek olması, aile şirketlerinde, aile içi kavgaların veya bazı aile bireylerinin aileden dışlanması, şirketin uzun yıllar kar etmemesi veya/ve kar dağıtmaması (kronik karsızlık), yönetim Kulunun uzun yıllar huzur hakkı almaması ve şirketin amacını yerine getiremez durumda olması ve/veya uzun süre de durumun böyle devam edeceğinin anlaşılmasının haklı neden olarak kabul edilmesi gerekir. Her durumun davanın özel somut koşulları içinde incelenmesi ve buna göre hakkaniyetli bir karar verilmesi gerekir. Bazı hallerde azlığın şirketten ayrılmasına izin verilmesine karar verilmesi de birçok sorunu çözeceği kanaatindeyiz. Bu hükmün en azından çoğunluk ile azlık arasında bir uzlaşma zemininin yaratılması hususunda büyük etkisi olacaktır.



KAYNAKÇA

Arslanlı Halil, Anonim Şirketler IV, İstanbul, 1961.

Arslanlı Halil/ Domaniç Hayri, Ticaret Kanunu C: III, Limited ve Hisseli Komandit Şirket, İstanbul, 1989, s. 754.

Aydın Alihan, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001.

Domaniç Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988.

Erdem Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi -6102 Sayılı Yeni TTK. Hükümlerine Göre-, İstanbul, 2012.

Helvacı Mehmet, Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.

İmregün Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları Ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962.

Karahan Sami/Coşgun Özlem Karaman, Şirketler Hukuku, Konya, 2012, s. 342.

Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması Ve Haklı Nedenle Fesih, Makaleler I, İstanbul, 2001.

Tekinalp Ünal, Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sistemi Ve Uygulamasının Değerlendirilmesi, Türk Ticaret Kanununun 30. Yıl Semineri -İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1988, s. 231.

Poroy Reha (Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2000.

Rüzgâr Eser, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı *Hakemli* Hukuk Dergisi, Yeni Türk Ticaret Kanununda Azınlık Hakları, sayı 73-74, 2010.

Seliçi Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sonra Ermesi, İstanbul, 1977

Stoffel Walter, "İsviçre Şirketler Hukukunda Yeni Eğilimler", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununun Alınışınının 80. yılı, İstanbul, 2007.

Şahin Ayşe Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2013.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İSTİNAF

Appeal in Criminal Procedure Law

Rezzan İTİŞGEN *

ÖZET

Ceza muhakemesi temelde soruşturma ve kovuşturma evrelerinden oluşan bir faaliyettir. Bu faaliyet bir suç işlendiğine dair haber alınması suretiyle yetkili makamların harekete geçmesiyle başlar ve sanık hakkında verilen hüküm kesinleşinceye kadar devam eder. Bu süreçte gerçekleştirilen işlemler başta sanık hakları ve özel yaşamın gizliliğini korumak, kamu düzenini sağlamak gibi gerekçelerle, kurallara bağlanmış, hâkimin de bu kurallara uygun olarak vicdânî kanaatiyle hüküm vereceğine yer verilmiştir. Fakat muhakeme kurallarının uygulanmasında ve hâkimin takdirinde hata ve yanılma söz konusu olabilir.

İlk derece yargılaması bitene kadar yargılama sırasında gerçekleşen hatalarla ilgili ancak kanunun belirttiği hallerde itiraz kanun yoluna gitmek mümkündür. Bunun dışındaki hatalar bakımından ise esas hükümlerle birlikte açık olan temyiz yoluna gidilebilecektir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ise temyiz kanun yolu öncesinde istinaf kanun yoluna yer verilmiştir. Bu çalışma kapsamında henüz uygulanmaya başlanmamış olan istinaf kanun yoluna başvuru, bunun değerlendirilmesi ve istinaf incelemesi sonucu mahkemenin verebileceği kararlar incelenecektir. Böylece yeni uygulanmaya başlanacak olan istinaf kanun yolu ile ilgili bakış açısı kazanılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kanun yolu, İstinaf, Bölge Adliye Mahkemesi

ABSTRACT

Criminal Procedure is an activity which is composed of investigation and interrogation. This begins with informing of a crime has been committed and the competent authorities take action against it, and continues till final judgement. The actions taken in this process linked to the rules on the grounds of particularly the accused's rights, confidentiality of private life, public order etc., and stated that judge would rule with his/her conscientious conviction in accordance with the rules given. But there may be an error or a misapprehension at the application of the rules and discretion of the judge's.

Errors occurred during the trial until the end of the first-instance judgment only can be complained in cases specified by law. Apart from these, errors can be examined in The Court of Cassation with the judgment. In the 5271 Code of Criminal Procedure, there is appeal as well as cassation. In this study we will examine the general provisions about appeal, assessment of apply and decisions of the Appeal Court which hasn't implemented yet. Thus, we will gain a new perspective on the appeal which is implemented in this article.

Keywords: Legal remedy, Appeal, Regional Courts of Justice

◆◆◆◆

* Avukat, İstanbul Barosu, rezzangen@hotmail.com

GİRİŞ

Ceza Muhakemesinde ilk derece mahkemeleri, uyuşmazlıkla ilgili yaptıkları yargılama sonucu CMK m. 223'te yer alan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi veya düşme kararlarından birine hükmeder ve işi bitirmiş olur. Mahkemenin işi bitirmesinden sonra, verdiği hükümde bir hukuka aykırılık iddiası varsa artık yeni bir uyuşmazlık söz konusudur ve kanun yolları gündeme gelir.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre mahkemece verilmiş ve henüz kesinleşmemiş olan hükümle ilgili hukuka aykırılık iddiaları için temyiz kanun yolu düzenlenmiş ve uygulanmıştı. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'na göre artık kural olarak temyiz değil, istinaf kanun yolu söz konusu olacaktır. Çalışmanın kapsamında hukukumuzda Osmanlı döneminde girmiş olan, Cumhuriyetle birlikte kaldırılan ve sonra 2005 yılından itibaren yeniden giren, istinaf müessesesi ayrıntılarıyla incelenecektir.

I. GENEL OLARAK KANUN YOLLARI VE İSTİNAF

A. Genel Olarak Kanun Yolları

Hâkim ya da mahkeme tarafından verilen kararlar hatalı olsa da taraflar için bağlayıcı niteliktedir, bu aşamadan sonra ileri sürülen bir hukuka aykırılık iddiası kanun yollarını gündeme getirir.

Vatandaşların hâkim ya da mahkeme tarafından verilen kararı içine sindirmesi ve karara mutlak riayeti, kendisini tatmin etmeyen kararın bir kez daha gözden geçirilmesi ile mümkündür. Kanun yolları maddi gerçeğe ulaşılması, somut olayda adaletin sağlanması suretiyle tarafları tatmin etmenin yanı sıra ülke genelinde hukukun uygulanma birliğine ulaşmaya da katkıda bulunur.

CMK kararın niteliği ve verildiği mercie göre farklı kanun yollarını düzenlemiştir. Karar kesinleşmemişse olağan kanun yolları (itiraz, istinaf, temyiz), kesinleşmişse olağanüstü kanun yolları (yargılamanın yenilenmesi, Başsavcılığın itirazı, kanun yararına bozma) söz konusudur. Son kararlar ve kanunda başka bir çare öngörülmemiş veya esas karara etki eden ara kararlar için istinaf ve temyiz, hâkim tarafından ya da hâkim sıfatıyla mahkeme tarafından verilen ve kesinleşmemiş bir karar için ise itiraz kanun yoluna gidilebilir. Başvuracak kişiler bakımından kanun yolları hususunda seçim hakkı yoktur, yasada öngörülen şartlar dâhilinde kanun yollarına başvurulabilir¹.

¹ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s. 472.

B. İki Dereceli Yargılamanın Gerekliliği ve İstinaf

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karar hem maddi hem de hukuki yönden inceleniyorsa bu incelemeyi yapan merci, ikinci derece kanun yolu olarak adlandırılır. Fakat ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar sadece hukuki yönden inceleniyorsa bu merci, ikinci derece değil, hukuki dereceyi oluşturur. Bu nedenle temyiz ve istinafın beraber bulunması üç dereceli bir yargılama hukuku düzeninin varlığı anlamına gelmez².

İlk derece mahkemesi ya da bu sıfatla hâkim tarafından verilen son karar ve son karara esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş ara kararların hukuki yönden incelemesini sağlayan ve hukukî derece olan temyiz varlığı yeterli midir, istinaf kurumu bir yargılama hukuku düzeni bakımından zorunluluk arz eder mi?

Bu soruya yanıt için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bakarsak;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'Adil Yargılanma' başlığını taşıyan 6. maddesi iki dereceli yargılamaya ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. '**Ceza davalarında temyiz hakkı**' başlığını taşıyan AİHS Protokol 7 m. 2³ ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 'Adil Yargılanma' başlığını taşıyan 14. maddesinin 5. fıkrası⁴, taraf devletlere ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verilen kararların incelenebileceği bir üst makam düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Fakat her iki sözleşmede de bu üst makamın neresi olacağı hususu belirtilmemekte, bu konuda devletlere takdir yetkisi tanınmaktadır.

² Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 20; Ali Rıza Çınar, **Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 1162; Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 721; Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1973, s. 175; Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınları, 2008, s. 318; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010 s. 1647.

³ 1. Bir suçtan ötürü yargı yeri tarafından mahkûm edilen herkes, mahkum edilmesine ya da cezalandırılmasına ilişkin kararın, bir yüksek yargı yeri tarafından yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır. Bu hakkın kullanımı, bunun kullanılabilmesi koşulları da dahil olacak şekilde, yasa ile düzenlenecektir. 2. Bu hak; yasayla öngörülmüş hafif nitelikli suçlar bakımından, ya da ilgili kişinin, en yüksek yargı yeri tarafından ilk derece mahkemesi olarak yargılanmış olduğu yahut beraat kararına karşı yapılan bir üst başvurunun ardından mahkum edilmiş bulunduğu davalar bakımından istisnalara tabi tutulabilir; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt Bölgesel Sistemler**, s. 166.

⁴ 'Bir suçtan ötürü mahkum olan herkes, mahkumiyet kararının ve verilen cezanın, kanun uyarınca daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmesi hakkına sahip olacaktır; Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 113.

Bu nedenle taraf devlet, sadece hukukilik denetimi yapan temyize yer vermek suretiyle sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmiş olabilir; istinafa yer vermek taraf devletler için zorunluluk arz etmez⁵.

İstinafa ilişkin herhangi bir normatif zorlamanın olmaması karşısında, ülkeleri istinafa yönlendiren şeyin ihtiyaç olduğu kabul edilebilir. Türkiye'deki duruma baktığımızda istinaf kanun yolunun olmaması temyiz mercii Yargıtay'ın asıl görevi olan hukukî inceleme ve bu sayede ülke genelinde içtihat birliğini sağlama amacından saparak, fiiliyatta istinaf incelemesine benzer bir işlev görmesine yol açmıştır. Genişletilmiş temyiz⁶ olarak adlandırabileceğimiz bu durumda temyiz mercii önüne gelen, ilk derece mahkemesince verilmiş son kararı, maddi denetim yapacak bir makam ya da merci olmadığından, hem maddi hem de hukuki yönden incelemek zorunda kalmıştır. Bunun yanı sıra delillerle temas, sözlülük gibi ceza muhakemesinin temeli olan kurallara uyulmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucu bozma kararı ve ilk derece mahkemelerinin direnmesi, dosyanın sürekli Ankara-ilk derece mahkemesi arasında gidiş gelişi, önemli davaların sürüncemede kalmasına neden olarak, hukuka güveni sarsar hale getirmiştir⁷.

Tüm bu yaşanan olumsuzlukların uzun zamandan beri fark edilmesine rağmen⁸, istinaf mahkemelerinin gerekliliği fark edilerek Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kurulmasına karar verilmiştir.

II. İSTİNAF ÇEŞİTLERİ VE İSTİNAFA YER VEREN ÜLKELERDEN BAZI ÖRNEKLER

A. İstinaf Çeşitleri

İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesi tarafından verilen son karar ya da son karara esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan ara kararlarının bir üst mahkeme tarafından maddi ve hukuki incelenmesini ifade etse de (CMK m. 272), bu incelemenin yapılış tarzına göre farklı istinaf uygulamaları vardır. Klasik anlamda istinafta, istinaf yargılamasını yapacak mahkeme, ilk derece mahkemesinin olay tespiti ve delil değerlendirmesi ile bağlı olmadığı gibi, taraflar ilk derece mahkemesine sunmadıkları yeni vakıa ve

⁵ Kubilay İnan, *Ceza Yargılamasında Yasayolları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 90.

⁶ Erdem, *a.g.e.*, s. 20.

⁷ Bkz. 5271 sayılı Kanun'un tasarı metni, (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>, 22.05.2011; Bahri Öztürk, v.d., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 571.

⁸ Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 35.

delilleri burada yapılan yargılamaya dâhil edebilirler⁹. İstinaf yargılaması adeta yeni bir ilk derece yargılamasına dönüşmektedir. Bu durum da, tamamen yeni bir yargılama yapmanın kişilerin ilk derece mahkemesine olan güveninin sarsılmasına ve ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamaya özen göstermemesine neden olacağı, bu nedenle basit sayılabilecek bir uyumsuzluğun dahi istinaf incelemesine gideceği ve yargının yükünün ağırlaşacağı, şeklinde eleştirilebilir. Dar anlamda istinafta¹⁰ ise sadece tartışmalı olan hususlar incelenecek, diğer hususlarda ise ilk derece mahkemesinin kararı sabit kabul edilecektir. Bu manada istinaf ile genişletilmiş temyiz birbirine benzemekte ise de ikincisinin dosya üzerinden inceleme ile yetinmesi istinafta temel farkını oluşturmaktadır¹¹.

Yeniden başlamak anlamında olan enf kelimesinden türeyen istinaf¹², sanıldığı gibi aksine bizim hukukumuzda tamamen yabancı da değildir. İstinaf mahkemeleri ilk olarak 21 zilkade 1286 (1870) ve 21 ramazan 1288 nizamnamelerde düzenlenmiştir¹³. Ardından da 1296 (1879) tarihli Mehâkim-i Nizâmiyyenin Teşkilî Kanun ile 1296 (1879) tarihli Usul-ü Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanununda İstinafa yer verilmiştir. 1924 tarihinde ise hukukumuzdan kaldırılmıştır¹⁴.

B. İstinafa Yer Veren Ülkelerden Bazı Örnekler

1. Birleşik Krallık

Common Law Sisteminin kaynağı olan Birleşik Krallık'ta yargı birliği yoktur; Galler ve İngiltere, İskoçya, Kuzey İrlanda şeklinde 3 farklı yargı sistemi ve bu sistemlerin farklı ceza usul kanunları bulunmaktadır. Ceza hukuku ile ilgili ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların istinaf incelemesi The Court of Appeal'a yapılır. Buradan çıkan kararlar ve The High Court'ın verdiği bazı kararların temyiz incelemesini ise The Supreme Court yapar¹⁵. Fakat ilk

⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 20; Ali Tanju Sarıgül, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf**, Ankara, Bilge Yayıncılık, 2009, s. 6.

¹⁰ Erdem, **a.g.e.**, s. 20; Sarıgül, **a.g.e.**, s. 6; Feridun Yenisey, **İstinaf**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 58, 59.

¹¹ Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 608.

¹² Ferit Devlilioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük**, Ankara, Aydın Kitabevi, 1982, s. 552. Nitekim istinafa başvurana da "müste'nif" adı verilmektedir, bkz. (Çevrimiçi) <http://www.sozluk.net/?sozluk=osmanlica&word=M%C3%9CSTE'M%C4%B0N>, 22.05.2011. Yine kendisinden bağımsız, müstakil cümle anlamına gelen "cümle-i müste'nefe" kelimesi de istinaf kelimesiyle yakından bağlantılıdır, bkz. (Çevrimiçi) <http://www.rumimevlevi.com/en/dictionary-house/ottomanian-turkish/2054-cumhur-reisi-car-tak?format=pdf>, 22.05.2011.

¹³ Taner, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁴ Taner, **a.g.e.**, s. 18; Tosun, **a.g.e.**, s. 187.

¹⁵ Bkz. (Çevrimiçi) http://www.adviceguide.org.uk/index/your_rights/legal_system/courts_of_law.htm#high_court, 22.05.2011.

derece mahkemeleri tarafından verilen her karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz. Çoğu davalar için ise The Supreme Court'a başvurmadan önce kararı veren ilk derece mahkemesinden bu konuda izin almak gerekir¹⁶.

2. Fransa

Bu ülkede Cour d'Assises (en az 10 yıl hapis cezası verilebilecek suçları yargılayan ilk derece mahkemesi) tarafından verilen hükümler Cour de Cassation (temyiz mahkemesi) tarafından düzenlenen diğer bir Cour d'Assises; Tribunal Correctionnel (10 yıldan fazla hapis cezası verilemeyecek suçları yargılayan ilk derece mahkemesi) tarafından verilen kararlar da Cour d'Appeal (istinaf mahkemesine) tarafından incelenir. İstinaf mahkemesi Savcının talebine bakılmaksızın ilk derece mahkemesi tarafından verilen cezadan daha ağır veya daha azına karar verebilir. Hatta bazı istinaf mahkemeleri ilk derece mahkemeleri tarafından verilen cezalardan daha ağırına hükmetmesiyle tanınmakta olduğundan, istinafa başvuru hususunda iyi düşünmek gereklidir. İstinaf incelemesinden sonra karar temyiz edilebilir. Temyiz mercii olan Cour de Cassation, istinaf yargılamasından geçen hükmü sadece hukuki noktalardan inceleyebilir¹⁷.

3. Almanya

Alman Ceza Yargısında üç seviyeden oluşan bir sistem vardır. En alt seviyede iki mahkeme vardır. Birincisi Amtsgericht adı verilen ve yargı yetkisi fazla ciddi olmayan suçlarla sınırlı olan mahkemedir. Daha önemli davalar Landgericht adı verilen Eyalet Mahkemelerine götürülür. Eyalet Mahkemeleri bazı davalarda Amtsgericht adı verilen mahkemeler tarafından verilen hükümleri de inceler. Eyalet Mahkemeleri tarafından verilen kararlar Oberlandesgericht adı verilen mahkemeler tarafından incelenir. Bu mahkemeler, bulunduğu şehrin adıyla anılır. Buradan çıkan kararlara karşı da Bundesgerichtshof adı verilen mahkemelere gidilebilir¹⁸. Çünkü Almanya'da devlet yapısı federatif sistemdir.

4. İtalya

İtalya'daki ceza yargılamasına bakıldığında: Burada ilk derece mahkemeleri değişik suçları yargılamakla görevli olan Magistrate's Court, the Tribunal ve The Court of Assizes adı verilen mahkemelerdir. Magistrate's Court tek yargıçtan oluşmakta, diğer mahkemeler ise heyet halinde görev yapar. The Tribunal ve the

¹⁶ Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.supremecourt.gov.uk/procedures/how-to-appeal.html>, 22.05.2011.

¹⁷ Bkz. (Çevrimiçi) [http://www.prisonersabroad.org.uk/files/download/Countries/France_legal_system\(remand\).pdf](http://www.prisonersabroad.org.uk/files/download/Countries/France_legal_system(remand).pdf), 22.05.2011.

¹⁸ Bkz. (Çevrimiçi) http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA332_Jurisprudence/Articles/German_legal_syst.htm, 22.05.2011.

Magistrate's Court'un verdiği kararlara karşı The Court of Appeal'a; the Court of Assizes'in verdiği kararlara karşı da the Court of Appeal of the Assizes adı verilen mahkemelere istinafa gidilebilir. Bu mahkemelerin en üstünde bulunan ise the Court of Cassation adlı mahkeme ise kararlar üzerinde sadece hukuki denetim yapabilen temyiz mahkemesidir¹⁹.

III. TÜRK HUKUKUNDA İSTİNAF

A. İstinaf

5271 sayılı CMK ile oluşan ceza yargılaması sistemine göre TCK m. 18/4'te yer alan geri verme istemi hakkında ağır ceza mahkemesince verilen kararlar haricinde, özel kanunlarda temyiz edilebileceği ya da Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilen ilk derece mahkemelerinin son kararlarına karşı istinafa gidilir (CMK m. 285). İstinaf yolu atlanarak temyize gidilemez.

B. İstinafa Başvuru Koşulları

1. İstinaf İncelemesinin Konusu

İstinafa başvurulabilmesi için istinafa konu kararın belirli özellikler taşıması gerekir. İstinafa ilk derece mahkemelerin kesinleşmemiş son kararları ve son karara etki eden veya başka bir kanun yolu öngörülmemiş ara kararlara karşı gidilebileceği daha önce de belirtilmişti. Bu çerçevede ilk olarak incelenmesi gereken husus hangi kararların son karar olacağıdır.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen, uyuşmazlığı çözüp, yargılamayı sonlandıran CMK m. 223'te yer alan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararı son karardır, CMK'nin ifadesiyle hükümdür.

Kanun koyucu, son karara yani hükme etki eden veya başkaca bir kanun yolu öngörülmemiş ara kararlarının da denetim süzgecinden geçmesini sağlamıştır. Bu tür kararların hükme esaslı bir etkisi bulunmalıdır, adeta hüküm bu karar üzerine inşa edilmelidir²⁰. Eğer verilen karara karşı itiraz yolu açıksa ve fakat ilgili tarafından kullanılmamışsa artık bu karar için istinafa başvurulamaz²¹.

¹⁹ Adelmo Manne, Enrico Infante, Criminal Justice Systems in Europe, Italy, Finland, 2000, (Çevrimiçi) www.heuni.fi/uploads/jrrqu.doc, 22.05.2011.

²⁰ Özbek, a.g.e., s. 710.

²¹ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2006, s. 521; Özbek, a.g.e., s. 710.

İstinafa götürülecek kararın bir de geçerlilik durumuna kısaca bakmak gerekir. Söz konusu karar yok hükmündeysen hukuk dünyasında hiç doğmamış olarak kabul edilir, bu karara karşı temyiz ya da diğer herhangi bir kanun yoluna başvurulması mümkün değildir²². Ayrıca hüküm açıklanmış olmalıdır. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verildiğinde hüküm sonuçlarını doğurmaz ve bu kararlara ancak itiraz edilebilir. Burada eleştirilen nokta CMK m. 231/11'de belirtildiği üzere denetim süresi içinde kasıtlı olarak yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranılması halinde hükmün açıklanacağı yani hükmün sonuçlarını doğuracağı ve bu takdirde ilk derece mahkemesi tarafından önceden açıklanması ertelenmesi nedeniyle denetim süzgecinden geçemeyen karar için bir denetim yolunun öngörülmemesidir. Hüküm açıklansaydı istinaf yoluna gidilebilecekken, açıklanmasının ertelenmesine karar verildiği için sadece bu erteleme kararına karşı itiraz yoluna başvurulabilecek, hükme karşı denetim yoluna gidilememiş olacaktır²³. Kanımızca CMK m. 231/10'a göre denetim süresi içinde kasıtlı olarak yeni bir suç işlenmemesi ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranılmaması halinde hüküm ortadan kalkacak ve davanın düşmesine karar verileceğinden, esas karar hakkında istinaf incelemesi yapılmaması sonuç bakımından sorun teşkil etmeyecektir. Eğer CMK m. 231/11'deki şartların gerçekleşmesi üzerine mahkeme hükmünü açıklarsa, CMK m. 273/1'de belirtilen istinaf istemi için süre başlayacaktır. Bu nedenle daha önce açıklanmasının ertelenmesi nedeniyle denetlenemeyen kararın, istinafa götürülmesi mümkün olacaktır. Diğer yandan CMK m. 231/6/c'ye göre sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir. Bu nedenle hükmün denetimden geçmesini isteyen sanık ancak hükmün açıklanmasının ertelenmesini kabul etmeyerek bunu sağlayabilir²⁴.

Güvenlik tedbirlerine karşı da istinaf mümkündür. Bir mahkeme kararında istinaf yasağı kapsamında olan bir hüküm olsa da aynı karardaki güvenlik tedbirine karşı istinaf mümkündür²⁵. Zira güvenlik tedbiri cezadan ayrı bir yaptırım türüdür.

²² 11. CD., 20.10.2005, 8026/10113, Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 816.; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1642.

²³ CGK, 03.02.2009, 4-13/12, bkz. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2.htm>, 22.05.2011.

²⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, denetim süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanağı bulunmaktadır. Bu nedenle Mahkemeye göre bu düzenleme âdil yargılanma ilkesine aykırılık arz etmez, E. 2008/106, K. 2009/54, 12.3.2009, R.G. Tarih-Sayı :03.10.2009-27365.

²⁵ CGK, 15.11.2005,10-140/143, bkz. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2.htm>, 22.05.2011.

2. İstinafa Açık Hükümler

Kanun koyucu istinaf incelemesi yapacak mahkemelerin iş yükünü hafifletme amacıyla daha önemsiz nitelikte gördüğü kararlara karşı istinaf yolunu kapattığından, ilk derece mahkemelerince verilen her son karara karşı istinaf yoluna gidilemez. Bu durumun da aynı zamanda adil yargılanma hakkı ve yargı yerlerine başvuru ile bağdaşır bağdaşmadığına bakılması gerekir. Türkiye'nin de taraf olduğu ve ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların bir üst mercii tarafından incelenmesini isteme hakkını içeren AİHS'e göre Protokol 7 m. 2/2, bu hususa ilişkin 3 istisnaya yer vermektedir; suçun hafif olması²⁶, ilgilinin ilk derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılanması veya ilgilinin beraat kararının temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet kararı.

CMK m. 272/3 istinafa kapalı olan kararları içermektedir. Bu istisnalar haricinde her hüküm için istinafa başvurulabilir;

- Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine,
- Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri,
- *Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler.*

Adli para cezasındaki sınırı belirlerken, aynı kararın içinde birden çok hüküm varsa istinaf sınırı için her hüküm diğerinden bağımsız kabul edilip, ayrı ayrı değerlendirilir. Davalar birleştirilmiş olsa da kanun yoluna başvuru açısından her bir dava yine bağımsızlığını korur. Nitekim Ceza İnfaz Kanunu m. 99'da cezaların içtimanın kabul edilmediği de açıkça belirtildiğinden, her bir ceza bağımsızlığını korumaya devam eder.

CMK m. 272/3 bent a'da yer alan adli para cezası somut uygulanacak ceza iken, bent (b)'de yer alan adli para cezası kanunda yer alan soyut cezanın üst sınırındır.

İstinafa olağan kanun yolu olduğundan, kesinleşmiş kararlara karşı bu yola başvurulamaz. Bir hükmün kesinleşmesi ise temelde 4 şekilde olur; kanunda kesin olduğunun yazılmış olması, kanun yolu açık bir hükme karşı zamanında kanun yoluna başvurulmaması, başvurulup geri alınması veya kanun yolu davasının usul ve esastan reddedilmesi gerekir²⁷.

²⁶ Bu kriterin tespiti hususunda AİHM kararlarından yararlanılabilir. "*Zaicevs v. Latvia*", (Başvuru No. 65022/01, Karar Tarihi 31 Temmuz 2007) davasında suçun hafifliğinin nasıl tespit edileceği sorunu incelenmiştir. Mahkeme'ye göre Protokol 7'nin Açıklayıcı Raporu'nda belirtildiği üzere bir suç hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırım altına alınmakta ise hafif suç olarak kabul edilemez.

²⁷ s argül, a.g.e., s. 60.

Bir hükme karşı kanun yolunun açık olup olmadığının saptanması bakımından Yargıtay CGK kararına göre hüküm tarihindeki yasal düzenleme dikkate alınmalıdır²⁸. Yani hükümden sonra meydana gelen yasal düzenleme failin lehine olsa da uygulanamaz. Zaten Ceza Muhakemesi hukukunda zaman bakımından uygulama hususunda derhal uygulama kuralı geçerli olduğundan dolayı bu sonuca varılması doğaldır.

C. İstinafa Başvurabilecek Kişiler

İstinaf kanun yoluna başvurabilecekler hususunda da sınırlama bulunmaktadır. Örneğin, davayı inceleyip kararı veren ilk derece mahkemesi hâkimi istinaf yoluna başvuramaz. Kanun başvurucular açısından hukuki menfaat koşulu aradığından²⁹, başvurabilecekler de kanunda sınırlı sayıda belirtilen kişilerdir, actio popularis (mağdurluk sıfatına ve menfaat ihlali olup olmadığına bakılmaksızın herkesin başvurabilme hakkı) kabul edilmemiştir.

1. Cumhuriyet Savcısı

Hukuka aykırı bir kararın devletin hukuki yararını ve adalete güveni mutlak olarak sarstığı varsayıldığından³⁰ hem kamu düzenini hem de sanığı korumakla yükümlü olan C. Savcısının kanun yoluna başvuru ile görevini ifa ettiği ileri sürülmektedir³¹. Başvuru hakkı yargılamanın diğer süljelerinden bağımsız olan C. Savcısının, kanun yolu davası açıp açmama hususunda takdir yetkisi vardır³², bu hususta zorlanamaz.

C. Savcısı, nezdinde bulunduğu mahkeme kararlarının yanı sıra; CMK m. 273/3 uyarınca asliye ceza mahkemesi nezdinde bulunan C. Savcıları, mahkemenin yargı çevresindeki sulh ceza mahkemelerinin; ağır ceza mahkemesinde bulunan C. Savcısı ise yargı çevrelerinde bulunan asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurabilecektir.

C. Savcısı sanığın lehine de aleyhine de istinaf başvurusunda bulunabilir. Fakat sanık lehine olan bir kurala uyulmaması, aleyhine olarak kanun yoluna başvurulmasını gerektirmez. C. Savcısının yaptığı başvurunun lehe ya da aleyhe olduğu hususunda herhangi bir bilgi vermemesine ilişkin olarak kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aleyhe olup olmaması ileriki safhada aleyhe bozma

²⁸ CGK 21.06.2005, 7-61/82, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 809.

²⁹ Özbek, **a.g.e.**, s. 689; Çınar, **a.g.e.**, s. 74.

³⁰ Çınar, **a.g.e.**, s. 74.

³¹ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 509.

³² Sarıgül, **a.g.e.**, s. 30

ve hüküm verme bahsinde önemli olacak husus hakkında bir görüşe göre, C. Savcısı başvurunun lehe ya da aleyhe olduğu hususunu açıkça belirtmemişse başvurunun tamamı dikkate alınarak başvurunun lehe olup olmadığı belirlenir³³. Diğer görüşe göre ise, aksi belirtilmemişse başvuru lehe sayılır³⁴. C. Savcısı yaptığı başvurunun lehe ya da aleyhe olduğunu bildirmediği takdirde başvurunun tamamı ve gerekçesi dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

İstinaf yoluna gidilmesine ilişkin hükümlere bakıldığında başvuru hakkına sahip diğer kişilerin aksine, CMK m. 273/5'e göre, C. Savcısı istinaf yoluna başvururken başvuru nedenlerini göstermek zorundadır. Fakat kanun temyizde gerekçe gösterilmemesine sonuç bağlamasına rağmen (CMK m. 298), istinafa ilişkin böyle bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle, C. Savcısı tarafından yapılan gerekçesiz istinaf başvurusu taraflara tebliğ edilmeyecektir³⁵. Zira gerekçe belirtilmediği için ilgililerin cevap vermesi beklenemez.

Kanun yoluna başvuru ya da mercide yanılmanın, hak kaybına neden olmayacağına ilişkin düzenlemenin eski kanun döneminde verilmiş bir Yargıtay İBK göre, C. Savcısı açısından uygulanmayacağı belirtilmekle³⁶ beraber 5271 sayılı CMK m. 264'te kanun yolu ya da merciinin belirlenmesinde yanılma halinde hak kaybı olmayacağı ve başvuru mercii başvuru derhal görevli ve yetkili olan mercie göndereceği belirtilmektedir. C. Savcısının bu düzenlemeden yararlanamayacağına ilişkin bir ibare olmadığından bu yeni kanundaki düzenlemenin, eski Yargıtay İBK'yi kararını hükümsüz kılmıştır³⁷.

İstinafa başvuru hususunda serbest olan C. Savcısı, yaptığı başvuruyu geri alma hususunda da serbesttir. Fakat serbest geri almaya ilişkin tek istisna sanığın lehine yapılan başvurunun onun rızası olmaksızın C. Savcısının geri alamayacağına ilişkin hükümdür (CMK m.266/1). Böylece C. Savcısı tarafından yapılan lehe başvuruya güvenen ve bu nedenle süresi içinde istinaf başvurusunda bulunmayan sanığın hak kaybına uğraması engellenmiş olunacaktır³⁸

³³ 0 nver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 791; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1665.

³⁴ CGK, 17.12.1930, 26/32, bkz. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2.htm>, 22.05.2011.

³⁵ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 523.

³⁶ CGK, 22.1.1962, 2/1, Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 323.

³⁷ "5271 sayılı yasanın 264. maddesinin 'kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya mercii belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. Bu halde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhal görevli ve yetkili mercie gönderir' hükmü karşısında, 1412 sayılı CMUK'un 293. maddesinin cumhuriyet savcılarının başvurularında uygulanmayacağına ilişkin sınırlama getiren 22.01.1962 tarih ve 2/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanma olanağı kalmamıştır. ..." 1.CD, 28.06.2006, 3763/2838. Aksi görüş bkz. Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 731.

³⁸ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 476.

2. Sanık

Ceza Muhakemesinin en önemli süjesi olan sanık da hakkında verilen kararlara karşı istinafa başvurabilir. İstinafa başvuru için karardan tatmin olmamak yeterlidir, zarar görme aranmaz³⁹.

Şüpheli ya da sanığın kendi aleyhine istinafa başvurup vuramayacağı hususu tartışmalıdır. Bu konuda ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğundan hareket eden görüş, şüpheli ya da sanığın kendi aleyhine de kanun yoluna başvurabileceğini ileri sürmekte⁴⁰ ise de doktrinde çoğunlukla şüpheli ya da sanığın kendi aleyhine kanun yoluna başvuramayacağı kabul edilmektedir⁴¹. Kanun yoluna başvuru için başvuruda bir hukuki yarar olması gerektiğini dikkate alırsak bizce de şüpheli ya da sanık kendi aleyhine başvuru yapmamalı veya şüpheli ya da sanığın yaptığı başvuru kendi aleyhine değerlendirilmemelidir.

Sanık için tartışmalı diğer bir husus beraat kararına karşı istinaf incelemesinin talep edilip edilemeyeceğidir. Hukuksal yönden etkilenme koşulu aranmasını dikkate alan görüş beraat kararlarına karşı sanığın istinaf yoluna başvuramayacağını⁴², beraat kararı verilebilecek durumlarda düşme kararı verilmişse kanun yoluna başvurulabileceğini⁴³, diğer bir görüş ise beraat kararının gerekçesine karşı da istinafa gidilebileceğini ileri sürmüştür⁴⁴. Kanımızca beraat kararının gerekçesi bile lekelenmeme hakkı kapsamında önem taşır. Zira yargılama sonucunda sanığın kendisine isnad edilen fiili işlediği fakat bu fiilin kanunda tanımlanan suç kapsamına girmediğinden dolayı hakkında beraat kararı verildiği belirtilmişse, sanık her ne kadar beraat etmiş ise de söz konusu fiili de işlemediğini iddia ediyorsa bu mahkeme gerekçesine karşı da kanun yoluna başvurabilmelidir. Özellikle toplum nazarında hoş karşılanmayan fiiller için buna imkân tanınmalıdır.

³⁹ Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 319.

⁴⁰ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1652.

⁴¹ Baha Kantar, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu**, Ankara, 1953, s. 5.

⁴² Kanıt yetersizliğinden beraat eden birinin suçu işlemediğinin sabit olduğu gerekçesiyle istinafa başvuru hakkı tanınması yargının yükünü ağırlaştıracağından kabul edilememelidir, Yüce s. 35; Öztürk 2009 s. 542; CGK 2.4.1996,71, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 782, "Özel dairece, sanığın uyuşturucu madde kullanma suçu sabit olduğundan bahisle verilen bozma kararına karşı, ceza tayinine mahal olmadığına karar vererek eski kararda direnen yerel mahkemenin bu kararını müdâfi temyiz edemez. CGK 2.4.1996, 10-60/ 71, Yurtcan, **a.g.e.**, s. 473; Tosun, **a.g.e.**, s. 202; Öztürk, v.d., **a.g.e.**, s. 543.

⁴³ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 473.

⁴⁴ Öztürk, v.d., **a.g.e.**, s. 697, 4 CD., 27.4.1971, 3133/3441, Yurtcan, **a.g.e.**, s. 474; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1658.

Sanık tarafından istinaf başvurusu için kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi yeterlidir, temyiz başvurusundakinin aksine, istinafta gerekçe gösterme zorunluluğu sanık için yoktur.

3. Avukat

İstinaf yoluna başvurabilecek diğer bir kişi de müdâfilîği ya da vekilliği üstlenen avukattır. Müdâfi kanun yoluna başvurarak bir yandan müdâfilîğini üstlendiği sanığın haklarını korumakta diğer yandan da yargı görevi yapan sıfatıyla hukuki gerçeğin çıkarılmasına çalışarak görevini ifa etmektedir⁴⁵.

Müdâfilîği ya da vekilliği üstlenen avukatın da kanun yoluna başvuru hakkı diğerlerinden bağımsızdır. Avukat görevini, yetki ve haklarını icra ederken sanık ve şüphelinin talimat ve yönlendirmesiyle bağlı değildir⁴⁶. Fakat bazı hususlarda bu bağımsızlık sınırlanmaktadır. Avukat, müdâfilîğini ya da vekilliğini üstlendiği kişinin açık arzusuna aykırı olarak kanun yoluna başvuramaz (CMK m. 261). Örneğin, sanık dilekçesinde hükmolunan cezayı kabul ettiğini belirtmişse müdâfi kanun yoluna başvuru hakkı ortadan kalkar⁴⁷; fakat kanun yoluna başvurmak istemediğini mahkemeye ya da müdâfiine açıkça belirtmeyen sanığın vazgeçme iradesi hüküm ifade etmez⁴⁸. Avukatın kanun yoluna başvurudan vazgeçmesi veya başvuruyu geri alması için ise, ona bu hususların ayrı ayrı belirtildiği vekâletnamede özel olarak yetki verilmiş olmalıdır (CMK m. 226/2).

Çocuğa ya da kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olup müdâfi bulunmayan şüpheli ve sanığa atanan müdâfi ile bunların iradesi kanun yoluna başvuru ya da başvurudan vazgeçilmesi hususunda çelişirse CMK m. 266/f. 3 uyarınca müdâfiin iradesi üstün tutulur. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu özelliklere sahip sanıkları zayıf konumda ve bilgi eksikliği içinde olduklarını kabul ederek, kendileri için en doğru kararı onlara atanan müdâfilerin verebileceğini kabul etmiştir.

Müdâfiin, müdâfilîğini üstlendiği sanık aleyhine başvuruda bulunamayacağı hususunda görüş birliği vardır. Bu takdirde başvuruyu kabul eden merciin esas incelemesine geçmeden yetkisizlikten dolayı istinaf başvurusunu reddetmesi gerektiği⁴⁹, müdâfi tarafından sanık aleyhine başvurunun istenemeyeceği

⁴⁵ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 510

⁴⁶ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 789.

⁴⁷ 10. CD., 27.9.2001, 18874/21571, Sarıgül, **a.g.e.**, s. 29.

⁴⁸ BK. 20.10.1975, 1975/7-9, Sarıgül, **a.g.e.**, s. 28,

⁴⁹ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 789.

belirtilmektedir⁵⁰. Görüldüğü üzere C. Savcısının hukukun koruyucusu rolü üstün tutularak iddianamede sanık lehine ya da aleyhine ne ileri sürerse sürsün kanun yoluna başvuracağı kabul edilmiştir⁵¹. Bununla beraber müdâfin sanığın haklarını koruyucu görevi daha üstün tutulmuştur. Nitekim sanık ile müdâfi arasındaki ilişkinin mahiyeti de göz önünde tutulduğunda, müdâfin sanık aleyhine kanun yoluna gitmesinde hukuki yararı olmayacağı hatta bu durumun her türlü sırrını müdâfiye açan sanık bakımından da güvensizlik yaratacağı sonucuna ulaşılabilir.

4. Sanığın Kanunî Temsilcisi ve Eşi

Şüpheli veya sanığın kanunî temsilcisi ve eşi de şüpheli ve sanıktan bağımsız olarak sanık lehine kanun yollarına başvuru hakkına sahiptir. Fakat bu kişilere sanıktan ayrı bir süre tanınmaz ve tebliğ yapılmaz⁵². Kanunî temsilci ve eş statüsü Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenir. Kanunî temsilci ve eşin başvurusu hakkında CMK'da ayrı bir düzenleme yer almamakta, şüpheli ve sanığa ilişkin hükümlerin bunlar için de uygulanacağı belirtilmektedir. Kanunî temsilci başvurudan sonra bu sıfatını kaybederse artık bu sıfattan kaynaklanan işlemleri yapamaz⁵³. Sanık reşit olunca, kanunî temsilcisinin kanun yoluna başvurusu sonucu açılan davayı geri alabilir⁵⁴. Başvuruda sanıktan bağımsız olan kanunî temsilci ve eşin, başvurunun geri alınmasında da bağımsız olduğu kabul edilmekle beraber bu hususun sanık için bazı noktalarda sakıncalı olduğu ileri sürülebilir. Sanık, kanunî temsilcisi ya da eşinin kanun yoluna başvurmasına güvenerek bizzat kanun yoluna başvurmazsa ve kanunî temsilci ya da eş, yaptığı başvuruyu geri alırsa sanık açısından sorun doğabilir. Bu nedenle kanımızca sanık lehine başvuran C. Savcısına uygulanan sınırlamanın yani bu konuda sanığın muvafakatının alınması koşulunun burada da aranması daha doğru olacaktır⁵⁵.

5. Katılan, Katılma İsteği Karara Bağlanmamış, Reddedilmiş veya Katılan Sıfatını Alabilecek Surette Suçtan Zarar Görmüş Bulunanlar

CMK m. 260'da kanun yollarına başvurabilecekler arasında katılan, katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar da sayılmıştır.

⁵⁰ CGK 02.04.1996,10-60/71, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 790.

⁵¹ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 580.; Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 744.

⁵² CGK, 27.10.1986, 6-288/465, Sarıgül, **a.g.e.**, s. 49

⁵³ Kantar, **a.g.e.**, s. 8; Çınar, **a.g.e.**, s. 80.

⁵⁴ İnan, **a.g.e.**, s. 46.

⁵⁵ Sarıgül, **a.g.e.**, s. 69.

Kamu davasına katılmanın, koşulları ve katılanın hakları CMK'da yer alan düzenlemelere göre, mağdur, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar ilk derece mahkemesinde hüküm verilene kadar kamu davasına katılma talebinde bulunabilir. Sulh ceza mahkemesi haricindeki mahkemelerdeki davaya katılmada C. Savcısının görüşü de alınarak mahkeme tarafından karar verilir. Katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenler de kanun yoluna başvurabilecekler arasında gösterilmiştir (CMK m. 237, 238). Fakat bu kişiler kamu davasından haberdar edilmemiş olmaları gerekir⁵⁶. Aksi takdirde zamanında kamu davasına katılma hakkını kullanmamış kişiye, çıkan sonuca göre kanun yoluna başvurma inisiyatifi tanınmış olacaktır.

Kanun yoluna başvurusu C. Savcısından ve diğer başvuru hakkına sahip kişilerden tamamen bağımsız olan bu kişiler, hukuki yararları olan hususlarda istinafa başvurabilir. Başvuru süreleri de diğer başvurma hakkına sahip olanlardan bağımsız işler.

Katılanın sanık lehine istinafa gidebilme hususu tartışmalı olmakla beraber katılmanın amacına ve ceza muhakemesindeki konumuna bakıldığında bu kurumun sanık lehine değil aleyhine düzenlendiği için katılanın sanık lehine kanun yoluna başvurmasında hukuki yararı yoktur; bu nedenle katılan, sanık lehine istinafa başvuramazdır.

D. İstinafa Başvuru

Davasız yargılama olmaz ilkesi gereğince istinaf incelemesinde bulunulabilmesi için başvuru şarttır. Birleştirilmiş davalarda muhakeme konusunun sayısı kadar karar olacağından, her bir kişinin başvuru hakkı birbirinden bağımsızdır⁵⁷, sanıklardan birinin başvurması diğer sanıkları etkilemez⁵⁸, ama bu düzenlemenin istisnaları mevcuttur. Otomatik istinaf denilen sistemde mahkûm olunan onbeş yıl ve daha fazla hapis cezası ile ilgili hükümler mahkeme tarafından re'sen incelenir (CMK m. 272/1). Burada tartışmalı olan husus bu tür durumlarda

⁵⁶ “Kovuşturma evresinde duruşmadan haberdar edilmeyen katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunan kurumun kanun yollarına başvuru hakkı bulunmaktadır.”, 2. CD.,7.4.2008, 46/6507., Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 784; Öztürk, v.d., **a.g.e.**, s. 547. “Salt katılma isteminin kovuşturma sırasında yerel mahkemece karara bağlanmamış olması keyfiyeti, esasen davaya katılma hakkı bulunmayan mağdura hükmü temyiz etmek hakkını vermez.”, CGK, 13.06.2006, 9-155/158., Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 740.

“Aynı şekilde, suçtan zarar görmediği halde mahkemece yasaya aykırı gerekçeyle kamu davasına katılan olarak kabulünün mağdura bu niteliği ve dolayısıyla kanun yoluna başvurmak hak ve yetkisini kazandırmaz.”, 4.CD., 26.02.2007, 2963/1974., Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 786.

⁵⁷ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1661.

⁵⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1076, Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 337

başvurunun mahkûm lehine mi aleyhine mi kabul edileceği noktasındadır. Kanımızca hükmün getiriliş amacına bakmak lazımdır. Kanımızca burada mahkemece verilen belirli ağırlıktaki hürriyeti bağlayıcı ceza bakımından hatanın önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle otomatik istinaf durumunda hüküm aleyhe bozulamaz⁵⁹.

Davasız yargılama yapılmaz ilkesinin ikinci istisnası diyebileceğimiz husus da sanıklardan biri lehine hüküm bozulmuşsa ve bu lehe durum diğer temyiz yoluna başvurmamış sanık bakımından da uygulanabilir nitelikte ise temyiz yoluna başvurmayan sanık lehine de hüküm bozmasıdır. Kanun yolunun yayılma⁶⁰ (sirayet)⁶¹ etkisi olarak adlandırılan ve temyiz kanun yolunda yer alan bu düzenleme (CMK. 306) kanımızca, istinaf için de kıyasen uygulanmalıdır.

Ceza muhakemesinde genel olarak kabul edildiği üzere istinafta da başvuru herhangi bir koşula bağlı tutulamaz. Koşula bağlı başvuru reddedilir⁶². Zira verilen kararların devamlılığı ve istikrarı da önem taşıyan hususlardandır. Aksi takdirde yani geri alma veya vazgeçmeden dönme yetkisinin sürekli var olması durumunda kişiler üzerinde baskı yaratır ki bu tür bir baskı hukuk devleti ilkesine uygun düşmez.

388

Başvurunun sınırlandırıp sınırlandırılmayacağı hususu ise bu kadar net olmamasına karşın, aksi belirtilmediği takdirde, başvuru kararın tamamını kapsar.

E. Başvuruda Yanılma

İstinaf başvurusunda bulunulurken denetim muhakemesi yolunun nitelendirilmesinde veya başvurulacak mahkemenin belirlenmesinde olmak üzere iki çeşit yanılma söz konusu olabilir. Bu takdirde kanunda belirtildiği üzere başvurunun yapıldığı mercii, bu başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mercie göndereceği için, eski hale getirme kurumuna başvurmak gerekli değildir. Başvuru, yanlış mercie yapıldığı günden itibaren geçerli kabul edilir⁶³.

F. Başvurudan Vazgeçme ve Başvuruyu Geri Alma

Vazgeçme, henüz yapılmamış bir başvurunun süresi içinde yapılmayacağını ifade eder. Geri alma ise yapılmış bir başvurunun geri çekilmesidir.

⁵⁹ Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 338.

⁶⁰ Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 552.

⁶¹ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 800.

⁶² Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 557.

⁶³ Özbek, **a.g.e.**, s. 699.

CMK'de vazgeçme ile ilgili özel bir düzenleme yapılmaması başvurudan vazgeçme hakkının bulunmadığı anlamına gelmez. Kanun yollarına başvuru hakkı bulunan kişi, bu başvuru hakkı doğduktan sonra başvuru yapma hakkından kısmen ya da tamamen vazgeçebilir⁶⁴. En erken bu hak doğduktan sonra, en geç de başvuru süresi dolana kadar belirtilen vazgeçme iradesi hüküm doğurur⁶⁵. Geri alma ise en geç hüküm verilene kadar yapılabilir (CMK m. 266/1), hüküm verilmesini, kesinleşme olarak algılamak gerekir. Geri alma da kısmen ya da tamamen olabilir⁶⁶.

Vazgeçme ve geri alma şarta bağlanamaz ve vazgeçmeden vazgeçme ve geri almadan geri alma olamaz⁶⁷, bu takdirde eski hale getirme de uygulanamaz⁶⁸. Fakat vazgeçme ya da geri alma iradesi ilgili makama ulaşmadan dönme mümkündür⁶⁹.

G. Süre

İstinaf başvurusu süresi içinde yapıldığı takdirde hükümlerini doğurur. CMK m. 273/1'e göre hükmün açıklanmasından, eğer istinaf yoluna başvurma hakkına sahip olanların yokluğunda hüküm açıklanmışsa tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde başvuruda bulunulması gerekmektedir. C. Savcısı için ise süre, kararın o yer C. Başsavcılığına geliş tarihinden itibaren başlamaktadır. Bu sürelerin ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararda belirtilmesi gerekmektedir. İlk derece mahkemesi tarafından karar ilgilinin yüzüne karşı verilmişse, aynı zamanda bu kararın tebliğ edilmesine gerek olmadığı Yargıtay tarafından belirtilmiştir. Tebliğ yapılırsa da istinafa başvuru için tefhim tarihi nazara alınır⁷⁰. Fakat ilgilinin yokluğunda verilen kararlar bakımından istinafa başvuru için yasal süre tebliğ tarihinden başlar. Tebligat müdâfiye yapılmışsa, ayrıca sanığa yapılmasına gerek yoktur⁷¹.

⁶⁴ Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 551.

⁶⁵ Faruk Erem, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986, s. 529.

⁶⁶ Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 559.

⁶⁷ "Vazgeçme ve geri alma ile başvuru hakkı düştüğünden yeniden bu yola gitmek mümkün değildir", Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1022, Soyaslan, **a.g.e.**, s. 512; Kantar, **a.g.e.**, s. 21.

⁶⁸ Sarıgül, **a.g.e.**, s. 71.

⁶⁹ Sarıgül, **a.g.e.**, s. 65.

⁷⁰ CGK.27.10.1986, 6-288/465, Erdem, **a.g.e.**, s. 106; "...hükmün ayrıca sanık müdâfiine tebliği gerekmez. Kararın sanığa tefhimine rağmen hükmün sanık müdâfiine tebliğ edilmesi temyiz yönünden yeni bir süre ve hak kazandırmaz.", CGK 14.02.2006, 3-25/18, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 823.

"alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren adam öldürmek ve öldürmeye teşebbüs suçlarından yargılanan hükümlülerin yargılanmalar sırasında müdâfii bulundurulmasında yasal zorunluluk bulunduğu ve bu nedenle müdâfilerinin yokluğunda verilen hükümlerin temyiz süresi müdâfilere yapılan tebligatla başlayacaktır", 1. CD., 7.7.2008, 5265/5695, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 825.

⁷¹ İnan, **a.g.e.**, s. 53; "Zorunlu müdâfiin yüzüne karşı yapılmış olan tefhim, kendisine zorunlu müdâfi

İstinafa başvuru süresinin başlayabilmesi için temel şart, kanun yoluna başvuru hakkının hükümde belirtilmesidir. Yanıltıcı tarzdaki kanun yolu açıklaması düzeltilmedikçe ve düzeltilmiş haliyle ilgiliye tebliğ edilmedikçe kanun yoluna başvuru süresi işlemez ve hüküm de kesinleşmez⁷².

Adli tatilde de süreler işlemeye devam eder, süre adli tatilde bitmişse tatilin sona ermesinden itibaren 3 gün uzar. Tefhim ya da tebliğ günü sürelerin başlamasında dikkate alınmaz. Kar tatili gibi kamu personelinin idari izinli olduğu sürelerde de istinaf başvurusu için öngörülen süre işlemeye devam eder⁷³.

Başvuru süreleri hak düşürücü niteliktedir⁷⁴. Hak düşürücü sürelerde zamanaşımından farklı olarak durma ya da kesilme söz konusu olmaz. Bu nedenle hak düşürücü süreler için eski hale getirme kurumu düzenlenmiştir. CMK m. 274'e göre sanık, yokluğunda aleyhine verilen hükümlere karşı eski hale getirme isteminde bulunabilir. Bu süre içinde de istinaf süresi işleyeceğinden, kişi eski hale getirmeye başvururken aynı zamanda istinaf başvurusunu da yapmalıdır. Bu takdirde istinaf istemi ile ilgili işler, eski hale getirme istemi hakkında karar verilinceye kadar ertelenir. Eski hale getirme ise CMK m. 40'ta düzenlenmiştir. Bu maddeye göre eski hale getirme kurumu için hak düşürücü sürenin kusursuz geçirilmesi gerekir. Kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de kişinin kusursuz olduğu kabul edilir. CMK m. 41'e göre eski hale getirme dilekçesi, engelin kalkmasından itibaren yedi gün içinde, süreye uyulduğunda usule ilişkin işlemleri yapacak olan mahkemeye verilir yani istinaf dilekçesi hükmü veren ilk derece mahkemesine verilecektir. İlk derece mahkemesi eski hale getirme istemini inceleyecek, red veya kabul edecektir. CMK m. 42'ye göre eski hale getirme isteminin kabulüne ilişkin kararlar kesindir; reddine ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.

H. İstinaf İsteminin Biçimi

İstinafa, bir dilekçe veya kararı veren mahkemenin zabıt kâtibine tutanağa geçirilmek üzere yapılacak sözlü beyanla başvurulur. Tutuklu sanıklar için CMK m. 263 özel düzenlemeler içermektedir. Bu maddeye göre tutuklu bulunan şüpheli ya da sanık, zabıt kâtibine veya tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürüne beyanda bulunmak suretiyle veya bu hususta bir dilekçeyle

atandığından haberdar edilmeyen sanık açısından hukuki sonuç doğurmayacağından temyiz süresini de başlatmaz.", CGK 18.03.2008, 9-7/56, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 823.

⁷² CGK 7.10.2008, 4-192/214, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 827.

⁷³ CGK., 23.3.1992, 4-61-84, Soyaslan, **a.g.e.**, s. 522; 1. CD. 28.06.2006, 4012/2837., (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2.htm>, 22.05.2011.

⁷⁴ Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 585.

kanun yoluna başvurabilir. Zabıt kâtibine ya da kurum müdürüne başvuru halinde bu başvuru deftere kaydedildikten sonra bu hususlara ilişkin bir tutanak düzenlenerek tutuklu bulunan şüpheli ya da sanığa bir örneği verilir. Bu işlemlerle beraber kanun yolları için CMK'da belirtilen süreler kesilmiş sayılır.

I. İstinafa Başvurunun Etkileri

İlk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı istinafa başvurunun 3 etkisi olmaktadır;

1. Aktarma Etkisi

İstinafa başvurunun diğer kanun yollarında olduğu gibi aktarma etkisi vardır. Buna göre ilk derece mahkemesi kararını verdikten sonra, önemsiz hatalar dışında, artık karara bir etki edemez. Kendi hatasını tespit etse de artık kararını değiştiremez⁷⁵. Yapılan istinaf başvurusunu kanunun kendisine tanıdığı yetkiler çerçevesinde inceler ve bu çerçevede başvuruda bir sorun görmediği takdirde başvurunun incelenmesi için yetkili BAM'a gönderir. Burada ilk derece mahkemesi tarafından yapılan ön inceleme sınırlıdır ve esas inceleme BAM yani bir üst derece mahkemesi tarafından yapılacaktır.

2. Yayılma Etkisi

Yayılma etkisi, daha önce davasız yargılama olmaz ilkesinin istisnası olarak belirttiğimiz, sanıklardan yalnız biri lehine yapılan istinaf başvurusu sonunda lehe bozmanın istinafa başvurmayan sanıklara da uygulanabilmesidir. Yayılma etkisi için lehe bozmanın diğer başvurmayan sanığa da uygulanabilir nitelikte olması gerekmektedir. Şahsi bir nedenden dolayı bozmada yayılma etkisi söz konusu olmaz⁷⁶. Temyiz için CMK'da bu konuda düzenleme olmasına karşın, istinaf için böyle bir düzenlemeye kanunda açıkça yer verilmemiştir. Bu nedenle istinaf kanun yolunda yayılma etkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu konuda kanunda açıkça düzenleme olmadığından istinafta bozmanın yayılma etkisi uygulanamaz⁷⁷. BAM kanunda belirtilen mutlak bozma sebeplerinden biri gerçekleştiği takdirde tıpkı temyizde olduğu gibi kararı bozup ilk derece mahkemesine geri göndermektedir. Ayrıca kanunda temyiz açısından yayılma konusunda bir düzenlemenin varlığı ve ceza muhakemesinde kural olarak kıyas serbestisi olduğu dikkate alındığında, kanımızca, istinaf kanun yolunda da başvurunun yayılma etkisi kabul edilmelidir.

⁷⁵ Erem, **a.g.e.**, s. 515, 516.

⁷⁶ Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 552.

⁷⁷ Erdem, **a.g.e.**, s. 119.

3. Durdurma Etkisi

İlk derece mahkemesi tarafından verilen ve kanun yolu açık kararlara karşı süresinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün tamamının kesinleşmesini (CMK m. 275/1)⁷⁸ ve bu nedenle de infazını engeller (Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 4). Bu nedenle hakkında hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilmiş olsa da istinaf yargılaması sırasında kişi hükümlü değil, sanıktır.

J. İstinaf Yargılaması

İstinaf başvurusunu alan ilk derece mahkemesi, bu başvurunun zamanında yapıp yapılmadığı, aleyhine istinaf kanun yoluna gidilebilecek kararlardan olup olmadığı ve istinaf başvurusunda bulunanın bu başvuruyu yapmaya yetkili olup olmadığını inceler (CMK m. 276/1). Konu, süre ve ehliyet hususunda yapılan bu inceleme neticesinde ilk derece mahkemesinin süzgecinden geçen istinaf başvurusunun kabulüne karar verilir. İlk derece mahkemesi bu üç husus dışında başvuruyu inceleyemez ve farklı bir husus hakkında ihlal görse de başvuruyu reddedemez. CMK m. 277/1 ve uygulamaya bakarsak yapılan başvurunun ilk derece mahkemesi tarafından kabulüne karar verilse de bunun için ayrıca bir karar verilmesine gerek olmadığını görmekteyiz. Yapılan inceleme sonucu, ilk derece mahkemesinin istinaf başvurusunu karşı tarafa tebliğ etmesi, başvurunun örtülü olarak kabulü anlamına gelmektedir.

İlk derece mahkemesi yaptığı inceleme sonucu istinaf başvurusunu reddederse, ilgililer 7 gün içinde bu konuda bir karar verilmesi için BAM'a (Bölge Adliye Mahkemesine) başvurabilir. Bu başvuru hükmün infazını durdurmaz (CMK m. 276/2)⁷⁹. BAM yaptığı inceleme sonucu istinaf başvurusunun reddine ya da kabulüne karar verir ve bu karar aleyhine herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz. Eğer BAM başvurunun kabulüne karar vermişse, istemi karşı tarafa tebliğ eder ve tarafların görüşünün alınmasına ilişkin CMK m. 277'de öngörülen süreci işletmek için dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderir⁸⁰.

K. Başvurunun Kabulü Üzerine Yapılan İşlemler

1. Başvurunun Karşı Tarafa Tebliği

İlk derece mahkemesi kendisine yapılan başvuruyu süre, konu ve ehliyet hususlarında inceledikten sonra kabul ettiğinde dilekçe ya da tutanağa geçirilen

⁷⁸ Sarıgül, a.g.e., s. 59; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 1764.

⁷⁹ Özbek, a.g.e., s. 713.

⁸⁰ Sarıgül, a.g.e., s. 79.

dilekçenin bir örneğini karşı tarafa tebliğ eder (CMK m. 277/1). Tebliği alan taraf buna yanıt verebilir, bu yanıt yazılı olmalıdır. Fakat yanıt verecek taraf sanık ise, bir tutanağa bağlanmak suretiyle zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla da cevabını verebilir (CMK m. 277/2). Burada medeni hukuk yargılamasından farklı olarak cevaba cevap kabul edilmemiştir⁸¹.

Katılma yoluyla istinafa ilişkin CMK'da düzenleme olmadığından, karşı tarafın yanıt verme hakkını kullanması aleyhe değiştirme yasağını etkilemeyecektir. Yani aleyhe değiştirme yasağının söz konusu olabilmesi için karşı taraf bakımından bir başvuru söz konusu olmalıdır.

2. Dosyanın BAM Savcılığına Gönderilmesi ve BAM'ın Yapacağı İşlemler

İstinaf başvurusuna karşı taraf tarafından yanıt verildikten ya da yanıt verilmesine ilişkin sürelerin dolmasından sonra kararına karşı istinaf yoluna gidilen mahkeme nezdindeki C Başsavcılığı dava dosyasını, istinaf başvurusu ve varsa karşı tarafın yanıtını da ekleyerek BAM C. Başsavcılığına gönderir (CMK m. 277/2). Burada dikkat edilmesi gereken nokta, karşı taraf birden fazla kişiden oluşuyorsa her biri için tebliğ süresi bağımsız işleyeceğinden tümünün cevap verme süresi bitmeden dosya BAM C. Başsavcılığına gönderilemeyeceğidir.

İlk derece mahkemesi C. Başsavcısının yanıt alındıktan ya da yanıt için öngörülen süre geçtikten itibaren ne kadar sürede dosyayı BAM C. Başsavcılığına göndermesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Adil yargılanma ve bu çerçevede zan altından bir an önce kurtulma gibi ceza muhakemesine egemen olan ilkeler dikkate alındığında, kanun koyucu süre hakkında bir sınırlama getirmemişse de, ilk derece mahkemesi C. Başsavcısının dosyayı bir an önce BAM C. Başsavcısına göndermesi gerekmektedir.

Dosya kendisine gelen BAM C. Başsavcısı ya da belirleyeceği C. Savcılarından birisi tarafından, tebligat eksiklikleri giderilir, sunulması gereken belge ve deliller eklenir ve tebliğname hazırlanır (CMK m. 278).

Tebliğat eksikliklerinin giderilmesi: İlk derece mahkemesince sanık veya diğer ilgililerin yokluğunda verilen kararların, istinaf dilekçesinin ya da istinaf istemini içeren tutanağın ilgililere tebliği hususlarından birinde eksikliğin C. Başsavcılığınca tespiti halinde, bu eksiklikler giderilir (CMK m. 278). Kanunda açık bir ifade olmadığından bu tebligat eksikliklerinin kim tarafından giderileceği tartışmalı olsa da, doktrinde dava ekonomisi gereğince bu tür eksikliklerden

⁸¹ Çınar, a.g.e., s.1176.

birinin tespiti halinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸².

Sunulması Gereken Belge ve Delillerin Eklenmesi: İstinafta hukuki mesele yanı sıra maddi mesele incelemesi de yapılması, istinaf mahkemesi yargıcının delillerle doğrudan doğruya temasını ve olayın incelenmesini gerektirecektir. Sınırlı istinafin kabul edildiği CMK sisteminde olay yargılaması yapacak istinaf yargıcının maddi gerçeğe ulaşması için, BAM C. Başsavcılığına yeni belge ve delil ekleme yetkisi tanınmıştır. BAM C. Başsavcısı tartışmalı olan hususlarla ilgili ve gerekli olan belge ve delillere ilişkin araştırma yapabilir ve bunları yargılamaya dâhil edebilir (CMK m. 278).

Tebliğname Hazırlanması: Bu son aşamada C. Başsavcılığı, ileri sürülen istinaf gerekçelerinin yerinde olup olmadığını değerlendirmenin yanı sıra C. Savcısı dışındaki başvuru sahiplerinin başvuruda gerekçe göstermesinin zorunlu olmaması ve istinaf yargılamasını yapacak BAM'ın tarafların gerekçesiyle bağlı olmaması nedeniyle taraflarca ileri sürülmemiş istinaf nedenlerini tebliğnamede belirtebilir (CMK m. 278). Ardından hazırladığı tebliğnameyi ilgili BAM Ceza Dairesine verir.

394

3. BAM Makamları Tarafından Yapılacak İşlemler

3a. Tebliğnamenin Tebliği

İlk derece yargıda C. Savcısı tarafından hazırlanan ve mahkeme tarafından kabul edilen iddianamenin taraflara tebliğ edilmesi gerektiği gibi burada da BAM C. Başsavcılığı tarafından gönderilen tebliğname, BAM C. Başsavcılığının bu konu hakkında görüşünün taraflarca öğrenilmesi için taraflara tebliğ edilmelidir (CMK m. 278).

3b. Ön İnceleme

i. Yetki Bakımından

Dosya kendisine gelen BAM ilk başta yetkili olup olmadığını inceler ve yetkisiz olduğunu saptarsa, dosyayı yetkili gördüğü BAM'a gönderir (CMK m. 279/1-a). BAM'ın yaptığı ön inceleme sonucu verdiği yetkisizlik kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilip gidilemeyeceği açık değildir. Bu konu hakkında CMK'da belirtildiği üzere mahkemelerin yetkiye ilişkin kararları itiraza tabi olduğundan (CMK m. 18/3) BAM'ın yetkiye ilişkin kararları da itiraza tabi olacağı ileri sürülmektedir⁸³ ki bizce de bölgesel düzeyde kurulacak ve yargılama yapacak olan

⁸² Erdem, a.g.e., s. 127.

⁸³ Çınar, a.g.e., s. 1178, Sarıgül, a.g.e., s. 94.

BAM'ın yetkiye ilişkin verdiği kararlara karşı itiraz kanun yoluna gidilebilmesi mümkün olmalıdır.

ii. Başvuru Koşulları Bakımından

BAM yapılan başvuru hususunda yetkili olduğu sonucuna varırsa, başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı, istinafa başvurulabilen kararlardan olup olmadığı ve istinafa başvuranın buna yetkili olup olmadığı hususlarını inceler (CMK m. 279/1-b). Bu hususlar daha önce ilk derece mahkemesi tarafından incelenmiş olsa da BAM, ilk derece mahkemesinin kararı ile bağlı değildir. Böylece ilk derece mahkemesinin gözünden kaçan hususlarda ikinci bir denetim yapılmış olur.

BAM yaptığı ön inceleme sonucu, bu üç husustan birinde sorun görürse başvurunun reddine karar verir ve bu karara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz (CMK m. 279/1-b, 284/1, 286/2-g)

Başvurunun ehliyet ya da konu bakımından reddi üzerine ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar kesinleşir. Fakat başvuru süre bakımından reddedilmişse, karar istinafa başvuruya ilişkin sürenin dolmasıyla kesinleşmiştir, BAM'ın istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararı ise sadece açıklayıcı niteliktedir.

BAM süre, konu ve ehliyet hakkında herhangi sorun tespit etmezse başvuruyu kabul eder ve duruşma hazırlıklarına başlar.

BAM tarafların ileri sürdükleri istinaf sebepleriyle bağlı olmaksızın⁸⁴yaptığı inceleme sonunda düşme, davanın esastan reddi, bozma, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararlarından birini verebilir (CMK m. 280).

L. BAM Tarafından Verilebilecek Kararlar

1. Düşme Kararı

BAM, düşme nedenleri olan sanığın ölümü, genel af, dava zaman aşımı, istinaf başvurusunun geri alınması, yargılama koşullarının gerçekleşmediği ve gerçekleşme olanağının kalmadığını tespit ettiği takdirde davanın düşmesi kararı verilir (CMK m. 223/8). Beraatın düşmeye önceliği uyarınca, derhal beraat kararı verilebilecek durumlarda düşme kararı verilemez (CMK m. 223/9).

2. Başvurunun Esastan Reddi Kararı

BAM yaptığı inceleme sonucunda, ilk derece mahkemesinin kararında herhangi bir hukuka aykırılık bulmazsa duruşma açmadan istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir (CMK m. 280/1-a). Bu karar, ilk derece mahkemesi tarafından

⁸⁴ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 827; Sarıgül, a.g.e., s. 128.

verilen kararın onanması anlamına gelmektedir. Temyizde var olan düzelterek onama burada düzenlenmemekle beraber, benzetme yoluyla bu imkândan istinaf mahkemesinin de yararlanabileceği ileri sürülmektedir⁸⁵. Kanımızca da yargılamanın hızlı olması ve usul ekonomisini sağlama amaçları, ceza muhakemesinde kıyasın kural olarak serbest olması üstelik istinaf mahkemesinin kararı maddi yönden inceleme yetkisi olduğu dikkate alındığında istinaf mahkemesinin de düzelterek onama yetkisi kabul edilmelidir.

3. Bozma Kararı

CMK m. 289'da yer alan hukuka aykırılık nedenleri kesin hukuka aykırılık nedenleridir ve bu maddede yer alan bir bozma nedenini saptayan BAM bu hukuka aykırılığın hükme etki edip etmediğini değerlendirmeksizin, hükmü bozup, dosyanın yeniden incelenmesi için hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderir (CMK m. 280/1-b).

Dosya kendisine gelen ilk derece mahkemesi, BAM'ın bozma kararına karşı direnemez, bozmaya uymak zorundadır, yani bozmadan sonra serbestlik kabul edilmemiştir (CMK m. 284/1). Fakat bozmaya uyan mahkeme kendi verdiği ilk kararla bağlı olmaksızın serbestçe yeni bir karar verebilir ki buna uymadan sonraki serbestlik ilkesi denir. Bu ilkenin ise iki istisnası bulunmaktadır. İlk istisna, nokta bozmasına ilişkindir. Eğer BAM, ilk derece mahkemesinin kararını belirli noktalardaki eksiklik nedeniyle bozmuş ve bunun tamamlanmasını istiyorsa bozmaya uyan mahkeme bu eksikliği gidermelidir. İkinci istisnaya göre ise de, sanık aleyhine istinafa başvurulmamışsa ilk derece mahkemesinin vereceği ceza önceki kararından daha ağır olamaz. Suçun hukuki nitelendirilmesi değişebilir, güvenlik tedbirleri ağırlaştırılabilir⁸⁶ fakat daha önce hapis cezası ertelenmişse bu aşamada da ertelenmelidir⁸⁷. Yargıtay ise verdiği kararlarda ertelemeyi bir atıfet müessesesi olarak görüp, daha önce verilen ve hapis cezasının ertelenmesini içeren hükmün lehe bozulduğu durumlarda dahi bozmadan sonra yargılama yapan ilk derece mahkemesinin verdiği hapis cezasını ertelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁸. Kabul etmek gerekir ki erteleme kararı bakımındanaleyhe hüküm vermeme güvencesine uyulmaması, sanıkların kanun yoluna başvuru hususunda çekinmesine neden olacaktır⁸⁹.

⁸⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 133.

⁸⁶ CGK 12.12.2006, 301/296, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 802.; Aksi görüş Öztürk, **a.g.e.**, s. 564.

⁸⁷ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 734.

⁸⁸ CGK 04.03.2008, 6-47/43, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 802.

⁸⁹ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 587,588.

Doktrinde uymadan sonraki serbestliğe üçüncü bir istisna getirilmektedir. Bu istisnaya göre bozma sanık lehine ise kanun yoluna sanık lehine de aleyhinde de başvurulsa sonucun ağırlaşmaması gerekir⁹⁰. Fakat bu görüşün yasal temeli olmadığından kabulünün mümkün olmadığı belirtilmektedir⁹¹. Kanımızca da kural bozmadan sonra serbestliktir ve bunun aksi ise istisnadır. Ceza muhakemesinde kıyas serbest olsa da istisnai hükümlerde bu mümkün değildir. Bu nedenle bu konuda kıyasen bu şekilde bir istisnaya yer vermek doğru olmayacaktır.

İlk derece mahkemesinin, bozma kararı doğrultusunda vereceği karar yeni bir karardır ve bu karara karşı da istinafa gidilebilir.

4. İlk Derece Mahkemesinin Kararının Kaldırılması Kararı

Kesin hukuka aykırılıknedenleri dışında hükme etki eden bir hukuka aykırılık veya delil ve işlemlerde yahut ispat bakımından değerlendirmede bir eksiklik saptanması üzerine BAM Ceza Dairesi'nce gerekli önlemler alındıktan sonra, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesine karar verilir (CMK m. 280/1-c). Bu takdirde kovuşturma aşamasına geçilmektedir, yeni olgu ve deliller ileri sürülebilir.

CMK m. 281'e göre duruşma hazırlığı devresinde BAM başkanı ya da görevlendireceği üye, CMK m. 175 hükümlerine uygun olarak duruşma gününü saptar ve gerekli çağrılarını yapar. Burada ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamadan farklı olarak tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediği takdirde davanın reddedileceği belirtilir. Mahkeme ilk derece mahkemesi tarafından tespit edilen delil ve tanıklarla bağlı olmaksızın davanın konusu ile sınırlı olmak kaydıyla gerekli gördüğü takdirde yeni delil toplayabilir, tanık dinleyebilir. İlk derece mahkemesinde dinlenen bir tanık ya da bilirkişinin bu aşamada dinlenilmesinden vazgeçebilir ve bu takdirde ilk derece mahkemesi tarafından tutulan tutanakların duruşmada okunması gündeme gelebilir.

M. İlk Derece Mahkemesi Tarafından Verilen Kararın Kaldırılması Üzerine BAM Tarafından Yapılacak Yargılama

İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı hem maddi hem de hukuki yönden inceleyecek istinaf mahkemesi, ikinci derece bir kanun yolu olarak söz konusu davayı yeniden ele alacaktır. Yine temyizden farklı olarak bu aşamada daha önce dinlenmemiş tanık ve bilirkişi dinlenebileceği gibi yeni delil ve esas

⁹⁰ Tosun, a.g.e., s. 217.

⁹¹ Yurtcan, a.g.e., s. 525.

uyuşmazlıkla ilgili olmak kaydıyla yeni vakıalar da ileri sürülebilecektir (CMK m. 282). Fakat belirtmek gerekir ki, ilk derece mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalarının süresi dikkate alındığında, istinaf incelemesi sırasında artık birçok delile ulaşılması güçleşebilecektir. Örneğin, uzun bir süre geçtikten sonra sanık ya da mağdurun vücudundan alınan örneklerde suça ilişkin emarelere rastlamak güçleşecektir, hükme esas teşkil eden tanığın ölmesi durumunda da dinlenmesi söz konusu olamayacaktır. İlk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılamada ifade veren sanık ya da tanığın, istinaf yargılaması sırasında susma hakkını kullanması durumu da gündeme gelebilecektir⁹².

BAM tarafından yapılacak yargılama ile ilgili değinilmesi gereken bir husus da ilk derece mahkemesinin özel ceza mahkemesi yani çocuk, basın, trafik ya da fikri mülkiyet mahkemesi olması durumudur. Zira BAM'da ilk derece mahkemelerinde olduğu gibi bu tür bir ayırım bulunmamaktadır. Bu takdirde alanında uzmanlaşmış olan bir ilk derece mahkemesinden çıkan kararın BAM tarafından denetlenmesi aşamasında bu şekilde bir ayırma gidilmemesinin ne derece uygun olacağı da tartışmalıdır.

1. Rapor ve Gerekçelerin Okunması

398

Görevlendirilen üye o ana kadar yapılan ceza muhakemesi işlemlerine dair raporu, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararını ve istinafa başvuru gerekçelerini okur (CMK m. 282/1-c). Kanun koyucu rapor ve gerekçelerin okunmamasına sonuç bağlamamıştır. Kanımızca buna gerek de yoktur. Burada ilk derece mahkemesinde görülen davalarda iddianamenin okunmasının taşıdığı işlevle rapor ve gerekçelerin okunması aynıdır bu nedenle iddianamenin okunmamasının ilk derece mahkemesine olan etkisi burada kıyasen uygulanabilir.

CMK m. 282'deki istisnalar dışında CMK'nin duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır.

BAM yaptığı duruşma sonunda CMK m. 223'te belirtilen son kararlardan birini verebilir. Ama sadece sanık lehine istinafa başvurulmuşsa burada da aleyhe hüküm verme yasağı geçerli olur (CMK m. 283).

BAM'ın duruşma sonunda verdiği karar, yeni bir hüküm niteliğindedir. BAM'ın verdiği hüküm niteliğindeki kararlara karşı temyiz, bunun dışındaki kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.

⁹² Susma hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rezzan İtişgen, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması** İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

2. Tanıkların İfadesini İçeren Tutanakların Okunması

BAM'da da doğrudanlık, sözlülük, halka açıklık gibi ceza muhakemesinin temel ilkeleri uygulama alanı bulmaktadır. Fakat BAM, ikinci derece yargı mercii olması sebebiyle, dilerse ilk derece mahkemesi tarafından dinlenen bir tanığın, bu aşamada bizzat dinlenmesinden vazgeçerek ifadesini içeren tutanakların okunmasıyla yetinebilir (CMK m. 282/1-c).

3. Tutuksuz Sanığın İstinaf Duruşmasında Hazır Bulunmaması

İlk derece mahkemesinde yargılamanın şartlarından biri de sanığın duruşmada hazır bulunmasıdır. Kanun koyucu yokluk, gaiplik ve kaçaklık durumlarını belirtmekte ve her birine farklı sonuçlar bağlamaktadır. Fakat istinaf yargılamasında ise belirli koşullarda sanığın duruşmada hazır bulunmaması açtığı istinaf davasının reddine neden olacaktır.

CMK m. 218/1c.2'ye göre tutuksuz sanık, çağrı kâğıdında bu konuda daha önceden bildirilmek kaydıyla, açtığı istinaf davasında duruşmaya katılmazsa davası red olunur⁹³. Kanun koyucu tutukluluğu geçerli bir mazeret kabul ederek hükmün uygulama kapsamı dışında bırakmıştır. Kanunda açıkça sanığın duruşmaya gelmemesinden bahsettiğinden müdâfiinin gelmesi durumunda sanığa bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Maddenin amacının istinaf yoluna başvuran kişinin bu başvurusunu takip etmesi, gereksiz yere mahkemeleri meşgul etmesinin önlenmesi olduğu söylenebilir. Bu takdirde müdâfi ile temsil yeterli görülebilir. Fakat ilk derece yargısında olduğu gibi burada da duruşmalı yargılama yapılacağı, yeni delillerin ileri sürülebileceği dikkate alındığında ilk derece yargılamasında istisnai haller dışında sanığın duruşmada hazır olmasına yönelik zorunluluk dikkate alınır, burada da kıyasen aynı hükümlerin uygulama alanı bulması gerekir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için ikinci koşul duruşmaya gelmemesini içeren bu sonucun mutlaka çağrı kaydıyla sanığa belirtilmesi gerekir.

Bütün bu koşullar sadece sanık tarafından açılan istinaf davası için geçerlidir. İstinafa başvuru hakkı her başvuru hakkına sahip olanlar için bağımsız olduğundan, sanığın kanuni temsilcisi, eşi, katılan veya C. Savcısı tarafından açılan istinaf davasında bu hüküm uygulanmaz, sanık ile bu kişiler de istinafa başvurmuşlarsa

⁹³ Duruşmada hazır bulunmaktan neyin anlaşılacağı da tartışmalıdır. Örneğin, sanık duruşmaya sarhoş hâlde ya da uyuşturucu madde etkisi altındayken katıldığı takdirde CMK m. 218/1 c. 2 anlamında sanığın duruşmada hazır bulunduğu kabul edilecek midir? Önder'e göre ifade veremeyecek hâlde duruşmaya katılan tanığa çağrıya uymayan tanık muamelesi yapılır yani sarhoş bir hâlde olup da ifade veremeyecek tanık duruşmada fiziken bulunsa da, gelmemiş kabul edilir, Ayhan Önder, "Ceza Muhakemeleri Hukukunda Şahitlikten Çekinme", İÜHFİM, C. 29, S. 4, 1963, s. 878. Aynı hususu sanık bakımından da geçerli kabul edebiliriz.

koşulları gerçekleşmişse sadece sanık tarafından açılan dava bakımından bu hüküm uygulanır.

4. Duruşma Sonucu Verilebilecek Kararlar

BAM yaptığı duruşma sonunda CMK m. 223'te belirtilen son kararlardan birini verebilir. Ama sadece sanık lehine istinafa başvurulmuşsa burada da aleyhe hüküm verme yasağı geçerli olur (CMK m. 283).

CMK m. 284'e göre kural olarak BAM'ın karar ve hükümlerine karşı direnilemez ve bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz. Ama itiraz ve temyiz ilişkin hükümler saklıdır. Şartları gerçekleşmişse, BAM'ın verdiği hüküm niteliğindeki kararlara karşı temyiz, bunun dışındaki kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.

N. İstinaftan Sonraki İnceleme

5271 sayılı kanunla getirilen sistemde BAM'ın, bozma kararı dışında, verdiği son kararları (hüküm) ile hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan kararlarının hukuki denetimi temyiz yoluyla yapılacaktır. Ancak bu kararlar temyizi kabil olan kararlardan olmalıdır (CMK m. 286/2).

Temyiz incelemesi için başvuru şart olup bunun tek istisnası ise yayılma etkisidir. Kanun koyucu temyiz kanun yolunda otomatik incelemeyi kabul etmemiştir.

Temyiz nedeni ancak hükmün hukuka aykırı olması yani bir hukuk kuralının hiç uygulanmaması ya da yanlış uygulanması olabilir. Temyiz mahkemesi önündeki kararı sadece hukuki yönden inceleyebilir, maddi inceleme yapamaz. İlk derece mahkemesi ya da BAM tarafından saptanan maddi olaylar sabit kabul edilerek bu vakalara maddi hukuk kurallarının doğru ve tam olarak uygulanıp uygulanmadığı tetkik edilecektir⁹⁴. Usul kurallarının zedelendiği iddiası üzerine yapacağı incelemede karara temel teşkil eden olguların da doğru tespit edilip edilmediğine bakılacaktır⁹⁵.

Yargıtay yaptığı inceleme sonucunda bölge adliye mahkemesi (TCK m. 18/4'e giren durumda ilk derece mahkemesi) tarafından verilen kararı hukuka uygun bulması halinde temyiz başvurusunun esastan reddine karar verir, bu da verilen kararın onanması anlamındadır (CMK m. 302/1).

⁹⁴ Özbek, a.g.e., s. 724.

⁹⁵ Yurtcan, a.g.e., s. 491.

Yargıtay, düşme nedenlerinden birinin varlığını saptadığında düşme kararı verir. İstinaf incelemesini yapan BAM'ın bu konuda yetkili olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla beraber, temyiz mercii Yargıtay CMK. 303 kapsamına giren hususlarda davanın esasına hükmedebileceği gibi hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir.

Yargıtay'ın esastan red, düşme ve düzeltme kararları üzerine karar kesinleşir.

Yargıtay, yaptığı inceleme neticesinde temyiz başvurusunda gösterilen hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle hükmü bozar. Bozma kararı verilen dosya yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan BAM'a veya diğer bir BAM'a gönderir. Hüküm, mahkemenin hukuka aykırı olarak kendisini görevli ya da yetkili görmesinden dolayı bozulmuşsa, Yargıtay aynı zamanda dosyayı görevli ya da yetkili mahkemeye gönderir (CMK m. 304/3).

BAM ve ilk derece mahkemesi için bozmadan sonra serbestlik ilkesi geçerlidir, bu mahkemeler bozma kararına uyabilir ya da direnebilir. Bozmaya kısmen uyma veya kısmen direnme de olabilir⁹⁶ ve yeni karar temyiz edildiğinde Yargıtay'a göre uymaya ilişkin kısım için Yargıtay Ceza Dairesinde, direnilen kısım için ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda duruşmasız inceleme yapılır⁹⁷. Bu takdirde önce yargılamanın usulüne uygunluğu ve yerindeliği ile bozma gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi, daha sonra işin esasının Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenip direnme yönünde bir karar verilmesi gerekir⁹⁸.

SONUÇ

Çalışmamızda 5271 sayılı CMK ile getirilen sistemde yer alan istinaf kanun yolu ile buna başvuru koşulları ve başvurunun etkilerine değindik.

Ceza hukuku, içerdiği yaptırımlar nedeniyle insan hak ve hürriyetleriyle en çok bağlantılı alanlardan biridir. Hürriyeti bağlayıcı ceza, güvenlik tedbirleri ve hatta miktarı az olsa da adli para cezası, özel hukuku uyuşmazlıkları sonunda verilen en ağır tazminatlardan dahi ağırdır. Bu nedenle maddi gerçeğe ulaşmanın hedeflendiği ceza yargılamasında, mahkemeler tarafından verilen hükümlerin bireyleri ve kamuyu tatmin etmesi büyük önem taşır.

Mahkemeler tarafından verilen kararlarda her zaman hata olma olasılığına karşı, ikinci bir denetim mekanizmasının varlığı uluslararası hukukta da belirtildiği

⁹⁶ Ali Rıza Çınar, **Ceza Yargılamasında Temyiz Kanun Yolu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 169.

⁹⁷ Çınar, **a.g.e.**, s. 171.

⁹⁸ CGK 17.1.1938, 13/12, CGK 19.6.2007, 98/149, Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 844.

üzere elzemdir. Bu amaçla devletler istinaf ya da temyiz kanun yoluna yer vermede serbesttir. Türkiye 1412 sayılı CMUK döneminde tercihini sadece temyiz yer vermekten kullanmış fakat yaşanan tecrübeler kararların maddi yönden incelenmesini öngören istinafa yer verilmemesinin, esas görevi kararları sadece hukuki yönden inceleme ve ülkede içtihat birliğini sağlama olan temyiz, asıl fonksiyonlarını yerine getirmesini engellediğini göstermiştir. Bu nedenle kanun koyucu 5271 sayılı kanunda istinafa yer vererek temyiz kanun yolu hakkında yeni düzenlemeler yapmıştır. Bu yeni düzenlemenin uygulamaya geçmesi ile birlikte artık ilk derece mahkemesinin verdiği kararların kanun yolu incelemesi Yargıtay değil, BAM tarafından yapılacaktır. Fakat asıl gelişme BAM'ın tam olarak uygulamaya geçmesi halinde yaşanılacak, uygulamada karşılaşılan sorunlara ve bunlara yönelik çözümlere göre bu kurum gelişecektir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Centel, Nur/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

Çınar, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Temyiz Kanun Yolu, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

Çınar, Ali Rıza, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Sözlük, Ankara, Aydın Kitabevi, 1982.

Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

Erem, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986.

Gemalmaz, Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.

Gemalmaz, Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt Uluslararası Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.

İnan, Kubilay, Ceza Yargılamasında Yasayolları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

İtişgen, Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

- Kantar, Baha**, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara, 1953.
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğu, Ayşe**, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.
- Manne, Adelmo/ Infante, Enrico**, Criminal Justice Systems in Europe, Italy, Finland, 2000, (Çevrimiçi) www.heuni.fi/uploads/jrrqu.doc, 22.05.2011.
- Önder, Ayhan**, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, İÜHFİM, C. 29, S. 4, 1963, s. 876-932.
- Özbek, Veli Özer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Öztürk, Bahri v.d.**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Sarıgül, Ali Tanju**, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Ankara, Bilge Yayıncılık, 2009.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2006.
- Taner, Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955.
- Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları, 2008.
- Tosun, Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1973.
- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Yenisey, Feridun**, İstinaf, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.
- Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007. (Çevrimiçi) http://www.adviceguide.org.uk/index/your_rights/legal_system/courts_of_law.htm#high_court, 22.05.2011.
- (Çevrimiçi) <http://www.supremecourt.gov.uk/procedures/how-to-appeal.html>, 22.05.2011.
- (Çevrimiçi) [http://www.prisonersabroad.org.uk/files/download/Countries/France_legal_system\(remand\).pdf](http://www.prisonersabroad.org.uk/files/download/Countries/France_legal_system(remand).pdf), 22.05.2011.
- (Çevrimiçi) http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA332_Jurisprudence/Articles/German_legalsyst.htm, 22.05.2011.
- (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2.htm>, 22.05.2011.

(Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>, 22.05.2011.

(Çevrimiçi) <http://www.sozluk.net/?sozluk=osmanlica&word=M%C3%9CSTE'M%C4%B0N>, 22.05.2011.

(Çevrimiçi) <http://www.rumimevlevi.com/en/dictionary-house/ottomanian-turkish/2054-cumhur-reisi-car-tak?format=pdf>, 22.05.2011.

KANUN VE KÜLTÜR:TÖRE KAVRAMININ HUKUKİ VE SOSYOLOJİK BİR ANALİZİ

Law and Culture: a Legal and Sociological Analysis of the Concept of Custom

Köroğlu KAYA*

ÖZET

Töre, hukuki ve sosyolojik boyutları olan kültürel bir kavramdır. Bir hukuk sisteminin töre gibi toplumsal karşılığı olan sosyolojik normlara ve dolayısıyla kültüre yaklaşımı ile onu ele alış biçimi, hukukun idesi olan adaletin toplum vicdanında yer edinmesiyle yakından ilgilidir. Temelde tepeden inme ve dönüştürücü şartlanmaların hâkim olduğu hukuk sistemlerinde kültürel normlar dışlanmakta ve hukuk sistemi içerisinde evrilmelerine imkân tanınmamaktadır. Dışlanan her sosyolojik yapı doğal olarak koruma güdüsüyle içine kapanmakta ve zamanla yozlaşmaktadır.

Türk Hukuk Sistemi'nin kültür kavramı çerçevesinde töreye ve töre saikiyle işlenen cinayetlere yaklaşımı irdelenmesi gereken bir mahiyeti havidir. Zira hukuk sistemimizin bu konudaki tutumunun kanuni olduğu yadsınamaz bir gerçeklik olmakla birlikte ne kadar hukuki olduğu tartışmaya açıktır. Burada amaç, töre sebebiyle işlenen cinayetleri meşru göstermek değildir. Ancak belirtelim ki, töreyi bir bütün olarak ilkel ve çağdışı görmek çözüm olmadığı gibi toplumda var olan algıları bir başka kültürün ifadesi olan hukuk eliyle ve zorla değiştirmeye çalışmak da sosyolojik dilemma ve travmalara sebep olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Kültür, Kanun, Töre, Töre Saikiyle İnsan Öldürme, Kültürel Savunma, Kültürel Çoğulculuk, Kültürel Rölativizm.

ABSTRACT

Custom, which has legal and sociological aspects, is a cultural concept. The approach and the method of approaching of a legal system towards sociological norms that have social value, such as custom and hence culture, is closely related with acquisition of justice which is the purpose of law, in the public conscience. In law systems in which basically top-down and converter conditionings are dominant, cultural norms are excluded and are not permitted to evolve within the legal system. Inherently, of each excluded sociological structure withdraws motivated by the protection of itself and degenerates in course of time.

The Turkish Legal System's approach to the custom and honor killings within the framework of the concept of culture has a nature that should be analyzed. Because it is an undeniable fact that our legal system's attitude on this issue is statutory but it is open to debate how/to what extent legal it is. The goal here is not justify the honor killings. However it should be noted that, as it is not the right solution to see the custom primitive and outworn/outdated as a whole; trying to change perceptions that exist in society by force and through the law

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Başkanlığı Araştırma Görevlisi, kkaya@ybu.edu.tr

which is an expression of another culture also may lead to sociological dilemmas and traumas.

Keywords: Law, Culture, Code, Act, Custom, Honor Killing, Cultural Defense, Cultural Pluralism, Cultural Relativism.



GİRİŞ

Toplumsal düzenin devam edebilmesi, kural ve kaidelerin varlığını zorunlu kılar. Nitekim ilk topluluklardan günümüze kadar uzanan zaman tüneline insan davranışlarını sınırlayan, düzenleyen, muayyen bir yöne sevk eden ve nihayetinde toplumsal yaşama şekil ve renk veren kurallar var olagelmıştır. Bu kurallar, neşet ettikleri toplumların coğrafi, ekonomik, sosyolojik, kültürel, antropolojik ve sair özelliklerine bağlı olarak muhtelif şekillerde ortaya çıkmıştır. Her bir kural ve kaide, içinden çıktığı toplumun adeta bir çekirdeği gibi kültürel şifreler taşımakta ve ait olduğu toplum hakkında bizlere fikir vermektedir.

Kültürel bir kavram olan ve bir toplumda uzun zamandan beri kendisine uyulan, yazılı olmayan hukuk ve ahlak kurallarını ifade eden töre kavramı; namus, şeref, aşiret, toplum ve bütün bunların üstünde kültür gibi sair birçok kavramla birlikte ele alınması lazım gelen kadim bir olgudur. Bunun yanı sıra, töre kavramının insan haklarının evrenselliği ve kültürel rölativizm, kültürel suç ve kültürel savunma kavramları çerçevesinde ele alınması hem kültürel bir olgu olarak törenin mahiyetinin hem de töre cinayetlerinin arkasındaki toplumsal ve psikolojik sebeplerin anlaşılması bakımından önemlidir.

Bu çalışmamızda töre kavramı ilk olarak bağlantılı mezkûr mefhumlarla birlikte ele alınmaktadır. Takip eden bölümlerde, hukuk ve kültür ilişkisi üzerinde durulduktan sonra insan haklarının evrenselliği ve kültürel rölativizm çatışması genel olarak incelenmekte ve töre cinayetleri bu çatışma bağlamında dikkatlere sunulmaktadır. Daha sonra törenin hukuki olarak nasıl görüldüğü ve kanuni olarak nasıl düzenlendiği hususu yine *-töre cinayetleri bağlamında-*irdelenmektedir. Başka bir ifadeyle çalışmamızın esas konusunu teşkil eden ve kültürel bir kavram olan töre, hukuk sistemimizin kültürel olgulara bakışı çerçevesinde töre cinayetleri örneği üzerinden incelenmektedir. Bu çalışma, hem bir tespit hem de bir değerlendirme ve yorumlama çalışmasıdır. Bir yandan mevcut hukukun kültürel bir olgu olarak töreye bakışı töre cinayetleri çerçevesinde tespit edilirken, diğer yandan bu bakış açısının yerindelğini belirlemek gayesiyle kültürel rölativizm çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Amaç, hukuki ve sosyolojik perspektiften törenin bir fotoğrafını çekip nazarlara sunmak, mevcut hukuk sisteminin oluşturmaya çalıştığı kültüre, “kültürel çoğulculuk”

ve “kültürel rölativizm” bağlamında eleştirel bir bakış açısı getirebilmek ve nihayetinde şu soruya cevap aramaktır: Kanunlarımızda töre ve töreyle bağlantılı bazı kavramlar nasıl anlaşılmalıdır ve bu isabetli bir anlayış mıdır? Kültürel bir olgu olarak töre nasıl algılanmalıdır ve hukuk sistemi içinde kendisine nasıl yer verilmelidir?

I. TÖRE KAVRAMININ ETİMOLOJİSİ VE BAĞLANTILI OLDUĞU KAVRAMLAR

A. Töre Kavramı

Etimolojik olarak töre, Moğolca'daki “tör” kelimesinden türetilmiş bir kelimedir. Moğolca'da töre, devlet veya devletin kanunları anlamında kullanılmaktadır¹. Eski Türkçe'de de töre kelimesinin karşılığı olarak kanun, nizam, düzen ve görenek anlamına gelen “törü” kelimesi kullanılmaktaydı². Töre, hayatın her alanını kuşatıcı bir norm algısı sunuyordu.

Eski zamanların töresi sosyal olduğu kadar hukuki bir olguydu. Bugün ise sosyal ve hukuki alanlar ayrı düşünülmemektedir. Gerçekte böyle bir ayırım olabilir mi? Olgusal araştırmalar “şey”lerin nasıl ortaya çıktıklarını gösterir ancak sosyoloji yalnızca olguların “nasıl” ortaya çıktıklarıyla ilgilenmez aynı zamanda “neden” ortaya çıktıkları hususunu da irdelemek durumundadır³. Hukuki ve sosyolojik bir kavram olan törenin ne olduğu kadar neden ortaya çıktığı da önemli ve üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur. “Neden?” sorusuna verilecek cevap aynı zamanda toplumsal bir gerçeği ve ihtiyacı anlamamıza yardım eder. Toplumsal yaşam bireyler ve gruplar arasındaki ilişkilerin düzenli bir şekilde devam ettirilmesi için bir dizi beklentiyi, kalıp davranışı, işlemi, kaçınmayı ve yaşağı barındırır. Bu tür davranışlar ve beklentiler *toplumsal norm* kavramı içinde değerlendirilir⁴. Töre de sosyolojik bir kavram olan toplumsal norm içinde yer alır⁵. Töre, sosyal ve siyasal yaşamı yönlendiren ve yazılı olmayan hukuk kurallarıdır⁶. Ortaya koyduğu düşünce ve hareket tarzıyla hayatımızın her alanında ihtiyari

¹ Akbaba, Zeynep Burcu; **Töre, Namus ve Töre Saikiyle Adam Öldürme**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S.75, s.334.

² Ceren, Tuğba; **Türkiye’de Görülen Töre Cinayetlerinin Sosyolojik, Antropolojik ve Kültürel Kökenine Bir Bakış**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.47.

³ Giddens, Anthony; **Sosyoloji**, 1. Baskı, İstanbul, 2008, s.116-119.

⁴ Vargün, Berivan; **Batman ve Şanlıurfa’da Töre Cinayetlerine Bakış Açısının Sosyal Antropolojik Açidan İncelenmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009, s.21.

⁵ Tezcan, Mahmut; **Türkiye’de Töre (Namus) Cinayetleri Sosyo-Kültürel Antropolojik Yaklaşım**, Ankara, 2003, s.16.

⁶ Hatemi, Hüseyin; **Hukuka Aykırı Törenin Hukuktaki Sonuçları**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.12.

veya gayr-i ihtiyari yüzleştığımız kurallar demetidir. Daha geniş olarak töre; bir toplulukta benimsenmiş ve yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, ahlaki değerlerin ve tutulan yolların tümüdür⁷. Yazılı değildir ancak, toplum içinde yıllardan beri kendisine uyulması nedeniyle reddedilemez bir kuvvete sahiptir. Bu anlamda töre, yerine göre bir insan topluluğunu millet yaparak sair milletlerden ayıran ve geçmişten geleceğe varlığını sürdürmesine vesile olan değerler, ilkeler, adetler topluluğu olarak milletin harcı ve ruhu mesabesindedir⁸. Bir başka ifadeyle töre, bir toplum veya bir toplum kesiminin ortaklaşa benimsediği, kabul ettiği, uymak zorunda olduğu gelenek-görenek gibi toplumsal kurumlardan kaynaklanan davranış kalıplarını içerir⁹. Vargün'e göre töre, aynı zamanda örf, adet, gelenek, görenek, yol ve yasa anlamlarını da karşılamaktadır¹⁰. Bir bütün olarak, bir toplumun kültürünün temel bileşenlerinin toplamını ifade eder. Bu nedendir ki töreyle bağlantılı olarak örf, namus, şeref ve kültür gibi kavramların irdelenmesi, törenin kapsam ve gücünün anlaşılması bakımından gereklidir.

B. Töreyle Bağlantılı Kavramlar

Örf-adet, namus, şeref ve kültür töreyle bağlantılı ve törenin toplumsal dinamiklerinin anlaşılmasını sağlayan kavramlardır. Arapça kökenli olan örf kavramı¹¹, yasalarla belirlenmediği halde halkın kendiliğinden uyduğu, toplumun ortak hafızası ve beklentileri şeklinde gelişen birtakım tutum ve davranışları ifade eder. Örfelere karşı çıkmak yasalara karşı çıkmakla bir tutulur, hatta zaman zaman yasaları ihlalden bile daha kötü bir yere konulur¹². Örfeye nazaran yaptırımı daha zayıf olan adet; alışılmış birtakım davranışların giderek kalıplaşmış ve günlük hayatın parçası olmuş halidir. Bir kuşaktan başka bir kuşağa aktarılan bilgi, inanç ve yaşam biçimi olarak ifadesini bulan rutinler bütünüdür. Görenek ise günlük hayatta ilişkilerin düzenlenmesinde bireylerin topluma örnek alma yoluyla uyumunu sağlayan cezalandırıcı, denetleyici, zorlayıcı müeyyideleri bulunmayan veya az olan esnek davranış kalıplarını ifade eder¹³.

⁷ Akbaba, s.333.

⁸ Akkoç, Fatih; **Töre ve Namus Cinayetlerinin Sebep ve Sonuç İlişkisinin Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Ankara, 2007, s.25.

⁹ Umunç, Canay; **Töre Cinayetlerinin Basına Yansımaları (Hürriyet, Radikal, Zaman Gazeteleri 2000-2006 Yılları Arası)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.15.

¹⁰ Vargün, s.24.

¹¹ Kavramla ilgili tafsilatlı izahlar için bkz. Hatemi, s.14.

¹² Vargün, s.22.

¹³ Vargün, s.23.

Töre ile birlikte ele alınması gereken bir diğer kavram namus kavramıdır. Türkiye’de ve özellikle de töre cinayetlerinin sıklıkla yaşandığı bölgelerde hakim olan dini ve kültürel anlayışa göre namus, kadın için cinsel davranışa ilişkin gelenek-görenek ve inançtan kaynaklanan cinsel saflık ve korunmayı ifade eden; erkek içinse başkalarının namusuna el uzatmamak ve kendi ailesinden olan kadınların namuslarını özenle korumak¹⁴ anlamına gelen bir kavramdır¹⁵. Nitekim Türk Dil Kurumu’na (TDK) göre namus kelimesinin sözlük anlamı, bir toplum içerisinde ahlak kurallarına tanınan bağlılık, dürüstlük, doğruluk ve iffettir¹⁶. Namusla bağlantılı olan şeref kavramı, genel olarak bireyin veya ailesinin toplumsal ve manevi itibarı ve saygınlığı olarak ifade edilir¹⁷. Erkek açısından erkekçe tutumlar takınmak; kadın açısından ise cinsel sakınmaya önem vermek, hareketlerini doğal bir çekinmeyle sınırlamak bir namus ve şeref borcu olmaktadır¹⁸. Başta ifade edildiği üzere bu çalışmada töre olgusu; hukuki ve sosyolojik olarak töre cinayetleri bağlamında ele alınmaktadır. Töre cinayetlerinin sebebi icra edilen bir fiilin töre kurallarına yani kültürel kodlara göre suç sayılmasıdır. Bir fiilin törelerce suç sayılmasının muhtelif ve müteaddit nedenleri olabilir. Kimi zaman mağdur ahlaki kurallara aykırı hareket ederek; kimi zaman ailenin namus ve şerefini lekeleyecek bir fiilde bulunarak töre bağlamında bir suça vücut vermiş olur. Öznel yaklaşımlarla bu mantık örgüsünü eleştirmek elbette mümkündür. Fakat töreye ilişkin bahsedilen mantık örgüsünü, **içinden çıktığı kültürel ve sosyolojik şartları dikkate almadan önyargularla eleştirmek ve böyle eksik bir eleştiri süzgecinden süzülen yargılara dayanarak bir sonuca (hükme) varmak** bilimselliğe aykırılık teşkil eder.

Bu bağlamda, töre cinayeti işleyen kişilere göre kadın, cinsel saflığına hanel getiren bir davranışta bulunduğu törelere göre bir suç işlemiş olur. Töreye aykırılık teşkil eden böyle bir davranış sergilendikten sonra yaptırımlar devreye girer ve bunun en ağır şekli, töreye aykırı davranan kişinin hayatına son verilmesidir. Faraç’ın araştırmasına göre, 1994-1996 yılları arasında Urfâda beş genç kız aile meclisi kararları sonucunda bu şekilde cinayete kurban gitmiştir¹⁹. Töre eksenli bu kültürel yaklaşıma göre, başkasının namusuna el uzatan erkek de aynı şekilde töre bağlamında en ağır cezayla cezalandırılmalıdır. Kadınlar kadar olmasa da erkeklerin de töre cinayetlerine kurban gittiği, adli vakıalara da

¹⁴ Vargün, s.59.

¹⁵ Tezcan, s.10.

¹⁶ Akbaba, s.335-336.

¹⁷ Umunç, s.23.

¹⁸ Tezcan, s.10-11.

¹⁹ Faraç, Mehmet; **Töre Kıskaçında Kadın**, 3. Basım, İstanbul, 2004, s.18.

yansıyan toplumsal bir gerçektir. Nitekim Yargıtay'a intikal eden bir olayda yerel mahkeme, maktulun erkek olması hasebiyle cinayetin töre cinayeti kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmişse de Yargıtay 1. Ceza Dairesi, bir cinayetin töre kapsamında değerlendirilebilmesi için öldürülenin kadın olması zorunluluğu bulunmadığını dile getirerek dosya kapsamındaki cinayetin töre cinayeti olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁰.

Modern ceza hukukunda da kanunla tespit ve tayin edilmiş olan ölçülere aykırı bir fiil icra edildiğinde, bu fiil bir suça vücut verir ve kişiye kanunda öngörülmuş çeşitli yaptırımlar uygulanır²¹. Metodolojik olarak aynı şeyi yapan, belli sınırlar çizerek bu sınırı aşan fiilleri suç addeden ve cezalandıran, esasa ve usule dair farklılıklar taşıyan kanun ve törenin derinlerde bir yerde benzeştiğini söylemek mümkündür. Tam da bu noktada, farklı isimler altında ortaya çıkmış olan ve çatışıyor gibi görünen bu sistemlerin temeline inildiğinde aslında büyük ölçüde benzeştikleri gerçeği ilginç bir vakıa olarak karşımıza çıkar. Adı ne olursa olsun değişmeyen şey, bütün bunların kendi nokta-i nazarlarından insan için doğru olduğunu düşündükleri birtakım davranış kalıplarını, kendine özgü kültürel veya hukuka dönüşmüş yasal formlarda kişilere ve topluma kazandırma gayretidir.

C. Hukuk ve Kültür

Hukuk, medeniyet kadar eskidir ve esas itibariyle hukuk tarihi, medeniyetlerin tarihidir. Hukuk, medeniyetle beraber doğar, beraber gelişir ve medeniyetle beraber yok olur²². Dolayısıyla hukuk, toplumun yapısı ve kültürel dokusuyla bütünleşen ve düşünsel kimyasıyla gelişen bir olgudur. Her hukuk sistemi, Arsal'ın özgün ifadesiyle, "*kavaid şeklinde tebellür etmiş bir medeniyettir.*" Öyleyse hukuku kültürden ayrı düşünmek, onu temel bileşenlerinden soyutlamak ve sadece mevzuat kitaplarında yazılı metinlere indirgemekle eş anlamlıdır. Bir toplumda benimsenmiş davranış kurallarını, yaşam biçimlerini, gelenek ve görenekleri, ortaklaşa alışkanlıkları ve ahlaki değerleri ifade eden töre, kültürün bir tezahür biçimidir. Başka bir deyişle, her hukuk sistemi, muayyen bir devirde muayyen bir toplumda hâkim olan sosyolojik, psikolojik ve iktisadi şartların, toplumsal

²⁰ http://www.radikal.com.tr/turkiye/yargitay_erkekler_de_tore_kurbani_olur-1058069, Erişim Tarihi: 21.12.2013.

²¹ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem; **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Dördüncü Bası, İstanbul, 2006, s.203.

²² Selçuk, Sami; "**Filodoks**"(laşan) Lar ile "**Kien**"(leşen) Ler Kutuplaşmasında Bocalayan Hukukun Dramı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.12, Ankara, 2013, s.14.

ruhun²³ bir ürünüdür²⁴. Medeniyet, kültür üzerine inşa edilir. Dolayısıyla kültür ve hukuk birbirinden beslenen iki nehir gibidir. Hukuk bir yandan kültürün yansıması olan değerlerden etkilenerek şekil alırken; bir yandan da kendi oluşturduğu sistematik kurallar manzumesiyle yeni bir kültür kazandırmaya ve topluma bu kültürü kabul ettirmeye çalışmaktadır. Nitekim “hukuk kültürü” (*legal culture*) bugün literatürde sıkça kullanılan bir kavramdır. Her bir ülkenin medeniyetinden ve tarihinden ilham alan bu kavram, hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki fikirleri, tutumları açıklamaya yarar. Kültürün hukuka kaynaklık ettiğini ve kendi normlarını oluşturduğunu ifade eder. Hukuk kültürü ise hukuk kurallarının toplumdaki etkisini belirler²⁵. Başka bir deyişle hukuk kültürü, bir toplumda insanların hukuka ve hukuk sistemine matuf düşünce, değer, beklenti, tutum ve farkındalıklarını ifade eder²⁶. Kültürün hukuka kaynaklık ettiğini veya tersinden söyleyecek olursak, hukukun kültürün bir tezahürü olduğunu dile getirdikten sonra belirtelim ki, burada ifade ettiğimiz hukuk, mevzuattan yani vazedilenden (kanundan) farklı, daha kapsamlı ve daha derinlikli bir anlamı ifade etmektedir. Nitekim hukuki olanla kanuni olan ekseriyetle aynı manaları taşıyormuş gibi algılansa da, kanuni olanın her zaman hukuki de olduğunu söylemek oldukça güçtür. Hukuk hakkın çoğuludur ve hukuki olan; herkese hakkı olanı veren ve böylece adaleti tesis etmeye gayret eden iradedir. Eflatun’un da dile getirdiği gibi “Adalet herkese hakkı olanı vermektir.” Kanun ise hukuki olanı ifade etmenin ve hayata geçirmenin bir aracıdır. Denilebilir ki hukuk bir amaç kanunlar ise onu gerçekleştirmek için birer araçtır. Terimsel olarak kanun, anayasal bir hukuk sisteminde devletin yetkili organları tarafından usulüne uygun olarak çıkarılan kuralları ifade eder²⁷. Bir kuralın devletin yetkili organlarında ve usulünce çıkarılması kanuni olması için yeterlidir. Hakkın gözetilmesi ve adaletin sağlanması ise umulan ancak çoğunlukla gerçekleşmeyen bir neticedir. Bu anlamda mevcut hukuk sisteminde törenin ele alınış şeklinin kanuni olduğu

- ²³ Hafizoğulları, Zeki; **Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.45, S.1-4, Ankara, 1996, s.8.
- ²⁴ Fendoğlu, Hasan Tahsin; **Modernleşme ve Osmanlı Anayasal Düzeninin Bozulması**, International Journal of Social Science, Volume 6, Issue 1, Ocak, 2013, s.10. **Naklen:** Arsal, Sadri Maksudi, **Hukuk Tarihi Dersleri**, Ankara Hukuk Mektebi Yayını, 1926-1927 Sene-i Tedrisinde Tahrir Edilen Ders Notları, s. 3; Hafizoğulları, s.3. **Naklen:** Arsal, Sadri Maksudi, **Umumi Hukuk Tarihi**, Ankara, 1948, s.3.
- ²⁵ Yüksel, Murat; **Hukuk Kültürü**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.1-2, Ankara, Haziran -2003, s.287.
- ²⁶ Acar, Ali; **The Concept of Legal Culture**, Ankara Law Review, Vol.3, No.2, Ankara, 2006, s.148.
- ²⁷ Bilge, Necip; **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 24. Bası, Ankara, 2008, s.43; Cansel ve Özel, 2009; Özbudun, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, 2011, s.217-220.

yadsınamaz bir gerçektir. Ancak ne kadar hukuki olduğu, üzerinde düşünülmesi gereken önemli bir husustur.

D. Kültürel Rölativizm ve Evrensel İnsan Hakları Söylemi

İnsan hakları, genel itibariyle kabul edilen görüşe göre, bütün insanların sırf insan olmaları dolayısıyla sahip oldukları haklardır²⁸. İnsan haklarının kaynağı, insan onuru, başka bir deyişle, bizzatı insanın değeridir²⁹. Bir görüşe göre, insanların sırf insan olmaları dolayısıyla sahip oldukları hakları ifade eden ve insan onurunu esas alan insan hakları, bu özellikleri dolayısıyla evrenseldir. İnsan haklarının evrenselliğine ilişkin bu görüş, insan haklarının zamandan, mekândan ve dolayısıyla da kültürlerden, ideolojilerden, sosyal ve ekonomik şartlardan³⁰, cinsiyet farklılıklarından bağımsız olduğu fikri üzerine temellendirilmiştir³¹. Ne var ki insan haklarının, belli bir dönemin (aydınlanma dönemi), belli bir coğrafyanın (Avrupa ve Amerika), belirli sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların, belli bir kültürel birikimin (Batı kültürü) ve en önemlisi Kant felsefesi ile Locke liberalizminin etkisiyle vücut bulmuş³² bir ideolojinin ürünü³³, modern bir düşünce olarak Batı'nın bir buluşu olduğu yalın bir gerçektir³⁴. Nitekim "modern anlamda "insan hakları" kavramı 16. ve 17. yüzyılda Batı Avrupa'nın siyasi, ekonomik ve toplumsal dinamiklerinden doğmuş ve bu kavramı ilk sistematize eden de İngiliz düşünür John Locke olmuştur³⁵." Bununla birlikte, insan haklarının evrenselliği iddiasının uluslar arası düzeyde dile getirildiği ilk belge adından da anlaşılacağı üzere 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'dir. Bildiri'nin yayınlanması tarihine kadar Batı dünyasının sınırları ve kültürü içerisinde gelişen ve olgunlaşan insan hakları, yapılan uzun tartışmalar sonucunda evrensel kabul edilmiş ve ilan edilmiştir³⁶. Bununla birlikte, insan haklarının Bildiri'deki ismiyle müsemma olup olmadığı, başka bir ifadeyle evrensel

²⁸ Zabunoğlu, H. Gökçe; **Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği**, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011, s.789.

²⁹ Erdoğan, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 2012, s.27-28 ve 58.

³⁰ İnsan hakları, bir anlamda modern devletin ve kapitalist ekonomik sistemin insan üzerindeki tahakkümünün kırılması düşüncesiyle ortaya çıkmış bir kavramdır (Zabunoğlu, s.808).

³¹ Zabunoğlu, s.790.

³² Çilingir, Sevgi; **İnsan Haklarında Evrensellik - Kültürel Görelilik ve İslam**, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WaK1HfkQ2Y4J:www.foreignpolicy.org.tr/arkaplan/temmuz03/tr/aykonu.htm+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>, Erişim Tarihi: 23.12.2013.

³³ Demir, Esra; **İnsan Haklarının Evrenselliği Karşısında ve Kültürel Rölativizm**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.14, S.3, İstanbul, 2008, s.209.

³⁴ Erdoğan, s.59.

³⁵ Coşkun, A. Vahap; **İnsan Hakları ve Kültürel Rölativizm**, Kamu Hukuku Arşivi, C.2, S.1, 1999, s.133.

³⁶ Zabunoğlu, s.798.

olup olmadığı tartışması günümüzde halen devam etmektedir. Zira evrensellik iddiasının uluslar arası düzlemde ortaya atılmasıyla birlikte, Batı tarafından belirlenmiş içeriğiyle insan hakları iddiasına karşı kültürel farklılıkları vurgulayan rölâtivist itiraz ve yaklaşımlar ortaya çıkmıştır³⁷. Bütün evrensel projeler karşısında yerelliği savunan bir kuram olarak ortaya çıkan kültürel rölâtivizm³⁸, evrensellik iddiasının kültürel farklılıkları ve bu farklılıkların meydana getirdiği kendine özgü kültürel tecrübeleri görmezden gelen yaklaşımını kabul etmeyerek; bütün değerlerin ve uygulamaların kültüre göre belirlendiğini ve bu nedenle de hiçbir evrensel değer varlığının kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir³⁹. Bu çerçevede kültürel rölâtivizmin evrensel bir tasarım olan insan haklarıyla ilişkisi oldukça gerilimlidir⁴⁰. Kültürel görecelik olarak da adlandırılabilir olan bu kurama göre, herhangi bir toplumun somut bir vakıa karşısındaki tutumu ve uygulaması yerel ve kültürel gelenekler temelinde savunulabilir. Bu tutum ve uygulamalara karşı insan hakları gerekçesiyle verilecek olan tepkiler haksız müdahalelerden başka bir anlam ifade etmez. Bu ekseninde düşünüldüğünde kültürel görecelik (rölâtivizm)⁴¹, insan haklarının evrensellliği tezinin bir anlamda karşı tezi konumundadır^{42 43}. Bu karşı tezin savunucularına göre, insan hakları Batı'nın kendine özgü kültürel çevresi ve ideolojik çerçevesi içerisinde geliştirilmiş olan kültürel (evrensel değil) bir kavramdır ve tek bir kültüre ait ilke ve kuralların bütün kültürler açısından kabulü beklenemez⁴⁴. İnsan haklarının evrensellliği iddiasına özellikle Asya, Afrika ve İslam dünyasından, grup aidiyeti, ilahi iradenin varlığı, toplumsal değerlerin

³⁷ Demir (2008), İnsan Haklarının Evrensellliği, s.209.

³⁸ Kültürel rölâtivizm kuramının kurucuları, Franz Boas ve öğrencisi olan Ruth Benedict ile Melville Herskovits'tir. Boas, duygular karşısında aklı ön plana çıkararak 20. Yüzyıl medeniyetinin en üstün medeniyet olduğu iddiasını sorgulamıştır (Zabunoğlu, s.799; Demir (2008), İnsan Haklarının Evrensellliği, s.228).

³⁹ Mutlak rölâtivizmin bu sert tutumuna karşı, insan doğasının ve kültürlerin farklılığına dayanan sınırlı bazı yerel istisnalara yer vermek şartıyla, insan haklarının evrensellliği fikrini kabul eden zayıflatılmış rölâtivizm (görecelik) düşüncesi ile etik rölâtivizm düşüncesi de savunulmuştur (Demir (2006), İnsan Hakları Bağlamında, s.42).

⁴⁰ Demir (2008), İnsan Haklarının Evrensellliği, s.227.

⁴¹ Kültürel görecelik ve insan haklarının evrensellliği bağlamında önem arz eden belgelerden ilki, Amerikan Antropoloji Derneği tarafından hazırlanan, kültürel farklılıkların gözetilmesi ve hoş görülmesi gerektiğini ifade eden ve BM'ye sunulan 1947 tarihli İnsan Hakları Beyanatı'dır. Anılan Beyanat'a göre, insanın, insan olmasının ötesinde bir toplumun üyesi olarak ele alınması gereklidir (Demir (2008), İnsan Haklarının Evrensellliği, s.221; Zabunoğlu, s.801).

⁴² Demir (2008), İnsan Haklarının Evrensellliği, s.231.

⁴³ "Rölâtivistler, insan haklarının mutlak olmadığını, başka bir ifadeyle insanların davranışları yargılarken kullandıkları ilkelerin içinde yetiştikleri topluma göre farklılık göstereceğini ve kültürler arasında sonsuz farklar olduğunu iddia etmektedirler (Erdoğan, s.59)."

⁴⁴ Zabunoğlu, s.801.

dikkate alınması gibi temel noktalarda itirazlar getirilmiştir⁴⁵. Bu bağlamda kültürel rölativizmi savunanlar, bireysel hakların korunmasının ancak bireyin içinde yaşadığı toplumun korunmasıyla mümkün olacağı gerçeğinden hareketle bireyin kendisini tanımladığı grup özgür olmadıkça bireysel bir özgürlük de söz konusu olamayacağını dile getirmişlerdir⁴⁶. İnsan haklarının evrenselliği ve kültürel rölativizm çatışması 1940'lardan beri sürmektedir ve mevcut durum bu çatışmanın sona ereceği konusunda bir ipucu da vermemektedir. Bununla birlikte, 1993 yılında gerçekleştirilen ve dünya genelinde 171 devletin katıldığı Dünya İnsan Hakları Konferansı sonucunda kabul edilen "Viyana Bildirisi ve Eylem Planı", evrensellekle göreceliğin bir noktada buluşabilmesi bakımından önemlidir⁴⁷. Zira Bildiri, bir anlamda insan haklarının evrenselliğinin şartlı da olsa küresel olarak kabulü anlamını taşımaktadır⁴⁸. Bununla birlikte üzerinde düşünülmesi ve sorgulanması gereken husus, Bildiri'nin ilk maddesinde, sayılan hakların evrenselleklerinin tartışılmaz olduğunun açıkça belirtilmiş olması⁴⁹ ve kâğıt üzerinde evrensel olduğu kabul edilen insan hakları kuramının uygulamada da aynı evrenselliği gösterip gösteremediğidir. Bu arada belirtelim ki sorun, insan haklarının evrensellek iddiasının veya kültürel rölativizmin doğru veya yanlış olup olmaması değildir. Kuşkusuz her iki yaklaşımın da kendi içerisinde sorunlu alanları, faydalı ve sakıncalı yönleri bulunmaktadır. Asıl sorun, anılan iki yaklaşımdan herhangi birisinin toplumsal dinamikler yerine tepeden inmece ve dönüştürücü bir devlet mantığıyla topluma rağmen topluma kabul ettirmeye çalışılmasıdır. Bu çerçevede kültürel rölativizm (görecelik) ve insan haklarının evrenselliği tartışmasının konumuz açısından önemi büyüktür. Zira uluslar arası toplumda yer edinebilmek ve siyasal iktidarların meşruiyetlerini kabul ettirmek için insan haklarının temel normatif değer olarak kabulünün günümüzde olmazsa olmaz bir şart olduğu bilinmektedir. Daha açık bir ifadeyle, günümüzde uluslar arası toplumda kendisine yer bulmak isteyen her devletin yapması gereken ilk şey, insan haklarını evrensel bir değer olarak kabul edip hukuk sistemlerini insan hakları temelli bir felsefe üzerine inşa etmesidir. O kadar ki, her ne kadar devlet görünümünde varlık bulmuş olsa da arkasında insan haklarına atıfta bulunan bir hukuk sistemi güvencesi olmaksızın⁵⁰ herhangi bir siyasal kurumsallaşmayı "çağdaş

⁴⁵ Demir, Esra; **İnsan Hakları Bağlamında Evrensellek ve Kültürel Rölativizm Çatışması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.52-59.

⁴⁶ Demir (2008), İnsan Haklarının Evrenselliği, s.234-235.

⁴⁷ Demir (2006), İnsan Hakları Bağlamında, s.89.

⁴⁸ Zabunoğlu, s.806.

⁴⁹ Özgürlük felsefesi üzerine kurulmuş olan insan haklarına ilişkin bir Bildiri'nin, tartışma ve sorgulama özgürlüğünü en başta kendisinin sınırlaması üzerinde önemle durulması gereken bir noktadır.

⁵⁰ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesine göre, "Türkiye Cumhuriyeti, ... *insan*

bir devlet” olarak nitelendirmek söz konusu bile değildir⁵¹. Hal böyle olunca ülkeler, hukuk sistemlerinin temel dinamiklerini toplumsal ve kültürel değerler yerine çoğunlukla evrensel olma iddiasındaki temel bazı değerler çerçevesinde belirlemektedir. Bu da uygulamadaki evrensellik ve kültürel görecelik noktasındaki tartışma ve çatışmanın toplum ve bireyler nezdinde teorik tartışmalara nazaran çok daha sert ve zaman zaman kanlı bir şekilde yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Başka ve daha doğru bir ifadeyle, yaşam hakkını en temel değer olarak gören insan haklarının evrenselliği, namusu yaşam sebebi olarak gören bir toplumun kültürel göreceliğinde anlamsız kalabilmektedir. Dolayısıyla ülkemizde yaşanan töre cinayetlerini ve hukuk sisteminin bir bütün olarak töre ve bağlantılı (örf, adet, namus, şeref gibi) kültürel kavramlara yaklaşımını bu çerçevede yeniden ele almak, sorunun anlaşılması ve nihayetinde sağlıklı bir çözüme kavuşturulması bakımından hayati derecede önemlidir. Aşağıda üzerinde duracağımız kültürel suç ve kültürel savunma kavramları bu yaklaşım çerçevesinde özellikle Kıta Avrupası’nda ve Amerika’da günümüzde sıklıkla başvurulan kavramlardır.

E. Kültür, Kültürel Suç Ve Kültürel Savunma Kavramları

Kültür en geniş anlamıyla, bireyin bir toplumun üyesi olması hasebiyle hayatında yer alan, bilgi, sanat, inanç, ahlak, örf, adet, gelenek gibi tüm olguları içine alan bir üst kavramdır. Öğrenilmiş davranış, tutum ve değerlerden müteşekkil olan kültür⁵², bireye kendine ve kendi dışındaki dünyaya yönelik olarak özgün bir bakış sağlayan simgeler sistemidir. Bu simgeler sisteminin hem bilişsel hem de değerlendirici işlevleri bulunur. Bilişsel işlev, dış dünyanın algısını ortaya koyan zihinsel inşanın kategorileri ile işlerken değerlendirici işlev, belli normlara göre yorumlama ve yargılama olanağı sağlar⁵³. Her kültürün oluşturduğu belli normlar ve bu normlar ışığında insan davranışlarını değerlendirmede belli kategoriler vardır. Bir kültürde iyi olarak değerlendirilen bir davranışın başka bir kültürde kınanması gereken bir davranış olarak algılanmasının sebebi, her kültürün kendine özgü normlar geliştirmiş olmasıdır. Bunun sonucu olarak ceza hukuku bağlamında suç tanımı da kültürden kültüre farklılık gösterir ve birinde suç kabul edilip cezalandırılan bir fiil (kültürel suç) diğerinde suç kapsamına girmeyebilir. Bu farklılık değişik toplumlar arasında görülebileceği gibi aynı toplumda farklı zaman dilimlerinde de ortaya çıkabilir.

haklarına saygılı ... demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. “

⁵¹ Bahı, Ali Şafak; **Hukuk - Toplum - Siyaset**, Konya, 2011, s.111.

⁵² Acar, s.147.

⁵³ Üye, Saim; **Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2010/3, Ankara, 2010, s.26.

Kıta Avrupası doktrininde “kültürel suç” (*cultural offence*) olarak kavramsallaştıran bu durum suçun kültürel boyutunu ortaya koymaktadır. Anglo-Sakson doktrininde de benzer olarak “kültürel savunma” (*cultural defence*) kavramı kullanılmaktadır. Kültürel savunma, kültürel suç olarak kabul edilen bir eylemi gerçekleştirmiş olan bir failin, savunmasında eylemini kültürel uygunluk, gereklilik nedeniyle işlemiş olduğu yönünde bir tez ileri sürmesi; bir başka deyişle, ait bulunduğu grubun kültürel normlarını savunmasının bir parçası haline getirmesi ve bu gerekçelerle cezasızlık ya da daha az ceza mahkûm edilmesi talebinde bulunabilmesidir⁵⁴.

Egemen kültürel kodların hukuk sisteminde yer bulması kültürel boyuttaki çatışmaya hukuki bir boyut kazandırır. Eğer ceza kanunlarını belirleme yetkisi belli bir grubun elinde bulunursa o grubun kültürel kodları kanunlar aracılığıyla egemen bir konum kazanabilir⁵⁵. Hatta hukuk sistemini iktibas yoluyla oluşturmuş bizim gibi ülkelerde, hukuk sistemine hakim olan değerlerin kökenini bir başka ülkenin kültüründe bulmak da mümkün olabilir. Günümüzde ülkemizin hukuk sisteminde yaşanan temel sıkıntılardan birisi de budur. Kanun gereği suç sayılan birçok fiil kültürel bağlamda hoş görülmemekte, hatta yer yer teşvik dahi edilmektedir. Dolayısıyla kültürel suç kavramıyla ifade edilen husus, her ikisi de kendine özgü değerlere ve ideallere sahip iki kültürün normları arasındaki uyumsuzluktan daha fazlası değildir⁵⁶. Bir mutlak kültürün evrensellik iddiası ise söylemsel bir despotizm olarak görülebilir⁵⁷.

Kültürel suçun saptanmasının, yani bir eylemin “kültürel suç” sayılmasının ceza hukuku açısından önemine gelecek olursak; ceza hukuku bilindiği üzere özgür irade ve bireysel sorumluluk ilkeleri üzerine inşa edilen bir sistemdir. Failin farklı biçimde davranma olanağı bulunduğu halde suç oluşturan eylemi gerçekleştirdiği için sorumlu olması, kınanması gerektiği düşünülür. İrade ve davranış serbestisinin varlığından söz edilemeyen durumlarda sorumluluğun da olmaması veya en azından sorumluluğun kapsamının buna göre belirlenmesi gerekir. Bu bağlamda, kültürel sebeplerle işlenen suçları irdelerken failin içinde yaşadığı kültürün fail üzerindeki manevi baskısını göz ardı etmemek lazım gelir.

Ceza hukukunda adil bir yargılamanın ve dolayısıyla adaletin gerçekleştirilmesi ceza ile failin kusurluluğu arasındaki dengeyi gözetmeyi gerektirir. Dolayısıyla

⁵⁴ Üye, s.32.

⁵⁵ Merkezi gücü eline geçirenler, bir “varsayım” olarak, yazıya geçirdikleri ve kanun gücünde saydıkları kuralların temel adalet ilkesinin tam ifadesi olduğunu topluma sahip oldukları güce istinat ederek dayatırlar (Hatemi, s.12).

⁵⁶ Üye, s.30.

⁵⁷ Dünya genelinde hukuk sistemlerinin dayattığı hukuk kültürleri de bu bağlamda değerlendirilmelidir.

kültürel suç işleyen ve farklı kültürel aidiyete sahip bir kişiye maddi ceza hukukunun kurallarını katı bir biçimde uygulamak adaletsiz bir sonuç doğurabilir. Kişi kültürel değerlerine aykırı hareket etmekle -ki çoğu zaman bu da kültürel anlamda bir suçu ifade eder- suç işlemek arasında sıkışıp kalır. Bu sadece ülkemize özgü olmayıp mukayeseli hukukta da yaşanan bir problemdir. Örneğin, İngiltere’de oğullarının yüzlerini jiletle kazıyarak onlara fiziksel zarar vermekle itham edilen Nijerya kökenli Adesanya isimli bir kadın; savunmasında, mensubu bulunduğu Yoruba kabilesinin sembolünü çocuklarının yüzlerine çizdiğini, bunun kültürel bir gereklilik olduğunu, kendi kültüründe bunu yapmanın çocukları kimliksiz bırakarak onlara zarar vermek olarak algılandığını ileri sürmüş ve tüm bunların dikkate alınmasını talep etmiştir⁵⁸. Yargıç, kültürel odaklı savunma üzerine Adesanya’nın tahliye edilmesine karar vermiştir⁵⁹. Amerika Birleşik Devletleri’nde görülen Chen Davasında, Amerika’da yaşayan Çinli bir göçmenin kendisini aldatan eşini öldürmesine ilişkin davada bilirkişi olarak dinlenen bir antropolog, Çin kültüründe, karısı tarafından aldatılan bir erkeğin bu tepkiyi vermesinin doğal olduğunu ve hafif bir ceza alması gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüş üzerine bina edilen savunmaya itibar eden Mahkeme, kişinin şartlı tahliyesine karar vermiştir⁶⁰. Kuşkusuz tahliye veya şartlı tahliye somut olaylarla ilgili verilmiş nihai hükümler değildir. Bununla birlikte Mahkemenin ve/veya yargıcın kültürel temelli savunmalara bir değer atfetmeleri bakımından dikkate değerdir.

Benzer şekilde, Kaliforniya’nın Fresno kentinde Laos kökenli Hmong kabilesine mensup ve aynı kabileden bir kadını zorla kaçırmak ve tecavüz etmekle suçlanan Kong Moua savunmasında, eyleminin Hmong kültüründe olağan kabul edilen bir evlilik ritüeli olduğunu iddia etmiş ve yapılan tahkikatın neticesinde bunun yerel kültürde yaygın olduğu; kadının kaçırılmaya direnmesinin de, erkeğin bu direnci kırmak için güç kullanmasının da ritüel (zij poj niam – marriage by capture) gereği olduğu anlaşılmıştır⁶¹. Yargılama sonucunda, Moua hakkındaki kaçırma ve tecavüz suçlamalarının düşürülmesine; bunların yerine daha az cezayı gerektiren kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması suçundan dolayı 120 günlük hapis cezasına⁶² karar verilmiş, içeride geçirdiği süre dikkate alınarak infazın kalan 90 günlük süresi 1.000 dolarlık para cezasına çevrilmiştir⁶³.

⁵⁸ Üye, s.24.

⁵⁹ Renteln, Alison Dundes; **Is The Cultural Defense Detrimental To The Health of Children?**, s.29. **İN:** Kuppe, Rene / Potz, Richard (Editors); **Law & Anthropology**, Volume: 7, Nedherlands, 1994.

⁶⁰ İskender, Salih Zeki; **Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu (Namus Cinayetleri)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.111.

⁶¹ Renteln, Alison Dundes; **The Cultural Defense**, Oxford University Press, England, 2005, s.127; Üye, s.24.

⁶² Lee, Cynthia; **Murder and the Reasonable Man: Passion and Fear in the Criminal Courtroom**, New York University Press, 2003, s.117.

⁶³ Renteln, s.127; Lee, s.117.

Kültürel temelli savunmaya yine örnek teşkil edebilecek bir başka olayda, Amerika'nın California eyaletinde yaşayan Japon kökenli ve Japon kültürüne oldukça bağlı, evli ve iki çocuk sahibi Kimura adında bir kadın kocasının kendisini aldattığını düşünmektedir. Japon kültürüne göre ailevi ilişkilerin sarsıldığı böyle bir durumda her iki taraf da bundan sorumlu olduğu için kadın iki çocuğuyla birlikte intihara kalkışır. Çünkü yine Japon kültürüne göre bir kadın çocuklarını geride bırakarak intihar edemezdi. Çocukları ölen fakat kendisi başkalarınınca kurtarılan Kimura'ya çocukları kasten öldürmekten açılan davada, Japonya'dan eylemin kültürel bir yükümlülük olduğundan ve Kimura'nın yargılanmaması gerektiğinden bahisle milyonlarca imzalı destek dilekçesi gelmiştir⁶⁴. Kasten insan öldürdüğü için idam⁶⁵ edilme ihtimaliyle dahi karşı karşıya olan Kimura hakkında Mahkeme, sadece 1 yıllık hapis cezasına, 5 yıllık denetimli serbestlik süresine ve psikiyatrik tedavi görmesine hükmetmiştir⁶⁶.

Mahkemelerin böyle bir olayla karşılaştıklarında nasıl davranmaları gerektiği hususu şu sorunun özünü oluşturmaktadır: Kültür temelli gerekçeler dikkate alınmadan, aynı eylemi gerçekleştiren egemen kültür mensubu bir fail için nasıl karar verilecekse öyle mi karar verilmelidir? Yoksa failin sorumluluğunu saptarken onun eylemini yönlendiren özgün kültürel normları hesaba katmak, dolayısıyla eylemi farklı bir kategoride değerlendirmek adaletin bir gereği midir? Yoksa geri kültürler vardır ve hukuk, insanları medenileştirme ve ileri kültüre taşıma aygıtı mıdır? Eğer böyleyse gerilik ve ilerilik kime göredir⁶⁷? Hemen belirtelim ki, kişiyi suç işlemeye iten zorlayıcı toplumsal ve kültürel etkenlerin ceza yargılamasında dikkate alınması adaletin bir gereğidir. Zira kültürel değerlerin ve toplumsal baskının zorlaması altında suç işleyen bir kişinin iradesiyle, bu tür herhangi bir kültürel zorlama altında olmadan suç işleyen bir kişinin iradesinin aynı olduğunu söylemek güçtür. Dolayısıyla kültürel görecelik yaklaşımı çerçevesinde zorlayıcı toplumsal ve kültürel faktörlerin etkisi altında suç işleyen kişilerin bu subjektif durumları dikkate alınmalıdır. Kültürel rölativizm bağlamında, kültürel değerleri hukukla birleştiren ve toplumsal değerleri dikkate alan böyle bir

⁶⁴ Üye, s.24, dn:2. Davayla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Üye, Saim; **Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma**, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S.17, 2007, s.109 vd.

⁶⁵ California, ABD'de ölüm cezasının uygulandığı 35 eyaletten biridir.

⁶⁶ Tunick, Mark; **'Can Culture Excuse Crime?: Evaluating The Inability Thesis**, Punishment and Society 6 (4), 2004, s.396.

⁶⁷ Kültürel rölativizmin savunucularına göre, insan haklarının evrenselliği iddiası ve bu ilkeyi esas alan modern hukuk sistemleri bütün ülkelerde uygulamaya konulmak istenmesi sömürgeci devletlerin, sömürgelerinden daha üstün oldukları anlayışının bir tezahürüdür. Buna göre, sömürgeci devletler kendi yöntemleriyle medenileşmenin tek doğru yol olduğu ve bunu başarmış ileri medeniyetler olarak geri kalmış diğer kültürleri ilkelikten kurtarmanın kendi sorumluluklarında olduğu düşüncesiyle hareket etmektedirler (Demir (2006), İnsan Hakları Bağlamında, s.38).

yaklaşım bireylerde hukuka olan bağlılık hissini ve hukukun toplum nazarında etkinliğini de arttıracaktır.

Zira Üye'nin de ifadesiyle, "hukuk sisteminin etkinliği bireylerde kendisine yönelik bir ahlaki bağlılık hissi yaratması durumunda artar. Eğer kültürel normlar bu bağlılığı mevcut hukuk sistemine kıyasla daha güçlü biçimde sağlamış iseler, bundan bireyler veya kültürel normlar sorumlu tutulmamalıdır"⁶⁸. Bugün bunca hukuk eğitime ve devlet destekli yaptırım gücüne rağmen hukuka olan bağlılığın temin edilememesi⁶⁹ veya hukukun bir türlü ülkemizde bir yaşam biçimi haline gelmemesi/gelememesi veya saygın bir hukuk kültürünün oluşmaması gerçeği karşısında yazılı bile olmayan törelerin geçerli oldukları zaman ve mekânda insanlar tarafından mutlaka uyulması gereken kurallar olarak algılanması ve bundan da ötesi bir yaşam sebebi ve şekli olarak addedilmesi dikkatle ve insafla incelenmesi gereken bir hukuk sosyolojisi problemidir.

F. Töre ve Adalet

Törenin, bir toplumun ya da toplum kesiminin büyük çoğunlukla benimsediği, kabul ettiği, uymak zorunda olduğu, gelenek-görenek gibi toplumsal kurumlardan kaynaklanan davranış kalıplarını içerdiği ve bastırıcı, etkin, zorlayıcı yaptırım güçlerinin olduğu kabul edilen bir gerçekliktir⁷⁰. Bununla birlikte adaletin ne olduğu ve kültürel bir kavram olarak törenin yargılamada, özellikle de ceza yargılamasındaki yerinin ne olması gerektiği adalet kavramı çerçevesinde tartışılması gereken bir konudur. Tarihsel süreç içerisinde hiçbir soru, adalet nedir sorusu kadar yoğun bir şekilde tartışılmamış; başka hiçbir soru böylesine çok kan ve gözyaşı dökülmesine sebep olmamış ve başka hiçbir soru Eflatun'dan Kant'a en ünlü düşünürlerin derin ilgisine konu olmamıştır. İlginçtir ki, yine başka hiçbir soru bugün, diğer zamanlarda olmadığı kadar da cevapsız kalmamıştır⁷¹.

Doktrinde çokça tartışılan ve değişik görüş ve yaklaşımlara konu olan adalet kavramına genel geçer bir tanım getirmek zordur⁷². Adalet, Eflatun'a göre, herkese hakkı olanı vermektir⁷³. Bu tanım, birçok seçkin düşünür ve özellikle hukuk

⁶⁸ Üye, s.42.

⁶⁹ Törelerin ve geleneklerin yasası, kişiler üzerinde bazen yürürlükteki yasalardan daha çok baskı oluşturabilmektedir (Gülşen, Recep; **Türk Ceza Hukukunda Namus ve Töre Cinayetlerinin Cezalandırılabilirliği**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.106).

⁷⁰ Ceren, s.47.

⁷¹ Acar, Ali; **Adalet Nedir?**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, Ankara, 2013, s.431-432.

⁷² Adalet kavramına ilişkin farklı tanımlar için bkz. Güriz, Adnan; **Adalet Kavramı**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2001, s.14.

⁷³ Güriz, s.16.

felsefecileri tarafından kabul edilmiştir⁷⁴. Burada asıl sorun, herkesin hakkının ne olduğu ve neye göre belirleneceği sorunudur. Bu nedenle adalete ilişkin bu tanım, sadece sorunun, örf-adet veya yasama tarafından oluşturulmuş hukuki veya ahlaki bir düzen (pozitif hukuk ya da örf-adet, töre gibi toplumsal kurallar) tarafından çözüme kavuşturulmuş olması halinde uygulanabilir⁷⁵.

Bu tespitten hareketle denilebilir ki, bir hukuk sisteminde hak ve yükümlülüklerin hangi değerler üzerine inşa edildiği, o hukuk sisteminde adaletin ne derece tesis edilebileceği hususunda fikir verebilir. Başka bir ifadeyle, hukuk sisteminin üzerine inşa edildiği değerler ile hukuk uygulamasının muhatabı olan bireylerin ve toplumun temel dinamiklerini oluşturan değerler sistemi farklı ise ilgili hukuk sisteminde adaletin tecelli etmesini beklemek güçtür. Töre ve töre cinayetleri bağlamında yaşanan sorunun biraz da bundan kaynaklandığını söylemek yanlış olmaz. Zira kişiler dini değerlerinin veya kültürel kodlarının dayattığı davranış kalıplarıyla yine bir başka kültürün ifadesi olan hukukun kendilerinden beklediği normatif davranış kalıpları arasında bir tercihe zorlanmaktadır. Netice itibariyle yapılan tercih çoğu zaman birine göre hak iken bir diğerine göre haksızlık veya suç teşkil edebilmektedir. Bu hukuki ve sosyolojik gerçeğin, yargılamada dikkate alınması ceza adaletinin bir gereğidir. Kaldı ki töre ve benzeri toplumsal davranış normları da yapı ve işlevleri itibariyle hukuk sistemleriyle benzer bir nitelik arz etmektedir.

Gerçekten de etimolojik ve tarihi olarak incelendiğinde yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere töre kavramı bir nevi hukuk sistemini ifade etmektedir. Akkoç⁷⁶ bu gerçeği şöyle dile getirmektedir: “Diğer sosyal kaideler gibi töre de sivil toplumun hukuku, yazısız hukuktur.” Nitekim eski Türklere töre, hukukun tamamını kapsamaktadır. Ne var ki moderniteyle birlikte ülkemizde hâkim olan modern hukuk anlayışı, toplumsal ve kültürel bir takım yapılara⁷⁷ belirli ölçüler çerçevesinde tahammül etmek ve evrimsel bir süreç içerisinde dönüşmesini sağlayarak hukuk sistemine kazandırmak yerine bu tür kültürel yapıları bütünüyle ilkel addedip ortadan kaldırmak yönünde bir siyaset izlemiştir. Bu da hukuk sistemimizin toplumdaki giderek uzaklaşmasına ve hukukun toplumdaki ayrı ve topluma kabul ettirilmek istenen bir düzen haline gelmesine yol açmıştır. İzlenen bu siyaset ve yapılan tarihsel ve kurumsal değişiklikler hukuk kavramını

⁷⁴ Acar, Adalet, s.443.

⁷⁵ Acar, Adalet, s.443.

⁷⁶ Akkoç, S.24.

⁷⁷ Töre bunlardan yalnızca bir tanesidir. Örf-adet, gelenek-görenek ve din, ülkemizdeki modern hukuk anlayışının dışladığı, tahammül göstermediği yapılara örnek olarak gösterilebilir.

daraltmıştır fakat, bu daraltma sorgulanmalıdır. Şöyle ki, hukuku sadece kanun koyucunun iradesinin tezahürü olan kurallar bütünü olarak kabul etmek doğru ve fakat eksiktir. Zira ancak toplumsal değerlerden, sosyolojik ve ceza hukuku bakımından aynı zamanda kriminolojik verilerden esinlenerek şekillenen bir kanun koyucu iradesi hukuku meydana getirebilir. Aksi durumda çeviri veya panik mevzuatıyla⁷⁸ oluşturulan kurallar manzumesi bir hukuk sisteminden çok kanunlar sistemi olarak karşımıza çıkacaktır. Öyleyse hukuku sadece resmi ve yetkili organlarca usulüne uygun olarak tayin edilmiş kurallardan veya çıkarılmış kanunlardan ibaret saymak eksik bir değerlendirmedir. Hukuk sadece kara kaplı, düstur kitaplarındaki kurallar ve yargıç kurallarından oluşan bir derleme değildir ve öyle olmamalıdır. Hukuk aynı zamanda toplumun yaşayan bilgeliği ve kararlılığıdır⁷⁹.

Niteliği itibariyle bir hukuk sistemi olan, usule ve esasa dair kendine özgü hükümleri ihtiva eden töreye mevcut hukuk sisteminde yer verilmesi ve belli ölçülerde geçerlilik tanınması uyumsuzlukların çözümünde katkı sağlayabilir mi? Bu, cevabı kolay olmayan ve üzerinde titizlikle düşünmemiz gereken bir soru olarak karşımızda durmaktadır.

İnsanları sosyal, siyasal ve fikri planda tek tip yapmayı kendisine gaye edinen devlet anlayışları ve onun yansıması olan hukuk sistemleri bu hususta katı ve mutlakıyetçi bir yapı arz etmektedir. Töreleri ilkel, çağdışı kurallar yığını olarak gördüğümüzde yukarıdaki soruya cevabımız kuşkusuz menfi olacaktır. Ancak tasvip edilemeyecek neticeleri doğuran kısımları (töre sebebiyle insan öldürmek gibi) hariç tutmak kaydıyla, uyumsuzlukların çözümü noktasında alternatif bir çözüm olarak törelerden yararlanabileceğimizi düşünmeye başladığımızda müspet ve faydalı neticeler alınabileceğini görmek mümkündür.

Sorun ilk anda birbirleriyle çatışır görünen, farklı değerler ve dinamikler üzerine bina edilmişse de aslında derinlerde bir yerde buluşan ve benzeşen bu sistemlerin her birisinin kendi egemenlik alanını alabildiğine genişletmek için karşısına çıkan sair sistemleri tarihin çöplüğüne atmak arzusundan ileri gelmektedir. Hukukta birlik ve yeknesaklık, düzenin devam edebilmesi bakımından hayati derecede önem atfedilen ilkeler olarak katı bir şekilde kabul edildiği içindir ki farklı değerler, ilkeler ve çözümler geliştiren ve bu farklılıklarıyla var olmak isteyen kültürler ve sistemler cezalandırılmaktadır. Oysa çoğulcu bir bakış açısıyla sorun aynı olsa bile çözümlerin çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğini kabul etmek

⁷⁸ DÖNMEZER, Sulhi; **Suç Siyaseti**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.52, S.1-4, İstanbul, 1986-1987, s.6.

⁷⁹ Vargün, s.19.

ve yeknesaklık yerine farklılıklar içinde bir bütünlüğün fonksiyonel açıdan daha tercihe şayan olduğunu görebilmek gerekmektedir.

Bugün mahkemelerin yıllarca çözemediği uyuşmazlıkların halk nezdinde muteber insanların araya girmesiyle çözüme kavuşturulduğu vakidir. Güneydoğu Anadolu bölgesinde yüzlerce kan davasını sona erdiren ve “Barış Elçisi” olarak nam salan Sait Şanlı isimli kişi bu anlamda güzel bir örnek teşkil etmektedir. Barış gönüllüsü Sait Şanlı; doktor, öğretmen ve din alimlerinden oluşan bir komisyon kurmuş ve toplamda 493 kan davasını bitirerek tarafları barıştırmıştır⁸⁰. Komisyonda görevli öğretmen ve doktorlar bir taraftan bu tür husumetlerin toplumsal zararlarını anlatırken, din âlimleri de işin dini boyutunu izah ederek tarafları ikna etmeye çalışmışlardır. Mahkemelerin ve uzayıp giden yıllara yayılan duruşmaların çözemediği bu uyuşmazlıkları kanaat önderlerini devreye sokarak çözen Barış Elçisi’nin bu başarısının sırrı toplumsal bir yarayı toplumun önem verdiği değerlerden yola çıkarak hazırladığı panzehirle tedavi etmeye çalışmasında yatıyordu. Zira çözüm ancak vicdanlarda kendine yer bulabilirdiği ve vicdanları tatmin ve ikna edebildiği ölçüde değerli ve kalıcı olabilir.

422

Birçok ceza hukuku sisteminde mevcut olan ve son yıllarda ülkemizde de gerek yasal düzenlemeler bazında gerekse genel yaklaşım bağlamında üzerinde durulan “uzlaşma” ve “uzlaştırma” gibi kurumlarla birçok uyuşmazlık mahkemeye taşınmadan taraflar arasında çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bu vesileyle hem tarafların memnuniyeti sağlanmakta hem de devlet zaman, mekân ve para israfından kurtulmaktadır (CMK 253; CMK 254). Kültürel genlerimizde zaten var olan uzlaştırma anlayışının yasal bir düzenlemeyle hukuk sisteminin bir parçası haline getirilmesi çatışma halindeki kültürel yapı ile hukuk sisteminin aslında bir yerde buluşabildiğinin somut bir örneğini teşkil etmektedir.

Öyleyse değerleri saf dışı bırakıp katı bir şekilcilikle hukuk ve adalet sistemini tesis etmeye çalışan bir bakış açısı yerine alternatif çözüm yollarını arayan ve değerleri de çözüme katkı sağlayabilecek bir vasıta olarak gören daha geniş ve daha yumuşak bir bakış açısına ihtiyaç olduğu aşikardır. Devlet-egemen bakış açısında öncelikli ve önemli olan devletin mantık kurgusunun tatmin edilmesidir. Bu mantığın ne kadar derin ve ne kadar kapsamlı olduğu ise meçhuldür. Bu yaklaşımda uyuşmazlıkların muayyen kurallar çerçevesinde çözülmesi yeterlidir ve hasil olan neticenin adil olup olmaması tali bir meseledir. Pozitivist-şekilci anlayışın tezahürü olan bu adalet fikri, devlet denilen müphem mefhumun karanlık

⁸⁰ http://www.ozgurdunyam.com/haberlergos-620-493_kan_davasini_bitiren_sanli_sait_sanli_vefat_etti_.html Erişim Tarihi: 7 Ekim 2013.

arka odalarında gizli kalmakta, toplumun geniş ve aydınlık vicdanında sessiz bir gölge oluşturmaktadır. Oysa toplum-esaslı yaklaşımda ise asıl mesele toplumun vicdanındaki adalet duygusunu yakalayabilmektir. Çünkü Chateaubriand'ın belirttiği gibi “*İyi kanunlar vicdanın yazılmış şekli ibarettir.*”

II. TÖRENİN HUKUKİ BOYUTU

Töre ve töreyle bağlantılı kültürel kavramlara genel hatlarıyla değindikten sonra törenin hukuki olarak nasıl ele alındığı hususu üzerinde durmak gerekir. Devlet mantığının tecessüm etmiş hali olan hukuk sistemi, devletin töreye bakışını idrak etmemizi kolaylaştırmakta ve bizlere birtakım hayati soruları sorma imkânı sağlamaktadır. Mülga ve mevcut ceza kanunlarındaki düzenlemelere bakıldığında töre bağlamında dikkat çekici bir değişimin yaşandığı görülmektedir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) töre saikiyle insan öldürme şeklinde bir suç tanımlanmadığı gibi mer'î 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi cezayı ağırlaştırıcı bir hal olarak da düzenlenmemiştir. Bilakis, mülga TCK'nın 462. maddesi “Adam öldürme veya şahıslara karşı müessir fiilde bulunma fillerinin zinayı icra halinde veya gayrı meşru cinsi münasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya furdan biri veya bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa failin muayyen olan cezası sekizde bire indirilir ve ağır hapis cezası hapis cezası olarak tayin edilir. Müebbet ağır hapis cezası yerine dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine beş seneden on seneye kadar hapis verilir.” hükmünü içermektedir.

Mülga TCK, yürürlükte olduğu dönem boyunca hükme esas teşkil eden gayrimeşru cinsi münasebetten ve zinadan ne anlaşılması gerektiğini açıklamadığı ve mezkûr hükümle failere ceza indiriminden yararlanma imkânı sağladığından bahisle eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eksiklik nedeniyle yorum tamamen içtihatlarla bırakılmış ve uzun yıllar töre ve namus cinayetlerini işleyen sanıklar ceza indiriminden istifade etmişlerdir.

Toplumun derinliklerine inip, anılan değerleri yaşam sebebi olarak gören insanların gözüyle bakıldığında, söz konusu eleştirilerin objektiflikten uzak ve tek taraflı olduğu görülecektir. Zira kültürel olsun hukuki⁸¹ olsun her sistemin dokunulmazlarının ve kutsallarının olduğu inkar edilemez bir gerçektir. Söz konusu

⁸¹ Aslında her hukuki sistem aynı zamanda kültürel ifade eder. Çünkü hukuk da son tahlilde bir kültürün sistemleştirilmiş halinden başka bir şey değildir ve içinden çıktığı toplumun baskın kültürünü yansıtır (Üye, 2010).

dokunulmaz değerler ihlal edildiğinde ihlal eden mutlaka bir yaptırımla yüzleşmek zorundadır. Birinde namus, şeref, töre gibi kültürel değerler dokunulmaz iken diğerinde ise, kendi hukuk sistemimiz açısından bir tespit yapacak olursak fikirler, şahıslar veya yapılan devrimler dokunulmaz kabul edilmektedir. Birinde namusa dil uzatıldığı için kişi öldürülür diğerinde sisteme dil uzatıldığı, ideoloji eleştirildiği için bireyler ağır cezalara mahkum edilir veya idam olunurlar. Başta söylediğimiz gibi çatışan ve çarpışan bu sistemler aslında bir yerde buluşmakta ve yapısal olarak benzeşmektedir. Esasen sorun kimin hangi değeri öncelediği ve dokunulmaz addettiği meselesi değildir. Asıl mesele sahip olduğumuz değerler sistemini başkalarına zorla kabul ettirmeye çalışmadan kültürel çoğulculuğu benimseyen bir bakış açısıyla kesret içerisinde birliği sağlamaya çalışmaktır.

Yeni TCK'nın 82/1 maddesinin k bendine göre, töre saikiyle öldürme suçu kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. "Kasten öldürme suçu töre saikiyle işlenirse kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır." denilerek cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak sayılmıştır⁸². Saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan duygu, düşüncedir⁸³. Suçun işlenmesine neden olan gerekçedir⁸⁴. Saik, faili haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten dürtüdür, iç etkidir⁸⁵. Anılan hükmün somut olaya uygulanabilmesi için töre saikinin varlığı zorunludur. Zira suçun kanuni tanımında saik, suçun bir unsuru olarak kabul edilmiştir⁸⁶. Mülga 765 sayılı TCK döneminde töre saikiyle işlenen cinayetlerde haksız tahrik hükümleri uygulanmakta idiysen de 5237 sayılı yeni TCK'nın ilgili (m.82/1-k) açık hükmü karşısında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Zira anılan TCK m.82/1-k bendinin gerekçesine göre, bu hükmün uygulanabilmesi haksız tahrik koşullarının bulunmamasına bağlıdır. Dolayısıyla haksız tahrikten söz edilebiliyorsa töre saikiyle adam öldürenin ağırlaştırılmış müebbet cezasıyla cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Ancak haksız tahrike ilişkin TCK m.29'a göre, suçun işlenmesine yol açan hiddet veya şiddetin haksız bir fiilden kaynaklanması gerekmektedir. Gerekçeye göre, maddeye "haksız

⁸² Osmanlının klasik dönem kanunnamelerinde töre cinayetleri başlığı altında işlenebilecek olan namus cinayetleri, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. 1858 Ceza Kanunu'na göre (m.188) bu durum, kısas cezasını düşüren; ancak tazir cezasını gerektiren bir durum olarak değerlendirilmiştir. Avcı, Mustafa; **Türk Hukuk Tarihinde Hukuk Sisteminin Namus Cinayetlerine Yaklaşımı**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.16.

⁸³ Özgenç, İzzet; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2012, s.274.

⁸⁴ İskender, s.111.

⁸⁵ Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2012, s.225.

⁸⁶ Akbaba, s.342.

bir fiil” ibaresinin eklenmesinin asıl amacı, ülkemizde özellikle “töre ve namus cinayeti” olarak adlandırılan suçlarda haksız tahrik indiriminin yanlış bir biçimde uygulanmasının önüne geçmektir⁸⁷. Mezkûr iki hüküm gerekçeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, töre saikiyle işlenen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin, kural olarak uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Ancak töre saikiyle işlenen suçun, haksız tahrik oluşturan haksız fiilin failine karşı işlenmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin başkası tarafından tecavüze uğrayan bir genç kızın ailesi tarafından öldürülmesi durumunda tahrik hükümlerinin uygulanması isabetli olarak uygulanamayacaktır. Ancak tecavüz suçunu işleyen kişinin (failin) aile bireyleri tarafından öldürülmesi halinde ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanması adalet ve hakkaniyetin bir gereğidir⁸⁸.

Ceza kanununda suç türlerini düzenleyen hükümlerde her bir hükmün koruduğu bir hukuki yarar vardır. Bu düzenlemeyle korunmak istenen hukuki yarar kişinin temel haklarından biri olan yaşam hakkıdır⁸⁹. Bunun yanı sıra söz konusu hükümle elde edilmek istenen bir diğer yarar da kanunun gerekçesinin ve doktrinindeki bütün yazarların ortak söylemiyle “töre olarak adlandırılan ‘kötü, ilkel, çağdışı geleneğin⁹⁰ en ağır şekilde cezalandırılarak ortadan kaldırılmasıdır”⁹¹.

Hukuki boyutuyla ele alındığında töre sebebiyle işlenen cinayetlerin, sair suç tiplerinde olduğu gibi faili ve mağduru bulunmaktadır. Töre saikiyle insan öldürme suçunun faili ve mağduru herkes olabilir. Zira kanunda suçun faili ya da mağduru hakkında kadın-erkek gibi bir cinsiyet ayırımından söz edilmemiştir⁹². Uygulamada çoğunlukla genç kızların veya evli kadınların karşı cinsle ilişki kurmaları, evlenmeleri veya kaçmaları gibi olayların ailenin onurunu kırdığı, namusunu kirlettiği⁹³ gerekçesiyle öldürülmeleri söz konusu olmaktadır⁹⁴. Fail genellikle ailenin erkek bireylerinden biri olmaktadır. Ancak töreye aykırı davranışı her zaman kadının yaptığı gibi bir sonuca varmamak gerekir. Çünkü eşcinsel veya transeksüel bir hayat sürdükleri veya bu nevi bir ilişki yaşadıkları için öldürülen erkek mağdurlar da söz konusu olabilmektedir⁹⁵.

⁸⁷ Özgenç, İzzet; **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 8. Bası, Ankara, 2012, s.164.

⁸⁸ Akbaba, s.347.

⁸⁹ İskender, s.95.

⁹⁰ Akkoç, s.78.

⁹¹ Ceren, 118; Vargün, s.18-19.

⁹² Yargıtay 1. Ceza Dairesi de bu doğrultuda kararlar vermiştir. Bkz. İskender, s.96.

⁹³ Faraç, s.62; Tezcan, s.11.

⁹⁴ Gülşen, s.104.

⁹⁵ Tezcan, s.10-11.

Suçun failinin yanı sıra, aile meclisi kararı dolayısıyla bu kararı alan kimselerin veya kararın icrasında herhangi bir şekilde rol oynayan kişilerin de azmettiren veya yardım eden sıfatıyla suça iştiraktan cezalandırılacağı açıktır (TCK 38 ve 39).

Töre saikiyle insan öldürme suçunun unsurlarının ne olduğu konusunda gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında kesin bir fikir birliği olmamakla beraber töre saikiyle insan öldürme suçundan bahsedebilmek için şu unsurların varlığı aranmaktadır⁹⁶:

- Fail mağdurun töreye aykırı davrandığı düşüncesinde ve inancında olmalıdır.
- Fail suçu töre saikiyle ve görev bilinciyle işlemelidir
- Mağdurun eylemi hukuka, geleneksel davranış kalıplarına uygun olmasa bile fail açısından bir haksızlık teşkil etmemelidir.
- Mağdurun geniş anlamda failin ailesi, aşireti veya mensubu olduğu grupla ilişkisinin bulunması gerekmektedir.

Töre cinayetleri daha çok aşiretlerin varlığını sürdürdüğü yerlerde görülmektedir. Aşiret üyelerinin bir araya gelerek verdiği karara “*aile meclisi kararı*” denir. Aile meclisi kararının suçun unsuru olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Doktrinde bazı yazarlar aile meclisi kararını suçun esaslı unsuru olarak görürken⁹⁷; bir kısım yazarlar ise, aile meclisi kararının suçun unsuru olduğunu kabul etmemekle beraber töre saikiyle öldürme suçunun genellikle bir şekli olduğuna işaret etmekte ve aile meclisi kararının suçun ayırt edici özelliği olabileceğini savunmaktadır⁹⁸.

Aile meclisi kararını suçun unsuru olarak görmeyen görüşe göre⁹⁹, sanığın, eylemi töre saikiyle gerçekleştirdiğinin tespiti temel ve yeterli koşuldur¹⁰⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun görüşü de bu yöndedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 16.06.2008 tarih ve 586/5044 sayılı ilamı ile onaylı kararında aile meclisi kararını suçun unsuru olarak kabul edip benimsemişti fakat 03.03.2009 tarih ve 6048/1039 sayılı kararında aile meclisi kararı olmaksızın da işlenen suçun töre saikiyle insan öldürme suçu oluşturduğunu kabul ederek dolaylı da olsa aile meclisi kararının suçun zorunlu unsuru olmadığı kanaatine varmıştır¹⁰¹.

⁹⁶ Otacı, Cengiz; **Yeni Yargı Kararları Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçu**, Güncel Hukuk Dergisi, Haziran, 2009, s.34-36; Topaloğlu, Mahir; **Töre Saiki İle İnsan Öldürme Suçu**, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.1, s.137. Ercan, İsmail; **Ceza Hukuku Genel Hükümler & Özel Hükümler**, İstanbul, 2009, s.273.

⁹⁷ Hakeri, bu görüşü savunmaktadır (İskender, s.98).

⁹⁸ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, 2008, s.169; Topaloğlu, s.139.

⁹⁹ Topaloğlu, s.139.

¹⁰⁰ İskender, s.98.

¹⁰¹ İskender, s.100-101.

Suçun ortaya çıkabilmesi ancak töre saikinin varlığıyla mümkün olduğundan bu suç özel kastla işlenebilen bir suçtur¹⁰². Töre saikiyle insan öldürme suçunda teşebbüs ve iştirake ilişkin hükümler uygulanabilir. Kasten insan öldürme eylemini TCK 82/1-k'da öngörülen şekilde töre saikiyle işleyen fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesine göre yargılamayı yapmakla görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

III. TÖREYE İLİŞKİN HUKUKİ YAKLAŞIMIN SOSYOLOJİK BİR DEĞERLENDİRMESİ

Türk Hukuku'nda töre kavramı kasten öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (5237 s. TCK m.82/1-k). Bireylerin yaşam hakkının en ideal şekilde korunması gerektiği ve bu hakkı ortadan kaldırmaya kasteden her türlü hareketin menşei ne olursa olsun en ağır biçimde cezalandırılması gerektiği düşüncesi hem kadim inanç sistemlerinin hem de modern hukuk sistemlerinin dile getirdiği ve hüküm altına aldığı yadsınamaz bir gerçektir. Esasen bizim de gayemiz, töre sebebiyle bazen vahşice işlenen cinayetleri tamamıyla meşru ve faillerini masum göstermek değildir, olamaz da. Ancak hiçbir sistem modern yaklaşımda olduğu gibi değerler arasındaki dengeyi mutlak bir surette yaşam hakkının lehine bozmamış, şekli ve içeriği ne olursa olsun yaşam hakkını en temel ve öncelikli hak ve değer olarak görmemiştir^{103 104}. Örneğin, çoğu inanç sisteminde ve kültürde bulunan, kutsal bir amaç ve inanç uğruna ölmeyi ifade eden şehitlik kavramı karşısında yaşam hakkının mutlak önceliğinden ve egemenliğinden bahsetmek mümkün müdür?

Kendisinin ve iki çocuğunun hayatına kendi kültürünün gereklerini yerine getiremediği gerekçesiyle son vermek isteyen Kimura'nın şahsında, kültürel değerlere sadakatin bozulduğu yerde, yaşamak yerine intiharı seçen bir kültürün derinliğinde yaşam hakkının vazgeçilmezliği iddiası ne kadar itibar görür? Veya

¹⁰² Centel / Zafer / Çakmut, s.394; Akbaba, s.342.

¹⁰³ Örneğin Kareklas'a göre, değerler tartışısı yapıldığında, terazinin öbür tarafında birden fazla kişinin yaşamı, değerleri veya sair hakları söz konusu olsa bile, hiçbir zaman yaşam hakkının aleyhine bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Kareklas, Stephanos Emm.; **Yunanistan'da Namus Cinayetlerinin "Ayrıcalıklı" Ele Alınışı Yunan Ceza Hukuku ve Toplumundaki (Küçük) Olasılıklar**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.196-197, Çev: Hakan Hakeri.

¹⁰⁴ Kareklas, "namus gibi daha değersiz bir yararın ", "yaşamın namustan daha üstün olması", "yaşam ve namus eşit düzeyde değildir" gibi ifadelerle yaşam hakkına mutlak bir üstünlük tanımıştır (Kareklas, s.198). Yunan kültürü çerçevesinde düşünüldüğünde esasen burada garipsenecek bir durum yoktur. İlginç olan, bir kültürdeki anlayışın, değer sıralaması tamamen farklı olan başka bir kültüre mutlak bir gerçeklik ve üstünlükle kabul ettirmeye ve üstün tutulmaya çalışılmasıdır.

namus, şeref gibi bazı değerleri yaşam sebebi sayan¹⁰⁵ ve hayatının merkezine koyan bir insana bütün değerlerini bir kenara bırakıp yaşam hakkını onların merkezine koymasını istemeye hakkımız var mıdır ve/veya olmalı mıdır?¹⁰⁶

Modern ceza hukuku sistemlerinin hemen hepsinde sorumluluğu doğuran temel unsurlar, kanuni tipe uygun, hukuka aykırı bir hareketin varlığı ve bu hareketin sahibi olan failin kusurlu olmasıdır¹⁰⁷. Cezalandırılabilir bir fiilin temel koşullarından birisi de, manevi unsurun bir görünüm biçimi olan, bilme ve isteme¹⁰⁸ unsurlarından oluşan kasttır¹⁰⁹. Başka bir ifadeyle kast, hukuka aykırı bir fiili bilerek ve isteyerek icra etmektir¹¹⁰. Dolayısıyla bir kişi hukuka aykırı olduğunu bildiği bir fiili bilerek ve isteyerek işlerse cezalandırılır. Hatta yeni TCK m.4 “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” demek suretiyle kanunun mutlak surette bağlayıcılığını perçinlemiştir. Erol, bu hükmün gerekçesini şöyle izah etmektedir:

Bu kesinlik toplum halinde yaşamının bir gereğidir. Her birey kanun kurallarını bilmek zorundadır. Suç işleyen kimse cezai neticelerine de katlanmak zorundadır. Ceza kanunlarını bilmediğini ileri süremez, uygulayıcı olan hakim de bu savunmayı kendiliğinden kabul edemez. Esasen kanun hükümlerini tavizsiz uygulamak çok önemlidir. Aksi durum kamu düzenini bozabilecektir¹¹¹.

Kendi koyduğu kurallara uymayı “tavizsiz” bir surette şart koşan ve bilmemeyi dahi mazeret olarak kabul etmeyen pozitivist yaklaşımın; yaşadığı toplumun bir parçası olan ve kurallarını (törelere) bildiği halde bilerek ve isteyerek bunlara aykırı hareket eden bir kişinin yine bildiği ve fakat kasten ihlal ettiği kurallar çerçevesinde cezalandırılmasını öngören kültürel yaklaşımı eleştirmesi ve ilkel görmesi tutarlı bir yaklaşım değildir. Zira adı ister hukuk ister töre olsun

¹⁰⁵ Tezcan'ın (2003, s. 5) çalışmasında yer alan istatistiki verilere göre, mahkumlara uygulanan bir ankette “İnsanın canı mı, yoksa şerefi mi daha önemli?” sorusuna mahkumların %69'u namus ve şerefi; %16'sı canı önemlidir diye cevap vermiştir. “İnsan neden katil olur?” sorusuna “Yakınlarının namus ve şerefini korumak için.” cevabını verenlerin oranı %52'dir.

¹⁰⁶ Vargün (2009) Batman ve Şanlıurfa'da töre cinayetlerine bakış açısını sosyal ve antropolojik açıdan inceleyen doktora çalışmasında yaptığı istatistiki araştırmalar neticesinde namus ve şeref gibi değerler yüzünden cinayet işleyenlerin oranının hiç de az olmadığını ortaya koymuştur.

¹⁰⁷ Yunan Ceza Kanunu, m.14'e göre de, bir fiil hukuka aykırı ve fail kusurlu olmalıdır ki suça vücut versin (Kareklas, s.197).

¹⁰⁸ Özgenç'e göre, istemek kastın bir unsurunu oluşturmamaktadır. Zira kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile kasten hareket ettiği hususunda kuşku yoktur. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur (Özgenç, s.235-236).

¹⁰⁹ Koca / Üzülmez, s.140.

¹¹⁰ Toroslu, Nevzat; **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 9. Baskı, Ankara, Kasım, 2006, s.180; Centel/Zafer/Çakmut, s.383-387.

¹¹¹ Erol, Haydar; **Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı**, 1. Cilt, Ankara, 2010, s.197.

değişmeyen şey, bütün bunların kabul ettikleri ve üstün gördükleri değerler çerçevesinde insan için doğru olduğunu düşündükleri birtakım davranış kalıplarını, kendine özgü kültürel veya hukuka dönüşmüş yasal formlarda kişilere ve topluma kazandırma, bu kalıpların dışına çıkanları da cezalandırma gayretidir. Sorun ilkinin çağdaş ve iyi, ikincisinin ise ilkel ve kötü olmasından ziyade, yeni olanın kadim olana, oluşturulmaya çalışılan kültürün mevcut kültüre üstün gelme çabasından ibarettir. Çünkü esasa dair farklılıkları bir yana koyduğumuzda usul açısından her ikisinin de aynı şeyi yaptığı, hatta çağdaş olanın usul açısından daha takıntılı-sorunlu olduğu görülmektedir.

Töre denilince çoğu zaman akla acımasız kurallar gelse de töre denilen kültürün fonksiyonel olarak birçok güzel yönlerinin olduğu da bir gerçektir. Yoksul insanların imece usulüyle evlendirilmesi, öksüz ve yetim çocukların varlıklı kişilerce sünnet ettirilmesi, kan davalarının ziyafetler verilerek barış yoluyla sonuçlandırılması¹¹² ve daha buna benzer yüzlerce güzel adet kültürel bir öge olan törenin toplumsal hayattaki birer tezahürüdür¹¹³. Bir yandan böyle güzellikleri içinde barındıran öte yandan yeri geldiğinde bir insanın canına kıymamıza sebep olan şey töre olarak karşımıza çıkıyorsa burada bir ayrıma gitmemiz¹¹⁴, güzel taraflarına sahip çıkıp yaşatmayı ve aksayan (töre cinayetlerini doğuran) yönlerini ıslah edip topluma kazandırmayı hedef edinmemiz olması gerektir. Aksi halde aksayan yönleriyle sayısız haksızlığa sebep olan mevcut hukuki yapının da aynı tartışmaya konu edilmesi lazım gelmez mi? Kaldı ki, iyi kanun – kötü kanun ayrımının yapılabildiği düşünülduğünde, iyi töre – kötü töre ayrımının yapılmasına da engel teşkil edecek bir durum yoktur¹¹⁵.

Mülga ceza kanunu ile yeni ceza kanunu kıyas edilerek birlikte değerlendirildiğinde töre saikiyle adam öldürme bağlamında çarpıcı bir değişimin yaşandığı gözlemlenmektedir. Zira mülga kanunda açıkça düzenlenmiş olmasa da töreyle birlikte değerlendirilen namus ve şeref gibi sebeplerle adam öldürmede bu durum haksız tahrik bağlamında ele alınmakta ve cezanın tayininde indirimle gidilmekteydi¹¹⁶. Gelinek noktada ise töre saikiyle adam öldürme yasal bir

¹¹² Tezcan, s.17.

¹¹³ Umunç, s.17.

¹¹⁴ Akbaba, s.334.

¹¹⁵ Hatemi, s.12.

¹¹⁶ İtalya'da da, 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nda (m.377) namus sebebiyle adam öldürme, saike dayalı bir hafifletici sebep; 1930 tarihli Rocco Kanunu'nda (m.587) haksız tahrike ilişkin hafifletici sebep hatta neredeyse objektif-sosyal cezasızlık sebebiyken, 1981 tarihli ve 442 sayılı Kanun'la namus sebebiyle adam öldürmeyi haksız tahrik çerçevesinde değerlendiren ve hafifletici sebep olarak gören düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır. Donini, Massimo; **İtalya'da Zanardelli Kanunundan Rocco Kanununa Namus Nedeni ve Adam Öldürme**, in: Sosyolojik ve Hukuksal

düzenlemeyle kasten öldürmenin nitelikli hali olarak hüküm altına alınarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır^{117 118}. Hukuk sisteminin kültürel bir kavram olan töreye bakışındaki değişimin altında yatan sebepler çok olmakla beraber, en temelde tepeden inmece ve dönüştürücü şartlanmaların hukuk sistemine hakim olması yatmaktadır. Sorunu sadece kadına bakıştaki ataerkil yaklaşımda, cehalette, fakirlikte gören; çözümü de kültürel gerçekleri görmezden gelerek modernitenin hukuku, toplumsal yapıdan ve kültürel değerlerden uzak salt kanun koyucunun iradesinden ibaret gören modern hukuk anlayışında arayan yaklaşımın tartışılmaya ve revize edilmeye ihtiyacı olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

İndirim sebebi olan bir durumun ağırlaştırıcı bir unsur haline gelmesinin kuşkusuz gerekçeleri vardır ve kendi içerisinde bir mantığı barındırmaktadır. Ancak bu mantığın ne kadar kapsamlı ve rasyonel olduğu sorgulanmalıdır. Zira toplumsal gerçekleri ve toplumun bir parçası olan insanların değerlerini ve algılarını kağıt üstünde değiştirmek ve başka yöne sevk etmek kolaydır ama gerçek hayatta ve uygulamada bunu gerçekleştirmek oldukça zordur. Zira bunun için hukukun sosyal değişimle paralel bir çizgide olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle “belirli bir toplumda toplumsal ilişkileri sistematik yaptırımlarla düzenleyen hukukla, bireylerin ve grupların birbirleriyle değişen ilişkilerini içeren toplumsal değişim kavramı arasında sıkı bir bağ vardır. Buna göre, sosyal kontrol aracı konumunda bulunan hukukun da, toplumsal değişimden etkilenmesi kaçınılmazdır. Nitekim taşıdığı bu özellik sebebiyle hukuk, hem toplumsal yapının ürünü hem de sosyal yapıyı yönlendiren, etkileyen bir sosyal kurum olarak nitelenmektedir¹¹⁹

Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.261-265, Çev: Recep Gülşen.

¹¹⁷ Türkiye’de töre saikiyle işlenen cinayetler sorununa çözüm arayışlarında başvurulmuş en pratik yollardan birisi hukuki olarak cezai yaptırımların artırılmasıdır. Bkz. Hatemi, s.15; Gülşen, s.105; Güllüoğlu, Ferda; **Türk Hukuk Sistemi Açısından Namus ve Töre Cinayetleri**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.100. Kimi Avrupa toplumlarında (İtalya örneğinde olduğu gibi) görülen tutku ve kıskançlık cinayetlerinin özellikle bu yolla çözüldüğü bilinmektedir. Aynı durumun bizim toplumumuzda da gerçekleşeceği yönünde bir beklenti var. Ancak bu yaklaşımın tek başına yeterli olmadığı ve olmayacağı, temel problemin belki de bu yaklaşım tarzında olduğu görüldü. Yapılan bir araştırmaya göre, töre saikiyle işlenen cinayet sebebiyle mahkûm olanlardan cezai yaptırımları caydırıcı bulanların oranı sadece % 14,7’dir. Bkz. Bağlı, Mazhar; **Töre ve/veya Namus Adına Cinayet İşleyen Şuçlu ve Zanlıların Sahip Oldukları Toplumsal Değer Yapıları, Aile İlişkileri ve Kişisel Özellikleri İle Bunların Sosyo-Ekonomik Analizine İlişkin Bir Analiz**, Diyarbakır, 2008, s.72; Donini, s.267-268.

¹¹⁸ Benzer bir değişimin mukayeseli hukukta da yaşandığı görülmektedir. Bkz. Crespo, Eduardo Demetrio; **Demokrasinin Kuruluşundan Önce İspanya Ceza Hukukunda Aldatmadan Dolayı İşlenen Eş Cinayetleri**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.220-223, Çev: Nedim Meriç.

¹¹⁹ Dalgın, Nihat; **Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku**, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.16, Samsun, 2003, s.74-75.

¹²⁰.” Aksi halde hukuk ve toplum olmaması gereken bir şekilde birbirinden ayrı iki yapı haline gelmektedir. Hukuk kitaplarıyla toplum vicdanındaki adaleti birlikte sağlayamamanın sebeplerinden birisi de bu olsa gerektir. Yürürlükteki hukuk ile toplumun sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal yapı arasında bir çatışmanın ortaya çıkması, söz konusu hukuk kurallarının o toplumdaki temel ihtiyaçlara cevap veremez bir duruma düştüğünü gösterir¹²¹. Öyleyse hukuk kuralları, toplumsal yapı ve ilişkilerdeki mevcut duruma ve değişime paralel olarak değişmeli ve şekil almalıdır¹²². Oysa günümüzde toplum hukuku değil, daha ziyade hukuk toplumu dönüştüren bir aygıt haline gelmiş/getirilmiştir.

IV. TÖRE CİNAYETLERİNİN VE VARSAYILAN SEBEPLERİNİN KRİTİĞİ

Töre cinayetlerinin sebebi, kuşkusuz icra edilen bir fiilin töre kurallarına yani kültürel değerlere göre suç sayılmasıdır. Bir fiilin törelerce suç sayılmasının muhtelif ve müteaddit nedenleri olabilir. Kimi zaman mağdur ahlaki kurallara aykırı hareket ederek kimi zaman ailenin namus ve şerefine lekeleyecek bir fiilde bulunarak töre bağlamında bir suça vücut vermiş olur. Töre cinayetlerinin kadına yönelik bir türü namus cinayetleridir. Namus, cinsel davranışa ilişkin gelenek-görenek ve inançtan kaynaklanan cinsel saflık ve korunmayı ifade eden bir kavramdır. Kadın cinsel saflığına halel getiren bir eylemde bulunduğu yaptırımlar devreye girer ve bunun en ağır şekli hayatına son verilmesidir. Bu normatif mantık elbette herkese uymaz, çünkü kültürelidir. Fakat başka bir normatif mantığın da işaret edilen insanlara birebir uyması beklenemez. Öyleyse daha adil ve derinlikli iletişim kanallarının açılması gerektiği aşikâr bir gerçektir.

Yasal düzenlemelere de kısmen yansıyan çoğunluğun görüşüne göre töre ve dolayısıyla namus-şeref eksenli töre cinayetlerinin varlığının ve devam etmesinin başlıca sebepleri; ataerkil toplum ve zihin yapısının devam etmesi¹²³, eğitim seviyesi^{124 125},

¹²⁰ Bu iki yönlü ilişkinin hukuk ve ekonomi için de geçerli olduğu dile getirilmektedir. Buna göre hukuk, ekonomik olandan etkilendiği kadar ekonomik olanın düzenleyici çerçevesi olarak ekonomiyi etkiler (**Toplum ve Hukuk**; s.20, yunus.hacettepe.edu.tr/~cozel/medeni1.ppt, Erişim Tarihi: 22.12.2013).

¹²¹ Dalgın, s.75.

¹²² **Suç Sosyolojisi: Hukuk ve Toplumsal Değişme**; <http://lms.atauni.edu.tr/FileUploads/Src/ff2db978-ace0-425f-bf1f-88ce4cd3b77f/POL%C4%B0TAM-POL%C4%B0TAM105-%C3%9Cnrite%2013.pdf>, s.12, Erişim Tarihi: 22.12.2013.

¹²³ Akbaba, s.335.

¹²⁴ Cengiz, Recep; **Kan Davasının Toplumsal Değer ve Normlar Açısından Sosyolojik Görünümü; Tokat/Erbaa Örneği**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.70.

¹²⁵ Mukayeseli hukukta da, benzer kabullerin aile içi şiddetin temel sebebi olarak kabul edildiği müşahade edilmektedir. Bkz. Martin, Victor Gomez; **Sosyal-Psikolojik, Hukuki ve Kriminolojik Açardan İspanya'da Ölümle Sonuçlanan Aile İçi Şiddet**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.237-238, Çev: Zafer

kadının başta cinsellik olmak üzere özgürleşmemesi¹²⁶, kadının sadece “cinsel bir obje¹²⁷, sınırlı bir varlık” olarak addedilmesi¹²⁸ ve bu yüzden erkeklerin koruması altında bulunma ihtiyacının olması^{129 130}, bireysel olarak kendini ifade edemeyip “kolektif kimlik”ten kurtulamaması^{131 132} ve yok sayılmasıdır¹³³. Kısmen doğru fakat eksik olan bu değerlendirmeler karşısında aklın ve vicdanın ufkunda birtakım sorular doğmaktadır. Örneğin, kadının özgürleşmesi dendiğinde özgürleşme nasıl anlaşılmalıdır?

Kadının varlığını, önemini, özgürlüğünü sadece cinsel davranışlarını serbestçe yapabilmesinde ve dilediği gibi davranmasında aramak ve buna indirgemek tek taraflı bir değerlendirmedir. Her kadının bu şekildeki bir özgürlüğü arzuladığını ve özgürlüğün tek bir anlayışında tüm kadınların mutabakat halinde olduğunu varsaymak, böyle bir mutabakatı dayatmak en başta özgürlük kavramının muhtevasına aykırıdır. Öyleyse genelde özgürlük özelde ise kadının özgürlüğü nasıl anlaşılmalıdır? Kültürel bağlamda bakıldığında, modern yaşam tarzında kadın zahirde özgür kılınmış ve fakat hakikatte cinsel arzuların tutsağı ve objesi haline getirilmiştir. Bedeni ve maddi zincirlerinden kurtulurken manevi prangalara vurulmuştur. Modernist pencereden bakıldığında ise geleneksel değerlerin oluşturduğu sistemde kadın zaten yoktur veya erkeğin tasarrufundaki bir eşya olmaktan öteye geçememiştir. Görüldüğü üzere her bir yaklaşımın farklı bir değerlendirme şekli ortaya çıkmaktadır¹³⁴. Esasen özgürlük kavramına ilişkin evrensel ortak bir tanıma ulaşmak mümkün olmadığı gibi zorunlu da değildir.

Zeytin.

¹²⁶ Ceren, s.120.

¹²⁷ ABKHM, s.18.

¹²⁸ Ceren, s94.

¹²⁹ Akkoç, Nebahat; **Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde Namus Adına İşlenen Cinayetleri Önleme ve Bu Konuda Toplumsal Duyarlılık Geliştirme**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.86-89.

¹³⁰ Ceren, s.98-99.

¹³¹ Ceren, s.91; Akkoç, s.66.

¹³² Vargün, s.69 ve 161.

¹³³ Cihan, Ahmet; **Töre ve Namus Cinayetleri ve Toplumsal Algılama**, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003, s.51-53; Akbaba, s.338.

¹³⁴ Bir görüşe göre, modern yaşam tarzıyla kültürel yaşam biçiminin çatışan yüzlerini gün yüzüne çıkaran önemli faktörlerden birisi de köyden kente yaşanan göçlerdir. Çünkü kent hayatından önce oldukça sıkı ahlaki, dini ve kültürel kuralların denetiminde yaşayan insanlar, kendilerini bir anda internet, televizyon ve diğer iletişim ağlarıyla örülü, etkileşimsel ve modern kent hayatının ortasında bulmaktadır. Bu da birtakım çatışma ve çakışmaları beraberinde getirmektedir (Bilefsky, Dan; **How to Avoid Killing in Turkey? Honor Suicide**, The New York Times, 16 Temmuz 2006, Original Source: http://www.nytimes.com/2006/07/16/world/europe/16turkey.html?pagewanted=all&_r=0, Erişim Tarihi: 6 Ekim 2013); Benzer yöndeki görüşler için Bkz. Ceren, s.101-103; Tezcan, s.41-42.

Olması gereken birine mutlak üstünlük tanıyıp diğerini dönüştürmek değil, her toplumun ve toplumun kültürel değerleri üzerine inşa edilmiş olan hukuk sisteminin özgürlük anlayışını kendi sınırları içerisinde kabul etmektir.

Hukuk sistemine hâkim olan pozitivist ve modernist söylem; kadına, onun cinselliğine ve özgürlüğüne dair namus, şeref gibi klasik kavramları belirsiz ve yaklaşımları yanlış; kendi kavramlarını net ve kesin, değerlerini ise mutlak hakikat olarak kabul etmek ısrarındadır. Kültüre ait namus, töre, ahlak gibi değer ifade eden kavramlar izafî (göreceli) ve muğlak kabul edilip¹³⁵ kesinlik arayan hukuk sisteminin dışında tutulurken; bireyselleşme, kişiliğin (varlığın) geliştirilmesi, özgürlük (hürriyet) kavramları muayyen, mutlak ve kati kabul edilmektedir. Örneğin, kapitalizmin doğuşu ve aydınlanma dönemi ile birlikte birey, birey olma bilinci, bireyselleşme ve özgürleşme tarih ve insanlık sahnesine çıkmıştır. “Bu çıkış adeta bir yeniden doğuştur ve Rönesans dönemi bu doğuşun yüksek sesle ilanıdır¹³⁶.” Bireyi önceleyen bu anlayışın öncülerinden J. J. Rousseau ve diğer aydınlanma düşünürlerine göre, bireyin özgürlüğü esastır, insanlar eşit ve özgür olarak doğarlar ama *her yerde zincirlere vurulmuşlardır*. Toplumda bu zincirlerden birisidir. Bireyi zincirlerinden kurtulması gereken bir varlık olarak gören bu anlayış zamanla bireycilik biçiminde bir yozlaşma ve yüz binlerce yıllık toplumun ve toplumsallaşmanın meydan getirdiği kazanım ve değerleri yok etmeye yönelik bir canavarlaşmaya dönüşmüştür¹³⁷.

Bununla birlikte, olması gereken, aydınlanma dönemi ve insan hakları söylemi neticesinde yaşanan dönüşümle beraber belleklerimizde adeta çekiç darbeleriyle kazınan bireyi ve bireyselleşmeyi toplumla birlikte ele almak ve değer atfetmektir. Toplumu gereksiz ve benliğine, gelişimine prangalar vuran ve bir an evvel kurtulması gereken bir hastalık gibi gören; tamamen birey endeksli bir birey anlayışından ziyade toplum olmazsa tek başına varlığının anlamsız kalacağına bilincinde ve aynı zamanda kendisi gibi nice bireyler olmasa toplumun da zaten var olmayacağına farkında; toplumu ve bireyi birbirine muhtaç ve bağlı iki hayati unsur gibi gören denge odaklı bir “şahsiyet-cemiyet” idraki¹³⁸dir ihtiyacımız olan¹³⁹.

¹³⁵ Ankara Barosu Kadın Hakları Merkezi (ABKHM); **İnsanlığın Namus Lekesi: Töre Cinayetleri**, Ankara Barosu Dergisi, 2008, S.4, s.17.

¹³⁶ Dilmen, Necmi Emel; **Bireyselleşen Küre**, s.13, <http://www.sertacogut.com/blog/wp-content/uploads/2009/03/bireysellesen-kure.pdf>, Erişim Tarihi: 21.12.2013.

¹³⁷ Dilmen, s.13.

¹³⁸ Benzer şekilde, kültürel rölativizmi savunanlar, bireysel hakların korunmasının ancak bireyin içinde yaşadığı toplumun korunmasıyla mümkün olacağını dile getirmektedirler (Demir (2008), İnsan Haklarının Evrenselliği, s.234-235).

¹³⁹ Benzer bir görüş Dilmen tarafından şöyle dile getirilmektedir: Dilmen’e göre, toplumu yok sayan ve “canavarlaşan bireyselleşmeyi aşmanın yolu, doğru bireyselleşme, birey olma bilincine ulaşmadır.

Bireyselciliğin bir neticesi olarak kişi her istediğini yapar ve bu fiilinden sadece kendisi sorumlu tutulabilir. Zira icra ettiği fiil yalnızca onu bağlar. Sadece bizi ilgilendiren ve neticeleri bizden başkasını etkilemeyen fillerimiz kuşkusuz vardır. Ancak toplumsal bir varlık olmamızın, bir aileye, topluma mensup olmamızın beraberinde getirdiği birtakım sorumluluklar yok mudur veya olmalı değil midir? Namus algısının hayati olduğu bir yerde bir kadının veya bir erkeğin gayrimeşru bir ilişki içerisinde bulunmasını onlarla sınırlandırmak ve geri kalanları ilgilendirmedigini iddia etmek toplumsal gerçeklikle veya realiteyle ne kadar örtüşmektedir? Ceren'in dile getirdiği “Bu durumda toplumun namus ve şeref algısı değiştirilmelidir¹⁴⁰” tezi ne kadar sağlıklıdır? Kendi namus ve şeref algımızı devlet eliyle herkese kabul ettirmeye çalışmak ne kadar adildir?

Sosyal bilimlerde mutlak doğru ve kesin bilgi yoktur, çeşitlilik vardır. Her sistemin iyi işleyen ve aksayan yönleri olmakla beraber toplumlar kültürel kodlarının da etkisiyle bir tercihte bulunur. Sistem de bu tercihin gerekleri üzerine inşa edilir. Kanaatimizce, hukuk sisteminin öngördüğü yaşam tarzında, iddia edilenin aksine kadının özgürlüğünün varlığından söz edilemez. Çünkü modern hayatın şartları ve gerekleri tek seçenek olarak sunulur ve bunun dışındaki bir tercih kişinin ilkel ve islah edilmesi gereken bir varlık olarak görülmesi için yeterlidir. İkkellik ve çağdaşlık ekseninde çatışan hukuk ve töre kavramlarının tam da bu hususta nasıl benzeştiğini görmek mümkündür. Kültür (töre) insan davranışlarına değerler açısından bir sınırlama getirirken hukuk da aynı şekilde insanlardan normlara¹⁴¹ uygun davranmalarını isteyerek modern değerler adına ve lehine mutlak bir yasaklar zinciri oluşturmaktadır. Öyleyse hukukun üstünlüğü olarak ifade edilen ilke aslında hukuk adı altında bir kültürün diğerine üstün gelebilme çabasından başka bir şey değildir.

SONUÇ

Kural ve kaideler, toplumsal düzenin varlık ve idamesinin olmazsa olmaz şartıdır. Tarih boyunca her toplum kültürel şifrelerinin bir yansıması olan birtakım

Özgür birey özgür toplumu yaratır ve onu bütün çıkarlarıyla kendisinde içselleştirir, demek ki, ne yoz ve güdük bir bireycilik, ne de bireyi etkisizleştirip, iradesizleştiren, karar veremez kılan, uydulaştıran ve toplumsallaşmaya kurban eden bir sosyalite ve örgütlenme formu doğru değildir. Her ikisi de birinin adına diğerini yok etmektedir. Oysa insanlığa gereken her ikisinden de gerektiği kadardır. Yani, özgür ve bilinçli tarzda bir bireyselleşme, aynı şekilde tüm bireylerin özgürlük, eşitlik, hak ve hukuklarına riayet etmeye, saygı göstermeye dayanan bir toplumsallık. Bu da eşittir doğru bireyselleşme, doğru toplumsallaşmadır (Dilmen, s.13).”

¹⁴⁰ Ceren, s.119.

¹⁴¹ Yasa, kanun, kurallaşmış ilke (Yılmaz, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara, 2005, s.922) gibi anlamlara gelen her norm netice itibarıyla bir değeri toplumda yerleştirmek ve muhafaza etmek için vardır.

kurallar koymuştur. Sosyolojik ve hukuki bir kavram olan töre sosyal ve siyasal hayatı düzenleyen, bir toplumun veya toplum kesiminin ortaklaşa benimsediği, uymak zorunda olduğu, gelenek ve örf-adet gibi kurumlardan kaynaklanan yazılı olmayan kurallar bütünüdür. Kanun, nizam, ahlak gibi manalara da gelen töre; örf-adet, gelenek, gibi kavramlarla birlikte ele alınması gereken bir olgudur. Modern hukuk sistemleri de belli bir kültür mirası üzerine tesis edilmiş kurallar bütünüdür.

Hukuk ve kültür tarih boyunca birlikte akan; bazen birbirini besleyen bazen biri diğerine egemenlik kurmaya çalışan iki nehir gibidir. Sorun bu iki mefhum karşılaştığında nasıl bir yöntem izlenmesi gerektiği noktasında temerküz etmektedir. Ülkemizde ve genel olarak dünyadaki hukuk sistemlerinde bu durumda takip edilmesi gereken usul konusunda değişik görüşler benimsenmiştir. Asimile ve elimine eden yaklaşım hukuka (aslında hukukta ifadesini bulmuş başka bir kültüre veya ideolojiye) mutlak üstünlük tanımayı ve böylece toplumu tek bir egemen kültürün etrafında birleştirmeyi ve diğer kültürleri ortadan kaldırmayı hedeflemektedir.

Kültürel çoğulculuğu, kültürel göreceliği ve kültürel yapının korunmasını esas alan görüş ise çeşitli ve potansiyel olarak, farklı kültürel grupların birlikte varlıklarını sürdürebilecekleri temel kaideleri üretmeye çalışır. Farklı kültürlerle hukuk sistemi içerisinde yer verilmesi, geçerlilik tanınması durumunda kamu düzeninin bozulabileceği; hukukun üstünlüğü, kanun önünde eşitlik ve ortak değerlerin korunması gereği gibi ilkelerin anlamsız kalacağından mühlhem birtakım itirazlar getirilebilir. Oysa kanun önünde eşitlik tam da bunu gerektirir. Çünkü farklı kültürel kodlara sahip ama aynı suçu işlemiş kişilere aynı hükümlerin uygulanması en başta kendi içinde orantısız bir boyutu olan eşitlik ilkesine aykırıdır. Hukuk devleti iddiası ise her hukuk sisteminin aslında bir kültürün yansıması olması cihetiyle dayanaksızdır. Bu bağlamda, kültürel çeşitlilik kamu düzenini bozmak yerine aksine ona güç verir.

Sonuç olarak, bütün mesele, kültürler arası mücadeleden ibaret olduğuna ve kültürler arasında doğal bir hiyerarşik sıralama bulunmadığına göre; savunulması gereken, her türlü farklılığı yerinde ve adilce tanımak, tabulaştırma hatasına düşmeden kültürleri uzlaştırmak ve birlikte yaşatmaktır. Zira unutulmamalıdır ki, dışlanan her şey öz yapısını korumak güdüsüyle kendi içine kapanır. Dışa kapalı yapılarda taassup başlar ve zaman içerisinde yozlaşır. Töre kavramına bu perspektiften bakılacak olursa bugün geldiği noktanın sebep ve sonuçları daha iyi anlaşılacaktır.

Başta sorduğumuz soruya cevaben; ülkemizin hukuk sisteminde, kültürel bir öğe olan töreye ve bağlantılı kavramlara her ne kadar mülga TCK döneminde “kültürel savunma” çerçevesinde değer atfedilmişse de, daha sonra mevcut TCK ile genel olarak çağdışı, ilkel gibi önyargılarla yaklaşılmış ve yaşam alanı tanınmamıştır. Töre bahanesiyle işlenen cinayetler nedeniyle töreyi bir bütün olarak tehlikeli görmenin töreyi ve kültürel dinamikleri ortadan kaldırmaya çalışmanın toplumsal gerçeklikle örtüşmediğini ve çoğu zaman toplumun adalet duygusunu inciten ve dolayısıyla hukuk sistemine olan inancını zedeleyen bir mahiyet arz ettiğini belirtmek gerekir. Kanaatimizce, töre saikiyle insan öldürme suçu, kültürel suç, kültürel savunma ve kültürel görecelik kavramları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir hususiyet arz etmektedir. Bu çerçevede, insan öldürme suçunun töre saikiyle işlenmiş olmasının, daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak mı nitelendirileceği yoksa haksız tahrik çerçevesinde bir indirim sebebi olarak mı değerlendirileceği hâkimin takdirine bırakılmalıdır. Bir şeyin aynı anda hem indirim sebebi hem de ağırlaştırıcı neden olması ise zaten mümkün değildir.

◆◆◆

KAYNAKÇA

436

Acar, Ali; Adalet Nedir?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, Ankara, 2013.

Acar, Ali; The Concept of Legal Culture, Ankara Law Review, Vol.3, No.2, Ankara, 2006.

Akbaba, Zeynep Burcu; Töre, Namus ve Töre Saikiyle Adam Öldürme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.75, 2008.

Akkoç, Fatih; Töre ve Namus Cinayetlerinin Sebep ve Sonuç İlişkisinin Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Ankara, 2007.

Akkoç, Nebahat; Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde Namus Adına İşlenen Cinayetleri Önleme ve Bu Konuda Toplumsal Duyarlılık Geliştirme, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003.

Avcı, Mustafa; Türk Hukuk Tarihinde Hukuk Sisteminin Namus Cinayetlerine Yaklaşımı, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003.

Bağlı, Mazhar; Töre ve/veya Namus Adına Cinayet İşleyen Suçlu ve Zanlıların Sahip Oldukları Toplumsal Değer Yapıları, Aile İlişkileri ve Kişisel Özellikleri İle Bunların Sosyo-Ekonomik Analizine İlişkin Bir Analiz, Diyarbakır, 2008.

- Balı, Ali Şafak;** Hukuk – Toplum – Siyaset, 1. Baskı, Konya, 2011.
- Bilge, Necip;** Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 24. Bası, Ankara, 2008.
- Bilefsky, Dan;** How to Avoid Killing in Turkey? Honor Suicide, The New York Times, 16 Temmuz 2006.
- Cansel, Erol / Özel, Çağlar;** Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavram ve Kurumları), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Cengiz, Recep;** Kan Davasının Toplumsal Değer ve Normlar Açısından Sosyolojik Görünümü; Tokat/Erbaa Örneği, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, İstanbul, 2006.
- Ceren, Tuğba;** Türkiye’de Görülen Töre Cinayetlerinin Sosyolojik, Antropolojik ve Kültürel Kökenine Bir Bakış, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- Cihan, Ahmet;** Töre ve Namus Cinayetleri ve Toplumsal Algılama, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003.
- Coşkun, A. Vahap;** İnsan Hakları ve Kültürel Rölativizm, Kamu Hukuku Arşivi, C.2, S.1, 1999.
- Crespo, Eduardo Demetrio;** Demokrasinin Kuruluşundan Önce İspanya Ceza Hukukunda Aldatmadan Dolayı İşlenen Eş Cinayetleri, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Çev: Nedim Meriç, Diyarbakır, 2003.
- Çilingir, Sevgi;** İnsan Haklarında Evrensellik – Kültürel Görelilik ve İslam, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WaK1HfkQ2Y4J:www.foreignpolicy.org.tr/arkaplan/temmuz03/tr/aykonu.htm+&cd=1&chl=tr&ct=clnk&gl=tr>, Erişim Tarihi: 23.12.2013.
- Dalgın, Nihat;** Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.16, Samsun, 2003.
- Demir, Esra;** İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çatışması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

Demir, Esra; İnsan Haklarının Evrenselliği Karşısında ve Kültürel Rölativizm, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.14, S.3, İstanbul, 2008.

Dilmen, Necmi Emel; Bireyselleşen Küre, s.13, <http://www.sertacogut.com/blog/wp-content/uploads/2009/03/bireysellesen-kure.pdf>, Erişim Tarihi: 21.12.2013.

Donini, Massimo; İtalya'da Zanardelli Kanunundan Rocco Kanununa Namus Nedeni ve Adam Öldürme, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Çev: Recep Gülşen, Diyarbakır, 2003.

Ercan, İsmail; Ceza Hukuku Genel Hükümler & Özel Hükümler, İstanbul, 2009.

Erdoğan, Mustafa; İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012.

Erol, Haydar; Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı, Ankara, 2010.

Faraç, Mehmet; Töre Kıskaçında Kadın, 3. Basım, İstanbul, 2004.

Fendoğlu, Hasan Tahsin; Modernleşme ve Osmanlı Anayasal Düzeninin Bozulması, International Journal of Social Science, Volume 6, Issue 1, 2013.

Giddens, Anthony; Sosyoloji, Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2008.

Güllüoğlu, Ferda; Türk Hukuk Sistemi Açısından Namus ve Töre Cinayetleri, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003.

Gülşen, Recep; Türk Ceza Hukukunda Namus ve Töre Cinayetlerinin Cezalandırılabilirliği, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003.

Güriz, Adnan; Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2001.

Hafizoğulları, Zeki; Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.45, S.1-4, Ankara, 1996.

Hatemi, Hüseyin; Hukuka Aykırı Törenin Hukuktaki Sonuçları, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Diyarbakır, 2003.

İskender, Salih Zeki; Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu (Namus Cinayetleri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Kareklas, Stephanos Emm.; Yunanistan'da Namus Cinayetlerinin "Ayrıcalıklı" Ele Alınışı Yunan Ceza Hukuku ve Toplumundaki (Küçük) Olasılıklar, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası

Sempozyumu, Çev: Hakan Hakeri, Diyarbakır, 2003.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2012.

Lee, Cynthia; Murder and the Reasonable Man: Passion and Fear in the Criminal Courtroom, New York University Press, 2003.

Martin, Victor Gomez; Sosyal-Psikolojik, Hukuki ve Kriminolojik Açından İspanya'da Ölümle Sonuçlanan Aile İçi Şiddet, in: Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, Çev: Zafer Zeytin, Diyarbakır, 2003.

Otacı, Cengiz; Yeni Yargı Kararları Işığında Töre Saikiye Öldürme Suçu, Güncel Hukuk Dergisi, 2009.

Özbudun, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2011.

Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2012.

Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 8. Bası, Ankara, 2012.

Renteln, Alison Dundes; Is The Cultural Defense Detrimental To The Health of Children?, İn: Kuppe, Rene / Potz, Richard (Editors); Law & Anthropology, Volume: 7, Nedherlands, 1994.

Renteln, Alison Dundes; The Cultural Defense, Oxford University Press, England, 2005.

Selçuk, Sami; “Filodoks”(laşan) Lar ile “Kien”(leşen) Ler Kutuplaşmasında Bocalayan Hukukun Dramı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.12, Ankara, 2013.

Suç Sosyolojisi: Hukuk ve Toplumsal Değişme; <http://lms.atauni.edu.tr/FileUploads/Src/ff2db978-ace0-425f-bf1f-88ce4cd3b77f/POL%C4%B0TAM-POL%C4%B0TAM105-%C3%9Cnite%2013.pdf>, s.12, Erişim Tarihi: 22.12.2013.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2008.

Tezcan, Mahmut; Türkiye'de Töre (Namus) Cinayetleri Sosyo-Kültürel Antropolojik Yaklaşım, Ankara, 2003.

Toplum ve Hukuk; s.20, yunus.hacettepe.edu.tr/~cozel/medeni1.ppt, Erişim Tarihi: 22.12.2013.

Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, 9. Baskı, Ankara, 2006.

Tunick, Mark; ‘Can culture excuse crime?’: Evaluating the inability thesis, Punishment and Society 6 (4), 2004.

Umunç, Canay; Töre Cinayetlerinin Basına Yansımaları (Hürriyet, Radikal, Zaman Gazeteleri 2000-2006 Yılları Arası), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

Üye, Saim; Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2010/3, Ankara, 2010.

Vargün, Berivan; Batman ve Şanlıurfâda Töre Cinayetlerine Bakış Açısının Sosyal Antropolojik Açından İncelenmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Ankara, 2005.

Yüksel, Murat; Hukuk Kültürü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.1-2, Ankara, 2003.

Zabunoğlu, H. Gökçe; Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011.

AKADEMİ YAYINLARI





