

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2008/2

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 64
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 44

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Doç. Dr. Emre ÖKTEM (Başkan)

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Araş. Gör. Burak ÇELİK

Araş. Gör. Bleda R. KURTDARCAN

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Yazın Matbaacılık <yazinbasinyayin@gmail.com>
Maltepe Mahallesi Çiftelhavuzlar Cad. Prestij İş Merkezi
No: 806 Kat 9 Bayrampaşa/İstanbul
Tel.: (0-212) 565 01 22

Kapak Tasarımı : Gülgonca ÇARPIK

Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No: 13-15 Cağaloğlu-İSTANBUL

Tel: (0 212) 511 54 32 - **Fax:** (0 212) 511 36 50

e-mail: betakitap@betakitap.com www.betakitap.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

İçindekiler

MAKALELER

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU
Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Değişikliğine ve AKP'ye İlişkin Kararları Üzerine
Bir Değerlendirme

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ.....
Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu

Doç.Dr. Erdoğan BÜLBÜL.....
Sağlık Koruma Bantları ve Kamulaştırmaz El Atma

Doç.Dr. Rıdvan AKIN
Osmanlı Parlamentosu ve Cumhuriyete Bıraktığı Siyasal Miras (1877-1920)

Arş.Gör. Elif ORAL.....
Lübnan Özel Mahkemesi

KONFERANSLAR

Prof.Dr. Köksal BAYRAKTAR
Çevre Kanununda Son Değişiklikler

Prof.Dr. Samim ÜNAN.....
Türk Ticaret Kanununun Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanun Taslağının Denzi
Ticareti, Taşıma ve Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Üzerinde Bazı Düşünceler

GÖRÜŞ

Yrd.Doç.Dr. Güray ERDÖNMEZ / Yrd.Doç.Dr. Vesile Sonay EVİK /
Arş.Gör. Burak ÇELİK.....
“Yargı Reformu Stratejisi Taslağı” Hakkında Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi'nin Görüşü

EK: Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Taslağı

MAKALELER

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Değişikliğine ve AKP'ye İlişkin Kararları Üzerine Bir Değerlendirme

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU*

Anayasa Mahkemesi son iki yılda Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerine ve geleceğine ilişkin çok önemli kararlar verdi. 2007 yılında verdiği Cumhurbaşkanını seçiminde toplantı yetersayısının en az 367 olmasına ilişkin kararı 23.Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinin dört ay erkene alınmasına neden oldu. Bu süreçte Cumhurbaşkanını seçilememesini fırsat olarak değerlendiren AKP, Türkiye'de öteden beri zaman zaman Cumhurbaşkanını halkın seçmesini savunan kesimleri de arkasına alarak, 11.cumhurbaşkanını kapsar şekilde cumhurbaşkanını halkın seçmesini öngören bir Anayasa değişikliğine girişti. Meclisin ikinci kez kabul ettiği Anayasa değişikliğini Cumhurbaşkanı Sezer halkoylamasına sunma kararı alınca süreç uzadı. Araya 22 Temmuz 2007'de yapılan Milletvekili Genel Seçimleri girdi ve yeni oluşan Meclis 11.Cumhurbaşkanını seçince halkoylamasına sunulan Anayasa değişikliğinin bu yönden içi boşaldı ve karmaşık bir hal aldı. Bunun üzerine halkoylamasına birkaç gün kala, üstelik sınır kapılarında oy vermeler devam ederken, halkoylamasına sunulan metinden 11.Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin kısmı çıkarılmak suretiyle, 21 Ekim 2007 de yapılan bir "garabet" halkoylamasıyla, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin Anayasa değişikliği süreci tamamlanmış oldu. Geniş bir uzlaşma zeminine dayanmayan, 11.Cumhurbaşkanı seçiminde yaşanan krizi aşmak için, aleracele yapılmış ve birçok eksikleri bulunan bu Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanını halkın seçmesi yöntemine geçmenin, Türkiye'de parlamenter rejimin işletilmesini daha da zorlaştırması kaçınılmazdır. Anayasa Mahke-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

mesi'nin iki kez önüne getirilmesine rağmen, hem usul bakımından hem de içerik bakımından "garabet" niteliğindeki bu Anayasa değişikliğini iptal etmemesi bizce hiç isabetli olmamıştır.¹

Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılında Anayasa değişikliğine ve AKP'nin kapatılmasına ilişkin davalarda vermiş olduğu kararlar, Türkiye'de siyasal rejimin niteliği ve geleceği bakımından çok daha belirleyici sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle bizim burada üzerinde duracağımız ve irdeleyeceğimiz de bu iki karar olacaktır.

I- ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN KARAR

(E.2008/16, K.2008/116, Kt.5/6/2008, RG.22/10/2008-27032)

AKP, 2008 yılı başında, MHP'nin de desteğiyle, uzun süredir Türkiye'nin gündeminde bulunan ve zaman zaman gerginliklere yol açan üniversitelerde türban yaşağını kaldırmak için Anayasa değişikliği girişiminde bulundu. Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10.maddesine konulan bir ibare ve eğitim ve öğretim hakkını düzenleyen 42.maddesine konulan bir fıkra ile bu amaca ulaşılabileceği düşünüldü ve bu doğrultuda yapılan Anayasa değişikliği süratle Meclisten geçirilerek, 23/02/2008 tarihinde yürürlüğe girdi.

Bu Anayasa değişikliğine destek vermeyen Anamuhalefet Partisi CHP Anayasa Mahkemesine iptal davası açtı. Bu davanın anayasa yargısı bakımından öncelikli iki önemi vardı. Bunlardan ilki Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetiminin kapsamı, ikincisi ise Anayasada yapılan değişiklikle getirilen düzenlemenin cumhuriyetin niteliklerine aykırı olup olmadığı idi.

İptali istenen 9/2/2008 günlü ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 1.maddesiyle, Anayasanın 10.maddesinin dördüncü fıkrasına, "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiş; 2.maddesiyle de, Anayasanın 42.maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere, "Kanunda açıkça yer almayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullan-

¹ E.2007/72, K.2007/68, Kt.05.07.2007, RG.07.08.2007-26606; E.2007/99, K.2007/86, Kt.27.11.2007, RG.19.02.2008-26792.

maktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir” fıkrası eklenmişti.

Anayasa değişikliği ile yapılan bu düzenlemelerin, Anayasanın Cumhuriyetin değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez ilk üç maddesiyle doğrudan ilgili olmadığı ilk bakışta görülebiliyordu. Üstelik 1982 Anayasası Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetimini şekil denetimi ile; şekil denetimini de “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı” ile sınırlıyordu. Öte yandan, anayasa değişikliği ile getirilen bu yeni düzenlemeler, ne lafzı ne de objektif anlamıyla bir yenilik getirmiyordu. Çünkü, Anayasanın 10.maddesine değişiklik eklenen ibareden önce de, devlet organları ve idare, “her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundaydı. 10.maddede yer alan “bütün işlemlerinde” ibaresinin, kamu hizmetlerinden yararlanmayı da kapsadığında kuşku yoktu. Aynı şekilde, Anayasanın 42.maddesine eklenen, “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanılmasının sınırları kanunla belirlenir” şeklindeki ek yeni fıkra; aynı maddenin 1.ve 2.fikralarında var olan, “Kimse, eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.” şeklindeki hükümlerin tekrarı niteliğindedir. Bu nedenle, anayasa değişikliği ile getirilen yeni düzenlemeler esasen var olanın tekrarı olup, yalnızca “beyan edici, açıklayıcı” (deklaratif) nitelik taşıyordu. Dolayısıyla, getirilen bu değişikliklerin, lafzı(sözü) ve objektif anlamıyla ve doğrudan Anayasanın laiklik ilkesini daraltıcı bir yönü olmadığı gibi, üniversitelerde türban yasağı konusunda İHAM'ın da İHAS'a uygun bulunduğu Anayasa Mahkemesi içtihadı ile oluşan hukuki durumu ortadan kaldıran bir etkisi yoktu.

Bütün bu hususlar Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir karar vereceğine ilişkin merakları daha da artırıyor; ne yönde olursa olsun kararın sonuçlarının Türkiye'de ve dünyada büyük yankılar yaratması bekleniyordu.

İptal davasını açan CHP'nin iddia ve talepleri oldukça ağırdı. Yapılan anayasa değişikliğinin özetle; Anayasanın 2.maddesinde sayılan Cumhuriyetin değiştirilemez niteliklerinin tümünü değiştirme anlamına geldiği ileri sürülüyor, “laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” ilkesine aykırı düştüğü vurgulanıyor; “Anayasanın ilk dört maddesi ile 138. ve

153. maddelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkisinin sınırını çizdiği, ilk üç madde dışındaki hükümlerdeki her bir değişikliğin, bu maddelerdeki hususları başkalaştırıp değiştiremeyeceği, aksinin kabulünün **Anayasaya karşı hile** anlamına geleceği, Anayasanın ilk üç maddesindeki esaslara aykırı bir değişiklikte bir Anayasa kuralı konmasının mümkün olamayacağı, (böyle bir değişikliğin) **açık ve ağır yetki tecavüzü** nedeniyle öncelikle yok hükmünde sayılması” isteniyordu. Eğer bu kabul edilmezse, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin “teklif çoğunluğunu” da kapsadığı dikkate alındığında, değiştirilmesi teklif edilemez nitelikteki ilk dört maddenin dolaylı yoldan değiştirilmesi anlamına gelen dava konusu kuralların “teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmediğinden, Anayasanın 148.maddesine dayanılarak iptali” talep ediliyordu.

A) Anayasa Değişikliklerinde Anayasa Mahkemesi'nin Denetim Yetkisinin Sınırları

Anayasa Mahkemesi davayı öncelikle yokluğun saptanması talebi yönünden ele aldı ve yoklukla ilgili çok yakın bir geçmişte vermiş olduğu bir kararındaki² tanımı tekrarlandı. Mahkemeye göre yokluk, “bir normun var olmadığının ifadesidir” ve yasalar bakımından ancak, “parlamento iradesinin olmaması veya Cumhurbaşkanı'nın yayımlama iradesinin bulunmaması ya da Resmi Gazete'de yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşullarının bulunmadığı hallerde” yokluktan sözedilebilir. Mahkeme “bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetim konusu olurlar” diyerek; dava konusu Anayasa değişikliğine ilişkin yokluğun saptanması istemini reddetmiş ve davayı iptal istemi yönünden incelemeye almıştır.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin öncelikle karara bağlaması gereken husus, anayasa değişikliklerinde denetim yetkisinin sınırlarıydı. Bilindiği üzere, 1961 Anayasasının Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirlediği 147.maddesinin ilk metninde, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetleyip denetleyemeyeceği konusunda bir açıklık yoktu. Anayasa Mahkemesi, 1970 ve 1971 yıllarında verdiği kararlarında³, anayasa değişikliklerinin de bir kanunla yapıldığı gerekçe-

² E.2007/72, K.2007/68, Kt.05.07.2007, RG.07.08.2007-26606

³ E.1970/1, K.1970/31, Kt.16.06.1970, RG.07.06.1971-13858; E.1970/41, K.1971/31, Kt.13.04.1971, RG.17.03.1972-14131

sinden hareketle, anayasa değişikliklerinde de kendisini hem şekil hem de esas bakımından denetlemeye yetkili gördü. Anayasanın 9.maddesindeki cumhuriyetin değişmezliği ilkesini de sadece 1.maddedeki devlet şekli olarak cumhuriyetin değişmezliği olarak değil, 2.maddesindeki cumhuriyetin niteliklerinin de değişmezliği olarak yorumladı. 1971 Anayasa değişikliklerinde, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi “şekil denetimi” ile sınırlandı. Ancak, Anayasa Mahkemesi, cumhuriyetin nitelikleriyle birlikte değişmezliği içtihadındaki gerekçesiyle, 1975-1977 yılları arasında verdiği kararlarında, şekil denetiminden hareketle esas denetimi yapmaya kendisini yetkili görmeye devam etti.

1982 Anayasasının 148.maddesiyle, anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetimi, “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları” ile sınırlandı. Dava konusu Anayasa değişikliğine kadar, 1987'deki değişiklik dışında, hiçbir anayasa değişikliği Anayasa Mahkemesi önüne getirilmemişti. 1987'deki değişiklik için ise Anayasasının sınırladığı çerçevede şekle aykırılıklar ileri sürülmüş, cumhuriyetin değişmezliği yönünden bir aykırılık iddiası ileri sürülmemiştir. Böylece, 1982 Anayasası döneminde bu dava ile ilk defa Anayasa Mahkemesi cumhuriyetin değişmez niteliklerine aykırılık iddiası ile karşılaşıyordu. Bir yanda Anayasasının şekil denetimini sınırlandıran yeni düzenlemesi, diğer yanda Mahkemenin cumhuriyetin değişmez niteliklerine ilişkin yerleşik içtihadı. Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir karar vereceği doğal olarak çok önem taşıyordu.

Anayasa Mahkemesi de bunun bilinciyle, öncelikle asli kurucu/tali kurucu iktidar ayırımı yaparak ve asli kurucu iktidar karşısında tali kurucu iktidar olarak yasama organının hukuki durumunu ve bu çerçevede anayasayı değiştirme yetkisinin sınırlarını irdeleyerek başladı.

Mahkemeye göre asli kurucu iktidar “ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan, yani hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir.” Çoğulculuğu, katılımcılığı, müzakere ve uzlaşmayı esas alan ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır. Asli kurucu iktidarın yaptığı yeni anayasa tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağını oluşturur. Anayasasının öngördüğü kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme ve yargı organlarının asli kurucu iktidarın yarattığı “hukuki otorite”

te” sınırları içinde hareket etmeleri bunların işlem ve eylemlerinin huku-ki geçerliliklerinin önkoşuludur. Anayasanın 6.maddesinde yer alan, “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” hükmü ile bu durum istisnasız ve somut olarak ifade edilmiştir.

Anayasaların kendilerini ve kurdukları düzenin temelini koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtiklerine ilişkin 1970 yıllarındaki yerleşik içtihadını yineleyen Anayasa Mahkemesi; Anayasanın 1.maddesindeki “Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet” olduğu ve 2.maddesindeki bunu tamamlayan cumhuriyetin niteliklerinin değişmezliği ilkesinin bu amacı taşıdığını bir kez daha vurgulamıştır. Mahkemeye göre, “Kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.” Yasama organı Anayasayı değiştirme yetkisini 175.maddede belirtilen yöntemle kullanırken, “yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerektiği açıktır.” Anayasa değişikliklerinde, “Anayasanın yetki normu olan 175.maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4.maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148.maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.” “Anayasanın 148.maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.” Anayasanın 148.maddesindeki şekil denetimi, “geçerli teklif koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.” diyen Anayasa Mahkemesi; böylece, “cumhuriyetin niteliklerinin değişmezliğinin teklif dahi edilemeyeceğini” bir şekil şartı olarak kabul etmek suretiyle, 1970’li yıllardaki yerleşik içtihadını yineleyerek, şekil denetiminden hareketle esas denetimi yapmanın yolunu da açmıştır.

Ancak, Anayasa Mahkemesi bununla da yetinmemiş, bu denetimin Anayasanın ilk dört maddesine yönelik doğrudan değişikliklerle sınırlı kalamayacağını, bunlarla bağlantılı ya da dolaylı ilgili Anayasanın diğer maddelerine yönelik değişiklikleri de kapsayacağını ifade ederek, bu bakımdan da 1970’li yıllardaki içtihadını sürdürmüştür. Mahkemeye göre,

“Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasanın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4.madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla, doğal olarak değiştirilemezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda, Anayasanın 4.maddesi dahil olmak üzere, her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde, Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle, Anayasanın 4.maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez. Dolayısıyla, Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasaya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel olamayacaktır.” Böylece, Anayasa Mahkemesi, cumhuriyetin değişmezliği kapsamında gördüğü tüm anayasa değişikliklerini esas bakımından da denetlemeye kendisini yetkili kılarak, 1970’li yıllardaki yerleşik içtihadını pekiştirerek sürdürmüştür.

B) Anayasa Değişikliğinin Esas Bakımından Anayasaya Aykırılık Nedenleri

Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin incelemesine laiklik ilkesi ile başlıyor. Anayasanın Başlangıç, 2.ve14.maddelerindeki laiklikle ilgili hükümlere gönderme yaptıktan ve Anayasanın 174 ve 42.maddelerine göre Atatürk ilke ve inkılaplarının, laiklik ilkesi bakımından önemini vurguladıktan sonra, laiklik ilkesinin içeriğini doldurup somutlaştıran, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlarını belirleyen Anayasanın 24.maddesinin son fıkrasının altını çizerek, davanın temelini oluşturan;

“Anayasa koyucu ülkenin koşullarını dikkate alarak, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri siyasi çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasını laiklik ilkesinin korunması bakımından zorunlu görerek yasaklama yolunu seçmiş ve temel hak ve özgürlüklerin kapsamı dışında bırakmıştır.” Yorum ve değerlendirmesini yapıyor.

Anayasa Mahkemesi kararında laikliğin önem ve işlevini 45 yıllık içtihadına bağlı kalarak, yine evrensel ilke, değer ve standartlarla belirliyor. Mahkemeye göre, “Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında ayrıntılı

olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reform ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasi barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerine siyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasal yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaştırmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.”

Karar incelendiğinde dikkati çeken bir husus, Anayasa Mahkemesi'nin dava konusu anayasa değişikliğine ilişkin düzenlemeleri anlamlandırmaya çalışırken, “lafzi ve objektif” yoruma değil, “amaçsal ve genetik” yoruma öncelik vermesidir. Mahkeme, bu doğrultuda dava konusu anayasa değişikliğine ilişkin düzenlemenin genel gerekçesini, madde gerekçelerini, Anayasa Komisyonu ve Genel Kuruldaki görüşmeleri irdeleyip değerlendirdikten sonra, “5735 sayılı Kanunun genel gerekçesi, 1.ve 2. maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul görüşmelerinde yapılan açıklamalar incelendiğinde; temel hedefin, bir kamu hizmeti niteliği bulunan yükseköğretim hakkını kullananlar yönünden dini amaçlı örtünme serbestisi tanınması olduğu anlaşılmaktadır” demek suretiyle, bunu açıkça ifade etmiştir.

Bu gerekçeler doğrultusunda dava konusu düzenlemelerin lafzi anlamını değerlendiren Mahkeme, bu düzenlemelerle yükseköğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye bağlı tutulmaksızın serbest bırakılmasının bu kurumlarda kamu düzeninin bozulmasına yol açacağı; dinsel simge olarak nitelendirdiği türbanın serbest bırakılmasının üniversite ortamında farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde baskı aracına dönüşmesi olasılığının bulunduğu; bunun da eği-

timi aksatacağı ve herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyeceği kanaatindedir. Mahkeme, bu konuda Türkiye koşullarında haklı sayılabilecek bir endişe ile yasa koyucuya da güvensizlikle yaklaşmaktadır. Mahkemeye göre, “**kanunda açıkça yazılı olan hallerin** ne olduğu ve ne zaman geçerlilik kazanacağı hususu, yasa koyucunun aktif bir yasama tasarrufu ile anlaşılacaktır. Anayasal düzenimizde yasa koyucuyu yasal düzenlemeye zorlayıcı bir hukuksal yaptırım mekanizması bulunmadığından, başkalarının özgürlükleri ve kamu düzenini koruyucu yasal önlemlerin alınmasının yasa koyucunun takdirine kalacağı açıktır. Yasa koyucunun temel siyasi karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır. Temel düzen normu olan anayasa kuralları değiştirilirken, çoğunluk inancının dışında kalan insanların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmaması, kayıtlar ve güvence mekanizmalarının doğrudan anayasada yer alması, demokratik anayasa deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın da bir gereğidir.”

Anayasa Mahkemesi kararına dayanak olarak 1989 ve 1991’de verdiği türban kararlarına, 1998’de verdiği Refah Partisi ve 2001’de verdiği Fazilet Partisi kararlarına ve ayrıca İHAM’ın 2004 tarihli 4. Dairesinin ve 2005 tarihli Büyük Dairenin Leyla Şahin kararına ve yine İHAM’ın 2001 tarihli Dahlap/İsviçre kararına, 2003’de verdiği Refah Partisi kararına yollama yaparak; dinsel sembollerin kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin düzenlemelerin “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ile “kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması” bakımından, “demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir” niteliğinde kabul edildiğini vurgulamıştır.

Bütün bu değerlendirmelerden sonra, “Anayasa Mahkemesi ve İHAS kararları gözetildiğinde, Anayasanın 10.ve 42.maddelerinde yapılan (dava konusu) düzenlemelerin, yöntem bakımından **dini siyasete alet etmesi**, içerik yönünden de **başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına** yol açması nedeniyle **laiklik ilkesine açıkça aykırı** olduğu” sonucuna ulaşan Anayasa Mahkemesi; Anayasanın 2.maddesinde belirtilen “**Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren**” dava konusu düzenlemeleri, Anayasanın 4.maddesinde ifade edilen “**değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı**” bularak,

Anayasanın 148.maddesinde öngörülen “**teklif koşulunun yerine getirilmediği**” yönünden iptal etmiştir.

Böylece Anayasa Mahkemesi bir sürpriz yapmamış, Cumhuriyetin değişmezliği ve laiklik ilkesine ilişkin 45 yıllık yerleşik içtihadını değiştirmedeği gibi pekiştirerek sürdürmüştür.

II- ADALET VE KALKINMA PARTİSİNE İLİŞKİN KARAR

(AYM. E.2008/1(Siyasi Parti Kapatma), K.2008/2, Kt.30.07.2008, RG.24/10/2008-27034)

14 Mart 2008 günü Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, Adalet ve Kalkınma Partisinin (AKP) kapatılması talebiyle Anayasa Mahkemesi’nde açtığı dava Türkiye’de ve dünyada adeta şok etkisi yarattı. Gerçi bir iktidar partisi aleyhine kapatma davası açılması Türkiye’de ilk değildi. Daha önce 1997’de iktidarın büyük ortağı ve Genel Başkanının Başbakan olduğu Refah Partisi’ne karşı da dava açılmış ve bu parti Anayasa Mahkemesi’nce kapatılmıştı. Kaldı ki, siyasi parti kapatma bakımından Türkiye’nin sicili başka demokratik ülkelerde örneğinin olmadığı ölçüde kabarıktı. Bu durum ister istemez Türkiye’ye bu konuda epeyce bir bağlılık kazandırmış olmalıydı.

Bütün bu birikimlerine rağmen bu kez durum çok daha farklıydı. Çünkü, kapatma davası açılan beş yılı aşkın süredir tek başına iktidarda bulunan bir partiydi. Üstelik daha sekiz ay önce yapılan genel seçimlerde %47 oy alarak ve güçlenerek çıkmıştı. Dünyadaki egemen güçlerin kuruluşundan bu ayna verdiği destek sürüyordu. Davada Parti Genel Başkanı ve Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ile birlikte Anayasaya göre tarafsız bir konumda olması gereken Cumhurbaşkanı Abdullah Gül de beyan ve eylemleriyle partinin kapatılmasına sebep olmakla itham ediliyordu.

162 sayfadan oluşan iddianamede oldukça ağır iddia ve ithamlar yer alıyordu. Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ile Cumhurbaşkanı Abdullah Gül dışında beş bakan ve aralarında eski Meclis Başkanı Bülent Arınç’ın da bulunduğu 30’u aşkın milletvekili, parti kurucuları ve diğer parti mensupları toplam 71 kişi beyan ve eylemleriyle partinin kapatılmasına sebebiyet vermekle itham ediliyor, haklarında siyasi yasak isteniyordu. Türban yasağını kaldırmayı amaçlayan Anayasa değişikliğinin iptaline ilişkin dava daha bir ay önce açılmıştı. Anayasa Mahkemesi daha bu zor da-

vayı çözmeye hazırlanırken, sıcağı sıcağına daha zor olanı önünde bulmuştu. Üstelik, bu iki davadan birincisi ikincisini de etkiliyordu. Anayasa Mahkemesi'nin her iki davada vereceği kararlar Türkiye'nin geleceğini de önemli ölçüde etkileyecek, derin izler bırakacaktı. Türkiye'de ve dünyada büyük yankılar yaratması kaçınılmazdı. Özetle, Anayasa Mahkemesi'nin işi çok zor, çetin ve kritikti.

Anayasa Mahkemesi yaptığı ön incelemede “İddianamenin Abdullah Gül dışında kalan bölümünün kabulüne oybirliğiyle; Abdullah Gül yönünden de kabulüne oyçokluğuyla (4/7) karar verdikten sonra davanın esasını görmeye başladı.

A) Karar incelendiğinde, delillerin değerlendirilmesinden önce, Mahkemenin, “ÖN SORUNLAR VE USULE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER” başlığı altında bazı hukuki tespitler ve değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Bundan sonra Mahkemenin kendisini, yasama, yürütme organları ile diğer yargı organlarını da bağlayıcı olan bu hukuki tespitler özetle şunlardır:

- Siyasi parti kapatma davasının cezai niteliği ağır basan kendine özgü bir dava oluşu;

- Siyasi parti kapatma davalarında sözlü savunmanın sadece siyasi parti genel başkanlığına tanındığı, beyan ve eylemleri nedeniyle kapatma davasında adı geçen parti mensuplarının, davalı parti aracılığıyla yazılı savunmalarını Anayasa Mahkemesi'ne sunabilecekleri;

- Siyasi parti kapatma davasında sadece nihai kararın değil, delillerin değerlendirilmesi de dahil olmak üzere davanın sonucunu etkileyecek tüm oylamalarda 3/5 çoğunluğun aranması gerektiği;

- Anayasanın 83 ve 84.maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, demokratik özgürlükçü düzeni ortadan kaldırma amacını açıkça ortaya koyan beyan ve eylemlerin yasama sorumsuzluğu korumasından yararlanamayacağı;

- Parti kurulmadan önce gerçekleşmiş veya daha önce yargılanarak kapatılan partideki beyan ve eylemlerin partiye isnat edilemeyeceği;

- Gazete ve internet haberlerinde yer alan ifadelerin, farklı ve karşıt yayın organlarında aynı biçimde yer alması ve bu haberlerin, ifadenin sa-

hibi ve parti tarafından reddedilmemesi durumunda kanıt olarak değerlendirilebileceği, parti üyelerine isnat edilen beyanlarla ilgili kuşkudan uzak kanıtlar sunulması gerektiği;

- Kamu personelinin beyan ve eylemlerinin partiye isnat edilemeyeceği.

B) Savunmayı da alarak, iddianamedeki isnat ve delilleri bu hukuki tespitler çerçevesinde değerlendiren Anayasa Mahkemesi'nin, AKP'nin "laiklik karşıtı fillerin odağı haline geldiği" tespitini yaparken, ESASA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMESİNDE dayandığı temel veri ve gerekçeler şöyle özetlenebilir:

a) İddianamenin Özeti

Esasa ilişkin değerlendirmesini yaparken Anayasa Mahkemesi'nin dikkate alıp iddianame özetinde yer verdiği iddiaların başlıcaları şöyledir:

- Laikliğin gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse İHAM'a göre Türkiye Cumhuriyeti Devletinin değişmez temel ilkelerinden birisi olup; Türkiye'de laikliğin batıdakinden farklı ve yaşamsal bir yapıya sahip bulunması nedeniyle, laikliğe yönelik tehdit ve tehlike karşısında gerekli koruma önlemleri alma hakkı bulunduğu;
- Her toplumun kamu düzeninin gereklerine göre önlem almak ve uygulamak durumunda olduğu, siyasi simgelere ilişkin yasakların Türkiye'ye özgü olmadığı, Müslüman nüfus barındıran başta Fransa ve Almanya olmak üzere İsviçre, Belçika, İspanya ve Hollanda gibi bazı Avrupa Devletlerinde de türban yasağının bulunduğu;
- Siyasal İslamın, yalnızca kişi ile Tanrı arasındaki alanda sınırlı kalmayıp, devlet ve toplum düzenini de kapsamına alma iddiasında olmakla, totaliter olduğu, bu nedenle siyasi İslamı esas alan partilerin Avrupa'daki Hıristiyan demokrat partilerle benzerliğinin olmadığı;
- Davalı partinin asıl amacının din esaslarına dayalı bir devlet kurmak olduğu, bu amaca ulaşmaya kadar sabır ve itidal tavsiyeleri ile "takiyye" yöntemini kullandığı, şeriat düzeninin Anayasa, İHAS ve Avrupa Kamu Düzeni ile bağdaşmadığı;

- Türkiye'ye giydirilmek istenen “ılımlı İslam” modelinin şeriata dönüşmesinin, bu yolda İslami terörün kullanılmasının hiç de uzak olmadığı, bölgemizde bunun örnekleri bulunduğu;
- Şeriatı amaçlayan partileri yasaklamanın, nasyonal sosyalist veya faşist partilerin yasaklanması kadar hukuka uygun olduğu;
- Dinsel bir simge olan başörtüsünün yükseköğretimde serbest bırakılmasının, imam hatip okulları sayısının arttırılmasının ve kat-sayı sisteminin kaldırılmasının İslam için pozitif ayrımcılık olduğu;
- İnsanların laik olamayacağı ve laikliğin devletin niteliği olduğu ileri sürülerek, inançsızlık-inanca dayalı bir ayrımcılık oluşturmanın amaçlandığı, toplumu laik-antilaik kutuplaşmasına sürüklediği ve toplumun bir kesimini laik devlete karşı kışkırttığı;
- Davalı partinin devrimlerin ve laiklik uygulamasının insanlar için bir zulüm olduğu söylemleriyle Cumhuriyete ve devlete karşı bir inanç oluşturmayı amaçladığı;
- Türban yasağının zulüm ve zorbalık olarak gösterilmesinin kamu düzenini bozan eylemler olduğu;
- Davalı partinin kapatılan Milli Nizam Partisi, Milli Selamet Partisi, Refah Partisi ve Fazilet Partisinin devamı olduğu, şeriat hedefine ulaşmada demokrasiyi araç olarak kullandığı; insan hakları, demokrasi, din ve vicdan özgürlüğü, eğitim hakkı söylemlerinin arkasına gizlenerek, takiiyyeyi siyasi yöntem haline getirdiği;
- Hazırlattıkları yeni anayasa taslağının İslam devletine dönüştürme projesi olduğu;
- Kadın özgürlüğü ve Cumhuriyetin temel ilkelerine karşı çıkmanın siyasal bir simgesine dönüştürülen ve temel bir hak algısıyla topluma sunulan türbanın, toplumu topyekün teokratik bir düzene dönüştürerek karşı devrimin en önemli anahtarı olduğu;
- Davalı partinin uluslararası desteği de arkasına alarak, laik cumhuriyete karşı bir rövanş arayışına giriştiği, bu doğrultuda ilk amacın ılımlı İslam toplumunu oluşturmak olduğu;
- Yeni anayasa taslağı ve Anayasanın 10.ve 42.maddelerinde değişiklik yapmak suretiyle laik devlet düzenininin tasfiye sürecinin hız-

landırıldığı, laik Cumhuriyetin hiç olmadığı kadar tehlike altına girdiği;

- Danıştay 2.Dairesinin türban konusuna ilişkin kararına karşı gösterilen tepkilerin yoğunluğu ve boyutları ile Danıştay'a yapılan saldırının laikliği savunanları ve laik Cumhuriyeti bekleyen tehlikeleri göstermeye yeterli olduğu;
- İktidar olmanın verdiği güç ve olanaklarla, bürokraside İslamcı kadrolaşmaya özel önem verilerek, devleti İslami bir yapıya dönüştürme çabalarının hızlandığı;
- Sonuç olarak; davalı partinin, temel hak ve özgürlüklerin geçerli olduğu laik ve demokratik bir hukuk devletini değil, din kurallarının geçerli olduğu, referanslarını dinden alan bir toplumsal modeli gerçekleştirmeyi amaçladığını, bu tür eylemlerin partinin genel başkanından başlayarak her kademesince kararlılık ve yoğunlukla işlenmesi suretiyle laiklik karşıtı eylemlerin odağı haline geldiğini ortaya koyduğu;
- Laik hukuk düzenine aykırı eylemlerin odağı olan bir siyasi partinin, çoğunluk iktidarına sahip olduğu dikkate alındığında, amaçlanan modelin gerçekleştirilmesi anlamında bir tehlikenin var olduğu ve bu tehlikenin yeterince yakın olduğu, davalı partinin eylemlerinin öngördüğü toplum modelini oluşturmaya elverişli bulunduğu, iktidarı süresince her geçen gün riskin arttığı, kamusal alanda ve TBMM'nde türbana serbestlik sağlanmasına yönelik beyanlar ile imam hatip lisesi mezunlarına uygulanan katsayının kaldırılması girişimlerinin bu tehlikeyi daha somut ve yakın kıldığı, davalı partinin öngördüğü modeli gerçekleştirene kadar beklenilmesinin doğal olarak söz konusu olamayacağı, davalı partiyi amacından uzaklaştıracak tek ve zorunlu yöntemin yalnızca kapatma yöntemi olabileceği;
- Bu nedenlerle, davalı AKP'nin, Anayasanın 68/4 maddesi delaletiyle 69/6. maddesi uyarınca kapatılmasına karar verilmesi ve ayrıca kapatma kararıyla birlikte, eylemleriyle partinin kapatılmasına neden olan kurucu üyeleri dahil 71 üye hakkında, Anayasanın 69. maddesinin 9. fıkrasında öngörülen yaptırımlara da hükmedilmesi gerektiği.

b) Savunmanın Özeti

Dava AKP yetkililerini çok öfkelenmişti. Muhatap dahi olmak istemediler; savunma yapmayacaklarını, cevap vereceklerini söylediler. Davanın hukuki değil, siyasi ve ideolojik olduğunu düşünüyor, Başsavcıyı suçluyorlardı. Nitekim, cevap diye verdikleri, iddiaları tümüyle reddeden kapsamlı savunmalarının temeli de buna dayandırılmıştı. Esasa ilişkin değerlendirmesini yaparken, AYM'nin dikkate alıp savunma özetinde yer verdiği başlıca cevaplar şöyledir:

- İddianamenin baştan aşağı belli bir siyasi/ideolojik yaklaşımı yansıttığı, adeta muhalif bir siyasi parti bildirisi niteliğinde olduğu, davanın hukuken tanımlanması imkansız, “siyasi/ideolojik bir dava” olduğu;
- İddianamenin siyasi partilere, sivil toplum kuruluşlarına, aydınlara, din adamlarına, uluslararası kuruluşlara “kuşkucu ve komplocu” bir yaklaşımla, “toplama” delillerle şişirilerek özensiz ve düzensiz bir şekilde kaleme alındığı, internet sitesinden, gazete kupürlerinden üretilmiş bir “google davası” olduğu, delil üretme gayretiyle masumiyet karinesinin bozulduğu;
- Yurt içinde ve dışında yayımlanmış gazetelerdeki haberlerin tahrif edilerek sunulduğu, ek delillerle doğrulanmayan haberlerin, tekdüz edilemeyen ve aslı olmayan konuşmaların delil olarak kullanıldığı, sayısız haber kaynağının varlığı nedeniyle tekdüz edilmeyen ifadelerin doğruluğunun karine olarak kabul edildiği, kimi haberlerin birbirleriyle çatıştığı görülmeden aleyhe olan haberin kullanıldığı;
- Yasama sorumsuzluğu kapsamına giren, partinin kurulmasından öncesine ait söz ve eylemlerin parti kapatma davasında delil olarak kullanılmayacağı, yasama faaliyetlerinden dolayı partinin sorumlu tutulamayacağı;
- Siyasal düzen kuralı olan laikliği yaşam biçimi olarak kabul etmenin bireysel özgürlükleri ortadan kaldıracağı, dinin yalnızca bireylerin vicdanlarında yer alan bir olgu olarak değerlendirilmesinin gerçekliğe aykırı olduğu, laikliğin insanı kul olmaktan çıkarıp birey yapan bir ideoloji olarak sunulmasının, teolojik anlamda insan ile tanrı arasındaki ilişkinin kopmasına yol açacağı, iddianamede laiklik ilkesinin değil, laiklik adıyla totaliter, ideolojik bir sistemin

tanımlanıp sunulduğu, böylesi bir katı militan yaklaşımın hiçbir batılı demokratik laik sistemde karşılığının olmadığı;

- Laikliğin din ve vicdan özgürlüğünün topluma yansımalarını reddedemeyeceği, dolayısıyla iddianamede “devletin ve hukukun dine dayandırılmaması” ile “bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün toplumsal alanda yansımalarının” birbirine karıştırılmasının temel hatalardan biri olduğu;
- Hukuku yapanların ve uygulayanların, toplumun özgürlük taleplerini karşılama girişimlerinin rejimi yıkma teşebbüsü ve laikliğe karşı tavır olarak algılanmasının, bu doğrultuda bir anayasa taslağı sunmaları nedeniyle suçlanmalarının haksız olduğu, iktidara geldikleri günden beri Türkiye’nin çağdaşlaşma projesine büyük bir ivmeyle devam ettikleri, iddianamede bu tür lehte olan delillere yer verilmemiş olmasının Ceza Muhakemesi Yasasına aykırı olduğu;
- Partinin anayasaya aykırı eylemlerin odağı haline gelmediği, iddianamede belirtilen parti organ ve üyelerinin eylem ve söylemlerinin siyasi propaganda çerçevesinde kalan eylemler olduğu, İHAM içtihatları ışığında değerlendirildiğinde, bu davanın ifade ve örgütlenme özgürlüğü ile serbest seçim hakkının ihlali olduğu, eylemlerinin laikliğe aykırı olarak nitelenmesinin mümkün olmadığı, demokrasiye uzak ya da yakın bir risk oluşturduğuna dair hiçbir delilin bulunmadığı;
- Sonuç olarak; AKP’ye karşı açılan bu davada Başsavcılığın adeta “niyet okuyuculuğu” yaparak olmayan şeyleri varmış, olmayacak şeyleri de olacakmış gibi gösterme çabasına girdiği, partiye yaptırım uygulanmasını gerektirecek haklı hiçbir sebebin bulunmadığı, AKP’nin altı yıllık iktidarı dönemindeki icraatlarının, onun demokratik, laik ve sosyal hukuk devletinin teminatı olduğunu açıkça ortaya koyduğu, bütün bu nedenlerle AKP’nin kapatılması hakkındaki davanın reddedilmesi gerektiği.

c) Kapatma İsteminin Değerlendirilmesi

İddia ve savunma Başsavcının laiklik anlayışı ile AKP’nin laiklik anlayışının örtüşmediğini açıkça gösteriyordu. Zaten davanın temeli ve esa-

sı da laiklik ilkesinin farklı yorumundan kaynaklanıyordu. AYM bu yorumlardan hangisini haklı bulacaktı? Mahkemenin haklı bulacağı yorum hem AKP'nin hem de Türkiye'nin geleceğini belirleyecekti. Tüm Türkiye'nin ve hatta dünyanın dikkati AYM'nin vereceği karara yönelmişti.

AYM kararında, tüm siyasi parti kapatma davalarında yaptığı gibi, önce davanın hukuksal dayanağını oluşturan ve siyasi partilerin faaliyet alanını sınırlayan Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu hükümlerini sıralıyor; arkasından, Anayasada öngörülen demokrasinin “klasik ve çağdaş batı demokrasisi” biçiminde anlaşılmasına ilişkin yerleşik içtihadına vurgu yaptıktan sonra, Türkiye'de demokrasinin tarihsel gelişme süreci ile temsili demokrasilerde siyasi partilerin rolünü ve önemini irdeliyor.

AYM'ye göre, Türkiye Cumhuriyetinin demokrasi tercihi tarihsel olarak “Egemenlik kayıtsız şartsız ulusundur” sözünde ifadesini bulmuştur. Anayasanın 6. maddesine göre, ulus bu egemenliğini Anayasanın öngördüğü yetkili organlar eliyle kullanır. Bu yetkilerin demokratik kurucu iktidar olan ulus tarafından kabul edilmiş Anayasaya uygun olarak kullanılması, egemenliğin ulusa ait oluşunun zorunlu bir sonucu olup, yetki kullanımına içeriksel olarak demokratik meşruluk kazandırır. Bu nedenle, devlet yetkisini kullanan veya bu yetkiyi talep eden kurum ve organların demokratik ilke ve değerleri içselleştirmesi, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olmasının gereğidir.

Temsili demokrasinin içeriğinin çoğulcu, özgürlükçü, katılımcı demokrasi ile doldurulmasının önemine işaret eden AYM'ne göre, “modern demokrasilerde demokratik kararlar karar öncesi süreçte egemen olan çoğulcu katılımı sağlar.” Siyasal irade mümkün olan en fazla uzlaşmayı sağlayacak toplumsal etkileşimin ürünü olmalıdır. Mahkemeye göre temsili parlamenter demokrasinin temel özelliği, “parlamentonun toplumdaki siyasal eğilimleri yansıtabilmesi, karar sürecinin kamuya açık özgür müzakerelerle belirlenmesi ve siyasal ve hukuksal hesap verilebilirlik ilkelerinin mevcut olmasıdır.”

Kararda temsili demokrasilerde siyasi partilerin zorunluluğu, önemi, işlevi ve meşruiyet koşullarının altını çizen AYM'ye göre, siyasi partiler farklı düşünceleri örgütleyip, siyasi düzene yönlendirerek siyasal iktidar ile toplum arasında “aracılık görevi” üstlenirler. Siyasal partilerin hem sayısal olarak hem de program yönünden çoğulculuğunun sağlanması “demokratik meşruiyet” için zorunludur. Bu nitelikleriyle siyasi partile-

rin Anayasanın 2. maddesindeki “demokratik devlet” ilkesini yaşama geçiren kurumlar oldukları açıktır. Ayrıca, siyasi partiler devlet erkine yönelik toplumsal talepleri yalnızca dile getiren kurumlar değil, “toplumsal direktifleri somutlaştıran, yorumlayan ve devlete yönlendiren yaşamsal kurumlardır.” Demokratik rejimin olmazsa olmaz koşulu sayılmaları nedeniyle siyasi partiler Anayasada özel olarak düzenlenmiştir.

AYM’ye göre bu düzenlemede Anayasakoyucu, siyasal partilerin varlıklarını sürdürebilmelerini esas alıp, kapatılmalarını ise ayrık durumlarla sınırlı tutarak, öncelikle demokratik rejimin sağlıklı biçimde yaşatılmasını amaçlamış, ancak korunması gereğini de göz ardı etmemiştir. Ancak, siyasi parti yasaklamalarında Anayasa kurallarının yanında üyesi bulunduğumuz uluslararası kuruluşlarca oluşturulmuş ölçütlerin ve özellikle de İHAM içtihadı ile Avrupa ortak standardını oluşturan Venedik kriterlerinin de dikkate alınması ve bu doğrultuda siyasi parti kapatmanın son çare olarak düşünülmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, AYM’ye göre, demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özüksendiği ülkelerde, “demokratik ilkelere aykırı bir amaç taşımadığı” veya “şiddeti teşvik edip araç olarak kullanmadığı” ya da “demokrasiyi ve demokrasilerde tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi partiye dönüşmediği” sürece siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği görülmektedir. Başka bir ifadeyle, siyasi partilerin amaçlarının ya da kullandıkları araçların demokratik ilkelere uygun olmadığı durumlarda kapatılmaları söz konusu olabilir. Bu nedenle, Türkiye’de siyasi partilerin kapatılması, söylemleri ya da eylemlerinin, Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere “temel esasları” itibarıyla aykırı olması veya bu ilkeleri “ortadan kaldırmayı amaçlaması” ve bu nitelikleriyle “demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike” oluşturmaya “elverişli ağırlıkta” olması durumunda kabul edilebilir.

Laiklik ilkesinin Türkiye için önemi ve işlevi ile ilgili olarak, yerleşik içtihadına ve İHAM kararlarına yollama yapıp, yukarıda değindiğimiz anayasa değişikliğine ilişkin kararındaki yorum ve değerlendirmeyi yineleyen AYM, İHAM’ın Refah Partisi kararına dikkat çekerek siyasi partilerin tüzük, program ve eylemlerinin, yalnızca laikliğe veya demokrasi ilkesine değil, “demokratik ve laik cumhuriyet” ilkesine aykırı olmayacağını belirterek, “her iki kavramın birlikte Türkiye Cumhuriyetinin niteliğini somutlaştırdığını” vurgulamıştır.

Bu noktada, dinin ve dince kutsal sayılan değerlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasının altını çizen AYM, dini ve dince kutsal sayılan değerleri, dini duyguları siyasi mücadele aracı haline getirmeyi laiklik ilkesiyle bağdaşmaz bulmuş, davada kararının hukuki gerekçelerini oluşturan şu tespitleri yapmıştır:

Dinin ve dince kutsal sayılan değerlerin siyasi mücadele aracı haline getirilmesi;

- 1- Dinsel eksenli ayrımlara yol açar.
- 2- Dinsellik siyasal mücadelede üstünlük sağlayarak, sağlıklı bir demokratik temsil ilişkisini zedeler.
- 3- Siyaset ile toplum arasında yabancılaşmaya ve giderek siyasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açar.
- 4- Bu eylemler iktidar partisine yapılsa sakınca daha da artar.

Bu nedenlerle, dinin siyasete alet edilmesi laiklik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, siyasi partilerin demokratik işlevleriyle de uyumlu kabul edilemez.

Bu tespitlerden sonra AYM, AKP'nin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen “demokratik ve laik cumhuriyet” ilkesine aykırı bazı eylemlerini şöyle ifade etmiştir:

Davalı partinin “üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı”nın, “Kuran kurslarına yönelik yaş kısıtlaması”nın ve “İmam Hatip Liselerine uygulanan katsayı sınırlaması”nın kaldırılmasına yönelik siyasal mücadelesini, “laiklik ilkesinin Anayasanın somut kurallarında ortaya çıkan tercihi uygun biçimde yürüttüğü savunulamaz. “Bu sorunlar toplumda ayrışma ve gerginliklere yol açacak düzeyde siyasetin temel sorunu haline dönüştürülmüş, toplumun dinsel konulardaki duyarlılıkları yalnız siyasal çıkar amacıyla araçsallaştırılmış, toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyasetin gündeminde yer alması güçleşmiştir. Davalı parti kurulduktan hemen sonra girdiği ilk genel seçimlerde tek başına iktidar olarak ülkeyi yönetme yetki ve sorumluluğunu üstlenmiş bulunmaktadır. Bu sorumluluğu yalnızca kendi siyasi tabanına karşı değil, tüm ülkeyi kapsayan kamu yararı amacıyla ve devlet iktidarı kullanımı için geçerli tüm anayasal ilkelere uygun olarak yerine getirmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.”

AYM kararında, beyan ve eylemleriyle, AKP'yi laiklik karşıtı fiillerin odağı haline getiren parti organı, milletvekilleri ve diğer üyeleri de tespit etmiştir. AYM'ye göre organ sıfatıyla Parti Genel Başkanı Recep Tayip Erdoğan (12 eylemiyle) ile üyelerden 22. Yasama Dönemi Meclis Başkanı Bülent Arınç (2 eylemiyle), Milli Eğitim Bakanı Hüseyin Çelik (2 eylemiyle), Milletvekilleri İrfan Gündüz, Abdullah Çalışkan, Resul Tosun, Selâmi Uzun, Hasan Kara ve üye Hasan Cüneyt Zapsu'nun; yerel yöneticilerden Dinar İlçesi Belediye Başkanı Mustafa Tarlacı ve Isparta Belediye Başkanı Hasan Balaman'ın eylemleri, Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin kararlılıkla ve parti üyeleri tarafından yoğun bir biçimde işlendiğini göstermektedir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararıyla iptal edilen 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun teklif edilmesi ve yasalaşmasının sağlanmasıyla, davalı partinin bu eylemleri benimsediği anlaşıldığından, odaklaşmanın kabulü gerekir. Kararın delillerin değerlendirilmesi bölümünde, MEB Merkezi Sınav Yönergesi ile Açık Öğretim Lisesi Yönetmeliğine de davalı partinin laiklik karşıtı eylemleri arasında yer verilmiştir.

Bu tespit ve gerekçeler doğrultusunda, 11 üyeden oluşan mahkemenin 10 üyesi AKP'nin demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği görüşüne katılırken, bir üye bu görüşe katılmamıştır.

d) Uygulanacak Yaptırımın Tespiti

AKP'nin demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı fiillerin odağı haline geldiğinin tespitinden sonra, AYM'nce uygulanacak yaptırımın da belirlenmesi gerekiyordu. Anayasa, 69. maddesinin 5., 6. ve 10. fıkraları ile üç halde "temelli kapatma" yaptırımını öngörüyordu. Bunlar; "Bir siyasi partinin tüzüğünün ve programınının 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması", "Bir siyasi partinin 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin AYM'ce tespit edilmesi" ve bir siyasi partinin "yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden yardım alması" halleri idi. Bu davada bunlardan ikincisi gerçekleşmişti. Zaten bugüne kadar da AYM önüne gelen davaların büyük bir çoğunluğunda bu sebeple kapatma kararı vermişti. Ancak, bu kez yaptırımını belirlerken dikkate alması gereken bir yenilik vardı. Bu yenilik,

2001 Anayasa değişikliğinde Anayasanın 69. maddesine 7. fıkra olarak eklenen, “Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir” hükmüdür.

Bu yeni hükümde, “yukarıdaki fıkralara göre” ifadesiyle gönderme yapılan, temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının uygulanabileceği hallerin, Anayasanın 69. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında düzenlenen yukarıda yer verdiğimiz ilk iki hal olduğunda kuşku yoktur. Ancak, Anayasanın 69. maddesinde belirtilen bu üç temelli kapatma hali içinde, Anayasaya aykırılık bakımından en ağır ve giderilmesi en zor olanın, bir partinin “demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı fiillerin odağı haline gelmesi” olduğunda da tereddüt etmemek gerekir. Bu durumda, eğer bir partiye yöneltilen fiillerin ağırlığı onu “odak” olarak nitelendirebilecek boyutta ise, neye veya hangi ölçüye göre daha hafif yaptırım uygulanacaktır; ya da fiillerin ağırlığı daha hafif yaptırımı gerektiriyorsa, bu kez, neye veya hangi ölçüye göre “odak” olduğunun tespit edildiği sorularının cevabı aranacaktır. Başka bir ifadeyle, fiillerin ağırlığı ile yaptırım arasında “ölçülülük ilkesine” uygun bir denge kurulması gerekecektir.

AYM de muhtemelen bu sorulara cevap bulabilmek ve uygun bir yaptırım saptayabilmek için, “aleyhteki delillerin yanında, lehdeki olguların da değerlendirilmesi, hukuk devletine uygun yargılamanın temel koşuludur” diyerek, bugüne kadarki parti kapatma davalarında pek rastlamadığımız, davalı partilerin lehindeki olguları da değerlendirme yoluna gitmiştir.

Bu doğrultuda, kararda AYM'nin davalı AKP lehine tespit ettiği olgular özetle şöyledir:

- Davalı partinin tüzük ve programında laikliğe aykırı bir sistem arayışı saptanamamıştır.
- 22 Temmuz 2007 seçimlerinde davalı parti seçmenlerin yarıya yakınının oyunu aldığına göre, halkın isnat edilen eylemler ile partinin bütün icraatlarını birlikte değerlendirerek davalı partiye onay verdiği dikkate alınmalıdır.

- Türkiye'nin temel dış politikası haline gelen Avrupa Birliği'ne giriş çabası davalı partinin iktidarı döneminde de sürdürülmüş, bu yönde hukuksal ve siyasal reformlara hız verilerek Anayasa ve yasalarda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede, Anayasada yapılan değişikliklerle ölüm cezası Anayasadan çıkarılmış, uluslararası insan hakları sözleşmelerine yasaların uygulanmasında öncelik tanınarak, ulusal uygulamaların uluslararası insan hakları standartlarına uygunluğu sağlanmış, kadın-erkek eşitliğinde ileri bir aşama olan pozitif ayrımcılık temel bir anayasal ilke olarak kabul edilmiştir. Keza, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, İHAM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılması, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisinin kabul edilmesi, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Kültürel, Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmeleri başta olmak üzere birçok temel hak ve özgürlük belgesinin iç hukuka aktarılması, gayrimüslim azınlıkların statülerinde iyileştirme sağlayan yasaların kabul edilmesi, daha az sınırlayıcı dernekler yasasının kabul edilmesi gibi ülkenin daha demokratik ve özgürlükçü yapıya kavuşturulması çabaları, Avrupa Birliği ile müzakerelerin başlatılması, uluslararası sorunların barışçı yolla çözümüne aktif katkıda bulunulması, davalı partinin sahip olduğu iktidar gücünü ülkenin çağdaş batı demokrasileri standardına kavuşması yönünde de kullandığının göstergeleri olarak kabul edilmelidir.
- Üniversitelerde başörtüsünün serbest bırakılması amacını taşıyan, 5735 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanunun laiklik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilmesinin ardından, davalı partinin seçmen kitlesini eyleme ve şiddet hareketlerine teşvik etme gibi, üstlendiği iktidar gücünü bu yönde kullandığına ilişkin delile de rastlanmamıştır.

Bu tespitler ışığında, AYM, “davalı partinin demokrasiyi ve laik devlet düzenini ortadan kaldırma veya anayasal düzenin temel esaslarını şiddet kullanarak ve hoşgörüsüzlükle tahrip etme amacı, bu amacı somutlaştıran eylemleri ve elindeki iktidar olanaklarını şiddet doğrultusunda kullandığına ilişkin veriler saptanamamıştır” diyerek; davalı partinin demokratik ve laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemlerini partiyi kapatmayı gerektirecek ağırlıkta bulmamıştır.

AYM, kararında, siyasi parti kapatma davalarında yaptırımın belirlenmesinde, Venedik Komisyonu Raporu ile İHAM'ın içtihatlarının izlerini taşıyan, geleceğe dönük ölçüler olarak kullanılacak bazı kriterler de belirlemiştir. Mahkemeye göre, “Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılığı saptanan eylemlerin toplumsal tahammülün ötesine taşan sarsıcı tepkiler yaratma gücünde olması, ulus devletin yaşamsal sorunlarında çoğunluğa hakim olabilecek aşırı endişe, kaygı ve belirsizlik yaratması, sınıfsal veya ideolojik tercihlerin öncelik kazandığı bir kamu hizmeti anlayışını somutlaştırması, toplumda anayasal güvencesizlik yaratması, eylemlerin şiddet veya şiddet çağrısı içermese de tahrik, dayatma ve demokratik teamüllerle bağdaşmaz nitelikte olması, odaklaşmaya yol açan eylemlerin davalı partinin bütününü ve temel politikasını belirleyecek ağırlıkta olması yaptırımın türünü belirleyecek” özelliklerdir.

Bütün bu değerlendirmelerden sonra AYM sonuç olarak; davalı AKP'nin, “demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırılığını saptadığı” dava konusu eylemlerini, “evrensel değerlerle bağdaşmayan, toplumsal barışın temel kaidelerini zedeleyecek bir tehlike ortaya koymayan, hukuk devletine olan inancı ortadan kaldırmaya yönelik sosyal ve siyasal karışıklıkları amaçladığı yönünde bir belirlilik de göstermeyen, şiddet çağrısından uzak” olarak nitelendirip, davalı partinin çağdaşlaşma ve demokratikleşme yönündeki icraatları ile birlikte değerlendirildiğinde; söz konusu eylemlerin ağırlığı yönünden, davalı partinin Anayasanın 69. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca son yıllık devlet yardımının yarısından yoksun bırakılması gerektiği kararına ulaşmıştır.

Mahkeme kapatma kararı vermediğinden, kapatma kararına bağlı olarak verilmesi gereken, “beyan ve eylemleriyle partisinin kapatılmasına sebebiyet veren parti üyeleri bakımından” siyasi yasak hükmedilmesine de mahal kalmamıştır.

AYM'nin bu karara varış şekli de ilginçtir. Yapılan oylamada 6 üye davalı partinin kapatılması, 4 üye devlet yardımından yoksun bırakılması, 1 üye de davanın reddi yönünde oy kullanmışlardır. Anayasanın 149. maddesine göre en az 7 üyenin bu yönde oyu gerektiğinden kapatma kararı çıkmamış; ancak, ceza yargılaması usulü kuralları uyarınca, “en aleyhte olan oyların kendisine daha yakın olan oylara katılmasıyla”, davalı AKP'nin “son yıllık devlet yardımından yoksun bırakılması” yönünde karar oluştuğu kabul edilmiştir.

AYM'nin kararını açıkladığı 30 Temmuz 2008 günü Türkiye'de adeta nefesler tutulmuştu. Kararın açıklanması da alışlagelmiş üslup ve tarzda olmadı. Başkan Haşim Kılıç, bir mahkeme kararını açıklıyor değil de, sanki farklı siyasi görüşleri uzlaştırmayı başarmış bir arabulucu edasındaydı; herkese nasihatler veriyor, adeta siyasi şov yapıyordu. Karar kimseyi tatmin etmemiş ama Türkiye derin bir nefes almıştı. Taraflar şaşkınlık içindeydi. AKP'liler kapatılmadıkları için sevinçliyidiler, ama demokratik ve laik Cumhuriyete aykırı eylemlerin odağı olmakla mahkum olmanın ezikliğini hissediyorlardı. AKP'yi laik cumhuriyet için tehlike olarak gören kesimler ise kuşkusuz hayal kırıklığına uğramışlardı, ama AKP'nin demokratik ve laik Cumhuriyete aykırı eylemlerin odağı olmakla mahkum edilmesi onları biraz teselli ediyordu. Böylece, son günlerde bazı önde gelen siyasetçilerin ve köşe yazarlarının dile getirdikleri aranan "orta yol" bulunmuştu. Bu yol kimsenin kazanmadığı, kimsenin de kaybetmediği, şimdilik demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün kazanmış gibi görüldüğü bir yoldu. Ancak, asıl önemli olan, bu kararın herkes için, bu aşamada öncelikle AKP için, zeminini hukuk devleti güvencesi içinde demokratik ve laik Cumhuriyetin oluşturduğu, bir yol haritasının çizilmiş olmasıydı.

SONUÇ

AYM'nin irdelediğimiz son iki kararının izlerinin 2008 yılı ile sınırlı kalmayıp, Türkiye'nin geleceğini şekillendirmek bakımından da önemli etkilerinin olacağı kuşkusuzdur. Çünkü, bu kararlarla başta siyasetçiler ve siyasetin baş aktörleri olan siyasi partiler olmak üzere, herkes ve her kurum için, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayalı çağdaş demokratik ve laik Cumhuriyetin yol haritası çizilmiştir. Bu haritayı doğru okumak ve izlemek herkesin yararına olacaktır.

Bu doğrultuda, öncelikle Türkiye'nin yıllardır gündeminin birinci sırasını işgal eden ve çoğu zaman gerginliklere yol açan üniversitelerde ve kamu kurumlarında uygulanan türban yasağı sorununun, hukukla çözülemeyeceğinin nihayet anlaşılması gerekir. Çünkü, türban yasağını kaldırmak için önce yönetmelikle, sonra kanunla ve en son olarak da anayasa değişikliğiyle yapılan düzenlemelerin defalarca yüksek mahkemelerden dönmesi, İHAM'ın da yine defalarca türban yasağını İHAS'a uygun bulması, sorunun hukuksal düzenlemelerle çözülemeyeceğinin açık ve kesin göstergesidir. Esasen temel hata bu sorunu hukukla çözme çaba-

sıdır. Çünkü, türbanı sorun haline getiren sosyolojik ve siyasi boyuttur. Daha somut bir ifadeyle “mahalle baskısı” ve “siyasi istismar” türbanı Türkiye’de sorun haline getirmiştir. Böyle olunca, bu sorunu çözmenin yolu da siyasetin türbandan elini çekmesi ve toplumun mahalle baskısından kurtulup bireyin özgürleşmesidir. Türban sorunu Türkiye’de ancak, örtünmenin gerçekten bireysel tercih olduğu ve özgürlüklerin toplumsal yaşamın zorunlu kıldığı sorumluluklar çerçevesinde kullanıldığı bir hoşgörü ortamı içinde aşılabılır. Kaldı ki, türban sorununu çözecek bir hukuki formülasyon bulmak hukuk tekniği olarak da mümkün değildir. Çünkü, örtünmenin çeşitliliği nedeniyle, kıyafet serbestisi dışında, eşitlik ilkesine uygun bir örtünme formülasyonu yapılamaz. Tam bir kıyafet serbestliği ile de toplumsal yaşamda kamu düzeninin sağlanması mümkün değildir. Bu nedenle türban sorununun çözümü için hukuki formülasyon aramak boşuna bir çaba olacaktır.

AYM’nin AKP’ye ilişkin kararında, siyasi parti yasaklamaları bakımından, Venedik Komisyonu Raporu ve İHAM içtihatlarıyla örtüşen yeni kriterler belirlenmiştir. Böylece artık siyasi partilerin kapatılması zorlaştırılırken, partiler için kırmızı çizgiler ulusalüstü standartlarla uyumlu hale getirilerek belirginleştirilip somutlaştırılmıştır.

Her iki karardan çıkarılabilecek bir başka sonuç da AYM içtihadındaki sürekliliktir. Özellikle laiklik ilkesinin anlam ve yorumu bakımından, Mahkemenin 1960’lı, 1970’li, 1980’li, 1990’lı ve 2000’li yıllarda verdiği kararlar birbirini yinelercesine tutarlılık içindedir. Başka bir ifadeyle, laiklik ilkesi bakımından Mahkemenin 45 yıllık içtihadında tam bir devamlılık vardır. Aynı şekilde, cumhuriyetin değişmezliği ilkesine ilişkin olarak da, Mahkemenin 1970’li yıllarda vermiş olduğu kararlarla, türban yasağını kaldırmaya yönelik anayasa değişikliğine ilişkin son kararı da neredeyse tamamen örtüşmektedir. Keza, siyasi parti kapatma davalarıyla ilgili olarak da, 1970’li yıllarda Milli Nizam Partisinin, 1980’li yıllarda Huzur Partisinin, 1990’lı yılların sonları ile 2000’li yılların başında Refah Partisi ile Fazilet Partisi’nin kapatılmasına ilişkin kararlarındaki yorum ve gerekçelerle, en son AKP davasındaki yorum ve gerekçeler arasında da büyük bir paralellik bulunmaktadır. Dolayısıyla, parti kapatmalarında da Mahkemenin içtihatlarında yine devamlılık vardır. Bu durum, son yıllarda Mahkeme üyeleri ve onları atayan Cumhurbaşkanılarının kişiliklerine yöneltilen spekülasyonların ne kadar haksız ve yersiz olduğunun somut göstergesi olmalıdır.

Son olarak, bütün mahkeme kararları gibi, AYM'nin son iki kararının da eleştirilecek çok yönleri vardır. Özellikle de böylesi kritik ve önemli kararlara karşı eleştiri olması da son derece doğaldır. Ancak, kanımızca son tahlilde, Başkanının siyasi polemiklerine rağmen, AYM'nin bu zor süreçte başarılı olduğu ve bu iki kararın Mahkemenin itibarını artırdığı söylenebilir.

Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu*

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ**

“Sonuçta, çok farklı ahlak ve çok farklı hukuk sistemleri bulunmasına karşılık yalnızca tek bir doğa sistemi bulunduğu bir gerçektir. Bir ahlak sistemine göre iyi olan diğerine göre kötü olabilir; ve bir hukuk düzenine göre suç teşkil eden diğer hukuk düzeninde tamamen doğru olabilir.”¹

Teorik Açıdan Hukuk Ahlak İlişkisi

Hukuk ile ahlak ilişkisi, gerçekten hukukun teorisinin, hukuk üzerine derin düşünmenin, norm koyma ve bu normu uygulamanın temel sorunlarından biridir. Ayrıca bu ilişkinin tarihteki en uzun soluklu teorik tartışmalardan birinin temeli olduğunu söylemek pek tutarsız değildir. **Doğal Hukuk** ve **Hukuki Pozitivizm** tartışması, günümüzü belirleyen en yakın versiyonlar olarak 17.-18. Yüzyılın rasyonalist doğal hukuku ile Bentham ve Austin’in hukuki pozitivizmi bağlamında ele alınsa bile, bu tartışmanın yaklaşık iki yüz yıllık bir geçmişi olduğunu söylemek mümkündür. Hukukun kuramsal tartışmasına girip de bu zıtlığı bir biçimde içselleştirmeyen birini bulmak hemen hemen olanaksızdır. Pratik kaygılarla tartışmaya muhalif olanlar ‘bunun soyut ve teorik bir tartışma olduğunu söyleyerek acil uygulama sorunlarına eğilmek gerektiğine’ ilişkin bir

* 17-18 Nisan 2009’da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen **Norm Koyma ve Hüküm Verme** adlı toplantıda sunulan bildiriden yola çıkılarak hazırlanmış bir makaledir.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ (Kelsen Hans, **What is Justice**, 139-142), Davies, Howard., David Holdcroft, **Jurisprudence: Text and Commentary**, Butterworths, London, 1995, s.174.

iddiada bulunabilirler, ancak sorunun boyutları ve etkilerinin biraz olsun farkında olanlar için bu iddia pek de anlamlı değildir.

Sorunun öneminin yeterince ortaya konulabilmesi için öncelikle, yalnızca bu metnin amacıyla sınırlı olarak bazı kavramların tanımlanması, hukuk ahlak ilişkisinde hukuk normunun ve bu normun oluşum ve uygulamasının kilit rolünün açıklanması gereklidir. **Doğal hukuk görüşü**, hukuk adını alan her hangi bir davranış kuralının örneğin anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik ya da örf ve adetin içeriğinin önemli olduğunu ve bu içeriğin bir biçimde ahlakla ilişkilendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. ‘Ahlakla ilişkilendirilmek’ ifadesi de konuya çok yakın olmayanlara bir ölçüde gizemli görünebilir. Ahlakla ilişkilendirilmek normun içeriğinin değerle bağlantısını kurmaktır, yani normun içeriğindeki normatif öğenin, **olması gereken**’in (emir, yasak ya da izin) yine normun içindeki **olan**’la (davranışla) neden bu biçimde birleştirildiğinin ortaya konulmasıdır. Örneğin her ülkenin hukuk sisteminde bir biçimde bulunan **mala in se**² niteliğindeki, (bizatihi kötüler, kanun koyucu ve hukuk düzenlerinden bağımsız olarak her yerde suç kabul edilen eylemler) ‘insan öldürmenin yasak’ olduğuna dair kural ele alındığında, öldürme eylemi ile birleştirilen normatif öğenin olumsuz emir yani yasaklama olduğu görülür.

Tam bu noktada doğal hukuk ile hukuki pozitivizmin farkını ortaya koymak mümkündür: Doğal hukuk için, nihai tahlilde, kuralın içindeki **olan** ile yani hayat olayı ya da insan davranışıyla, normatif yönün yani **olması gereken**’in nasıl bağlandığı önemlidir. Örneğin ‘etnik ayrımcılığı esas alarak adam öldürmeye izin veren’ bir norm adam öldürme eylemini izin ile bağladığı ve bunu etnik farklılık ile gerekçelendirdiği için hukuk kuralı olma vasfını yitirecektir.

Burada doğal hukuk, kuralı nitelerken içeriğini belirli ahlaki ölçütlerle değerlendirmeye tabi tutmakta, bu doğrultuda kuralın hukuk olma ve asıl önemlisi ahlaken de bağlayıcı olma niteliğini saptamaktadır. Yalnız bununla belki de, deyim yerindeyse, ahlaki ölçütlere uymayan normun, eksiksiz ve hatasız olarak resmi prosedürleri tamamlamış olsa da hukuk olmayacağını ileri süren bir doğal hukuk versiyonunun benimsendiği düşünülmemelidir. “Lex iniusta non est lex - adaletsiz yasa, yasa değildir”³ düsturu ile ifade edilen bu anlayış pozitivist endişeleri haklı çıkaracak öl-

2 J. W. Harris, **Legal Philosophies**, Butterworth & Co. Ltd. 1995, s.18.

3 Haris, s.19.

çüde radikaldir. Ancak bu suçlama yani kişilerin, ahlaki olmadığı – ahlak anlayışlarına uymadığı gerekçesiyle hukuk kurallarına uymayacakları ve böyle bir anlayışın kabulü halinde hukukun tümüyle işlevini yitireceği iddiası, belirli bir doğal hukuk versiyonu olmaktan çok eleştiricilerinin bir yakıştırması gibi gözükmektedir.

İki nedenle böyle bir iddia gerçekçi değildir: Öncelikle, tıpkı Locke'un 'baskıya karşı direnme' hakkı konusunda kendisine yöneltilen eleştirilere verdiği cevapta olduğu gibi burada kastedilen basit bir adaletsizlik ya da kişisel, eksantrik bir ahlaki farklılık sonucu yasanın reddedilmesi değildir. Adaletsizliğin çok ciddi, vahim boyutta olması ve nesnel (çesitli biçimde nesnelleştirilebilir) olması gerekmektedir. İkincisi, eğer çağdaş doğal hukuk savunucularından Finnis haklıysa, bu ifadeden anlaşılması gereken adaletsiz yasanın yok hükmünde olacağı değil, yasaların genelde sahip olduğu vicdani bağlayıcılığa sahip olamayacağı; daha genel biçimde ifade edilirse, hukuka uyma ahlaki ödevinden (eğer böyle bir ödevin varlığı kabul edilirse) yararlanamayacağıdır. Hatta Finnis burada, tıpkı üstadı Sokrates gibi, bütünü adil olan bir hukuk düzeninde tek bir adaletsiz yasaya uymamanın, eğer bütünü tehlikeye atacaksa, doğru olmadığını belirtmektedir.⁴

Her ne kadar Finnis'in bakış açısı Sokrates'le örtüşüyorsa da doğal hukukun tarihsel süreçte çok ciddi değişikliklere uğradığını söylemek mümkündür. Konunun daha iyi ortaya konulabilmesi açısından ve tüketici olmamak kaydıyla doğal hukukun yalnızca Batı'da geçirdiği belirli aşamaları aşağıdaki gibi saptanabilir:

Doğacı Hukuk

Sokrat - Platon çizgisi

Aristocu Anlayış

Stoa Okulunun kozmopolitik doğal hukuku

Ortaçağ'ın dini renkli ancak, etkilendiği ilkçağ düşünürüne göre değişen doğal hukuk anlayışı

Grotius'un laik ama daha önemlisi apriori ve aposteriori olarak ayırdığı doğal hukuk

⁴ Haris, s.19.

17. - 18. Yüzyılın (Spinoza'nın bir bakıma doğacı hukuka yaklaşan doğal hukukundan Locke'un doğal hukuk anlayışına içinde olağan üstü karmaşıklıkta nüanslar içeren) Rasyonalist Doğal Hukuku

Stammler'in, Grotius'un aposteriori doğal hukukunda köklerini bulan değişken doğal hukuku

Günümüzde Finnis, Fuller ya da Dworkin ve bunların takipçileri tarafından ileri sürülen görüşler

Asıl önemli olan karmaşıklık açısından hukuki pozitivizmin de en az hasmı kadar karmaşık bir gelişme çizgisi izlediğidir. Ancak her ikisinin tarihinden en önemli kırılma noktası 18. ve 19. yüzyıldır. Bu dönemde rasyonalist doğal hukuk yükselmiş, pratik siyasi bir boyut kazanmış, burjuva devrimleri olarak adlandırılan, Hollanda, İngiliz, Amerikan ve Fransız devrimlerinde hem itici hem de meşrulaştırıcı bir güç olarak kullanılmış, hukuki metinlere (Amerikan hak Beyannameleri, Federal Anayasa'nın Ek'leri ya da Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi) girmiştir. Hemen ardından ise hukuki pozitivizm (daha doğrusu çeşitli pozitivizmler) büyük bir tepki olarak ortaya çıkmış, doğal hukuku eleştirmiş, onu büyük ölçüde en azından 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar ikinci plana atabilmiştir.

Hume'un, 1739'da ilk kez yayınlanan İnsan Doğası Üzerine Bir Deneme'de, **olan** ile **olması gereken**'in mantıksal ayrılığı temelinde doğal hukuk anlayışını (aslında anlayışlarını) reddetmesi, ardından Bentham'ın yararçı felsefesi bağlamında, aslında yine bir insan doğası, psikolojisi ve toplum anlayışı getirerek hukuki pozitivizmin temellerini atmasının ardından; Austin ayrıntılı bir pozitivist hukuk kuramı geliştirmiştir. Tüm eleştirilere rağmen Austin'in teorisi gelişmekte olan modern yaşama daha iyi uyumu ve hukuku **analitik** ve **normatif** hukukbilimi olarak sınıflaması, buna göre normatif hukuk bilimine dahil olan doğal hukuku böylece uygulanan hukukun dışına itmesiyle üstün gelmiştir.

Diğer çok önemli temsilcilerinin yanından (örneğin Raz, MacCormick) Kelsen ve Hart ile günümüzdeki biçimini alan hukuki pozitivizm, Hart'a göre aşağıdaki ilkeler üzerine oturmaktadır:

“Günümüz hukukbiliminde (jurisprudence) tartışılan pozitivizmin beş anlamını saptamakta yarar vardır:

1. Yasaların insan oğlunun emirleri olduğu iddiası;
2. Hukukla ahlak ya da olan hukukla olması gereken hukuk arasında zorunlu bir bağın olmadığı iddiası;
3. Hukuki kavramların analizi (anlam araştırması), (a) yapılmaya değerdir ve (b) yasaların nedenleri ve kökenleri üzerine olan tarihi araştırmalardan, hukuk ile diğer sosyal olayların ilişkisi üzerine olan sosyolojik araştırmalardan, ve hukuku ahlak, sosyal amaçlar, işlevler ya da başka yollarla eleştirme ya da onaylamadan ayrılmasıdır iddiası;
4. Bir hukuk sisteminin, doğru hukuki kararların, sosyal amaçlara, politikalara, ahlaki ölçütlere gönderme yapılmaksızın, önceden belirlenmiş kurallardan mantıksal yollarla çıkarıldığı ‘kapalı bir mantıksal sistem olduğu’ iddiası; ve
5. Ahlaki hükümlerin, rasyonel argümanla belirlenebilen ya da kanıtlanabilen olgusal ifadeler olarak kurulamayacağı ya da savunulamayacağı iddiası (Etikte noncognitivism⁵ – bilişselcilik karşıtlığı).”⁶

Hart’ın saptadığı ilkelerden ikincisi ünlü ‘separation ya da separability thesis - ayrılık ya da ayrılabilirlik tezi’ olarak bilinir ve hukukun ahlaktan ayrılığını, ona göndermeden tanımlanabileceğini ve hatta tanımlanması gerektiğini ifade eder. Hukuki pozitivism özü olarak kabul edilen bu ilke baştan beri taraftarlarının üzerinde hassasiyetle durdukları, en çok vurguladıkları ve başka bazı ilkelerle de ilişkilendirdikleri mahrem alandır. Yukarıda ‘4. maddede’ Hart tarafından öne sürülen ‘sources thesis - kaynaklar tezi’ Austin’in hukuku, ahlaka gönderme yapmaksızın yani içeriksiz bir değerlendirmeye tabi tutmaksızın yalnızca biçimsel olarak saptamak ve geçerliliğini yine bununla sınırlamak için ileri sürdüğü yaratıcı bir ölçüttür ve doğrudan ayrılık tezine dayalıdır. Ana hatlarıyla kaynak tezi hukukun ancak sayılan resmi kaynakları olduğunu, farklı bir ifa-

⁵ Noncognitivism ahlaki önermelerin, gerçek birer önerme olmadıklarını çünkü doğru ya da yanlış değeri alamadıklarını ileri sürer. Örneğin ‘İstanbul güzel bir şehirdir’ ifadesi, ‘İstanbul 7 tepe üzerine kurulmuştur’ ifadesinden farklıdır. Bu temelde emotivism (duyguculuk) ile örtüşür.

⁶ (H.L. A. Hart, **Positivism and Separation of Law and Morals**, Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, s. 57, n:25.) Howard Holdcroft, s.3; Ian McLeod, **Legal Theory**, MacMillan Pres LTD, London 1999, s. 14; Dworkin ‘pozitivizmin iskeleti’ dediği temel ilkelerini daha ileri bir soyutlamayla ve farklı tanımlamaktadır, krş. Ronald Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, Çev. Ahmet U. Türkbağ, Dost Yay., Ankara 2007, ss.40-41.

deyle, bu mercilerin ve daha önceden saptanmış resmi prosedürlerin ürünü olmayan kuralların geçerli (hukuk) olmadıklarını ileri sürer. Dworkin buna bir kuralın hukuk olup olmadığını saptamada kullanılan soyağacı testi demektedir ve yine “bu test” Kelsen’in hiyerarşik sisteminin temelini oluşturmaktadır.

Günümüzde hukuki pozitivizmin ‘**exclusive – hariç tutan**’ ve ‘**inclusive – dahil eden**’ iki belli başlı versiyonu bulunmaktadır.⁷ Burada dahil edilen de hariç tutulan da **ahlak**’tır. Yukarıda sözü edilen kaynaklar tezi ve hukuki geçerlilik bağlamında tanımlanan ve tartışılan bu iki pozitivizm versiyonu, kısaca ve kabaca şöyle ifade edilebilir: Eğer hukuki geçerlilik hiçbir biçimde ahlakla ilişkilendirilmeden yalnızca geleneksel (konvansiyonalist) olarak hukukun resmi – biçimsel kaynaklarıyla sınırlanır, yani örneğin herhangi bir ülkede daha önceden saptanmış kurala (tanıma kuralına) göre içeriğine bakılmaksızın ‘parlamentonun geçirdiği yasa - hukuk’ ise bu exclusive, hariç tutan bir tanımlamadır; buna karşılık koşullu olmak kaydıyla yani bir ülkenin tanıma kuralının öngörmesi durumunda hukuki geçerliliği saptamak için ahlaki değerlendirmelerin yapılabileceği kabul ediliyorsa bu inclusive, dahil eden bir anlayışın ifadesidir. Bunun çağdaş doğal hukuk temelli anlayışlardan farkı ise doğal hukukçuların hukuki geçerlilikle ahlaki değerlendirme arasında koşulsuz ve hukukun doğasından gelen, zorunlu bir bağlantı görmeleridir.⁸

Tam da bu noktada günümüzde karşılıklı birer eğri oluşturarak doğal hukuk ve hukuki pozitivizmin birbirlerine giderek yaklaştıkları, yukarıdaki açıklamalardan ya da Hart’ın eğer bir fark varsa bunun “küçük” bir fark olduğunu⁹ ileri sürmesinden anlaşılabilir. Ancak yine de hukuki geçerlilik için derin bir ahlaki değerlendirme yapmakla yapmamak arasında bir fark vardır ve bunun yukarıdaki örneklerde ima edilen sonucu, hukukun pratiğinde, normun uygulanmasında ahlakla ilişkisine değinildikten sonra saptanmaya çalışılmıştır.

⁷ Bkz. Jules Coleman, Scott Shapiro (Ed.) (Assoc. Ed. K.I. Himma), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford University Press, New York 2004 içinde Brian H. Bix, “Natural law: The Modern Tradition” ss.61-103; Andrei Marmor, “Exclusive Legal Positivism” ss.104-124; Kenneth I. Himma, “Inclusive Legal Positivism” ss.125-165.

⁸ Coleman – Shapiro, s.105, 95-96.

⁹ Hart’tan naklen, Coleman – Shapiro, s.95.

Pratik Açıdan Hukuk Ahlak İlişkisi: Norm ve Ahlaki İçerik

Burada Kant temelli hukuk ahlak farkları ya da hukuki pozitivist açıdan kurulan hukuk genel teorileri bağlamında bir açıklamaya girilmedi, çünkü böyle bir açıklama, ne kadar kaçınılmaya çalışılırsa çalışılsın, yine yukarıda şematik olarak incelenen tartışmanın içine girecek ve sözcüğün geniş anlamıyla teorik bir karakterde olacaktı.

Buna karşılık bu başlık altında doğrudan pratiği sergileyebilmek için pozitif hukukta, genelde hukuk normu ile ahlakın nasıl ilişkilendirildiği üzerinde duruldu. Bu ilişki üçlü bir sınıflamada özetlenebilir:¹⁰

Öncelikle hukuk kuralı ahlaki bir kavramı hukuka dönüştürebilir. Buna hukuk ve ahlakın tekrarlama ya da dönüşme ilişkisi adı verilmektedir. Yukarıda **mala in se** kavramında değinilen kendiliğinden kötüler aslında bu ilişkiye örnek gösterilebilir. Ama dönüşme ilişkisi yalnızca bu olumsuz içerikle sınırlı değildir. Örneğin ahlakın (en azından Kantçı ahlakın) temeli iyi niyet MK 3'te öngörülmüş ve hukuki bir kavrama dönüştürülmüştür: Bilmeme ya da bilebilecek durumda olmama¹¹ Ahlaken iyi niyeti bu denli sınırlı biçimde tanımlamaya olanak yoktur. Ancak hukukun hayat olayları içindeki sorunlarla ilgili olarak, somut kanıtlara dayanarak, belirli prosedürlere göre tarafları tatmin edecek sonuçlara makul sürelerde ulaşma zorunluluğu, onu kavramları daraltıp somutlaştırmaya yöneltmektedir. Aynı eğilim insan haklarındaki malum gelişmede de kolaylıkla görülebilir: İnsan hakları soyuttan somuta, beyannameden anlaşmaya doğru tarihsel süreçte ilerlerken, daima sınırlanmış ve güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Böylece ahlaki içerik, hukuka dönüştürülmüştür.

İkinci ilişki gönderme biçimindedir. Hukuk, dönüştürmek yerine bazen, belirli bir toplumda ahlak adı altında var olan ve genelde, aslında gelenek, din ve örflerle de karışmış bulunan kurallara yani toplumsal ahlakın tamamına gönderme yapabilir. Örneğin ahlaka adaba aykırı sözleşmelerin hükümsüz olacağına ilişkin BK 20/I hükmü, toplumsal ahlakın tamamına gönderme yapmaktadır. Burada ahlak açıkça hukukun bir parçasını oluşturmakta, hukuki kararın temelini teşkil etmektedir. Çünkü hakimın sözleşmenin geçerliliği konusundaki kararını belirleyecek olan,

¹⁰ Mesut Önen, **Hukukun Temel Kavramları**, 5. bası, Beta Yay., İstanbul 1999, ss.28-34.

¹¹ İyi niyet kavramının hukuki yapısı, kapsamı ve sınırları açısından iyi bir özet için bkz. M. Kemal Oğuzman Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 12. Bası, Beta Yay., İstanbul 2005, ss.172-182.

sözleşmede öngörülen ve ahlaken sakıncalı olup olmadığı tartışmalı şart konusunda varacağı sonuçtur. Yani hakim toplumsal ahlakın emri konusunda yapacağı tespit doğrultusunda hukuku belirleyecek ve sözleşmenin akıbeti konusunda hükmedecektir.

Ancak bu iki durumda hukuki pozitivizm, yani ayrılık tezi açısından herhangi bir sorun çıkarmaz. Çünkü dönüşmede ahlak kuralı pozitivizmin hassasiyet gösterdiği prosedürlerden geçerek hukuklaşmaktadır. Onu bağlayıcı kılan ahlaki kökeni değil, içeriğini oluşturduğu pozitif hukuk normudur ki bu kaynak tezine de uygun bir durumdur. İkinci durumda ise hukuk bir konuda karara varabilmek için kendi dışına gönderme yapmaktadır. Hukuk yalnızca ahlaka değil, hayattaki sorunları çözebilmek için pek çok farklı alana göndermeler yapmaktadır. Bilirkişi kurumu ve yargılama hukukundaki ön sorun ya da bekletici sorun kurumları hukuki bir sorunu çözmek için, öncelikle çözülmesi gereken başka sorunlar olduğunda kullanılan kurumlardır. Ancak ahlaka yapılan göndermenin diğerlerinden farklı olduğunu da görmek gerekir. Çünkü hukuki bir sorunu çözmek için bir muhasebe uygulaması hakkında bilgi edinmek ile bir davranışı genel ahlaka aykırı olarak tespit etmek farklıdır. Bunlardan ikincisi **ahlakın, hukuk yoluyla dayatılması** gibi yalnızca pozitivistlerin değil birçok hukukçunun üzerinde hassasiyetle durdukları bir konuya dokunmaktadır.

Ahlak ile hukukun son ilişki biçimi yabancı kalmalarıdır. Yukarıda değinilen ahlakın hukuk yoluyla dayatılması modern toplumlarda, bireysel özgürlük, özel hayata saygı ve demokratik yönetim fikirleri dolayısıyla, büyük ölçüde haklı olarak, gittikçe kısıtlanmaktadır. Bu nedenle ahlaken doğru olmayan birçok davranış hukuki korumadan tümüyle ya da kısmen çıkarılmış, kanun koyucunun değerlendirmesi ile yani **mala prohibita** olarak korunmamıştır. Örneğin yalan söylemek ahlaken yanlış olduğu halde TCK 272'ye göre belirli durumlarda suçtur.

Ancak hukukla ahlakın ilişkisi bu pratik boyutun ötesinde ve teorik tartışmaların dahi zaman zaman yakalayabildiği çok daha derin bir boyutta yer almaktadır. Şu anahtar soru hukuk ile ahlak ilişkisinde hem belirleyici hem de açıklayıcıdır: Anayasalarda yer alan belirli temel ilkelerin ya da kavramların, demokrasinin, özgürlüğün, hukuk devletinin vb., önemi ya da gücü bu resmi metinlerde, hukukun kaynaklarında yer almalarından mı doğmaktadır yoksa bunun tam aksi mi doğrudur?

Sağlık Koruma Bantları ve Kamulaştırmasız El Atma

– Bir Yargıtay Kararının Eleştirisi –

Doç.Dr. Erdoğan BÜLBÜL*

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, “sağlık koruma bantları” vesilesiyle gündeme gelen kamulaştırmasız el atma konulu bir davada, idare hukuku ilkeleri bakımından eleştiriye açık sonuçlara ulaşan bir karar vermiştir.

Karara yol açan olay şöyle gelişmiştir: Yalova sınırları içerisinde faaliyette bulunan birinci derece gayrisihhi müessese statüsündeki bir şirketin faaliyet alanı etrafında Sağlık Bakanlığı tarafından bir sağlık koruma bandı oluşturulmuştur. Oluşturulan bu sağlık koruma bandı nedeniyle, sözkonusu bant iğerinde –üzerinde zirai tarım yapılan– arazisi bulunan bir kişi “kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili” istemli bir dava ağmıştır. Dava yerel mahkeme (Yalova 2. Asliye Hukuk Mahkemesi) tarafından reddedilmiş ve karar temyiz edilmek suretiyle Yargıtay 5. Hukuk Dairesi önüne gelmiştir.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi temyiz incelemesinde, önce, Sağlık Bakanlığı’nca, davacıya ait taşınmazların kısmen sözü edilen sağlık koruma bandı iğerine alındığını ve bu durumun, ilgili belediye tarafından imar planına işlendiğini saptamıştır. Ancak bu saptamaya rağmen, Yüksek Mahkeme, “her ne kadar sağlık koruma bandı Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulmuş ise de bu işlem dava dışı (...) A.ř. lehine ve yararına yapıldığından davanın (...) A.ř. aleyhine açılması gerekirken, Sağlık Bakanlığı aleyhine açılması doğru değildir” sonucuna ulaşmış ve yerel mahkeme kararının sonucu itibariyle doğru olduğuna hükmetmiştir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 22.05.2007 tarihli kararının İdare Hukuku ilkeleri bakımından değerlendirilmesi, öncelikle, –sağlık koruma bantlarının hukukene ne ifade ettiğinin ortaya konulmasını da içeren– sağlık koruma bandı açılı bir yaklaşım gerektirmektedir (1). Kararın değerlendirilmesi, ayrıca, kararda ulaşılan sonuç bakımından kullanılmış olması nedeniyle, karar eksenli bir biçimde kamulaştırmasız el atma müessesesine değinmeyi de zorunlu hale getirmektedir (2).

1) Mevzuatımızda sağlık koruma bantlarına ilişkin düzenlemeler 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu'nda ve bu kanun hükümlerine dayanılarak çıkarılmış bulunan yönetmeliklerde yer almaktadır¹.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 268 ve devamı maddeleri uyarınca çıkarılan ve sağlık koruma bandının belirlenmesine ilişkin esasları düzenleyen Gayri Sıhhi Müesseseler Yönetmeliği, 10 Ağustos 2005 tarih ve 25902 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Gayri Sıhhi Müesseseler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik" ile yürürlükten kaldırılmış; konuyla ilgili yeni düzenlemeler öngören "İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik" ise, aynı tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Mülga Gayri Sıhhi Müesseseler Yönetmeliği'nin 3. maddesinin (r) bendinde yapılan sağlık koruma bandı tanımı aynen şöyledir: "*Müessesenin çevreye olan zararlı etkisi dikkate alınarak müessese etrafında bırakılması gereken iskan dışı alan*"².

Sağlık koruma bandı, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'in 16. maddesinin birinci fıkrasında ise, "*sanayi bölgesi, organize sanayi bölgesi ve endüstri bölgeleri ile bu bölgeler dışında kurulacak birinci sınıf gayri sıhhi müesseselerin etrafında bırakılması zorunlu alan*" olarak tanımlanmış ve önceki düzenlemeden farklı olarak, bu alanın mülkiyet sınırları dışında belirlenemeyeceği öngörülmüştür.

¹ Ayrıca 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasında "Mülkiyet sınırları içinde Sağlık Bakanlığınca öngörülen sağlık koruma bandı bırakılır" hükmüne yer verilmiştir.

² 6.10.1983 tarih ve 18203 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Gayri Sıhhi Müesseseler Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (i) bendinde ve 26.9.1995 tarih ve 22416 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Gayri Sıhhi Müesseseler Yönetmeliği'nin 3. maddesinin (m) bendinde de buna benzer birer tanım yer almaktaydı: "Sağlık Koruma Bandı: Müessesenin çevreye olan zararlı etkisi dikkate alınarak tesis etrafında bırakılması gereken iskan dışı alanı ifade eder".

5195 sayılı Kanun³ ile değiştirilen 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu'nun 1/A maddesinin (f) bendinde ve bu Kanun uyarınca çıkarılan 16 Aralık 2004 tarih ve 25672 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Endüstri Bölgeleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde de, sağlık koruma bandı “1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu gereği, endüstri bölgesi mülkiyet sınırları içinde bırakılması gereken yapılaşmaya kapalı alan” olarak tanımlanmıştır.

Bu düzenlemeler göstermektedir ki, sağlık koruma bantları –geniş anlamıyla– bazı sanayi tesislerinin etrafında, bu tesislerin olumsuz etkilerinden çevrenin ve insanların korunması amacıyla ve sözü geçen sanayi tesislerinin mülkiyet alanı içinde oluşturulan yapılaşmaya kapalı alanlardır.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin incelenen kararında da belirtildiği gibi, sağlık koruma bandı, Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulmakta ve Belediyelerce imar planlarına işlenmektedir. Danıştay 6. Dairesi'ne göre de, “sanayi alanının ayrılmaz bir parçası niteliğinde olan sağlık koruma bandının anılan alan içinde düzenlenerek imar planına işlenmesi” belediyeye ait bir görevdir⁴.

Başka bir deyişle, sağlık koruma bandı tesisi, idarenin tek yanlı olarak ve kamu yararını sağlamak amacıyla yaptığı ve –varsa⁵– bu bant içinde kalan arazilerin mülkiyet hakkının kullanılması bakımından sınırlandırıcı etkileri olan bir *idari işlem* olarak ortaya çıkmaktadır.

³ 22 Haziran 2004 tarihli Endüstri Bölgeleri Kanunu ve Organize Sanayi Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

⁴ D.6.D., 28.12.1991, E. 1991/1596, K. 1991/3186.

⁵ Sağlık koruma bantlarının bir kısmı –oluşturulduğu tarihteki mevzuata uygun olarak– sanayi tesislerinin mülkiyet alanı dışında öngörülmüş olup, bunların mülkiyet alanı dışında kalması, yeni düzenlemelere rağmen, bir sorun oluşturmamaktadır. Nitekim, “Yürürlük” başlıklı 47. maddesine göre yayım tarihi olan 10 Ağustos 2005 günü yürürlüğe giren İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te –olması gerektiği gibi– geriye etkili uygulamayı öngören bir hüküm yer almamaktadır. Aksine, Yönetmeliğin geçici birinci maddesinin birinci fıkrasında, “Bu Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce mevzuatına uygun olarak ruhsatlandırılmış bulunan işyerleri yeniden ruhsatlandırılmaz.” ifadesine; 4737 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak çıkarılan Endüstri Bölgeleri Yönetmeliği'nin “Özel Endüstri Bölgeleri ile İlgili Diğer Hususlar” başlıklı geçici üçüncü maddesinin üçüncü fıkrasında da, kanunkoyucunun iradesine uygun olarak, “Daha önce konulmuş sağlık koruma bandı varsa, bu mesafe geçerli olur.” hükmüne yer verilmiştir.

Kuşkusuz, sağlık koruma bandı oluşturulması işlemi, sözü geçen sınırlayıcı etkileri nedeniyle, bazı taşınmaz sahiplerinin zarara uğramasına yol açmış olabilir. Bu olasılıkta, bu zararların giderilmesi sorunu, *idari işlemlerden kaynaklanan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğuna ilişkin ilkeler* çerçevesinde çözümlenecektir.

Nitekim, kamulaştırmaz el atma alanında referans konumunda bulunan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 1956 ve 1959 tarihli kararlarında da bu husus net bir biçimde ortaya konulmuştur. Gerçekten, örneğin 1959 tarihli İçtihatları Birleştirme Kurulu kararına göre, “bir amme teşekkülünün vazifelerinden olan bir işin yapılmasının kararlaştırılması, idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp o plan ve projeler gereğince işin görülmesi de kararın neticesi olan birer idari fiildir. O halde, bu fiillerden doğan zararların tazmini istekleri de, idari kararlar ve fiillerden doğan zararın bir kimsenin hakkını halele uğratması esasına dayanan tazmini istekleridir ki, (...) bu istekler bir tam kaza davasının konusunu oluşturur. Bu itibarla, bu davalarda Devlet Şurası vazifelidir. Esasen, bir idare teşekkülünün, kanunun verdiği yetkiyi kullanarak bir karar verdikten sonra o kararı yerine getirmesi, kanuna uygun bir hareket olduğu cihetle, haksız fiil kanununa aykırılık şartı bu halde gerçekleşmiş olmaz.”⁶

1950’li yıllarda verilen bu içtihadı birleştirme kararları bugün hala Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında referans olarak kullanılmaktadır⁷.

İncelenen olayda da, idare tarafından bir sağlık koruma bandı oluşturulmuş ve uyuşmazlık da, bu sağlık koruma bandının mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamalar nedeniyle zarara uğranıldığı iddiasından kaynaklanmıştır. Şu halde, iddia edilen zarar, bir özel şirketin bir işlem, eylem ya da tutumundan değil, salt idarece sağlık koruma bandı oluşturulmasından; başka bir anlatımla, bir idari işlemde kaynaklanmış görünmektedir.

Bu durum karşısında, incelenen Yargıtay kararında yer alan ve kararın esaslı unsurunu oluşturan “*her ne kadar sağlık koruma bandı Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulmuş ise de bu işlem dava dışı (...) A.Ş. lehine ve yararına yapıldığından davanın (...) A.Ş. aleyhine açılması gere-*

⁶ YİBK, 11.2.1959, E. 1958/17, K. 1959/15, RG, 11.5.1959, sayı: 10202.

⁷ Bkz., örneğin UM, 12.6.2000, E. 2000/15, K. 2000/21, RG, 24.7.2000, sayı: 24119.

kirken, Sağlık Bakanlığı aleyhine açılması doğru değildir” ifadesi iki açıdan eleştirilebilecektir.

İlk olarak, bir idari işlemde kaynaklanan zararın sorumlusu, idari işlemde kimin yararlandığına göre değil, bu işlemi hangi idarenin yaptığına göre belirlenir.

Bu, Anayasa’da idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak konulmuş olan bir ilkedен çıkan bir sonuçtur. Gerçekten, Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasına göre, “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” Başka bir deyişle, bir idare tarafından yapılan bir idari işlem veya eylem zarar doğuruyorsa, bu işlemi veya eylemi yapan idare bu zararı ödemekle yükümlü olacaktır. Maddede yer alan, “*kendi eylem ve işlemlerinden*” ibaresi, idarenin eylem ve işleminden doğan zararların, başkalarının karşılanması ihtimalini zorunlu olarak devre dışı bırakmaktadır. Danıştay’a göre de, “kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağanüstü zararların *idarece* tazmini; Anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin « sosyal hukuk devleti » niteliğinin doğal bir sonucudur.⁸” Danıştay kararında ve hemen yukarıda belirtildiği gibi, bu sonuç, Anayasa’nın idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak getirdiği ilkenin bir gereğidir ve bu ilke, bizzat Anayasa tarafından başka bir maddede uygulama alanına sokularak ayrıca vurgulanmıştır. Gerçekten, Anayasa’nın 129. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Başka bir deyişle, zararın yasal yetkilerini kullanan idarenin personelinin kusurundan kaynaklanmış olduğu durumlarda dahi, zarar gören bakımından bu zararın sorumlusu, kusurlu personeli istihdam eden idare olacak, doğrudan kamu görevlisine karşı dava açılmayacaktır⁹.

⁸ D.10.D., 26.4.2002, E. 2000/3894, K. 2002/1253, Y. BAL, Y. ŞAHİN, M. KARABULUT, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Seçkin, 2003, s. 849.

⁹ Bu noktada, Anayasa’ya aykırılık tartışmalarını da gündeme getiren İYUK, m. 28/4 hükmünü de anımsamak gerekir. Buna göre, “Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.” Bu konuda bkz. Y. YAYLA, *İdare Hukuku I*, Filiz Kitabevi, 1990, s. 145, özellikle dn. 158.

İncelenen Yargıtay kararında yapıldığı gibi, zararın sorumlusunun idari işlemde yararlanana bakılarak belirlenmesi, yukarıda dile getirilen anayasal ilkelerle bağdaşmayacaktır ve bu ilkelere aykırı olarak idarenin sorumluluktan kaçınma yolunu açabilecektir. Çünkü, her idari işlemde birilerinin yararlandığını söylemek mümkündür. Örneğin, bir eczacıya ruhsat verilmemesi işlemi, aynı sokaktaki bir başka eczacının yararına; imar planları ile bir bölgede inşaat yasağı konulması veya yapılaşmada yükseklik sınırı getirilmesi işlemleri, o bölgedeki görünümü olan yapıların sahiplerinin yararına yapılmış kabul edilebilecek ve bu idari işlemlerden doğan zararların tazmini istemli davaların bu ilgili kişilere karşı açılması gerekecektir ki, yukarıda açıklanan anayasal durum karşısında bu mümkün değildir. Bu yüzdendir ki, çeşitli kanunlarda düzenlenmiş bulunan petrol hakkı sahibi ya da maden işletme ruhsatı sahibi lehine yapılan kamulaştırma işlemlerinde dahi, davalar kamulaştırmayı yapan idarelere karşı açılmakta ve idari yargı yerleri tarafından hasım konumuna bu idareler konularak görülmektedir¹⁰.

İkinci olarak, sağlık koruma bandı konulmasının ilgili şirket lehine ve yararına yapıldığı saptamasına katılmak zordur. Bunun kabulü, bir idari işlem ile *belli bir özel kişinin yararı için*, başka kişilerin mülkiyet hakkının sınırlanmasının mümkün olması demektir ki, böyle bir işlem, bir yandan Anayasa'nın "mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve mülkiyet hakkının *ancak kamu yararı amacıyla*, kanunla sınırlanabileceğini hüküm altına alan düzenlemesine aykırı olur; diğer yandan da, İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamında, idari işlemlerin kamu yararına yönelik olarak yapılması zorunluluğunu ifade eden "maksat unsuru" açısından sakatlık taşır. Nitekim, özel kişi lehine

¹⁰ Örneğin, Danıştay 6. Dairesine göre "İdari davaların dava konusu işlemi tesis eden makamlara karşı açılması gerektiğinden davanın lehine kamulaştırma yapılan BOTAŞ Genel Müdürlüğünün değil, kararı onaylayan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının husumetiyle yürütülmesi ve sonuçlandırılması gerektiği açıktır." (D.6.D.,17.4.1990, E. 1988/2726, K. 1990/752) Ayrıca bkz., D.6.D., 12.4.1983, E. 1981/2724, K. 1983/1574: "Dava, Çubuk İkipınar köyünde bulunan (...) taşınmazların Akmermer İşletmeciliği Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin dekapaj malzemesinin döküleceği yer ihtiyacı ve zamanla genişleyecek şantiye tesisleri için [6309 sayılı Kanun uyarınca] Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca anılan şirket adına kamulaştırılmasına ilişkin işlemin (...) iptali istemiyle açılmıştır" ve Danıştay tarafından davalı konumundaki Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın kamulaştırma işleminin iptaline karar verilmiştir. Aynı işlemde doğan zararın tazmini istemiyle açılacak bir tam yargı davasında da hasmın değişmeyeceği açıktır.

kamulaştırmalar dahi, ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde yapılabilmektedir ve böyle olduğu içindir ki, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi “*genel yararın gerektirdiği durumlarda* gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişileri yararına da kamulaştırma” yapılabileceğini ve gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişileri yararına kamulaştırma yapabilme olanağının “*kamu yararı ekseninde* hukuksal güç ve geçerlik” kazandığını belirtmektedir¹¹.

Şu halde, yukarıda ele alınan konuyla ilgili mevzuatta da değinildiği gibi, Yargıtay kararında belirtilenin tersine, sağlık koruma bandı oluşturulmasının amacı çevre ve özellikle insan sağlığının ilgili sanayi tesisinin olası zararlı faaliyetlerinden korunmasıdır; bu amaç doğrultusunda yapılmış bir idari işlem, çevrenin ve insanların korunmasını sağlamaya yönelik olması nedeniyle *kamu yararınadır*. Bu işlemde herhangi bir kişinin de yararlanıyor olması bu hukuki durumu değiştirici nitelik taşıyamaz. Nitekim, çeşitli vesilelerle idari yargı yerleri tarafından, açılan iptal davalarında verilen ve aynı sağlık koruma bandının oluşturulmasına ve bunların imar planına işlenmesine yönelik işlemlerin hukuka uygun olduğu saptamasını yapan kararlar¹² da, bu hususu teyid etmektedir. Çünkü, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre, iptal davaları “idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için” açılan davalardır. “Bu hukuka aykırılıklar, söz konusu unsurlara göre ve maddede yazılı sıra göz önünde bulundurularak” oylanmakta ve karara bağlanmaktadır¹³. Başka bir deyişle, idari yargı yerleri, önlerinde iptal davasına konu edilmiş işlemleri, bu işlemlerin beş unsuru ve dolayısıyla maksat unsuru açısından sırayla incelemekte ve açılan davaları reddetmek suretiyle olaydaki sağlık koruma bandı oluşturulması işlemlerinin maksat unsuru sakatlığı taşı-

¹¹ Any. Mhk., 22.09.1993, E. 1993/8, K. 1993/31, RG, 16.04.1994, sayı: 21907.

¹² Aşağıda belirtileceği gibi, İstanbul 5. İdare Mahkemesi, 22.9.1995 tarih ve E. 1994/859, K. 1995/1124 sayılı kararı ile, “Davacının sağlık koruma bandı oluşturulmasına ilişkin iddialarının, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin E. 1989/243 sayılı dosyasında incelenmesi ve karara bağlanması karşısında aynı nitelikteki iddiaların bakılan davada yeniden incelenmesine hukuki olanak görülmemiştir” gerekçesiyle istemi ve davayı reddetmiştir. Bu karar Danıştay 6. Dairesi'nin 24.4.1996 tarih ve E. 1996/132, K. 1996/1997 sayılı kararıyla onanmıştır.

¹³ T. CANDAN, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005, s. 575.

madığını, bir başka deyişle bunların kamu yararına olduğunu hüküm altına alarak ortaya koymuş bulunmaktadır¹⁴.

Dolayısıyla, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin, Sağlık Bakanlığı tarafından sağlık koruma bandı oluşturulması üzerine zarar gören tarafından açılan davanın, bu işlem bakımından yetkili olan bakanlığa karşı değil, işlemden yararlanana karşı açılması gerektiği yönündeki kararına katılmak mümkün bulunmamaktadır.

2) İncelenen Yargıtay kararında belirtildiğine göre, temyiz konusu kararın verilmesi ile sonuçlanan “dava, kamulaştırmatsız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.”

Bir kez daha yineleyerek belirtelim ki, gene Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'ne göre, kamulaştırmatsız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkin davanın, “*her ne kadar sağlık koruma bandı Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulmuş ise de bu işlem dava dışı (...) A.Ş. lehine ve yararına yapıldığından (...) A.Ş. aleyhine açılması gerekir*”.

Yargıtay kararı dikkatle okunduğunda, yerel mahkeme önünde açılan dava ile istenen, kamulaştırmatsız el atılan taşınmazın bedelinin tahsilidir. Bir başka deyişle, davacı, bir zarara uğradığını, bu zararının kaynağında taşınmazına kamulaştırmatsız olarak el atılmasının bulunduğunu ileri sürmekte ve bu zararının taşınmazın bedelinin tahsil edilmesi suretiyle giderilmesini talep etmektedir.

Kamulaştırmatsız el atma öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Örneğin; “kamulaştırmatsız el atma, *İdarenin* usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve de (...) geçici işgal koşulları da bulunmadığı halde özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atması olarak¹⁵” veya “*İdarenin*, özel mülkiyetteki gayrimenkullere, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı olmaksızın el koyması, diğer bir deyişle fiilen işgal etmesi¹⁶” biçiminde tanımlanmakta ve bu durumun “*idarenin* bir taşınmaz malın zilyedliğine, hukuka aykırı bir şekilde elkoyması ve bu el-

14 Genel olarak anımsatalım ki, Danıştay içtihadına göre, dava konusu işlemin yetki unsuru açısından sakat olması halinde, diğer unsurlar bakımından hukuka aykırılık incelemesi yapılmamakta, inceleme yetki unsuru ile sınırlı tutulmaktadır.

15 M. GÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, 2004, s. 247.

16 C. S. ŞAHİNİZ, *Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmatsız El Koyma*, Seçkin, 2006, s. 15.

koymanın kamu hizmetlerinin devamlı ve düzenli bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu sebebiyle vazgeçilmez olması hallerinde ortaya” çıktığı belirtilmektedir¹⁷.

Bu ve benzer tanımlarda ön plana çıkan ve vurgu yapılan husus, kamulaştırmaz el atmanın *idare tarafından ve hukuka aykırı bir şekilde* yapılmış olması gereğidir.

Aynı vurguya yargı kararlarında da rastlamak mümkündür. Gerçekten, örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre “Kamulaştırmaz el atmada, *idarenin* bir işlem ve eylemi değil, haksız fiil söz konusu” dur ve böyle bir durumda ortada “*idarenin* haksız fiil niteliğinde bir eylemi” vardır¹⁸. Gene Uyuşmazlık Mahkemesi, bir ıslah çalışmasını planlayan belediye ve bu çalışmayı gerçekleştiren D.S.İ. tarafından, Kamulaştırma Kanunu’nda öngörülen usul ve yöntemlere uygun işlemler yapılmaksızın dava konusu taşınmaza el atılmış bulunulmasını nitelerken, “*idarenin* bu eyleminin kamulaştırmaz el atma niteliğini taşıdığı açıktır” ifadesini kullanmıştır¹⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kamulaştırmaz el atma ya da el koyma kavramını şu şekilde açıklamaktadır: “*Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaza kamulaştırmaz el koymuş sayılır./ Bu bağlamda, bir taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır*”²⁰.

Şu halde, kamulaştırmaz el atma eyleminin öznesi bir idare veya bir kamu tüzelkişisidir ve kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için, idarenin bu eyleminin hukuki bir dayanağının olmaması, başka bir deyişle bir “haksız fiil” oluşturacak derecede hukuka aykırı nitelik taşıması gerekir.

Bu durumda incelenen karar bakımından, iki olasılık ortaya çıkmaktadır:

17 P. BİLGİN, *Kamulaştırma Hukuku*, Filiz Kitabevi, 1999, s. 97.

18 UM, 8.12.1986, E. 1986/50, K. 1986/50, RG, 1.2.1987, sayı: 19359.

19 UM, 24.12.2001, E. 2001/109, K. 2001/116, RG, 1.4.2002, sayı: 24713

20 YHGK, 15.10.2004, E. 2004/5-561, K. 2004/717, *İstanbul Barosu Dergisi*, Mayıs- Haziran 2005, s. 897.

İlk olarak, davaya konu olan uyuşmazlıkta sağlık koruma bandı oluşturulması işleminin uygulanmasının²¹, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi kararındaki gibi, bir kamulaştırmamız el atma olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bunun kabulü halinde bir hususa dikkat edilmesi gerekecektir: Yukarıdaki açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, kamulaştırmamız el atma ancak idare tarafından gerçekleştirilebilir; diğer bir deyişle, bu eylem, –haksız da olsa– idare tarafından yapılmış bir eylem olmak zorundadır. İdarenin bu haksız eyleminden doğan zararın sorumluluğunu da, özel hukuk kuralları uyarınca da olsa, gene yukarıda açıklandığı gibi, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararları ve özellikle de Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası uyarınca, idare üstlenmek zorundadır. Şu halde, incelenen kararda, bir yandan ortada bir kamulaştırmamız el atmanın bulunduğu kabul etmek; diğer yandan ise, bundan doğan zararın tazmini için açılacak davanın özel kişiye karşı açılması gerektiğini belirtmek bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır.

İkinci ve daha isabetli olarak, dava konusu uyuşmazlığın kökeninde kamulaştırmamız el atmanın olmadığını söylemek mümkündür. Gerçekten, kamulaştırmamız el atmadan söz edebilmek için, öğretide belirtildiği gibi, ortada “özel kişilere ait bir taşınmaz malın, *hukuka uygun usuller kullanılmaksızın*, idareye geçmesi sonucunu doğuran bir olay” bulunması²² ya da anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ifade edildiği gibi, “*Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare[nin], Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın*, bir kimsenin taşınmaz malına el koy[ması] ve onun üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulun[ması]” gerekir.

Oysa, incelenen olayda yapılan, yukarıda belirtilen kanun ve yönetmelik hükümleri çerçevesinde sağlık koruma bandı tesis edilmesidir. Üstelik, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin kararına konu olan sağlık koruma bandının ve bunun imar planına işlenmesinin hukuka uygunluğu saptamasını içeren ve kesinleşmiş olan idari yargı yerleri kararları bulunmaktadır. Gerçekten, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin, Danıştay 6. Dairesi'nin 28.12.1991 tarih ve E. 1991/1596, K. 1991/3186 kararı ile onanan,

21 “İşleminin uygulanması” diyoruz, çünkü zararın kaynağında salt sağlık koruma bandı tesis işleminin bulunduğu iddia edildiği durumlarda, ortada bir eylem bulunmadığından, kamulaştırmamız el atmadan da söz edilemeyecektir.

22 P. BİLGİN, *Kamulaştırma Hukuku*, Filiz Kitabevi, 1999, s. 97.

20.9.1990 tarih ve E. 1989/243, K. 1990/1108 sayılı kararında sözkonusu sağlık koruma bandıyla ilgili olarak “yasa ve yönetmeliklerin öngördüğü, ilgili Bakanlık, inceleme kurulları raporları ve bilimsel görüşlerle de davacı taşınmazının belirli noktasında başlamak üzere *tesisi zorunlu* 1,2 km.lik « Sağlık Koruma Bandı»” nitelmesi yapılmış ve bu sağlık koruma bandı işlenmeksizin üretilen imar planı hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Aynı şekilde, sözkonusu sağlık koruma bandının bir başka davada tartışma konusu yapılması üzerine, bu kez İstanbul 5. İdare Mahkemesi, hemen yukarıda anılan İstanbul 1. İdare Mahkemesi kararına yol lama yaparak ve “Davacının sağlık koruma bandı oluşturulmasına ilişkin iddialarının, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin E. 1989/243 sayılı dosyasında incelenmesi ve karara bağlanması karşısında aynı nitelikteki iddiaların bakılan davada yeniden incelenmesine hukuki olanak görülmemiştir” gerekçesiyle istemi ve davayı reddetmiştir²³. Şu halde, ortada, hukuka uygun usuller kullanılarak ve yasalara uygun bir şekilde yapılmış ve hukuka uygunluğu yargı kararlarıyla hüküm altına alınmış bir sağlık koruma bandı oluşturma işlemi vardır.

Üstelik olayda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında kamulaştırmaz el atma bakımından ortaya konulan “*idarece taşınmaza eylemli olarak el konulup, malikin kullanımının yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırılması*” koşulunun da gerçekleşmediği görülmektedir. Gerçekten, ilkin, olayda taşınmaz bir mala idare tarafından eylemli olarak el konulması veya taşınmazın idareye geçmesi sözkonusu değildir. İkinci olarak, temyiz konusu Yalova 2. Asliye Hukuk Mahkemesi kararındaki tespitte göre, ilgili taşınmazın cinsi tapuda “elma bahçesi ve tarla” olarak gösterilmiştir ve aynı mahkeme tarafından yapılan keşifte, sağlık koruma bandı içerisinde kalan bu sahada davacı tarafça zirai tarım yapıldığı saptanmıştır. Dolayısıyla, taşınmazın cinsi ve hali hazır kullanılışı gözönüne alındığında, sağlık koruma bandı nedeniyle taşınmaz mal sahibinin kullanımının yasaya aykırı şekilde tamamen²⁴ ortadan kaldırılmadığı anlaşılmaktadır.

²³ İstanbul 5. İM, 22.9.1995, E. 1994/859, K. 1995/1124; Bu karar da Danıştay 6. Dairesi'nin 24.4.1996 tarih ve E. 1996/132, K. 1996/1997 sayılı kararıyla onanmıştır.

²⁴ Olayların önemli bir kısmında sağlık koruma bandı oluşturma işleminin taşınmaz sahibinin kullanımını tamamen ortadan kaldırmamış olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kuşkusuz, böyle bir işlem herhalde taşınmaz mal sahibi bakımından önemli sınırlamalar getirilmesi anlamını taşır. İstanbul 1. İdare Mahkemesi yukarıda anılan kararında (K. 1990/1108) bu durumun bir hukuka aykırılık sebebi değil, tam tersine, katlanılması gereken bir durum oldu-

Bu açıklamalar göstermektedir ki, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin yapmış olduğu kamulaştırmasız el atma nitelemesi ciddi kuşkuları beraberinde getirmektedir ve kanımızca kamulaştırmasız el atmanın koşulları olayda oluşmamıştır.

İncelenen olayda kamulaştırmasız el atmanın bulunmadığı belirlenmesinin kabulü ise, yukarıda yer verilen idarenin sorumluluğuna ilişkin açıklamalar ışığında, zorunlu bir sonucu beraberinde getirmektedir: Bu durumda, bir idari işlemde kaynaklanan zarar iddiası sözkonusu olduğu için, adli yargı görevli olmayacaktır.

Şu halde, olayda, ya bir kamulaştırmasız el atma vardır; bu olasılıkta bundan doğan zararın sorumlusu idare olacaktır ya da kamulaştırmasız el atmadan söz edecek bir durum sözkonusu değildir; bu olasılıkta da, adli yargı görevli olmayacaktır.

Ancak, ortada da, tam tersi yönde verilmiş bir Yargıtay kararı vardır. Yukarıdaki açıklamalar karşısında, bu Yargıtay kararının çelişkiler içerdiğini ve idare hukuku ilkelerini ve hatta çeşitli yargı yerlerinin içtihatlarını dikkate almayan bir karar olarak ortaya çıktığını belirtmek gerekmektedir. Kuşkusuz, yargı düzenlerinin çeşitliliği –bir Uyuşmazlık Mahkemesi'nin varlık nedeni olduğu da söylenebilecek– bir tür çok sesliliği de beraberinde getirecektir. Ancak, bu durum, aynı konulardaki yargısal çözümlerin farklılığını ve dolayısıyla hukuk güvenliği konusunda kaygıları gündeme getirmemelidir. Bu yüzden, yargı yerlerinin birbirlerinin kararlarını takip etmeleri ve verdikleri kararlarla, bu çok sesliliğin karmaşalı bir gürültü ortamı yaratmak anlamına gelmediğini ortaya koyma konusunda özen göstermeleri önem taşımaktadır.

Ağustos 2007

ğunu, imar planları ile karşılaştırma yaparak şöyle açıklamıştır: “Bir sağlık bandının korunması zorunlu ise, bunun getireceği sonuç da zorunlu olacaktır. Bir plan üretilmesinde, plan uygulamasında nasıl bir kent kesiminin yeşil alan, okul alanı, yol, park, çocuk bahçesi gibi donatı alanlarına özgülenmesinde bir kısım taşınmazlar kullanım kısıtlamasına uğruyorsa, çağdaş sanayileşme sürecinde ve bu sürecin devamında da aynı toplumsal gereksinmelerle bir kısım taşınmazların da bazı kısıtlamalara uğramaları şehircilik, belediyeçilik ilke ve uygulamalarının bir sonucu olacaktır.”

**EK: Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 22.5.2007 tarih ve E. 2007/2761,
K. 2007/6595 sayılı Kararı**

MAHKEMESİ : Yalova 2. Asliye Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 27/11/2006
NUMARASI : 2005/88-2006/476
DAVACI :
DAVALI : T.C. Sağlık Bakanlığı...
MÜDAHİL DAVALI :

Taraflar arasındaki kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili davasının reddine dair verilen yukarıda tarih ve numaraları yazılı hükmün duruşmalı olarak Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla duruşma için belirlenen 22.05.2007 günü temyiz eden davacı vekili Av. (...) ile aleyhine temyiz olunan davalı idare vekili Av. (...)’ın yüzüne karşı usulüne göre çağrı kağıdı gönderilmesine rağmen gelmediğinden aleyhine temyiz olunan müdahil davalı vekili Av. (...)’un yokluğunda duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresinde olduğu görülüp, davacı vekili ve davalı idare vekilinin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

- KARAR -

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacıya ait taşınmazlar Sağlık Bakanlığınca kısmen (...) A.Ş. yararına sağlık koruma bandı içine alınmış ve Belediyece mevcut imar planına da işlenmiştir. Bu durumda her ne kadar sağlık koruma bandı Sağlık Bakanlığınca oluşturulmuş ise de bu işlem dava dışı (...) A.Ş. lehine ve yararına yapıldığından davanın (...) A.Ş. aleyhine açılması gerekirken, Sağlık Bakanlığı aleyhine açılması doğru değildir.

Bu nedenle mahkemece davanın reddedilmesi sonucu itibarıyla doğrudur. Ancak; davalı idare lehine maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi,

Doğru değilse de; bu yanılmanın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden,

Gereğeli kararın hüküm fıkrasının vekalet ücretine ilişkin bölümündeki (600,00-YTL) ve (nisbi) rakam ve kelimelerinin çıkarılmasına, yerlerine (400.00-YTL maktu) rakam ve kelimelerinin yazılmasına,

Hükmün böylece DÜZELTİLEREK ONANMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine, temyiz eden davacı yararına yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdir olunan 500.00-YTL. vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine 22.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Osmanlı Parlamentosu ve Cumhuriyete Bıraktığı Siyasal Miras (1877-1920)

Doç.Dr. Rıdvan AKIN*

Günümüz Türkiye'si demokratik parlamenter rejimle yönetilen bir ülkedir. Rejimin temel kurumu Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. Bağımsız yargı hariç devlet erklerinin kaynağı Türk parlamentosudur. Halen 23. dönemini sürdürmekte olan TBMM'nin kurumsal temeli birinci meclistir. Fakat Türkiye'de parlamenter hayat bunun öncesine dayanır. Cumhuriyet dönemi parlamentolarından önce ilki 19 Mart 1877'de çalışmalarına başlayan ve sonuncusu 11 Nisan 1920'de fesih edilen altı dönem Osmanlı parlamentosu vardır. Bunlardan ilk ikisi, birinci meşrutiyet döneminin (1877-1878), geriye kalan dördü ise ikinci meşrutiyet döneminin (1908-1920) parlamentolarıdır.

Öncelikle, ondokuzuncu yüzyılın son çeyreğinde Osmanlı'nın çağdaşı kıta Avrupası ülkelerinin siyasal rejimlerine bir göz atmakta yarar var; örneğin, Orta Avrupa'da Metternich despotizminin kalesi sayılan Avusturya-Macaristan imparatorluğu parlamentarizme geçtiği daha 27 yıl olmuştu. Çifte monarşi ancak 1848 ihtilallerinden sonra bu yola girmiş, Prens Schwarzenberg idaresi döneminde anayasa rafa kaldırılmış, ancak 1860'dan sonra anlamlı bir parlamentarizm söz konusu olmuştu. O tarih itibarıyla Rusya, anayasasız ve parlamentosuz devasa bir imparatorluktu.¹ 1871'de kurulan Alman Reich'inin Reichstag'ı ise 1919

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ İlber Ortaylı, "İlk Osmanlı Parlamentosunun Yapısında Eyalet İdare Meclislerinin Etkisi", *Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976*, Hazırlayan: Siyasi İlimler Türk Derneği, Ankara, 1976, s.434.

Weimar Anayasasına kadar iktidarı denetleme gücünden yoksun bir kurumdu.

Osmanlı parlamentarizmini getirecek olan Osmanlı meşrutiyeti Babıali yöneticileri arasında Tanzimattan beri sürmekte olan muhafazakar-yenileşmeci hiziplerin mücadelesi sonucu olarak 1876'da doğdu. Sultan Abdülaziz'in tahttan indirilmesini örgütleyen yenilikçi hizbin lideri Mithat Paşa Şehzade Abdülhamit Efendi'yi tahta çıkarmış, Kanun-u Esasi'nin ilanına öncülük etmişti. Geleneksel İslam hukuku yazarlarınınca bid'at sayılan bu yol, halife sultanın iktidarının paylaşılması ve yasaların millet temsilcileri eliyle vaz'edilmesi ilkesine dayanıyordu. Oysa ki İslam'da kanun koyma meşrutiyeti, belli bir toplumsal çoğunluğun iradesi değil şeriata ve ilme dayanır.² Bu görüşle yönetsel olarak ulaşılabilen en uzak nokta bir Meşveret Meclisinden fazlası değildir. Oysa ki Meşrutiyet idaresi, iktidarı zımnen laik, dünyevi bir temele oturtmayı hedeflemişti.³

Osmanlı Devletinde iktidarı bir hukuk dökümanına bağlayan ilk belge 1876 Osmanlı Anayasasıdır. Kanun-ı Esasi adıyla anılan bu belge Osmanlı parlamentosunu kurdu. Sultan Aziz'in halli ve Abdülhamit'in tahta çıkarılması sürecinde önder rol oynayan Mithat Paşa *Kanun-ı Cedid* adıyla 57 maddelik bir layiha hazırlayarak, rejimde reformu taahhüt eden yeni Sultan'a takdim etmişti.

Bu taslağın tam manasıyla bir parlamenter hükümet modeli önerdiğini söyleyebiliriz. Mithat Paşa Vükelanın (bakanlar kurulu) Mebusan Meclisi önünde siyasal sorumluluğunu benimseyen bir hükümet modeli tasarlamıştı. Bu hiç kuşkusuz padişahı daha 1876'da, sembolik devlet başkanı konumuna indirgeyecekti. Bu Abdülhamit karakterinde bir sultanın kabul edebileceği bir siyasal konum olamazdı. Mithat Paşa'nın sürece damgasını vurmasını önlemek isteyen Abdülhamit, Sait Paşa'ya Fransız 1814, 1830 ve 1875 anayasalarını inceletti. Maddelere şerhler (açık-

² Kur'an'ın Ali İmran şuresinde geçen "Veşahirhum fil emr" ayetindeki hum zamirinin İslam topluluğunu işaret ettiğini düşünen çevre açısından parlamenter yönetim şeriata uygundu. Yusuf Tekin, Sabri Çiftçi, *1877'den Günümüze Türkiye'de Parlamento, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2007, s.26;*

³ İlginç bir şekilde daha sonra 150'lik olacak olan Mehmet Zeynelabidin'de "Hükümet-i meşrutayı şer'i şerife muvafık" bulmaktadır. Mehmet Zeynelabidin, *İslamiyet ve Meşrutiyet, Sa-deleştiren: Ahmet Atalay, Konya, 1999, ss. 20-22.*

lamalar) koyduttu. Bu aşamadan sonra Server Paşa Kanunu Esasi yapım sürecinin başına getirildi. Server Paşa'nın başkanlığında çalışan heyet, *Cemiyet-i Mahsusa* adını alacaktı. Toplam 28 üyeden oluşan kurulun içinde üç Hristiyan üye ile birlikte, Osmanlı ulehasının temsilcileri bulunuyorlardı.⁴ Hararetli müzakerelerden sonra kabul edilen metin Heyet-i Vükelada kesinleştirilerek padişahın nihai onayına sunuldu.⁵ İlk Osmanlı anayasası Sultan Abdülhamit tarafından 23 Aralık 1876 tarihinde bir ferman anayasa olarak ilan edildi.⁶

Muhafazakar cephenin ağır basması meşrutiyet kurumlarının zayıf ve güvencesiz doğmasına neden oldu. Bir kere sistemin kuruluşunda temsil ve yönetime katılma fikri oldukça zayıf bırakılmıştı. 1876 Anayasasının kurduğu düzende gerçek bir yasama organından söz etmek olanaklı değildi. Ancak bu, fermanın salt bir ihsan olduğu hiçbir sosyolojik, sınıfsal realiteye dayanmadığı manasına gelmez. Çok genel çizgileri itibariyle, ilk Osmanlı anayasası 1814 Fransız ve 1848 İtalyan anayasalarında olduğu üzere, tam mutlaki bir rejimden ılımlı meşrutiyete geçişi simgeler.⁷

Osmanlı Meşrutiyetinin Kurumları

Kanunu Esasiye göre, egemenlik millette veya onun temsilcilerinde değil doğrudan padişahı idi. Diğer kurumlar meşrutiyetlerini onun varlığından alıyorlardı. Egemenliğin kaynağı geçmişte din ve gelenek iken, ana-

⁴ 16 mülki memur, on ulema ve iki ferikten oluşan komisyon Cemiyet-i Mahsusa adıyla anılacaktır. Bu komisyon 140 maddelik bir layiha hazırladı. Madde sayısı Sadriazam Rüştü Paşanın müdahalesi ile 119'a indirilecektir. *Coşkun Üçok, "1876 Anayasasının Kaynakları", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Hazırlayan: Siyasi İlimler Türk Derneği, Ankara, 1976, s.4.*

⁵ Eraslan ve Olgun ise Cemiyet-i Mahsusa gündüzleri Babıali'de gece Fındıklı'daki Server Paşa Konağında çalıştığını İki aylık bir mesainin ardından 20 Kasım 1876'da taslağın tamamlandığını yazıyorlar. *Cezmi Eraslan,-Kenan Olgun, Osmanlı Devleti'nde Meşrutiyet ve Parlamento, İstanbul, 3F yayınevi, 2006, s.34.*

⁶ Kanunu Esasi 14 Aralık 1876'da önce Babıali'de ilan edildi. Başkatip Sait Bey'in getirdiği Hattı Hümayunu Mithat Paşa aldı ve Amedi-i Divan-ı Hümayun başkatibi Mahmut Celaleddin Bey'e (Paşa) yüksek sesle okuması için verdi. Kanun-u Esasi önce ahaliye okunarak duyurulmuştu. *Necdet Öklem, 1877 Meclisi Mebusanı, İzmir, Ege Üniversitesi Rektörlüğü yayınları, 1980,S.29.*

⁷ Ünlü orientalist Gottard Jaeschke 1876 Anayasasını 1831 Belçika anayasasından ziyade 1850 Prusya Anayasasına yakın bulur. *Üçok, s.5.*

yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, monarşi egemenlik haklarını dünyevi bir belgeden almaya başlayacaktı. Böylece padişah beşerileştirdiği bu düzende devletin en asli organı haline geliyordu. Kanunu Esasi Osmanlı hanedanını, mal, mülk ve ödenek hakları ile anayasal güvence altına alıyor; Sultan I. Ahmet'ten beri uygulanan *seniorat kuralını* üstün bir hukuk metnine bağlıyordu. (md.3) Padişah, hem devletin hem de hükümetin başı olarak tanımlanıyordu. Anayasaya göre Padişah, Vükelanın bütün üyelerini nasp ve azle (atama ve görevden uzaklaştırma) yetkili olacaktı. (md. 7,27)

Bu koşullar altında bakanlar kurulu, padişahın özerk siyaset belirleyecek bir heyet olamazdı. Öte yandan meclislerle güvenoylamasına dayanan bir ilişkisi de yoktu. Birinci Meşrutiyetin Bakanlar Kurulu'nun (Heyet-i Vükela) meclislerin toplantı halinde olmadığı dönemde padişahın onayı ile (ba iradeyi seniye) muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde kararname yayınlama yetkisi vardı. Bu geçici yasalar organik yünden yürütme, maddi yünden yasama işlemi niteliğindedir. (md.36) kuramsal olarak bu muvakkat kanunların yasama meclisi açılır açılmaz müzakere edilerek olağan kanun haline getirilmesi icap etmekle birlikte pratik olarak bu uygulanmayacaktır.

Birinci meşrutiyet rejimi devlet başkanı ve yürütmenin başı olarak padişahı siyaseten sorumsuz bir mevkide görür. Bunu cumhuriyet döneminin cumhurbaşkanlığı makamına benzetebiliriz. Padişah devlet sistemi içinde merkezi konumunu eskiden örf ve siyasal güçten alırken, meşrutiyetin padişahı anayasadan almaktadır. Milletvekilleri (mebuslar) bu sistemde anayasaya değil padişaha sadakatle yükümlüdürler. Padişah açısından ise anayasaya sadakat yemini henüz söz konusu edilmemiştir. Padişahın sadakat yemini 1909 değişiklikleri ile anayasaya girecektir.

Yürütme bu şekilde padişah etrafında somutlaşırken, yasamanın gücü de kuşkuluydu. Meclisler Heyet-i Ayan ve Meclis-i Mebusan adı altında Meclis-i Umumiye oluşturuyorlardı. Bu iki kamaralı bir sistem demektir. Ayan Osmanlı Senatosuydu. Padişah tarafından kaydı hayat (yaşam boyu) atanmış üyelerden oluşuyordu. Anayasa, Ayan Mebusanın üstünde bir yere koymaktaydı.⁸ Toplam üye sayısı hiçbir zaman Mebusanın üçte

⁸ Ayan üyelerinin yasama sorumsuzluğu varsa da yasama dokunulmazlığından yararlanmadıkları anlaşılıyor. Heyet-i Ayan nizamname-i Dahiliyesi 68. maddesi bu konuda Ayan Rejisini yetkili kılıyordu. H. Aliyar Demirci, *İkinci Meşrutiyette Ayan Meclisi (1908-1912)*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s.48.

birini aşmayacak olan bu kamaranın başkanını padişah doğrudan kendisi göreve getirecekti. Bu, sistemin doğrudan padişahın iradesinden çıkan organını temsili kanattan daha güvenilir ve üstün bulmasından kaynaklanmaktaydı.

Temsilciler Meclisi: Meclis-i Mebusan

Meclis-i Mebusan bütün kısıtlayıcı hükümlere rağmen Osmanlı-Türk tarihinin ilk temsili yasama organıdır. Osmanlı anayasasının kurumları içinde seçimle gelen tek organ Mebusan Meclisidir. Bu ilerde oldukça önemli devrimci değişikliklere neden olacaktır. Meclis, seçim, seçmen ile vekil arasında kurduğu vekalet ilişkisi ile milli hakimiyete giden yolu açacaktır. (md.71)

Mebusan Meclisi başkanı gösterilen üç aday arasından padişah tarafından seçilir ve atanır. Her iki Meclis Kasım başında irade-i seniye (padişah beyannamesi) ile açılır ve Mart başında irade-i seniye kapanır; yasama süresinin uzatılması, kısaltılması ve Mebusanın feshi hukuk-u mukaddese-i padişahi (padişahın kutsal hakları) arasındadır. Mebusan Meclisi üyeleri anayasaya değil padişaha sadakat üzerine yemin ederler. (md.7, 43)

Mebusanın yasama yetkisi sınırlı ve padişahın iznine tabidir. Anayasa, yasama yetkisini *vazife-i muayyene* ile sınırlamıştır. Ancak, vazife-i muayyenenin ne olduğu tam olarak açıklanmamıştır. Mebus, kanun teklif ettiğinde, “makam-ı sadaret vasıtası ile taraf-ı Şahane’den istizan olunarak, irade-i Seniye müteallik buyrulur ise...” önergesi hiçbir temsili niteliği olmayan Şurayı Devlete (Danıştay) gönderilir; orada hukuk adamları tarafından kanun formuna getirilen layiha nihayet Mebusan ve Ayan meclislerinde müzakere edilerek somut bir kanun metni haline gelir. Bunun yanı sıra, Ayan Meclisi layihayı padişahın üstün egemenlik hakları yönünden denetlemekle mükelleftir. Bütün bu süreç tamamlandıktan sonra da layiha, irade-i seniyeye iktiran etmedikte (padişah tarafından onaylanmadıkça) hiç bir şey ifade etmez. Padişahın mutlak veto yetkisi kanunlaştırma sürecinin en can alıcı noktasıdır. (md.53,54) Keza, uluslararası anlaşmaları tasdik konusunda da Osmanlı parlamentosu “hukuk-u mukaddese-i padişahi” tarafından devre dışı bırakılmıştır. (md.7)

Birinci meşrutiyetin tek temsili ve demokratik kurumu Mebusan Meclisi, sistemin diğer unsurları tarafından kuşatılmış durumdadır. Bu

sistemin merkezinde padişah oturmaktadır. Padişahın yanındaki diğer unsurlar vükela, Ayan Meclisi ve Şurayı Devlet, mebusanla karşılaştırıldığında görece daha güçlüdürler. Bu haliyle ilk Osmanlı Mebusan Meclisini istediğini yasalaştırabilen bir yasama organı değil istemediği yasalaşmayan bir organ olarak tanımlamak daha doğru olur.

Mebusların dolaylı olarak yasama sürecine katılma dışında yetkili olduğu tek husus, bakanlara karşı soru önergesi verme ve Divan-ı Aliye sevkini sağlayacak girişimde bulunmaktadır. Bu da bakanın görevi dolayısıyla işlemiş olduğu suçlardan dolayı cezai sorumluluğunu talep etmek anlamına geliyordu. Bu konuda sistemin harekete geçirilebilmesi için padişah onayı şarttı. (md. 31,38)

Günümüzde Türk kamu hukuku parlamentonun yürütme tarafından feshi ilkesini kabul etmemektedir. Neredeyse değişmez bu kuralın arka planında Osmanlı parlamentarizminin fesih ilkesine tepki vardır. Meşrutiyetin parlamentosu çalışmaları tatil ve fesih edilebilir bir kurumdur. Ancak, padişah, fesih iradesinin yayınlanmasından en geç altı ay içinde Mebusan Meclisi için seçim yaptırmak ve toplantıya çağırarak zorundadır. (md. 7,35,73)

İlk Mebusan Meclisi Seçimleri

Seçim bütün temsili rejimlerin temelidir. Günümüzde tek dereceli, genel, eşit, gizli oylama ve yargı teminatı altında yapılan seçimlerin uzun bir siyasal evrimin sonucu olduğunu hatırlamakta yarar vardır. İlk Osmanlı parlamentosunu toplanmasını sağlayan seçimlerin hukuki temeli şöyleydi: Meclisi Vükela 28 Ekim 1876 tarihi itibarıyla yedi maddelik bir Talimat-ı Muvakkate (Geçici Yönetmelik) yayımlayarak seçimlerde uygulanacak ilkeleri ilan etti. Bütün Osmanlı taşrasında seçim bu talimata göre yapılacaktı. Payitaht ve çevresinde (İstanbul, İzmit ve mülhakatı) ise 1 Ocak 1877 tarihli hükümet beyannamesine göre seçimler gerçekleşti. İlk meclisi toplayacak olan seçim aceleye geldiğinden hükümet marifetiyle yaratılan bir hukuka başvurulmuş oluyordu. İlk meşrutiyette seçme ve seçilme hakları, tahmin edileceği üzere sınırlı idi. Seçim talimatı iki dereceli seçimi öngörüyordu. Seçmen yeterliliği için ise, erkek (zükur) olmak belli bir emlake mutasarrıf olmak veya vergi mükellefi olmak şart koşuluyordu. (md.66,72)

Sonuçta seçimler çoğunlukla vilayet meclisi üyelerinin ikinci seçmen sayıldığı bir seçmenler topluluğu tarafından yapılarak 19 Mart 1877’de ilk Osmanlı parlamentosu açılmış oldu.⁹ 69’u müslüman 46’sı gayrimüslim, toplam 115 üyesi bulunan Osmanlı Meclis-i Mebusanı İslam dünyası açısından oldukça radikal önemli bir yenilikti.¹⁰ Padişah yasama iktidarını bir meclisle paylaşmış oluyor; kendi iktidarı da hukukileştirilmiş oluyordu.

Meşrutiyetin kuruluş iradesini ortaya koyan Sultan Abdülhamit, yaptığı açış konuşmasında, çok ilginç bir şekilde, uygarlıkla demokratik yasa ilkesi arasında şu sözlerle ilişki kuruyordu: “kavanin-i memleketin arayı umumiyyeye istinadını elzem gördüm ve Kanun-ı Esasiyi ilan eyledim.” (ülkenin kanunlarının genel iradeye dayanmasını gerekli gördüm ve Anayasayı ilen ettim.)

Çağdaşı Avrupa parlamentolarının tersine Osmanlı parlamentosu adeta bir vilayetler şurası görünümündeydi. Vilayet meclislerinin müzakere ve yönetim tarzı Meşrutiyet meclisine de sinmişti. Mebusan Reisi A. Vefik Paşa, eski bir Valiydi; karşısındaki mebuslarda eski vilayet meclisi üyeleri idi. A. Vefik Paşa, onların tenkit, temenni ve taleplerini bir valinin despotluğu ve hazır cevaplığı içinde karşılıyor, müzakare usulünü

⁹ Meclis-i Mebusan 19 Mart 1877 pazartesi günü Dolmabahçe sarayının Muayede salonunda açıldı. Sultan Abdülhamit törende şahsen bulundu. Padişahın açış nutku Mabeyn Başkatibi Sait Bey tarafından okundu. O gün, Topkapı Sarayından taht çıkarılarak Dolmabahçeye getirildi. Tahtın sağında Ethem Paşa, Serasker Redif Paşa, müşirler, arkasında Rum Patriği Yoakim, Ermeni Patriği Nerses Vorjobetyan, Bulgar Eksarh’ı Entim ve Hahambaşı yer aldılar. Tahtın sol tarafında ise Şeyhülislam, İstanbul kadısı, Temyiz Mahkemesi üyeleri bulunuyordu. Sol arkada diplomatik misyon temsilcileri yer almıştı; Rusya Büyükelçisi General İgnatief, İngiltere Büyükelçisi Henry Elliot, Avusturya Elçisi Fransua Richie, Almanya Elçisi Baron de Verdet, Fransız Büyükelçisi Kont de Burguan ve diğer diplomatik misyon şefleri yerlerini aldılar. Meclis, 20 Mart 1877 Salı gününden itibaren Sultanahmetteki Darülfünun binasında çalışmaya başladı. *Pelin Böke, Son Osmanlı Meclisi’nin Son Günleri, İstanbul, Doğan Kitap, 2008. s.25; Necdet Öklem, 1877 Meclisi Mebusanı, İzmir, Ege Üniversitesi Rektörlüğü yayınları, 1980, s.29, 33.*

¹⁰ İlk Mebusan Meclisine 130 mebus seçilmesine karar verilmesine rağmen sayı 115’te kaldı. Tunus, Mısır, Romanya, Sırbistan, Karadağ, Sisam, Umman, Necd iç işlerinde özerk eyaletler olduklarından mebus göndermediler. Buna karşılık doğrudan Babiali’ye bağlı Yemen, Trablusgarb, Bosna gibi uzak vilayetlerden mebuslar İstanbul’a geldiler. Birinci mecliste 69’u müslim 49’u gayri müslim 115 mebus toplanmış oldu. İstanbul 20 seçim dairesine ayrılarak, beşi müslim beşi gayri müslim 10 mebus seçildi. *Eraslan- Olgun, s.49.*

kendi saptıyor, yer yer haşin davranışlar ve azarlamalarla oturumları yönetiyordu.¹¹

Mebusanın ilk toplantı yılı üç aydan biraz fazla sürdü. 1877'nin Martında başlayan yasama faaliyeti 28 Hazirana kadar devam etti. Mebusan Meclisi ikinci yasama dönemine yeni bir seçimle girdi. 1877'nin Aralık ayında yeni üyelerle başlayan ikinci yasama dönemi 1878 Şubatına kadar devam edebildi.¹² Sultan Abdülhamit, gördüğü lüzum üzerine, 14 Şubat 1878 de Meclis-i Umumiye tatil etti. Bu tamamen Anayasa uygun bir tasarruftu. Kanunu Esasi tatil ve feshi padişahın hukuku kapsamında ele almıştı. Fesih Osmanlı Anayasasınının 35. maddesine göre bir uygulama idi. Oysaki Sultan Abdülhamit 7. maddede gösterilen tatil etme hakkını kullanmıştı.

Parlamentonun Kapatılışı ve Eski Rejime Dönüş

Padişah, parlamento içi muhalefeti iktidarı açısından tehlikeli bulmuş olmalı ki, büyükbabası Sultan Mahmut'un izinden gitmeyi tercih etmiş, parlamentarizmden sapmıştır. İlk Osmanlı Meşrutiyeti 1 yıl 1 ay 25 gün devam etmiştir.¹³ Oysa ki Osmanlı parlamentosunun ılımlı bir evrimle kökleşmesini sağlayacak demokratik terbiyenin temelleri az çok vilayet ve muhassıllık meclisleri yoluyla atılmıştı. Tanzimat reformlarının yarattığı muhassıllık meclisleri ve 1864 Vilayat idare meclisi pratiği Osmanlı taşrasında parlamentarizme bir yatkınlık sağlamıştı.

Mebusanın özellikle ikinci yasama döneminde gösterdiği performans¹⁴, yönetenleri adeta, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulandığı hesap verme konumuna düşürmüştü. Meclis yürütmenin bütün unsurlarının hesap verme sorumluluğunu ima etmişti. Oysa ki ne gelenek ne mevzuat bu

¹¹ Ortaylı, ss. 438-441.

¹² 13 Aralık 1877-14 Şubat 1878 arasında görevde bulunan ikinci dönem mebusanın üye dağılımı şöyle olacaktır: 59 müslümana karşılık, 47 gayri müslim. Bu da %56'ya karşı %47lik bir temsil demektir. Oysaki demografik olarak gayrimüslimler imparatorluk nüfusunun dörtte birinden daha fazlasını oluşturmuyorlardı. Eraslan-Olgun, s.49.

¹³ Eraslan- Olgun, s.53.

¹⁴ Birinci Meşrutiyet Meclisi, kendi Nizamname-i Dahiliyesi, Teşkili Vilayat Kanunu, İdare-i Örfiye Kanunu, Dersaadet ve Vilayati Şahane ve Devairi Belediye Kanunu, gibi kanunları çıkarmıştır. İhsan Ezherli, *Türkiye Büyük Millet Meclisi (1920-1992) ve Osmanlı Meclisi Mebusanı (1877-1920)*. Ankara, TBMM yayınları, 1992, ss.167-168.

kadarına hazır görünmüyordu. Şeyhülislamdan başlayarak tüm devlet aygıtı Mebusan tarafından şiddetle tenkit edilir olmuştu. Meclis, vergi ve maliye sisteminin, spekülâtif kazançların üzerine gitmede tereddüt etmedi. Bütün bu gelişmeler padişaha sadakat temelinde örgütlenmiş geleneğe geri dönülmesini kolaylaştırdı. Padişah kendi göreve getirdiği hükümeti ile araya girmeye çalışan başka ve yeni bir siyasal unsuru devreden çıkararak, sadakatin ve sorumluluğun sadece kendi merkezli olduğu bir düzeni tercih etti. Otuz yılın üstünde devam eden saltanatı boyunca bu ilkeyi pekiştirerek, Yıldız Sarayı merkezli bir idare kuracaktı. Bu, Tanzimat sonrasında Babıali bürokrasisine doğru kayacak olan iktidarın tekrar saray etrafında yoğunlaşması demektir.

Gayrimüslim Temsilinin Yarattığı Sorunlar

Osmanlı Devleti bir islam devleti idi; devletin temeli şeriat ve örftü. Halife Darüislamı şeriat-ı garra-yı muhammediyeye (Hz. Peygamberin getirdiği nurlu dinsel yol) göre yönetiyordu. Bu anlamda iktidarın bir meclis tarafından paylaşılması ciddi bir yenilikti. İslam kamu hukukuna göre Darüislamda yönetim müslümanlarındır. İdare hiçbir şekilde gayrimüslimlerle paylaşılmaz. Onlar zımmidir. Canları, malları, dinleri islam devletine zimmetlidir. Devlet onları korur. Ama yönetimi paylaşmaz. Onlara önemli kamu görevi verilmez. Geleneksel mantıkla düşünülen bir insan açısından, Mecliste gayri müslimlerin bulunması idareyi müslümanlara münhasır sayan şeriatın uzaklaşma, bir çeşit bid'at (dinde olmayan yenilik) olduğunu belirtmeliyiz. Bu mantık kendi içinde tutarsız sayılamaz.

Gayrimüslimlerin kamusal alana girmeleri gerçekte Tanzimat reformları ile başlamıştı. Mahalli meclislerde, mahkemelerde temsil ediliyorlar, geleneksel öz yönetim düzenleri olan millet sistemi sayesinde başka haklar da sağlıyorlardı. Islahat fermanından sonra her bir cemaatin kendi iç anayasası olan nizamnameler yürürlüğe konulmuştu. Oysa şimdi, daha üst düzeyde kamusal bir sürece ortak edilmiş oluyorlardı. İlk Meclisi Mebusanda 115 mebustan 46'sı gayrimüslim idi. Ayan kanadında da 36 senatörden 11'i gayrimüslimler arasından atanmıştı.¹⁵

¹⁵ Yüksek oranda gayrimüslim temsili müzareke dili sorunu ortaya çıkaracaktı. İstanbul mebusu Vasilaki Efendi ve Ermeni Mebus Süyük Efendi kendi ana dillerinde yemin etmek istemişler; talepleri Başkan Ahmet Vefik Paşa tarafından Kanunu Esasiye aykırı bulunduğundan reddedilmiştir. *Eraslan-Olgun*, s. 52.

Bu temsil oranı ile örneğin 1905 Devrimi sonrası kurulan Rus Dumasındaki azınlıkların temsil oranının çok üstünde idi. Osmanlı Devleti, Kanunu Esasinin ilanı, Meclislerin toplanması ve gayrimüslimlerin bu meclise dahil edilmesi ile, Avusturya Macaristan imparatorluğundan sonra ikinci çok uluslu meşrutî monarşi oluyordu.

Osmanlı Parlamaritarizminin İlk Dönemini Değerlendirme

Tarihsel ve toplumsal niteliklerine bakarak Osmanlı Parlamentosunu sınıfsal bir tabana oturtamayız. Osmanlı parlamentosu sınıfsal temsilden ziyade etnik temsile dayanmaktaydı. Fakat gene de, Osmanlı toplumunun üç çeyrek yüzyıldır sürdürmekte olduğu reformun doruk noktası olarak değerlendirilmelidir.¹⁶

Osmanlı meşrutiyeti kendini ayakta tutacak bilinçli bir toplumsal desteğe sahip değildi. Bunu sağlayacak bir liberal burjuva sınıfı yoktu. Osmanlı meşrutiyeti Osmanlı burjuvazisinin değil, temeli Babıali bürokrasisi olan küçük burjuvazinin eseri idi. Bu da esas itibariyle devlet kadroları içinden gelen bir siyasal dinamik manasına gelmekteydi.

Parlamaritarizm Batıda siyasal toplumsal çatışma ve dengelerin sonucu olarak doğmuştu. Kanunu Esasinin ilanı ve parlamentonun kuruluşu hukuki ve siyasal bir inkılap sayılmakla birlikte, Osmanlı parlamaritarizmini İngiliz ve Fransız parlamaritarizmi ile karşılaştırmak yanıltıcı olur. Kıyaslama Rusya, Prusya, Avusturya-Macaristan gibi koşulları Osmanlıya yakın sistemlerle yapılmalıdır.

Abdülhamit Mebusanı tatil kararından sonra, Sait, Mahmut Nedim, Suphi ve Hayrettin Paşalardan oluşan bir komisyon kurdurarak, Anayasa değişikliği ile parlamaritarizme devam ihtimalini 1880'de etüt ettirmiş, komisyon anayasa değişikliğine sadece Meclis-i Umumi'nin yetkili olduğu raporunu verince, bu düşüncelerinden tamamen vazgeçmiştir.¹⁷ Padişah tatil ettiği Meclisi Umumiyi bir daha toplantıya çağırılmamış olmakla birlikte, Kanun-ı Esasinin her yıl devlet salnamelerinde yayınlanmış olması¹⁸,

¹⁶ Ahmet N. Yücekök, *Siyaset Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Parlamaritonun Evrimi*, Ankara, 1983. s. 75, 78.

¹⁷ Eraslan-Olgun, s.54.

¹⁸ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (Kanun-ı Esasi ve Meşrutiyet Dönemi)*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2001, s.16.

Ayan Meclisi üyelerinin devlet protokolündeki yerini aynen korunması, maaşlarını almaya devam etmekte oluşları, kağıt üzerinde Anayasalı monarşinin “meclissiz” devam ettiğini gösterir.

1908 Jön Türk Devrimi ve Parlamentosunun Yeniden Açılması

1889’dan beri Sultan Hamit mutlakiyetine karşı yer altı ve yurtdışı muhalefetini sürdüren İttihat ve Terakki Cemiyeti, Makedonya bunalımı sırasında ordu içindeki kadrolarının gücüne dayanarak Sultanı parlamenterizme geri dönmeye zorladı; ve bunda başarılı oldu.

Yıldız Saray’ından neşredilen iki padişah iradesi 1878’de kesintiye uğrayan rejimi 1908 Temmuzunda yeniden kurdu. Bunlardan birincisi, Meclis-i Mebusanın toplantıya çağırılmasına dair irade-i seniye, ikincisi de *Kanunu Esasinin Meriyeti Hakkında Sadır olan 1 Ağustos 1908 tarihli hattı hümayundur*. Bu sürece Türk siyasi tarihinde 10 Temmuz İnkılabı veya Hürriyetin İlanı denir.

Osmanlı Meclis-i Mebusanı, ikinci yasama döneminde bir seçim yasası hazırlamış ve Ayan Meclisinden de geçmişti. Ancak padişah bu metni onaylamadan Meclisi tatile göndermiş, taslağı onaylamamıştı. Bu taslak aradan otuz yılı geçtikten sonra bir irade ile İntihab-ı Mebusan Kanunu (milletvekili seçimi kanunu) olarak yürürlüğe girdi. Yeni yasama meclisi bu seçim kanununun ilan ettiği ilkelere göre toplanacaktı.¹⁹

Meclis-i Mebusan 17 Aralık 1908’de yine Sultan Abdülhamit’in huzurunda yapılan bir törenle çalışmalarına başladı.²⁰ 1908 Mebusan seçimleri 121 sancakta gerçekleştirilmiş, ayrıcalıklı konumdaki Sisam ve Cebel-i Lübnan’da seçim yapılmamıştır. Tuna üzerinde bulunan Adakale hiçbir yerle sınırı bulunmadığından İstanbul seçimlerinde bir ikinci seçmenle temsil edilmiştir.²¹

Seçimlerden bir yıl önce, 1907’de, bir genel nüfus sayımı yapılmıştı. Rakamlar temsil tabanını açıklar mahiyette idi: Müslüman

¹⁹ 30 yıllık tatilden sonra ilk mebusan seçimleri İntihab-ı Mebusan Kanun-u Muvakkati’ne göre yapılmıştır. Kanun Takvim-i Vekayi’nin 15-24 Eylül 1324 tarihli sayısında yayınlanarak yürürlüğe girmişti. *Tekin- Çiftçi, s..37.*

²⁰ *Böke, s.31.*

²¹ *Eraslan -Olgun, ss. 73-74.*

15.508.753, Rum 2.852.812, Ermeni 1.120.000, Yahudi 253.435, Bulgar 761.530 idi.²²

Payitahtta seçimler 11 Aralıkta yapıldı. Heyet-i Teftişiyenin açıklamasına göre birini seçmenleri oluşturan erkek nüfus dağılımı şöyleydi: 268.458 müslüman. 75.776 rum, 29.042 ermeni, 10.649 musevi, 792 katolik, 227 süryani olmak üzere toplam 385.039. Bu sayılar gereği İstanbul'un 10 mebus çıkaracağı açıklandı. İstanbul'da 512 ikinci seçmen vardı.²³

1877'de Ayan'a üye olarak atanan 38 kişiden 1908'e kadar sadece üçü sağ kalmış, devlet protokolündeki yerlerini korumuşlardı. Sait Paşa, Abraham Paşal ve Lagofet Bey'den oluşan bu kalıntı heyetin yanına Sultan Abdülhamit yeni atamalar yaptı. Böylece Parlatentonun Heyet-i Ayan kanadı da çalışmaya başladı.²⁴

Seçimin galibi tahmin edileceği üzere İttihat ve Terakki Cemiyeti olacaktır. Osmanlı meşrutiyetinin ikinci döneminde göze çarpan ilk özellik, milli hakimiyet (ulusal egemenlik) fikrine yapılan vurgudur. Ahmet Rıza Bey gibi Jön Türk hareketinin timsali olmuş, otuz yıllık bir Abdülhamit muhalifinin Mebusan Meclisi başkanlığına getirilmesi meşrutiyet rüzgarının ne kadar güçlü estiğini kanıtlar. Ahmet Rıza Bey, Mebusanın reisi sıfatıyla yaptığı ilk konuşmada "hakimiyeti milliyenin kaviyen tees-süsü"nden bahsederek yeni rejimin ideolojik temellerine işaret etmiş oluyordu. İkincisi yenilik ise, saltanat kurumunun gerilemesine karşılık hükümetin bir erk olarak yürütme içinde gücünü arttırmasıdır. Bu dönemde parlamento ve hükümet birer bağımsız siyasal varlık olarak ortaya çıkmıştır.

Bu dönemin siyasal hayata getirdiği bir başka yenilik ise, hükümet programı ve güvenoylaması olmuştur. Bu tipik bir parlamenter uygulamadır. Anayasal bir zorunluluk olmamakla birlikte, Mebusan Meclisinde hükümet programı okunmuş, ilk güvenoylaması 13 Ocakta, ilk güvensizlik oylaması ise 13 Şubatta yapılmıştır.²⁵ Birinci Meşrutiyet siyasal so-

²² Eraslan- Olgun, s.76.

²³ Eraslan- Olgun, s.78.

²⁴ Öklem, s.41.

²⁵ Güvensizlik oyu ile düşürülen ilk hükümet Kamil Paşa hükümetidir. Ahmet Ali Gazel, Osmanlı Meclis-i Mebusanında Parlatemter Denetim (1908-1920), Konya, Çizgi Kitabevi, 2007, s.146

rumluluğu padişaha karşı tanımlarken, Jön Türk devriminden sonra, siyasal sorumluluk, hükümetin kurulması ve azli konusunda Meclis bir kurum olarak öne geçmiştir.

Parlamento ve Hükümetin Padişah Karşısında Güçlenmesi

31 Mart karşı devrim girişimi saltanatın daha da zayıflamasına, gerilemesine yol açtı. Meclisler meşrutiyeti, yaptıkları anayasa değişiklikleri ile ciddi bir revizyona tabi tuttular. 8 Ağustos 1909 tarihi itibarıyla, 21 madde değiştirildi. Anayasanın bir maddesi lağvedilirken, üç madde de eklendi. 1909 değişikliklerinden sonra ferman anayasadan misak anayasaya (sözleşme anayasa) geçilmiş oldu.

1909 değişiklikleri ile monarşi gerçekten sınırlandırılmış oldu. İktidar yapısı yeniden düzenlendi. Eski rejimde mebuslar Anayasal düzene değil, padişaha sadakat yükümü altında iken, 1909 rejimi padişahı Meclis-i Umumi önünde anayasaya bağlılık yemini eden bir Devlet Başkanı konumuna getiriyordu. (md.3) Artık harcamaları hem kendisi hem hanedan için ödenek yasasına bağlanıyordu. (md.6) Padişah, bu değişiklikler ile, Bakanlar Kurulunun oluşumu üzerindeki etkisini büyük ölçüde yitirdi. Sadece sadriazamı ve şeyhülislamı atayarak son kararı Mebusana bırakmak zorunda kaldı. (md.7)

Artık hükümetin kurulması güvenoyuna dayandığından padişah sadarete istediği kişiyi değil; Mebusan Meclisinden güvenoyu alabilecek birini atamak zorunda kalacaktır. Bu parlamenter hükümet modelinin çok tipik bir kurumudur. Yetkileri sembolik düzeye indirgenmiş devlet başkanı (monark) parlamentodan güvenoyu alabilecek ve bu güvenoyuna dayanarak hükümet edecek bir başbakan ile çalışmak zorunda kalacaktır. Bu kişi ülkeyi siyaseten yönetecek en güçlü kişi olacaktır.

1909 değişikliklerine kadar her iki meclisin başkanlarını gösterilen adaylar arasından padişah atarken, 1909 sonrasında Mebusan artık kendi başkanını kendi seçer hale gelmiştir. Yasama yetkileri alanında padişahın yetkileri genel olarak daraltılmıştır. Uluslararası anlaşma yapma yetkisi tamamen Meclislerin ve hükümetin insiyatifine terkedilmiştir.

Yasama meclisleri lehine yapılan değişiklikler ile Ayan ve Mebusan Meclisi üyeleri “izinsiz” kendi ihtiyarları ile yasa önerme yetkisine kavuşuyorlardı. (md.53) Şurayı Devlet yasama sürecinden tamamen çıkarıla-

rak, yüksek idare mahkemesi konumuna getiriliyor, padişahın mutlak veto yetkisi geciktirici veto yetkisine dönüştürülerek zayıflatılıyordu. (md.54)

Ayan Meclisi görüşmelerinin aleni hale getirilmesi de ilginç bir gelişmeydi. Çünkü bu Meclis, seçkinler meclisi idi. Doğrudan padişah tarafından göreve getirilen üyelerden oluşuyordu. Görüşmelerin kamuya açık olması, bu meclisi demokratikleştiren bir gelişmeydi.

Anayasa değişikliklerini yürütme yetkileri bakımından ele alırsak, Parlamenter hükümet sisteminin gereği olan, bakanların tek tek ve heyet halinde siyasal sorumluluğu, Osmanlı kamu hukukuna girmiş oluyordu. (md.30)

1909 değişikliklerinde, yürütmenin (Bakanlara Kurulunun talebi üzerine padişahın) fesih yetkisi kısıtlanmıştır. Bu kural daha sonra değişecektir. Bunun sebebi padişahın 1878 tarzı bir yola sapma ihtimalini ortadan kaldırmaktır. 1909 değişiklikleri ile yasama yürütme arasında yumuşak kuvvetler ayrılığı ilkesi, daha ziyade Mebusan Meclisini kollayacak şekilde gerçekleştirilmiş, klasik parlamenter hükümetin unsurları Türk Anayasa Hukukuna girmiştir. 15 Ağustos 1909 Heyet-i Ayan Kararnameyi ile Osmanlı parlamentarizmi yumuşak kuvvetler ayrılığı ilkesine benimsiyor; 1831 Belçika modeline yaklaşıyordu.

İkinci Meşrutiyette Anayasa Değişiklikleri

1909 değişiklikleri esas itibariyle yasama meclisini yürütme karşısında güçlendiren değişikliklerdi. Bir anlamda parlamenter üstünlük girişimi idi. Ancak bu kısa sürdü. Bundan sonra yapılan bütün değişiklikler yürütmenin elini kuvvetlendirmeye yönelik olacaktır. 1911'de başlatılan Anayasa değişikliği girişiminin hedefini Kanunu Esasinin 7. ve 35. maddeleri oluşturmaktaydı. İstemizin özü, Mebusanı fesih konusunda 1876 sistemine geri dönmektir. Mebusan Anayasa değişikliğini reddedince, İttihat ve Terakki merkez komitesi bir parlamento taktiğini deneyerek, Sadriazam Sa'it Paşa'yı istifa ettirmiş, ona ikinci kez kabine kurdurmuş, parlamento ikinci kez Anayasa değişikliğini reddedince, padişah iradesi ile 18 Ocak 1912 tarihinde fesih edilmiştir. Mebusanın yeni yasama dönemi 18 Nisan 1912'de başlamış ve tadil önerisi kolayca Mebusan Meclisinden geçmiştir. Ancak Kanunu Esasi değişikliğinin tamamlanması için Ayanda müzakerelere ve padişah onayı gerekmekteydi. Bu siyasal gelişmeler nedeniyle

yapılamamıştır. Halaskar Zabitan hareketi, Sait Paşa'nın istifası ve Gazi Ahmet Muhtar Paşa'nın sadarete gelişi gibi siyasal gelişmeler Anayasa değişikliğinin beklemesini zorunlu kılmıştır. Gazi Ahmet Muhtar Paşanın 5 Ağustos 1912'de Meclisi feshi²⁶, İttihat ve Terakkiyi iktidardan düşürmüştür. İttihat ve Terakki'nin siyasal iktidarı tekrar elde etmesi, ancak 1913 Babıali Baskını ile mümkün olmuş, 1914 seçimleri ile üçüncü yasama dönemi açılmış, 1911 değişikliklerine ilişkin süreç bu suretle tamamlanabilmiş, 7. ve 35. maddeler ancak bu suretle değiştirilebilmiştir.

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, ikinci meşrutiyet dönemi monarşinin yıprandığı, temellerinin sallanmaya başladığı bir dönem olmuştur. Kurumun saygınlığı azalmıştır. Bu dönemde yasama ve yürütme padişahattan kopmuştur. Sultan Vahdettin'in monarşist karşı darbesine kadar sarayın iktidarı gittikçe zayıflamıştır.

Mütareke dönemindeki son Osmanlı Meclisi Mebusanını dahil edersek 12 yıl süren İkinci Meşrutiyet döneminde dört yasama dönemi (devre-i teşriye) gerçekleşmiş, 1908, 1912, 1914 ve 1919'da seçimler yapılmış, Trablusgarp, Balkan, Dünya Savaşı ve mütareke dönemlerinde meclissiz dönemler yaşanmıştır. Tatil ve fesihler nedeniyle yasama faaliyetinin toplam süresi 4.5 yıldan daha fazla olamamıştır.

1912'deki ilk feshi müteakip yapılan Mebusan seçimlerinde 1908'den daha büyük bir İttihatçı ekseriyeti ortaya çıkmıştır. Bu seçim yaygın baskılar nedeniyle tarihimizde "sopalı seçim" (dayaklı seçim) olarak bilinmektedir. 270 milletvekilinden sadece 15'i muhalif siyasi partilere mensuptur. Fakat büyük çoğunluk İttihatçılar için faydalı olmamış, karşıt siyasal güçler harekete geçerek Halaskar Zabitan muhtırası verilmiş, Küçük Sait Paşa'nın istifası ile boşalan sadaret makamına geçen Müşir Gazi Ahmet Muhtar Paşa, Mebusanı Ayandan sağladığı bir tefsir kararı ile fesih etmiştir. Fesih 4 Temmuz 1912 tarihinde gerçekleşmiş, araya Balkan Savaşı ve Babıali Baskını girmiş; 1914 baharına kadar bir daha parlamento toplanamamıştır. Bu Meclis de, Mondros Mütarekesinden sonra 21 Aralık 1918'te Sultan Mehmet Vahidettin tarafından fesih edilecektir.

1908 sonrasında da meclisler oldukça kozmopolit bir yapı göstermişlerdir. İmparatorluğun çok uluslu yapısı bunu zorunlu kılmıştır. Ancak

²⁶ Bu fesih Ayan Meclisinin verdiği bir tefsir kararı ile olmuştur. Ayan'ın Kanun-u Esasiyi tefsir (yorumlama) yetkisi hk. bkz. *Demirei*, s.62.

Devletin dağılma sürecine girmesi, “vahdet-i anasır” ilkesini ütopyaya dönüştürerek, müslüman unsur dışındaki ögeler impartorluktan kopmuştur. 1917 Arap bağımsızlık hareketi ile de Osmanlı Devleti ve onun parlamentosu sadece Türk-İslam ögelere indirgenmiştir.²⁷

Mebusan Meclisleri içinde 1908 meclisi en kozmopolit yapıda olanıdır. Bu mecliste 142 Türk, 60 Arap, 25 Arnavut, 23 Rum, 12 Ermeni, 5 Musevi, 3 Sırp, 1 Ulah mebus vardır. Boşo, Vartkes, Kirkor ve Zöhrap efendiler Meclisteki gayrimüslim temsilinin renkli simaları olmuşlardır. Hatta Meclis başkanvekillerinden ikisi Rum (Aristidi ve Emanuelidi efendiler) biri Ermenidir (Hallaçyan Efendi). Dört Arap kökenli milletvekili de yıllar içinde başkanvekilliği görevinde bulunmuşlardır.

Mebusan Meclisi başkanlığı oldukça önemli bir mevkidir. İlk dönemde Mebusan’ın başkanını gösterilen adaylar arasından, Ayan Meclisinin başkanını ise doğrudan doğruya padişah atamaktaydı. Sultan Abdülhamit’in ilk yasama döneminde başkanlığa Jön Türk hareketinin ideologu Ahmet Rıza Bey’i getirmesi anlamlıdır. Ahmet Rıza, 1895 sonrası yurtdışında yükselen İttihatçı muhalefetinin sembol ismidir. Otuz yıl boyunca Avrupa’da yaşamış ve Sultan Hamit rejimine en sert eleştirileri *Meşveret*’te yayınlamıştır.²⁸

Yıl	Toplam	Türk	Arap	Arnavut	Rum	Ermeni	Musevi	Slav
1908	288	147	60	27	26	14	4	10
1912	284	157	68	18	15	13	4	9
1914	259	144	84	-	13	14	4	-

27

Feroz Ahmad’ın yukardaki tabloda ortaya koyduğu üzere, Meşrutiyet Devriminden itibaren Rum ve Arnavut mebus sayısının azalmasına karşılık Ermeni ve Musevi mebus sayısının aşağı yukarı sabit kaldığı Arap mebus sayısının ise tedricen arttığı dikkat çekmektedir. 1914 Meclisinde artık Slav ve Arnavut mebus artık yoktur. Bunun nedeni Balkan Savaşı ile Rume- li topraklarının yitirilmesi ve Arnavutluğun bağımsızlık ilanıdır. Üçüncü Dönem Mecliste, 12.5 milyon Türk 144 mebus ile temsil edilirken, 5.338.000 Arap 84 mebus ile temsil edilmiştir. Buna rağmen 1917’de Arap vilayetleri de Osmanlı Devletinden kopacaktır. *Feroz Ahmad, İttihat ve Terakki, 1908-1914 Çeviren:Nuran Ülken, İstanbul, Sander Yayınları, 1971, s.229*

28

Ahmet Rıza Bey kimliği ilginçtir. Uzun süre Jön Türk hareketinin fiili lideri korumunu sürdüren Ahmet Rıza, Devrim sonrası ülkeye döner ve mebus seçilir. Hatta Abdülhamit tarafından 26 Aralık 1908’de Meclis-i Mebusan Reisliğine tayin edilir. Fakat 31 Mart’tan sonra İttihatçı çevrelerle hızla arası bozulur. İttihatçılar onu Yıldız Yağmasının sorumlularından ilan ederler. Daha sonraki dönemlerde milletvekili seçilemez. 24 Ocak 1912’de Ayan’a üye olarak atanır. Dünya Savaşı yıllarında Ayan’da tek kişilik muhalefet partisi gibi çalışır. Mütare-

Şimdi, Meşrutiyet'in iadesi ile birlikte, hareketin ideologu Abdülhamit tarafından Mebusan Reisliğine atanarak yaşanan siyasal olgunun Jön Türk Devrimi olduğu teyit edilmiş oluyordu. Ahmet Rıza Bey'in İttihatçı yapılanmadan hızla kopuşu üzerine, parti örgüt içinden Meclis başkanlığına Halil Bey (Menteşe) aday gösterilmiştir. Hacı Adil Bey, meşrutiyet meclislerinde birinci başkanlık görevi yapmış, Tanin'in ünlü başyazarı Hüseyin Cahit Bey de (Yalçın) reis vekilliği görevinde bulunmuştur.

Meclislerin çalışmaya başlamasından sonra iki kamara arasında yetki tartışması çıkmıştır. Bilindiği gibi Osmanlı meşrutiyeti, ilk özgün modelinde Ayan Meclisini Mebusan Meclisinin üstünde konumlandırmıştı. Yasama sürecinde sırasıyla Vükela ve Ayan başta geliyor, onu üçüncü sırada Mebusan Meclisi izliyordu. İkinci Meşrutiyet bu piramidi değiştirdi. Şurayı Devleti de yasama sürecinden tamamen çıkararak Yüksek İdare Mahkemesi haline getirdi.

Ayan ve Mebuslar Meclisi arasındaki ilk çatışma temsil meşrutiyeti noktasında çıktı. Birçok mebus açısından Ayan Meclisi "mansıp" (atamış) olduğundan milli iradeyi yansıtmamaktaydı. Yasama sürecinde müntehap (seçilmiş) meclisin mansıp meclisten daha yetkili olması gerektiğine dair yaygın bir kanaat vardı.

Osmanlı parlamentarizmini yeniden kuran Jön Türk Devrimidir. Devrimin ideolojisi anti- aristokratik, anti- monarşik ve anti feodal özellikler gösterir. İkinci Meşrutiyet dönemi hızlı siyasal gelişmelerin yaşandığı bir dönemin adıdır. Sadaret makamına yapılan atamalar ve kurulan kabine sayısı bunu kanıtlar niteliktedir. On yılda on beş hükümet kurulmuştur. Küçük Sait, Hüseyin Hilmi, Kamil ve Talat Paşalar birden çok kabine kurmuşlar, ortalama kabine ömrü bir yıldan az olmuştur.

İkinci Meşrutiyet döneminde yasama meclisinin yürütme gücü karşısındaki etkinliğini gensoru, soru, araştırma ve soruşturma önergelerinin sayısından anlamak olanaklıdır. Meclisin birinci yasama döneminde (1908-1912) 48 soru önergesi, 160 gensoru, 16 araştırma önergesi, 4 soruşturma önergesi, 2 genel görüşme önergesi verilmiştir.²⁹ İkinci yasama

kede Sultan Vahidettin tarafından Ayan Meclisi Reisliğine getirilecektir. Daha sonra Milli Kongre üyesi olan Ahmet Rıza Milli Mücadele döneminde Avrupa'dadır. Anadolu ihtilali başarıya ulaşınca tekrar ülkeye döner, fakat Cumhuriyet Devriminden sonra kendisi hiçbir aktif siyasal göreve getirilmeyecektir.

²⁹ *Gazel*, s.362.

dönemi fesih nedeniyle kısa sürdüğünden 4 soru önergesi, 1 gensoru önergesi ve 1 araştırma önergesi verilebilmiştir. Birinci Dünya Savaşına rastlayan üçüncü yasama döneminde (1914-1918) parlamenter etkinlik zayıflamıştır. Bu dönemde 21 soru önergesi, 5 gensoru, 3 araştırma önergesi, 2 soruşturma önergesi vardır. 1920 başında çalışmalarına başlayabilecek olan dördüncü dönemde ise Meclis sadece üç ay gibi kısa bir dönem çalışabilmiştir. Buna rağmen 21 soru önergesi, 2 soruşturma önergesi gündeme gelmiştir. Genel olarak değerlendirildiğinde, İkinci Meşrutiyet döneminde 166 gensoru önergesi verilmiştir.³⁰

Meşrutiyet parlamentosunun 1908-1918 arasında çıkarmış olduğu kanunların sayısı 1500 kadardır. Fakat aynı dönemde meclislerin toplantı halinde bulunmadığı zamanlarda hükümetler 1061 muvakkat kanun çıkarmışlardır. Buna mütareke döneminin kararnamelerini eklersek 1682 sayısına ulaşırız. Geçici kanunlardan ancak 602'si Meclisi Umumi tarafından tasdik edilerek kanunlaşmış, 100 civarında muvakkat kanun da parlamento tarafından reddedilmiştir.³¹

Mondros Mütarekesinden sonra girilen barış müzakereleri sürecinde Meclis Sultan Vahidettin tarafından 21 Aralık 1918'de fesih edilmiş; Anadolu ihtilalinin uç vermesi ve ülke yönetiminin Müdafaa-ı Hukuk önderlerinin eline geçmesi üzerine, anayasa gereği dördüncü dönem Mebusan Meclisi seçimleri yapılmıştır.³² Bu meclise seçilenler arasında Erzurum merkez livasından Mustafa Kemal Paşa da vardı. O'nun önderliği altında yürütülecek olan Anadolu İhtilali ve Türkiye Büyük Millet Meclisi rejimi büyük ölçüde meşrutiyet parlamentarizminin mirasçısı olmuş, yeni Türk Devleti'nin yasama teamülleri meşrutiyet parlamentosundan devralınmıştır.

30 *Gazel, s. 363.*

31 *Tarık Zafer Tunaya, "İkinci Meşrutiyetin Siyasal Hayatımızdaki Yeri", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Hazırlayan: Siyasi İlimler Türk Derneği, Ankara, 1976, s.114.*

32 *Son dönem Osmanlı Mebusan Meclisi seçimleri Ali Rıza Paşa Hükümeti devrinde olmuştur. Hükümet, bir Heyet-i Teftişîye oluşturmuş, bir İntihab Komisyonu kurmuş ve İntihab-ı Mebusan Talimatnamesi yayınlamıştır. Bkz. Taha Niyazi Karaca, Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2004, ss.175-188.*

Sonuçlar

Osmanlı meşrutiyeti, 1876 Aralık ayından 1 Kasım 1922 tarihli TBMM kararları ile (307 ve 308 sayılı) saltanatın kaldırılmasına kadar sürmüştür. Parlamento da 1877 Martından 1920 Martına kadar kesintilerle çalışmıştır. Yarım yüzyıl içinde Osmanlı siyasal sistemi “halife-i ruy-i zemin” (Tanrının yeryüzündeki gölgesi) anlayışından, milli egemenlik anlayışına çalkantılı bir geçiş yaşanmıştır. Başlangıçta, seçilmiş millet temsilcilerini kuşkucu bir tarzda, geleneğe eklemleyen Osmanlı Kanunu Esasisi, parlamentarizmi daha ziyade islami meşveret kurumu ile meşrulaştırmış görünüyordu. Ancak, temsil ve siyasete katılma talebi sistemi ister istemez demokratikleştirdi. Osmanlı monarşisinin Jön Türk devriminden sonra hızla zayıflaması, parti iktidarının ve siyasi parti mücadelelerinin kaçınılmaz bir sonucuydu. İlk meşrutiyetin yürütme ağırlıklı modeli, 1908’den sonra parlamento üstünlüğü yönünde bir değişiklik geçirdi. 1908-1918 arasında yapılan pek çok tadil yasama-yürütme (parlamento-hükümet) arasında yaşanan çatışmanın ürünü olacaktı. 7. ve 35. maddeler etrafında geçen mücadele İttihat ve Terakki Merkezi Umumisinin, vükela aracılığı ile parlamentoya hakim olma çabalarının bir yansıması sayılmalıdır.

1908 sonrası dönem esas itibariyle, Sultan Reşat devri olmuştur. 1909’da Abdülhamit’in halli ile tahta çıkarılan “*biraderinin*” siyaset anlayışı ve ılımlı kişiliği, parti siyasetini olanaklı kıldı. Hanedanı ve monarşiyi büsbütün zayıflatan bu durum İttihat ve Terakkinin, *de facto* hükümetin, ya da yürütme kanadının parlamento üzerinde hakimiyeti ile sonuçlanacaktı. Fakat, savaşın kaybedilmesi ile sahneden çekilen iktidar partisinin yaratacağı boşluğu Vahdettin’in monarşist karşı darbesi doldurdu. Darbe 1918 Aralığında gerçekleşti. Vahdettin Kanunu Esasinin 69. maddesini değiştirerek yasama vekaletini uzatan III. Dönem Osmanlı Mebusan Meclisini feshetti. Bu 1919 sonbaharına kadar sürecek olan parlamentosuz dönemin başlangıcıydı. Bu hamle ile Vahdettin hem İttihatçıları tasfiye etmek hem de zayıflamış olan monarşiyi restore etmek emelini gerçekleştirmek istiyordu. Bu perspektiften bakıldığında Türk Devrimi, Sultan Vahdettin’in dar monarşizmine karşı, yasamanın ve milli egemenliğin üstünlüğü tezinin galebe çalması olacaktır.

Ne ilginçtir ki Anadolu ihtilalini başlatan ve yeni Türk Devletini kuran TBMM, dördüncü dönem Osmanlı Meclisinin bütün usul hükümlerini ve hatta gündemini benimseyerek işe başlamıştı. İstanbul Meclisin son

gündem maddelerinden biri olan Ağnam Resminin Tezyidi Hakkında Kanun layihası Ankara'nın ele aldığı ilk konulardan olmuştur. TBMM'nin ilk içtüzüğü Osmanlı parlamentosunun içtüzüğüdür. Yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı ilkesi aynen benimsenmiştir. Parlamento adabında uyulan ilkeler de aynıdır. Keza, 1876 Kanun-ı Esasi'nin 68. maddesinde belirtilen mebus seçilme engelleri arasında gösterilen “tabiiyet-i ecnebiye iddiasında bulunmak” 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 12. maddesi olarak aynen korunmuştur. Bütün bunlar Ankara Meclisinin Osmanlı parlamenter birikiminin üstüne inşa edilmiş olduğunu kanıtlar niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Ahmad, Feroz., İttihat ve Terakki, 1908-1914,Çeviren:Nuran Ülken, İstanbul, Sander Yayınları, 1971.
- Böke, Pelin., Son Osmanlı Meclisi'nin Son Günleri, İstanbul, Doğan Kitap, 2008.
- Demirci, H. Aliyar., İkinci Meşrutiyette Ayan Meclisi (1908-1912), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Eraslan, Cezmi; Olgun Kenan., Osmanlı Devleti'nde Meşrutiyet ve Parlamento, İstanbul, 3F yayınevi, 2006
- Ezherli, İhsan., Türkiye Büyük Millet Meclisi (1920-1992) ve Osmanlı Meclisi Mebusanı (1877-1920). Ankara, TBMM yayınları, 1992.
- Gazel, Ahmet Ali., Osmanlı Meclis-i Mebusanında Parlamenter Denetim (1908-1920), Konya, Çizgi Kitabevi, 2007.
- Karaca, Taha Niyazi., Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2004.
- Mehmet Zeynelabidin, İslamiyet ve Meşrutiyet, Sadeleştiren: Ahmet Atalay, Konya, 1999.
- Öklem, Necdet., 1877 Meclisi Mebusanı, İzmir, Ege Üniversitesi Rektörlüğü yayınları, 1980.
- Tekin, Yusuf, Çiftçi Sabri., 1877'den Günümüze Türkiye'de Parlamento, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2007.
- Tunaya, Tarık Zafer., Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (Kanun-ı Esasi ve Meşrutiyet Dönemi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Hazırlayan: Siyasi İlimler Türk Derneği, Ankara, 1976.
- Yücekök, Ahmet N., Y, Siyaset Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Parlamentonun Evrimi, Ankara, 1983.

Lübnan Özel Mahkemesi

Arş.Gör. Elif ORAL*

GİRİŞ

Lübnan Özel Mahkemesi (LÖM) bugüne kadar BM bünyesinde ya da onun aracılığıyla kurulan yedinci mahkemedir. LÖM, Eski Yugoslavya (ICTY) ve Ruanda (ICTR) için kurulan uluslararası mahkemelerin aksine, Kosova, Doğu Timor, Sierra Leone ve Kamboçya'daki olaylara ilişkin olarak kurulan "uluslararasılaştırılmış" mahkemelerden sayılmaktadır.¹ Ancak, LÖM, bunlardan da farklı olarak başlangıçta bir uluslararası anlaşmayla kurulması öngörülmüş olmasına karşılık doğrudan BM Şartı VII. Bölüm altında hareket eden BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulmuştur.² Bu bağlamda LÖM'ün meşruiyeti sorunu BM tarafından ya da onun aracılığıyla kurulan mahkemelerden farklı olarak ek bir sorun daha yaratmaktadır. Ayrıca bu durum Lübnan'ın iç hukukunda anayasal sorunları da beraberinde getirmiştir. Kısaca, Mahkeme'nin uluslararası hukuka uygunluğu ve meşruiyeti sorunları mahkemenin kurulmasının tasarlandığı günden itibaren tartışma konusu olmuştur.³ Bu sorunlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Mahkeme, yetki alanının darlığı bakımından da bir ilk olma özelliğine sahiptir. Yine Mahkeme, ilk defa bir terör suçunun uluslararası alanda yargılanacak olması bakımından da önem taşımaktadır. LÖM'ün bir diğer özelliği de hem suçlar bakımından hem de usul kuralları bakımından

* T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

1 Swart, Bert. "Cooperation Challenges for the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, s. 1153.

2 Swart, s. 1153-1154; Aptel, Cécile. "Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, s. 1108-1111.

3 Cockayne, James. "Foreword: The Special Tribunal for Lebanon – A Cripple from Birth?", *Symposium, Journal of International Criminal Justice*, November 2007, s. 1062.

Lübnan ulusal hukukunu uygulayacak olmasıdır. Bu aynı zamanda Lübnan ulusal mahkemelerinin içtihatlarının da bu “uluslararası karakterli” mahkemede geçerli olacağı anlamına gelmektedir. Ayrıca Kıta-Avrupası sistemini benimseyen Lübnan hukukunun uygulanması, uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış mahkemeler arasında ilk kez Anglo-Amerikan sistemi yerine Kıta-Avrupası sisteminin baskın olacağı anlamına gelmesi bakımından da dikkate değerdir.

Buna karşılık, Mahkeme'nin uygulayacağı kurallar arasında yalnızca ulusal hukuk yoktur. LÖM Statüsü'nde uluslararası ceza hukukuna özgü sorumluluk kurumlarına da yer verilmiştir. Tüm bunlara ek olarak, LÖM Statüsü sadece ICTY ve ICTR'dan değil, Sierra Leone Özel Mahkemesi, Bosna-Hersek Savaş Suçları Mahkemesi ve hatta Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri'ne ait bazı özellikleri de bünyesinde barındırmaktadır. Nihayet, özellikle Suriye bakımından işbirliği yapma yükümlülüğünün öngörülmemiş olması Mahkeme'nin etkili bir biçimde işlemesi önünde bir engel olarak durmaktadır. Bu çalışma kapsamında tüm bu sorunlara değinilecek ve çalışmanın son bölümünde de Mahkeme'nin organik yapısı incelenecektir.

1) MAHKEMENİN KURULMASI

14 Şubat 2005'te Lübnan Başbakanı Refik Hariri'ye karşı gerçekleştirilen ve Hariri ile 22 kişinin ölümüne yol açan saldırılar ile Ekim 2004'ten beri devam etmekte olan terörist bombalamaları sonucunda BM Güvenlik Konseyi Başkanı, Güvenlik Konseyi adına bu saldırıları kınamış ve bu “terörist saldırıların” uluslararası barış ve güvelliğe karşı tehdit oluşturduğunu belirtmiştir.⁴ Burada dikkat çekilmesi gereken bir konu,

⁴ Statement by the President of the Security Council, S/PRST/2005/4, 15 February 2005; <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/238/46/PDF/N0523846.pdf?OpenElement>; erişim 19.3.2009. GK, özellikle soğuk savaş döneminde bazı eylemleri terör eylemi olarak nitelendirmedeki isteksiz davranmış ve bunları genellikle devletlerin ulusal güvenliğine yönelmiş tehditler olarak kabul etmiştir. Soğuk Savaş sonrasında Güvenlik Konseyi, her bir terör eylemi için *ad hoc* tanımlama yapmış örneğin rehine alma, uçak kaçırma gibi eylemleri uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olarak nitelendirmiş, ancak yine de terörizmi bir “uluslararası suç” olarak tanımlamamıştır (bkz. 1989 yılında Lübnan Başbakanı'na karşı gerçekleştirilen suikast). 2001 sonrasında da uluslararası terörizmin sadece ilgili Devleti değil tüm uluslararası topluluğu, barış, demokrasi, insan hakları ve istikrarı etkilediğini belirtmiş olmakla birlikte terörizmi “uluslararası suç olarak tanımlamamış ve bu suçların faillerinin yargılanması ve cezalandırılmasını devletlerin iç hukukuna bırakmıştır.

terörizmin ne terörizme ilişkin BM sözleşmelerinde ne de BM Güvenlik Konseyi kararlarında bir “uluslararası suç” olarak tanımlanmış olmasıdır. BM sık sık terörist saldırıları uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olarak nitelese de henüz terörizmi, soykırım, insanlığa karşı suç ya da savaş suçu gibi “uluslararası suçlar” kategorisine dahil etmemiştir.⁵ Bu durumun yarattığı sorunlara aşağıda değinilecektir.

7 Nisan 2005’te BM Güvenlik Konseyi, 1595 sayılı kararıyla, Hariri’nin öldürülmesi olayını araştırması için Uluslararası Bağımsız Soruşturma Komisyonu’nu kurmuştur.⁶ Lübnan’ın aynı zamanda Hariri’nin oğlu olan yeni Başbakanı Saad Hariri ise 13 Aralık 2005’te, BM Genel Sekreterliğine başvurarak terör suçlarından sorumlu olanların yargılanacağı “uluslararası karakterde” bir mahkeme kurulmasını talep etmiştir.⁷ Güvenlik Konseyi de Genel Sekreter’in Lübnan hükümetiyle, ceza adaletinin yüksek uluslararası standartlarına uygun olarak böyle bir mahkeme kurulması için müzakerelere başlamasını talep etmiştir. Müzakereler, 15 Kasım 2006’da Genel Sekreter’in mahkemenin kurulması yönünde hazırladığı raporla son bulmuştur.⁸

⁵ Üstelik, Lübnan’da gerçekleşen ve bu *erga omnes* kurallara aykırılık oluşturduğu kabul edilen diğer eylemlere ilişkin herhangi bir Mahkeme kurulmamış ya da bu eylemlerden sorumlu olanların uluslararası alanda yargılmasının yapılmasına teşebbüs dahi edilmemiş olması da BM Güvenlik Konseyi’nin Lübnan’a ilişkin kararlarında eleştirilen bir diğer konudur. Ancak çalışmamız sadece Hariri suikastı ve bunun ertesinde uluslararası karakterde bir mahkeme kurulması konusuna yoğunlaşacaktır. Lübnan’da işlenen diğer suçlar ve nitelikleri için bkz. Schabas, Williams A. “The Special Tribunal for Lebanon: Is A ‘Tribunal of An International Character’ Equivalent to an “International Criminal Court?”, Leiden Journal of International Law, 2008; Aptel, s. 1109-1110.

⁶ SC Resolution 1595 (2005), S/RES/1595 (2005): <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/238/46/PDF/N0523846.pdf?OpenElement>; erişim 19.3.2009.

⁷ Letter dated 13 December 2005 from the Chargé d’affaires a.i. of the Permanent Mission of Lebanon to the United Nations addressed to the Secretary-General, S/2005/783: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/640/51/PDF/N0564051.pdf?OpenElement>; erişim 19.3.2009.

⁸ Report of the Secretary-General on the establishment of a special tribunal for Lebanon, S/2006/893: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/617/97/PDF/N0661797.pdf?OpenElement>; erişim 19.3.2009.

23 Ocak ve 6 Şubat 2007 tarihlerinde BM ve Lübnan Hükümeti arasında Lübnan için Özel Mahkeme kurulması yönünde Lübnan Parlamentosu çoğunluğunun, daha doğrusu Saad Hariri'nin dahil olduğu koalisyonun, desteğiyle anlaşma imzalanmıştır. BM Güvenlik Konseyi, 30 Mayıs 2007'de, kabul ettiği bir kararla⁹ uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdidin varlığını yinelemiş ve BM Şartı VII. Bölüm altında düzenlenen yetkisiyle hareket ederek Lübnan Özel Mahkemesi'nin kurulmasına karar vermiştir. Kararın Ek'inde LÖM Statüsü bulunmaktadır ve Güvenlik Konseyi, bu Statü'nün, Lübnan tarafından aksi yönde bir bildirim yapılmadıkça, 10 Haziran 2007'de yürürlüğe gireceğini ve Mahkemenin de daha sonra belirlenecek bir tarihte göreve başlayacağını belirtmiştir. Böyle bir bildirim yapılmaması üzerine 10 Haziran 2007'de Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü yürürlüğe girmiştir. 21 Aralık 2007'de Hollanda parlamentosunun onayıyla Lahey'de kurulan Mahkeme, 1 Mart 2009'da göreve başlamıştır.

2) MAHKEMENİN MEŞRUIYETİ SORUNU

Bu çalışmada ilk olarak mahkemenin meşruiyeti sorunu irdelenecektir. Uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış mahkemelerin meşruiyeti sorunu aslında her yeni mahkeme kuruluşunda gündeme gelse de LÖM bakımından meşruiyet sorunu özellikle önemlidir.¹⁰ Bu bağlamda öğretilerle sıklıkla sorulan soru Güvenlik Konseyi'nin mahkemeyi kuran kararıyla BM ve Lübnan arasında bir uluslararası sözleşme mi akdetmek istediği yoksa BM şartında öngörülmemeyen bir şekilde, sözleşme biçiminde tek taraflı olarak bir devlete yükümlülük mü yüklediğidir. Lübnan, müzakere sonucunda uzlaşmaya varılan anlaşma metnini iç hukukunda henüz onaylamamış olmasına ve Lübnan'da anlaşmanın onaylanmasına ilişkin anayasal sorunlar olduğunu bilmesine karşılık, Güvenlik Konseyi BM Şartı VII. Bölüm'e dayanarak aldığı kararında bu metni kararın bir parçası

⁹ Resolution 1757 (2007) Adopted by the Security Council at its 5685th meeting, on 30 May 2007.

Annex: Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon, <http://www.globalpolicy.org/intljustice/tribunals/lebanon/2007/res1757.pdf>, erişim 1.4.2009.

¹⁰ Wierda, Marieke/ Nassar, Habib/ Maalouf, Lynn. "Early Reflections on Local Perceptions, Legitimacy and Legacy of the Special Tribunal for Lebanon", Journal of International Criminal Justice, November 2007, s. 1066.

haline getirmiştir.¹¹ Böylece Lübnan bakımından anayasal sorunlar doğarken, LÖM açısından da meşruiyet sorunu doğmuştur.

Başlangıçta, Güvelik Konseyi'nin amacı, tıpkı Sierra Leone için olduğu gibi Mahkemeyi bir sözleşme kurumu olarak kurmaktı. Zaten, bir mahkeme kurulması talebi de bizzat Lübnan'dan gelmişti. Güvenlik Konseyi, daha önce de belirtildiği üzere, kararında, Lübnan tarafından aksi yönde bir bildirim yapılmadığı takdirde BM Güvenlik Konseyi kararına Ek LÖM Statüsü'nün 10 Haziran 2007'de yürürlüğe gireceğini kararlaştırmış, ancak aynı zamanda da VII. Bölüm yetkisine dayanarak bağlayıcı bir karar vermiştir.¹² Dolayısıyla, aslında bir anlaşmaya dayalı olarak kurulacak olan kurumun, anlaşmanın Lübnan'daki siyasi sorunlar nedeniyle¹³ iç hukukta onaylanamaması karşısında, Güvenlik Konseyi, bu eksikliği bağlayıcı bir karar vererek tamamlamıştır.¹⁴ Böylece LÖM, eksik onay işlemine rağmen anlaşmaya dayalı olarak kurulmuş bir mahkeme gibi görülecektir. Bu durum ise, her ne kadar Güvenlik Konseyi Kararında devletlerin egemenliği ve siyasal bağımsızlığı ilkelerine saygı duyulacağı belirtilmiş olsa da, bu ilkeleri açıkça zedeler bir görünüm sergilemektedir.¹⁵ Diğer bir deyişle, Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nda tek taraflı olarak bir devlete sözleşme yükümlülükleri yüklenmesi yönünde ne açıkça ne de örtülü olarak bir yetki vermesine rağmen¹⁶, kararda bir son tarih belirleyerek fiilen bu nitelikte bir karar almıştır. Böyle bir karar ise

¹¹ Fassbender, Bardo. "Reflections on the International Legality of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, s. 1091-1094.

¹² Fassbender, s. 1096.

¹³ Wierda / Nassar / Maalouf, s. 1065.

¹⁴ Fassbender, s. 1096; Wierda / Nassar / Maalouf, s. 1066.

¹⁵ Oybirliğiyle kabul edilen GK Kararı için ABD, Birleşik Krallık, Fransa, Belçika, Slovakya, İtalya, Gana ve Peru oy kullanırken, iki daimi üye (Çin ve Rusya) dahil iki bölgesel güç (Güney Afrika ve Endonezya) oy kullanmamıştır. Megret, Frederic. "A Special Tribunal for Lebanon: The UN Security Council and the Emancipation of International Criminal Justice", *Leiden Journal of International Law*, 2008; Wierda / Nassar / Maalouf, s. 1066.

¹⁶ Ayrıca 1989 Devletler ve Uluslararası Örgütler Arası Antlaşmalar Hukuku Viyana Sözleşmesi m.51 de sözleşmenin tartışılması ya da imzalanması aşamasında bir devlet temsilcisi üzerinde baskı kurulmasını, m. 52 ise devlet üzerinde şiddet kullanılmasını ya da şiddet kullanma tehdidinde bulunulmasını yasaklamaktadır. Her ne kadar BM, bu Sözleşmeye taraf olmamış olsa da, ilgili hükümler yapılageliş hukuku haline geldiğinden BM bakımından bağlayıcıdır. Ancak, bu hükümlerin LÖM'ün kuruluşuna uygulanma olanağı yoktur. Bkz. Fassbender, s. 1098-1103.

sadece BM Şartı'na değil aynı zamanda Antlaşmalar Hukuku'na da aykırıdır. Fassbender, kararda kullanılan kelimelerin de bu yorumu güçlendirdiğini ifade etmektedir.¹⁷ Ayrıca, kararda, karara eklenen Statü'den bahsedilirken “anlaşma”dan değil ve fakat “ekteki belge”den bahsedilmektedir.¹⁸ Ancak Fassbender, BM amaç ve ilkeleri ile uluslararası hukuka uygun bir yorum yapılması gerektiğini belirterek bu tartışmalardan şu sonuçlara varmaktadır:

- i) *“GK, bir devlete uluslararası sözleşme biçiminde kaleme alınmış bir kararla yeni yükümlülükler yükleyemez.*
- ii) *Dolayısıyla, Konsey, kararını Lübnan için uyulması zorunlu bir sözleşme haline getiremez.*
- iii) *LÖM'ün kuruluşunda yürürlükte olan bir sözleşme söz konusu değildir.*
- iv) *Konsey kararı, uluslararası hukuka ve BM hukukuna uygun bir şekilde yorumlanabilir.*
- v) *LÖM, BM yetkisi altında BM kararıyla kurulmuş bir mahkemedir.*
- vi) *Kararda geçen Antlaşmalar Hukuku'na ilişkin terimler, kararın bir parçası olarak okunmalıdır. Dolayısıyla kararda yer alan hükümler Lübnan'ı ve ilgili diğer devletleri bağlamaktadır. Mahkeme bütçesinin %49'unun Lübnan, %51'inin ise diğer devletlerin yapacağı bağışlardan oluşması da bunun bir göstergesidir.”¹⁹*

Ne var ki, Fassbender bu yorum silsilesine şunu da ekler: “Kural olarak, Güvenlik Konseyi, VII. Bölüm yetkilerini tavsiye kararları veya bağlayıcı kararlar olarak kullanabileceği gibi, söz konusu devletin egemenliğine müdahale etmeksizin bir anlaşma yapma seçeneğiyle yani daha ‘yumuşak yollar’ izleyerek de kullanabilir. Hatta bu yol Güvenlik Konseyi'nin ilk seçeneği olmalıdır. Ancak, Güvenlik Konseyi, böyle bir anlaşma yapma yolunu seçtiğinde Antlaşmalar Hukukuna da uygun davranarak iki özgür iradenin karşılıklı anlaşması kuralına uymalı ve müzakere-

¹⁷ Fassbender, s. 1096.

¹⁸ ibid, s. 1096.

¹⁹ ibid, s. 1101.

lerin eşitler arasında yürütüleceğini unutmamalıdır.²⁰ Yine de, müzakere-ler sırasında beklenmedik bir durum ortaya çıkarsa, Güvenlik Konseyi'nin hala VII. Bölüm çerçevesinde davranmasına bir engel yoktur. Güvenlik Konseyi, devleti o anlaşmayı imzalamaya ya da onaylamaya çağırabileceği gibi anlaşmanın uygulanması için bir son tarih de belirleyebilir. Ancak, bu olayda yaptığı gibi bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak yürürlüğe koymaktan kaçınmalıdır.”²¹

3) “ULUSLARARASI KARAKTERİ”Lİ BİR MAHKEME

GK Kararı'nda ve eki LÖM Statüsü'nde belirtildiği üzere Mahkeme, Lübnanlı ve uluslararası yargıçlar ile uluslararası bir savcıdan oluşan uluslararası bir karaktere sahip olacaktır. Mahkemenin *due process* dahil adalet standartları, diğer uluslararası mahkemelerde uygulanan yüksek uluslararası standartlara göre belirlenecektir. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere mahkeme Lübnan Hukuku'na göre yargılama yapacak olsa da LÖM Statüsü'nde uluslararası ceza hukukuna özgü bazı kavramlar bulunmaktadır. Tüm bunlara karşılık, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde ya da Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde olanın aksine, mahkemenin adında “uluslararası” sözcüğü bulunmamaktadır. LÖM, Sierra Leone Özel Mahkemesi'nde olduğu gibi “uluslararası” karakteri değil, “özel” olma karakteri vurgulanan “uluslararasılaştırılmış” karma (*mixed*) ya da melez (*hybrid*) olarak nitelendirilebilecek bir mahkemedir.²² Bu bölümde, LÖM'ün “uluslararası karakteri” irdelenirken sırasıyla mahkemenin yetkisi, ulusal mahkemeler karşısında üstünlüğü, terör suçunun hukuksal niteliği ve ulusal suçların yargılanmasında uluslararası ceza hukukuna özgü kavramların kullanılması sorunlarına değinilecektir.

²⁰ bkz. d.n. 16.

²¹ Fassbender, s. 1104-1105. Son olarak eklemek gerekir ki mahkemenin meşruiyeti, onun yabancı güçlerin kontrolünde ve özellikle Lübnan ve Suriye'yi “dize getirmek” için kurulmuş siyasal bir organa dönüşme olasılığı bağlamında da tartışılmaktadır. Ancak, bu çalışmada söz konusu tartışmaya girilmeyecektir. Bkz. Wierda / Nassar / Maalouf, s. 1066-1076.

²² Schabas, Williams A. “The Special Tribunal for Lebanon: Is A ‘Tribunal of An International Character’ Equivalent to an “International Criminal Court?””, *Leiden Journal of International Law*, 2008; See, e.g., *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies*, UN Doc. S/2004/616 (2004), paras. 40-42, 45-46.

a) Mahkemenin Yetkisi

Mahkeme bugüne kadar kurulan uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış ceza mahkemeleri arasında yetkileri en dar olan mahkemedir. Mahkeme, şimdilik sadece bir davada görev yapacaktır.²³ BM ve Lübnan arasında yapılan Anlaşmanın 1. maddesinde ve LÖM Statüsü m. 1’de, Mahkemenin 14 Şubat 2005’te gerçekleştirilen saldırıdan sorumlu olanları yargılama, yetkisi bulunduğu belirtilmektedir. Ancak, Mahkeme, 1 Ekim 2004 ile 12 Aralık 2005’te gerçekleştirilen diğer saldırıların da ceza adaleti ilkelerine bağlı olarak 14 Şubat’taki saldırıyla aynı nitelikte ve ağırlıkta olduğunu tespit ederse, bu saldırıların faillerini de yargılayabilecektir. Ayrıca 12 Aralık 2005’ten sonraki saldırılar da Lübnan Hükümeti ve Güvenlik Konseyinin rızasıyla, diğer bir deyişle BM’nin anlaşması halinde ve aynı ölçütler uygulanarak yargılanabilecektir.²⁴ Mahkeme, 14 Şubat saldırılarıyla diğer suçlar arasında bağ kurarken saik (güdü), saldırıların ardındaki amaç, hedeflenen mağdurların niteliği, saldırıların yapısı (*modus operandi*) ve failler²⁵ gibi ölçütleri inceleyecektir.

b) Mahkeme’nin Ulusal Mahkemeler Karşısında Üstünlüğü

Ayrıca belirtmek gerekir ki, uluslararasılaştırılmış mahkemelerin özelliklerinden biri bunların ulusal mahkemelere bir üstünlüğünün bulunmamasıdır.²⁶ LÖM Statüsü m. 4’e göre, LÖM ve Lübnan ulusal mahkemeleri suç faillerini yargılama konusunda yetkilidir; ancak, LÖM’ün Lübnan ulusal mahkemeleri karşısında önceliği vardır. Görüldüğü gibi, Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri Statülerinin aksine LÖM’ün kuruluşunda, üçüncü devletlerin ulusal mahkemelerine karşı bir üstünlüğünden bahsedilmemiştir ve Mahkeme bu bağlamda Sierra Leone Özel Mahkemesi ve Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Dairelerine benzemektedir.²⁷

²³ Cockayne, s. 1061.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Elberling, Bjorn. “The Next Step in History Writing through Criminal Law: Exactly How Tailor-Made is the Special Tribunal for Lebanon”, Leiden Journal of International Law, 2008.

²⁵ <http://www.un.org/apps/news/infocus/lebanon/tribunal/index.shtml>, erişim 1.4.2009.

²⁶ Swart, s. 1154.

²⁷ ibid, s. 1155-1157; Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri için bkz. Acquaviva, Guido. “New Paths in International Criminal Justice? The Internal Rules of the Cambodian Extraordinary Chambers”, Journal of International Criminal Justice, November 2007, s. 129 vd.

Son olarak, LÖM Statüsü m. 5, *non bis in idem* ilkesini, diğer bir deyişle kişinin aynı suçtan iki kere yargılanamayacağı ilkesini düzenlemektedir. Buna göre, kişinin LÖM’de yargılanması halinde, artık ulusal mahkemelerde aynı fiilden dolayı yargılanması mümkün olmayacaktır. Ancak, ulusal mahkemede yargılanan bir kişi, bu yargılamanın taraflı ya da bağımsız olmayan bir mahkeme tarafından ya da kişiyi LÖM’ün yetkisi dışında bırakmak amacıyla veya özensizce yapılması halinde LÖM yargılama yetkisine sahip olacaktır.

c) Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme’nin Usul ve Delil Kuralları

LÖM Statüsü m. 2’ye göre, Mahkeme, Lübnan Ulusal Ceza Kanunu’nu hükümlerini uygulayacaktır. Bu bağlamda Lübnan Ceza Kanunu’nun özellikle terör ve suç fiillerine, yaşama ve kişisel bütünlüğe karşı suçlara, yasadışı örgütlere ve suçları ihbar yükümlülüğüne aykırı fiillere ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Suçun unsurları, iştirak ve suça katılma konularında da Lübnan Ceza Hukuku geçerli olacaktır. Yine Lübnan’ın Ayaklanma ve Sivil Savaş halinde cezaların arttırılmasını öngören 1958 tarihli Yasa’sının 6. ve 7. maddeleri de Mahkeme’nin uygulayacağı kuraldandır. Ancak, Lübnan Ceza Kanunu’ndaki ölüm cezasına ilişkin hükümler ile zorla çalıştırmayı düzenleyen hükümler uygulanmayacaktır. Statü m. 24’e göre, Mahkeme, ömür boyu hapis dahil hapis cezası vermeye yetkilidir. Statü m. 29’a göre, cezaların infaz edileceği ülke, bu konuda istekli olan devletler arasından Mahkeme Başkanı tarafından seçilecektir. Cezanın infaz edildiği ülke yasalarına göre, hükümlü kişinin cezası, LÖM başkanının diğer yargıçlara da danışarak ve hukukun genel ilkeleri ile adalet düşüncesi temelinde karar vermesi halinde, affedilebilir ya da başka bir cezaya çevrilebilir. (Statü m. 30)

Statü m. 28, Mahkemece uygulanacak Usul ve Delil Kurallarının²⁸ hazırlanmasında, Lübnan Ceza Usul Kanunu kadar uluslararası ceza usulüne ilişkin yüksek standartların da adil ve hızlı yargılanmayı sağlayacak şekilde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu kurallarda diğer uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış ceza mahkemelerinden farklı olarak

²⁸ Special Tribunal for Lebanon Rules of Procedure and Evidence, 20 March 2009, [http://www.stl-tsl.org/plenary/STL%20Rules%20of%20Procedure%20and%20Evidence%20\(Eng\).pdf](http://www.stl-tsl.org/plenary/STL%20Rules%20of%20Procedure%20and%20Evidence%20(Eng).pdf), erişim 1.4.2009.

ön duruşma yargıcının rolü arttırılmış,²⁹ savunma için tanınan haklar güçlendirilmiş, mağdurların duruşmaya katılma olanakları arttırılmış³⁰, tutuklamaya ve ulusal güvenlik menfaatlerinin korunmasına yönelik alternatif tedbirler öngörülmüştür.³¹ Alternatif tedbirler arasında sanığın tutuklanmayacağına garanti verilerek duruşmaya gelmesinin sağlanması ve sanığın video-konferans yoluyla uzaktan duruşmalara katılabilmesi gibi yenilikler öngörülmüştür.³²

Son olarak, diğer uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış mahkeme statülerinde böyle bir hüküm bulunmamasına karşılık, yargılamalar uygulamada sanığın yokluğunda yapılabilir hale getirilmiştir.³³ *In abstentia* duruşmalar, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14'e aykırılık oluşturmaktadır; ancak Lübnan ulusal hukuku buna olanak tanıdığından, Statü'ye böyle bir madde koyulmasında sakınca görülmemiştir.³⁴ Ayrıca, böylece Hariri suikastı sanıklarının iade talebinin reddedilmesi halinde de yargılanması olanağı yaratılmıştır.³⁵ Yine de, bu olanak Statü m. 22'de, AİHM içtihadına da uygun olarak kişinin bu hakkından açıkça ve yazılı olarak feragat etmesi, iade talebinin reddedilmesi³⁶, sanığın kaçak olması ya da tüm çabalara rağmen bulunamamış olması koşullarına bağlanmıştır.³⁷ Eklemek gerekir ki, sanığın iddianameden 'haberdar' olmaması, duruşmada kendisini temsilen bir avukatın bulunmaması ile bu avukatın kendi seçtiği bir avukat olmaması ve sanık hakkında mahkumi-

29 Aptel, s. 1118; Higgins, Gillian, "Fair and Expeditious Pre-Trial Proceedings: The Future of International Criminal Trials", Symposium: How to Ameliorate International Criminal Proceedings: Some Constructive Suggestions (Edited by S. Zappalà), Journal of International Criminal Justice, May, 2007, s. 398.

30 Aptel, s. 1121.

31 Cockayne, s. 1061; Statement from the STL president Judge Antonio Cassese, http://www.stl-tsl.org/plenary/24-03-09%20Statement%20from%20the%20STL%20President-Final_EN.pdf, erişim 1.4.2009.

32 Statement from the STL president Judge Antonio Cassese, http://www.stl-tsl.org/plenary/24-03-09%20Statement%20from%20the%20STL%20President-Final_EN.pdf, erişim 1.4.2009.

33 Aptel, s. 1122.

34 ibid, s. 1121-1122.

35 ibid, s. 1121.

36 Gaeta, Paola. "To Be (Present) or Not To Be (Present): Trials in Abstentia before the Special Tribunal for Lebanon", Journal of International Criminal Justice, November 2007, s. 1171.

37 Aptel, s. 1122.

yet kararı verilmiş olması halinde sanığın varlığında yeniden yargılama³⁸ yapılabileceği de getirilen ek önlemlerdendir.³⁹ Mahkeme, yine 20 Mart 2009 tarihinde Gözaltına ve Tutuklamaya İlişkin Kuralları da kabul etmiştir.⁴⁰ Örneğin gözaltına alınan kişi derhal ve en geç 24 saat içinde avukatla görüştürülecek (Kural 10), sağlık kontrolünden geçirilecektir. Kişi, 7 günden fazla tek başına hücrede kalamayacak (Kural 15), kaldığı hücre 14 günden fazla video ile izlenemeyecektir. (Kural 31).

Şüphelinin hakları, Statü m. 15'te düzenlenmiştir. Buna göre: 1. Şüpheli, kendisini suçlayıcı beyanlarda bulunmaya ya da suçu işlediğini itiraf etmeye zorlanamaz. 2. Hakları konusunda, bildiği bir dilde bilgilendirilmelidir. 3. Mahkeme yetkisine giren bir suçu işlediğine inanmayı gerektiren nedenler olduğu konusunda bilgilendirilmelidir. 4. Susma hakkı vardır ve söylediği her şey kayıt altına alınarak aleyhine kullanılacak bir delil oluşturabilir. 5. Kendi seçeceği veya adalet gereği ya da şüphelinin yeterli olanağı olmaması halinde Savunma Ofisinin sağlayacağı avukata hakkı vardır.⁴¹ 6. Ücretsiz tercüman hakkı vardır. 7. Hakkından vazgeçemedikçe, avukat eşliğinde sorgulanma hakkı vardır.

Sanık hakları ise Statü m. 16'da düzenlenmiştir. Bunlar, mahkeme önünde eşitlik hakkı, adil yargılanma hakkı, mağdur ya da tanıkların korunması için Mahkemenin vereceği kararlar dışında kamuya açık duruşmada yargılanma hakkı, masumiyet karinesi ve mahkumiyet kararı verilmesi için makul şüphenin ötesinde bir inancın varlığının gerekmesi olarak sıralanabilir. Ayrıca, hakkında yapılan suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında anladığı bir dilde bilgilendirilme hakkı, savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve olanakların sağlanması, müdahale olmaksızın avukatla görüşme hakkı, gecikmeksizin yargılanma hakkı, m.22'deki durumlar hariç duruşmada bulunma hakkı, tanıkları sorgulama ya da sorgu-

³⁸ Gaeta, s. 1169.

³⁹ Aptel, s. 1122.

⁴⁰ Special Tribunal for Lebanon Rules Governing the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal before the Special Tribunal for Lebanon or Otherwise Detained on the Authority of the Special Tribunal for Lebanon, 20 March 2009, [http://www.stl-tsl.org/plenary/STL%20Rules%20of%20Detention%20\(Eng\).pdf](http://www.stl-tsl.org/plenary/STL%20Rules%20of%20Detention%20(Eng).pdf), erişim 1.4.2009.

⁴¹ Special Tribunal for Lebanon Directive on the Assignment of Defence Counsel, 20 March 2009, <http://www.stl-tsl.org/plenary/STL%20DIRECTIVE%20ON%20ASSIGNMENT%20OF%20COUNSEL.pdf>, erişim 1.4.2009.

latma ve kendi tanıklarını çağırma hakkı, aleyhine olan delilleri inceleme hakkı, ücretsiz tercüman hakkı, kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da suçu işlediğini itiraf etmeye zorlanmama hakkı ve duruşmanın herhangi bir anında o andaki konuyla ilgili beyanda bulunma hakkı da Statü’de düzenlenen haklar arasındadır. Bu konuda uluslararası ceza adaleti ve usulü bakımından bir yenilik de diğer uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış mahkemelerdeki *common law* sistemlerinden alınmış olan çapraz sorgulama esasının değiştirilmesi ve Kıta-Avrupası hukukuna özgü bir biçimde tanıkları önce yargıcın sorgulaması ve daha sonra savcı ve sanık tarafından soru sorulmasına geçilmesidir.⁴²

d) Terör Suçu, Uluslararası Bir Suç Mudur?

LÖM’ün kurulmasıyla birlikte ortaya çıkan bir diğer konu da, terör suçlarının ilk kez “uluslararası karakterde” bir mahkemede yargılanacak olmasıdır.⁴³ Aslında, BM Genel Sekreteri’nce sunulan raporda, Hariri’ye düzenlenen bombalı saldırının insanlığa karşı bir suç olarak kabul edilip sanıkların uluslararası ceza hukukuna göre yargılanması tavsiye edilmişken, bu öneri kabul görmemiştir. Buna karşılık, uluslararası hukukta henüz kesin bir tanımı bulunmayan terör suçunun, o suçun mağduru devletin ulusal hukukuna göre uluslararası bir mahkemede yargılanması yolu tercih edilmiştir.⁴⁴ Kısaca, bu uluslararası mahkemede teknik anlamda bir uluslararası suç değil bir ulusal suç yargılanacaktır. Bu durum BM Güvenlik Konseyinin, özellikle 11 Eylül saldırılarıyla birlikte net bir şekilde ortaya koyduğu, ulusal terör hareketlerini de uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olarak görme eğiliminde olmasının bir sonucu ve hatta belki de terörizmin uluslararası bir suç haline getirilmesinin ilk belirtileri olarak düşünülebilir. Ancak, bu tutuma ilişkin kesin bir yargıya varmak için henüz çok erkendir.

⁴² Aptel, s. 1119. Mahkeme, ayrıca diğer uluslararası ve uluslararasılaştırılmış mahkemelerdeki usulün aksine Anglo-Amerikan sisteminden çok Kıta-Avrupası sisteminin özelliklerini taşımaktadır. Bu değişimde doğal olarak Lübnan ulusal hukukunun etkisi de büyük öneme sahiptir. Bkz. Report of the Secretary-General on the establishment of a special tribunal for Lebanon, UN Doc. S/2006/893, 15 November 2006.

⁴³ Cockayne, s. 1061.

⁴⁴ Milanovic, Marko. “An Odd Couple: Domestic Crimes and International Responsibility in the Special Tribunal for Lebanon”, *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, s. 1139.

Önemle belirtmeli ki, öğretinin burada yadırgadığı durum, uluslararası bir mahkemede ulusal suçların yargılanması değildir. Nitekim Kamboçya ve Sierra Leone Mahkemelerinde de aynı şey söz konusu olup, mahkemeler adam öldürme, işkence, kundakçılık, çocukların cinsel istismarı gibi suçların faillerini de yargılamaktadırlar. Ancak bu mahkemeler soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçu gibi uluslararası suçları da yargılamaya yetkilidir. Lübnan için dikkat çekici durumsa, bu “uluslararası karakterli” mahkemenin hiçbir uluslararası suçu yargılamaya yetkili olmamasıdır.⁴⁵ Mahkemenin buna rağmen ulusal suçlara uluslararası ceza hukukunun bazı kurumlarını uygulaması da ayrı bir eleştiri konusudur.⁴⁶

e) Ulusal Suçların Yargılanmasında Uluslararası Ceza Hukuku Kurumlarının Kullanılması ve *nullum crime sine lege* İlkesi

LÖM Statüsü’nde uluslararası hukuk bakımından ilginç bir eşleşme yapılmış ve yargılamaların Lübnan Ceza Hukuku’na göre yapılacağı belirlenirken, uluslararası hukuka özgü “ortak suç girişimi” (*joint criminal enterprise*) ya da “ortak amaç sorumluluğu” (*common purpose responsibility*) ve emir sorumluluğu (*superior responsibility*) gibi cezai sorumluluk türleri öngörülmüştür.⁴⁷ Bu, aynı zamanda da, uluslararası hukuka göre sorumlu tutulacak Lübnanlı yetkililerin, fiilleri Lübnan Hukukuna göre suç olmasa da sorumlu tutulacaklarını ifade etmektedir ki bu durum *nullum crime sine lege* ilkesinin, diğer bir deyişle kanunsuz ceza olmaz ilkesinin de ihlali anlamına gelecektir.⁴⁸ Statünün Bireysel Cezai Sorumluluk başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrası:

- a) Mahkemenin yargı yetkisi içindeki suçları işleyen, bunlara katılan, örgütleyen veya diğer kişileri bu suçları işlemesi için yönlendiren,
- b) Genel suç faaliyetlerini ya da grubun amaçlarını iletirmek ve arttırmak amacıyla ya da grubun suç işleme niyetini bilerek, ortak bir amaçla hareket eden bir grup tarafından işlenen suçlara diğer her-

⁴⁵ ibid, s. 1141-1142.

⁴⁶ ibid, s. 1142.

⁴⁷ ibid, s. 1140-1141.

⁴⁸ ibid, s. 1144.

hangi bir şekilde ve kasten katkıda bulunan kişilerin bireysel cezai sorumluluğu bulunduğunu belirtmektedir. (*common purpose responsibility*)

Bu tanım, Roma Statüsü'nde katı bir biçimde belirlenen ortak amaç sorumluluğundan çok 1997 Terörist Bombalamaların Bastırılması Uluslararası Sözleşmesi m. 2/3,c'deki tanıma benzemektedir.⁴⁹ Milanovic, bunun nedeninin kanunilik ilkesine uyma çabası olabileceğini söylemekte ancak 1997 Sözleşmesine taraf devletlerin sözleşme hükümlerini iç hukuklarına aynen değil uyumlu bir şekilde nakletme yükümlülüğü altında olması gerçeği karşısında kanunilik itirazlarının karşılanmadığını belirtmektedir.⁵⁰ Diğer bir ihtimal de yargıçların takdir alanını geniş tutma isteği olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵¹

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ast-üst ilişkisi içinde hareket edenlerden, üstün, onun etkili otoritesi ve kontrolü altında bulunan kişileri uygun bir şekilde idare etme görevindeki ihmal nedeniyle ast tarafından işlenen suçlar bakımından,

- a) Üstün, bunu bilmesi veya astın suç işlediğini ya da işlemek üzere olduğunu açıkça ortaya koyan bilgileri bilinçli olarak görmezden gelmesi halinde,
- b) Suç oluşturan fiillerin, üstün etkili sorumluluğunda ve kontrolünde bulunması ve
- c) Üstün, suçun işlenmesi ya da bastırılması için gerekli ve makul tüm önlemleri almaması ya da durumu soruşturma ve kovuşturma için yetkili makamlara bildirmemesi halinde sorumludur.

Son fıkrada ise, astın, üstün emri doğrultusunda suç işlemesi durumunda, astın cezai sorumluluğunun kalkmayacağı, ancak adalet gerekleri ölçüsünde Mahkeme'nin bunu cezayı indirme konusunda takdiri hafifletici neden olarak kullanılabilmesi belirtilmektedir. (*superior responsibility*)

Burada eleştirilen bir diğer konu da “ast-üst ilişkisi” içinde işlenen suçlardan bahsedilmesine karşılık, diğer uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış mahkeme Statülerinin aksine, bu astın Devlet Başkanı, Hükü-

49 ibid, s. 1145.

50 ibid, s. 1145.

51 ibid, s. 1146.

met yetkilileri ya da parlamento üyesi olması durumunda ne olacağına belirtilmemiş olmasıdır. Mahkeme Lübnan yasalarını uygulayacağına göre bu kişilerin yargılamadan ve cezadan bağışık olacağı su götürmez bir gerçektir.⁵² Anlaşma m. 16 ve Statü m. 6'ya göre, Hükümet, Mahkemenin yargıladığı kişilere ilişkin olarak af çıkarmayacak, çıkarsa dahi bu soruşturmaya engel olamayacaktır. Buna karşılık yargı bağışıklıklarına ilişkin bir hükmün bulunmaması, bağışıklıkların sadece “uluslararası suçlar” bağlamında kaldırılabileceğini ve bir uluslararası suç olmayan terör suçlarında devletin resmi yetkililerinin bağışıklığının süreceği anlamına gelmektedir.⁵³ Son olarak belirtmek gerekir ki bağışıklığa ilişkin hükümler diğer mahkeme Statülerinde de bulunmamaktadır. Buna karşılık daha önce de belirtildiği üzere bu mahkemeler “uluslararası suçlar” bakımından yetkilidir ve bu suçlar söz konusu olduğunda devlet yetkililerinin bağışıklığı bulunmayacağı gerek Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü m. 27'de gerekse bir uluslararası yapılaş kuralı olarak benimsendiğinden bu mahkemeler içtihat yoluyla devlet yetkililerinin yargılanması yolunu açmıştır. Lübnan ulusal hukukuna göre hareket edecek olan LÖM bakımındansa böyle bir olanaktan bahsedilemez.⁵⁴

4) İŞBİRLİĞİ SORUNU

Lübnan Özel Mahkemesi'nin işleyişinde karşılaşılabilecek bir diğer sorun da işbirliğine ilişkindir. Güvenlik Konseyi'nin 1757 sayılı kararı Lübnan ve LÖM arasında işbirliği yapılmasını öngörmesine karşılık, üçüncü devletlerin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁵⁵ Nitekim uluslararası mahkemelerle uluslararasılaştırılmış mahkemeler arasındaki farklardan biri de uluslararası mahkemeler bakımından tüm devletlerin işbirliği

⁵² Aptel, s. 1110-11.

⁵³ ibid, s. 1110-11. Bu konu bağlamında hemen aklımıza gelen “devlet terörü” sorunsalına ise çalışmamızın kapsamını çok aşacağından burada değinilmeyecektir.

⁵⁴ Schabas, Williams A. “The Special Tribunal for Lebanon: Is A ‘Tribunal of An International Character’ Equivalent to an “International Criminal Court?””, Leiden Journal of International Law, 2008.

⁵⁵ Aptel, s. 1114-1115; Ayrıca bu noktada BM ve Lübnan arasında yapılan Anlaşma m. 7'ye göre, Mahkeme'nin, fonksiyonunu yerine getirmek ve mahkemenin işlemlerini sağlamak için gerekli olduğu ölçüde, diğer devletlerle a) Sözleşme yapma, b) Taşınır ve taşınmaz malları mülk edinme ve satma, c) Hukuk usulleri kurma, ve d) Anlaşma yapma konularında yetkili olduğunu belirtmek gerekir.

yapmasın öngörülmüş olması ve buna aykırı davranışın da yaptırımı bağlanmış olmasına karşılık, uluslararasılaştırılmış mahkemeler bakımından sadece mahkemenin coğrafi olarak kurulmuş olduğu devlet için böyle bir yükümlülüğün varlığından söz edilebilmesidir.⁵⁶

Ayrıca LÖM'ün yargılayacağı fiillerin terör eylemi olduğu göz önünde bulundurulduğunda terörist faaliyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerde düzenlenen işbirliği hükümleri çerçevesinde bu sözleşmelere taraf devletlerin, bu sözleşmeye taraf olmayan bir mahkeme ile yani LÖM ile işbirliği yapma yükümlülüğünden de bahsedilemez. Lübnan ile işbirliği yapma yükümlülüğüne gelince, bu da koşullara bağlı olarak değişebilecek bir iddihadır.⁵⁷ Çünkü, bu sözleşmelerde örneğin sanıkların iadesi konusunda zorunlu iade kurumu öngörülmemiş “ya yargıla ya iade et” ilkesi benimsenmiştir. Yine eklemek gerekir ki BM Güvenlik Konseyinin 11 Eylül saldırılarının ardından tüm devletlerin terörle mücadele konusunda işbirliği yapmaları ve bunları siyasi suç olarak nitelememe yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak bu bağlamda da bir devlet olmayan LÖM ile işbirliği açısından böyle bir yükümlülüğün bahsedilemez.⁵⁸

Burada da karşımıza bir paradoks çıkmaktadır: Hariri suikastının sanıkları Lübnan ulusal mahkemelerinde yargılansaydı diğer devletlerin işbirliği yükümlülüğü olacaktı, oysa bu kişiler LÖM'de yargılanacağından devletlerin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁵⁹ Özellikle saldırılara önemli bir katkısı bulunduğu düşünülen Suriye bakımından bu durum büyük bir sorun oluşturmaktadır.⁶⁰ Güvenlik Konseyi, Uluslararası Bağımsız Soruşturma Komisyonu'nu⁶¹ kurduğunda Suriye'yi işbirliği yapmaya zorlayıcı kararlar almıştır, ancak bu yükümlülük LÖM bakımından yoktur, dolayısıyla GK bu doğrultuda yeni kararlar almalıdır.⁶²

56 Swart, s. 1154.

57 ibid, s. 1158.

58 ibid, s. 1158-1159.

59 ibid, s. 1159.

60 Swart, s. 1160-1162.

61 Kasım 2006- Ocak 2007 arasında Uluslararası Bağımsız Araştırma Komisyonu'nun faaliyetleri Lübnan için Özel Mahkeme savcılığına geçecektir.

62 Resolution 1636(2005), 31 October 2005; Resolution 1644(2005) 15 December 2005. Swart, s. 1162.

5) MAHKEMENİN YAPISI

Bağımsızlığı, objektifliği (nesnellığı) ve tarafsızlığı güvence altına almak niyetiyle Mahkeme az sayıda Lübnanlı yargıç ve birçok uluslararası yargıç, savcı ve personelden oluşmaktadır. Buna karşılık, Mahkeme'nin "yabancı güç"lerce siyasallaştırılması endişeleri, ancak Mahkemenin fiili uygulamaları sonrası giderilebilecek ya da güçlenebilecek bir sorundur. Ayrıca sanıkların adil yargılanmasını sağlamak üzere bağımsız bir Savunma Ofisi kurulmuştur. Yine mağdurların haklarının korunması için de Statü'de hükümler bulunmaktadır. Statü'de hızlı yargılamayı ve Mahkemenin etkililiğini sağlamak ve makul olmayan gecikmelere yol açacak eylemleri önleme amaçlı hükümler de vardır. Hak ve adaletin ve güvenlik ve idari etkililiğin de sağlanması içinse Mahkeme Lübnan dışında, Lahey'de kurulmuştur, ancak bina olarak, Hollanda İstihbarat Örgütü'nün eski tesislerindeki bir spor salonu kullanılmaktadır.⁶³ Mahkeme bütçesinin %51'i devletlerin gönüllü bağışlarından oluşurken, %49'u da Lübnan Hükümeti tarafından sağlanmaktadır. Mahkeme için kurulan ve devletlerin bağışlarından oluşacak olan bu fon, BM tarafından değil, Sierra Leone'da olduğu gibi doğrudan Mahkeme tarafından idare edilecektir. Son olarak belirtmek gerekir ki Anlaşma m. 21'e göre, Anlaşma Mahkemenin işlemeye başlamasından itibaren 3 yıl yürürlükte kalacak ve gerektiğinde süre uzatılacaktır.⁶⁴ Mahkeme'nin resmi dili Arapça, Fransızca ve İngilizcedir. (Statü m. 14) Mahkeme'nin Organları, Statü Bölüm 2'de düzenlenmiştir. Buna göre LÖM şu organlardan oluşmaktadır:

a) Mahkeme: Statü m. 8, Mahkeme Dairelerinin uluslararası bir ön duruşma yargıç ve biri Lübnanlı ikisi uluslararası 3 dava yargıcından oluştuğunu belirtmiştir. Ön duruşma yargıç, iddianameleri gözden geçirir ve onaylar, gerektiğinde tutuklama emri çıkarır, talepleri iletir ve duruşmanın adil ve hızlı yapılabilmesi için gerekli diğer işlemleri talep üzerine yapar. Temyiz Dairesi, ikisi Lübnanlı üçü uluslararası olmak üzere toplam 5 yargıçtan ve biri Lübnanlı diğeri uluslararası iki yedek yargıçtan oluşur. Yargıçların özellikleri ve atanma usulleri Statü m. 9'da düzenlenmektedir. Yargıçlar yargılama deneyimine ve yüksek ahlaki değerlere sahip, bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Yargıçları, BM Genel Sekreteri, Lübnan Hükümetine danışarak ve BM Genel Sekreterliği temsilcisi ile iki

⁶³ http://www.bbc.co.uk/turkish/news/story/2009/03/090301_hariri_court.shtml, erişim 1.4.2009.

⁶⁴ <http://www.stl-tsl.org/index.html>, erişim 1.4.2009.

uluslararası yargıçtan oluşan Seçim Panelinin önerisiyle atar. Dört Lübnanlı yargıç Lübnan Hükümetinin önerdiği aday adayları arasından, yedi uluslararası yargıç da diğer devletlerin ya da yetkili kişilerin önerdiği aday adayları arasından 3 yıl için seçilir ve görev süreleri yenilenebilir. Lübnan Hükümeti, BM Genel Sekreterliği'ne Lübnan Yüksek Yargı Konseyi'nce belirlenen 12 yargıç adayının adını sunmuş; Genel Sekreter de tüm BM üyesi devletlerden yargıç adayları önerilerinde bulunmalarını talep etmiştir. Ekim 2007'de Genel Sekreter'in, Güvenlik Konseyi'ne aday yargıç ve savcı olarak önerdiği isimler, Güvenlik Konseyi tarafından 4 Aralık 2007'de kabul edilmiştir. Böylece dördü Lübnanlı toplam 11 yargıç bulunan mahkemede görev yapacak olan yargıçlar belirlenmiştir.⁶⁵

b) Savcılık: Savcılık kurumunu düzenleyen Statü m. 11'de, Savcı'nın, BM Genel Sekreteri tarafından, Seçim Panelinin önerisiyle, Lübnan Hükümetine danışılarak 3 yıl için seçileceğini ve görev süresinin yenilenebileceğini belirtmiştir. Savcı herhangi bir yer ya da kişiden talimat ve emir alamaz, bağımsızdır. Savcı yardımcısı ise Lübnan Hükümeti tarafından, BM Genel Sekreterine ve Savcıya danışılarak atanır. Savcılık makamı, şüphelileri, mağdur ve tanıkları sorgulama, delil toplama, yerinde inceleme yapma gibi yetkilere sahiptir.

c) Yazmanlık: BM Genel Sekreteri tarafından 3 yıl için atanan Yazman ve personeli BM personeli olarak görev yapar. (Statü m. 12)

d) Savunma Ofisi: Bağımsızdır ve savunmanın haklarını korumak, hukuki araştırma yapmak, delil toplamak, duruşmalara katılmak dahil sanık ve avukatlarına hukuki yardım sağlamak için kurulmuştur. (Statü m. 13) Ofis başkanı BM Genel Sekreteri tarafından atanır.

SONUÇ YERİNE

Sonuç olarak, LÖM, yapısı ve işleyişi henüz gelişmekte olan bir mahkemedir. Mahkemenin, özellikle usule ilişkin olarak vereceği kararlar bu yeni *sui generis* mahkemenin niteliklerini daha da belirgin kılacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesi, hala ulus devletinin ve egemen eşitlik il-

⁶⁵ Bazı üyeler: Mahkeme Başkanı: Antonio Cassese; Mahkeme üyesi: Mohamed Amin El Mahdi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi eski yargıç; Mahkeme üyesi: Erik Møse, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi yargıç ve eski başkanı; Mahkeme üyesi: Nicolas Michel, BM hukuk danışmanı; Savcı: Daniel Bellemare, Kanada, Uluslararası Bağımsız Araştırma Komisyonu Başkanı; Ön duruşma yargıç: Daniel Fransen; Yazman: Robin Vincent.

kesinin hakim olduğu bir dünyada, yerini devlet-merkezli ancak uluslararası yapılı⁶⁶ ya da katkılı mahkemelere mi bırakmaktadır? Terörizmin yargılanması bugün dahi temelde bir iç hukuk sorunu olarak görülürken, Lübnan Özel Mahkemesi, terör suçlarının da uluslararası alanda yargılanması için atılmış bir adım mıdır? Diğer bir deyişle, terörizm artık uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden önemli bir sorun olmasının ötesinde bir “uluslararası suç” olarak kabul edilecek midir? Böyle bir evrim gerçekleştiği takdirde devletin resmi yetkilileri de bağımsızlıklarından sıyrılarak yargılanabilecek midir? Ya da başka bir ifadeyle “devlet terörü” sorumluları da yargılanacak mıdır? Pekiye, terör suçunun yargılanmasında bireysel cezai sorumluluğa ek olarak devletin cezai sorumluluğu da yeniden gündeme gelecek midir? Tüm bu sorular uluslararası ceza hukukunun dinamik yapısı ve yakın gelecekte sona erme olasılığı bulunmayan terör gerçeği dikkate alındığında uzun bir süre yanıtsız kalacak gibi görünmüyor.

⁶⁶ Hale, Kip Christopher. “Does the Evolution of International Criminal Law End With the ICC? The ‘Roaming ICC’: A Model International Criminal Court for a State-Centric World of International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy* Summer/Fall 2007, s. 429 vd.

KAYNAKÇA

- Acquaviva, Guido. "New Paths in International Criminal Justice? The Internal Rules of the Cambodian Extraordinary Chambers", *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, p. 129.
- Aksar, Yusuf. "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku", Seçkin, Ankara, 2003
- Alexander, Yonah. (ed.) "International Terrorism: Political and Legal Documents", Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- Aptel, Cécile. "Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, p. 1107.
- Aspremont de, Jean./ Vermeer-Kunzli, Annemarieke. "The Special Tribunal For Lebanon: Introductory Note", *Leiden Journal of International Law*, 2008.
- Cassese, Antonio. "International Criminal Law", Oxford University Press, 2003.
- Cockayne, James. "Foreword: The Special Tribunal for Lebanon – A Cripple from Birth?", Symposium, *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, p. 1061.
- Elberling, Bjorn. "The Next Step in History Writing through Criminal Law: Exactly How Tailor-Made is the Special Tribunal for Lebanon", *Leiden Journal of International Law*, 2008.
- Fassbender, Bardo. "Reflections on the International Legality of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, p. 1091.
- Gaeta, Paola. "To Be (Present) or Not To Be (Present): Trials in absentia before the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, p. 1165.
- Hale, Kip Christopher. "Does the Evolution of International Criminal Law End With the ICC? The 'Roaming ICC': A Model International Criminal Court for a State-Centric World of International Law", *Denver Journal of International Law and Policy* Summer/Fall 2007, p. 429.

- Hemptinne de, Jérôme. “The Creation of Investigating Chambers at the International Criminal Court: An Option Worth Pursuing”, Symposium: How to Ameliorate International Criminal Proceedings: Some Constructive Suggestions (Edited by S. Zappalà), *Journal of International Criminal Justice*, May, 2007, p. 402.
- Higgins, Gillian, “Fair and Expeditious Pre-Trial Proceedings: The Future of International Criminal Trials”, Symposium: How to Ameliorate International Criminal Proceedings: Some Constructive Suggestions (Edited by S. Zappalà), *Journal of International Criminal Justice*, May, 2007, p. 394.
- Higgins, Rosalyn/ Flory, Maurice (eds.). “Terrorism and International Law”, Routledge, New York, 1997.
- Jalloh, Charles Chernor. “The Contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Development of International Law”, *African Journal of International and Comparative Law*, 2007, s. 165-207.
- Martinez, Luis Miguel Hinojosa. “The Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2008.
- Megret, Frederic. “A Special Tribunal for Lebanon: The UN Security Council and the Emancipation of International Criminal Justice”, *Leiden Journal of International Law*, 2008.
- Milanovic, Marko. “An Odd Couple: Domestic Crimes and International Responsibility in the Special Tribunal for Lebanon”, *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, p. 1139.
- Öktem, A. Emre. “Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları”, *Derin Yayınları* No: 95, İstanbul, 2007.
- Önder, Orhan. “Birleşmiş Milletler Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi”, *Bilge Yayınevi*, Ankara, 2006.
- Sader, Choucri. “A Lebanese Perspective on the Special Tribunal for Lebanon: Hopes and Disillusions”, *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, p. 1083.
- Schabas, Williams A. “The Special Tribunal for Lebanon: Is A ‘Tribunal of An International Character’ Equivalent to an “International Criminal Court?””, *Leiden Journal of International Law*, 2008.
- Swart, Bert. “Cooperation Challenges for the Special Tribunal for Lebanon”, *Journal of International Criminal Justice*, November 2007, p. 1153.

- Swart, Bert/ Klip, André. (eds.) “International Criminal Law in the Netherlands”, edition iuscrim, Freiburg im Greisgau, 1997.
- Whittaker, J. David (ed.). “The Terrorism Reader: 2nd ed. including al-Qaeda and 9/1, Routledge”, New York, 2003.
- Wierda, Marieke/ Nassar, Habib/ Maalouf, Lynn. “Early Reflections on Local Perceptions, Legitimacy and Legacy of the Special Tribunal for Lebanon”, Journal of International Criminal Justice, November 2007, p. 1065.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

- Çaycı, Sadi. “BM Güvenlik Konseyi’nin Terörle Mücadeleye İlişkin Kararları”, Stratejik Analiz, Ocak 2006, <http://www.asam.org.tr/temp/temp25.pdf>; erişim 1.4.2009.
- Uluslararası Af Örgütü, “Lübnan: Cezasızlığa karşı savaşta daha büyük eylemler olmadan Özel Mahkeme yetersiz kalacaktır!”, http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?view=article&catid=70&id=870&option=com_content; erişim 1.4.2009.

KONFERANSLAR

Çevre Kanunu'nda Son Değişiklikler*

Prof.Dr. Köksal BAYRAKTAR**

Gün geçmiyor ki çevreyle ilgili bir olay, bir haber gazetelerde yer alsın. 04 Kasım 2006 tarihli gazetede başlık *“balık tarihi bir lezzet olmak üzere, deniz ve okyanuslardaki uzun periyotlu çalışmanın sonuçları, tahribatın bu hızla sürmesi halinde 2048’de tüm balık ve deniz ürünlerinin yok olacağını gösterdi.”* 12 Kasım 2006 tarihli gazeteden bir başlık *“kuşlar, sivrisinelere feda edilecek mi?”* İzmit Körfezi’nde dik kuyruklardan, balık kartalına, küçük karabataklardan, kaşık gagaya kadar birçok kuş türüne ev sahipliği yapan Doğanalan, beton tehdidi altında. *“İzmit Körfezi’nde 121 kuş konaklıyor”*. Aynı gazete haberi: *“Atmaca, şahin, kerkenez, kır baykuşu, balık kartalı buranın yırtıcı kuşları içinde yer alıyor ve bütün bunlar sivrisinekler olmasın diye, sulak alan bir an önce örtülsün diye oralar betonlaştırılıyor. Denizden arazi kazanılıyor ve bütün bu 121 kuş türü feda ediliyor”*. 08 Kasım 2006 tarihli gazeteden bir haber: *“Türkiye’deki 61 balık türünün 41’i tehlikede”*. 19 Kasım 2006 tarihli gazeteden bir haber: *“mavi Ege’de kül denizi”*. *“Zehirli atıkların yeraltı sularına karıştığı, ortasından kül denizinin geçtiği bölgede, insanlar ölüm korkusuyla yaşıyor.”* 22 Kasım 2006 tarihli gazeteden bir haber: *“Türkiye kuruyacak, 2030’da Türkiye’nin büyük kısmı oldukça kuru ve sıcak bir iklimin etkisine girmiş olacak. Deniz seviyesi yükselerek, tatlı su kaynaklarını ve delta- larındaki tarım alanlarını, yok edecek”*. 23 Kasım 2006 tarihli gazeteden bir haber: *“fındık ve çay Karadeniz’i terk edecek”*. 26 Kasım 2006 tarihli gazeteden bir haber: *“İstanbul’da baltalar hep ellerde”*. 26 Kasım 2006 tarihli bir haber: *“Asıl Van Gölü canavarı kirlilik”*. Aralık 2006 tarihli gazeteden bir haber: *“100 yıl içinde dünya nüfusunun 9/10’u ölecek”*.

* Galatasaray Üniversitesi ile İstanbul Barosu’nun ortaklaşa düzenledikleri “Hukuk Konferansları” çerçevesinde 08 Aralık 2006’da verilmiş konferans metni.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Emekli Öğretim Üyesi.

Tüm bu karanlık tabloyu yazan gazeteler alt alta konulduğu zaman ürküten ve gelecekte ümidi yok eden bir ortam içerisine girilmemesi mümkün değil. Buna karşı bir hukuk dalı giderek gelişme halinde. İnsanlar hukuk yoluyla, bu önemli soruna çözüm aramak istiyor. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda bu çözüm arayışı kısmen görülebiliyor; bir yaklaşım var ve bu yaklaşımla, kirlilikle mücadele edilmeye çalışılıyor. Ama bu yaklaşım bazı yönlerden tehlikeler taşımaktadır ve bunun açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 181. maddesinden 184. maddesine kadar olan bölüm, yani 4 madde çevreyle ilgilidir. Bunlardan 181. madde ile büyük bir tartışma yaratılmaktadır. Kanunlara aykırı olarak *“atık ve artıkların toprağa, havaya, suya kasten verilmesi halinde, 6 aydan 1 yıla kadar hapis cezası”* öngörülmektedir. Çevre Kanunu, daha çok idari para cezaları üzerinde dururken, Türk Ceza Kanunu hürriyeti bağlayıcı cezalar getirmektedir. İlginç olan husus şudur: Türk Ceza Kanunu 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve 26 Eylül 2004 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiş bir madde, yürürlük maddesi olarak kabul edilmiştir. Bu maddeye göre, Türk Ceza Kanunu'nun 181. ve 182. maddelerinin ilk fıkraları, iki yıl sonra yürürlüğe girecektir. Bir madde düşünününün ki; suçun basit hali, kanunun kabulünden iki yıl sonra yürürlüğe giriyor. Oysa, suçu etkileyen ağırlaştırıcı nedenlerin yürürlüğü kanunla birlikte kabul ediliyor. Örneğin *“atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması; tedavisi zor hastalığa uğratılması ve üreme yeteneğinin köreltilmesi, hayvan ve bitkilerin özelliklerinin değiştirilmesi gibi....*

Kanunun 181. maddesinin 1. fıkrasında yer alan suçun basit halinin iki yıl sonra yürürlüğe gireceği belirtilmesine rağmen, suçu etkileyen ağırlaştırıcı nedenlerin bulunduğu 2, 3 ve 4. fıkraların hemen ve doğrudan doğruya yürürlüğe girmesi yönünde bir düzenleme yapılmış ki, bu mantığa aykırıdır ve bizce hukuki bir hatadır. Dolayısıyla 181. maddenin 4. fıkrasına dayanılarak birtakım davalar açılmıştır ve bunlara karşı *“suçun basit hali daha yürürlüğe girmeden, bu ağırlaştırılmış halinin, ceza davasının konusu haline getirilmesi”* eleştirilmiştir.

Kanunun 182. maddesinde çevrenin taksirle kirletilmesi, 183. maddede gürültü ve 184. maddede imar kirliliği cezalandırılmaktadır. 184. maddeye göre *“her kim izinsiz ya da ruhsata aykırı şekilde bir takım inşaatlar yaparsa, bu kişi cezalandırılacak, böyle bir inşaatla telefon, su ve-*

ya elektrik veren yetkililer de aynı ceza ile karşılaşacaklardır.” Böylece, ruhsatsız eve su, elektrik veren yetkililerin de sorumlu olacağı belirtilmektedir. Aynı maddenin bir de 5. fıkrası var: Buna göre; *“her kim ruhsata aykırı olan inşaatın aykırılığını giderirse, kamu davası açılmaz ya da açılmış olan dava düşürülür.”* Bu hükmün bir çeşit zımni af olduğu ileri sürülmektedir. Bu çerçevede soruşturma ya da koğuşturma yarıda kesilecek, koğuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşürülmesine karar verilecektir. Bu açık hükme rağmen, uygulamada çeşitli kuşkların bulunduğunu, kolaylıkla bir sonuca gidilmediğini belirtmek gerekmektedir.

Türkiye’de Çevre Kanunu 23 yıl önce yürürlüğe girmiştir: 09 Ağustos 1983. Bu Kanun 32 maddeyken beşte biri, 23 yıl içinde yürürlükten kaldırılmış ve Kanun 25 maddeye düşmüştür. Çünkü eskiden çevre hukukuyla ilgili idari teşkilat, Çevre Müsteşarlığı’na ve illerde Orman Müdürlüklerine bağlıyken, daha sonra Bakanlık haline getirilmiştir. Teşkilatla ilgili 7. madde, daha sonra yürürlükten kaldırılıp, Kanun Hükmünde Kararnameler ile düzenlenmiştir. 25 maddeye inen Çevre Kanunu 1995’te değiştirilmeye çalışılmış, 1996’da taslak Meclis’ten geri çekilmiş, tekrar değişiklik yapılmaya çalışılmıştır. Taslak, yetkili yürütme birimleri tarafından beş defa geri alınıp Meclise sunulduktan sonra, 2006 yılında kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye’de çevre sorunundaki değişim bir gelişme göstermektedir. Kanunun ilk taslaklarında suyun kirlenmesi, havanın kirlenmesi gibi konulara önem verilirken daha sonra, yavaş yavaş toprağın kirlenmesi, atık, artık, daha sonra da radyasyon gibi yeni kirlilik türleri yıllar geçtikçe bilim adamlarının ve Çevre Bakanlığı’nın etkisiyle öngörölmeye başlanmıştır. Bugünkü Kanun daha çok katı atık, artık ve ev atığı kanunu niteliğindedir. Aslında yeni bir kanun değildir ve mevcut yürürlükteki Çevre Kanunu’nun üçte ikisini değiştiren bir kanundur.

Kanunun birinci maddesinde, önceki taslak ve tasarılar da ve 1983 kanununda yer almayan bir terimle karşılaşılıyor. Kanunun birinci maddesinde başlıca iki amacın öngöröldüğü saptanabilmektedir. Bunlar, sürdürülebilir çevreyi ve sürdürülebilir bir kalkınmayı sağlamaktır.

Bu iki amaç üzerinde çevre hukuku, ta kurulduğundan bu yana durmaktadır. Kalkınma mı, yoksa doğal ortamı korumak mı? Çünkü her iktisadi ve sınaî kalkınma, içinde bulunulan çevrenin, şu ya da bu şekilde

tahribini sonuçlamaktadır. Eğer bir ülkede fabrikalar kurulacaksa, çevre bir süre sonra kirlenmeye başlar, onun için hep çevre ve kalkınma ikilemi vardır. Hatta gelişmemiş ülkeler, “bırakınız çevreyi bir kenara, biz kalkınmak istiyoruz” diyerek, çevrenin korunmasını önemsememişlerdir.

1980’li yılların başlarında ünlü Rio de Janerio Çevre Konferansıyla, sürdürülebilir çevre kavramı ortaya atılmıştır. Buna göre, hem çevreden fedakârlık etmemeli, hem de kalkınmadan ayrılmamalıdır. Kalkınmadan ödün, belirli bir ölçüde, çevre için verilebilir, ama yalnız çevre ve yalnız kalkınma olmamalıdır. İşte, yeni kanun hem sürdürülebilir çevreyi, hem de sürdürülebilir kalkınmayı birlikte yürütmeyi amaç edinmiştir. Ne demektir sürdürülebilir çevre? Sürdürülebilir çevre: “*insanın ve canlıların içinde yaşadığı sosyal, biyolojik, fiziki, tabii ortamın bütün faunasıyla, florasıyla yani hayvanlar ve bitki âlemiyle, yeraltı zenginlikleri ve yerüstü zenginlikleriyle devamlılığını sağlayan ortamın sürdürülmesi, onun yaşamasının devamını sağlayıcı unsurların getirilmesi demektir.*” Sürdürülebilir kalkınma ise, “*insanın içinde yaşadığı çevreyi, canlıların içinde yaşadığı çevreyi bozmadan, kalkınma projelerinin gerçekleştirilmesi demektir.*”

Bu kavramlar Kanunun ikinci maddesinde şöyle tanımlanmaktadır:

“*Sürdürülebilir çevre: Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fiziki vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini;*

Sürdürülebilir kalkınma: Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi.”

Sonraki maddelerde birtakım başka tanımların da verildiğini görüyoruz.

Türk hukuku son yıllarda kanun yapma tekniği yönünden Anglosakson hukukunun etkisi altına girmiştir. Özlü maddelerin bulunduğu ve fıkra ile bent ayırımlarının yer aldığı kanunlar artık gerilerde kalmıştır. Yeni kanunlarda geniş bir tanımlamalar bölümü ile çok geniş kapsamlı maddelerle karşılaşılmaktadır. Çevre Kanununun ikinci maddesinde otuzyedinci tanım yer almaktadır. Çevre, çevrenin korunması, çevre kirliliği, eko sistem, katı atık, evsel katı atık, tehlikeli atık, kirli balast, çevre yönetimi,

çevre yönetim birimi, çevre gönüllüsü, iyonlaştırıcı olmayan elektro manyetik alan gibi birtakım terimlerin 37 ayrı başlık altında bulunduğu görülmektedir. Bunların büyük önemi var mıdır? Birtakım kavramların belirlenmesi yönünden önemlidir. Çevre yönetimi ve çevre yönetim birim çevre gönüllüsü kavramları hukukla ilgili; Öteki tanımlar daha çok teknikle, teknolojiyle ilgili tanımlar.... Biz çevre yönetiminin, çevre yönetim biriminin ve çevre gönüllüsünün ne olduğunu bu tanımlar içinde görebiliyoruz. Çevre yönetimi; Çevre Bakanlığının başkanlığı altında Türkiye'de çevre siyasetini düzenleyen, yönetim içerisindeki ilkeleri belirtiyor. Bu değişiklik kanunu ve bunu tamamlayan diğer unsurlar, hep halkın işbirliğini öngörüyor. Çevre Bakanlığı, merkez teşkilatı, il ve ilçe teşkilatı ve diğer kuruluşları ile oluşan yapısı içinde sivil örgütleri de içine alan bir nitelik içinde bulunuyor. Bu sistemin başarılı olması için idari kadrolarla gönüllü kadroların uyuşum içinde bulunmaları gerekmektedir.

Çevre yönetim birimi şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Bu Kanun ve Kanuna göre yürürlüğe konulan düzenlemeler uyarınca denetime tabi tesislerin faaliyetlerinin mevzuata uygunluğunu, alınan tedbirlerin etkili olarak uygulanıp uygulanmadığını değerlendiren, tesis içi yıllık denetim programları düzenleyen birim ya da görevli...”

Çevreyi kirletebilecek bir iktisadi işletmede, kuruluş, kendi birimini kuracak, bu birim denetleyecek ve sonucunda rapor verecektir.

Çevre gönüllüleri ikinci maddede tanımlanmıştır: Tanıma göre, çevre gönüllüsü, çevreye hizmet eden, kirlenmeyi önleyen unsur olarak öngörülmektedir.

Çevre Kanununun üçüncü maddesinde birtakım ilkeler saptanmıştır. Bunlar aynı zamanda çevre hukukunun ana ilkelerini oluşturmaktadır. Bu ilkelerin birincisine göre, bütün kuruluşlar, herkes, çevrenin temizlenmesinde, korunmasında görevlidir. Herkesin görevli olduğu, kanunda açıkça belirtilmektedir. İkinci ilkeye göre, kamu organlarıyla özel kesim işbirliği halinde bulunacaktır. Üçüncü ilke çerçevesinde, sürdürülebilir kalkınma esasına riayet edilecektir. Dördüncü ilke, herkesin çevre hakkının bir çeşit uzantısı niteliğinde, çevrede kirlenmeye karşı mücadelede herkesin katılım hakkı olacağını belirtmektedir. Herkes çevreye kendi oranında mücadele edecektir ve böyle bir ortam Bakanlık tarafından sağlanacaktır. Diğer bir ilkeyi, çevre kirliliğini önlemek için, uyumlu teknolojinin kullanılması teşkil etmektedir.

Çevre hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan “kirleten öder” ilkesi şu şekilde açıklanmıştır:

“Kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar, kirleten veya bozulmaya neden olan tarafından karşılanır. Kirletenin kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir.”

Nihayet bu konuda uluslararası işbirliğine riayet edilmesi son ilkelerden birini oluşturmaktadır. Hatta burada, küresel işbirliğinden söz edilmektedir. Çevre Bakanlığı Türkiye’de kirlilikle ilgilenmek için; hem yöresel, hem ulusal, hem de uluslararası alanlarda ilgi gösterecektir.

Kanunun diğer maddelerinde, Yüksek Çevre Kurulunun kurulacağı belirlenmekte ve ondan sonra da Yüksek Çevre Kurulunun görevlerinin 4. ve 5. maddelerde yer aldığı görülmektedir. Ancak, Türkiye’de dev boyutlara ulaşmış kirlilik karşısında, Yüksek Çevre Kurulunun, yılda bir defa toplanması yetersizliğini apaçık ortaya koymaktadır. Çevre Bakanlığının illerde ve ilçelerdeki yapısının nasıl olacağını belirten bir maddenin olmaması, önemli bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanun dokuzuncu maddede ayrıntılı bir plan ve program düzenlemesi öngörmüştür. Maddenin a, b, c, d/1, e, ve ı bentleri bu düzenlemeyi ortaya koymaktadır:

“Çevrenin korunması amacıyla;

- a) Doğal çevreyi oluşturacak biyolojik çeşitlilik ile bu çeşitliliği barındıran ekosistemin korunması esastır. Biyolojik çeşitliliği koruma ve kullanım esasları, yerel yönetimlerin, üniversitelerin, sivil toplum kuruluşlarının ve ilgili diğer kuruluşların görüşleri alınarak belirlenir.*
- b) Ülke fiziki mekanında, sürdürülebilir kalkınma ilkesi doğrultusunda, koruma-kullanma dengesi gözetilerek kentsel ve kırsal nüfusun barınma, çalışma, dinlenme, ulaşım gibi ihtiyaçların karşılanması sonucu oluşabilecek çevre kirliliğini önlemek amacıyla nazım ve uygulama imar planlarına esas teşkil etmek üzere bölge ve hav-*

za bazında 1/50.000-1/100.000 ölçekli çevre düzeni planları Bakanlıkça yapılır, yaptırılır ve onaylanır. Bölge ve havza bazında çevre düzeni planlarının yapılmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

- c) Ulusal mevzuat ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınarak koruma statüsü kazandırılmış alanlar ve ekolojik değeri olan hassas alanların her tür ölçekteki planlarda gösterilmesi zorunludur. Koruma statüsü kazandırılmış alanlar ve ekolojik değeri olan alanlar, plan kararı dışında kullanılamaz.
- d) Ülke ve dünya ölçeğinde ekolojik önemi olan, çevre kirlenmeleri ve bozulmalarına duyarlı toprak ve su alanlarını, biyolojik çeşitliliğin, doğal kaynakların ve bunlarla ilgili kültürel kaynakların gelecek kuşaklara ulaşmasını emniyet altına almak üzere gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla, Özel Çevre Koruma Bölgesi olarak tespit ve ilan etmeye, bu alanlarda uygulanacak koruma ve kullanma esasları ile plan ve projelerin hangi bakanlıkça hazırlanıp yürütüleceğini belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.
- e) Sulak alanların doğal yapılarının ve ekolojik dengelerinin korunması esastır. Sulak alanların doldurulması ve kurutulması yolu ile arazi kazanılamaz. Bu hükme aykırı olarak arazi kazanılması halinde söz konusu alan faaliyet sahibince eski haline getirilir.
- ı) Çevrenin korunması ve kamuoyunda çevre bilincinin geliştirilmesi amacıyla, okul öncesi eğitimden başlanarak Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı örgün eğitim kurumlarının öğretim programlarında çevre ile ilgili konulara yer verilmesi esastır.

Yaygın eğitime yönelik olarak, radyo ve televizyon programlarında da çevrenin önemine ve çevre bilincinin geliştirilmesine yönelik programlara yer verilmesi esastır. Türkiye Radyo Televizyon Kurumu ile özel televizyon kanallarına ait televizyon programlarında ayda en az iki saat, özel radyo kanallarının programlarında ise ayda en az yarım saat eğitici yayınların yapılması zorunludur. Bu yayınların %20'sinin izlenme ve dinlenme oranı en yüksek saatlerde yapılması esastır. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, görev alanına giren hususlarda bu maddenin takibi ile yükümlüdür.”

Ülkemizde, Çevre Kanununun yürürlüğünden itibaren şöyle olumlu bir adım atılmıştır. Her sanayi kuruluşu, kurulmadan önce, faaliyeti ya da üretimi çevreyi kirletecek nitelikte ise, çevresel etki değerlendirmesi raporunu, bir plan ve proje halinde düzenler; ve bunu İl Çevre Müdürlüğüne ve diğer idari birimlere verir. 1983'ten bu yana her sınaî kuruluş, kurulmadan önce mutlaka çevresel etki değerlendirme raporunu düzenlemek zorundadır. Bu raporla ilgili olarak, Çevre Bakanlığı olumlu karar verdikten sonra ya da İl Çevre Müdürlüğü olumlu karar verdikten sonra faaliyete geçebilir. Veyahut gene İl Çevre Müdürlüğü ya da Çevre Bakanlığı "böyle bir faaliyetin çevresel etki değerlendirmesine girmesine gerek yoktur" diye bir karar verdiği zaman, artık faaliyetine başlayabilir. Bu husus önemlidir. Dolayısıyla kanunun izin alma, arıtma ve bertaraf etme şeklindeki Değişik onbirinci maddesi, bu yönden önem taşımaktadır. İnşaat ruhsatının alınması, çevresel etki değerlendirme raporunun karşılığında bir ruhsat alınması, işletme raporu alınması, bütün bunlar önem taşıyor ve ondan sonra da atıkların, atık suların, evsel atıkların ne şekilde temizleneceği, ne şekilde bertaraf edileceği bu maddede belirtiliyor.

Denetimin nasıl yapılacağı, kanunun 12. maddesinde yer almaktadır. Bugün Türkiye'deki bütün kuruluşlar, Çevre Bakanlığının denetimi altındadır. Maddede son derece geniş bir çerçeve içinde yer alan idari mercilerin yetkili olduğu da belirtilmiştir ki, bundan birtakım idari yetki anlaşmazlıklarının çıkması olağan bir sonuç olabilecektir. Kanunun 12. maddesine göre denetlemeyi Bakanlık yapmaktadır. Ama bununla yetinilmemektedir. İl Özel İdaresi, Belediyeler, Denizcilik Müsteşarlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve denetleme görevlileri de denetim yapabilmektedir. Keza çevre denetleme birimi olarak Bakanlıkça uygun görülen kurum ve kuruluşlar da bu faaliyete katılabilmektedir. Bu denetimi Çevre Bakanının yapması usulü uygun mudur, değil midir? Bunun tartışılması gerekmektedir. Denetlemenin Çevre Bakanlığının yönetiminde teknokratlar tarafından yapılması gerekliliğini vurgulamakta yarar bulunmaktadır.

Kanunda 12. maddede, denetlemenin Bakanlık tarafından yapılacağı, ancak bu yetkinin devredilebileceği açıkça belirtilmektedir. Maddenin ilk fıkrası şöyledir:

"Bu Kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Bakanlığa aittir. Gerektiğinde bu yetki, Bakanlıkça; il özel idarelerine, çevre denetim birimlerini kuran belediye başkanlıklarına, Denizcilik Müste-

şarlığına, Sahil Güvenlik Komutanlığına, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre belirlenen denetleme görevlilerine veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara devredilir. Denetimler, Bakanlığın belirlediği denetim usul ve esasları çerçevesinde yapılır....”

Kanunun 13. maddesi, tehlikeli kimyasallar ve atıklar karşısında zorunlu sigorta yapılmasını öngörmektedir. Eğer zorunlu sigorta yapılmadan önce tehlikeli kimyasallar ve atıklar çevreye yayılmışsa, buna katılmış bulunan kuruluşlar açısından müteselsil sorumluluğun gerekliliği ortaya konulmaktadır. Kanuna göre bir kimyevi maddenin üretimi, satışı, depolanması, kullanılması, taşınması ile tehlikeli atıkların toplanması, taşınması, depolanması, geri kazanımı, yeniden kullanılması ve bertaraf edilmesi faaliyetlerinde bulunanlar, bu kanun ile getirilen yükümlülükler açısından müteselsilen sorumludurlar. Böylece sorumluluk alanı çok genişletilmektedir.

Kanunun 13/5. maddesinde tehlikeli kimyasallarla ilgili sigorta zorunluluğu getirilmektedir. Zorunluluk şu şekilde belirtilmektedir:

“Tehlikeli kimyasalların üretimi, satışı, depolanması, kullanılması ve taşınması faaliyetleri ile tehlikeli atıkların toplanması, taşınması, geçici ve ara depolanması, geri kazanımı, yeniden kullanılması ve bertarafı faaliyetlerinde bulunanlar, bu Kanun ile getirilen yükümlülükler açısından müteselsilen sorumludurlar. Sorumlular bu Kanunda belirtilen mesleki faaliyetleri nedeniyle oluşacak bir kaza dolayısıyla üçüncü şahıslara verebilecekleri zararlara karşı tehlikeli kimyasal ve tehlikeli atık mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorunda olup, faaliyetlerine başlamadan önce Bakanlıktan gerekli izni alırlar. Sigorta yaptırmaya zorunluluğuna uymayan kurum, kuruluş ve işletmelere bu faaliyetler için izin verilmez.....”

Aynı maddenin sonraki fıkrasında zorunlu sigortanın Müsteşarlıkça belirlenecek sigorta şirketleri tarafından yapılacağını, sigorta şirketlerinin ortak bir fon oluşturacaklarını, bunun yönetiminin ayrıca düzenleneceği ifade edilmektedir. Sigorta şirketlerinin seçiminde zorunluluk getirmek, tartışılacak önemli bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanunun 20. maddesinde, idari para cezaları öngörülmüştür. Maddenin son derece ayrıntılı, uzun ve çok karmaşık bir düzenlemeyi içerdiğini belirtmek gerekmektedir.

İzin almadan hava kirliliği yaratabilecek tesisler kurmak, zararlı emisyonlar vermek, çevresel etki değerlendirmesi sonucunda, kararı beklemeden tesis kurmak, arıtma tesisini kurmamak, atığı toprağa vermek, suları atık olarak boşaltmak gibi eylemler, çok ağır idari para cezaları ile karşılanmaktadır. Bu cezaların Bakanlık tarafından arttırılabileceği de belirtilmektedir.

Kanununun 20. maddesinde, idari para cezaları öngörülmüştür ve maddede tam üçbuçuk sayfa tutmaktadır. Alt bentler a, b, c, d diye işaretlenmiştir ve y'ye kadar gitmektedir. 28 ayrı bent halinde birtakım haller sayılmıştır: İzin almadan hava kirliliği yaratabilecek tesisler kurmak 24.000.-TL, zararlı emisyonlar vermek 6.000.-TL, çevresel etki değerlendirmesi sonucunda kararı beklemeden tesis kurmak, projede belirlenen miktarın yüzde 2'si, arıtma tesisini kurmamak 60.000.-TL, atığı toprağa vermek 24.000.-TL, suları atık olarak boşaltmak ya da atık suları boşaltmak 48.000.-TL. olarak öngörülmektedir. Bakanlık, kanunda öngörülen bu cezaları on kat arttırabilmektedir.

Öte yandan ceza hukuku açısından şöyle bir sorun da ortaya çıkmaktadır. Örneğin, gürültü yasağında 500.- TL ceza veriliyor. Ceza Kanununda gürültüye sebep olmak 2 aydan başlayan hapis cezası ile cezalandırılıyor; Yani hem idari para cezası ödenecek, hem de adli ceza uygulanacaktır. Kısaca ünlü "aynı fiilden dolayı iki defa cezalandırılmaz" kuralı geçerli midir, değil midir? Ayrıca, Çevre Kanunu özel bir kanun olmakla, genel kanundan önce uygulanır kuralı gereğince, yalnız idari para cezasının uygulanması yönündeki yaklaşım, bizce daha geçerli görünmektedir.

Ceza yaptırımını ile ilgili önemli bir sorunun bu kanunda da çözümlenmediğini, öngörülmediğini saptamaktayız: Hukuka aykırı, çevreyi kirlenmeye eylemlerden kim sorumlu olacaktır? Bu eylemler, bir tüzel kişinin faaliyeti sonucu olduğunda şirket için öngörülen ceza doğrudan doğruya tüzel kişiden mi alınacaktır? Bunun yanı sıra Yönetim Kurulu başkanı ya da üyeler de sorumlu olacaklar mıdır? Bu soruların yanıtı Çevre Kanununda bulunmamaktadır.

Bu gibi idari para cezalarına karşı kanun yoluna, itiraza gitme olanakları vardır: Otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine gidilebilmektedir. Ancak idari kanun yoluna gidilmesi infazı durdurmamaktadır. İnfazın durdurulabilmesi için yürütmeyi durdurma kararının alınması gerekmektedir.

Kanunun 28. maddesinde kirletenin sorumluluğu ve kirletene karşı açılacak davaya ilişkin süre belirtilmiştir. Buna göre, çevreyi kirletenler, verilen zarar nedeniyle kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar ve bunlara karşı açılacak dava süresi, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren 5 yıldır.

Bu değişiklik Kanunu, Çevre Kanununun üçte ikisini yürürlükten kaldırarak yeni düzenlemeler getirmiştir. Ancak Kanunun yüz ayrı yerinde yeni Yönetmeliklerin yürürlüğe girme gerekliliğine işaret edilmiştir. Bu durumda, şu soruyu sormakta yarar bulunmaktadır: Acaba Çevre Kanunu değişikliği gerçekten yürürlüğe girdi mi?

Türk Ticaret Kanununun Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanun Taslağının Deniz Ticareti, Taşıma ve Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Üzerine Bazı Düşünceler*

Prof.Dr. Samim ÜNAN**

Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanun Tasarısı'nı biraz erken incelemekteyiz. Çünkü Türk Ticaret Kanununun, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi, son alınan bilgilere göre yeni yasama dönemine ertelenmiş bulunuyor. Hal böyle olunca, Türk Ticaret Kanununun Yürürlük ve Uygulanması Hakkındaki Kanunun yürürlüğe girmesi de aynı şekilde geriye gitmiş oluyor.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, yürürlüğe giriş için uzun veya kısa bir bekleme dönemi geçirebilecek. Çünkü geçmişi araştırdığımızda büyük hacimli temel kanunların derhal yürürlüğe konmadığını görüyoruz. Meselâ şu an yürürlükteki 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ilk hazırlandıktan sonra dört-beş senelik bir bekleme dönemi geçirmiştir. E. Hirsch'e hazırlatılan metin daha sonra bir encümen tarafından ele alınmış ve ancak aradan beş-altı senelik bir müddetin geçmesinden sonra kanunlaşabilmiştir. Devletin yeni Ticaret Kanunu olarak bu sefer kanunlaştırmayı planladığı tasarı da şu an için öyle görünüyor ki acil bir kanunlaştırma hareketine konu olamayacak ve en az bir yıl gecikebilecek. Bununla beraber, yakın bir gelecekte bu tasarının kanunlaşacağını var sayarsak, ye-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Galatasaray Üniversitesi ile İstanbul Barosu'nun ortaklaşa düzenledikleri "Hukuk Konferansları" çerçevesinde 19 Ocak 2007'de verilmiş konferans metni.

ni kanunun yürürlüğe girmesi halinde eski kanunla olan ilişkilerin (bu ilişkileri inceleyen ve “intikal hukuku” veya “geçiş hukuku” biçiminde adlandırabileceğimiz hukukun) kısaca ele alınmasında fayda olabilecektir.

Yeni Ticaret Kanunu tasarısı oldukça uzun bir hazırlık dönemini müteakiben son şeklini aldı. Tasarının son şeklini alması akabinde de, yeni kanun yürürlüğe girdiği zaman şu an yürürlükte olan Ticaret Kanunuyla yeni Ticaret Kanunu arasında uygulanma bakımından ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm getirilmesi ihtiyacı hissedildi ve bu sebeple Adalet Bakanlığı tarafından, Türk Ticaret Kanununun Yürürlük ve Uygulanması Hakkında Kanun Taslağı oluşturuldu. Daha sonra kendi prosedürü uyarınca yasalaşmak üzere o da çeşitli aşamalardan geçecek. Tespit edebildiğim kadarıyla henüz Büyük Millet Meclisinin ilgili komisyonlarında ele alınma aşamasında değil. Şu anda kamuya intikal etmiş bir Adalet Bakanlığı metni var, ben de o metinden hareketle bazı değerlendirmeler yapacağım. Şüphesiz bu nihai metin değil. Daha yeni bazı değişikliklere, iyileştirmelere veya bazı hususlarda çıkarmalara konu olabilecek; o itibarla, kesinleşmemiş bir metinden bahsettiğimizizin altını özellikle çizmek isterim.

Ayrıca belirtilmesi gereken bir diğer nokta da şudur: Bu konu ülkemizde iyi bilinen ve hukukçuların çok ilgi gösterdiği bir konu değildir. Dolayısıyla doktrinde yeterli sayıda çalışma yapıldığını söylemek pek mümkün görünmüyor. Nedense bu, kenarda kalmış bir konu. Belki de sadece geçici bir süre için uygulanacak, daha sonra hükmü ortadan kalkacak olan bir kanun olması bakımından doktrinin fazla ilgi göstermediği, üzerinde çok durmadığı bir alan. Ama, aslında son derece önemli problemlere çözüm getiriyor.

Ülkemizde bütün önemli temel kanunlar bakımından, geçiş dönemi ilişkilerini düzenleyen ayrı bir kanun çıkarılmış. Mesela, Medeni Kanun bakımından böyle bir yasal düzenleme var. Ticaret Kanunu 1957 tarihinde yürürlüğe girerken yine Ticaret Kanununun uygulanmasına ilişkin ayrı bir yasa yapılmış.

Burada evvela şu sorun üzerinde durmak icap ediyor: Her temel kanun için ayrı bir yürürlük ve uygulama yasası yapılıyor. Acaba bu gerekli mi, yoksa Medeni Kanun için öngörülmüş olan bazı temel ilkelerin, bütün temel kanunlar bakımından geçerli sayılması mı gerekir? Önce karşı-

mıza çıkan ve halledilmesi gereken sorun budur. İsviçre’de tıpkı bizde olduğu gibi Medeni Kanunun yürürlüğe girmesiyle paralel olarak çıkarılan bir yürürlük kanunu var. Bu yürürlük kanununun İsviçre’de genel nitelikte bir kanun olduğu ve bütün temel kanunlara ilişkin genel kurallar getirdiği, hatta kamu hukuku alanında çıkarılan kanunlar bakımından da temel ilkeleri içerdiği kabul ediliyor. Bizde ise Medeni Kanun için ayrı, Ticaret Kanunu için ayrı yürürlük ve uygulama kanunları yapılması yoluna gidilmiştir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısını hazırlayan Komisyon da o geleneğe uygun bir şekilde ayrı bir Yürürlük ve uygulama kanunu yapmayı uygun bulmuştur. Türkiye, yaklaşık beş sene önce Medeni Kanuna ilişkin olarak ta yeni bir yürürlük ve uygulama kanunu çıkarmıştı. Bu yeni Medeni Kanuna ilişkin uygulama ve yürürlük yasasının neden temel alınmadığı ticaret kanunu hazırlayanlar tarafından şu şekilde izah edilmektedir: “Ticaret Kanunu özellik taşıyan bir kanundur, ticari ilişkiler ayrı düzenlenmesi gereken bir alandır”. Ayrıca öyle görünüyor ki, ele almakta olduğumuz Ticaret Kanununa ilişkin yürürlük ve uygulama yasası taslağını hazırlayan komisyon, Medeni Kanuna ilişkin yürürlük ve uygulama kanunundan da çok hoşnut değil. Bazı bakımlardan eksik veya yetersiz görüyor, onun için Ticaret Kanununa özgü ayrı ve özel bir düzenleme getirilmesinin şart olduğunu söylüyor.

Ticaret Kanununun yürürlük ve uygulanmasına ilişkin bazı özel hükümlerin olması gerektiğine hiç kuşku yoktur. Burada esas tartışma, bu özel kurallar değil, genel nitelikli kurallar bakımından ortaya çıkmaktadır. Çünkü, yürürlük ve uygulama kanunlarında da önce bir “genel” kısım, daha sonra da bu genel kısmı izleyen “özel kısım” diyebileceğimiz kısım mevcuttur. Şimdi bu alandaki temel ilkeleri kısaca hatırlamaya çalışalım.

Önce Medeni Kanunun yürürlük ve uygulanmasına ilişkin şu an yürürlükte bulunan kanun metnini dikkate almamız gerekir. Birinci bölüm “Genel Hükümler” başlığını taşıyor. Yasa yapıcı, bu genel hükümleri de “Geçmişe etkili olmama” kuralı ve “geçmişe etkili olma” kuralı biçiminde ikiye ayırarak ele almış. Başka bir anlatışla, hangi hallerde yeni getirilen kanunda yer alan hükümler, eski kanun döneminde ortaya çıkmış olan ilişkilere, gerçekleşmiş olaylara uygulanacak, hangi hallerde uygulanmayacak? Çok basit olarak problemi ortaya koymak gerekirse, yeni bir kanun çıkarıyoruz, hangi andan itibaren, hangi şartlarla bu kanunu uygulayacağız. Eskiden cereyan etmiş bazı olaylara yeni kanun acaba uygu-

lanabilecek mi, uygulanabilecekse hangi kurallar çerçevesinde bu mümkün olabilecek? Ana sorun bu. Söz konusu bu ana soruna ilişkin genel hükümler Medeni Kanunda dört maddede belirtilmiş, daha sonra ikinci bölüm başka bir ifadeyle özel bölüm diyebileceğimiz bölüm geliyor. Biz bu özel bölümü takdir edeceğimiz gibi ele almayacak, sadece genel bölüm üzerinde duracağız.

Medeni Kanunun uygulanmasında “geçmişe etkili olmama” ilkesi temel ilke olarak getirilmiş. Bu, şu anlama geliyor: Önceki kanun zamanındaki olaylar, hukuki sonuçları bakımından önceki kanuna tabi olmaya devam ediyorlar. Diğer bir anlatıyla, yeni kanun döneminde bir dava açılacak olsa, bu dava karara bağlanırken, önceki kanun döneminde gerçekleşmiş olaylarla ilgili bir talep söz konusu idiyse, yeni kanun uygulanmıyor. Eski kanun (bir önceki kanun) uygulanıyor. Medeni Kanun uygulama yasası, bahse konu ilkeyi, olaylar ve işlemler bakımından ayrı ayrı ele alıyor.

İşlemler bakımından bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve meydana getirdikleri sonuçların ne olacağı sorularını yanıtlamak gereği var. Yasa şu yanıtları veriyor: Önceki kanun zamanında gerçekleşmiş olan işlemler için kural, bunların (bağlayıcı olup olmadıkları ve doğrudukları sonuçlar bakımından) sonraki kanun döneminde dahi önceki kanuna tabi olmaları.

Bu ilkeyi Ticaret Kanununa, uyarlamamız gerekirse şunları söylemek mümkün: Şu an yürürlükte olan Ticaret Kanunu zamanında cereyan etmiş olan bir işlem (mesela yapılmış olan bir sözleşme) düşünelim. Bu işlem gerçekleştikten hemen sonra yeni Ticaret Kanunu çıkarılıp yürürlüğe girmiş olsa ve yeni Ticaret Kanunu çıkarıldıktan sonra o sözleşmeye ilişkin olarak bir ihtilaf ortaya çıkmış bulunsa, bu ihtilâfa yeni Ticaret Kanunu uygulanmayacak. Baş gösteren ihtilaf eski Ticaret Kanunundaki hükümler uygulanarak çözüme bağlanacak. Tekrar belirtelim: misal yeni Ticaret Kanunu bağlamında verilmiş olmakla beraber, şu an Medeni Kanuna ilişkin olarak getirilmiş çözüm üzerinde durmakta ve bunu Ticaret Kanununa uyarlamaktayız. Şu hale göre, ana ilke, önceki kanun zamanındaki olay ve işlemlerin önceki kanuna tabi kalmaları, yeni kanunun bunlara uygulanmaması. Ancak, bunun bazı istisnaları olması gerektiği de görülmüş ve aşağıda açıklayacağımız şekilde bazı istisnalar getirilmiş.

Sonraki kanun, kamu düzenini sağlamaya veya genel ahlaki korumaya ilişkin bir kural getirmişse, o zaman önceki (eski) kanunun uygulanması imkânı ortadan kalkıyor. Demek ki, yeni kanunun genel ahlaki korumaya ve kamu düzenini korumaya ilişkin olarak getirdiği düzenleme eski kanun zamanında gerçekleşmiş olaylara da tatbik ediliyor. Yasa, ayrıca belli hallerde bunun dahi istisnasını öngörebiliyor. Şu halde, söz konusu kural, hiç değişmeyen mutlak bir kural olarak algılanmamalı. Medeni Kanunun çok çeşitli ilişkileri düzenleyen çok kapsamlı bir kanun olduğunu dikkate alırsak, belli hallerde istisna öngörülmesinin gerekliliği kendiliğinden anlaşılır.

Bazı hususlar tarafların iradesi dışında kanunla düzenlenir. Medeni Kanun uygulama yasası bu hususlara ilişkin olarak da hüküm içermektedir. Tarafların iradesi dışında kanunla düzenlenen hususlar dendiğinde maksat yalnız emredici olan kanun hükümleri değildir; çünkü emredici kurallara ilişkin olarak ayrı bir düzenleme zaten mevcuttur. Burada kastedilen, emredici olmayan fakat kanunun taraf iradelerinden bağımsız olarak düzenlediği hususlardır. Sonuçları doğrudan doğruya kanundan doğan, tarafların iradelerinin devreye girmediği hususlarda kural şu şekildedir: Eski kanun döneminde kurulmuş olan ilişkiler bakımından bir ihtilaf ortaya çıksa dahi, bu ihtilaf yeni kanuna tabi olur. Eğer yeni kanun taraf iradelerine bağlı olmayan yeni bir düzenleme getiriyorsa, o düzenleme eski kanun dönemindeki olaylar bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca “kazanılmamış haklar” (önceki kanun zamanında gerçekleşmiş olmasına rağmen henüz bir hak bahsetmemiş olan olaylar, bir hak doğurmamış olan olaylar) da yeni kanun hükümlerine tabi olacaklardır.

Medeni Kanunun yürürlük ve uygulanmasına dair yasanın getirdiği temel düzenleme yukarıda kısaca açıklandığı gibidir.

Buradan Ticaret Kanununun yürürlük ve uygulanması hakkındaki kanun taslağına geçiyorum. Bu taslakta da benzer kuralların söz konusu olduğunu görüyoruz. Her şeyden önce, eski (önceki, 6762 sayılı) Ticaret Kanunu sırasında meydana gelen olayların hukuki sonuçlarının eski (önceki) Ticaret Kanununa tabi olacağı öngörülmüş. Medeni Kanunla bu bakımdan bir fark yok.

6762 sayılı Ticaret Kanunu sırasında gerçekleşmiş fiillerin -haksız eylemleri de kapsayacak bir düzenleme getirmek amacıyla “hukuki iş-

lemler” deyimi yerine Ticaret Kanunu alanında “fiiller” deyimi tercih edilmiş- bağlayıcılıkları ve hukuki sonuçları itibariyle sonraki kanun döneminde dahi önceki kanuna tabi olacakları hükme bağlanmış. Bu bakımdan da Medeni Kanuna ilişkin düzenlemeyle fark bulunmamaktadır.

Ticaret Kanununun uygulanmasına ilişkin yasa taslağında sonraki kanun dönemindeki olayların sonraki kanuna tabi olacağı kuralına yer verilmektedir. Şu halde, yeni Türk Ticaret Kanunu çıkarılırsa ve o kanun çıkarıldıktan sonra her hangi bir olay meydana gelirse, yeni kanun uygulanacak. Bu düzenleme tarzı ilkeyi tersten ifade etmektir. Bu da yeni bir şey değildir, sadece açıklık getirilmektedir. Belirtmek gerekir ki “olay” anlamı çok geniş olan bir deyimdir; her şeyi kapsamaktadır. Nitekim taslak gerekçesinde hukukun her hangi bir sonuç bağladığı bütün olguların olay olarak tanımlandığını görüyoruz. Buna doğa olayları da giriyor, hukuki fiiller de giriyor, haksız fiiller de giriyor, hukuki işlemler de giriyor.

Taslak uyarınca, sonraki kanun sırasında açılan davalarda mahkeme eğer eski kanunu uygulamışsa (yeni Ticaret Kanunu çıkarıldıktan sonra önüne gelen bir ihtilafa o ihtilafı, şu an yürürlükte olan 6762 sayılı Ticaret Kanununa göre çözerse), o zaman gerekçesini açıklamakla da yükümlü olacak. Neden eski Ticaret Kanunu hükümlerini uygulayarak veya neden yeni Ticaret Kanunu hükümlerini uygulamayarak ihtilafı çözdüğünü kararında belirtecek. Bu, yeni ve Medeni Kanunda olmayan bir kuraldır.

Ticaret alanında, taraf iradelerinden bağımsız olarak kanunla düzenlenen hukuki ilişkilere, önceki kanun zamanındaki bir olay ve davayla ilgili bulunsalar dahi, yeni Türk Ticaret Kanununun uygulanacağı öngörülmüş. Bu bağlamda da ticarete ilişkin düzenlemeyle Medeni Hukuka ilişkin düzenleme arasında bir fark olmadığı görülmektedir.

Şu husus ise yenidir: Yeni Türk Ticaret Kanununun ilk defa veya eski hukuktan farklı şekilde koruduğu bir menfaat, önceki kanun zamanındaki bir olay veya davayla ilgili olsa dahi yeni Türk Ticaret Kanununa tabi olacaktır. Başka bir deyişle, yeni kanun bir alanda, eski kanunda hiç olmayan yepyeni bir koruma getiriyorsa, bu koruma eskiden cereyan etmiş ve eski hukuka tabi olması gereken bir olayda da uygulanacak. Koruma genişletilmiş oluyor. Taslak, menfaatten ne anlaşılması gerektiğini de tanımlamıyor. Gerekçe sadece “bir özel hükümlerle korunan her şey bir menfaatin korunmasıdır, dolayısıyla koruyucu hükümlere bakmak gerekir; ki-

şinin korunmasına yönelik hükümleri teker teker değerlendirip menfaatin ne olduğunu ona göre belirlemek lazım” diyor.

Beklenen haklar, (önceki kanun zamanında cereyan etmiş olmakla beraber henüz bir hak doğurmamış olan olaylar) yeni kanuna tabi, bu bakımdan da medeni hukuk alanıyla ticaret hukuku alanı arasında bir fark görünmüyor.

Ticarete ilişkin taslakta son olarak da “aksinin kanunda öngörülmemiş olduğu hallerde kazanılmış hakların korunacağı” belirtilmiş. Bu aslında medeni hukuka oranla yenilik niteliğini taşıyor. Gerçi Medeni Kanuna ilişkin düzenlemede kazanılmış hakların korunacağı kuralı açıkça yer almıyor. Fakat Medeni Kanuna ilişkin düzenlemenin bütününe baktığımız zaman kazanılmış hakların korunduğu neticesi çıkıyor. Sonuç aslında farklı değil. Zaten farklı olmaması da lazım, çünkü kazanılmış hakların hiç dikkate alınmaması hukuk düzeninin kabul edebileceği bir sonuç olamaz. O zaman kaosa sürüklenilir; gerçek veya tüzelkişiler, kazanmış oldukları, mal varlıklarına girmiş olan veyahut artık onların bir parçası haline gelmiş olan haklara daha sonra da riayet edileceğini varsayabilmelidirler. Hukuki ilişkilerin böyle bir varsayım üzerine kurulması icap ediyor.

Genel hükümler bakımından Medeni hukuka ilişkin düzenlemeyle, ticaret hukukuna ilişkin düzenleme ana hatlarıyla böyle.

Ticarete ilişkin taslakta “özel hükümler” bölümü de var, onu birazdan ayrıca göreceğiz.

Ancak özel kurallara geçmeden önce, geldiğimiz noktada şu soruyu sormak lazım: Acaba, genel hükümler açısından medeni hukuka ilişkin düzenlemeyle çok temel bir fark var mı? Aslında temel bir farkın olmadığı görülüyor.

Benim tespit edebildiğim önemli bir eksiklik var, o da şu: Medeni Hukuka ilişkin kanunda kamu düzenini ve genel ahlâkı koruyucu hükümlerin geçerli olacağına (yeni kanun zamanında eski kanunun uygulanması gereken hallerde dahi, yeni kanunun kamu düzenini ve genel ahlâkı koruyucu hükümlerinin tatbik edileceğine) dair temel hüküm, ticarete ilişkin düzenlemeye alınmamış, böyle bir hüküm yok. Fakat gerekçeye baktığımızda “medeni hukuka ilişkin düzenlemenin genel hüküm olarak ticaret alanında da geçerli olacağı dolayısıyla kamu düzeni ve genel ahlaka

ilişkin kuralların ticaret hukuku alanında da eski olaylara uygulanacağı” açıklamasının bulunduğu görülüyor. Böyle olunca, arada redaksiyon (ifade) farklılıkları dışında temel bir fark kalmamış oluyor.

Özellikle belirtmek gereğini duyduğum nokta şudur: Yeni Ticaret Kanununun uygulanmasına ilişkin hükümlerin genel hükümler bölümü itibarıyla Medeni Kanundaki düzenlemeye tabi olmasında bence hiç bir temel sakınca ve problem olmazdı. Kaldı ki, farklı metinler benimsediğiniz zaman, farklılıklar karışıklığa yol açabiliyor. İhtiyaçlara cevap verebilecek nitelikteyse, İsviçrelilerin yaptığı gibi tek bir metinle sorunu çözüme kavuşturmak, bütün temel kanunlara o metni uygulamak, daha basit ve uygun bir davranış olurdu. Hatta, -az evvel söylediğimi tekrar edeyim- İsviçre’de kamu hukuku alanında dahi Medeni Kanuna ilişkin uygulama hükümlerinin temel ilkeleri içerdiğini kabul edilmektedir.

Yukarıda da vurguladığımız üzere, taslağın “özel bölümü” tabii ki ayrı düzenlenmesi lâzım gelen kurallar getiriyor. Özel bölümde farklı birçok hüküm getirmek işin doğası gereğidir. Buna karşılık, genel hükümler itibarıyla ben bizim Ticaret Kanunumuzun Yürürlük ve Tatbik Şekli Hakkındaki Kanunda getirilen düzenlemenin karışıklık yaratmaya elverişli olması dışında bir yenilik içermediği kanısındayım. Genel olarak bunları söyledikten sonra, gerekçeden aldığımız örneklerle destekleyerek, ne olduğunu ortaya koymaya çalışalım.

Taslaktaki misaller aslında gayet teknik bazı hallerden ibaret, bunları tam olarak anlayabilmek için yeni kanunda getirilen düzenlemeyi ve eski kanunda aynı olaya ilişkin olarak yürürlükte bulunan düzenlemeyi gayet ayrıntılı bilmek icap ediyor. Fakat, o misalleri vermeden de durumun aydınlığa kavuşturulması güçleşiyor.

Taslağın gerekçesindeki şu örnek, özellikle deniz hukuku bakımından önem taşıyabilecek niteliktedir: 2006 yılının Temmuz ayında, (6762 sayılı kanunun yürürlükte olduğu bir sırada), bir gemi kazası meydana gelse ve yolcu o kazada yaralansa ve tazminat istese, bu talep -bu arada yeni kanunun çıkmış olduğunu var sayıyoruz- yeni kanunda o konuya ilişkin getirilecek düzenlemeye mi tabi olacak, yoksa eski kanuna mı tabi olacaktır? Eski kanuna (6762 sayılı kanunun 1130. maddesine) tabi olacak. Çünkü hukuki sonuç bağlanan olay (deniz kazası) eski kanunun yürürlükte bulunduğu sırada meydana geliyor. Ancak gerekçede aynı sonucun başka bir hükümden de çıktığı, çünkü arada yolcu taşıma sözleş-

mesinin bulunduğu, yolcu taşıma sözleşmesinin eski kanuna tabi olması dolayısıyla yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra o sözleşmeye dayanılarak ileri sürülecek taleplerin de eski kanuna tabi olacağı vurgulanıyor. Aynı neticenin birden fazla maddeden çıkması ilk bakışta yadırganacak bir olaydır. Fakat, aynı olgu birden fazla kanun maddesinin uygulanma şartlarını gerçekleştirebilir. Bizde taleplerin yarışması ilkesi de esasen o paraleldedir. Dolayısıyla birden fazla kanun maddesinden aynı sonucun çıkarılmasında her hangi bir hukuka aykırı yan mevcut değil.

Bir diğer örnek: Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce konşimentonun çekincesiz düzenlenmesi için, yükleten tarafından verilen garanti mektubu, başka bir anlatıyla temiz konşimento alabilmek için verilen garanti taahhüdü. Bunun geçerliliği konusunda bizim şu an yürürlükte bulunan (6762 sayılı) kanunda 1064. madde var. Bu maddenin 2. fıkrası bu tür taahhütlerin geçersiz olduğunu hükme bağlıyor. Buna ilişkin birçok Yargıtay kararı da mevcut. Burada da yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra açılacak davalarda da şayet, garanti mektubu eski kanun zamanında verilmişse eski kanunun hükmünü, yani 1064. maddenin 2. fıkrasını ve o fıkra ile ilişkin Yargıtay içtihatlarını uygulamak (sorunu eski hukuku uygulayarak çözmek) gerekecek.

Gerekçede verilmiş olan bir diğer -bu sefer sigortaya ilişkin- bir örnek: Önceki kanunun yürürlüğü döneminde bir taşınmaz üzerindeki malik menfaatinin sigorta ettirilmesi. Bu örnek bağlamında, eski kanun zamanında sigorta sözleşmesi yapıldıktan sonra yeni kanunun yürürlüğe girmiş olduğunu ve yeni kanun döneminde taşınmazın bir başkasına devredildiği (taşınmazın malikinin değiştiğini) ve bunun üzerindeki menfaat sahibinin de değiştiğini varsayıyoruz. Bizim şu an yürürlükte bulunan Ticaret Kanunundaki 1303. maddeyle, yeni Türk Ticaret Kanunu tasarısındaki sigortalı malın sahibinin değişmesine ilişkin madde birbirine zıt. Tasarıda, 6762 sayılı kanundaki çözümün aksi benimsenmiş. Gerekçede, misale ilişkin açıklama yapılırken, bu durumda eski kanunun uygulanması gerektiği ve sigortacının yeni Türk Ticaret Kanununun hükmünün uygulanmasını dayatamayacağı belirtiliyor. Neden? Çünkü burada sigorta sözleşmesi daha önceki bir tarihte yapılıyor, dolayısıyla da “eski kanun dönemindeki hükümlere tabi olur” deniliyor.

Taraf iradelerinden bağımsız olarak kanunda düzenlenmiş olan hususlara ilişkin hükme gelince: Gerekçede önceki döneme ilişkin olaylarla alakalı bulunsalar dahi, bunların yeni kanuna tabi olacağı söyleniyor.

Burada söz konusu olan hususlar acaba hangileridir? Bir kere kastedilen hallerin emredici hükümlerin dışında kalmaları gerekir. Bunu yukarıda vurgulamıştık. Diğer taraftan, bunların kazanılmış hak olarak önceden sözleşmeyle de sonuca bağlanmamış hallerden olmaları lazım. Kısaca, öyle bir durum söz konusu olacak ki, kazanılmış hak niteliğinde olmayacak (çünkü kazanılmış haksa, o zaman eski kanunu uygulamamız gerekiyor) ve ayrıca eski kanun zamanındaki sözleşmeden doğan bir hak da olmayacak (çünkü böyle olduğu takdirde yine eski kanun zamanındaki bir hukuki işlemde kaynaklanması sebebiyle aynı sonuca gidilmesi ve eski kanunun uygulanması gerekecek). Öyleyse yeni kanunu ne zaman uygulayacağız? Yeni kanunu ancak kazanılmış bir hakkın söz konusu olmadığı hallerde uygulayacağız. Gerekçede kanunun ilk defa ve eski kanundan farklı olarak koruduğu menfaate ilişkin gemi ipoteğiyle ilgili şu örnek verilmiş: Gemi ipoteğinin tehlikeye düşmesi halinde yeni Türk Ticaret Kanunu tasarısında 6762 sayılı kanundan farklı (ipotekli alacaklının haklarının daha iyi korunmasına imkân sağlayan) bir düzenleme getiriliyor. Gerekçe, bu düzenlemeye atıf yaparak şunu söylüyor: Yeni kanun taraf iradelerinden bağımsız şekilde yeni bir koruma getiriyor. Dolayısıyla bu koruma geçerli olacak ve yeni kanun döneminde eski kanun zamanında kurulmuş (sözleşmesi de tescili de eski kanun zamanında yapılmış) bir ipoteğe yeni kanun uygulanacaktır.

Aşağıda, zamanaşımından başlayarak yeni Türk Ticaret Kanununa ilişkin yürürlük ve uygulama hükümlerinin bazı ayrıntılarına değineceğiz. Hak düşürücü süreler ve zamanaşımı süreleri, eğer eski kanun zamanında işlemeye başlamışlarsa eski kanuna tabi olmaya devam ediyorlar. Fakat eğer bu sürelerin geri kalan kısmı (yeni kanun yürürlüğe girdikten sonraki kısmı), yeni kanunda zamanaşımı öngörülmüşse yeni zamanaşımı süresinden, hak düşürücü süre öngörülmüşse de, hak düşürücü süreden uzunsa, sadece yeni süre kadar olabiliyor. Meselâ, yeni kanun bir senelik süre öngörüyor. Eski kanuna göre kalan süre ise iki sene. Bu durumda, yürürlükten itibaren yeni kanunun koyduğu sürenin (bir senelik süre) geçmesiyle zamanaşımı tamamlanmış veya hak düşmüş kabul edilecek. Yeni Türk Ticaret Kanununun koyduğu süre kadar bir bakiye süre uygulanacak. Zamanaşımına ilişkin temel ilke bu şekilde.

Zamanaşımı sürelerinde deniz hukuku ve sigorta hukuku ile ilgili olarak kısıtlayıcı değişiklik yok, tam tersine mesela; sigortada bazı beş ve altı senelik ilave zamanaşımı süreleri var. O bakımdan deniz ve sigorta

alanında zamanaşımına ilişkin olarak çok fazla problem çıkmaması gerekeceğini düşünüyorum.

Ancak, zamanaşımına ilişkin şu hükmün üzerinde durmak lâzım: “Türk Ticaret Kanununa göre zamanaşımı alacağın doğduğu tarihten itibaren belli bir sürenin geçmesiyle işleyecekse (daha doğrusu işlemeye başlayacaksa), bu hallerde zamanaşımı süresi Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle başlayacaktır”. Burada anlamı olmayan bir hüküm getirildiği anlaşılıyor. Hükmün “Türk Ticaret Kanununa göre” diye değil “eski (yürürlükten kalkan, 6762 sayılı) kanuna göre” diye başlaması lazım. Eski kanunda eğer zamanaşımının başlaması için belirli bir sürenin geçmiş olması şartı varsa, o belirli süre yeni Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesine kadarki süre olarak kabul edilecek ve zamanaşımı da yeni kanunun yürürlük tarihinden itibaren hesaplanacaktır. Söylenmek istenen bundan ibarettir. Bu, eskiden gelen (öteden beri mevcut olan) bir hükümdür. Daha önceki (şu an yürürlükte bulunan 6762 sayılı) kanunun yerini aldığı kanunda (1957’den önce yürürlükte bulunan Eski Ticaret Kanununda) bazı zamanaşımı süreleri için, “sene bittikten sonra başlar” (başka bir ifadeyle “olay sene içinde meydana gelir, o sene dolduğu andan itibaren zamanaşımı işlemeye başlar”) şeklinde bazı maddelere ait olarak istisnai bir-iki süre öngörülmüş idi. (Parantez içinde belirtelim: Aslında zamanaşımının başlangıcına ilişkin bu tarz bir düzenleme, özel hukukta bizim pek dikkate almadığımız, fakat dikkate almakta fayda olan bir düzenlemedir. Zamanaşımı konusunda, ülkemizde kişilerin süreyi kaçırıp kaçırılmadığı bakımından daima sorunlar yaşanır. Bazı hukuk sistemleri alacağın doğduğu senenin bitiminden itibaren zamanaşımını işlettirler. O takdirde zamanaşımını zaman takvim yılının başlangıcı itibarıyla hesaplıyorsunuz ve bu da kolaylık sağlıyor). 6762 sayılı şu an yürürlükteki Ticaret Kanununda bu tür zamanaşımı hükmü var mı, yok mu önce bunu saptamak lazımdır. (Bundan önceki –eski- Ticaret Kanununda varmış ve o kanundaki o zamanaşımıyla ilgili olarak şu an yürürlükte olan kanun çıkarılırken bir geçiş hükmü getirilmiş). Eğer varsa, taslak da onlara ilişkin olarak yeni kanun dönemine yönelik bir geçiş hükmü getiriyor. Bunların hangileri olduğunu teker teker saymak aslında en doğrusudur. Böyle çok genel bir ifade kullanmak uygulama zorluklarına yol açacaktır.

Önemli bir sorun da “yollamalar” hususunda karşımıza çıkmaktadır:

Birçok kanunda şu an yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa yollamalar yer alıyor. Yeni kanun yürürlüğe girdiği zaman eski kanundaki hükümlere yapılmış olan yollamalar yeni kanunun paralel hükümlerine yapılmış sayılacak. Fakat yeni kanunda hiç hüküm bulunmayabilir. Eski kanunda mevcut olan bir hüküm yeni kanununda aynen yer almak zorunda değildir. O zaman (yeni kanunda hüküm yoksa) ne olacaktır? İşte o zaman bir boşluğun ortaya çıkacağı kabul ediliyor ve “hâkim Medeni Kanun madde 1’e göre bu boşluğu doldurur” deniyor. Esasen başka türlü bir çözüme gitmek de pek mümkün görünmüyor.

Ele almamızda yarar olabilecek bir diğer husus “Deniz Ticaret Mahkemeleri”. Bu, daha çok deniz hukukuyla ilgilenenler açısından ilginç bir konu. Benimsenen çözüm şöyle: Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde bir Asliye Ticaret Mahkemesi görevlendirilecek ve o mahkemeye şu an Denizcilik İhtisas Mahkemesinde görülmekte olan bütün davalar devredilecek. Taslak, bu şekliyle yasalaşırsa, Denizcilik İhtisas Mahkemesinin yerini görevlendirilecek bir ticaret mahkemesi alacak. O zaman da üç hâkimli mahkemeye geçmiş olacağız. Taslak, bu bağlamda bir de negatif bir hüküm getiriyor: “Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan deniz ticaretine ve deniz sigortasına ilişkin davaları görmeye başlamış olan mahkemeler, bunları sonuçlandırır.” Böylece mahkemelerin durumdan vazife çıkararak ellerindeki davaları yeni kurulacak mahkemeye göndermeleri gibi bir uygulama engellenmek istenmiş. Aslında bu tür “dava yollamaları” söz konusu olmamak lazımdır. Fakat, Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurulduktan sonra birçok dava mahkemelerce Denizcilik İhtisas Mahkemesine görevsizlik kararları verilerek devredilmiş, bu da önemli problemler, gecikmeler yaratmıştır. Burada buna ilişkin bir negatif hükümle soruna çözüm getirilmesi amaçlanmıştır.

Dikkati çeken bir diğer nokta ise şudur: Yürürlük ve uygulama kanunu taslağında “deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin, gerek Ticaret Kanununda gerek başka kanunlarda yer alan hükümlerden” bahsediliyor. Yeni mahkemenin alanı genişletiliyor, şu an Denizcilik ihtisas Mahkemesi sadece deniz ticareti kitabına ilişkin ihtilafları halletmekle görevli, bu da problem yaratmaktadır. Bu soruna da çözüm üretilmiş bulunuyor.

Taslakta yer alan acentelikle ilgili hüküm “daha önceki kanun zamanında yapılan acentelik sözleşmelerine yeni kanun hükmü uygulanır” şeklindedir. Yeni kanunun acentelik sözleşmesine ilişkin düzenlemesi ba-

zı yönleri itibarıyla emredicidir. Dolayısıyla zaten bu sebeple uygulanması gerekecektir. Söz kopnujsu düzenleme emredici olmasaydı, o takdirde bir istisna hükmü getirilmiş olacaktı. Çünkü normal kural önceki kanun zamanında yapılan sözleşmelerin yine o önceki kanuna tabi olmasıdır. Fakat, kanunun aksini öngörmesi mümkündür. Esasen hükmün en başında da “bu kanunda aksi düzenlenmiş olmadıkça” ibaresi yer almaktadır. Kanun koyucu gerekli gördüğü hallerde ana kuralın aksine düzenlemeler getirebilir. Acentelere ilişkin de bu nitelikte (genel hükmün aksine) bir düzenleme mevcuttur.

Taşıma hukukuyla ilgili olarak getirilen kuralı -denizcileri ve sigortacıları ilgilendirebilecek bir kural olması itibarıyla- kısaca ele alalım. Kural şöyle: “Eski kanun zamanında yapılmış olan taşıma sözleşmeleri o kanuna tabi olur”. Bu zaten ana kuralın tekrarıdır; bunu ayrıca belirtmeye aslında gerek yoktur, çünkü ana kural esasen bu sonucu öngörmektedir. Diğer taraftan, “ancak” sözcüğüyle başlayan kısım yeni bir düzenleme getiriyor: “Yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra gerçekleşen taşıma hukukuna özgü ziya, hasar ve gecikmeden dolayı sorumluluk halleri bakımından sorumluluk sınırları Türk Ticaret Kanununa tabi olur”. Bu hüküm karşısında, yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra sorumluluk sınırları bakımından yeni kanun hükümleri uygulanacaktır. Taslağın aradığı sadece ziya, hasar veya gecikmenin yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşmesidir. Bu itibarla, sözleşme eski kanun döneminde yapılmış olsa dahi, hasar yeni kanun döneminde olmuşsa, yeni kanunda öngörülen sorumluluk sınırlamaları uygulanacaktır. Türkiye, yeni ticaret kanunu tasarısında taşıyıcının sorumluluğunu CMR paralelinde sınırlandırmayı uygun görmüştür. Yürürlük ve uygulama kanunu taslağında “taşıma işleri” deyimini kullanılmıştır. Ancak, burada esas olarak kara taşıması bakımından düzenleme getirildiğini kabul etmek lâzımdır. 6762 sayılı yürürlükteki kanunun kara taşımasına ilişkin düzenlemesinde ise sınırlı sorumluluk söz konusu değil.

Deniz ticaretine gelince: Taslaktaki düzenleme uyarınca; “Gemilere bayrak çekmek hakkı yeni kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren yeni kanuna tabi olur.” Aslında bayrağa ilişkin hükümler aksine sözleşme yapılamayan türden emredici kurallardır. Dolayısıyla taslaktaki hükmün yokluğunda da zaten böyle olması lazım. Yürürlük ve Uygulama kanunu taslağındaki başka bir hüküm, “Türk Bayrağı çekme hakkı elde etmiş olan tescilli zorunlu gemilerin tescil edilmesi lazım gelir” şeklindedir. Ti-

caret Kanunu tasarısı gemi kavramını genişletmektedir. Bunun sonucunda, yeni bazı nesnelere, şu an bizim gemi saymadığımız nesnelere gemi sayılacak. O zaman da bunların eğer tescili gereken gemi niteliğini taşıyorlarsa, tescil edilmeleri zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Uygulama kanunu taslağı işte buna ona yönelik bir hüküm getirerek “tescili zorunlu gemilerin tescil işlemini gerçekleştireceklerini” öngörmektedir. Bir diğer hüküm “Kanun yürürlüğe girdikten sonra daha önce gemi siciline tescil edilmiş hususlarda meydana gelecek değişiklikler de sicil müdürlüğüne bildirilir” şeklindedir. Zaten değişiklik meydana geldiğinde bunların sicil müdürlüğüne bildirilmesi, eski kanunda da, yeni kanunda da öngörülmüş olan bir kural. Bu hükmün özel olarak neden taslakta yer aldığını kavrayamadım. Çünkü sonuç farklı değil. Eski kanunla yeni kanun arasında bir fark olacak ki, burada siz ayrı bir hüküm getirme ihtiyacını duyasınız. Düzenleme çerçevesinde gemi vasfını kazanan, suda yüzme özelliğine sahip nesnelere İki ay içinde tescil ettirmek gerekecektir.

Taslakta gemi mülkiyetinin devren kazanılmasına ilişkin bir düzenleme var. Buna göre “Bir gemi veya pay temlik edilirse, gemi üzerindeki mülkiyeti şu an yürürlükte bulunan kanuna göre, sadece sözleşmeyle alan kimseler bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde kendilerini malik olarak tescil ettirmekle yükümlüdürler.” Aslında yeni kanun taslağıyla 6762 sayılı kanun arasında geminin tamamına ilişkin olarak mülkiyetin sicil dışında kazanılması bakımından fark yok. Mülkiyet yine sicil dışında kazanılıyor. Bu bakımdan tescil zorunluluğunun öngörülmemiş olması lazım gelirdi. Çünkü yeni kanun döneminde de mülkiyeti kazanan kişi sicil dışında kazanacak. Onun kendini tescil ettirmesi gibi bir zorunluluk öngörülmemiş. Onun için bu hüküm hak kazanma bakımından gerekli değildir.

Devren iktisapta (tekrarlayalım: yeni kanun taslağının getirdiği yenilik zilletliğin nakli. Neden böyle bir ilave şart arandığı da deniz hukukçuları arasında çok tartışma konusudur) “İpoteğin terkinini talep hakkı” da pek anlaşılmayan bir hüküm. Burada kanun yürürlüğe girdiği sırada bir gemi üzerinde ipotek hakkına sahip olan bir alacaklı var; bir de o alacaklıdan önce gelen veya aynı derecede bulunan diğer bir ipotekli alacaklı var. Diğer alacaklıya ait gemi ipoteğinin düşmesi halinde, ilk alacaklı “bunun terkinini” isteyebilecektir. Bizde hem şu an yürürlükte bulunan Ticaret Kanununda, hem de yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, Medeni Kanununun sabit dereceler sistemine atıf var. Önceki derecedeki ipo-

tek boşaldığı zaman malik burada yeni ipotek kurabiliyor. Alt derecedeki ipotek kendiliğinden onun yerini almıyor, yükselmiyor. Taslak ise, alt derecedeki ipotek hakkı sahibine önceki derecenin terkinini talep etme hakkı vermiştir. 6762 sayılı kanunla yeni kanun tasarısı arasında bir hüküm farkı tespit edilmediği zaman, yürürlük ve uygulamaya ilişkin düzenlemede özel bir hükme yer verilmesine gerek kalmamaktadır. Özel hüküm için ana kural, eski kanunla yeni kanun arasında fark olmasıdır. Çünkü fark yoksa, önceki uygulama aynen devam edecek demektir. Kaldı ki, bahse konu hükme yürürlük ve uygulama kanununda değil doğrudan doğruya Ticaret Kanunu içinde yer verilmesi lazım gelirdi. Çünkü sorun, sonraki derecedeki ipotekli alacaklının boşalan dereceden yararlanmak hakkı ile ilgilidir. Sonra gelen ipotekli alacaklının özel olarak kararlaştırılmış olmasa dahi, önceki derece boşaldığı zaman, malikin boşalan dereceyi kullanmasını engelleyip üst dereceye çıkma hakkına sahip olup olmayacağı düzenlenmektedir. Bu sorunun Ticaret Kanununda çözüme kavuşturulması doğru olurdu.

Taslakta şahsi ve aynı teminatların hapis hakkına dönüşmesi öngörülmektedir. Yeni Türk Ticaret Kanunu tasarısında, şu anki kanundan farklı olarak, kanuni rehin hakkı tanınmıyor, bunun yerine sadece hapis hakkı tanınmıyor. Başka bir deyişle hem şahsi teminat olan yükü teslimden kaçınma hakkı hem de aynı teminat olan yük üzerinde kanuni rehin hakkı yerine sadece hapis hakkı öngörülmüyor. Bu husus dikkate alınarak, yürürlük ve uygulama kanunu taslağında 6762 sayılı kanunda hükme bağlanmış olan teminatların hapis hakkına dönüşeceğine ilişkin bir özel hüküm bulunuyor. Bu hüküm, şu anki kanunda taşıyana tanınmış olan bu tür aynı ve şahsi teminatların (yükü teslimden imtina hakkı, 1077. maddedeki kanuni rehin hakkı başka bir anlatıyla yük alacaklısı hakkının) yeni yasal düzenleme yürürlüğe girdiği andan itibaren, yürürlük tarihinde ifa edilmeye başlanmış olan sözleşmelerden doğan alacaklar için hapis hakkına dönüşeceğini hükme bağlamakta. Burada, ifa edilmekte olan sözleşmeler bakımından bir dönüşme öngörülmüştür. Eski hukukun uygulanması burada söz konusu olmayacak.

Müşterek avarya ve çatmaya ilişkin olarak getirilen kural şu şekildedir: Geminin yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra başladığı yolculuktan doğan olaylara yeni kanun hükümleri uygulanacaktır. Daha önce başlamış olan yolculuklara ise eski kanun hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Bir çatma olduğunu düşünelim. Çatmanın hangi gün ve saat-

te, hatta hangi dakikada meydana geldiği kolay ve kesin şekilde belirlenebilir. Bu sebeple, yolculuğu esas almak yerine çatmanın meydana geldiği anı esas almak daha doğru görünmektedir.

Taslak, “eski kanunda doğmuş olan gemi alacaklısı hakkının, eski kanuna tabi olmakta devam edeceğini” hükme bağlamaktadır. Bu sonuç, kazanılmış hakların geçerli olacağına dair kuralın pekiştirilmesinden ibarettir; yenilik getiren bir düzenleme değildir.

1976 ve 1992 tarihli sözleşmelere ilişkin düzenleme de yorumlamakta zorlandığımız hükümler arasındadır. Şöyle ki: Yeni Türk Ticaret Kanunu tasarısında iki sözleşme, atıf hükümleriyle Türk Ticaret Kanununun bünyesine alınıyor. Başka bir anlatıyla, Türk Ticaret Kanunu bu sözleşmeleri atıf yoluyla yasalaştırıyor. Bunlar deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki 1976 tarihli sözleşme ile petrol kirliliğinden doğan zararın karşılanmasına ilişkin 1992 tarihli sözleşmedir (Sınırlı sorumluluk sözleşmesi ile CLC). Taslağa göre ana kural, yeni mevzuat hükümlerinin yasanın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak uygulanmaları olduğu halde, özel hükümde “bu uluslararası sözleşmelerin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarihlerden başlayarak uygulanmaları bundan müstesnadır” denmiştir. Bu kulağı tersten göstermeye benzemektedir. Türkiye bu sözleşmelerin tarafı haline gelerek, bunları uzun zamandır uygulamaya başlamıştır. Şimdi, bunlar, atıf yoluyla iç hukuk kuralı niteliğini de kazanacaklardır. Zaten başlamış olan uygulamanın “istisna” oluşturacağı” gibi bir sonucu öngörmenin ise anlamı yoktur.

Cebri icraya ilişkin hüküm şöyledir: “İcra takibi kesinleşmiş olursa veya eğer gemi daha yapım halindeyse, buna kesin haciz konmuş bulunursa, paraya çevirmede Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki hükümler uygulanacaktır”. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı cebri icra hakkında özel bir düzenleme getirmekte ve icranın ne şekilde yürüyeceğini İcra İflas Kanunundan ayrı ve farklı olarak hükme bağlamaktadır. Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce bir icra takibi kesinleştiği takdirde veya yapıya kesin haciz konulduğu takdirde ise, paraya çevirmenin eski hukuka tabi olacağı (yeni kanuna tabi olmayacağı) çözümü benimsenmektedir.

Son olarak sigorta sözleşmesine ilişkin iki maddeden bahsedeceğim.

Sigorta bir sözleşme olduğundan aslında eski kanun zamanında yapılan sigorta sözleşmelerine eski kanun, yeni kanun zamanında yapılanlara

da yeni kanunun uygulanması gerekir; kural budur. Bununla birlikte, emredici hükümler bakımından yeni kanun zamanındaki emredici hükümlerin her halükarda eski sözleşmelere de uygulanması söz konusu olacaktır. Şimdi bu ilkeler çerçevesinde, taslakta getirilen düzenlemeyi değerlendirelim. Taslağa göre “eski kanun zamanında yapılan sigorta sözleşmelerine, kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl süreyle yine eski kanun uygulanacaktır”. Taslak, eski kanunun uygulanmasını süreyle sınırlamıştır. Ancak, burada ilginç bir düzenleme söz konusudur. Çünkü, bu bir yıllık süre içinde, sigorta ettireni, sigortalıyı ve lehdarı koruyan hükümler bakımından yeni kanunun uygulanacağı öngörülmüştür. Burada bahsi geçen “sigorta ettireni, sigortalıyı ve lehdarı koruyan” hükümlerden maksat, hiç şüphesiz en başta “emredici düzenleme getirerek koruyan” hükümlerdir. Fakat, emredici hükümler taslağın başka bir maddesinde düzenlemeye konu olmuşlardır. Demek ki burada söz konusu olan hükümler, “emredici olmayan fakat lehdarı koruyan” hükümlerdir (Belirtelim ki lehdarın korunması da yenidir, lehdarın korunması şu anki 6762 sayılı Ticaret Kanunu çerçevesinde söz konusu değildir; yeni Türk Ticaret Kanunu tasarısında ise lehdara ait özel koruyucu bazı düzenlemeler getirilmiştir ki ben bunun tamamen yanlış olduğu fikrindeyim). Lehdara ait koruyucu hükümlerin “yeni” olmasına karşılık, “sigortalıyı” ve “sigorta ettireni” koruyucu hükümler öteden beri vardır. Taslak, onların “emredici olmasalar dahi” uygulanacağını öngörüyor. Oysa bu, sözleşmeye ilişkin olarak benimsenen yürürlük ve uygulama kuralı ile çelişki yaratmaktadır. Çünkü sigorta ilişkileri daima sözleşmeye bağlı olan ilişkilerdir. Sigorta genel şartlarında veya özel şartlarda düzenlenmiş olan hususlarla, (emredici olmayan) koruyucu hükümler arasında bir çelişme olduğu takdirde, taslaktaki hükme göre yeni Türk Ticaret Kanunundaki hükümlerin uygulanması icap edecektir. Kanımca bu çözümün isabeti şüphelidir. Çünkü “kazanılmış hakların zedelenmesi” söz konusudur. Eski kanun dönemindeki işlemin eski kanuna tabi olacağı kuralı da ana bir kuraldır. Taslak ise sigorta sözleşmesi bakımından bundan ayrılmış ve sigortalıyı, sigorta ettireni ve yeni düzenlemede lehdarı koruyucu olarak öngördüğü bütün kuralların eski sözleşmelere de uygulanacağını hükme bağlamıştır.

Sigortaya ilişkin diğer özel hüküm şudur: “Yeni, kanunda öngörülen emredici hükümler eski kanun zamanında yapılmış olan sözleşmelere de uygulanacaktır”. Oysa, bunu ayrıca vurgulamaya, bunun için özel bir

madde koymaya gerek yoktur. Çünkü emredici hükümler her halükarda kamu düzeninden olduğu için bunların eski kanun dönemindeki ilişkilere de uygulanmaları lazım gelmektedir. (Şu noktaya da değinmemiz gerekir: “Kamu düzenine ilişkin hükümler” acaba hangileridir? Bütün emredici hükümler bu nitelikte midir, yoksa bazıları mı bu niteliktedir? Benim tespit edebildiğim kadarıyla ağır basan görüş bütün emredici nitelikteki hükümlerin kamu düzeninden olduğu yönündedir).

Efendim, ben burada noktalıyorum. Sabrınızı, tahammül sınırlarınızı daha fazla zorlamayayım. Bir ufuk turu yapmış oluyoruz. Hiç şüphesiz bu çok “ham” bir ufuk turu. Yürürlük ve uygulamaya ilişkin taslağın ne getirip ne götüreceğini zaman içinde göreceğiz. Şu anda tespit edemediğimiz birçok aksaklık olabilir. Aksaklık olarak söylediğimiz birçok hususun da aslında gayet makul ve doğru düzenleme olduğu daha sonra ortaya çıkabilir. Yapmış olduğumuz açıklamaları bir durumun açıklığı kavuşturulması yönünde atılan adımlar olarak değerlendirin. Çünkü her yeni incelemede farklı farklı hususlar keşfedilebiliyor. Konu hepimiz bakımından yeni ve üzerinde ayrıca durulması, incelenmesi gerekiyor. Ancak, yanlış olması olasılığını düşünerek hiçbir yorum yapmamaktansa, kısıtlı zaman içinde tam bir hazırlık yapmak imkanı bulunmamış olsa dahi, uyarı görevimiz çerçevesinde saptayabildiğimiz hususları dile getirmek daha doğru bir davranıştır.

GÖRÜŞ

“Yargı Reformu Stratejisi Taslağı” Hakkında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Görüşü

Yrd.Doç.Dr. Güray ERDÖNMEZ*

Yrd.Doç.Dr. Vesile Sonay EVİK**

Arş.Gör. Burak ÇELİK***

Adalet Bakanlığı’nca hazırlanan ve Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından fakültemize gönderilen “Yargı Reformu Stratejisi Taslağı”nda ortaya konan stratejik amaçlar yerindedir. Bununla birlikte taslakta kimi noktalar belirsiz bırakılmış olup bunların açıklığa kavuşturulmasına, kimi konuların da yeniden ele alınmasına gerek vardır. Bu çerçevede görüşlerimiz özetle Şu Şekildedir:

1- Taslak’ta Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nu ilgilendiren bazı düzenlemeler öngörölmüştür. Yargı erkinin faaliyetini bağımsız Şekilde yürütebilmesi için hakimlerin yargısal faaliyeti her türlü etkiden uzak olarak yürütmesi gerekir. Ayrı erkler olan yürütme ve yargının birbirinin faaliyet alanına müdahale etmesi düşünölemez. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun ihdas amacı da hakimlerin bağımsızlığını sağlamaktır. Bu kurulun yasama ve yürütmeden bağımsız Şekilde, hâkimlerin özlük işleriyle ilgili konularda karar verebilmesi için bu bağımsızlığın korunması şarttır. Kurul’da Adalet Bakanı’nın oy hakkının olması ve Adalet Bakanı Müsteşarı’nın kurulun üyesi olması, doktrinde yoğun biçimde eleştirilmiştir. Öte yandan, 1982 Anayasası döneminde eleştiri konusu olan temel noktanın yürütmenin kuruldaki varlığının ötesinde, kurul için-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usûl Hukuku Anabilim Dalı.

*** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

deki ağırlığı olduğu da belirtilmelidir. Kurulun yapısı ve çalışma biçiminden kaynaklanan kimi olgular da, Adalet Bakanlığı'nın Kurul içindeki ağırlığını pekiştirmiştir. Adalet Bakanı ve müsteşarının toplantılara katılmaması nedeniyle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun toplanamaması gibi durumlar, yakın geçmişte Kurul'un yürütme organından bağımsızlığının tartışılmasına neden olan olaylar arasında yer almıştır.

2- Yargı Reformu Stratejisi Taslağı'nda, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yargının tümünü temsil edecek biçimde yapılandırılması hedefi öngörülmüştür (1.1). Bu hedef, kurulun yapılanmasının demokratikleştirilmesi bakımından yerinde görülebilir. Ancak burada bir noktanın açıklığa kavuşturulması ve ilk derece mahkemeleri ile istinaf mahkemesi hâkim ve savcılarının Kurul'da ne oranda temsil edileceğinin belirlenmesi gereklidir.

3- Taslak'ta, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumunda demokratik meşruiyet ilkesine yeterince uyulmadığı belirtilmekte ve bu nedenle Kurul'a yasama ve yürütme (Cumhurbaşkanı) tarafından üye seçilmesi olanağının tanınmasının hedeflendiği belirtilmektedir (1.1). Bu konuyla ilgili olarak birkaç noktaya değinmek yerinde olacaktır.

Öncelikle, söz konusu belgede yer alan, “mevcut düzenlemeye göre gerek Kurul üyelerinin, gerekse bir bütün olarak Kurulun yasama organına karşı herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir” (s. 7-8) ifadesini yargı bağımsızlığı ile bağdaştırmak pek kolay görünmemektedir. Bu ifade, Kurul'un yasamaya bağımlı duruma getirilmesinin hedeflendiği biçiminde bir yanlış algıya yol açabilir.

Taslak'ta da vurgulandığı gibi meşruiyet ya halk tarafından seçim yoluyla doğrudan, ya da halkın seçtiği temsilcilerin yapacakları seçimler ya da atamalar yoluyla dolaylı olarak sağlanmaktadır. 1982 Anayasası'nın öngördüğü düzeneğe göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin seçiminde son söz, bugüne değin TBMM'nin seçtiği Cumhurbaşkanı'nda olmuş; Adalet Bakanı ve müsteşarı da Kurul üyeleri arasında yer almıştır. Dolayısıyla, demokratik meşruiyet konusuyla ilgili olarak belirtilmesi gereken ikinci nokta, Kurul'un şu andaki oluşum biçimiyle de meşruiyetten bütünüyle yoksun olmadığıdır.

Öte yandan, Kurul'a yasama organınca da üye seçilmesi uygulaması kimi ülkelerde bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu konuyla ilgili olarak, Strateji Taslağı'nda dayanak olarak gösterilen belgeler arasında bulunan

kimi uluslararası metinlerde de yer alan bir ilke gözden kaçırılmamalıdır: Kurul üyelerinin en az yarısının yargı mensuplarının kendi aralarından seçeceği kişilerden oluşması.

4- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı etkili bir itiraz düzeneğinin yaratılması hedefi yerindedir. Bu bağlamda, Kurul çalışmalarının hukuk devletinin temel ilkelerinden birini oluşturan dürüst (adil) yargılanma hakkının gereklerine uygun olarak yürütülmesi gereğinin vurgulanması ve bu hakkın kullanımını güvence altına alacak esasların belirlenmesi uygun olacaktır.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulduğu takdirde, bu itirazlar Adalet Bakanı’nın başkanı bulunduğu İtirazları İnceleme Kurulu tarafından incelenmektedir. Bu kuruyla halihazırda Adalet Bakanı başkanlık etmektedir. Hâkimlerin bağımsızlığının temini için mevcut düzenlemenin değiştirilerek, Kurul’a Yargıtay birinci başkanı veya birinci başkan vekilinin başkanlık etmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir. Onun için, Taslak’ta öngörülmemekle birlikte Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nda bu yönde bir değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

Kurul’un disiplin işlemleri ile ilgili kararlarına karşı yargı yolunun açılması da gereklidir.

5- Kurulun yeniden yapılandırılması hedefi kapsamında, ayrı meslekler olan hâkimlik ve savcılık için iki ayrı yüksek kurul oluşturulması ya da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun hâkimler için ayrı, savcılar için ayrı birer daireden oluşacak biçimde yapılandırılması düşünülebilir.

6- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun işlemlerinin ve bunlarla ilgili görüşmelerin gizliliğinin öngörülmüş olmasının, açıklıkla bağdaşmadığı ortadadır. Kararların kamunun bilgisine sunulmasının yalnızca Kurul’a karşı değil, aynı zamanda bir bütün olarak yargıya karşı duyulan güveni de artıracığı belirtilmelidir. Kararların açıklığı, Kurul’un hesap verebilirliği yönünden de önemlidir.

Yine aynı çerçevede, Kurul’un disipline ilişkin tüm kararlarına, kişisel verilerin korunması kaydıyla ulaşılabilmesi de (2.4), yalnızca “suç ve cezada belirlilik ilkesi” yönünden değil, Kurul’un açıklığı, hesap verebilirliği ve yargıya duyulan güvenin artırılması bakımından da son derece önemlidir.

7- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun sekreteryasının ve denetim sisteminin yeniden düzenlenmesi (1.2) yaşamsal öneme sahiptir. 1982 Anayasası döneminde Kurul'un bu denli eleştirilmiş olmasının temel nedeni tek tek Kurul üyelerinin bağımsız olmamaları değil, ama çalışma biçiminin Kurul'un bağımsızlığı ile bağdaşır nitelikte olmamasıdır. Bu tür kurumlarda sekreterya, kurumun belkemiğini oluşturan birimlerdir. Bu nedenle Kurul'un kendine ait bağımsız bir sekreteryasının bulunması son derece önemlidir.

Yargı söz konusu olduğunda unutulmaması gereken bir gerçek, kurumların ya da kişilerin yalnızca bağımsız olmalarının yetmediği, ancak bağımsız bir görünüm sergilemelerinin de zorunlu olduğudur. Sekreterya hizmetlerinin yasa ile Adalet Bakanlığı'nın bir birimine bırakıldığı, kendine ait bağımsız bir binaya bile sahip olmayıp Adalet Bakanlığı'na ait bir mekânda toplanan bir Kurul'un bağımsız bir görünüm sergilemediği açıktır.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na özerk bir bütçe, bina, sekreterya ve personel sağlanmalı; teftiş kurulu Adalet Bakanlığı'na bağlı olmaktan çıkarılmalıdır.

Kurul'un sekreteryasının ve denetim sisteminin bağımsızlık ve dürüst (adil) yargılanma hakkına saygı ilkeleri çerçevesinde yeniden yapılandırılması, Kurul'a ve yargıya güven duyulmasını sağlayacak, yargı bağımsızlığına inancı artıracaktır.

8- Hâkim ve savcılarının terfi sisteminin gözden geçirilmesi önerisi (1.3) yerinde görülmüştür. Hâkim ve savcılarının yargısal faaliyet sırasında yaptıkları işlemler ve bu bağlamda verdikleri kararların onların bir üst dereceye terfi etmelerinde etkili olması yerinde olmakla birlikte, tek kriterin "not" olması bugüne kadar birçok sakıncayı beraberinde getirmiştir. Özellikle hâkim ve savcılarının atandıkları yerlerde az sayıda dosyayla ilgilenmeleri halinde, çıkarılan iş ve bununla bağlantılı olarak, onanan karar sayısının düşük olması, o hâkimlerin başarılarının değerlendirilmesinde hatalı sonuçlar doğurabilmektedir. Taslak'ta belirtilenler yanında, hâkimlerin terfilerinde yüksek lisans ve doktora eğitimlerini tamamlamaları, merkezi sistemle yapılan dil sınavlarından belli bir başarı puanını elde etmeleri de terfileri sırasında göz önünde tutulabilecek faktörler arasında düşünülebilir. Yine, kimi ülkelerde uygulama bulan, hâkim ve savcılarının belirli aralıklarla girecekleri yeterlik sınavları aracılığıyla, hukuk alanının

daki yeni gelişmeleri izleyip izlemediklerinin değerlendirilmesi ve yeterlik sınavı sonuçlarının terfide esas alınması yöntemi de bu konuda düşünülebilecek yollar arasındadır.

9- Taslak’ta “örgütlenme hakkı çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Birliği’nin kurulması” hedefi de öngörülmektedir (1.4). Yargı mensuplarının örgütlenme özgürlüğü, Strateji Taslağı’na dayanak oluşturan uluslararası metinlerde de önemle vurgulanan konulardan biridir. Strateji Belgesi’nde, yargıç ve savcıların örgütlenme hakkı çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Birliği’nin kurulması yönünde çalışmalar yürütüldüğüne değinilmekte ve “Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliği Kanunu Tasarısı”nın şu anda TBMM komisyonlarında bulunduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu tasarının, yargı mensuplarının örgütlenme özgürlüğü ile ilgili kimi tartışmalara neden olduğu da vurgulanmalıdır. Tasarıya göre, yargıç ve savcılar dernek kurucusu ve üyesi olamazlar; ancak, resim, müzik, heykel gibi güzel sanatlar ile spor alanında kurulmuş derneklerin kurucusu ve üyesi olabilirler. Yargıçlar ve savcılar tarafından kurulmuş olan ve Hâkimler ve Savcılar birliği ile aynı ya da benzer amaçları bulunan derneklerin tüzel kişilikleri, söz konusu yasanın yürürlüğe girdiği tarihte sona erecektir (geçici md. 3). Görüldüğü gibi söz konusu tasarı, yargıç ve savcıların yargıyı ve yargı bağımsızlığını korumak ve geliştirmek gibi amaçlarla örgütlenme özgürlüklerini engellemekte, onların yalnızca sanatsal ya da sportif alanlarda örgütlenmelerine olanak tanımakta, yargı mensuplarının, yargının gelişip güçlendirilmesi amacıyla kurdukları derneklerin varlığına da yasayla son verilmesini öngörmektedir. Strateji Taslağı’nda, üstelik örgütlenme özgürlüğünden söz edilerek “Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi” başlığı altında yer verilen ve dayanak belgeler arasında gösterilen uluslararası metinlerle ne ölçüde bağdaştığı tartışmalı olan bu tasarının yeniden ele alınmasına gerek vardır.

10- Strateji Taslağı’nda, yargı profesyonellerine yargı bağımsızlığı konusunda eğitim verilmesi (1.5) ve yine yargı profesyonellerinin yargının tarafsızlığı konusunda bilinçlendirilmeleri (2.2) hedefleri de öngörülmüştür. Bu konuda, Adalet Bakanlığı ile üniversiteler ve diğer kamu kurum kuruluşlarının katılımıyla bilimsel toplantılar düzenlemesinin öngörülmesi yerinde bir düşüncedir. Bununla birlikte, bu eğitimlerin ve Taslak’ta değinilmemiş olmakla birlikte, yeni kanunların yürürlüğe girmesiyle birlikte hâkim ve savcılara yönelik olarak düzenlenen hizmet içi eğitimlerin Adalet Bakanlığı’nın etkisinden çıkarılması gerekir. Hâkim

ve savcılarının hizmet içi eğitimlerinin bağımsızlık ilkesi de gözetilerek daha verimli bir biçimde yürütülebilmesi için, Türkiye Adalet Akademisi'nin güçlendirilmesi ve daha etkin duruma getirilmesi de düşünülmelidir.

Öte yandan, yargı personelinin üniversitelerde lisansüstü eğitim almalarını teşvik eden ilave düzenlemelerin getirilmesinin isabetli olacağı düşünülmektedir. Özellikle, ihtisas mahkemelerindeki hâkim ve savcılarının, çalıştıkları mahkemelerde görülen uyuşmazlıklarla ilgili bölümlerde yüksek lisans ve doktora yapmaya teşvik edilmeleri, bu mahkemelerin kuruluş amacını yerine getirmesine de katkı sağlayacaktır.

11- İçtihat birliğinin sağlanabilmesi için yargı kararlarından bütün mahkemelerin haberdar olması gerekir. Taslak'ta bu konuyla ilgili olarak yasalarda gerekli düzenlemelerin yapılacağı belirtilmektedir (2.3). Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete girecek olması bu konudaki düzenlemelerin çıkarılmasına hız kazandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte, bazı mahkeme kararları Yargıtay denetimi dışında kalacaktır. Çünkü, HUMK'da bölge adliye mahkemelerinin bazı konularda verdikleri kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır. Dolayısıyla, bu kararlara karşı Yargıtay denetimi kapalı olacağı için, özellikle bölge adliye mahkemelerinin aynı konularda verdikleri kararlar arasında çelişki olmasını önlemek ve ülkede içtihat birliğini sağlayabilmek için, bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kararların yayınlanması önemlidir. Onun için, yargı kararlarının yayınlanmasına dair düzenlemelerin bir an önce yapılması ve bu konudaki teknik alt yapının oluşturulmasına hız kazandırılması, bölge adliye mahkemeleri arasında da içtihat birliği sağlanması bakımından yerinde olacaktır. Taslak'ta belirtildiği gibi, yargı kararları yayınlanırken kişilerin isim, unvan vs. gibi bilgilerinin yayınlanmaması kişilik haklarının korunması bakımından isabetli olacaktır.

12- Taslak'ta üzerinde durulan konulardan biri de tebligat bahsidir (3.15). Bugün Türk hukuk uygulamasında davaların ve icra takiplerinin uzamasına neden olan en önemli sebeplerden birinin tebligat konusunda yaşanan sıkıntılar olduğu bilinen bir gerçektir. Tebligat konusunda ilerleme kaydedebilmek için ise, adrese dayalı ikamet sisteminin hayata geçirilmesi ve tebligatın sadece bu sistemde kişinin bilinen adresine yapılması bu konuda sıkıntıların önüne geçilmesinde önemli rol oynayacaktır.

13- Yargı Reformu Stratejisi Taslağı’nda üzerinde durulan bir diğer husus da icra ve iflas sisteminin etkinliğinin artırılmasıdır (3.17). İcra ve iflas dairelerinin denetlenmesi ve işleyişine ilişkin değişiklikler yapılması yerindedir. Buna ilaveten, özellikle icra müdürlerinin öncelikle, hukuk fakültesi mezunlarından ve bulunmayan hallerde adalet meslek yüksek okulu mezunları arasından seçilmesinin, icra dairelerinin verecekleri kararlar ve bu arada, takiplerin hukuka uygun yürütülmesine olumlu katkı sağlayacağı; icra müdürlerinin işlemlerine karşı yapılan şikayet başvurularını azaltacağı; böylece, yargılama masraflarının azalacağı ve takiplerin daha kısa sürede sonuçlanmasına katkı sağlayacağı söylenebilir. Taslak’ta “adli hizmet uzmanlığı” kadrosu kurulması öngörülmüyor (3.4). Bu tür bir kadronun kurulması yerinde görülebilir. Fakat, kadro yokluğu veya diğer sebeplerle, anılan türden bir uzman kadronun oluşturulması mümkün olmadığı takdirde, halihazırda mahkemelerde görev yapan hukuk fakültesi veya adalet meslek yüksek okulu mezunlarının hizmet içi eğitimden geçirilmeleri ve yazı işleri müdürlerini hakim ve savcıların idari işlerinde ve bazı çekişmesiz yargı işlerinde görevlendirmek düşünülebilir.

14- Taslak’ta HUMK.m.465- 472 maddelerinde düzenlenen adli yardıma ilişkin usullerin basitleştirilip sadeleştirilmesi için çalışma yapılmasının planlandığı belirtilmektedir (7.1). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda “adli yardım” kurumuna ilişkin yeni düzenlemeler öngörülmektedir. Kanun Tasarısı halihazırda TBMM alt komisyonunda görüşülmektedir. Adalet Bakanlığı’nın hazırladığı Taslak’ta da adli yardım konusunda bazı çalışmalar yapılması gerektiği belirtilmekte olup, bu çalışmaların HUMK Tasarısı’nın kanunlaşma süreciyle eş zamanlı olarak yürütülmesi emek ve zamandan tasarruf sağlanmasına katkı sağlayabilecektir.

15- Hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolunun etkin şekilde kullanılması ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarıyla sona erdirilmesi yargının etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi bakımından son derece önemli bir adımdır. Taslak’ta da Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın hazırlandığı ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerine sunulduğu belirtilmektedir (8.4). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, anılan Tasarı’nın yürürlüğe girmesi mahkemelerde görülen dava sayısının bir anda azalmasına neden olmayacaktır. Dava açılması aleyhinde dava açılan kişinin menfaatine bir durum yaratıyorsa, arabuluculuk kurumu kendisinden beklenen faydayı yerine getiremeyecektir. Gerçekten, borcunu ödemediği için aleyhinde

dava açılan kişi bu davanın açılmasına karşı çıktığı takdirde, uzlaşma yolunu tercih etmeyecektir. Onun için, arabuluculukla ilgili düzenlemeler yanında davaların yürütülmesine ilişkin aksaklıkların da giderilmesi gerekmektedir.

Arbuluculuk Tasarısı'nın kanunlaşmasıyla birlikte, bu alternatif çözüm yolu hukuki bir altyapıya kavuşacaktır. Ancak, arabuluculuk yolunun etkin şekilde uygulanabilmesi için toplumun bu konuda bilgilendirilmesi şarttır. Nitekim, çoğu ülkede bu konuda etkin tanıtım kampanyaları düzenlenmekte, bu kapsamda, el ilanları, broşürler ve tanıtım kitapçıkları bastırılarak dağıtılmaktadır. Arabuluculuk yolu halkın geniş kesimleri tarafından bilindiği takdirde, daha fazla uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda, Adalet Bakanlığı'nın yoğun ve etkili bir tanıtım kampanyası yürütmesinin, kurumun tanıtılması ve anlaşılması bakımından son derece faydalı olacağı düşünülmektedir. Ayrıca, bütün eğitim kurumlarında uzlaşmayla ilgili dersler verilmesi, uzlaşma kültürünün eğitimin ilk yıllarından itibaren toplum bilincinde yer bulmasının isabetli olacağı söylenebilir.

Arbuluculuk Tasarısı'nın kanunlaşması halinde, hemen hayata geçirilmesi gereken kurumlardan birisi de özerk bir arabuluculuk merkezidir. Bu merkez, arabuluculuk uygulaması başladıktan sonra son derece önemli bir rol oynayacaktır. Hangi uyuşmazlıklar için arabuluculuk kurumuna başvurulduğu, bu başvuruların ne şekilde sonuçlandığı, uygulamada çözülmesi gereken sorunlar hakkında bir merkeze bilgi aktarıldığı takdirde, merkez bu yeni başlayan uygulamanın sorunlarını ve çözüm yollarını daha doğru şekilde değerlendirme ve gerekli düzenlemeleri yapma imkânını bulabilir. Hollanda, Almanya ve Avusturya'daki uygulamalar da bu yöndedir. Onun için, Arabuluculuk Kanunu'nun yürürlüğe girmesini takiben, bu merkezin bir an önce hayata geçirilmesinin yerinde olduğu düşünülmektedir.

16- Strateji Taslağı'nda öngörülen hedeflerden biri de "ceza usulünde yer alan uzlaşma müessesesinin etkinleştirilip geliştirilmesi"dir (8.3). Bu çerçevede, ceza muhakemesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak benimsenen uzlaşma kurumuna ilişkin düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle karşılaştırmalı hukuktaki örneklerini de dikkate alarak uzlaşma kapsamındaki suçlar yeniden belirlenmelidir. Uzlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda yargılamayı yapacak hakimin tarafsızlığını sağlamak açısından uzlaşmaya ilişkin bilgi ve belgelerin dava dosyasından çıkartılması gerekmektedir. Uz-

laşma müzakerelerine ilişkin bilgiler konusunda gizliliği sağlayacak güvencelerin sağlanması şarttır. Cumhuriyet Savcısının uzlaşmayı bizzat gerçekleştirebilmesi uzlaşma kurumuyla bağdaşmamaktadır. Uzlaştırıcının bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Cumhuriyet Savcısının uzlaştırıcıya talimat verebilmesine ilişkin hüküm değiştirilmelidir. Uzlaştırıcının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması açısından herhangi bir makam veya kişi tarafından yönlendirilememesi gerekir. Ayrıca uzlaşma teklifinin de Cumhuriyet Savcısının teklifi üzerine kolluk tarafından gerçekleştirilmesi sakıncalıdır. Ülkemiz açısından çok yeni bir kurum olması itibarıyla henüz hakim ve savcılarca dahi iyi tanınmayan bu kurumun, aydınlatma yükümlülüğü de dikkate alındığında kolluk tarafından teklif edebilmesini anlamak mümkün değildir.

Ek: Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Taslağı

GİRİŞ

Türkiye, 21. yüzyıla hukuk alanında büyük reformları gerçekleştirerek hızlı bir giriş yapmıştır. Avrupa Birliği'ne (AB) üyelik sürecinin hızlandırıcı etkisi yanında, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği çağdaş açılımların gerçekleştirilmesi ihtiyacı da yapılan hukuk reformunun en önemli belirleyici nedeni olmuştur.

1999 yılının Aralık ayında yapılan AB Helsinki Zirvesinde, AB Devlet ve Hükümet Başkanları, Türkiye'nin diğer aday ülkelere uygulanan kıstasları yerine getirmesi şartıyla AB'nin tam üye adayı olduğunu kabul ve ilan etmişlerdir. Buna bağlı olarak, AB ile tam üyelik müzakerelerine başlayabilmek için Türkiye'nin önüne Kopenhag Siyasi Kriterlerini yerine getirmesi, bir başka deyişle “*demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını teminat altına alan kurumların iyi işletilmesi ve azınlıklara saygı gösterilerek korunması*”nı sağlamak amacıyla alınması gereken tedbirler konulmuştur.

Türkiye, 1923 yılında ilan edilen Cumhuriyet'le birlikte yüzünü tamamen batya çevirmiş ve AB üyeliği yolunda gelinecek noktada AB değerlerini tam olarak benimsemiş ve içselleştirme açısından kararlılığını göstermiştir. Kopenhag Siyasi Kriterlerinin yerine getirilmesi amacıyla atılan adımlar 2004 yılı sonunda meyvesini vermiş ve 17 Aralık 2004 tarihinde Brüksel'de gerçekleştirilen AB Zirvesinde Türkiye ile AB'ye katılım müzakerelerine başlanması kararlaştırılmıştır. Buna bağlı olarak 3 Ekim 2005 tarihinde 35 AB müktesebat faslı çerçevesinde fiilen katılım müzakerelerine başlanmıştır.

Hırvatistan ve Türkiye ile eşzamanlı olarak yürütülen tam üyelik müzakere çalışmalarını, ilk olarak AB ve Türkiye'nin mevzuatlarının karşılıklı taranması suretiyle gerçekleştirilmiş ve Türkiye'nin mevcut mevzuatının AB'ye uyum derecesi tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, özellikle Kopenhag Siyasi Kriterlerinin üyelik müzakerelerinin devam ettiği süreçte de gözlemlenebilmesi amacıyla, Hırvatistan ve Türkiye ile 23 üncü fasıl kapsamında “*Yargı ve Temel Haklar*” başlığı altında da mevzuat tarama toplantıları düzenlenmiştir. Bu fasılın “*tarama sonu raporu*” AB Komisyonu tarafından henüz resmen kabul edilmemiş olmakla birlikte, AB

yetkililerince, Türkiye'nin yargının tarafsızlığı, bağımsızlığı ve etkililiğinin güçlendirilmesine yönelik bir "Yargı Reformu Stratejisi" ni Komisyona sunması gereği önemle dile getirilmiştir.

Türkiye'de yargı alanında son yıllarda yasal ve uygulamaya dönük çok önemli çalışmalar gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmalar bir plana dayanmaktan ziyade büyük ölçüde acil ihtiyaç duyulan alanlardaki eksikliklerin ortadan kaldırılmasına yönelik olmuştur. Bu nedenle, gelecekte yargı alanında yapılması düşünülen reform çalışmalarının belli bir plan çerçevesinde ve öngörülebilirlik ilkesine göre gerçekleştirilmesi gereksinimi ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, 2007-2013 dönemlerini kapsayan ve TBMM'nin 28.6.2006 tarih ve 877 sayılı kararı ile kabul edilen 9 uncu Kalkınma Planı önemli bir belge olma özelliği taşımaktadır. Türkiye'nin 7 yıllık kalkınma stratejisinin belirlendiği bu plan, AB'ye tam üyelik süreci ile de bir paralellik göstermektedir. Söz konusu Planın 5.6.5. numaralı "Adalet Sisteminin İyileştirilmesi" başlığı altında Türk Adalet Sisteminde son yıllarda sağlanan gelişmelere yer verildikten sonra, bu alandaki eksiklikler tespit edilmiş ve çağdaş bir yargı sisteminin gerekleri vurgulanmıştır. 9 uncu Kalkınma Planı hazırlık çalışmaları çerçevesinde üniversitelerden, yargı kuruluşlarından, sivil toplum örgütlerinden ve Adalet Bakanlığı'ndan davet edilen katılımcılardan oluşturulan "Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu" da hazırladığı raporla, Türk yargısının sağlıklı ve çağdaş bir biçimde işlemesine yönelik atılması gereken somut adımları belirlemiştir.

Yargı sisteminin bağımsız, tarafsız ve etkili bir biçimde işletilmesi konusuna 60 ıncı Hükümet Programında da önemli bir yer verilmiştir. Bu bağlamda, bağımsız ve tarafsız yargının adaleti sağlamanın ön şartı olduğu; adalet ve yargı reformu alanındaki çalışmaların kararlılıkla sürdürüleceği; uyuşmazlıkların hızlı, basit, az giderle ve etkin şekilde çözümlenmesini sağlamak ve böylece iş yükünü azaltmak amacıyla özellikle, hukuki uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarını öngören yasal düzenlemeler yapılacağı, mevcut hükümet tarafından ilan edilmiştir. Bunun yanında, AB standartlarına ulaşmak için gerekli mevzuat çalışmalarıyla adli ve idari kapasitenin güçlendirilmesi yolunda çalışmalara devam edileceği hususunda da hükümet programında taahhütlere yer verilmiştir.

Gerek 9 uncu Kalkınma Planı ve Adalet Hizmetleri İhtisas Komisyonu Raporunda öngörüldüğü şekliyle gerek Türkiye'nin AB'ye katılım sürecindeki taahhütleri göz önünde bulundurularak Adalet Bakanlığı tarafından Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın öncülüğünde 2008-2013 yılları arasını kapsayacak bir "Yargı Reformu Stratejisi" taslağı hazırlamak üzere bir komisyon ihdas edilmiştir. Bu komisyona Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın yanı sıra birçok birimden yetkililer katılmıştır. Söz konusu strateji taslağı hazırlanırken öncelikle Türk Yargısının, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dayalı olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve et-

kililiğinin sağlanması gibi amaçlar belirlenmiş, daha sonra bu amaçların gerçekleştirilmesine hizmet edecek hedefler tek tek tespit edilmiştir.

Yargı Reformu Stratejisi Taslağı aşağıda belirtilen on amaç altında oluşturulmuştur:

1. Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi
2. Yargının Tarafsızlığının Geliştirilmesi
3. Yargının Verimliliği ve Etkililiğinin Artırılması
4. Yargıda Mesleki Yetkinliğin Artırılması
5. Yargı Örgütü Yönetim Sisteminin Geliştirilmesi
6. Yargıya Güvenin Artırılması
7. Adalete Erişimin Kolaylaştırılması
8. Uyuşmazlıkları Önleyici Nitelikteki Tedbirlerin Etkin Hale Getirilmesi
9. Ceza İnfaz Sisteminin Geliştirilmesi
10. Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmalarına devam edilmesi

Reform Stratejisi taslağının hazırlanması sırasında ulusal kaynaklar yanında, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve AB'nin bu alandaki müktesebatı da dikkate alınmıştır. Bu çerçevede aşağıda yer alan belgeler Reform Stratejisi taslağına temel teşkil etmektedir:

1. Dokuzuncu Kalkınma Planı (Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu dahil),
2. Ulusal Program,
3. 60'ncı Hükümet Programı,
4. Katılım Ortaklığı Belgesi (26 Şubat 2008),
5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları,
6. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları,
7. 23. Fası Tarama toplantılarına ilişkin belgeler,
8. Birleşmiş Milletler, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri [2003/43 Sayılı],
9. Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri,
10. Hâkimlerin Rolü, Etkinliği Ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı [R(94)12],
11. AB Komisyonunca Türkiye Hakkında Hazırlanan İlerleme Raporları

12. AB Komisyonu Uzmanlarınca Türk Yargısı hakkında hazırlanan istişari ziyaret raporları,

13. Adalet Bakanlığı'nın 2007-2012 yıllarını kapsayan Eylem Planı.

Yukarıda belirlenen belgeler ve ilkeler ışığında hazırlanmış olan Yargı Reformu Stratejisi taslağı henüz kesin bir nitelik taşımamakta olup Adalet Bakanlığı'nın tüm birimlerinin ve diğer ilgili kuruluşların görüşleri alındıktan sonra uygulamaya konulacaktır.

1. YARGI BAĞIMSIZLIĞININ GÜÇLENDİRİLMESİ

Yargı bağımsızlığı konusu, 1961 Anayasasından önce olduğu kadar, bu Anayasanın yürürlük döneminde ve özellikle de 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra çeyrek asırdır sürekli olarak Ülke gündeminde kalmış ve yoğun bir şekilde tartışılmıştır.

1961 Anayasası, önceki döneme reaksiyon olarak, hâkimlerin özlük işleriyle ilgili görevin, salt hâkimlerden oluşan bağımsız bir Yüksek Hâkimler Kuruluna verilmesini öngörmüştür. 1982 Anayasası ile Kurulun yapısı değiştirilerek Kurulda yürütme organı mensuplarının da temsil edilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemenin yargı bağımsızlığı ile bağdaşmadığı ve hukuk devleti ilkesini zedelediği iddia edilmiş ve bu iddialar günümüze kadar süre gelmiştir. Kamuoyunun yargı bağımsızlığı gibi çok önemli bir konuyla yakından ilgilenmesi toplumun demokratik değerlere sahip çıkmasının bir göstergesi olarak görülmektedir.

Ülkemizde yargı bağımsızlığı konusunda, Anayasanın 138, 139 ve 140 nci maddeleri temel iç hukuk normlarını oluşturmaktadır. 138 inci maddeye göre hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar, hiçbir makam, merciden talimat almazlar ve görülmekte olan dava ile ilgili Yasama Meclisinde soru sorulamaz, görüşme yapılamaz. Aynı şekilde 139 uncu madde ile hâkimlik ve savcılık mesleği teminat altına alınmış olup hâkim ve savcıların, görevlerini bağımsız olarak yapmalarını engelleyecek biçimde keyfi olarak görevlerinden alınmaları, emekli edilmeleri ya da kadrolarının kaldırılması engellenmiştir.

HSYK Anayasanın 159 uncu maddesi uyarınca başta Yargıtay, Danıştay üyeleri ile Uyuşmazlık Mahkemesinin askeri yargı dışından gelen üyelerinin seçimleri olmak üzere, diğer bütün hâkim ve savcıların atama, nakil, terfi ve disiplin gibi özlük işlemlerinin yerine getirilmesiyle görevlendirilmiştir.

Kurul, Adalet Bakanının başkanlığında, Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanı seçilecek üyeler ile Adalet Bakanlığı Müsteşarından oluşmaktadır.

Türkiye'de yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi çabalarına paralel olarak 9. Kalkınma Planı'nda ve 60. Hükümet Programında yargı bağımsızlığı hususu önemli bir yer edinmiştir. Bu kapsamda, Avrupa Birliği süreci de dikkate alınarak, halen devam eden yeni Anayasa çalışmalarında bu hususlar yeniden ele alınacaktır. Aşağıda bu amaca yönelik olarak atılması planlanan adımlara yer verilmektedir.

1.1. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) objektiflik, tarafsızlık, şeffaflık ve hesap verilebilirlik temelinde geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden yapılandırılması ve kararlarına karşı etkili bir itiraz sisteminin getirilmesi,

Yukarıda da belirtildiği üzere HSYK, Anayasanın 159'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekilini seçer.

Kurul; adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama, nakletme, geçici yetki verme, yükseltme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz. Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların Kurul bünyesinde incelenmesi esasları 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca Kurulda yapılan işlemler ve bunlarla ilgili görüşmeler gizlidir.

Ülkemizde Kurul'un oluşumu ve çalışma şekli ile ilgili uzun yıllardan bu yana çeşitli kesimlerce dile getirilen ve bilimsel çalışmalarda yer alan bazı eleştiriler bulunmaktadır. Bu eleştiriler son yıllarda özellikle 9'uncu Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, AB İlerleme Raporu, İstisari Ziyaret Raporları ve diğer belgelerde de dile getirilmektedir.

Bu konudaki eleştiriler genel olarak aşağıda belirtilen noktalarda toplanmaktadır;

- *Kurul'un yargının tümünü temsil edecek şekilde oluşturulmaması,*
- *Kurulun oluşumunda demokratik meşruiyet ilkesine yeterince riayet edilmemesi,*
- *Kurul kararlarına karşı etkili bir itiraz sisteminin bulunmaması,*
- *Kurul'un çalışma yöntem ve kararlarının şeffaflık ilkesine uygun olmaması,*

Kurul'un yargının tümünü temsil edecek şekilde oluşturulmaması,

Daha önce de değinildiği gibi ilk derece mahkemeleri ile istinaf mahkemelerinin kurulmasına, bu mahkemelerde görev yapan hâkim ve savcılarının atama, tayin,

terfi gibi özlük işlerine bağımsızlık ilkesi temelinde çalışan HSYK tarafından karar verilmektedir. Kurul'un oluşumunda yalnızca Yargıtay ve Danıştay'dan seçilen üyelerin yer alması, ilk derece mahkemesi ve faaliyete geçecek olan istinaf mahkemelerinden üye seçilmesinin öngörülmemesi yargının temsilinde ciddi bir sorun olduğunu göstermektedir. Mevcut haliyle Kurul'un yapısı, hâkim ve savcılar üzerinde yüksek mahkemelerin vesayetinin olduğu izlenimi oluşturmaktadır. Bu nedenlerle yargı için hayati önemi haiz görevleri ifa eden Kurul'un yapısının yargının tümünü temsil edecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Kurulun oluşumunda demokratik meşruiyet ilkesine yeterince riayet edilmemesi

Anayasanın 9'uncu maddesinde de belirtildiği gibi yargı yetkisi, egemenlik hakkının doğal bir sonucu ve özel bir tezahür şekli olup, hâkimler bu yetkiyi egemenliğin sahibi olan millet adına kullanmaktadırlar. Bu sebeple yargı yetkisinin kendisine meşruiyet kazandırabilmesi için doğrudan veya dolaylı olarak milli iradeden kaynaklanması gerekir. Nitekim bunun gereğine ve adaletin halka daha yakın olmasının sağlayacağı büyük yarara inanan bazı devletlerde, yasama ve yürütme organları temsilcileri gibi hâkimler de doğrudan doğruya halk tarafından seçilmektedir. Halk tarafından seçim sisteminin teknik ve diğer nedenlerle mümkün olmadığı devletlerde ise, atama işlemi temsili demokrasi ilkelerine uygun olarak yasama ve çoğunlukla yürütme organlarınca yapılmaktadır. Diğer bazı devletlerde de atamalarda hâkimlere söz hakkı tanınmakta veya bu işler için milletin temsilcileri olan yasama ve yürütme organlarının temsilcileri ile birlikte hâkimlerin de katıldığı özel kurullar oluşturulmaktadır.

1982 Anayasasının 159 uncu maddesi ile kurulan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda yürütme organı da temsil edilmek suretiyle, milli hâkimiyet ilkesine yönelik önemli bir adım atılmıştır. Ancak, mevcut düzenlemeye göre gerek Kurul üyelerinin, gerekse bir bütün olarak Kurulun yasama organına karşı herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Bununla birlikte, kurulun başkanı olan Adalet Bakanının, hâkim ve savcılarının özlük işlerinin görülmesi ve dolayısıyla yargı hizmetinin gereği gibi yapılması konusunda yasama organına karşı sorumluluğu vardır.

Adalet Bakanının Kurulda yer alması demokratik meşruiyet ilkesi açısından önemli olmakla birlikte yasama organının kurula üye seçimi için yetkisinin olmaması bir eksiklik olarak görülmektedir. Yapılacak çalışmada Ülkemizde de Yasama ve Yürütme organı (Cumhurbaşkanı) tarafından Kurul'a hâkim ve savcılar arasından üye seçimi konusunda görev ve yetki verilmesi plânlanmaktadır.

Kurul kararlarına karşı etkili bir itiraz sisteminin bulunmaması,

Mevcut sisteme göre Kurulca verilen kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde Adalet Bakanı veya ilgililerin talebi üzerine aynı Kurul tarafından gerekli inceleme yapılarak karar verilmektedir. Belirtilen yeniden inceleme kararının tebliğinden itibaren ilgililer 10 gün içerisinde itirazda bulunabilirler. İtirazlar Adalet Bakanının, kendisinin yokluğunda başkan vekilinin başkanlığında seçimle gelen asıl ve yedek üyelerle birlikte toplam 12 kişiden oluşan “İtirazları İnceleme Kurulu”nda incelenerek sonuçlandırılır. Bu Kurul’un toplantılarına başkan hariç en az sekiz üyenin katılması ve kararın, katılan üyelerin oy çokluğu ile alınması şarttır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bunlar aleyhine başka hiçbir idare veya yargı merciine başvurulamamaktadır.

Demokratik hukuk devletinde etkili bir itiraz yolunun bulunması, eşitlik ilkesi ve hak arama özgürlüğü yönünden büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeniden yapılandırılması sürecinde itiraz yolunun etkin hale getirilmesi düşünülmektedir.

Ayrıca mevcut sistemde, hâkim ve savcıların Kurulda kendilerini yazılı savunmanın haricinde sadece meslekten çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçu işlemleri halinde “İtirazları İnceleme Kurulu”nda sözlü veya vekille savunma hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kapsamının genişletilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Kurul’un çalışma yöntem ve kararlarının şeffaflık ilkesine uygun olmaması,

2461 sayılı Kanun’un 16 ncı maddesi uyarınca Kurul’da yapılan işlemler ve bunlarla ilgili görüşmeler gizlidir.

Yargı alanındaki temel ilkelerden birisi de aleniyettir. Bunun yanında çağdaş kamu yönetimi anlayışında şeffaflık hayatî öneme sahiptir. Bu ilkelerin Kurul çalışmalarına yansımaları için söz konusu 16 ncı maddenin değiştirilmesi düşünülmektedir. Bu şekilde Kurul kararları kişisel verilerin korunması ilkesi gözetilerek kamuoyunun bilgisine açılacaktır. Böylelikle Kurul’a karşı olan güvenin artması, kamuoyu denetimi ve uygulamada birliğin sağlanması hedeflenmektedir.

1.2. HSYK’nın yeniden yapılandırılmasına paralel olarak Kurulun sekreteryasının ve denetim sisteminin yeniden düzenlenmesi,

HSYK’nın sekreteryaya hizmetleri 2992 sayılı Adalet Bakanlığı Teşkilat Kanunu’nun 18 inci maddesi ve 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nun 10 vd. maddeleri uyarınca Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlü-

ğünce yürütülmektedir. Yapılacak Anayasa değişikliği ile HSYK'nın geniş tabanlı temsil esasına dayalı bir yapıya kavuşturulmasına paralel olarak, teklif makamı ile karar makamının tek elde birleşmesini engelleyecek şekilde sekreteryâ hizmeti yeniden yapılandırılacaktır. Kurulun mali özerkliğinin bulunması ile idari ve mali işlemlerinin yürütüldüğü büroların oluşturulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme görevi bulunan Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu, Anayasanın 144 üncü maddesi¹ ile düzenlenmiştir. Hâkim ve savcılardan oluşan Teftiş Kurulu, HSYK'nın da başkanı olan Adalet Bakanına bağlı olarak görev yapmaktadır. Ayrıca Adalet Bakanı, Teftiş Kurulu dışında soruşturma ve inceleme işlemlerini, ilgili kişiden daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir.

Çağdaş hukuk düzeninde iddia ve karar makamları gerek usul hükümleri gerekse yapısal olarak birbirinden ayrılmıştır. Denetim sistemi, HSYK'nın yeniden yapılandırılmasına paralel olarak iddia ve karar makamlarının tek elde birleşmesini engelleyecek şekilde yeniden yapılandırılacaktır.

1.3. HSYK'nın yeniden yapılandırılması ve istinaf kanun yolunun faaliyete geçirilmesi ile birlikte not sistemi dahil olmak üzere terfi sisteminin yeniden değerlendirilmesi,

Anayasa'nın 140 ıncı maddesi hâkim ve savcılarının meslekte ilerlemelerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceğini öngörmektedir.

Anayasa'nın 159 uncu maddesi ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 18 inci maddesi hükmüne göre hâkim ve savcılarının ilerleme ve yükselmelerinde yetkili kurum HSYK dır.

Hâkim ve savcılarının terfiini öngörmeyen sistemlerden farklı olarak, Ülkemizde 2802 sayılı Kanun ile hâkim ve savcılarının performansını değerlendirmeye ilişkin

1 G. Hâkim ve savcılarının denetimi

Madde 144 – Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir.

ölçütler belirlenmek suretiyle yükselmeyi kabul eden sistem benimsenmiştir. HSYK tarafından saptanan İlke Kararları ile yükselmeye ilişkin esaslar düzenlenmekte ve Resmi Gazete’de yayımlanmaktadır.

Ülkemizde uygulanan terfi sistemi tüm yönleriyle aşağıda belirtilmiştir;

2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 15. maddesine göre hâkimlik ve savcılık mesleği dört sınıfa ayrılmaktadır:

SINIFLAR	DERECELER
Üçüncü sınıf	8. ve 6. dereceler arası
İkinci sınıf	5. ve 1. dereceler arası
Birinci sınıfa ayrılmış	1. dereceye gelmiş ve meslekte 10 yılını doldurmuş, emsalleri arasında temayüz etmiş olmak.
Birinci sınıf	Birinci sınıfa ayrıldıktan sonra üç yıl başarılı çalışmış ve birinci sınıfa ayrılma niteliklerini yitirmemiş olmak.

Hâkim ve savcılar 2802 sayılı Kanunun 18 inci maddesine göre her yıl kademe ilerlemesi, her iki yılda bir derece yükselmesi yapmaktadırlar. Derece yükselmeleri yılın Nisan, Ağustos ve Aralık aylarının son günlerinden geçerli olmak üzere üç dönem halinde HSYK’ca yapılmaktadır.

Kademe ilerlemesi yapabilmek için bir yıllık sürenin doldurulması ve kademe ilerlemesine engel bir disiplin cezası veya ceza mahkumiyetinin bulunmaması yeterli olmaktadır. (2802 S.K. 19 uncu madde)

Derece yükselmesi yapabilmek ve sınıflar arasında ilerlemek için ise hâkim ve savcılar birçok açıdan performanslarının ölçüldüğü bir terfi sistemine tabidirler. Bu terfi sistemi 2802 sayılı Kanunun 21 inci maddesi ile 33 üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Buna göre hâkim ve savcılar bir üst dereceye veya sınıfa geçebilmek için üç değişik açıdan incelemeye girmek ve başarılı olmak zorundadırlar. Bu üç farklı incelemeye terfi sisteminin sacayakları diyebiliriz.

Yükselmeye Etki Eden Ölçütler	Değerlendirme Şekli
İsabetli karar	Temyiz incelemesi Not oranı
Hızlı yargılama	İş cetvelleri (işlerde birikim olup olmadığı) İş yüzdesi
Etik kurallara uygunluk	Disiplin ve ceza hükümleri Hal kağıtları, sicil raporları

Yukarıda belirtilen kriterler uyarınca yapılan değerlendirme sonuçlarına göre hâkim ve savcılar üç değişik şekilde terfi etmektedirler. (2802 S.K. madde 29)

Yükselme Şekli	Başarı Durumu
Yükselmeye layık	Orta derece ile yükselme (A terfi)
Tercihli yükselmeye layık	İyi derece ile yükselme (B terfi)
Mümtazen yükselmeye layık	Pekiyi derece ile yükselme (C terfi)

1- Hâkim ve savcılarının terfi yapabilmeleri için ilk önce kararlarındaki isabet oranı dikkate alınmaktadır. Hâkim ve savcılarının kararlarındaki isabet oranı belirlenirken yüksek mahkemelerin incelemesinden geçen kararlarından aldıkları notların oranlarına bakılmaktadır. Yüksek mahkemeler inceledikleri kararları veren hâkim ve savcılara; çok iyi, iyi, orta, zayıf ve notsuz olmak üzere beş değişik şekilde not vermektedir. Notsuz şeklinde verilen not fişleri not oranlarını etkilememektedir. Yüksek mahkemelerce verilen notların yüzdesine göre hâkim ve savcılarının ne şekilde terfi edebileceği HSYK'nın çıkardığı ve Resmi Gazete'de yayımladığı İlke Kararları ile belirlenmiştir. Örneğin; çok iyi ve iyi notların orta ve zayıf notlara oranı % 85 olan hâkimler mümtazen terfi etmektedirler.

2- Terfide aranan ikinci husus ise iş yüzdesidir. Hâkim ve savcılar iki yıllık terfi dönemlerinde baktıkları işlerden çıkardıkları işlerin yüzdesi arttıkça daha nitelikli terfi etmektedirler. Bu suretle işlerde birikimin engellenmesi ve davaların makul bir sürede sonuçlandırılması amaçlanmıştır. Örneğin HSYK'nın çıkardığı ilke kararına göre; İki yıllık terfi döneminde 1000 adet dosyaya bakan ve bunun 800'ünü bir başka deyişle % 80'ini çıkaran bir asliye ceza hâkimi mümtazen terfi ederken % 50'sini çıkaramayan terfi edemez. İş yüzdeleri iki yıllık terfi dönemi sonunda görev yerlerine gönderilerek doldurulan iş cetvelleri yoluyla hesaplanır.

3- Terfi sistemine ilişkin diğer bir husus ise hâkim ve savcılarının kararlarının doğru ve isabetli olması, makul bir sürede verilmesi yanında bu kararların adil ve tarafsız bir şekilde verildiği konusunda toplumda gerekli kanaatin sağlanmasıdır. Toplumda yargıya güven duygusu ancak hâkim ve savcılarının görevlerini yaparken ve özel yaşamlarında etik kurallara uygun hareket etmeleri ile sağlanabilir. Hâkim ve savcılarının etik kurallara uygun hareket edip etmedikleri 2802 sayılı Kanunun 62 ve 75 inci maddeleri arasındaki disiplin hükümleri içinde yer alan disipline aykırı eylemleri işleyip işlemediklerine, 76 ve 98 inci maddeleri arasında düzenlenen nedenlere bağlı olarak ceza kovuşturması geçirip geçirmediğine, ayrıca müfettişlerin iki yılda bir yapılan denetimleri sırasında düzenledikleri hâl kağıtları (denetim raporları) ile ağır ceza başsavcılıklarının terfi dönemlerinde savcılar hakkında düzenledikleri sicil fişlerine bakılarak belirlenir.

Bütün bu hususlarda başarılı bulunan hâkim ve savcılar başarı derecelerine göre mütmen, tercihen veya adiyen şeklinde terfi ederler.

	Not Oranı	İş Yüzdesi	Sicilleri	Terfi Şekli
Hâkim	% 85	% 80	Olumlu	C (Mütmen)
Hâkim	% 70	% 70	Olumlu	B (Tercihen)
Savcı	% 90	% 80	Olumlu	C (Mütmen)
Savcı	% 75	% 80	Olumlu	B (Tercihen)

Yer değiştirme ve derece yükselmesinin durdurulması cezalarını alanlar iki yıl, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını alanlar bir yıl süre ile kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi yapamazlar.

Birinci sınıfa ayrılabilmek için;

- Birinci dereceye yükselmiş olmak,
- Hâkimlik ve savcılık mesleğinde 10 yılı doldurmuş olmak,
- Yer değiştirme cezası almamış olmak,
- Kınama, kademe ilerlemesinin veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı neviden olmasa bile birden fazla almamış olmak,
- Engel bir ceza mahkumiyeti almamış olmak,
- Bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsali arasında temayüz etmiş olmak,
- gerekmektedir.

HSYK'nın çıkardığı İlke Kararlarına göre hâkim ve savcılarının emsali arasında temayüz etmiş sayılabilmesi için ayrıca meslek yaşamları boyunca yaptıkları yükselmelerin yarıdan fazlasının tercihli (B) olması, son yükselmenin de (A) defteri ile yapılmaması gerekir. Terfi barajının eşitliği halinde örneğin, 3/A - 3/B son yükselmenin (C) ile yapılmış olması halinde HSYK barajın aşıldığına karar verebilmektedir. Ayrıca birinci sınıfa ayrılma aşamasında terfi barajı hesaplanırken 1(C) terfi 2 (B) terfiye eşit kabul edilmektedir.

Birinci sınıfa ayrılamayanlar iki yıl sonra yeniden terfi ve birinci sınıfa ayırma incelemesine tabi tutulmaktadır.

Birinci sınıf olabilmek için;

- Birinci sınıfa ayrıldığı tarihten itibaren üç yıl süre ile başarılı görev yapmış olmak,
- Birinci sınıfa ayrılma niteliklerini yitirmemiş olmak,
- Birinci sınıfa ayrılmaya engel disiplin cezası ile ceza mahkumiyeti almamış olmak,
- gerekmektedir.

Ayrıca HSYK'nın çıkarmış olduğu İlke Kararlarına göre birinci sınıfa ayrılan bir hâkim ve savcının üç yıllık sürede başarılı sayılabilmesi için aşağıda belirtilen üç koşuldun birini gerçekleştirmesi yeterlidir.

	Not Oranı	İş Yüzdesi	Sicilleri
Hâkim	% 70	% 70	Olumlu
Hâkim	% 85	% 50	Olumlu
Hâkim	% 70	HSYK'nın ilke kararında belirlediği sayıda iş çıkarmış olması	Olumlu
Savcı	% 70	% 80	Olumlu
Savcı	% 90	% 50	Olumlu
Savcı	% 70	HSYK'nın ilke kararında belirlediği sayıda iş çıkarmış olması	Olumlu

HSYK'nın almış olduğu ilke kararına göre adli yargıda görev yapan ve üç yıllık sürede yüksek mahkemeden geçen kararlarından aldığı notlarının oranı % 70 olan bir hâkim bu süre içerisinde görev yaptığı mahkemeye göre ağır ceza mahke-

mesinden 750, asliye hukuk mahkemesinden 2250, asliye ceza mahkemesinden 2100, sulh hukuk ve sulh ceza mahkemelerinden 3000 iş çıkarması halinde iş yüzdesine bakılmaksızın başarılı kabul edilmektedir.

Hâkim ve savcılar birinci sınıf olduktan sonra da çalışmalarının başarılı olup olmadığı yönünden üç yılda bir incelemeye tabi tutulmakta ve performansları değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme birinci sınıf olma incelemesindeki kriterlere göre yapılmakta olup, bu inceleme hâkim ve savcılar emekli oluncaya veya meslekten ayrılincaya kadar devam etmektedir. Yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda belirlenen ölçütlere göre başarısız bulunan hâkim ve savcılar hizmetlerinden yararlanılabilecek diğer bir bölgeye HSYK'ca atanabilmektedirler. (2802 S.K. Md. 35/5)

Uzun yıllardır yargı çevrelerinde yukarıda açıklanan “not oranı ve kanun yolundan geçen iş sayısı” ölçütlerine yönelik ciddi eleştiriler bulunmaktadır. Yapılan bu eleştiriler özellikle aşağıdaki noktalarda toplanmaktadır;

- Hâkimlerin, kararına direnilen dairenin bir başka dosyada “orta veya zayıf not” verilir endişesi taşıyabileceği ihtimalinin yargı bağımsızlığı açısından önemli olduğu,
- İdari bir işlem olan terfi için getirilen not sistemiyle, yüksek mahkemelerin alt derece mahkemelerinin kararlarını inceleyen yargısal merci olma yanında hâkim ve savcılar üzerinde idari otorite olarak nitelendirilebilecek bir konuma taşındığı,
- Terfi açısından notların büyük önem taşıması nedeniyle hâkimlerin karar verme sırasında yüksek mahkeme içtihatlarına koşulsuz uyma kaygısı ile hareket ettikleri ve bu durumun içtihat gelişimine olumsuz etkide bulunduğu.

Not verme uygulaması ile ilgili yukarıda belirtilen eleştiriler dikkate alınarak istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte terfi sistemi tekrar gözden geçirilecektir.

Yapılacak düzenlemede hâkim ve savcının kendi iradesi dışında olan, dosyanın kanun yolu incelemesine gönderilmesi yerine, doğrudan hâkim ve savcının çalışması ve kanun yolundan geçen veya geçmeyen tüm kararların başarı hesabında dikkate alınması plânlanmaktadır.

1.4. Örgütlenme hakkı çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Birliğinin kurulması

Batı ülkelerinin bir çoğunda yargı mensuplarının meslek kuruluşları bulunduğu göz önünde tutularak, diğer meslek kuruluşlarında olduğu gibi, Anayasanın 135 inci maddesi hükümleri doğrultusunda, hâkimlik ve savcılık mesleğine mensup

olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadıyla tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun Ülkemizde de kurulması gerektiği fikri uzun zamandır, akademisyenler ve ilgili meslek ve sivil toplum kuruluşları tarafından ifade edilmektedir.

Belirtilen ihtiyaç doğrultusunda idarî ve malî özerkliği haiz Hâkimler ve Savcılar Birliğinin kurulması hususunda Bakanlığımızca çalışmalar yapılmış, konu Avrupa'dan davet edilen uzmanların ve yargı çevrelerinin katılımıyla gerçekleştirilen seminerde tartışılmış ve buradan çıkan görüş ve öneriler de değerlendirilmek suretiyle Tasarı Taslağına son şekli verilmiştir. Tasarı şu anda TBMM Komisyonlarında bulunmaktadır.

Tasarı ile, Birliğin ve Birliğin uygun göreceği yerlerde şubelerin kurulması, şubeler ve Birlik organlarının Kanunda gösterilen usullerle, yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilmesi esası benimsenmiştir. Ayrıca Anayasanın 135 inci maddesi hükmü gereğince hâkim ve savcıların Birliğe kayıtlarının isteğe bağlı olduğu vurgulanmıştır.

Meslek birliğinin ülkedeki derneklerden farklı olarak yargı bağımsızlığı ilkesi gözetilecek şekilde İçişleri Bakanlığı ve mülkî idare amirliklerinin kontrolüne tabi olmaması öngörülmektedir.

1.5. Yargı profesyonellerine yargı bağımsızlığı konusunda eğitim verilmesi

Yargı bağımsızlığının sadece Anayasa ve kanunlarda yazılı bir ilke olarak kalması değil, aynı zamanda toplumsal hayata geçirilmesinin hukuk devleti açısından gerekliliği de ortadadır. Bu bağlamda yargı profesyonellerinin, yargı bağımsızlığını içselleştirmeleri ve kültür haline getirmeleri zorunludur.

Bunu sağlamak için önümüzdeki dönemde yargı bağımsızlığı konusunda hâkim ve savcı adayları dahil olmak üzere tüm yargı profesyonellerinin bu konuda eğitime tabi tutulması öngörülmektedir. Adalet Akademisinde yargı profesyonellerine bu hedefe yönelik olarak yargı bağımsızlığının içselleştirilmesi ve kültür haline getirilmesini sağlamak amacıyla ders, seminer, konferans gibi faaliyetler düzenlenmesi plânlanmaktadır.

1.6. Askeri mahkemelerin sadece hâkim sınıftan olan üyelerden oluşması

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 2, 3 ve 4 üncü maddelerinde askeri hâkim sınıftan olmayan subay üyelerin nitelikleri ve atanması düzenlenmiştir. Buna göre heyet halinde çalışan askeri mahkemelerde askeri hâkim sınıftan olmayan muharip sınıftan üye bulunmaktadır.

Dayanak belgelerde öne sürülen eleştiriler doğrultusunda subay üyelerin bu mahkemelerde görev yapmalarının önüne geçilmesi yönünde çalışmalar yapılacaktır. Bu konu 9 uncu Kalkınma Planı ÖİK Raporunda da vurgulanmaktadır.

1.7. Askeri mahkeme binalarının askeri yasak bölge dışına çıkarılması,

9 uncu Kalkınma Planı ÖİK Raporunda vurgulandığı üzere adil yargılanma ve savunma hakkının tam olarak sağlanması açısından, askerî mahkeme binalarının askerî hizmet alanları dışına çıkarılması suretiyle, ilgililerin rahatlıkla girebilecekleri ve duruşmaları takip edebilecekleri fiziksel mekânların düzenlenmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınması hedeflenmektedir.

1.8. Askeri mahkemelerin görev alanlarının yeniden değerlendirilmesi,

9 uncu Kalkınma Planı ÖİK Raporu matrislerinde belirtildiği üzere; sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmalarını önleme yönünde 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun göreve ilişkin maddelerinde 29/06/2006 tarih 5530 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır. Buna göre barış zamanında sivil kişilerin Askeri Ceza Kanununa tabi suçlardan yargılanmaları adli yargı mahkemeleri tarafından gerçekleştirilecektir. Bunun yanı sıra yapılacak düzenlemeler ile askeri mahkemelerin görev ve yetkileri demokratik hukuk devletinin gerektirdiği ölçüler çerçevesinde yeniden tanımlanacaktır.

2. YARGININ TARAFSIZLIĞININ GELİŞTİRİLMESİ

Yargının tarafsızlığı, güçlü ve güvenilir bir yargı sistemi oluşturmak için en az yargı bağımsızlığı kadar hayati önemi haiz bir konudur. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiş bulunan “Bangalore Yargı Etiği İlkeleri” nde hakimlerin tarafsızlığına önemli bir yer verilmiştir. Altmışınca Hükümet Programında yargının bağımsızlığı kadar tarafsızlığı da özellikle vurgulanmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yer alan düzenlemeler daha çok yargı bağımsızlığına vurgu yapıyor gibi görünmekle birlikte bu düzenlemeler içerisinde tarafsız bir yargının unsurları da yer almaktadır. Türk yargısına tarafsızlık açısından önemli bir eleştiri getirilmemekle birlikte, uygulamadan kaynaklanan bazı hususlar nedeniyle, Anayasa’da ve uluslararası belgelerde yer alan unsurlardan hareketle mahkemelerin tarafsızlığının tam olarak sağlanması ve en az bunun kadar önemli olarak bu tarafsızlığın yargı profesyonellerince içselleştirilmesi ve kamuoyunca doğru şekilde algılanabilmesi bakımından bazı adımların atılması gerekmektedir.

2.1. Yargı mensupları için etik kuralların belirlenmesi

Yargı etiği konusunda uluslararası alanda genel kabul görmüş temel prensipleri içeren “Bangalore Yargı Etiği İlkeleri” ve savcılar için etik ve davranış biçimlerine ilişkin Avrupa esaslarını belirleyen “Budapeşte İlkeleri” 2006 yılı içerisinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca benimsenmiş ve dikkate alınmak üzere bütün yargı teşkilatına duyurulmuştur. Bundan başka, yargı mensuplarını ilgilendiren bir kısım etik ilkeler, önemli bir kısmı 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda olmak üzere değişik düzenlemeler içerisinde yer almaktadır.

Bununla birlikte, ülkemizde yargı mensupları için etik ilkeleri ve davranış kurallarını derli toplu bir şekilde bir araya getiren ve bunların önemini vurgulayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa bu tür bir düzenlemenin, diğer birçok hususun yanında yargının tarafsızlığına ve bu tarafsızlığın doğru bir şekilde algılanmasına da önemli katkı yapacağı değerlendirilmektedir.

Bu nedenle, ilgili uluslararası belgeler de dikkate alınarak, yargının bütün kademelerini kapsayacak şekilde “Yargısal Etik ve Davranış Kuralları”nı içeren bir belge oluşturulacak ve bu konuda tüm yargı mensuplarına ve çalışanlarına eğitim verilecektir.

2.2. Yargı tarafsızlığı konusunda yargı profesyonellerinin ve medya mensuplarının bilinçlendirilmesi

Yargının tarafsızlığı söz konusu olduğunda, mahkemelerde görülmekte olan veya soruşturma aşamasında olup daha sonra mahkemelerin önüne gelecek olan ko-

nularla ilgili olarak medyada yapılan yayınların mahkemelerin tarafsızlığını etkileyip etkilemediği tartışmaları gündeme gelmektedir. Gerçekten konu, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı ile haber alma ve haber verme özgürlükleri açısından önem arz etmekte ve hassas bir dengenin sağlanmasını gerektirmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın "Adliye Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Bölümünde, adil yargılanma hakkını ve mahkemelerin tarafsızlığını sağlama-yaya yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle bu konu başta olmak üzere medyanın bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesi amacıyla faaliyetler yapılacaktır.

Ayrıca, halen Bakanlığımızca Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK)'nın desteği ile Türkiye'de yargı-medya ilişkileri üzerine bir Ar-Ge projesinin hazırlık çalışmaları yürütülmektedir. Bu projenin çıktılarına göre gerekli yasal veya idari düzenlemeler ile eğitim ve bilinçlendirme çalışmaları yapılacaktır.

2.3. Kişisel verilerin korunması kaydıyla yüksek mahkeme kararlarına erişimin sağlanması

Yüksek mahkemelerden Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının tamamı Resmi Gazete'de ve ayrıca internet ortamında yayınlanmaktadır. Yargıtay ve Danıştay'ın kararlarından ise yalnızca kararı veren Dairece emsal olabileceği düşünülenlerin yayınlanması ile yetinilmektedir.

Mevcut durumda; Yargıtay ve Danıştay'ın tüm kararları yayınlanmadığı için yargı profesyonelleri, öğreti ve kamuoyunun, kararları bir bütün olarak görmesi, incelemesi ve bilimsel eleştiri imkanı tam anlamıyla bulunmamaktadır.

İçtihat birliğinin daha iyi sağlanabilmesi, hâkim, savcı ve avukatlar ile bilim adamlarının Yargıtay ve Danıştay'ın kararlarını bir bütün olarak görebilmeleri, kararlar üzerinde bilimsel araştırma ve eleştiri yapılabilmesi için kişisel verilerin korunması kaydıyla bütün kararlara ulaşılabilmesini ve internetten yayınlanmasını sağlayacak hukuki ve yapısal düzenlemeler yapılacaktır. Esasen UYAP sayesinde bunun teknik alt yapısı da mevcuttur.

2.4. Kişisel verilerin korunması çerçevesinde HSYK'nın disipline ilişkin kararlarının tamamına ulaşılabilmesi

Hakimler ve savcıların disiplin suçu teşkil eden ve cezalandırılması gereken hal ve hareketleri 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda düzenlenmiş olup, bunların önemli bir kısmı "hakimin tarafsızlığı" ilkesinin ihlali niteliğinde hal ve fiillerdir. HSYK kanunla belirlenen bu disiplin suçlarını işleyen hakim ve savcılar

hakkında disiplin cezası kararları vermekte ancak bu kararlar sadece ilgisine tebliğ edildiğinden başkalarının ulaşılması mümkün olmamaktadır.

Hukukun temel ilkelerinden olan “suç ve cezada belirlilik” ilkesi uyarınca, hakim ve savcıların hangi eylemleri işlemeleri halinde ne tür bir disiplin cezasına çarptırılacakları konusunda yetkili makamın uygulamasını bilme hakları olduğu gibi, kamu yönetiminde geçerli “saydamlık” ilkesi de hakim ve savcılara verilen disiplin cezalarına ilişkin kararların yayınlanmasını gerektirmektedir.

Bu nedenle, HSYK’nın disiplin cezalarına ilişkin kararlarının yukarıda belirtilen amacı gerçekleştirecek şekilde ve kişisel verilerin korunması ilkesi gözetilerek yayınlanması yönünde düzenleme yapılacaktır.

Böylelikle, yukarıda belirtilen hususların yanı sıra, verilen disiplin cezalarının bütün yargı mensuplarına örnek teşkil etmesi suretiyle yargının tarafsızlığına ve yolsuzlukla mücadeleye katkı yapılmış, aynı zamanda HSYK’nın kararlarında şeffaflık sağlanmış olacaktır.

2.5. Yargı mensupları ile ilgili disiplin hükümlerinin yeniden ele alınarak nesnel ölçütler getirilmesi ve değişik kademelerdeki yargı mensupları için paralel düzenlemeler yapılması

Yargı mensupları ile ilgili disiplin düzenlemeleri arasında birlik ve paralellik bulunmadığı gibi muğlak ifadelerle kaleme alınmış, nesnel ölçütlere dayanmayan düzenlemelere de rastlanmaktadır.

Yüksek mahkemelerin başkan ve üyeleri haricindeki yargı mensupları için 2802 sayılı Kanunun 62 vd. maddelerinde uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademelerle ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme ve meslekten çıkarma olmak üzere yedi tür ceza düzenlenmiştir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 19’uncu maddesinde Yargıtay mensupları için “uyarma” ve “görevden çekilmeye davet” olmak üzere iki türlü işlem yapılabileceği ifade edilirken, Danıştay mensupları için, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 73’üncü maddesinde “uyarma” ve “hizmet süresine göre istifa etmeye veya emekliliğini istemeye davet edilme” olmak üzere iki tür disiplin cezası öngörülmüş, ayrıca 83’üncü maddede “meslekten çıkarma” düzenlenmiştir.

Her bir kanunda öngörülen disiplin soruşturması ve karar verme usulü de birbirinden farklıdır. Yüksek mahkemelerin başkan ve üyeleri için disiplin suçlarının neler olduğu belirlenmediği gibi öngörülen disiplin cezaları da eylemin niteliğine ve ağırlığına göre “orantılılık” ilkesini sağlayabilecek nitelikte değildir. Yargıtay Kanunu bunları bir “disiplin cezası” olarak dahi nitelenmemiştir.

Anayasa Mahkemesinin başkan ve üyeleri için ise herhangi bir disiplin hükmü ve cezası öngörülmemiştir.

Yolsuzlukla mücadele, yargıya güven, meslek onur ve ahlakı gibi temel değerlerin daha iyi korunabilmesi açısından yargı mensupları ile ilgili disiplin hükümlerinin açık, sınırları çizilmiş ve belirli hale getirilecek ve yüksek mahkeme başkan ve üyeleri ile ilgili paralel düzenlemeler yapılacaktır.

3. YARGININ VERİMLİLİĞİ VE ETKİLİLİĞİNİN ARTIRILMASI

İyi ve hızlı işleyen, etkili ve verimli bir yargı sisteminin varlığı hukuk devleti olmanın önemli gereklerinden biridir. Bir yargı sistemine güven duyulması için de bu niteliklerin varlığı olmazsa olmaz bir koşuldur.

Türkiye’de son yıllarda gerçekleştirilen reformlar çerçevesinde çok önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Bu kapsamda, bölge adliye mahkemelerinin kurulmasına dair 5235 sayılı Kanununun kabul edilmesiyle, Türk hukukuna istinaf sistemi girmiş, aynı şekilde Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu gibi temel kanunlar yenilenerek çağdaş bir yapıya büründürülmüştür.

Yasal alandaki yenilikler yanında özellikle Türk Yargısının alt yapısını güçlendirmek adına yeni ve modern adliye binaları inşa edilmiş ve edilmeye devam edilmektedir. Çağımızın belki de en büyük buluşu olan bilgisayar teknolojisi de Türk Yargı teşkilatında hali hazırda etkin bir biçimde kullanılmaktadır. Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışmaları devam eden Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) kapsamında Türkiye’deki mahkemeler doğrudan birbirlerine ve birçok devlet kurumuna bağlanmıştır. Avukatlar ve mahkemelerde davası devam eden vatandaşlar da UYAP’tan yararlanarak hızlı bir biçimde davalarını takip edebilmektedir.

Aynı şekilde yargıda uzmanlaşmayı artırıcı tedbirler alınmış ve aile mahkemeleri, fikri ve sınai haklar mahkemeleri, çocuk mahkemeleri gibi birçok alanda uzman mahkemeler kurulmuştur.

Bunun yanında yargıya Genel Bütçeden ayrılan payın da önemli ölçüde artırılması sağlanmıştır. Ayrıca, mevcut personelin daha verimli çalışması ve personel açığı bulunan mahkemelerin bu ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik olarak iş yükü çok az olan mahkemelerin kapatılması yoluna gidilmiştir.

Öte yandan, yargıdaki personel yetersizliği, önceki dönemlerde olduğu gibi yine belli ölçüde sorun teşkil etmeye devam etmektedir. Bu sorunun ortadan kaldırılması amacıyla hakim, savcı ve yardımcı personel alımına hız verilmiş olup, bunların niteliklerinin artırılması konusunda yoğun çaba harcanmaktadır.

Bütün dünyada olduğu gibi, yapılan işin niteliği gereği yargı göreceli olarak yavaş işleyen bir mekanizmaya sahiptir. Ancak Türk Yargı Sisteminin çağdaş bir anlayışla daha etkili ve verimli çalışmasına yönelik olarak yasal çalışmalara devam edilecek, altyapı faaliyetleri ve personel sayısının artırılması alanında da gerekli tedbirler alınacaktır.

3.1. Adli yargıda istinaf mahkemelerinin faaliyete geçirilmesi

5235 sy. Kanuna göre bölge adliye mahkemeleri HSYK'nın uygun görüşü ile Mayıs 2007 tarihinde 9 ilde kurulmuştur. Ancak altyapı ve personel yetersizlikleri nedeniyle henüz faaliyete geçirilememiştir. Yargının etkinlik ve verimliliğine büyük katkı yapacağı düşünülen bölge adliye mahkemelerinin, mevcut eksiklikler giderilerek en kısa sürede faaliyete geçmesi sağlanacaktır.

Bölge adliye mahkemelerinde görev alacak hâkim ve savcılar ile yardımcı personelin atamaları 2009 yılı sonbahar dönemine kadar yapılacak olup, mahkemelerin 2010 yılı Ocak ayında faaliyete geçirilmesi plânlanmaktadır.

3.2. İdari yargıda istinaf mahkemelerinin kurulması ve faaliyete geçirilmesi

İdari yargı düzeninde üst mahkeme olarak görev yapan Danıştay da Yargıtay gibi çok ağır bir iş yükü altındadır. Bu nedenle birkaç yıl öncesine ait davaların temiz incelemelerini yapabilmekte ve içtihat üretme fonksiyonunu gereği gibi yerine getirememektedir.

Adli yargıdaki sisteme paralel olarak iki dereceli denetim usulünün idari yargıda da kabul edilmesiyle Danıştay'ın asli fonksiyonuna kavuşturulması ve idari yargının da etkili ve verimli çalışmasına katkıda bulunulması hedeflenmektedir.

Adli yargıdan farklı olarak, şu andaki idari yargı sisteminde bölge idare mahkemelerinin mevcut olması, idari yargıda istinaf kanun yolunun hayata geçirilmesinde kolaylık sağlayacaktır. Bu nedenle idari yargıda istinaf sistemine geçilmesi durumunda altyapı ve personel eksikliği duyulmayacaktır.

Şu anda Adalet Bakanlığı ile İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi arasında imzalanmış bulunan ikili işbirliği protokolü çerçevesinde, idari yargı alanında Türkiye'de istinaf sisteminin kurulması yönünde ön çalışmalar yapılmaktadır.

3.3. Hâkim, savcı ve yargı çalışanı sayısının yeterli seviyeye getirilmesi,

Halen toplam 4384 hâkim ve savcı, 5511 adalet personeli, 560 icra müdür ve müdür yardımcısı kadrosu boştur.

Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçecek olması, emeklilik, istifa ve ölüm gibi nedenlerle boşalan kadrolar göz önünde bulundurularak; bu kadroların doldurulması ve ilave kadro alınarak yargı teşkilatının insan kaynakları ihtiyacının giderilmesi hedeflenmektedir.

Bu hedef doğrultusunda 2008 yılında 1000 hâkim ve savcı adayı ile 3000 diğer personelin (zabıt katibi, pedagoğ, sosyal çalışmacı, psikolog, vb) ataması yapılacaktır.

İnsan kaynakları açığı 2012 yılına kadar aşamalı olarak giderilecektir.

3.4. Hâkim ve Cumhuriyet savcısı ile yazı işleri müdürü arasında hukuk fakültesi veya adalet meslek yüksek okulu mezunlarından oluşan adli hizmet uzmanlığı kadrosu ihdası için çalışma yapılması

Yargılamanın adil, etkin ve makul sürede sonuçlandırılması ile hâkim ve Cumhuriyet savcılarının iş yükünün azaltılması amacıyla idarî işler ile çekişmesiz yargı gibi işleri yapacak hukuk fakültesi veya adalet meslek yüksekokulu mezunlarının istihdam edileceği adli hizmet uzmanlığı kadrosunun ihdas edilmesi yoluna gidilecektir.

3.5. Birbirine yakın veya iş sayısı az olan adliyelerin en yakın adliyeler ile birleştirilmesi için çalışmaların yapılması

Önceki yıllarda, 137 adet çok küçük yerleşim birimindeki mahkemeler kapatılmış olmasına rağmen halen birbirine çok yakın yerlerde kurulmuş olması veya iş sayısının azlığı nedeniyle kaynak israfına neden olan çok sayıda mahkemeler bulunmaktadır. Ayrıca önceki yıllarda adliye teşkilatı kapatılan bazı küçük ilçelerde varlığını sürdüren icra müdürlükleri de verimli çalışmamaktadır.

Birbirine çok yakın veya iş sayısı az olan adliyelerin en yakın adliyelerle birleştirilmesi ve adliye olmayan yerlerdeki icra müdürlüklerinin kapatılması suretiyle adalet izmetinin sunumunda etkililik sağlanacak ve aynı zamanda mevcut insan kaynaklarının daha verimli kullanılmasına zemin hazırlanacaktır.ile görüşülecek)

3.6. Belirlenen ilkeler çerçevesinde adliyelerin fiziki kapasitelerinin iyileştirilmesi çalışmalarının sürdürülmesi

Bazı adliyeler, hükümet konaklarında ve kiralanmış binalarda çok kötü şartlarda hizmet vermeye çalışmaktadır. Bu tür yerlerde faaliyet gösteren adliyeleri, yargı erkine yakışır mekanlara taşımak öncelikli hedefler arasında yer almaktadır. Bu hedef doğrultusunda 2003 yılından itibaren başta büyük iller olmak üzere 78 ilde 587.378.000 YTL (yaklaşık 345.000.000 EURO) maliyetli adalet sarayı yapımı tamamlanmıştır. Bu faaliyete büyük bir hızla ve bir program çerçevesinde devam edilecektir.

Özellikle İstanbul'da dağınık ve yetersiz koşullarda hizmet vermeye çalışan adliyeleri bir çatı altında birleştirecek olan, Anadolu Yakasında 360 bin metrekare, Avrupa Yakasında 328 bin metrekare büyüklükteki modern adliye hizmet binalarının inşaatı devam etmekte olup, 2010 yılında hizmete girmesi plânlanmaktadır.

Adalet Bakanlığı 2007-2012 döneminde inşası devam eden ve faaliyete geçirecek adliyeleri belirlemiş ve gerekli planlamaları yapmıştır.

Yeni yapılan bu adliye binalarında, hakimlerin ve savcılarının mümkün olan yerlerde ayrı bloklarda, mümkün olmayan yerlerde ise ayrı koridorlarda oturmalarının sağlanmasına dikkat edilmektedir.

3.7. İhtisas mahkemelerinin yaygınlaştırılması,

Bölgenin coğrafi durumu ve mahkemelere gelen iş sayısı göz önünde bulundurularak ihtiyaç duyulan ihtisas mahkemelerinin yaygınlaştırılmasına devam edilecektir.

3.8. Adli Tıp Kurumu kapasitesinin güçlendirilmesine devam edilmesi

Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı programları ile görev alanına giren konularda ve diğer adli bilimler alanında sempozyum, konferans vb. etkinlikler düzenlemek ve bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak amacıyla faaliyette bulunan Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Adalet Bakanlığına bağlı bir kamu kuruluşudur. Kurum aynı zamanda Avrupa Enstitüleri Adli Bilimler Ağı (ENFSI) üyesidir.

Kurumun yürüttüğü hizmetlerin yurt çapına yayılmasının öneminin büyük olduğuna inanmaktayız. Hedefimiz ihtiyaç duyulan tüm ağır ceza merkezlerinde adli tıp birimleri açılmasıdır. Bu amaçla Sağlık Bakanlığı bünyesinde görev yapan adli tıp uzmanlarının Bakanlığımıza naklen atanmaları için çalışmalar devam etmektedir.

Adli Tıp Kurumu, Adalet Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı'nın yararlanıcısı olduğu 1500 hâkim-savcı ve 4000 adli tıp uzmanı olmayan hekimin, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Soruşturulması ve Belgelendirilmesine İlişkin İstanbul Protokolü konusunda eğitimlerini sağlayacak olan, Avrupa Birliği tarafından mali olarak desteklenen proje 11 Şubat 2008 tarihi itibarı ile başlamış olup, projenin 2009 yılında tamamlanması öngörülmektedir.

3.9. Belirlenen yurt dışı temsilciliklerinde adli müşavir görevlendirilmesi

İstinabe, tebligat, iade gibi konularda ilişkilerimizin yoğun olduğu ülkeler ile Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi ile ilişkilerin hukukî boyutuna yardımcı olmak üzere Brüksel ve Strazburg gibi merkezlerdeki temsilciliklerde "adli müşavir" sıfatıyla Bakanlığımızdan hakimlerin görev yapması yönünde girişimde bulunulacak, 2992 sayılı Adalet Bakanlığı Teşkilat Kanununda bu doğrultuda gerekli değişiklik yapılacaktır.

Bu şekilde, özellikle uluslararası bağlantılı davalarda daha etkili ve verimli bir yargılama yapılması hedeflenmekte, bu uygulamanın bu tür davalarda yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmasına katkıda bulunacağı değerlendirilmektedir.

3.10. Heyet halinde çalışan mahkemelere atanan üye sayısının standart hale getirilmesi

Yüksek mahkemeler, idarî mahkemeler, ticaret mahkemeleri ve ağır ceza mahkemeleri heyet halinde çalışmaktadır. Mevcut düzenlemelere göre heyet olarak çalışan bu mahkemelerde heyetin oluşumu için gerekenden (üç veya beş) daha fazla sayıda hakim görevlendirilebilmektedir. Bu durum, aynı mahkeme veya daire içerisinde birden fazla heyet seçeneğini mümkün kılmakta, zaman zaman aynı konuda farklı kararlar çıkmasına, bir davanın farklı safhalarında farklı hakimler tarafından görülebilmesine neden olabilmektedir.

Bu durumun önüne geçilebilmesi bakımından, bir daire veya mahkemede görevlendirilebilecek hakim sayısına yasal bir sınırlama getirilecektir.

3.11. UYAP'ın tamamlanması ve etkin bir şekilde kullanımının sağlanması

2008 yılının ilk 6 ayı sonunda Bakanlık Merkez Teşkilatı yanında, 133 ağır ceza merkezi, 572 mülhakat adliyesi, 25 bölge idare mahkemesi, ceza infaz kurumlarının tamamı, 6 adet Adli Tıp Grup Başkanlığı ve 45 adet Şube Müdürlüğü olmak üzere yargı teşkilatının tamamında UYAP uygulanıyor olacaktır.

Yargı hizmetlerinin yürütülmesinde diğer kurum ve kuruluşlardan gelen bilgi ve belgeler büyük önem taşımaktadır. Kimi zaman bu konuda meydana gelen aksamlar yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep olmaktadır. Bu nedenle, e-adalet kapsamında diğer kurumlarla entegrasyon büyük önem taşımaktadır.

Bu kapsamda Adli Sicil, MERNİS, SEÇSİS, Yargıtay Başkanlığı Bilgi Sistemi, Akbank, Merkez Bankası ve PTT ile tam entegrasyon sağlanmış; POLNET, İçişleri Bakanlığı Bilgi Sistemi, VEDOP, NOTER.NET, TAKBİS, Gümrük Müsteşarlığı Bilgi Sistemi, AVEA, TURKCELL ve Telekomünikasyon Kurumu ve ilgili diğer kurum ve kuruluşlarla entegrasyon çalışmalarına devam edilecek ve çalışmaların kısa sürede tamamlanması sağlanacaktır.

Bilgi sistemlerinde, yazılım ve donanım alt yapısının, sürekli gelişen teknolojiye ayak uydurması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle UYAP kapsamında yazılım ile donanım alt yapısı olanaklar çerçevesinde yenilenecektir.

Bu kapsamda;

Kullanım süresi dolan 8200 diz üstü bilgisayar, 6122 masaüstü bilgisayar ve 2850 yazıcı 2009 yılı sonuna kadar değiştirilecektir.

Ayrıca faaliyete geçirilmesi planlanan Bölge Adliye Mahkemeleri için 1000 masaüstü bilgisayar, 500 lazer yazıcı ve 500 tarayıcı alınacaktır.

Yukarıda belirtilenler dışında mevcut ihtiyaçlar ile yeni göreve başlayacak hâ-

kim ve Cumhuriyet savcıları için 3227 masaüstü, 2000 dizüstü bilgisayar, 2403 lazer yazıcı ve 576 tarayıcı 2009 yılına kadar alınarak hizmete sunulacaktır.

Ağır ceza merkezleri ve bölge idare mahkemelerinde kullanılmak üzere 136 KİOSK cihazı alınması planlanmaktadır.

Eskiyen donanım alt yapısının yenilenmesi dışında temel kanunlarda yapılan değişikliklerle Bakanlığımıza verilen yükümlülüklerden olan ses ve görüntü kayıt sistemlerinin kurulması zorunluluğu asgari tüm ağır ceza merkezlerinde yerine getirilecektir.

UYAP'ın kapsayıcılığı, büyüklüğü ve geldiği aşama dikkate alınarak vasıflı teknik personel alt yapısı daha da güçlendirilecektir.

3.12. Elektronik imzanın adli ve idari birimlerde yaygınlaştırılması

Tüm yargı teşkilatında UYAP'ın etkin ve verimli kullanımı için elektronik imzaya geçiş, 2008 yılı içerisinde sertifikaların tamamlanması suretiyle sağlanacaktır.

3.13. Stratejik yönetim kapasitesinin artırılması için eğitim çalışmalarına devam edilmesi ve Adalet Bakanlığı stratejik planının hazırlanması

Adalet Bakanlığı Stratejik Planı'nı hazırlama çalışmaları başlamış olup bu çerçevede hazırlık planı yürürlüğe konulmuş, eğitim çalışmaları devam etmekte olup,

- 01.05.2008 tarihine kadar misyon, vizyon ve ilkeler belirlenecektir,
- 30.11.2008 tarihine kadar stratejik amaç, hedef ve performans göstergeleri ve stratejiler ile faaliyet/projeler belirlenerek maliyetlendirilecektir,
- 15.12.2008 tarihine kadar plan taslağının yazımı tamamlanacak ve 31.12.2008 tarihine kadar Devlet Planlama Teşkilatı'na iletilecektir,
- Temmuz, Ağustos ve Eylül ayları hariç, ayda iki ve toplam 16 kez olmak üzere stratejik yönetim konusunda eğitim çalışması yapılacaktır.

Adalet hizmetlerinin ülke çapında etkili ve verimli bir şekilde sunulmasından sorumlu olan Adalet Bakanlığının faaliyetlerinin bir stratejik plan dahilinde uzun vadeli bir şekilde planlanması ve bu plana uygun olarak belli bir tertip ve düzen içerisinde gerçekleştirilmesinin yargının etkinlik ve verimliliğine önemli bir katkı yapacağı şüphesizdir.

3.14. Yüksek mahkemelerin ilk derece mahkemesi sıfatı ile baktıkları davaların azaltılması,

Anayasa’da Yargıtay ve Danıştay yüksek mahkeme olarak düzenlenmesine karşın yine Anayasa’nın 155’nci maddesinde Yargıtay’ın, 156’ncı maddesinde Danıştay’ın belli davalara ilk derece mahkemesi olarak bakması öngörülmüştür.

Yüksek mahkemelerin ilk derece mahkemesi sıfatıyla görev yapmasını bu mahkemelerin niteliğiyle bağdaştırmanın güçlüğü yanında, bu tür davalar nedeniyle artan iş yükü bu mahkemelerin çalışmalarını olumsuz etkilemektedir.

Diğer taraftan, adli yargıda istinaf kanun yolu düzenlenmiş olup yakın bir zamanda bölge adliye mahkemelerinin faaliyet geçecektir. Bunun yanında, idari yargı alanında da istinaf kanun yolunun hayata geçirilmesi yönünde çalışmalar yapılmaktadır.

İstinaf kanun yolunun tam olarak hayata geçmesinden sonra ilk derece mahkemelerde görülen davaların tarafları, verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvuru hakkını kullanabilecekken, yüksek mahkemelerin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktıkları davaların taraflarının istinaf kanun yoluna başvurma hakkı olmayacaktır. Bu durumun hem usul hukukundaki birliği ortadan kaldırdığı hem de davanın taraflarına tanınan hak arama özgürlüğünü kısıtladığı, eşitlik ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu düşünülmektedir.

Bu nedenle Yargıtay ve Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak baktıkları davaları asgari düzeye indirecek düzenlemeler yapılacaktır.

3.15. Tebligat Kanunu’nun yeniden düzenlenmesi

Dünyada ve Ülkemizde yaşanan sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişim ve değişimlere paralel olarak elektronik tebligatı mümkün kılacak ve uygulamadaki aksaklıkları giderecek yeni bir Tebligat Kanunu Tasarısı taslağı hazırlanarak TBMM’ne sunulacaktır.

3.16. Yeni Hukuk Yargılaması Kanunu hazırlanması

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesini ve bir kısım uyuşmazlıkların nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk yargılamasına yansıtma amacıyla HUMK’nun yenilenmesi ve çağın koşullarına uygun hale getirilmesi amacıyla Adalet Bakanlığında hazırlanan taslak Başbakanlığa gönderilmiştir.

3.17. İcra-iflas sisteminin etkinliğinin artırılması

İcra ve iflas dairelerinin işleyişinden kaynaklanan sorunların giderilmesi, daha etkin bir icra ve iflas fonksiyonunun oluşturulabilmesi için dairelerin denetlenmesi ve işleyişine ilişkin köklü değişiklikler yapılması yönünde çalışmalar yapılacaktır.

3.18. Bilirkişilik müessesinin gözden geçirilmesi

Bilirkişilik müessesesinden ve bilirkişilerden kaynaklanan aksaklıklara yönelik yaygın şikâyetler bulunmaktadır. Özellikle bilirkişilerin teknik ve özel bilgi gerektiren konularda görüş bildirmeden ziyade kendilerini hakim konumunda görerek uyuşmazlığı çözer nitelikte kesin yargıda buldukları, hakimlerin yargının iş yükünün ağırlığı nedeniyle bilirkişi incelemesine çok sık başvurdukları vb. gibi.

Bu konuda TÜBİTAK ile “*Yargılama Usûlünde Bilirkişilik, Uygulamadaki Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri*” başlıklı ortak bir projenin hazırlık çalışmaları yürütülmektedir.

Proje ile; adli, idari ve askerî yargıda; ceza, hukuk ve idari yargılama usûlünde ayrı ayrı olmak üzere, coğrafi bölgelere, mahkemeye gelen iş sayısına, ihtisas mahkemesi ve dava konularına göre tasnif edilmiş şekilde alan araştırması yapılarak:

- bilirkişiliğe hangi konularda başvurulduğu,
- bilirkişi olarak, hangi nitelikteki kişi veya kurumların tayin edildiği,
- bilirkişi raporlarının hangi sürede mahkemeye sunulduğu,
- bilirkişi raporlarının gecikmesi dolayısıyla zamanaşımına uğrayan ceza davalarının sayısı ve oranı,
- bilirkişi ücretleri,
- birden fazla olmaları durumunda bilirkişilerin fiilen bir araya gelip gelmedikleri,
- “*bilirkişinin reddi*” müessesesinin hangi sıklıkla uygulandığı,
- tarafların ve mensubu buldukları kurum amirlerinin bilirkişilerle duruşma dışında temas kurup kurmadıkları, temas kurmaları halinde ne gibi taleplerde buldukları,
- bilirkişilerin tehditle karşılaştıkları hallerin sayı ve oranları,
- bilirkişi raporlarının yargı organlarınca uygulamada değerlendirilmesi,
- eksiklik, çelişki ve sarahat taşımama nedeniyle ek rapor alınma sayı ve oranları,
- ikinci, üçüncü, dördüncü defa bilirkişiye başvuru davaların sayı ve oranları,

- bilirkişilerin incelemelerinde kullandıkları yöntemler ile teknik araç ve aletler (fotoğraf, harita çizimi, psikolojik testler, görüşme notları vs. materyaller).

Konu başlıklarında araştırma yapılacaktır.

Elde edilen veriler doğrultusunda bilirkişilik müessesesi yeniden düzenlenerek sadece özel ve teknik alanlarda uzman bilirkişilerin belirlenmesi ve bilirkişilerin seçimi ve denetiminde objektif ve bilimsel ölçütler uygulanması sağlanacaktır.

3.19. Kamudaki hukuk müşavirlikleri ve hazine avukatlarının daha etkin ve geniş yetkilerle yeniden düzenlenmesi

Mevcut uygulamada, özellikle kamu kurum ve kuruluşlarının avukatları ile hazine avukatları tarafından, mahkemece aleyhte verilen her karara karşı kanun yollarına başvurulması oldukça yaygındır.

Hukuk müşavirlerine ve hazine avukatlarına; özellikle karşı tarafın haklılığının açık olduğu veya yargı içtihatlarının istikrar kazandığı konularda dava açma, kanun yoluna başvurma gibi hususlarda geniş takdir yetkisi verilerek gereksiz başvuruların azaltılması, böylelikle yargının aşırı iş yükünün azaltılması ve hızlandırılması amaçlandırılmaktadır.

4. YARGIDA MESLEKÎ YETKİNLİĞİN ARTIRILMASI

Hukuk yaşayan bir bilim dalıdır. Güncel gelişmelere paralel olarak yenilenen mevzuat aynı ölçüde uygulanamadığı durumlarda hukuk alanında çağı yakalamak mümkün olamamaktadır. Bu ilkeden hareketle, Türkiye’de son yıllarda gerçekleştirilen yoğun yasal reform çalışmaları temelinde yargı mensuplarının da eğitimi yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda, son beş yıl özellikle insan hakları alanında Türk yargı teşkilatının mesleki tecrübelerinin artırılması ve insan hakları bilincinin geliştirilmesi bakımından tam bir seferberliğe dönüştürülmüştür. Buna bağlı olarak yeni kabul edilen ceza mevzuatı üzerinde Türkiye’deki tüm ceza hakimleri ve savcılar bilgilendirilmiş, ayrıca gerçekleştirilen ulusal ve uluslararası projelerle insan hakları alanında geniş kapsamlı bir eğitim verilmiştir.

Türk yargısı 2003 yılının sonunda çok önemli bir kuruma kavuşmuş; 4954 sayılı Kanun ile Türkiye Adalet Akademisi kurulmuştur. Temel görevi, hakim, savcı, noter, avukat ve mahkeme personelinin eğitimini sağlamak olan Akademi geçen 4 yıl boyunca birçok faaliyet gerçekleştirmiştir. Ancak, Akademinin henüz tam anlamıyla fonksiyonunu yerine getirebildiğini söylemek güçtür. Bu nedenle, gelecek dönemde Akademinin yasada yazılı görevlerini tam anlamıyla yerine getirebilmesi için örgütsel yapısında düzenleme yapılması ve işleyişinde etkinliği sağlamak bakımından gerekli tedbirler alınacaktır.

Hukuk alanında çağdaş ve sürdürülebilir bir yaklaşımın en önemli gereklerinden birisi de, yargı profesyonellerinin meslek yaşamları boyunca sürekli eğitime tabi tutularak bilgilerinin yenilenmesidir. Bu amaca yönelik olarak hukuk alanında çağdaş gelişmeleri yakından takip edebilecek şekilde yargı mensuplarının eğitilmelerinin sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, son yıllarda gerçekleştirilen yabancı dil, bilgisayar ve insan hakları eğitimleri ile meslek içi eğitim yargı profesyonelleri için yoğunlaştırılarak yaygınlaştırılacaktır.

4.1. Yargı mensubu ve çalışanlarına meslekî yetkinliğin artırılması ve kişisel gelişim konularında verilen eğitime devam edilmesi

Halen TAA ve Eğitim Dairesi Başkanlığı tarafından yargı mensubu ve çalışanlarına meslekî yetkinliğin artırılması ve kişisel gelişim konularında verilen eğitime devam edilecektir. Bu çerçevede özellikle; ve Eğitim Dai

- Yenilenen mevzuat,
- Etik kurallar,
- Çağdaş bilgi teknolojileri,
- Etkili iletişim

konularında verilen eğitimlere devam edilecektir.

4.2. Türkiye Adalet Akademisi'nin örgütsel yapısı gözden geçirilerek kapasitesinin artırılması ve lisansüstü eğitim verebilecek statüye kavuşturulması

4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununda değişiklik yapılarak aşağıda öngörülen fizikî ve eğitim kapasitesinin artırılması yönelik çalışmalar yürütülecektir:

- TAA'nın Kanunu'nda yazılı görevlerin hepsini yerine getirebilecek kapasiteye sahip olması,
- Uzmanlık eğitiminin faal hale getirilmesi,
- Daimî akademik kadro oluşturulması,
- Lisansüstü eğitim programlarının başlatılması,
- Avrupa Birliği Hukuku alanında eğitim müfredatı hazırlanması,
- Hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile temel hak ve özgürlükler konusunda sürekli eğitim verilmesi,
- Tarihî hukuk metinlerinin okunması için eğitim verilmesi,
- Taşra teşkilâtının kurulması,
- AB hukuku ve insan hakları eğitimlerinin verilmesi.

4.3. Belirli periyotlarla, yargı profesyonellerinin eğitimi konusunda Adalet Bakanlığı, TAA, üniversiteler ve diğer kurum ve kuruluşların katılımı ile bilimsel toplantılar (şura, seminer, sempozyum) düzenlenmesi

Hukuk alanındaki gelişmeleri takip etmek, ortaya çıkan sorunları gidermek amacıyla bilimsel toplantılar yapılacaktır.

4.4. Hakim ve Cumhuriyet savcılar ile bir kısım yargı çalışanlarına yabancı dil eğitimi verilmesine devam edilmesi

Hakim ve Cumhuriyet savcılar ile bir kısım yargı çalışanlarına yabancı dil eğitimi verilmesine yönelik faaliyetlere kaynak ve kapasite artırılarak devam edilecektir.

4.5. AİHM kararları ile yargıyı ilgilendiren uluslararası belgelerin Türkçe'ye çevrilmesi ve bunlara erişimin sağlanmasına devam edilmesi

Halen Adalet Bakanlığının internet sitesinde AİHM kararları ve diğer yargı ile ilgili uluslararası belgeler yayınlanmaktadır. Bu belgeler güncellenerek ve önemleri de göz önünde bulundurularak yayınlanmaya devam edilecektir.

5. YARGI ÖRGÜTÜ YÖNETİM SİSTEMİNİN GELİŞTİRİLMESİ

5.1. İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte Yargıtay ve Danıştay'da tetkik hâkimliği müessesesinin gözden geçirilmesi

Yüksek Mahkemelerden; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'da üyelerin yanı sıra raportörlük yapan hakimler bulunmaktadır. Halen Yargıtay'da 473, Danıştay'da ise 243 tetkik hakimi görev yapmaktadır.

Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde ise tetkik hâkimliği müessesesi yoktur.

Uygulamada, mevcut iş yükü nedeniyle yüksek mahkeme üyelerine ait olan dosya okuma, inceleme ve karar yazma işi büyük oranda tetkik hâkimleri tarafından yerine getirilmektedir. Tetkik hakimleri, dava dosyasını okuyup, inceledikten sonra karar verecek yüksek mahkeme üyelerine sözlü olarak anlatmakta, dosya hakkındaki karar bu anlatımlara göre verilmektedir. Karar yazma işi de tetkik hakimleri tarafından yapılmaktadır.

Yargılamanın her aşamasında dosyanın mahkeme hâkimi/hâkimleri tarafından okunması yasal zorunluluk olması yanında adil yargılamanın da gereğidir. Bu nedenle birçok ülkedeki yüksek mahkemelerde, üyelerinin tamamı ya da en az bir mahkeme üyesinin dosyayı okuyup kurula sunmasının ardından karar verilmektedir.

İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte yüksek mahkemelerin iş yükünün makul sayıya inmesinden sonra, yüksek mahkeme üyelerinden en az birisinin dosyayı okuyacağı ve inceleyeceği bir sistem kurulacaktır. Bu çerçevede Yargıtay ve Danıştay Kanunlarında gerekli değişiklikler yapılması planlanmaktadır.

5.2. Hâkimlerle Cumhuriyet savcılarının idarî konulardaki görev ve sorumluluklarının azaltılması

Hakim ve savcılarının idari görevlerinin azaltılması amacıyla adliyelerin yönetimini gerçekleştirecek profesyonel birimlerin kurulması, idari ve mali işlerin bu kişilere devri vb. önlemler devreye konulacaktır.

5.3. Yargı bilişim kurumunun oluşturulması

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yüksek Seçim Kurulu, adlî ve idarî yargı birimleri, Bakanlık merkez ve taşra teşkilâtı, bağlı ve ilgili kuruluşlarıyla iş birliği yaparak, yargı sisteminin güvenilirliğini, doğruluğunu en üst düzeyde sağlamak ve işleyişine hız kazandırmak amacıyla mahkemelerce yapılan işlemler de dâhil olmak üzere yargı-

yı ilgilendiren tüm adli ve idarî iş ve işlemlerin elektronik ortamda yapılması için Ulusal Yargı Ağı Bilgi Sistemini kurmak, işletmek, bakım ve onarımlarını yapmak veya yaptırmak, geliştirmek, bunlara ait hizmetleri ilgili birimlerle birlikte yürütmek, dahili ve harici birimlerle veri alışverişini sağlamak ve diğer bilişim faaliyetlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak anılan birimler arasında işbirliğini ülke düzeyinde ve bölgesel olarak sağlamak ve uluslararası alanda da faaliyet göstermek üzere, Yargı Bilişim Kurumunun kurulması planlanmaktadır.

5.4. Yargı çalışanlarının görev tanımlarının yapılması, iş standartlarının belirlenmesi ve özlük haklarının düzeltilmesi

Pedagog, psikolog, sosyal çalışmacı, yazı işleri müdürü, zabıt katibi gibi yargı çalışanlarının görev alanlarının ve iş standartlarının (performans kriterlerinin) somut olarak belirlenmesi yönünde çalışmalar yapılacaktır. Bunun yanında Maliye Bakanlığı ile yapılacak görüşmelere bağlı olarak yargı çalışanların mali haklarının iyileştirilmesi yoluna gidilecektir.

5.6. Adalet Bakanlığı ile Barolar Birliği arasındaki ilişkinin yeniden düzenlenmesi

Anayasada yer alan idarenin birliği ilkesi uyarınca özerkliğe paralel olarak getirilen vesayet denetimi ilkesinin, Barolar Birliği yönünden yargı bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde çalışmalar yapılacaktır.

5.7. Noterlerin görev tanımlarının ve açılış kriterlerinin yeniden belirlenmesi

Noterlerin görevlerinin Avrupa Birliği uygulamaları çerçevesinde değerlendirilmesi ile noterliklerin açılmasında objektif ölçütler getirilmesi yönünde çalışmalar yapılacaktır.

6. YARGIYA GÜVENİN ARTTIRILMASI

Bağımsız, tarafsız, saygın ve güvenilir bir yargının, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biri olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Yargının ve yargı mensuplarının iç tutarlılığı ve saygınlığı ile yargıya olan kamusal güven de yargı erkinin fonksiyonunu gereği gibi yerine getirebilmesi bakımından son derece önemli unsurlardır. Demokratik ve modern bir toplumda, bireysel ve kurumsal olarak yargı sistemine güven duyulması, bu güvenin sürdürülmesi ve artırılması esastır. Bu noktada asıl sorumluluk ise öncelikle yargının kendisine düşmektedir.

Bu çerçevede, hâkimlik makamına, bütün kişi, kurum ve kuruluşların yanı sıra ve bunlardan da önce olmak üzere, bu makamı temsil eden kişilerin saygı göstermesi ve bu makamda bulunmanın onurunu hissedip bu onura uygun tavır ve davranışlar içerisinde bulunmaları vazgeçilemez bir zorunluluktur.

6.1. Toplum nezdinde yargıya güveni etkileyen unsurları belirlemek amacıyla Ar-Ge çalışmaları yapılması

Üniversiteler ve kamuoyu araştırma şirketleri ile işbirliği yapılarak yargıya güven konusunda araştırma ve incelemeler yapılması ve bu araştırma ve incelemelerin sonuçlarına göre projeler geliştirilmesi planlanmaktadır. Bu konuda TÜBİTAK ile “*Yargının Toplum Nezdinde Güvenilirlik ve Saygınlığını Sağlayan ve Etkileyen Unsurların Araştırılması*” başlıklı ortak bir proje yürütülmesi için hazırlık çalışmaları yapılmaktadır.

6.2. Yargı mensup ve çalışanlarına yolsuzlukla mücadele konusunda verilen eğitimlere devam edilmesi

Yargıda yolsuzlukların önlenmesi konusunda ulusal ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği halinde verilen eğitimlere devam edilecektir.

6.3. Yargının, medya ve halkla ilişkilerinin geliştirilmesi,

Yargısal faaliyetlerin nihaî amacı olan adaletin sağlanması için gerekli ortam ve şartlar ile basın özgürlüğü ve halkın haber alma hakkı arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Ancak bazen ulusal ve uluslararası düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesinde sorunlar yaşanmakta ve bu durum adaletin sağlanması amacı, yargının saygınlığının korunması gereği ve haber verme-alma haklarının kullanımı zarar görmektedir.

Yasal düzenlemelere karşın medya ve yargı ilişkilerindeki sorunların aşılması, sorunların köklerine ilişkin bir araştırma yapılmasını ve çözüme ilişkin

olanakların geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle sorunun bir Ar-Ge çalışmasına konu edilmesinde zorunluluk görülmüştür.

Kamu hizmetinin bir parçası olan yargısal işlemler konusunda da toplumun bilgilendirme ve haber alma hakkı bulunmaktadır. Ancak zaman zaman haber verme özgürlüğü içinde yer alan eleştiri hakkı kullanılırken yapılan değerlendirmeler, somut olayla ve kişiyle sınırlı kalmayarak, tüm kuruma mal edilebilmektedir. Yargısal faaliyetlerin özelliği gereği bu hakkın kullanımı sırasında, yargısal konularda ve yargısal faaliyetin tarafları konusunda özenli davranmak bir zorunluluktur.

Bu kapsamda, bir yandan yargısal olaylarla ilgili olarak medya tarafından bu özenin yeterince gösterilmediği, hukuksal düzenlemelerin ihlâlinin yaptırımlarla karşılanmadığı diğer yandan da yargısal olaylarla ilgili zamanında doğru ve gerekli resmî açıklamalar yapılmadığı görülmektedir. Böylelikle yasal düzenlemeler ve tarafların tam ve özenli mutabakatıyla yürütülmesi gereken bu ilişki kendi haline, tarafların ihtiyaç ve imkânlarına bırakılmaktadır. Basının adli konularda bilgilendirilmesi yasalarla görevlendirilmiş adli makamlarca değil, kolluk yetkililerince yapılmakta ve bu nedenle, mağdurun hakları, masumiyet karînesi gibi âdil yargılanmayı doğrudan etkileyen ilkeler ihlâl edilebilmektedir.

Yargı-medya ilişkileri konusunda TÜBİTAK tarafından “*Medya ve Yargı İlişkileri*” başlıklı bir projenin hazırlık çalışmaları devam etmektedir. Bakanlık olarak bu projeye destek verilmektedir. Ayrıca bu projeden çıkan sonuçların hayata geçirilmesi ve medya ile ilişkilerin dünya uygulamasına paralel şekilde yürütülmesi yönünde çaba gösterilecektir.

İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi ile yapılan ikili işbirliği çerçevesinde, yargı-medya ilişkileri konusunda İsveç ve özellikle Hollanda tecrübesinin ülkemize aktarılması yolunda çalışmalar yapılacaktır.

6.4. Yüksek yargıda ve belirlenen adliyelerde etkin basın ve halkla ilişkiler birimlerinin kurulması

Kamuoyunun ve medyanın adli faaliyetler hakkında doğru ve zamanında bilgilendirilmesi amacıyla yüksek mahkemelerde ve belirlenen adliyelerde basın sözcülüğü gibi birimlerin oluşturulması, halkla ilişkileri sağlayacak birimlerin kurulması yoluna gidilecektir.

7. ADALETE ERİŞİMİN KOLAYLAŞTIRILMASI

7.1. Adli yardımın etkinleştirilmesi için bu müessesenin yeniden gözden geçirilmesi

Gelir düzeyi düşük olan kişilerin adli yardımdan yararlanmasının kolaylaştırılması amacıyla, HMUK 465 - 472'nci maddelerinde düzenlenen adli yardıma ilişkin usullerin sadeleştirilip basitleştirilmesi yönünde çalışma yapılacaktır.

7.2. Adliyelerin internet sitelerinin standart olarak hazırlanarak etkin bir şekilde kullanımının sağlanması

Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığınca bu konuda çalışmalar yapılacaktır.

7.3. Adalet hizmetlerinden yararlananların elektronik ortamda dava açmaları ile ilgili çalışmaların sonuçlandırılması

Halen 70.000 avukatın 33.000'i UYAP üzerinden dava takibi yapabilmektedir. Yaklaşık 3.000 Avukat ise elektronik ortamda dava açabilmekte olup bu sayının artırılması amaçlanmaktadır. Avukatlar dışındaki diğer kişilerin de bu hizmetten yararlanması konusunda Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığınca çalışmalar yapılmakta olup kısa bir süre içinde faaliyete geçecektir.

7.4. Mahkemelerdeki tercüme hizmetlerinin standarda bağlanması

Yargılama faaliyeti sırasında özellikle halk arasında konuşulan bir kısım mahallî dillerde profesyonel tercüman temini mümkün olmadığından, zaman zaman mahkemelerde veya diğer kamu idarelerinde görev yapan ve o dili bilen kamu görevlilerinden tercüman olarak yararlanılması yoluna gidilmektedir. Ancak bu yolla kaliteli ve güvenilir bir tercüme hizmeti sağlamak her zaman mümkün olmamaktadır.

Bu sorunun çözümüne yardımcı olmak ve mahkemelere kolaylık sağlamak üzere, güvenilirliği, tarafsızlığı herkes tarafından kabul edilen ve söz konusu mahallî dilleri iyi bilip kullanabilen kişilerin tespit edilerek bilirkişi listesi gibi önceden ilân edilmesi ve mahkemelerin bilgisine sunulması yönünde çalışmalar yapılacaktır.

8. UYUŞMAZLIKLARI ÖNLEYİCİ NİTELİKTEKİ TEDBİRLERİN ETKİN HALE GETİRİLMESİ VE ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI GELİŞTİRİLMESİ

8.1. Temel hukuk bilgilerinin ilköğretim çağından itibaren öğretilmesinin sağlanması

Milli Eğitim Bakanlığı ile işbirliği yapılarak ilköğretim çağından itibaren temel hukuk bilgilerinin verilmesi ve daha çocukluk çağlarında hukuk bilincinin oluşturulması yoluna gidilecektir.

8.2. Kişilerin, hak ve yükümlülükleri ile ilgili hukukî işlemler ve süreçleri hakkında ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bilgilendirilmesinin sağlanması

Hükümet programında koruyucu hukuk başlığı altında kamu kurum ve kuruluşlarının hizmetlerinden yararlanan vatandaşların hak ve yükümlülükler konusunda bilgilendirilmesi yer almıştır. Bu hedef doğrultusunda yapılması gerekenleri tespit için gerçekleştirilecek bir inceleme ve araştırmanın ardından, elde edilen sonuçlar doğrultusunda gerekli çalışmalar yapılacaktır.

8.3. Ceza usulünde yer alan uzlaşma müessesesinin etkinleştirilip geliştirilmesi

Yeni ceza yargılama usulümüze alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak getirilen uzlaşma müessesesinin daha etkin ve yaygın biçimde uygulanabilmesi için uygulamadaki sorunlar da dikkate alınarak mevzuatın geliştirilmesi ve eğitim çalışmaları yapılması yönünde faaliyetler yürütülecektir.

8.4. Hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi

Adaletin etkinliğini artırmak için sadece mahkemeleri ve dava yolunu esas alarak çalışma yapmak yeterli değildir. Uyuşmazlıkları yargıya intikalinden önce veya sonra çözebilecek alternatif yöntemler geliştirilmedikçe, bu çalışmalar beklenen faydayı vermeyecektir.

Davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesine imkân tanımak, bir kısım uyuşmazlıkların çekişmeli yargı şeklinde mahkemelere intikali yerine nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk usulü yargılamasına yansıtma amacına yönelik hükümler içeren bir kanun tasarısı hazırlanmış olup, ilgili birimlerin görüşüne sunulmuştur.

Hukuki uyuşmazlıkların yargı öncesi çözülmesi için arabuluculuk usulünü ön-gören kanun tasarısının kanunlaşma süreci takip edilecek ve hayata geçirilmesi ko-nusunda gerekenler yapılacaktır.

8.5. “Tahkim” kurumunun etkinleştirilmesi

HUMK 516–536’ncı maddelerinde yer alan “*tahkim*” kurumunun uygulama-sının yaygınlaştırılması ve etkinleştirilmesi için HUMK ve diğer kanunlarda düzen-lemeler ve gerekli eğitim çalışmaları yapılacaktır.

8.6. İdarenin, işlemlerinde ve diğer faaliyetlerinde benzer nitelikte ve is-tikrar kazanmış emsal yargı kararlarını ve gerekçelerini dikkate al-ması için gerekli tedbirlerin alınması

Yargının istikrar kazanmış kararlarının idare tarafından uygulanması suretiyle yargı üzerindeki gereksiz iş yükünün önlenmesi ve yargılama giderlerinin azaltıl-ması hedeflenmektedir. Bu konuda idarenin takdir hakkı kullanımının genişletilme-si için Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı Taslağı kapsamında çalışma yapılacaktır.

8.7. İdari yargıda uyuşmazlıkların yargı öncesi çözüm usullerinin geliştiri-lmesi ve etkin hale getirilmesi

Adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da, yeni başvuru usullerinin geliştirilme-si suretiyle uyuşmazlıkların yargı öncesi çözümü usulleri geliştirilecektir. İdari yar-gının görev alanına giren ve mahkemelerce özellikle bilirkişi incelemesi yaptırılma-sı yoluyla karara bağlanan bir kısım uyuşmazlıkların (öğrencilerle eğitim kurumla-rı arasındaki not uyuşmazlıkları gibi) dava konusu edilmeden önce idare (üniversi-te veya milli eğitim gibi) bünyesinde kurulacak bir komisyon tarafından incelenme-si zorunluluğu getirilecektir. Bu komisyonun incelemesinden sonra ilgililer isterse yine idari yargıya başvurabilecektir. Bu komisyonlar idari yargıya gelecek davalar için bir filtre görevi görecektir.

8.8. “Kamu Denetçiliği Kurumu”nun faaliyete geçirilmesi

Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumunun oluşturulmasına ilişkin kanun TBMM’nce kabul edilmiş olmakla birlikte Anayasa Mahkemesince yürürlüğün dur-durulması kararı verdiği için uygulamaya konulamamıştır. Anayasa Mahkeme-si’nin esasa ilişkin kararını açıklamasının ardından gerekli düzenlemeler yapılarak Kamu Denetçiliği Kurumunun faaliyete geçmesi sağlanacaktır.

9. CEZA İNFAZ SİSTEMİNİN GELİŞTİRİLMESİ

9.1. Ceza infaz kurumlarının uluslararası standartlara uygun hale getirilmesi yönündeki çalışmalara devam edilmesi

Birleşmiş Milletler Cezaevi Asgarî Kuralları ile Avrupa Cezaevi Kurallarına uygun, sağlıklı, güvenli, mekanik, elektronik donanımlı ve rehabilitasyon işlemlerine elverişli yeni ceza infaz kurumları yapılması çalışmaları büyük oranda tamamlanmıştır. Bu faaliyete devam edilerek özellikle metropol kentlerde kampus tipi cezaevi yapımı sürdürülecektir.

9.2. Küçük ve yetersiz ceza infaz kurumlarının kapatılması

Kullanım ömrünü tamamlamış ve fiziki şartları itibariyle eğitim ve iyileştirme yapılamayan cezaevlerinin yerine, uluslararası normlara uygun modern bölge cezaevleri inşa etmek hedef olarak belirlenmiştir.

01.01.2003 tarihinden itibaren 139 ilçe cezaevi kapatılarak sayı bugün itibariyle 392'ye indirilmiştir. 2013 yılına kadar bu sayının 250'ye düşürülmesi planlanmaktadır.

9.3. Denetimli serbestliğin etkinleştirilerek yaygınlaştırılması

Denetimli serbestlik ve yardım merkezlerinin yasal çerçevesi; 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda çizilmiştir.

Bu kanunî çerçevede başarı ile faaliyetlerine başlayan denetimli serbestlik birimi, yeterli ödenek ve kadro tahsisi halinde daha da geliştirilecektir.

Bu kapsamda;

- Denetimli serbestlik hizmetlerinde görev yapan personel sayısı arttırılacaktır.
- Denetimli serbestlik ile ilgili mevzuat gözden geçirilerek denetimli serbestlik uygulamasını arttıracak değişiklikler yapılacaktır.
- Denetimli serbestlik hizmetlerinde çalışan gönüllü personel sayısı arttırılacaktır.
- Koruma Kurullarının etkinliği arttırılacaktır.

9.4. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların etkin şekilde uygulanması ve yaygınlaştırılması,

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50'nci maddesinde düzenlenen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan olan; kamuya yararlı bir işte çalıştırma, bel-

li bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma gibi yaptırımların daha etkin ve yaygın bir şekilde uygulanması hususunda gerekli eğitim çalışmaları yapılacaktır.

9.5. Ceza infaz kurumlarındaki iş yurtlarının yaygınlaştırılması ve geliştirilmesine devam edilmesi

Hükümlü ve tutukluların meslek ve sanatlarının korunup geliştirilmesi veya bir meslek ve sanat öğrenmeleri ve bu yolla rehabilite edilmeleri amacıyla oluşturulan iş yurtları kapsamındaki iş kolları arttırılacak ve iş kollarında çalışanlar içinde hükümlü ve tutuklu sayısı yükseltilecektir.

9.6. Adliye personelinin eğitiminin de yapılabileceği şekilde ceza infaz kurumları ve tutukevleri personeli eğitim merkezlerinin kapasitesinin ve sayısının artırılması

Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezlerinde bugüne kadar 31.000'in üzerinde ceza infaz kurumu personeline psikoloji ve insan hakları konuları başta olmak üzere eğitim verilmiştir. Bu hizmet içi eğitimlerine devam edilecektir.

Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri ile diğer adalet personelinin eğitimi açısından büyük bir önem taşıyan merkezlerin kapasitesinin arttırılması ve kanundaki zorunluluğun yerine getirilmesi amacıyla Ankara, İstanbul, Erzurum ve Kahramanmaraş illerinde bulunanlara ilave olarak Ege bölgesinde de bir eğitim merkezi açılması için çalışmalar yapılacaktır. Bu merkezlerde diğer adalet personelinin eğitiminin de yapılması Personel Genel Müdürlüğü tarafından planlanacaktır.

9.7. Ceza infaz kurumlarının dış güvenlik hizmetlerinin Adalet Bakanlığına devredilmesi

Ceza infaz kurumlarının dış güvenliğinin sağlanması, hükümlü ve tutukluların kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi, nakli, sevki, hastane ve sağlık kuruluşlarında muhafazası, veya duruşmalarda hükümlü ve tutukluların can güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hizmetlerin Bakanlığımızca yerine getirilmesine ilişkin aşamalı geçiş takvimini öngören kanuni düzenleme hazırlanarak ilgili kurumlara görüş istemi ile gönderilmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesi halinde kurumların dış güvenlik hizmetlerinin Bakanlığımıza devir işlemi, 01/01/2009 tarihinden itibaren en geç beş yıl içinde aşamalı olarak gerçekleştirilecektir.

9.8. Ceza infaz kurumlarında etkin bir halkla ilişkiler biriminin kurulması

Halen ceza infaz kurumlarında halkla ilişkiler birimi bulunmamaktadır. Kurulması ve etkin şekilde faaliyet göstermesi yönünde çalışmalar yapılacaktır.

10. AVRUPA BİRLİĞİ MÜKTESEBATINA UYUM SÜRECİNİN GEREKTİRDİĞİ MEVZUAT ÇALIŞMALARINA DEVAM EDİLMESİ

Bakanlığımızın mevzuat alanında yapmış olduğu bu çalışmalar, 2007–2013 Türkiye'nin AB Müktesebatına Uyum Programı çerçevesinde yürütülmektedir.

10.1. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı,

Tasarıyla; Dünyada ve Ülkemizdeki ekonomik ve ticarî hayatta meydana gelen gelişim ve değişimlere paralel hükümler içeren yeni bir Türk Ticaret Kanunu Tasarısının yürürlüğe konulması amaçlanmıştır.

10.2. Yargıtay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı,

Tasarıyla; Anayasa'nın 154. maddesinde, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciinin Yargıtay olduğunun belirtilmiş olmasının yanında, 26/09/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun gereği kurulacak olan bölge adliye mahkemelerinin kararlarının da Yargıtay da temyizen inceleneceği hükme bağlandığından, 2797 sayılı Yargıtay Kanununda gerekli değişikliklerin yapılması amaçlanmıştır.

10.3. Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliği Kanun Tasarısı,

Tasarıyla; batı ülkelerinin birçoğunda yargı mensuplarının meslek kuruluşlarının bulunduğu göz önünde tutularak, diğer meslek kuruluşlarında olduğu gibi, Anayasanın 135. maddesi hükmü doğrultusunda, hâkimlik ve savcılık mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, bu mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadıyla tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak odalar ve bütün hâkim ve savcı odalarının katılımıyla oluşturulan Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliğinin kurulmasına dair hükümlere yer verilmiştir.

10.4 Türk Borçlar Kanunu Tasarısı,

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının yeni hükümlerinin kanunlaşp yürürlüğe girmesine kadar, uygulamada boşluk doğmaması ve herhangi bir aksamaya yer bırakılmamasının sağlanmasına yönelik düzenlemeleri içeren taslak üzerinde çalışmalar devam etmektedir.

Tasarıda; Dünyamızda ve Ülkemizde yaşanan, toplumsal, sınıî, ekonomik ve teknik gelişmeler ile globalleşmenin getirdiği değişimler karşısında yetersiz kaldığı görülen 818 sayılı Borçlar Kanununun yerini almak üzere, ilgili mevzuat ve kaynak kanunlarda gerçekleşen değişikliklerle paralelliğin sağlanması, dilinin sadeleştirilmesi, uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesine yönelik hükümlere yer verilmiştir.

10.5 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı,

Tasarıda; yargı reformu çerçevesinde, 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesini ve bir kısım uyuşmazlıkların nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk yargılamasına yansıtma amacına yönelik hükümlere yer verilmiştir.

10.6 Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı,

Tasarıda; iktisadî, ticarî ve malî sektörlerde üretim, tüketim ve hizmet alanlarında faaliyet gösteren ticarî işletme ve şirketler, bankalar, sigorta şirketleri ve sermaye piyasası aracı kurumları ile bunlarla ticarî ilişkide bulunan müşterilerin, ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırlarının açıklanması, aktarılması, verilmesi, kullanılması ve korunmasına ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesi amacına yönelik hükümlere yer verilmiştir.

10.7. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı,

Tasarıda; kişisel nitelikteki verilerin tanımının yapılması, esas ve unsurlarının belirlenmesi ve korunması amacıyla idarî bir yapının oluşturulması ile bireylerin şahsiyet haklarının himayesine ilişkin düzenlemeler getirilmesi amacına yönelik hükümlere yer verilmiştir.

10.8. Devlet Sırları Kanunu Tasarısı,

Tasarıda; Devlet sırlarının ve niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin tanımının yapılması, mahiyetinin belirlenmesi, hangi makam ve kurullarca oluşturulacağı ve korunacağı, bu bilgi ve belgelerin yargı organlarına hangi hâllerde gönderileceği ve yükümlülüklerle ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

10.9. İdarî Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı,

Tasarı; idarenin işlem ve eylemlerine karşı kişilerin açtıkları davaların makul süre içinde sonuçlandırılmasında ve yargı kararlarının uygulanması yoluyla yargının etkinliğinin sağlanmasında, çağdaş hukuk sistemlerinde gelişen yöntemlerin hukumuza aktarılmasının gerekliliği ile son yıllarda uluslararası alanda ve Ülkemizde Devlet – kişi ilişkilerinde yaşanan ve kişilerin bu ilişkide hak ve özgürlüklerinin geliştirilmesini hedef alan düzenlemeler karşısında 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununda da bazı değişikliklerin yapılması amacıyla hazırlanmıştır.

10.10. DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı,

Tasarıda; 04/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 ve devamı maddeleri ile bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla şüpheli, sanık veya mağdurun vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnek alınması ve bu örnekler üzerinde genetik incelemeler yapılabilmesine ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiş olup, bu inceleme sonucu elde edilen verilerin kişisel veri niteliğinde olduğu hüküm altına alındığından, günümüzün gelişen teknolojisi karşısında kişi temel hak ve özgürlüklerinin korunması yönünde oluşan hassasiyetler çerçevesinde ve 5271 sayılı Kanunun getirmiş olduğu yenilikler doğrultusunda, Ülkemizde millî bir DNA veri bankası oluşturulması ve burada saklanacak verilerin korunması amacıyla yönelik hükümlere yer verilmiştir.

10.11. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı,

Yargı reformu çerçevesinde olmak üzere; davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesine imkân tanımak, bir kısım uyuşmazlıkların çekişmeli yargı şeklinde mahkemelere intikali yerine nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk usulü yargılamasına yansıtma amacına yönelik hükümler içeren bir kanun tasarısı hazırlanmış olup, ilgili birimlerin görüşüne sunulmuştur.

10.12. Ceza İnfaz Kurumları Dış Güvenlik Hizmetleri Kanunu Tasarısı Taslağı,

Tasarıyla; Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler doğrultusunda, infaz sisteminin temelini oluşturan ceza infaz kurumları ve tutukevleri hizmetlerinin çağdaş bir anlayış içerisinde yürütülmesini sağlamak amacıyla ilgili mevzuatın günün şartlarına uygun hâle getirilmesi çalışmaları kapsamında, ceza infaz kurumları

dış güvenlik hizmetlerinin Adalet Bakanlığı'na devrine ilişkin hükümler getirilmesi öngörülmektedir.

10.13. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı,

Tasarıyla; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının kanunlaşp yürürlüğe girmesinin ardından, uygulamada boşluk doğmaması ve aksamaya yer bırakılmamasının sağlanması amacıyla düzenlemeler yapılması öngörülmektedir.

10.14. Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı,

Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde idarenin demokratikleşmesi ve şeffaflaşmasını gerçekleştirmek, kamu hizmetinden yararlananlara katılma, dinlenilme, bilgi edinme ve idareye başvurma haklarının tanınmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek, idarenin, halkı hukuk hakkında sürekli olarak bilgilendirmesini sağlamak, yönetim sürecine kamunun katılmasını mümkün kılmak, hukukun işlerliğini güçlendirmek suretiyle, idarî işlemlerin yapılmasında yetki ve sorumluluk belirsizliklerini gidermek, işlemlere açıklık kazandırmak ve denetim kolaylığını sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.

10.15. Adalet Bakanlığı Teşkilat Kanunu Tasarısı,

Teşkilatın Yeniden Yapılandırılma Kurulunun aldığı kararlar doğrultusunda, anılan Kanunun günün şartlarına uygun hâle getirmek amacıyla Kanun Tasarısı hazırlamak üzere, 23/07/2007 tarihli Bakan Olur'u ile oluşturulan çalışma grubu çalışmalarına devam etmektedir.

10.16. Şiddet Suçu Mağduru Çocuklara Yardım Hakkında Kanun Tasarısı,

Şiddet suçu mağduru olan çocukların, suç nedeni ile uğradıkları maddî ve manevî zararların hakkaniyete uygun olarak sosyal dayanışma içerisinde giderilmesi ve gerekli yardımın yapılmasına ilişkin hususlar ile çocuklara yapılacak yardımın usul ve esaslarına dair hükümler içeren taslak üzerinde çalışmalar devam etmektedir.

10.17. Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı,

Toplumsal yaşamda önemli bir yere sahip olan noterlik müessesini, Ülkemizde meydana gelen ekonomik, sosyal ve hukukî alanlardaki hızlı değişime uygun hâle

getirmek, Avrupa Birliğine uyum süreci içinde Birliği oluşturan devletlerin noterlik mevzuatı ile birlikteliği sağlamak amacıyla, 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununda yapılacak değişiklikler üzerinde çalışmalar devam etmektedir.

10.18. Türk Medenî Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ile Anayasamızın 10, 41 ve 90. madde hükümleri dikkate alınarak, 4721 sayılı Kanunun 187. maddesinin üst normlar ile uyumlu hale getirilmesi için değişiklik yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

4721 sayılı Kanunun “Soyadı” başlıklı 321. maddesindeki “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır.” hükmü nedeniyle evlilik dışında doğan çocukla babası arasındaki soybağı, tanıma veya hâkim hükmü ile kurulmuş olsa bile analarının nüfus kayıtlarında kalmaya ve analarının soyadını taşımaya devam etmektedirler.

Tanımak suretiyle çocuğunu nüfusuna almak ve soyadını vermek isteyen babaların haklı yakınmaları ve hükmün değiştirilmesi yönündeki talepleri dikkate alınmıştır.