Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2010/1

PROF. DR.
KÖKSAL BAYRAKTAR'A
ARMAĞAN

Cilt II

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 70
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 49

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

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

Ekim 2011 yılında yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Kahraman Neşriyat Ofset San. Tic. Ltd. Şti.
(Sertifika No: 12084) Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad.
Atahan No: 34 K:4
Bağcılar/İstanbul (0-212) 629 00 01

Kapak Tasarımı : Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

YAYIN KURULU'NDAN

Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a, 70. Yaş günü vesilesiyle bu Armağan kitabını sunarken, stereotip akademik övgüleri tekrarlamak yerine, duygusal birkaç söz söyleme eğilimine karşı koymak zor olacak. Burada Hocamızın bilimsel başarılarını sıralamaya niyetim olmadığı gibi, buna ihtiyaç da yok: Eserlerinin ve görevlerinin listesi, benim yerime konuşuyor. Prof. Bayraktar'ı yakından tanıyan, onun öğrencisi olma onur ve zevkini yaşayan herkes gibi beni de etkileyen asıl yönü, akademik başarılarını da gölgede bırakan insani kişiliğidir. Bu kişilikten söz ederken, hukukun şekilci kalıplarıyla düşünmeye alışan kalemlerden beklenmedik, sıradışı kelimeler dökülebilir.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 2. Sınıfında Ceza Hukuku derslerimize girmeye başladığında, Prof. Bayraktar'da fark ettiğimiz bir özellik, sanırım, bunca yıldan sonra hiç değişmemiş ve hatta daha da güçlenmiştir: O, hümanizmi sadece bir ceza hukuku rehber ilkesi olarak değil, aynı zamanda yaşam tarzı olarak içselleştirmiş ve yaşantısına yansıtmış bir insandır. "İnsan"a daima saygı ile yaklaşımını sadece kâğıt üzerinde bırakmamış; bir akademisyen ve yönetici olarak bütün insan ilişkilerinde hayata geçirmiştir. Ceza Hukuku gibi, hayatın en sert ve acımasız gerçekleriyle her an yüz yüze gelen bir bilim alanında çalışırken bunu nasıl başarabildiği hususu benim için hala esrarını koruyor.

Prof. Bayraktar ile ilgili bir başka esrarengiz nokta, bu kadar nazik ve insancıl yaklaşımıyla, idari hayatta disiplin ve ciddiyeti nasıl sağladığıdır. Gerçekten de, Prof. Bayraktar, kimsenin kalbini kırmadan, kimseye haksız muamele etmeden, sesini asla yükseltmeden ve sertleştirmeden mükemmel bir yönetici olmayı bilmiştir. Sakin, yapıcı ve düzenli kişiliğini, hep etrafına yansıtmıştır. Yönettiği fakülteye sadece bir dekan değil, aynı zamanda bir baba gibi ihtimam göstermiştir. Akademisyenlerin mesleki sorunları gibi sağlık sorunlarıyla da, idari görev sınırlarını aşan bir ciddiyet ve şefkatle ilgilenen Prof. Bayraktar, daima bir çözüm üreticisi olmuştur. Gerek dekanlığı, gerekse diğer mesleki ilişkilerimizde şunu gözlemlemişizdir: O, hümanizm gibi adaleti de, bir hukuk ilkesi olmanın ötesinde, bir hayat ilkesi yapmıştır. Prof. Bayraktar, daima haksızlığa karşı haklının yanında olmuş ve "hak"kı, nezaketinden hiç ödün vermeyen bir mücadelecilikle savunmuştur.

Prof. Bayraktar, bir kara gün dostudur. Kendisiyle dertleşmek istediğinizde, kapısı daima açıktır. İçeri girerken, bir taraftan, gayri ihtiyari, ceketinizin düğmesini iliklersiniz, çünkü o sizde doğal olarak saygı uyandırır. Ama diğer taraftan, kendisiyle bir yaşıtınız, adeta liseden eski bir sıra arkadaşınız gibi rahatça ve serbestçe konuşabilirsiniz. Ancak, kelimelerinizi çok dikkatli seçmeye çalışırsınız, çünkü onun seçimleri mükemmeldir. Düzenli bir ritimle ve ahenkli, sakin bir ses tonuyla konuşur, gülümsemesi hiç eksik olmaz. Köksal Bayraktar ile sohbet etmek, J. S. Bach dinlemeye benzer: Zihninize nüfuz eder, karmaşayı düzene dönüştürür, yanlış düşünceleri siler. Müzik -ya da sohbet- bittiğinde, geride berrak bir zihin, iyimserlik ve sükûnet kalır.

Kötü gün dostu Köksal Bayraktar, aynı zamanda bir iyi gün dostudur: Mutlu anlarınızda hep yanınızdadır. Mutluluğunuzu paylaşmakla kalmaz, aynı zamanda arttırmak ister. Özenle seçtiği zarif hediyelerini, adeta şakacı bir gizlilikle size ulaştırır. Akademik hayatta başarıyı daima teşvik eder. Prof. Bayraktar; bir sıkıntıyı gidermek için olsun, bir mutluluğu paylaşmak için olsun, gönül alıcı sürprizleri sever. Beklenmedik bir anda ve yerde onun ahenkli sesini telefonda duyabilirsiniz.

Muhabbetin endâzesi olmaz; ama bu Armağan Kitabı'nın ağırlığı, Prof. Bayraktar'a yönelik sevgi ve saygıya tanıklık etmektedir. Bugünkü genç akademisyenler, Prof. Bayraktar'ın yaşına ulaştıklarında, onun için söylenenlerin hiç olmazsa yarısını hak etmiş olurlarsa, sanırım, kendilerini çok mutlu sayacaklardır. Bir sunuş yazısının heyecanıyla çok mu abartıyorum? Aksine, tamamen samimi davrandığımı düşünüyorum. Çünkü Prof. Köksal Bayraktar, biz öğrencilerine, ceza hukukunun yanı sıra akademik edep ve samimiyet dersleri de verdi.

70. Yaş günü vesilesiyle Hocamıza, kendisini çevreleyen sevgi kuşağının keyfini çıkaracağı uzun, sağlıklı ve mutlu bir ömür diliyoruz.

Bu Armağan Kitabı'nın yayınlanmasına değerli katkıları için Sayın İnan Kıraç'a, Galatasaray Eğitim Vakfi'na, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığına, öğretim üyelerine ve özellikle bu yayın için canla başla çalışan değerli dostlarım ve meslektaşlarım Sayın Dr. Burak Çelik, Dr. Sıtkı Anlam Altay, Dr. Pınar Memiş Kartal'a, Hocamızın Muhterem eşi Sayın Av. Zulal Bayraktar'a, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Sayın Seyhan Satar'a ve çalışma arkadaşlarına içtenlikle teşekkür ederim.

Doç. Dr. Emre Öktem
Yayın Kurulu Başkanı
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'ın Özgeçmişi

Köksal BAYRAKTAR, 11.11.1941 tarihinde Bandırma'da doğmuştur.

Köksal BAYRAKTAR, 1961 yılında Galatasaray Lisesi'nden mezun olmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1965'te tamamlamış ve bu Fakültenin Ceza Hukuku Kürsüsü Asistanlığı'na girmiştir.

İstanbul Hukuk Fakültesi'nde 1971 yılında "Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu" konulu çalışmasıyla Doktor ünvanını almış, 1975 yılında "Suç İşlemeye Tahrik Cürmü" başlıklı incelemesiyle Doçent olmuştur. "Siyasal Suç" konulu Profesörlük Takdim Tezi ile 1982 yılında Profesör'lüğe yükseltilmiştir. Doçentlik ve Profesörlük tezlerini Strasbourg ve Paris Hukuk Fakültelerindeki çalışmaları ile gerçekleştirmiştir.

1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden ayrılmış ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeliği'ne geçmiştir. Burada Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte Ceza Hukuku Kriminoloji ve İnsan Hakları Merkezi'ni kurmuş, iki ayrı uzmanlık kitaplığı tesis etmiş, Türk Ceza Hukuku Derneği'nin kurulması ve gelişmesinde önemli çalışmalarda bulunmuştur.

2 Şubat 2006 tarihi itibariyle aynı Fakülteye Dekan olarak atanmış; 2008 yılı başlarında Dekanlık görevinden ayrılmıştır. Dekanlığı zamanında Galatasaray Hukuk Fakültesi'ni öğretim ve eğitim yönlerinden geliştirmiş, Fakülteyi Türkiye'nin en önde gelen öğretim kurumlarından biri haline getirmiştir.

Prof. Dr. Köksal Bayraktar'ın pek çok bilimsel kitabı ve sayısı yüzü aşkın Türkçe ve Fransızca makalesi bulunmaktadır.

Halen Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır.

YAYINLARI

Yurt Dışı Hakemli Dergilerdeki Yayınları

- **La notion de guerre et de combattant dans le droit turc,** (Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, 1971), (Prof. Dr. Sahir Erman ile birlikte)
- **Immunité, Exterritorialitè et le droit d'asile en droit pénal international**, (Revue international de droit pénal, no.2, 1977)
- **Les juridictions militaires en Turquie**, (L' évolution actuelle de la justice militaire), (Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, Bruxelles, 1981), (Prof. Dr. Süheyl Donay ile birlikte)

Yurt Dışı Bildiri Kitaplarındaki Yayınları

- **La dépréciation monétaire et les rapports contractuels et droit pénal Turc,** (Travaux de l'Association Henri Capitant) İstanbul, 1973.
- **Les tendances récentes en droit pénal turc dans ses rapports avec les libertés publiques.** (Tendances actuelles du droit turc et du droit français), İstanbul-Paris, 1988.

Yurt Dışı Kitapta Yayımlanan Makale

- **Le repentir actif et le nouveau Code pénal turc,** (Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle), Neuchâtel, 2006, sh.23-27.

Yurtiçi Dergilerdeki Yayınları

- **Kamboç'ta Ceza Usulünün Bir Yüzyıldan Beri Gelişmesi**, (İHFM.,c. XXXIII.,1967, sy. 1-2) (Çeviri)
- **Ölüm Cezası,** (İÜMHAD., 1968, sy.3)
- **Faal Nedamet,** (İHFM, 1968, c. XXXIII, sy. 3-4)
- **Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle,** (Annales de la Faculte de droit d'Istanbul, no. 29-30-31-32), İstanbul, 1968, (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte)

- **Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle,** (Annales de la Faculte de droit d'Istanbul, no. 33-34-35), İstanbul, 1969, (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte)
- **Code de la presse,** (Annales de la Faculte de droit d'Istanbul, no. 33-34-35), İstanbul, 1969, (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte)
- **Kimsenin Kanunu Bilmediği Kabul Olunamaz Kuralının Günümüzdeki Yeri,** (İÜMHAD, 1969, No:4) (Çeviri)
- **Yabancı Ülkede Verilmiş Ceza Yargılarının İnfazı Amacını Taşıyan Bir Düzenlemede Sanığın Gıyabında Kararlaştırılmış Mahkumiyetlere Ayrılacak Yer,** (İÜMHAD, 1969, No:5) (Çeviri)
- **İşlenemez Suç,** (İHFM, İstanbul 1969, c. XXXIV, sy.1-4)
- **Mühür Fekki Suçunda Fekketmenin Kapsamı Üzerine Bir İnceleme,** (İHFM, 1969, c. XXXV, sy. 1-4)
- **Toplumsal Savunma Nedir?,** (İHFM, 1972, c. XXXVII, sy. 1-4) (Çeviri)
- **Uçak Kaçırma Suçu,** (İHFM, 1972, c. XXXVII, sy. 1-4)
- **Ceza Hukuku Genel Bölümüne İlişkin Yabancı Mahkemelerin İlginç Kararlarından Özetler,** (İÜMHAD, 1973, sy. 10) (Çeviri)
- **Ceza Hukuku Genel Bölümüne İlişkin Yabancı Mahkemelerin İlginç Kararlarından Özetler,** (İÜMHAD, 1974, sy. 11) (Çeviri)
- **İftira,** (İHFM, 1974, c. XL, sy. 1-4)
- **Fransız Ceza Hukukunun Elli Yıllık Gelişimi,** (Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul, 1977) (Çeviri)
- **Kamunun Nizamı, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine Cürümler,** (Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul, 1977)
- **Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanuna İlişkin Düşünceler,** (İÜ Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Dergisi, 1979, sy. 2.)
- **Çevre Korunmasında Ceza Hukukunun Katkısı Üzerine,** (Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1979) (Çeviri)
- **Bir Kanun Taslağının Ceza Kuralları Yönünden İncelenmesi,** (İHFM, 1980, c. XLIV. sy. 1-4)
- **Influence de droit français sur les tentatives du monde juridique turc pour s'occidentaliser,** (Annales de la Faculté de droit d'İstanbul, no.43), İstanbul, 1980.

- **Les relations du droit constitutionnel avec le droit penal dans le systeme juridique turc,** (Annales de la Faculté de droit d'İstanbul, no.43), İstanbul, 1980.
- **Çevrenin Korunması ve Türk Hukuku,** (Seha Meray'a Armağan, c.I , Ankara, 1981)
- **Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı,** (İHFM, 1984, sy.1-4)
- **İşkenceyi Önleme Yolları,** (Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998)
- **İstinaf İle İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış,** (Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998)
- **Tartışılan Bir Kurum: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu,** (Yiğit Okur'a Armağan, İstanbul, 1998)
- **CMUK'taki Değişikliklerin Askeri Cezada Uygulanması,** (Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999)
- **Eserlerinin Önsözleri İle Yaşayan Erman,** (Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999)
- **Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılması Yönündeki Son Çalışmalar,** (Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, c.I , İstanbul, 2001)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısında Genel Hükümler Bölümünü Oluşturan Düzenlemenin Genel Özellikleri,** (Ceza Hukuku Reformu, İstanbul, 2001)
- **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Belirlenen Ceza Hukuku Temel İlkeleri,** (GÜHFD, 2003/1)
- **Reform Çalışmalarının Amacı, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (1),** (Günışığı Dergisi, sy.1, Mart 2003)
- **TCK Tasarısında Genel Kurallara İlişkin Düzenlemeler, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (2),** (Günışığı Dergisi, sy.2, Nisan 2003)
- **Çağdaş Bir Hukuk Düzeninde Yaşama Özlemi : Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (3),** (Günışığı Dergisi, sy.3, Mayıs 2003)
- **Gündeme Yerleşmeye Başlayan Önemli Konu : Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (4),** (Günışığı Dergisi, sy.4, Haziran 2003)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ile Türk Hukukunda Görülecek Önemli Yenilikler, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (5),** (Günışığı Dergisi, sy.5-6, Temmuz-Ağustos 2003)

- **Nihayet İnsanın Ortaya Çıkışı, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (6),** (Günışığı Dergisi, sy.7, Eylül 2003)
- **Toplumu Gruplandırmada Yeni Bir Kavram : Toplumun Mağdur Oluşu, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (7),** (Günışığı Dergisi, sy.8, Ekim 2003)
- **Ulus, Devlet ve Kamusal Barışın Ceza Hukuku Yönünden Korunması, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (8),** (Günışığı Dergisi, sy.9, Kasım 2003)
- **İletişim Özgürlüğü ve Yasal Düzenlemelerden Bir Kesit,** (GÜHFD, 2003/2)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri,** (Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara, 2004, sh.21-37)
- **Tasarıda Genel İlkeler İle İlgili İki Değişik Madde,** (Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, İstanbul 2004, sh.33)
- **Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu,** (GÜHFD, 2004/2, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan), (Prof.Dr.Duygun Yarsuvat ile birlikte)
- **Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuklarla İlgili Hükümlere Genel Bir Bakış,** (MHB., 2005 – 2006, sy.1-2, Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan, sh. 45-59)
- **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri,** (Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2006, sh.15-23)
- **Soykırım Suçu,** (Av. Dr. Şükrü Alpaslan'a Armağan, İstanbul 2007, sh.271-282)
- **Ceza Hukukundaki Son Gelişmeler ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine Bakış,** (GÜHFD, 2005/1, Mayıs 2007)
- **Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi,** (Suç ve Ceza, sy.1, İstanbul 2007, sh.83-109) (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte)
- **Eski Önasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza,** (Suç ve Ceza, sy.2, İstanbul 2008, sh.213-217)
- **Yeni Türk Ceza Kanunu ile Geçen Üç Yıl,** (Suç ve Ceza, sy.3, İstanbul 2008, sh.1-20)
- **20-27 Eylül 2009 Büyük Buluşma ya da XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi,** (Suç ve Ceza, sy.4, İstanbul 2008, sh.V-VIII)
- **Tartışılan Madde: TCK m.301,** (Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008, sh.493-510)

- **Ceza Hukuku ve Siyaset,** (Uğur Alacakaptan'a Armağan, c.I, İstanbul, Haziran 2008, sh.127-134)
- **Çevre Kanunu'ndaki Son Değişiklikler,** (GÜHFD'nde yayınlanacaktır.)

Güncel Sorunlarla İlgili Kısa Makaleler

- **Suçun Hukuka Aykırılık Unsurunda Yeni Ufuklar,** (Açık Sayfa, Şubat 1998)
- **Gözaltına Alma,** (Açık Sayfa, Şubat 1999)
- **Özgürlükler ve Polis Şiddeti,** (Güncel Hukuk, Ocak 2004, sh.7)
- **Kanun Tasarılarının Gündeme Geldiği Dönem,** (Güncel Hukuk, Şubat 2004, sh.7)
- **Ceza Kanunu Tasarısı'nın Genel Çizgileri,** (Güncel Hukuk, Şubat 2004, sh.14-17)
- **Buhranlı Olaylarda Ulusal Tepki,** (Güncel Hukuk, Mart 2004, sh.7)
- **Adil Yargılanma Hakkı,** (Güncel Hukuk, Nisan 2004, sh.7)
- **Yargıda Karşılaşılabilecek Yenilikler,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2004, sh.7)
- **Anayasal Değişiklikler ile Gerçekleşen Toplumsal Beklentiler,** (Güncel Hukuk, Haziran 2004, sh.7)
- **Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Biçim Değiştirmesi,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2004, sh.7)
- **Yürürlüğe Giren Basın Kanunu,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2004, sh.7)
- **Hukukun Gelişmesinde Ödüllerin, Yarışmaların Katkısı,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2004, sh.8)
- **Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Ağır Ceza Mahkemeleri?,** (Güncel Hukuk, Açık Tartışma, Ağustos 2004, sh.36-39)
- **Trenin Raydan Çıkması ve İnsanların Ölümü,** (Güncel Hukuk, Eylül 2004, sh.7)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısında Sona Doğru,** (Güncel Hukuk, Eylül 2004, sh.48-51)
- **Olaylar ve Kurallar Çatışması,** (Güncel Hukuk, Ekim 2004, sh.7)
- **Hukuk Eğitimi Güncelleşme Sürecine Girmelidir,** (Güncel Hukuk, Kasım 2004, sh.7)

- **Önemli Yasaların Hazırlanması,** (Güncel Hukuk, Aralık 2004, sh.7)
- **Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı,** (Kazancı, sy.3, sh.7-12)
- **Bir Yaşındayız,** (Güncel Hukuk, Ocak 2005, sh.7)
- **Polis, Trafik ve Çocuk,** (Güncel Hukuk, Şubat 2005, sh.7)
- **Yargıtay'ın Önemli Kararının Etkileri...,** (Güncel Hukuk, Mart 2005, sh.8-10)
- **Siyasal Suç Kavramı ve Terör Olayları,** (Güncel Hukuk, Mart 2005, sh.26)
- **Eleştiri Hakkı,** (Güncel Hukuk, Nisan 2005, sh.7)
- **Linç ve Düşündürdükleri,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2005, sh.7)
- **Uzlaşma,** (Güncel Hukuk, Haziran 2005, sh.7)
- **Gene Uzlaşma Üzerine,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2005, sh.7)
- **Ceza Hukukunda Yeni Yapıtlar,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2005, sh.54)
- **Yargının Siyasallaşması,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2005, sh.6-8)
- **Üniversitede Özerklik Sorunu,** (Güncel Hukuk, Eylül 2005, sh.7)
- **Türk Hukukunda Terörle Mücadele Deneyimi,** (Güncel Hukuk, Eylül 2005, sh.24)
- **Yargıda Su Yüzüne Çıkan Çatışma,** (Güncel Hukuk, Ekim 2005, sh.6-7)
- **Üniversite Özerkliği ve Son Olaylar,** (Güncel Hukuk, Kasım 2005, sh.7)
- **AİHM Kararının Yarattığı Fırtına,** (Güncel Hukuk, Aralık 2005, sh.7)
- **2005 ya da Ceza Hukuku Yılı,** (Güncel Hukuk, Ocak 2006, sh.17-19)
- **Yargının Etkilenmesi Sorunu,** (Güncel Hukuk, Şubat 2006, sh.7)
- **Hukuk ve Tıp,** (Güncel Hukuk, Mart 2006, sh.7)
- **Yargıç ve Savcıların Sorumluluğu,** (Güncel Hukuk, Nisan 2006, sh.7)
- **Bugün 23 Nisan, Neşe Doluyor İnsan,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2006, sh.7)
- **Karanlık Güçlerle Karanlık Günlere Doğru mu?,** (Güncel Hukuk, Haziran 2006, sh.7)
- **Hukuk Eğitiminde Arayış Hareketleri,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2006, sh.7-8)

- **Basın Özgürlüğüne Yeni Sınırlamalar,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2006, sh.6-7)
- **Adli Yıl Açılırken,** (Güncel Hukuk, Eylül 2006, sh.7)
- **Linç,** (Güncel Hukuk, Ekim 2006, sh.7)
- **TCK 301. Maddesi Üzerinde Esen Fırtınalar,** (Güncel Hukuk, Kasım 2006, sh.6-7)
- **Adalet Bakanlığı Hukukçu Sürücü Arıyor,** (Güncel Hukuk, Aralık 2006, sh.6-7)
- **Hepimiz Katiliz... ya da Toplumun Suçluluğu...,** (Güncel Hukuk, Şubat 2007, sh.12)
- **Devam Eden Yasal Sarsıntılar,** (Güncel Hukuk, Mart 2007, sh.7)
- **Ceza Yargılamasındaki Değişimler,** (Güncel Hukuk, Nisan 2007, sh.7)
- **Dinin Türk Ceza Kanunu'na Etkisi,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2007, sh.7)
- **Cumhurbaşkanı Seçimi ve Anayasa Değişikliği**, (Güncel Hukuk, Haziran 2007, sh.6)
- **Yargıya Saygı**, (Güncel Hukuk, Temmuz 2007, sh.7)
- **Yok Oluşa Doğru Gidiş mi?,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2007, sh.7)
- **Yeni Yıla Girerken,** (Güncel Hukuk, Eylül 2007, sh.6-7)
- **Üniversiteler Açılırken,** (Güncel Hukuk, Ekim 2007, sh.6)
- **Tartışmalar Arasında Atatürk,** (Güncel Hukuk, Kasım 2008, sh.7)
- **Gelişen Bir Akım : Farazi Dava ve Duruşma Yarışmaları,** (Güncel Hukuk, Aralık 2008, sh.7)
- **Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda Yapılan Değişiklik ve Yargıç Bağımsızlığı,** (Güncel Hukuk, Ocak 2008, sh.7)
- **Üç Kuruşluk Opera,** (Güncel Hukuk, Şubat 2008, sh.7)
- **Selam Verdim, Rüşvet Deyü Almadılar,** (Güncel Hukuk, Mart 2008, sh.7)
- **Tıp Uygulamalarında Kişiye Her Şey Söylenir mi?,** (Güncel Hukuk, Nisan 2008, sh.7)
- **Yargı Bağımsızlığı Karşısında Yargıyı Etkileme Sorumluluğu,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2008, sh.7)
- **1 Mayıs, 1 Mayıs İşçinin, Emekçinin Bayramı,** (Güncel Hukuk, Haziran 2008, sh.7)

- **Bir Bunalım Daha : Gizli Dinleme ve Gizli İzleme,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2008, sh.7)
- **Karar Darbe ve Şeriatı Önler,** (Güncel Hukuk, Açık Tartışma, Temmuz 2008, sh.10)
- **Bunalımın Böylesi Yaşanmadı,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2008, sh.6)
- **Çetin Özek'in Ardından,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2008, sh.21)
- **Ceza Yargılamasında Mağdurun Tanıklığına İlişkin Güvenilirlik Sorunu,** (Güncel Hukuk, Eylül 2008, sh.7)
- **Basın Özgürlüğü Karşısındaki Tehditler,** (Güncel Hukuk, Ekim 2008, sh.7)
- **Bitmeyen Kabus ve Utanç : İşkence,** (Güncel Hukuk, Kasım 2008, sh.7)
- **Kişi Güvenliğinden Kişi Güvensizliğine,** (Güncel Hukuk, Aralık 2008, sh.7)
- **Güncel Hukuk Beş Yaşını Doldurdu,** (Güncel Hukuk, Ocak 2009, sh.9)
- **İnsan İnsanın Kurdudur,** (Güncel Hukuk, Şubat 2009, sh.7)
- **Hukukun ve Yargının Niteliği Üzerine...,** (Güncel Hukuk, Mart 2009, sh.7)
- **Gizli Dinlemeden Gizli İzlemeye,** (Güncel Hukuk, Nisan 2009, sh.7)
- **Gündemdeki Kavram : Arama,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2009, sh.7)
- **Kanun Yapma Yöntemindeki Yanlış Uygulamanın Doğurduğu Aksaklıklar,** (Güncel Hukuk, Haziran 2009, sh.7)
- **Çözümlenemeyen Sorun : Tutuklama,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2009, sh.7)
- **Askeri Yargının Sınırlanması Üzerine,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2009, sh.7)
- **Adli Yıl Açılırken,** (Güncel Hukuk, Eylül 2009, sh.7)
- **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi,** (Güncel Hukuk, Açık Tartışma, Eylül 2009, sh.13-16)
- **Gündemdeki Konu – Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu,** (Güncel Hukuk, Ekim 2009, sh.7)
- **Çek Kanun Taslağının Düşündürdükleri,** (Güncel Hukuk, Kasım 2009, sh.6-7)
- **Grip Aşısı Krizi,** (Güncel Hukuk, Aralık 2009, sh.7)

- **Çek Kanunu Yürürlüğe Girdi...,** (Güncel Hukuk, Ocak 2010, sh.7)
- **Kuvvetler Ayrılığı – Yargının Vazgeçilmez Gücü,** (Güncel Hukuk, Şubat 2010, sh.7)
- **Yeni Anayasa ve Toplumsal Uzlaşma,** (Güncel Hukuk, Mart 2010, sh.6-7)
- **Hani Düşünce Özgürlüğü Sınırsızdı....,** (Güncel Hukuk, Nisan 2010, sh.7)
- **Kamuoyunda Tartışılan Konu : Özel Ağır Ceza Mahkemeleri,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2010, sh.7)
- **Anayasa Değişiklikleri Karşısında Yargı,** (Güncel Hukuk, Haziran 2010, sh.7)
- **Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine...,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2010, sh.7)
- **Bakırköy Kültür ve Sanat Konağı'nda Etkilenişimler,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2010, sh.57)
- **Adli Yılın Sona Ermesi Nedeniyle....,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2010, sh.7)
- **Gündemdeki Tartışma Konusu ; Yargı,** (Güncel Hukuk, Eylül 2010, sh.7)
- **Referandumu İzleyen Kavram : Başkanlık Rejimi,** (Güncel Hukuk, Ekim 2010, sh.7)
- **Atatürk'e Saygı,** (Güncel Hukuk, Kasım 2010, sh.7)
- **Yargılamanın Bitmeyen Tartışmalı Sorunu: Tutuklama,** (Güncel Hukuk, Aralık 2010, sh.6-7)
- **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Gençlerimiz,** (Güncel Hukuk, Ocak 2011, sh.7)
- **2010 ve Ceza Hukuku,** (Güncel Hukuk, Ocak 2011, sh.20-22)
- **Tutuklamadaki Süre Tartışmasının Yeniden Gündeme Gelmesi, Kanun Yapma Sanatı,** (Güncel Hukuk, Şubat 2011, sh.7)
- **Yargının Tarihsel Konumu,** (Güncel Hukuk, Mart 2011, sh.7)
- **Basın Özgürlüğü ve Örgüt Üyeliği,** (Güncel Hukuk, Nisan 2011, sh.7)
- **Düşünce ve Bomba Hazırlığı,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2011, sh.7)
- **Asliye Ceza Mahkemelerinin Değişen Yapısı, Cumhuriyet Savcılarının Yokluğu,** (Güncel Hukuk, Haziran 2011, sh.7)

- **Ucube,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2011, sh.7)
- **Yasama Dokunulmazlığı,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2011, sh.7)
- **Üniversite Öğrencisi Çalışan Bir İşçidir,** (Güncel Hukuk, Eylül 2011, sh.6)
- **Tutuklular da İnsandır,** (Güncel Hukuk, Ekim 2011, sh.7)
- **Hukuk Dünyasının Gökyüzünde Bir Yıldız Kaydı, Av. Cengiz İlhan'ı Kaybettik...,** (Güncel Hukuk, Ekim 2011, sh.64-65)

Yurt içi Bildiri Kitaplarında Yayımlanan Yayınları

- **Seminaire sur les problemes de la circulation routière en Turquie**, (Annales de la Faculte de droit d'İstanbul, no. 29-30-31-32), İstanbul, 1968.
- **Trafik Düzensizliği ve Çözüm Yolları,** (İHFM, 1972, c. XXXVII, sy. 1-4) (Genel Rapor)
- **Yığın Hareketlerinde Sorumluk Sorunu,** (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu II, Ankara, 1978) (Rapor)
- **Film ve Suç,** (Sinema Filmlerinin Sansürü Kollokyumu, İstanbul, 1978) (Rapor)
- **La contribution de la protection penale à l'environnement,** (Annales de la Faculte de droit d'İstanbul, no.41), İstanbul, 1978.
- **Les principes de politique criminelle en turquie et les rapports de ces principes avec ceux de la politique penale concue dans le sens strict du terme,** (Annales de la Faculte de droit d'İstanbul, no.41), İstanbul, 1978.
- **Karayolu Trafiğinin Yasal Düzenleme Çabalarından Bir Örnek,** (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu IV, Ankara, 1980) (Rapor)
- **Dini İnanç ve İbadet Özgürlüğünün Ceza Kuralları İle Korunması,** (Atatürk Sempozyumu, İstanbul, 1981) (Rapor)
- **11 Yaşını Bitirmiş 15 Yaşını Doldurmamış Olanlarda Farik ve Mümeyyizlik Kavramı Nedir?,** (II. Ulusal Adli Tıp Günleri, İstanbul, 1986) (Rapor)
- **Trafikte Tehlikeli İhlaller ve Suçlar, Trafik Cezaları, Puan Sistemi,** (Türkiye'de Trafik Kazaları ve Alınacak Önlemler, Ankara, 1987) (Rapor)
- **İş kazaları: Meslekte Kazanma ve Çalışma Gücünün Kaybı, Kavramlar ve Mesleki Kusurlar,** (IV. Ulusal Adli Tıp Günleri, İstanbul, 1989) (Rapor)

- **Uyuşturuculardа İtiyat ve İptila Deyimlerinin Tartışılması,** (V. Ulusal Adli Tıp Günleri, İstanbul, 1990)
- **Çocuk Hakları,** (İnsan Hakları Bağlamında Sosyal ve Kültürel Haklar Paneli, İstanbul, 1991)
- **Babalığın Tayininde Son Hükümler,** (VI. Ulusal Adli Tıp Günleri, İstanbul, 1992)
- **TCK Öntasarısında Çocuk Suçluluğuna İlişkin Düzenleme,** (Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul, 1993)
- **Değişen Dünyada Birey, Aile, Toplum ve TCK içerisinde Yer Alan Bazı Suçlar,** (Kadın Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 1993)
- **Hekimin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu,** (Tıp Deontoloji Sempozyumu, İstanbul, 1994)
- **Medya ve Şiddet,** (Basın Kendini Sorguluyor, İstanbul, 1996)
- **Banka Kredi Kartları Aracılığı İle İşlenebilen Suçlar,** (Hukuki Açıdan Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu I, İstanbul, 1996) (Rapor)
- **Ceza Hukuku Yönünden Şiddet,** (Şiddet ve Hoşgörü-Galatasaray Topluluğu İşbirliği Kurulu yay., İstanbul, 1997) (Rapor)
- **Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri,** (Ceza Hukuku Günleri, İstanbul, 1997) (Rapor)
- **Gazeteci Nedir? Ne Değildir?,** (Yerel Basında Gazetecinin Tanımı İşlevi Çalışma Koşulları Ve Sorunları, İstanbul, 1997)
- **Sağlık Sektörü ve Medya,** (ATKEM Dergisi, İstanbul, 1997, c.I)
- **Cürüm Eşyasını Satın Almak ve Saklamak,** (Kuyumculuk Sektörünün Sorunları, I)
- **Ceza Hukuku Açısından Kredi Kartı Sahtekarlık ve Dolandırıcılıklarının Değerlendirilmesi,** (Hukuki Açıdan Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu II, İstanbul, 1999) (Rapor)
- **CMUK'taki Değişikliklerin Askeri Ceza Yargılamasında Uygulanması,** (Askeri Yargıtay 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1999) (Rapor)
- **Yargı ve Medya İlişkileri : Batı Deneyimleri, Türkiye'deki Durum, Mevzuat Eksiklikleri ve Hukuk Devleti,** (Hukuk Kurultayı, 2000, c.II, Ankara, 2000) (Rapor)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısında Genel Hükümler Bölümünü Oluşturan Düzenlemenin Genel Özellikleri,** (Ceza Hukuku Reformu, İstanbul, 2001)

- **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku: Genel Değerlendirme,** (Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003) (Rapor)
- **Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı,** (Türkiye Barolar Birliği'nin 05 Mayıs 2004'te düzenlediği Bilgi Edinme Hakkı Paneli'ne sunulan rapor), (Bilgi Edinme Hakkı, Ankara, 2004, sh.109-117)
- **Bankalar Kanunu'nun Ceza Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi,** (İstanbul Barosu'nun düzenlediği Bankalar Kanunu Paneli'ne sunulan rapor), (Bankalar Kanunu ve İlişkili Kanun Değişikliklerinin Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, 2004, sh.27-37)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri,** (Türk Ceza Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği ortak yayını), (Av. Önder Öztürel - Arş.Gör.Pınar Memiş ile birlikte) (Türk Ceza Kanunu Tasarısı, İstanbul, 2004, sh.31-39)
- **Kişi Güvenliği,** (Hukuk Kurultayı, 2004, c.II, Ankara, 2004) (Rapor)
- **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar,** (Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği ile Eskişehir Barosu ortak toplantısı) (Hukuk ve Adalet, Nisan 2005, sy.5, sh.220-227)
- **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış,** (Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu'na sunulan rapor, 28 Nisan 2005) (Legal, Ağustos 2005, sy.32, sh. 2863-2871) (Rapor)
- **Kredi Kartı İle İlişkili Sahtekarlık / Dolandırıcılık Örneklerinin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,** (Hukuki Açıdan Banka Kartı ve Kredi Kartı Sempozyumu, İstanbul, 2005) (Rapor)
- **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisinin Yasal Dayanakları,** (Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi Paneli, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, sh.25-38) (Rapor)
- **Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan Millete ve Devlete Karşı Suçlar,** (Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, sh.67-83).

  (Aynı makale, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2005, cilt II, sayı 2, sh.371-375 sayfalarında da yayınlanmıştır.)
- **Yeni Ceza Kanunları ve Çocuk Hekimliği,** (III. Ulusal Çocuk Acil Tıp ve Yoğun Bakım Kongresi, 2006) (Tebliğ)
- **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı,** (Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Araştırma, Uygulama ve Danışma Merkezi Konferansları) (Tebliğ)
- **İnsanlığa Karşı Suçlar,** (Uluslararası Ceza Yargısı – Uluslararası Nitelik Taşıyan Suçlar, Adalet Bakanlığı Adalet Akademisi) (Yayınlanacaktır.)

- **Bir Adli Organ Olarak Savcılık,** (Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, TBB Yayını, sh.339-344)
- **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı,** (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen I. Sağlık Hukuk Sempozyumu'na sunulan bildiri, 17 Kasım 2006, sh.96-104).
- **Ceza Hukukuna Genel Bakış ve TCK m.301,** (İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları-1'e sunulan bildiri, 31 Mart 2007, İstanbul 2008, sh.135-165)
- **Türk Ceza Kanunu'nun Üç Yıllık Değerlendirmesi,** (İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları-2'ye sunulan bildiri, 12 Nisan 2008, İstanbul 2008, sh.207-234)
- **Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi,** (Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Sempozyumu'na sunulan bildiri, 16-17 Haziran 2007, İstanbul 2008, sh.137-147)
- **Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi,** (Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı Sempozyumu'na sunulan bildiri, 21-22 Haziran 2008, İstanbul 2009, sh.85-107)

KİTAPLARI

- **Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları,** İstanbul, 1969, (Prof. Dr. Ali Rıza Okur ile birlikte) (İstanbul Barosu 1968 Bilim Ödülü).
- **Türk Hukuk Bibliyografyası 1963, 1964, 1965,** İstanbul, 1970, (Prof. Dr. Teoman Akünal ile birlikte).
- **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,** İstanbul, 1972, (Doktora Tezi)
- **Türk Hukuk Bibliyografyası 1969, 1970,** İstanbul, 1973, (Prof. Dr. Teoman Akünal ile birlikte).
- **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü,** İstanbul, 1977, (Doçentlik Tezi).
- **Siyasal Suç,** İstanbul, 1982, (Profesörlük Takdim Tezi).
- **Nüfus, Kadın ve Hukuk,** Ankara,1985, (Ortak Eser).
- **Türkiye'de Nüfus Planlaması, Kadın ve Hukuk,** Ankara, 1985, (Ortak Eser).
- **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş,** İstanbul, (Hans-Heinrich Jaecheck, Çev. Feridun Yenisey), (Türk Hukukuna İlişkin Açıklama: Prof. Dr. Kayıhan İçel ile birlikte).
- **Ceza Hukuku El Kitabı,** İstanbul, 1989, (Ortak Eser).
- **Yasalarımız ve Haklarımız,** İstanbul, 1990, (TÜSİAD yayını), (Ortak Eser).
- **Yargılama Düzeninde Kalite,** İstanbul, 1998, (TÜSİAD yayını), (Ortak Eser).
- **İnşaatçıların Deprem Hasarlarından Doğan Sorumlulukları ile Hasarlı Binaları Onarma Güçlendirme Yolları,** İstanbul, 2000, (Ortak Eser).
- **İnternet ve Hukuk,** İstanbul, 2001, (Ortak Eser).

ÜYESİ OLDUĞU VE GÖREV ÜSTLENDİĞİ ULUSAL VE ULUSLARARASI KURULUŞLAR

- Association Internationale de Droit Pénal
- Türk Ceza Hukuku Derneği – İstanbul
- Galatasaray Eğitim Vakfı (II. Başkan)
- Galatasaraylılar Derneği
- Alliance Galatasaray
- İ.Ü. Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Mütevelli Heyet Üyesi – Kurucu Üye
- İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mezunlar Derneği
- İSTEK İstanbul Eğitim ve Kültür Vakfı Mütevelli Heyet Genel Kurul Üyesi
- Atatürk Vakfı Kurucular Kurulu Üyesi
- Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı

Yurt Dışı Hakemli Dergilerdeki Yayınları	:	3 adet
Yurt Dışı Bildiri Kitaplarındaki Yayınları	:	2 adet
Yurt Dışı Kitapta Yayımlanan Makale	:	1 adet
Yurtiçi Dergilerdeki Yayınları	:	55 adet
Güncel Sorunlarla İlgili Kısa Makaleler	:	102 adet
Yurt içi Bildiri Kitaplarında Yayımlanan Yayınları	:	47 adet
Kitapları	:	14 adet

İÇİNDEKİLER

Yayın Kurulu'ndan VII

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'ın Özgeçmişi IX

Yayınları XI

Kitapları XXIV

Üyesi Olduğu ve Görev Üstlendiği Ulusal ve
Uluslararası Kuruluşlar XXV

Hatıra Yazıları

İnan KIRAÇ
Prof. Dr. Köksal Bayraktar 3

Duygun YARSUVAT
Aziz Kardeşim Köksal Bayraktar 5

Ümit KOCASAKAL
Bu Kubbede Baki Kalacak Bir Hoş Sada:
Hocam Köksal Bayraktar 9

Özden BAYRAKTAR
Çocuğun Gelişiminde Babalığın Etkileri 13

M. Ali BİRAND
Herşeyden Önce Bir İnsan... 23

Tayfun UZUNOVA
Prof. Dr. Köksal Bayraktar İçin 27

Muammer AYDIN
"Bayraktar" Olmak Kolay Değil ! 29

Türker ASLAN
Melek İnsan 33

Kısmet ERKİNER
Tam Yarım Yüzyıl Oldu 35

Neşe KIZIL
Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a 45

Mehmet GÜN
Türkiye, Uyuşmazlıklarda Doğrunun Tam Olarak Açıklanmasına -
Çağdaş Bir İfşa ve İbraz Sistemine Muhtaçtır 49

Bilimsel Yazılar

Teoman AKÜNAL
Ceza Hukuku İlkeleri Işığında Dernek Cezaları 91

Füsun ARSAVA
Kuvvet Kullanma Tehdidi Yasağına İlişkin Analiz 109

Aydın AYBAY
Tapu Kütüğüne İşlenmiş Şerhin Terkini Davası ve Tahkim Şartı 121

Rona AYBAY
Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu 125

Pierre-Henri BOLLE, Çeviren: Güçlü AKYÜREK
Ticari Meşru Savunma 151

Nur CENTEL
5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon
Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 161

Isidoro Blanco CORDERO
La Jurisdicción Universal en España: Un Paso Atrás en la
Lucha Contra la Impunidad 193

H. Ercüment ERDEM
Incoterms® 2010 219

Serap KESKİN-KİZİROĞLU
Arama İşlemi Bakımından Şirket Avukatının Şirket İçindeki
Çalışma Yeri Avukatın Bürosu Sayılabilir Mi?
- Karar Çevirisi ve Değerlendirme - 237

Ahmet MUMCU
Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı? 261

Fatih Selami MAHMUTOĞLU
Aleyhe Bozma Yasağı - Kesin Hükmün Engelleyici Etkisi -
Lehe Yasa Kuralının Uygulanması - Somut Cezanın
Saptanmasında Alt Sınırdan Uzaklaşılması 271

Ayşe NUHOĞLU
Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı
Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku 287

Ali Rıza OKUR
Hekimin Serbest Çalışma Hakkı ve Sınırları 301

Füsun SOKULLU-AKINCI
Confidence in Criminal Justice and Trust-Based Crime Control 319

Ersan ŞEN / Bilgehan ÖZDEMİR
Yasak Hakların İadesi Karşısında Karayolları Trafik
Kanunu ile Milletvekili Seçimi Kanunu'nun Değerlendirilmesi 335

Turgut TAN
Anayasa Mahkemesi Uygulamalarına İlişkin Bazı Gözlemler 357

Yener ÜNVER
Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?
(Alman Anayasa Mahkemesi'nin Konuyla İlgili Bir Kararı Üzerine
Kısa Bir Değerlendirme) 367

Duygun YARSUVAT
Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim İlkeler:
İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi? 377

Hamdi YASAMAN
Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında
Dava Açma Süresi 389

Feridun YENİSEY
Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık 397

Hamide ZAFER
Fuhşa Teşvik Suçunda Zincirleme Suçun Mağdura İlişkin Koşulunun
Değerlendirilmesi 421

Rıdvan AKIN
Birinci Meclis Döneminde Sivil Otoritenin Üstünlüğü ve
Ordunun Yönetimi Tartışması 431

Çetin ARSLAN
Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin
Üçüncü Ülkelere Aktarılması 447

Melike BATUR YAMANER
İnsancıl Hukukun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Tarafından Uygulanışında İçtihadi Gelişmeler 489

Ali Rıza ÇINAR
Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf Yasayolu 503

Tuğrul KATOĞLU
Asliye Ceza Mahkemelerinin Yeni Durumu "Silahların
Eşitliği" Tartışmalarından "Silahlara Veda"ya 533

Emre ÖKTEM
Terör Eylemlerinden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu 545

Handan YOKUŞ SEVÜK
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Gizli Tanıklık 615

Mustafa T. YÜCEL
Yargı Reformu ve Demokrasi
(Halkın Geleceğe ve Yargıya Sahiplenmesi) 625

Sinan ALTUNÇ
Basın Kanunu'ndaki Dava Açma Süreleriyle İlgili
Düzenlemenin Değerlendirilmesi 657

H. Ali DURAL
5941 sayılı Çek Kanunu'na Göre Gerçek Kişilerin Temsilci Aracılığıyla

Çek Düzenlemesi ve Gerçek Kişi Tacirin Ticari Mümessilinin
Çek Düzenleme Yetkisi 667

R. Barış ERMAN
Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri 679

Ali Hakan EVİK
"Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Hırsızlık" Suçuna
İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi 703

Vesile Sonay EVİK
Suçluyu Kayırma Suçu 717

Faruk Kerem GİRAY
Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi
Sözleşmesine İlişkin Değerlendirme 749

Nurcan İPEK
Roma Hukukunda Kadının Cezai Sorumluluğu 773

Zeynel T. KANGAL
Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması 785

Fatma KARAKAŞ DOĞAN
Suçların ve Cezaların İçtimaı 813

Eric SALES-Burak ÇELİK
2008 Anayasa Değişikliği Sonrasında Fransa'da Yargıçlar ve
Savcılar Yüksek Kurulu 847

Hasan SINAR
Türk Hukukunda Doğal Afetlerden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu
Üzerine Notlar 873

Stephen C. THAMAN, Çeviren: Hasan SINAR
Hakikat Vs. Yasallık: Hukukun Üstünlüğünü Benimseyen
Bir Ülkede Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin
Aklanmasının Sınırları 887

II. Cilt

Güçlü AKYÜREK
Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Unutulmuş Hükmü:
Madde 332 (Bilgi İsteme) 933

Emine Eylem AKSOY RETORNAZ
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması Ve Ceza
Yargılaması Hukukuna Yansımaları 943

Sıtkı Anlam ALTAY
Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi 963

Birden GÜNGÖREN
Hegel'in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı 989

Hakan KIZILARSLAN
Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı 1003

Gülşah KURT YÜCEKUL
Türk Ceza Kanununun 220/4. Maddesinin, Bileşik Suçu Düzenleyen
42. Madde Karşısında Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme 1027

Pınar MEMİŞ KARTAL
Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu (TCK M.108) 1035

Çağla TANSUĞ
Fransız Hukukunda "Regülasyon" Hakkında 1049

Erman BENLİ
Ekonomik Zarar 1055

Yusuf Tunç DEMİRCAN
Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Asılsız Cinsel Saldırı İddiaları 1091

Hülya DİNÇER
Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve "Dini His"lere
Tanınan Koruma 1101

Fulya EROĞLU
Genital Muayene Suçları (TCK m. 287) 1127

Onur Kemal KERMAN
Ceza Hukuku Sistemlerinin Kısa Bir Değerlendirmesi 1143

Florian JEßBERGER/ Camill SANDER
Alternatif Kast (Dolus Alternativus)
(Çev.: Arş. Gör. Serkan MERAKLI) 1153

Gizem Sarıbay ÖZTÜRK / Faruk Barış MUTLAY
Insurance Branches in Turkish Social Security Law after Reform 1159

Tolga ŞİRİN
Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali Sorunu ve Bir Danıştay
Kararının Düşündürdükleri 1189

Zeynep TUZLU
Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 26.01.2008 Tarihli ve
C-498/07 P Sayılı La Española V Carbonell Kararı Üzerine
Bir İnceleme 1205

Yasemin ANTAKYALIOĞLU
Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Gaiplerin ve Kaçakların
Yargılanması 1249

Metin ASLAN
Dernek Kurma Hakkı 1267

Cüneyd ALTIPARMAK
Tefecilik Suçu 1287

Ömer BAYRAKTAR
Organ ve Doku Nakli 1297

Burak CANDAN
Teknolojik Araçlardan Elde Edilen Verilerin
Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi 1331

Aysun DALKILIÇ
Türk Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Korunması 1341

Kısmet ERKİNER
Doping.....1355

Valerie P. HANS
Dünyadaki Jüri Sistemleri (Çev.: Elif GÖKŞEN).....1399

Dilek HELVACI
Alkollü Araç Kullanmak Ve Taksir.....1425

Kürşat KAYRAL
5187 Sayılı Basın Yasasında İdari İşlemler.....1431

İlkan KOYUNCU
5941 5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu...1445

Serdar MERMUT
Organ ve Doku Ticareti Suçu.....1457

Aydın METİN
Zorunluluk Hali 1489

Ali Osman ÖZDİLEK
CMK M.134 Uygulamasında Verilerin MD5 Algoritmasi İle
"Hash"Değerlerinin Alınmasında Çakışma (Collision) Sorunu 1497

Dilek SALMAN KARADENİZLİ
Elektronik Haberleşme Endüstrisinde Hakim Durum ve
Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri.....1503

Mustafa TIRTIR
Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi.....1553

Nilgün YAMANER
Gemi Kaçırma ve Korsanlık ve Cezalandırma 1599

Can ÇELİK
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları
Komisyonu Kararları Çerçevesinde Terörizm ve İfade Özgürlüğü 1603

Can VODİNA
Büyük Daire
Bayatyan Ermenistan'a Karşı.....1629

Sevil ALTINÖZ
Türk Hukuku'nda Karşılıksız Çek 1671

Aras TÜRAY
Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu..... 1681

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Unutulmuş Hükmü: Madde 332 (Bilgi İsteme)

Güçlü AKYÜREK[*]

I– Giriş

Bir yargılamanın özellikle de kişilerin özgürlüğünü doğrudan ilgilendiren ceza yargılamasının çok uzun yıllar sürmeyip makul bir süre içerisinde bitirilmesi her zaman gündemde olan bir amaç ve temel bir insan hakkıdır. Ancak bu amaca ulaşmak son derece zordur zira bir yandan maddi gerçeğe ulaşmaya çalışan ceza yargılamasını aceleye getirip yanlış tespitlere ve adaletsiz sonuçlara yol açılması tehlikesi bulunmaktadır. Diğer yandan da yargılamanın çok uzaması maddi ve manevi kayıplara neden olmakta, bazı davalarda adeta "kural" halini alan tutuklama tedbiri yüzünden yargılanan kişilerin yıllarca, haklarında bir mahkumiyet hükmü bulunmaksızın özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Keza tutukluluk söz konusu olmasa bile bir kişinin makul olmayan bir süre boyunca yargılanması, insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde kabul edilemez bir durumdur.

Türkiye'nin de kurucularından olup yargı yetkisini kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de "makul sürede yargılama" ilkesi açısından son derece hassastır. Yargılamayı yapan devletin, yalnızca yargı erki açısından değil bütün kurumlarıyla beraber sorumlu olduğu kabul edilmekte (Moreira de Azevedo - Portekiz, 23.10.1990)[1] ve Sözleşme'nin 6. maddesinin bir gereği olarak yalnızca ceza yargılamalarında değil özel hukuk yargılamalarında da "makul süre" dikkate alınmaktadır[2]. Ayrıca tutuklamanın söz konusu olduğu hallerde Mahkeme, daha ayrıntılı inceleme yapıp daha da hassas davranmaktadır (Abdoella – Hollanda, 25.12.1992)[3].

---

[*] Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

[1] Michele de Salvia, Compendium de la CEDH, Vol. 1, Kehl, 2003, s. 347.

[2] İlgili kararlar için bkz. Michele de Salvia, a.g.e., s. 350 vd.

[3] Michele de Salvia, a.g.e., s.362.

Bununla birlikte Türkiye'deki yargılama sürelerinin uzunluğunun da halen makul olmadığını objektif veriler ortaya koymaktadır. Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2009 yılı verilerine göre ceza mahkemelerindeki ortalama yargılama süresi 250 günü bulmaktadır. Bu süre çocuk ağır ceza mahkemelerinde 517 gün, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde ise 347 güne kadar çıkmaktadır. Yargıtay'da ise bu süreler ceza daireleri açısından 399 gün, Ceza Genel Kurulu açısından 170 gün olmaktadır. Soruşturma süresi açısından bir veri olmamakla birlikte 2009'da Cumhuriyet başsavcılıklarına bir önceki yıldan devredenlerle birlikte 6.030.670 işin geldiği ve bunlardan yarısına yakınının (2.802.409) yine bir sonraki yıla devredildiği dikkate alınacak olursa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "makul süreyi" hesap ederken göz önüne aldığı[4] süreç olan soruşturma + kovuşturma + temyiz ile beraber bir hükmün kesinleşmesinin ortalama olarak üç yılı geçtiğini kabul etmek doğru olacaktır[5]. Hatta bazı dava dosyalarının yıllarca resmi makamların önünde beklemesi nedeniyle yargılama süresinin on yılı aştığı ve buna bir çare bulunması gerektiği bizzat Yargıtay Başkanı'nın ifadeleriyle basına yansımıştır[6].

Öte yandan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yargılamayı, adalet ilkesinden şaşmayacak biçimde hızlandırmayı amaçlayan birçok yeni düzenlemeye yer verilmiştir. Bunlardan bir tanesi de bu çalışmanın konusunu oluşturan ve "Bilgi isteme" başlıklı 332. maddesidir. Kanun Tasarısı'nın ilk halinde bulunmayan bu madde daha sonra TBMM Adalet Komisyonu'nda eklenmiştir[7].

II– Maddenin incelenmesi

Madde şu biçimde düzenlenmiştir:

"*MADDE 332 – Bilgi İsteme*

(1) Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.

---

4 A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, AİHS ve Uygulaması, 7. Bası, Ankara, 2007, s. 285.

5 İstatistikler için bkz. www.adlisicil.adalet.gov.tr.

6 "Altını iki kere çizerek söylüyorum", www.dha.com.tr, Erişim: 8.9.2011.

7 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesi de benzer bir içeriğe sahiptir.

(2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257'nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır."

a) Bilginin istenmesi: Madde gerek adından, gerekse içeriğinden anlaşıldığı üzere soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında Cumhuriyet savcısı, yargıç ya da mahkemenin, ilgili konuda bilgi almak üzere bir gerçek ya da tüzel kişiden yazılı olarak istemde bulunmasını, gerekli cevabın ya da cevap verememe gerekçesinin on gün içinde bildirilmesini düzenlemektedir. Aksi yöndeki bir hareket 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Görevi kötüye kullanma" başlıklı 257. maddesi gereğince cezalandırılacaktır.

Öncelikle vurgulanması gereken nokta bilgiyi, soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısı veya yargıç, kovuşturma sırasında ise mahkemenin isteyebileceğidir. Cumhuriyet savcısının, soruşturmayı yürüten kişi olarak (CMK 160-161) bu kapsamda bilgi isteminde bulunabilmesi son derece doğaldır. Keza aynı biçimde soruşturma sırasında örneğin bir koruma tedbirinin uygulanması için dosya önüne gelen yargıcın da 332. madde uyarınca bilgi istemesi söz konusu olabilir. Ancak koruma tedbirinin Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile uygulanıp yargıcın onayına sunulduğu hallerde kesin yasal süreler nedeniyle böyle bir uygulamanın fiilen pek de olanaklı olmadığının altı çizilmelidir (örneğin CMK m. 127/3, m. 135/1). Kovuşturma aşmasında ise süreç artık mahkeme tarafından yürütülmekte olduğundan gerekli bilgiyi de ancak mahkeme isteyebilecektir. Bununla birlikte Cumhuriyet savcısı, katılan, müdafii ve sanığın da mahkemeye bu yönde istemde bulunması hukuken olanaklı olduğu gibi uygulamanın gelişebilmesi açısından gereklidir de.

Öte yandan yasaya bağlılık ve düzenlemenin doğası gereği istenen bilginin, devam etmekte olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olması gerekmektedir. Bu bağlamda yargılama dışı bir konuyla ilgili olarak kişisel bir saikle ya da başkaca bir nedenle bilgi talep eden Cumhuriyet savcısı, yargıç veya mahkemenin eylemi CMK m. 332 kapsamında değerlendirilemeyecek ve hiçbir biçimde maddede öngörülen yaptırımların devreye girmesi söz konusu olamayacaktır. Ayrıca mevcut özel nitelikli düzenlemeler de dikkate alınmalıdır. Örneğin bir kurumdan yazılı bir bilgiyi istemek değil de bir kişinin yargılama konusu olayla ilgili görgü ve/veya bilgisine başvurulacaksa 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki tanıklık (m. 43 vd.) veya bilirkişilik (m. 62 vd.) hakkındaki hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Öte yandan Kanun'un 47. maddesinin, devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin, yalnızca hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçların yargılama-

sında mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı hükmünü getirmiş olması karşısında diğer hallerde CMK m. 332 aracılığı ile devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin istenmesi veya soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısının aynı usulle istemde bulunması hukuken olanaklı değildir.

Bu durumda tartışılması gereken diğer bir konu bilginin istendiği muhatabın, istemle ilgili bir değerlendirme yapma ve duruma göre istemi reddetme hakkı ve yetkisi bulunup bulunmadığıdır. Aslında düzenlemenin lafzı bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Zira birinci fıkranın ilk cümlesinde bilgi verilmesinin zorunluluğu istisnasız biçimde ifade edildikten sonra ikinci cümlede yalnızca süre açısından olanaksızlık kabul edilmekte ve daha uzun sürede de olsa bilginin gönderilmesi istenmektedir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunması (AY m. 20/3), haberleşmenin gizliliği (AY m. 22) veya kişinin kendisi ya da bir yakını aleyhine delil sunmaya zorlanmaması (AY m. 38/5) gibi anayasal düzeyde de korunan bir temel hak söz konusu olduğunda durum değişebilecek midir?

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin etkin biçimde korunabilmesi bakımından düzenlemenin bu biçimde yorumlanması uygun olacaktır. Örneğin bir kişinin kendisini ya da bir yakınını suçlayıcı bilgileri isteyip, vermemesi halinde ceza tehdidi ile karşı karşıya bırakmak hem Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile koruduğu değerlere aykırılık oluşturacaktır. Keza ilgilinin özel hayatının gizliliğinin, dolayısıyla da Sözleşme'nin 8. maddesi ile korunan değerlerin de devreye girmesi söz konusu olabilecektir. Tartışma açısından CMK m. 332'nin metni ve gerekçesi sessiz olmakla[8] birlikte mülga 1412 sayılı Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu'na 1973 yılında 1696 sayılı yasa ile eklenen Ek Madde 4, bazı suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında istenen bilgilerin yedi gün içinde iletilmesini isteyerek ve cevap verilmemesini de cezalandırarak benzer bir düzenleme içermekteydi. Madde gerekçesinde de bilginin verilmesine karşı "kanuni bir hal varsa" bunun da yasal süre içerisinde bildirilmesi gerektiği belirtilerek, bilgi istenmesinin mutlak olmadığı, ayrık durumların olabileceği kabul edilmekteydi. Örnek olarak mülga 1412 sayılı yasanın 88. maddesindeki ifşasının ülkenin esenliğine zarar verecek, resmi kurumlardaki belgelerin iletilmesi yasağı gösterilmekteydi[9]. Eski gerekçedeki bu açıklama yol gösterici olarak kabul edilmelidir.

---

8 Madde gerekçesi herhangi bir konuda bilgi vermekten uzaktır: "*Tasarıya, 331 inci maddeden sonra gelmek üzere "Bilgi isteme" başlığı altında 332nci madde eklenmiştir*" bkz. Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökcen – A. Caner Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, 5. Baskı, İstanbul, 2005, s. 822.

9 Vural Savaş – Sadık Mollamahmutoğlu, CMUK Yorumu, Cilt II, Ankara, 1995, s. 2415.

Konuyla ilgili somut bir tartışma yakın zamanda basına da yansımıştır. Devam etmekte olan bir yargılama ile ilgili olarak mahkeme, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na yazı yazarak belli bir tarihte belirli bir bölgedeki tüm kişilerin taşınabilir telefon numaralarının gönderilmesini istemiştir. Başkanlık ise istemin, "özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği" gerekçesini ileri sürerek ret cevabı vermiştir[10]. Durum yalnızca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. maddesi bağlamında değerlendirilirse on günlük yasal sürede cevap verilmediği için ikinci fıkra uyarınca ilgililerin cezai sorumluluğuna gidilmesi söz konusu olabilecektir. Ancak burada kişilerin anayasal düzeydeki "özel hayatın gizliliği" hakkının korunması devreye girmektedir. Anayasa'nın özellikle 22. maddesi ışığında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ve devamı maddelerinde kişilerin telekomünikasyon yoluyla yaptıkları iletişimin denetlenmesi yani tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kesin ve açık kurallarla düzenlenmiştir. Bu kuralların dışına çıkılarak böylesi "toplu" bir karar verilmesi, şüphesiz özel hayatın gizliliğine haksız ve ağır bir müdahale oluşturur ve bu hakkı ihlal eder. Her ne kadar ilgili gazete haberinde Yargıtay'ın bu yönde kararları olduğu iddia edilse ve suçlulukla mücadele vazgeçilmez bir faaliyet olsa da hakların korunması açısından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın ret cevabı hukuka uygundur.

b) Cevap vermemenin sonuçları: Savcılık, yargıç veya mahkemenin istediği bilginin on gün içinde iletilmemesinin veya en azından ne zaman iletilebileceğinin bildirilmemesinin sonucu ve yaptırımı da 332. maddenin ikinci fıkrasında gösterilmektedir. Buna göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesi yani görevi kötüye kullanma suçu devreye girebilecektir. Düzenlemede yasakoyucu doğrudan yaptırımı öngörmek yerine başka bir suç düzenlemesine atıf yaparak dolaylı bir cezalandırma yolunu benimsemiştir[11].

Suçun incelemesine geçmeden önce düzenlemenin iki önemli sonucuna dikkat çekmek gerekmektedir. Birincisi, ikinci fıkranın ilk cümlesinde de belirtildiği üzere yasal sürede bilginin verilmemesinin suç oluşturacağının istem yazısında açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla suçun oluşumu açısından mutlaka bu uyarının yapılmış olması zorunludur[12]. Suç açısından tıpkı mülga 1412 sayılı yasanın Ek Madde 4'ündeki gibi ek bir ön şart söz konusudur. Ancak uygulamada çoğu zaman bu uyarının yazılmaması

---

10 "TİB, Dink cinayetinde 'özel hayat'ı hatırladı!", www.cnnturk.com, Erişim: 8.9.2011.

11 Yasakoyucu son dönemde bu yöntemi oldukça benimsemiştir. Örneğin: TCK m. 314/3.

12 Yener Ünver – Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2011, s. 913.

sonucunda ön şartı oluşmayan suç gerçekleşmemekte ve düzenlemenin hedeflediği zorlayıcı etki yaratılamamaktadır.

Düzenlemenin ikinci sonucu ise istenen bilginin verilmemesi halinde yalnızca kamu görevlilerinin cezalandırılabileceğidir. Zira gönderme yapılan Türk Ceza Kanunu 257. maddedeki suçlar yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek özgü suçlardır. O halde hükmü diğer kişileri de kapsayacak biçimde geniş yorumlamak kıyasa yol açacağından Ceza Hukuku açısından kabul edilebilir değildir.

Öğretide düzenlemenin resmi kuruluşlarla birlikte özel kuruluşları da kapsadığı ileri sürülüyor olsa[13] da bunun ilk fıkra açısından kabul edilebilir olduğu, ikinci fıkranın özgü bir suça yaptığı açık gönderme karşısında kamu görevlisi olmayan kişiler için TCK m. 257'nin uygulanamayacağı açıktır. Burada gerek mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki gerekse Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeler yol göstericidir. Mülga 1412 sayılı yasadaki Ek Madde 4, bilgilerin zamanında iletilmemesi eylemini üç aydan altı aya kadar hapis ve para cezası ile cezalandırılmasını öngörmüştü. Madde istemde bulunulacak kişiler arasında ayrım yapmadığı ve yaptırımı da herhangi bir özgü suça atıf yapmaksızın bağımsız biçimde düzenlediği için istenen bilgileri iletmeyen kişinin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın cezalandırılması söz konusu olabilecekti. Nitekim madde gerekçesinde gerek resmi kişi ve kurumlardan gerekse de resmi olmayan kişi ve kurumlardan istemde bulunulabileceği açıkça yazılmıştır[14].

Diğer örnek olarak Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun benzer içerikli 60-1, 77-1-1 ve 99-3 maddeleri sorgu yargıcı, Cumhuriyet savcısı ve yetkilendirilmesi halinde adli kolluğun, herkesten ve resmi veya özel tüm kurum ve kuruluşlardan soruşturma ile ilgili belge isteyebileceğini ve cevap vermemenin 3750 Euro para cezası ile cezalandırılacağını belirtilmektedir. Bir yandan hem özel hem de resmi kişi ve kurumlardan bilgi istenebileceğinin açıkça öngörülmüş olması diğer yandan da yaptırımın herkese uygulanabilecek bir para cezası olması karşısında Fransa'da Türkiye'dekine benzer bir kısıtlama veya tartışmanın olmadığı açıktır. Aynı biçimde, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi Anglo-Sakson ülkelerinde yargılamanın adil biçimde yürümesi amacıyla, mahkemenin işleyişine zarar veren eylemleri ve mahkeme emirlerinin yerine getirilmemesini önlemeye yönelik *Contempt of Court* kurumunun da benzer bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir[15].

---

13 Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 1222

14 Vural Savaş – Sadık Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 2415

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ronald J. Bacigal, Criminal law and procedure: an introduction, Albany, 2002, s. 327-328

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. maddesi bağlamında Cumhuriyet savcısı, yargıç veya mahkemece istenen bilginin bir kamu görevlisi tarafından on gün içinde iletilmemesi ya da ne zaman iletilebileceğinin yine bu süre içerisinde bildirilmemesi halinde, istem yazısında cevap vermemenin Türk Ceza Kanunu 257. madde kapsamında suç oluşturabileceğinin belirtilmiş olması kaydıyla, ilgili kamu görevlisi hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabilecektir. Bu durumda 332. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca soruşturma için izin veya karar alınmasına gerek yoktur. Yargılamanın daha hızlı ve etkin olması amacıyla getirilen düzenleme sonucunda örneğin 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve benzeri yasalardaki usullere başvurmaksızın istenen bilgiyi sunmayan kamu görevlisi hakkında doğrudan soruşturmaya başlanıp yargılama yapılabilecektir. Ancak yasama dokunulmazlığı istisna edilmiştir. Dolayısıyla örnek olarak Sermaye Piyasası Kurulu'ndan istenen bilginin mahkeme, yargıç ya da savcılığa iletilmemesi halinde ilgili kamu görevlisi hakkında dava açılması söz konusu olabilecekken, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'ndan yapılan isteme cevap verilmemesi halinde Meclis Başkanı'nın yargılanabilmesi ancak Anayasa'daki hükümlere göre dokunulmazlığının kalkması veya kaldırılması ile olanaklı olabilecektir.

Bununla birlikte eğer soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının bilgi istemine cevap verilmemişse savcılık, ilgili kişi ya da kişiler hakkında soruşturma açıp koşulları varsa iddianame düzenleyip dava açacaktır (CMK m.170 vd.). Ancak ülkemiz ceza yargılaması sisteminde geçerli "davasız yargılama olmaz" ilkesi gereğince[16] bilginin muhatabı olan yargıç veya mahkeme, gerekli cevabı almadıysa resen olaya el koyup yargılama yapamaz. Cumhuriyet savcılığına usulüne uygun olarak suç bildiriminde bulunulur ve o makam da gerekli soruşturmayı yapar, koşulları oluşmuşsa davayı açar (örnek olarak bkz. CMK m. 205).

Öte yandan isteme yönelik her cevap vermeme ya da ret cevabı eyleminin de doğrudan suç oluşturduğu kabul edilmemelidir[17]. Söz konusu eylemin Türk Ceza Kanunu'nun 6086 sayılı yasa ile değişmiş 257. maddesine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ilk fıkra açısından kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmesi, daha çok uygulanma olasılığı bulunan ikinci fıkra açısından ise görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmalde bulunması veya gecikme göstermesi gerekmektedir. Kamu görevlisinin, bir mahkemece istenen bilgileri yasal süresi içinde sunmaması, görevinin gereklerine aykırılık / ihmal oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi de 8 Şubat 2011 tarihli bir kararında[18], Ceza Muhakemesi Kanunu'nun

---

16 Bahri Öztürk – Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2007, s. 186-187

17 Yener Ünver – Hakan Hakeri, a.g.e., s. 913

18 Y. 4. CD. E. 2008/21882 K. 2011/1223, www.adalet.org, Erişim: 7.9.2011

332. maddesinden bağımsız olarak, bir asliye hukuk mahkemesinin üç defa yazdığı yazıya cevap vermeyen belediye fen işleri müdürünün, "görevinin gereklerine aykırı davrandığı" sonucuna haklı olarak ulaşmıştır. Ancak failin hareketi bu olmakla birlikte suçun oluşabilmesi için gerekli netice; "kişilerin mağduriyeti", "kamunun zararı" veya "kişilere haksız bir menfaat sağlama"dır. Bunun da her somut olayda mutlaka araştırılması gerekir. Değinilen Yargıtay kararında da, Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesinin beraat kararını bozarken aynı gerekliliği vurgulamıştır. Keza aynı daire, bu kez bir vergi mahkemesinin istediği bilgilerin gönderilmemesi olayında da "kamu zararı, mağduriyet ve haksız kazanç sağlama öğelerinin oluşup oluşmadığının" tartışılarak Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde tanımlanan suçun işlenip işlenmediğine dair karar verilmesi yönünde hüküm kurmuştur[19].

O halde savcılık, yargıç veya mahkemenin bilgi istemine cevap verilmediği her zaman, eski düzenlemenin aksine, TCK m. 257 uyarınca suç işlenmiş olmayacaktır. Yargılamanın uzamasından dolayı kamunun ya da ilgili kişilerin masraflarının artması ya da tutuklu şüpheli veya sanığın bir süre daha tutuklu kalmasına neden olunması gibi zararlı neticelerin oluşması gerekmektedir. Örnek olarak somut olayda cevap vermeyip müdahil veya şüpheli/sanık tarafına haksız bir menfaat sağlama da söz konusu olabilir.

Yapılacak yargılamanın sonunda sanığa altı aydan iki yıla (TCK m. 257/1) veya üç aydan bir yıla kadar hapis cezası (TCK m. 257/2) verilebilecektir. Tüm bu cezalar için; seçenek yaptırımlara çevirme (TCK m. 50), erteleme (TCK m. 51) ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231) hükümleri uygulanabilir.

III– Daha etkin bir uygulama için öneriler

Düzenleme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun diğer hükümleriyle beraber 1 Haziran 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. Böylece şu an itibarıyla altı yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına rağmen henüz beklenen sonuçları doğurmadığı görülmektedir.

332. maddenin cevap vermeme eyleminin yaptırımını göstermek yerine mevcut bir ceza hükmüne atıf yapması aslında süreci uzatmakta ve karmaşıklaştırmaktadır. Zira istediği bilgiyi almayan Cumhuriyet savcısının ilgili hakkında ayrı bir soruşturma başlatması ve dava açması gerekmektedir. Aynı durumdaki mahkeme ise, yukarıda da belirtildiği gibi savcılığa suç duyurusunda bulunacak ve bağımsız bir sürecin işletilmesi gerekecektir.

---

[19] Y. 4. CD. 82/10032 sayı ve 26.4.2006 tarihli kararı için bkz. Kubilay Taşdemir – Ramazan Özkepir, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, cilt II, 3. Bası, Ankara, 2007, s. 1770

Oysa bütün bunlar ilgili kişiyi doğrudan bilgiyi vermeye zorlamayacağı gibi savcılık ve mahkeme önündeki iş yükünü daha da arttırıp devam eden yargılamaların daha da uzamasına yol açacaktır.

Bunlara ek olarak, yaptırım açısından "görevi kötüye kullanma" suçuna atıf yapılmış olması, istenen bilgiyi iletmeyen kişinin kamu görevlisi olmaması halinde yaptırım uygulanmasını hukuken olanaksız hale getirmekte ve özel kişi ya da kurumlardan istenen cevabın verilmemesi eylemi yaptırımsız kalmakta, düzenlemenin etkinliği ciddi biçimde azalmaktadır.

Önerilebilecek çözümlerden biri tıpkı Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki gibi özel kişi ve kurumları da açıkça içerecek yeni bir düzenleme olmakla birlikte, asıl çözüm maddenin ikinci fıkrasında, yaptırım olarak TCK m. 257'ye gönderme yapmak yerine bağımsız bir yaptırımın düzenlenmesidir. Bunun da mülga 1412 sayılı yasa dönemindeki gibi olması halinde yukarıda değinilen yeni yargısal süreçlerle iş yükünün istenenin aksine artması sorununa çözüm getirmediği açık olduğundan, bu alanda yeni bir "disiplin hapsi" düşünülmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin (l) bendi, bu kurumu "*Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis*" olarak tanımlamaktadır. Aslında Anglo-Sakson Hukuku'ndaki "*Contempt of Court*" kurumuna benzeyen disiplin hapsi, bir yandan mahkeme kararını yerine getirmeme olarak yorumlanabilecek tanıklıktan veya yeminden sebepsiz yere çekinme (CMK m. 60), bilirkişinin görevini yapmaması (CMK m. 70) ve istenen eşyayı vermeme (CMK m. 124) hallerinde uygulanabileceği gibi duruşmanın düzenini bozan kişi hakkında da uygulanabilmektedir (CMK m. 203/2, 3).

Böylece 332. maddede yapılacak değişiklikle Cumhuriyet savcısı, yargıç veya mahkemenin istediği bilgileri yasal süresinde vermeyen kişiye, soruşturma aşamasında sulh yargıcı, kovuşturmada ise ilgili mahkemece, tıpkı tanıklıktan sebepsiz yere çekinen ya da bilirkişilik görevini yerine getirmeyen kişi gibi yargılamayı engellediği ve geciktirdiği için disiplin hapsi uygulanabilecektir. Bu değişiklik kamu görevlilerinin yanında özel kişilere yönelik de yaptırım getirdiği gibi ek yargılamanın sakıncalarını da ortadan kaldırabilecektir. Öte yandan yargı makamlarından gelen bilgi istemlerini cevaplamayan veya geç cevaplayan kamu görevlisi açısından Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesine başvurma olanağı her zaman vardır.

Önerilen düzenleme açısından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 60. maddesi örnek alınabilir. Kişiye disiplin hapsi uygulanmakla birlikte istenen bilginin sunulması halinde derhal serbest bırakılır. Ayrıca disiplin hapsiyle

ilgili karara itiraz yolu da açık tutularak kişi özgürlüğünün doğrudan kısıtlayan bir kararın başka bir yargı makamınca denetlenmesi de sağlanacaktır.

Diğer yandan maddeye yapılacak bir ekleme ile ancak "geçerli bir sebep" olmaksızın cevap vermemenin disiplin hapsi ile cezalandırılacağı da belirtilmelidir. Zira tıpkı eski düzenlemenin gerekçesinde belirtildiği gibi bilginin iletilmesinde yasal bir engel bulunabileceği gibi bazı kimselerinin başta özel hayatının gizliliği ve kişisel verilerinin korunması gibi temel hak ve özgürlüklerinin korunması da söz konusu olabilir. Bu durumda kendisinden bilgi istenen kişi ya da kurumun cevap vermemesi hukuken doğru olacaktır. O zaman da ilgiliye disiplin hapsi de dahil olmak üzere herhangi bir yaptırım uygulamak elbette olanaklı olmayacaktır. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesinin 2. fıkrası bu anlamda yol göstericidir. Hükme göre bir özel hukuk yargılamasında ispat için gerekli olan ve üçüncü bir kişinin elindeki belgenin, mahkemece istemi üzerine sunulması zorunludur. Ancak ilgili kişi, belgeyi sunamaması halinde bunun sebebini delilleriyle birlikte mahkemeye bildirmek zorundadır. Düzenlemenin yukarıda belirtilen sakınca ve çekinceleri de kapsayacak biçimde yorumlanması gerekmektedir.

Son olarak maddedeki yaptırımın uygulanabilmesi için bilgi istenen yazıda yaptırımın gösterilmesi zorunluluğu ise uygulama açısından gereklidir. Her ne kadar bir hukuk devletinde yasa hükmünün bilinmemesi geçerli bir mazeret olarak kabul edilmese ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 4. maddesinde açıkça "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" hükmü yer alsa da, isteme cevap vermenin etkinliği ve zorunluluğu açısından böyle ek bir uyarı gereklidir. Böylece isteme muhatap olan kişi, hapis cezası veya kabul göre, disiplin hapsi cezası tehdidi karşısında kendisini yasal sürece cevap vermek zorunda hissedecektir.

IV– Sonuç

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. maddesi ceza yargılamalarının hızlanabilmesi ve makul sürede bitirilebilmesi için gerekli, yerinde bir hükümdür. Düzenlemenin etkin hale getirilebilmesi için yukarıdaki önerilerin dışında yargılamadaki kişilerin tutumu da önem taşımaktadır. Zira maddedeki yaptırımın uygulanması için mutlaka istem yazısında bunun belirtilmesi gerekmektedir. Özellikle kovuşturma sırasında mahkemenin bu görevini yerine getirmemesi halinde Cumhuriyet savcısı, katılan, katılan vekili, sanık veya müdafisinin mutlaka gerekli uyarıyı yapma ve yazının yaptırım tehdidini de içerecek biçimde kaleme alınmasını sağlama hak ve yetkisi bulunmaktadır. Aksi halde cevap vermeme üzerine uygulanabilecek bir yaptırım bulunmamakla birlikte 332. madde yasanın adeta "unutulmuş" bir hüküm olmaya devam edecektir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması Ve Ceza Yargılaması Hukukuna Yansımaları

*Emine Eylem AKSOY RETORNAZ**

Giriş

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) daha etkin işleyişini sağlamak üzere İHAS'ye ek 14. Protokol[1] ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) çalışma sisteminde davanın incelenmesi, kabul edilebilirlik şartları, komitelerin yetkileri, dostane çözümler, kararların bağlayıcılığı ve uygulanmasına ilişkin hususlarda önemli değişiklikler yapılmıştır[2]. Reformların temelini ulusal düzeyde Mahkeme kararlarına uyulmasına yönelik tedbirler[3] teşkil etmektedir. Son yıllarda İHAM kararlarının uygulanması hususunda üye devletler ile Avrupa Konseyi arasında doğan sorunlar nedeniyle bu reformlar benimsenmiştir[4].

İHAM kararlarının uygulanmasında karşılaşılan temel sorunlardan biri, kesinleşen İHAM kararlarına uymak için devletlerin hangi somut tedbirleri alacaklarını bilmemeleridir[5]. Her ne kadar, Mahkemenin her kararı

---

* Dr. iur., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1 14. Protokol 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. http://www.conventions. coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=8&DF=28/09/2011&CL= FRE (son erişim tarihi 30.09. 2011).

2 Bu hususta bakınız BİLİR Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", AÜHFD, cilt 55 sayı.1, 2006, s. 135-156.

3 BOILLAT Philippe, "Vers une mise en oeuvre renforcée de la Convention européenne des droits de l'Homme au niveau national", Revue trimestrielle des droits de l'Homme, 2009, s. 17, aynı yönde BESSON Samantha, "Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: le cas de la Suisse, EMRK und die Schweiz. - St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis", 2010, s. 128.

4 BESSON, a.g.m, s. 129.

5 RUEDIN Xavier-Baptiste, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Procédure, obligations des Etats, pratique et réforme, Schulthess, 2009, s. 237.

somut olayın özelliklerine göre farklılıklar gösterse de İHAM tarafından güvence altına alınan temel hakların ihlalinin giderilmesi için uygulanması gereken tedbirlere ilişkin bazı ilkeleri Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin uygulamaları aracılığıyla belirlemek mümkündür[6].

Bu çalışmada, İHAM kararlarının niteliği, Türk hukukundaki yeri, uygulanmasının denetimi üzerinde durduktan sonra özellikle gözaltı, tutuklama ve tutuklama süresi ve ceza yargılamalarında adil yargılama hakkının ihlal edildiğini tespit eden kararların nasıl yerine getirileceğine ilişkin ilkeleri inceleyeceğiz.

I. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Niteliği ve Bağlayıcılığı

A. Genel Olarak

Sözleşmenin 46. maddesi uyarıncaYüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda İHAM' nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymak zorundadırlar. İHAM içtihadı uyarınca, mahkeme kararının uygulanmaması ya da eksik uygulanması davalı Devletin diplomatik ve siyasi sorumluluğunu doğurur[7].

İHAM' nin verdiği kararlar bağlayıcı ve kesindir. İHAM kararlarının kesinleşmesi kararın tek hakim ya da bir heyet tarafından verilip verilmemesine göre değişir. Sözleşmenin 27. maddesi uyarınca tek yargıç tarafından verilen başvurunun kabul edilemez olduğuna veya işlemden kaldırılmasına ilişkin kararlar ve 44. madde uyarınca Büyük Daire kararları kesindir. Diğer kararlar ise tarafların davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan etmeleri veya karardan itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemeleri veya Büyük Daire sunulan istemi reddetmesi halinde kesinleşir.

İHAM kararları kurucu değil, bildirici, tespit edici niteliktedir[8]. Mahkeme kararlarının iç hukuktaki işlemleri, hukuk kurallarını veya mahkeme kararlarını durdurucu, bu kararları kaldırıcı veya değiştirici etkisi yoktur[9]. İHAS'nin hazırlık çalışmaları sırasında pek çok kez mahkemenin bir üst

---

6 Ruedin Xavier-Baptiste, a.g.e, s. 237.

7 İHAM, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse (n° 2)*, nº 32772/02, § 85.

8 KILINÇ Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 228-229, BESSON, a.g.m, s. 130.

9 İHAM, *Schenk c.Suisse,* série A nº 140, p. 29, §§ 45-46; *García Ruiz c. Espagne* [GC], nº 30544/96, § 28, CEDH 1999-I; *Jalloh c. Allemagne* [GC], nº 4810/00, § 94.

derece mahkemesi olarak iç hukuk yargı makamları tarafından verilen kararların denetimini yapamayacağının altı çizilmiştir[10]. İHAM bir temyiz mahkemesi de değildir[11]. İHAM, dava konusu somut olayla ilgili işlem ya da eylemin İHAS sistemi ile bağdaşmadığını beyan etmekle yetinir, bu ihlalin iç hukukta nasıl giderileceğine ilişkin bir öneride bulunmaz[12]. Sözleşmenin ikincil niteliğinin bir sonucu olarak, Mahkeme üye Devletlere kararın iç hukukta uygulanması hususunda seçeceği yöntemler bakımından bir takdir yetkisi tanımaktadır[13]. Diğer bir değişle, kararının nasıl yerine getirileceğini saptama hakkı davalı devlete aittir.

İHAM kararı sadece davanın tarafların bağlar. Bu kararlar diğer üye devletler bakımından yol gösterici bir niteliğe sahiptir[14]. İhlal kararı ışığında üye Devletler kendi hukuk sistemlerinde Sözleşmeye aykırı olan hususları ya da eksiklikleri ilgili İHAM içtihatları dikkate alınarak düzenlemeler yapma imkânına sahip olurlar.

B. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukundaki Yeri

1982 Anayasasının 90/son fıkrasında, "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" düzenlemesi yer almakta-

---

10 Séance du 5 septembre 1949, Rapport de P.H. Teitgen, Doc. A290, H(61)4, p. 93.bakınız LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, "Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", Revue trimestrielle des droits de l'Homme, 2001, s. 716.

11 ANDREOTTI Onur, "Ulusal Mevzuatın Bir Parçası Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa Konseyi'ne Üye Ülkelerde İnsan Haklarına Saygının Gözetilmesi İçin Bir Kontrol Mekanizması Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", http://www.abgm.adalet.gov.tr. (son erişim tarihi 30.09.2011).

12 Sözleşmenin 41. maddesinde yer alan adil tazmin ilkesi ve bazı hallerde hükmedilen ihtiyati tedbir kararları bu düzenlemeye bir istisnasını teşkil eder. Bu hususta bakınız BESSON, a.g.m, s. 137.

13 LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, L'exécution des arrêts de la CEDH, Dossiers sur les droits de l'Homme n° 19, Conseil de l'Europe, 2 e édition 2008, s. 6.; ÜNAL Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı cilt 17, 2000, s. 63.

14 DA SALVIA Michele, " La Cour européenne des droits de l'Homme est-elle par la nature de ses arrêts, un véritable tribunal de pleine juridiction?" Revue trimestrielle des droits de l'Homme, 2006, s. 483; AKKAN Bahattin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararların Bağlayıcılığı ve Yerine Getirilmesi", Adalet Dergisi 36/2010, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.say%C4%B1/bahattinakkan.pdf (son erişim tarihi 30.09.2011).

dır[15]. Bu düzenleme uyarınca uluslarası andlaşma ile yasa hükümleri[16] arasında bir uyumsuzluk çıktığında uluslararası andlaşma hükümleri uygulanacaktır. Öğretide Anayasanın 90'ncı maddesinin son fıkrası düzenlemesi gereği milletlerarası andlaşmalar kurallar kademesinde kanunlardan üstün hale geldiği belirtilmektedir[17]. Ancak, söz konusu hüküm, "*ulusalüstü hukuk ile ulusal hukuk kuralları arasında sağlıklı bir kademelenme kurmak bakımından yetersiz*"[18] kaldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Ulusal hukukla uluslararası hukuk arasında nasıl bir uyumsuzluk çıkacağı ve bu uyumsuzluğun tespitinin hangi makam tarafından yapılacağı sorununa bir çözüm getirmemektedir[19].

İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin metinleri genel kurallar içermektedir. Bu kurallar, ilgili sözleşmenin koruma ve denetim mekanizmalarının yorumuyla uygulama alanı bulmaktadır. Çoğu zaman ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasında uyumsuzluk doğrudan uluslararası andlaşmanın metninde yer alan soyut düzenlemeden değil, bu düzenlemeyi yorumlayarak ona hayat veren ve etkin olarak uygulanmasını sağlayan denetim mekanizmasının içtihadından kaynaklanmaktadır[20]. İnceleme konumuz bakımından, İHAS metninde yer alan güvencelerin hayata geçirilmesi, diğer bir değişle etkin bir hale gelmesi Sözleşmenin yorumlayan İHAM' nin içtihatları ile mümkündür. Nitekim, İHAM dinamik bir yorum anlayışı ile Sözleşmedeki kavramları, ulusal hukuktaki benzer kavramlardan bağımsız olarak yorumlamaktadır. Örneğin, Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen "cezai alan" kavramı İHAM tarafından otonom bir kavram olarak değerlendirilmiş ve ulusal hukuklardaki klasik tanımlamanın ötesinde çok farklı bir boyut kazanmıştır. Sözleşme metninde yer almayan hak arama yolu gibi içtihat yoluyla Sözleşmenin bir parçası haline gelmiştir. Bu nedenle, yasalar

---

15 Söz konusu hüküm 2004 yılında 5170 sayılı kanunun 7. maddesi ile 1982 Anayasasının 90 maddesine eklenmiştir.

16 GÜLMEZ, düzenleyici metinler ile ile uluslararası antlaşmalar arasındaki uyumsuzluk halinde Anayasa'nın 90/son maddesi gereği uluslararararası andlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz, GÜLMEZ Mesut, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", Türkiye Baralor Birliği Dergisi, 54/ 2004, s. 147-161.

17 GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitabevi, 2008 s. 369-374; Gülmez, a.g.m, s. 156.

18 YÜZBAŞIOĞLU Necmi, "Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'na Uyum Sorunu", Anayasa Yargısı, cilt 22, 2005, s. 347.

19 BAŞLAR Kemal, "Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", Milletlerarası Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, 24/1-2, 2004, s. 1-62.

20 BIÇAK Vahit, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", Anayasa Yargısı, cilt 17, 2000, s. 107.

ile uluslararası sözleşmelerin aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunduğu takdirde, uluslararası antlaşmaların yalnızca metinleriyle sınırlı kalınmamalıdır. 1982 Anayasanın 90. maddesi ve İHAS'nin göre 46. maddesinde düzenlenen İHAM kararlarına uyma zorunluluğu bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ulusal hukuktaki bir yasa hükmü ile İHAM içtihadı arasında bir uyuşmazlık olduğu takdirde, İHAM'nin içtihadı göz önünde bulundurulmalıdır[21].

II. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının Denetimi

Sözleşmenin 46. maddesinde taraf Devletlerin kararlara ne şekilde uyacaklarına ilişkin bir belirleme yer almamaktadır. Devlet kararı nasıl uygulayacağını kendisi belirleyecektir[22]. Kararların uygulanması açısından uyumsuzlukların doğmasını engellemek amacıyla kararın uygulanmasına yönelik yöntemlerin seçimi üye Devletlere bırakılmıştır[23].

İHAM' nin yerleşmiş içtihadı uyarınca davalı Devlet öncelikle ihlali sona erdirmek ve tekrarını engellemek yükümlülüğü altındadır[24]. Bunun için, bireysel veya genel önlemlerin alınması Mahkeme içtihatlarıyla ve Bakanlar Komitesinin düzenli denetleme yetkisi ile sistematik hale gelmiştir.

İHAS metninde kararların nasıl uygulanacağına ilişkin olarak yer alan tek düzenleme ihlalin kısmen giderilmesi varsayımına ilişkindir[25]. İHAS'nin 41. maddesi uyarınca davalı Devlet iç hukukta bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmedeceği düzenlemesi yer almaktadır. Bununla beraber davalı Devlet hükmedilen tazminat miktarını ödemekle yetinemez, aynı zamanda tespit edilen ihlale son vermek, ihlalin tekrarını engellemek ve başvurucunun durumunu mümkün olduğu kadar

---

21 GÜLMEZ, a.g.m. s. 158; İNCEOĞLU Sibel, "Sözleşmelerin Kaderini Yargıç Belirleyecek" Röportaj:Hacer Yücel, http://www.evrensel.net/v1/04/05/09/politika.html#1 (son erişim tarihi: 30 Eylül 2011), aynı yönde BAŞLAR, a.g.m, s. 41.

22 ÜNAL, a.g.m, s. 63;

23 ARSLAN Zühtü, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 221.

24 ÇAVUŞOĞLU Naz, İnsan Hakları Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Türkiye Kararları, Su Yayınları, İstanbul, 2003, s. 35; DOĞRU Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı, cilt 17, 2000, s. 195; BİLİR, a.g.m., s. 153.

25 Bu konuda bakınız CENGİZ Serkan, "Tazminat" "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında 41. maddeye Göre Tazminat (Adil Tatmin) Yükümlülüğü", İzmir Barosu Dergisi, sayı:2, 2002, serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/ AİHM_ Tazminat.doc (son erişim tarihi: 30 Eylül 2011)

ihlalden önceki hale getirmekle (restitutio in integrum) yükümlüdür[26]. Eski hale iadenin mümkün olmadığı durumlarda, davalı Devlet İHAM'nin ihlal kararının uygulanması ile bağdaşabilecek araçları seçebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki eski halin iadesi, Devletlerin kararların uygulanmasında sahip oldukları serbestiyi sınırlar niteliktedir[27].

Mahkeme bazı hallerde "*çoğunlukla yapısal sorunlardan kaynaklanan ihlali sona erdirmek için*"[28] davalı devlete ne tür bir tedbir alınmasını gerektiğini karar metninde belirtmektedir. İHAM'ye göre "*bazen, ihlalin niteliği başka bir seçenek bırakmamaktadır*[29].

Yukarıda belirttiğimiz gibi her ne kadar bir İHAM kararı ile Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği tespit edilen bir taraf Devlet, bu kararın yerine getirilmesi yöntemlerini seçme özgürlüğüne sahipse de, Sözleşmenin 46/2 maddesi söz konusu kararın yerine getirilmesine ilişkin aldığı önlemleri Bakanlar Komitesi'ne bildirmek zorundadır. Bu düzenleme ile Avrupa Bakanlar Komitesine İHAM kararlarına uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi tanınmıştır.

1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren 14. Protokol ile Sözleşmesi'nin 46. maddesine İHAM kararlarının uygulanması ile ilgili yeni düzenlemeler eklenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca, İHAM de kararların uygulanması aşmasının bir parçası haline gelmektedir. Söz konusu düzenlemelerden ilki, Bakanlar Komitesi'nin İHAM kararının uygulanmasının denetlenmesinin kararın yorumundan kaynaklanan bir güçlük nedeniyle engellendiği görüşünde olması halinde, bu yorum konusunda karar vermesi için İHAM'ye başvurabilmesidir.

14. Protokol ile getirilen diğer bir yenilik ise Bakanlar Komitesi'nin, hakkında verilen ihlal kararına uymayı reddeden davalı Devlete ihtarda bulunduktan sonra, bu hususun tespiti için konuyu İHAM'ye intikal ettirebilmesidir. İHAM, davalı Devletin kararı uygulamadığını tespit ederse bu tespitle birlikte, alınması gereken önlemleri değerlendirmesi için Bakanlar Komitesi'ne gönderir. İHAM karara uyulduğunu tespit ettiği takdirde ise bu kararı da Bakanlar Komitesi'ne gönderir.

Bakanlar Komitesi İHAM tarafından verilen kararların uygulanmasını denetlerken öncelikle Mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın ödenip

---

26 İHAM, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50), série A nº 330-B, s. 58-59, § 34.

27 İHAM, *Vermeire c. Belgique,* n° 12849/87, série A no 214-C, § 26

28 İHAM, *Popov c. Russie*, no 26853/04, § 263; *Öcalan c. Turquie* [GC], no 46221/99, § 210, CEDH 2005-IV.

29 İHAM; *Assanidzé c. Georgie* [GC], nº 71503/01, § 202, CEDH 2004-II.

ödenmediğini inceler. Bunun yanı sıra Sözleşme'nin ihlalinden önceki duruma dönülmesi için bireysel önlemler alınıp alınmadığını ve benzer nitelikteki ihlallerin doğmasını önlemek ve devam eden ihlallere son verecek genel nitelikli önlemlerin alınıp alınmadığını da araştırır.

Bakanlar Komitesi'nin kararların uygulanması hakkında tavsiye niteliğinde olan kararlardan üyelikten çıkarmaya kadar varan bir yelpazede yaptırım uygulayabilir[30].

Mağdurun ya da temsilcisinin, kararların uygulanma aşamasında devre dışı bırakılmaları kararların uygulanmasının denetim mekanizmasının en önemli zayıflığı olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir[31].

III. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması ve Ceza Yargılamasına Yansımaları

Sözleşme'nin 41. maddesinde yer alan adil tazmin ilkesi dışında kalan hallerde taraf Devletlerin Mahkeme kararların uygulanmasına yönelik olarak alacağı önlemler İHAM içtihatları ve Bakanlar Komitesinin süreklilik kazanan uygulamaları ile şekillenmiştir[32].

Bazı hallerde, ihlale ilişkin kararını özellikleri dikkate alınarak, Bakanlar Komitesi davalı devletin, ihlalin başvuran üzerindeki sonuçlarının ortadan kaldırılmasını sağlayacak önlemler almasını isteyebilir. Bireysel nitelikteki bu önlemlere yargılamanın yenilenmesi ve İHAS 41. madde uyarınca adil tazmin örnek verilebilir.

İhlalin tekrar edilmemesi, başka bir deyişle benzer ihlal kararlarının doğmasını engellemek üzere alınması gereken önlemler ise genel nitelikli önlemlerdir.

Ceza yargılaması açısından özellikle gözaltı, tutuklamaya ilişkin sorunlar ve adil yargılanma hakkının ihlalini tespit eden kararların uygulanmasına yönelik olarak İHAM içtihatlarından ve Bakanlar Komitesi tarafından hangi önlemlerin alınmasının tedbirlerin uygulamasının talep edildiğinin saptanması sistemin aksaklıklarının tespit edilmesi ve benzer ihlallerle karşılaşmamak açısından önemlidir. Ayrıca, bu konularda İHAM tarafından herhangi bir üye Devlet hakkında verilecek olası bir ihlal kararı halinde kararın nasıl uygulanacağı konusunda yol gösterici olacaktır.

---

30 CENGİZ Serkan,"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi", Toplum ve Hukuk Dergisi, 2003, s. 3.

31 LAMBERT ABDELGAWAD, L'exécution, s. 25.

32 AKKAN, a.g.m, s. 11.

A. Gözaltı, Tutuklama ve Tutukluluk Süresi

İHAS'nin kişi güvenliği ve özgürlüğünü düzenleyen 5. maddesinin 1. fıkrası, kişinin ancak yasanın öngördüğü usule uygun olarak özgürlüğünden yoksun kılınabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, maddede hangi hallerde kişinin özgürlüğünden yoksun kılınmasına izin verildiği düzenlenmektedir[33]. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen tüm hallerde kişinin tutulması hukuka uygun olmalıdır. Hukuka uygunluk, hem ulusal hukuka hem de İHAS'a uygun olmak ve keyfî olmamak gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır[34].

İHAM, kişinin özgürlüğünden yoksun kılınmasının Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasına uygun olmadığına karar verdiğinde davalı Devlet öncelikle, yukarıda da belirttiğimiz gibi İHAS m. 41 gereği ihlali tamamen ortadan kaldırmalıdır. Ancak, kişi hukuka uygun olmayan ya da keyfi bir biçimde özgürlüğünden yoksun kılındığında ihlalin tamamen ortadan kaldırılması kişinin salıverilmesi halinde dahi mümkün değildir. Nitekim İHAM de *Guzzardi / İtalya* kararında ihlalin tamamen giderilmesinin (restitutio in integrum) 5/1 . maddede güvence altına alınan hakkın doğasına aykırı olduğunun altını çizmiştir[35].

İlk olarak, ihlali saptayan kararın yerine getirilmesi için başvuranın kural olarak, salıverilmesi gerekir[36]. Nitekim, İHAM *Assanidzé / Gürcistan*[37] kararında hukuka aykırı bir şekilde tutuklanan başvurucunun en kısa zamanda salıverilmesini istemiştir.

---

33 İHAS m. 5/ 1'e göre kişi:yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında; bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak; suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere tutulabilir. Maddede ayrıca bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulma; bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması halleri de belirtilmektedir.

34 MACOVEI Monica, "Liberté et sûreté de la personne: un guide sur la mise en oeuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Précis sur les droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2003, s. 9. "

35 İHAM, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, §113.

36 İHAM, *Ilascu c. Moldova et Fédération de Russie*, n° 48787/99.

37 İHAM, *Assanidzé c. Georgie*, a. g. k.

Ancak, Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine ilişkin karar, kararın verildiği andaki olaylara ve hukuki durumla sınırlı olduğunu unutmamak gerekir[38]. Dolayısıyla, davalı devlet, İHAS' nin 5. maddesinin ihlal edildiği saptandıktan sonra, kararın uygulanması aşamasında başvurucunun tutuklanmasını gerektiren yeni vakalar ortaya çıktığı gerekçesi ile başvurucunun salıverilmesini reddedebilir[39]. Bu durumda ise maddi ve manevi tazminat ödenmelidir.

Ayrıca, ihlalin tekrarlanmasını engellemek üzere yasal alt yapısını İHAM sistemi ile uyumlu hale getirmelidir[40].

İHAM'nin 18 Aralık 1996 tarili *Aksoy / Türkiye*[41] aleyhindeki kararının ardından 6 Mart 1997 tarihli 4229 sayılı kanunla[42], gözaltı süresi on beş günden yedi güne indirilmiştir. 2001 yılında Anayasa'nın 19. maddesinde yapılan değişiklikle bu süre kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda dört gün olarak belirlenmiştir. Nihayet, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun[43] 91. maddesi uyarınca gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Toplu olarak işlenen suçlar bakından ise üç gündür[44].

İHAS'nin 5/2 maddesinde özgürlüğünden yoksun kılınan kişiye, tutulma nedenlerine ilişkin en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi hakkı ihlal edildiğinde, ihlali gidermek için eğer başvuran hala bu konuda bilgilen-

---

38 KLEIN Eckart, "Should the binding effect of the judgements of the European Court of Human Rights be exended ?" Mahoney, Paul (ed.); Matscher, Franz (ed.) ; Petzold, Herbert (ed.) ; Wildhaber, Luzius (ed.). Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Carl Heymanns Verlag, 2000, s. 710.

39 RUEDIN, a.g.e, s. 267.

40 İHAM, *Baranowski c. Pologne*, n° 28358/95, §50.

41 İHAM, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93, Recueil 1996-VI.

42 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve Bu Kanunlarda Değişiklik Yapan 18.11.1992 Tarih ve 3842 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Resmi Gazete, 12 Mart 1997, sayı: 22931.

43 Resmi Gazete, 17 Nisan 2004, sayı: 25673.

44 Bakınız CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010 s.255; ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/Erdem M. Ruhan/ SIRMA Özge/ SAYGILAR Yasemin F./ ALAN Esra, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2009 s.396; KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010 s.885 vd; ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 4. bası, Adalet Yayınevi, 2011, s.343 vd; BIÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010 s.491 vd.

dirilmediyse öncelikle kendisine bilgi verilmesi ve tazminat ödenmesi düşünülebilir. Ancak, İHAM, başvuranın uğradığı manevi zararın tazmini için ihlal kararının tespitinin yeterli olacağı kanısındadır[45].

İHAM, Cahit Demirel /Türkiye kararında tutukluluk suresinin uzunluğu ve bu konuda etkin bir iç hukuk yolu olmamasının "*Türk ceza yargısı sisteminin kötü işlemesi ve mevzuattan doğan geniş kapsamlı ve sistemin bütünüyle ilgili sorunlardan kaynaklandığı*"[46] tespitinde bulunmuştur.

Tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin İHAM kararlarıyla ilgili genel önlemler bağlamında, Ceza Muhakemesi Kanunun tutukluluğa ilişkin hükümlerinin ulusal mahkemeler tarafından ülke genelinde Sözleşme gereklerine ve İHAM içtihadına uygun olarak şekillenmesi gerekmektedir

Bakanlar Komitesi'ne göre hakimlerin ve savcıların tutukluluk sürelerivle ilgili duyarlı hale gelmeleridirler. Hakimler tutuklu sanıklara kefaletle serbest bırakma, adli kontrol veya yurt dışına çıkma yasağı gibi alternatif tedbirler uygulanmalıdır[47].

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlali

Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, maddede belirlenen ilkeler doğrultusunda, adil bir yargılanmanın asgari gereklerini güvence altına almaktır. Ceza yargılamasına ilişkin olarak, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, mahkemeye erişim, makul sürede yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, silahların eşitliği ilkesi gibi adil yargılanma hakkını oluşturan unsurların bir kısmı madde metninde açıkça sayılmış, diğer unsurlar ise İHAM içtihatları ile şekillenmiştir. Demokratik toplumun ve devletin temel öğelerinden olan hukukun üstünlüğü ilkesini içeren bu hak Sözleşme'nin en önemli hükümlerinden biri konumundadır[48]. Mahkeme tarafından alınan kararların büyük bir çoğunluğunun 6. madde ihlallerini içermektedir. Bu nedenle bu kararların nasıl uygulanacağı ayrı bir önem arz etmektedir.

Bir ceza davasında Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği tespit edildiğinde kararın uygulanması bakımından, Bakanlar Komitesi uygulamasından ve İHAM içtihatlarından ihlalin engellenmesi, ihlali sona erdirmek ve eski halin iadesi tekrarını yükümlülüğü çerçevesinde bireysel veya genel

---

45 İHAM, *Saadi c. Royaume-Uni*, [GC], n°13229/03.

46 İHAM, *Cahit Demirel v. Turkey*, n°18623/03, §46.

47 CM/ResDH(2007)75.

48 İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul:2002, s. 4.

önlemlere ilişkin bir takım ilkeler doğmaktadır. Bireysel tedbirlerin en önemlisi İHAM' ın ihlal kararından sonra yargılamanın yenilenmesidir. Adli tazminin yanı sıra diğer önlemlere de başvurabilirler.

1. Yargılanmanın Yenilenmesi

İHAS metninde Mahkeme tarafından verilen bir ihlal kararından sonra yargılamanın yenilenmesini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu olağanüstü yargılama usulünün temel amaçlarından biri Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2000) 2 19 Ocak 2000 tarihli Tavsiye Kararı[49] 'na göre İHAM kararlarının uygulanmasının etkin hale getirilmesidir. Bu Tavsiye Kararı uyarınca üye Devletlerin hukuk sistemlerinde İHAM kararından sonra bir davanın yeniden incelenmesi ya da yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvurulması özellikle ulusal yargı makamının kararının olumsuz sonuçlarının devam etmesi ve bu olumsuz sonuçların adil tazminatla giderilememesi halinde mümkündür. Diğer bir deyişle eski halin iadesi yalnızca davanın yeniden incelenmesi ya da yargılamanın yenilenmesi ile mümkünse yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmelidir. Aynı şekilde ciddi usul eksiklikleri sebebiyle ulusal yargı makamının kararı hakkında ciddi şüphelerin oluşması halinde de yargılama yenilenmelidir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 19 Ocak 2000 tarihli Tavsiye Kararının başlığı yeniden inceleme (réexamen) ve yargılanmanın yenilenmesi (réouverture) terimlerine aynı anda yer vermektedir. Yargılanmanın yenilenmesi sadece yargı makamlarının müdahalesini gerektiriren varsayımlara hasredilmişken, yeniden inceleme kavramında ise yargılama makamlarından başka örneğin idari makamların müdahalesi amaçlanmaktadır[50].

Yargılamanın yenilenmesi sadece İHAS tarafından güvence altına alınan hakların ihlal edildiğinin İHAM kararı ile sabit olması halinde mümkündür. Dolayısıyla ihlal kararı verilmeyen, başvuru kabul edilemez bulunan ya da dostane çözümle sonuçlanan hallerde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkün değildir. Ulusal yargı organı tarafından verilen ve kesinleşen karar ile İHAM'ın ihlal kararı arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.

---

49 Recommandation n° R (2000) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Documents/CMRec_fr.asp.

50 Rapport explicatif de la Recommandation n° R (2000) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Documents/CMRec_fr.asp.(son erişim tarihi 30 Eylül 2011)

Ayrıca İHAS'nin 41. maddesinde yer alan adil tazmin ilkesi nedeniyle öğretide pek çok yazara göre taraf devletler için İHAM'nin verdiği ihlal kararından sonra yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoluna gidilmesi zorunlu değildir[51]. Ancak bazı yazarlar, bir Avrupa kamu düzenini[52] ya da İHAS'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkını ileri sürerek[53] yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesinin zorunlu olduğundan bahsetmektedirler.

Bu müessesenin uygulanması bir süre sonra İHAM'nin bir üst yargı makamına dönüşmesine yol açacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir[54].

İHAM ise tazminat dışında herhangi bir yaptırım uygulaması mümkün olmadığından[55] yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi konusunda kesin bir tavır göstermemiştir[56]. Mahkemeye göre yargılamanın yenilenmesini isteme hakkı yoktur[57]. Zaman içerisinde İHAM içtihatları aracılığıyla yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoluna gidilmesi eski hale getirme (restitutio in integrum) ilkesinin bir sonucu olarak değerlendirmiştir[58].

Konumuz bakımından ceza davalarında hangi hallerde yargılanmanın yenilenmesi yoluna gidileceği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir.

---

51 POLAKIEWICZ, G.J., "La mise en oeuvre de la convention européenne des droits de l'Homme et des décisions de la Cour de Strasbourg en Europe de l'Ouest: une évaluation", Revue universelle des droits de l'Homme,1992, s. 425; FROWEIN J.Abr /VILLIGER M. E., Constitutionnal Jurisdiction in the context of state powers;modalities, contents and effects of the decisions on the constitutionnality of legal regulations, report of the european Commission of human rights, Human Rights Law Journal, 1988, s. 49.

52 ERGEÇ Ruşen, L'autorité dans l'ordre juridique belge des décisions des organes de la convention européenne des droits de l'Homme, Arguments d'autorité et arguments de raisons en droit, Nemesis, 1988, s. 61.

53 VAN KEMPEN Piet-Hein, "The protection of human rights under national constitutions and european community: an incomplete system", Journal of constitutionnal law in eastern and central Europe, 3/1996, s. 238.

54 LAMBERT Elisabeth, Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, Bruxelles : Bruylant,1999, s. 215.

55 Nitekim EAİHK, Mahkeme tarafından verilen bir karara Yüksek Sözleşmeci Taraf tarafından uyulup uyulmadığının kontrolü gibi bir yetkiye sahip olmadığını belirttikten sonra bu yetkinin Bakanlar Komitesi'na ait olduğunu hatırlatmıştır. (No. 10243/83. DR 41, s. 12.1, 137. 1943S/92. dec 29 Mart 93 P.R. 74 s 220).

56 LAMBERT ABDELGAWAD, Le réexamen, s. 719.

57 Req. 12866/87, E. R.F.A, 9 décembre 1987.

58 İHAM, *Scozzari et Giunta c. Italie*, n° 39221/98 ve 41963/98.

Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şüpheler öyle yoğunlukta ve ağırlıkta olmalıdır ki yargılamanın sonucu hakkında ciddi şüpheler doğmalıdır. *Barbera, Messegué, Jabardo / İspanya*[59] kararında olduğu gibi sanıkların mahkemeye çıkmak için yargılama yerine sevk edilmelerinde geç kalınması, duruşmanın başlamasından hemen önce mahkemenin oluşumunun değiştirilmesi, celselerin kısalığı, ya da önemli delillerin dosyada bulunmaması yargılamanın yenilenmesini gerektiren adil yargılama hakkı ihlalleridir[60].

Ceza davalarında Sözleşme'nin 6/1 maddesinde yer alan bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varan İHAM en uygun çözümün başvuranın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yeniden yargılanması olduğuna hükmetmiştir[61].

Masumiyet karinesinin ihlal edildiğinin tespiti de yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir durumdur[62].

Esasa ilişkin ihlaller halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi ise özellikle başvurucunun iç hukukta verilen kararın olumsuz sonuçlarına maruz kalmaya devam etmesi halinde mümkündür.

Yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi halinde zaten yeterince uzun olan ceza yargılamalarının daha da uzamasına neden olabilir. Nitekim Britanya *Saunders / Britanya* kararında başvurucuların yaş ve sağlık durumları nedeniyle yargılamanın yenilenmesi usulüne karşı çıkmışlardır[63].

Adil yargılama hakkını oluşturan güvencelerden birinin ihlal edildiğine karar verildiğinde, yargılamanın yenilenmesi halinde sanıkların beraatine ya da mahkumiyetine karar verilebilir. Bu durumda, ilk mahkumiyet kararına konu olan yargılama sonucu olan ceza mahkumiyetine de etkisi olacaktır. Böyle bir durumda, özellikle hapis cezası infaz edilen bir mahkuma tazminat ödemekle yetinilmesi ne de yeni bir yargılama yapılmaksızın kişinin salıverilmesi mümkün olacaktır. Nitekim *Van Mechelen ve diğerleri / Hollanda*[64] davasında Hollanda hukukunda İHAM kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi kanun yolu bulunmadığından, başvurucuların yargılama yapılmaksızın salıverilmeleri kamuoyunda bir infiale yol açmış ve İHAM'nin güvenilirliğine ve itibarına leke sürmüştür[65].

---

59 İHAM, *Barbera, Messegué, Jabardo c. Espagne*, n°10590/83.

60 LAMBERT ABDELGAWAD, Le réexamen, s. 732.

61 İHAM, *Gençel c. Turquie,* n° 53431/99,§ 27.

62 A.P., *M.P et T.P. c. Suisse* et Résolution DH(99)110/111 du 18 janvier 1999.

63 İHAM, *Saunders c.Royaume Unie*, Résolution Rés (2004) 88.

64 İHAM, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas,* n° 21363/93; 21364/93; 21427/93, Recueil 1997-III.

65 Rés DH (99) 24.

Hulki Güneş / Türkiye[66] kararında başvurucu ağırlaştırılmış müebbet hapse mahkum olması nedeniyle Bakanlar Komitesi yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesini talep etmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun uzun sürmesi ve zorluğu nedeniyle, İHAM başvurucun da yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvurulmasında başvuranın da rızasını aramıştır[67].

Yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan kişi, yeniden görülen dava sırasında sanık olarak değerlendirilmeli ve tüm sanık haklarından faydalanabilmelidir[68].

Yargılanmanın yenilenmesi sırasında cezasını çekmekte olan mahkumun salınıp salınamayacağı sorusu akla gelebilir, *Sadak, Dicle, Doğan / Türkiye*[69] davasında salıverilmenin reddedilmesi Bakanlar Kurulu tarafından eleştirilmiştir[70]. Bakanlar Komitesi'ne göre yargılamanın yenilenmesine ek olarak zararın giderilmesi hakkı çerçevesinde başvurucu yeniden yargılanırken mahpusluğun uzatılmasını gerektirecek zorlayıcı bir nedenin yokluğunda salıverilmelidir[71].

Taraf Devletlerin iç hukuklarında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ihlal kararının ardından yargılamanın yenilenmesi usulünün öngörülmesi Devletin kararların uygulanmasına ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından tek başına yeterli değildir. Dava dosyasının kapanmış sayılması için yargılmanın yenilenmesinin sonucu beklenmelidir. *Verein gegen Tierfabriken /İsviçre n° 2* (VGT)[72] kararında Bakanlar Komitesi yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yolunun sonucunu beklemeden kararın uygulandığını kabul ederek dosyayı kapatmıştır. Ancak Mahkeme dava dosyasının kapanmış sayılması için yargılamanın yenilenmesinin sonucunu beklemek gerektiği kanaatindedir. Kanaatimizce bu yaklaşım çelişkilidir. Yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul eden taraf Devletler ile bu konuda bir düzenleme yapmayan taraf Devletler arasında bir eşitsizlik yaratılmaktadır. Yargılama-

---

66 İHAM, *Hulki Güneş c. Turquie*, n° 28490/95, Recueil des arrêts et décisions 2003-VII. Bu kararla ilgili olarak Bakanlar Komitesi üçüncü ara kararında Türkiye'yi başvurucu hakkındaki yargılamanın yenilenmesinin önündeki engelleri kaldırmaya davet etmiştir.

67 İHAM, *Duran Sekin c. Turquie*, n° 41968/98, §45.

68 DOROY, a.g.m, s. 5.

69 İHAM, *Sadak, Dicle, Doğan c. Turquie*, n° requête 29900/96; 29901/96; 29902/96; 29903/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII.

70 Mise en oeuvre des décisions de la Cour EDH par la Turquie, Res DH (2004) du 17 juillet 2004.

71 Res DH (2004)

72 İHAM, *Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 32772/02, § 55.

nın yenilenmesi yolunu öngören Devletlere kararların uygulanması için benimsenecek yöntem bakımından bir seçim hakkı bırakılmamaktadır[73]. Bu nedenle *de facto* olarak İHAM kararının bozma etkisine sahip olmaktadır[74].

İHAM kararından sonra yargılanmanın yenilenmesi bir takım uygulama ve hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. İç hukukta, birden fazla yargı merciin incelmesinden geçtikten sonra kesinleşen ve İHAM kararına konu olan davaların dosyalarının içeriğinin tam olarak yeniden oluşturulması bir sorun yaratmaktadır[75]. Ceza davalarında yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna gidilmesi İHAM'ye başvurmayan ve dolayısıyla hakkında bir ihlal kararı bulunmayan şeriklerin durumunun ne olacağı sorusunu da akla getirebilir[76]. Bu durum suçun mağdurları bakımından da sakıncalar doğurabilir. Aradan geçen zaman dolayısıyla delilerin yok olması sonucunu doğurabilir. Suçtan zarar görene, tanıklara ulaşılması, bu kişilerin sağlık sorunları hatta ölmeleri de uygulamada karşılaşabilecek sorunlardandır. Tavsiye Kararı yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoluna gidilmesinin doğuracağı sorunlara maalesef herhangi bir çözüm önermemektedir.

Türk hukukunda İHAM' nin ihlal kararının ceza muhakemesi hukukunda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak öngörülmüştür. Bu husus ilk kez 4771 sayılı Kanun[77] ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 327-a maddesi eklenerek düzenlenmiştir. 4771 sayılı yasayla getirilen düzenlemenin ardından, yargılamanın yenilenmesi 4793 sayılı yasayla[78] yeniden düzenlenmiştir[79]. Nihayet 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun[80] 311. maddesinde İHAM'ın kesinleşmiş ihlal kararı yargılamanın yenilenmesi

---

73 WEBER Anne, "La Cour européenne à la rescousse du contrôle de l'exécution de ses arrêts", Revue d'actualités juridiques, l'Europe des Libertés, n°25, 2008, s. 27.

74 RANDALL Maya/RUEDIN Xavier-Baptiste, "L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme à la lumière de l'arrêt Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) n°2 c. Suisse du 4 octobre 2007, AJP 2008, s. 651.

75 DOROY Fabienne, "Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de condamnation de la CEDH. Mise en oeuvre de la réforme du 15 juin 2000.Questions juridiques et problèmes pratiques", Droit pénal éditions du juris classeur, juin 2003, s. 4-6, s. 5.

76 LAMBERT ABDELGAWAD, L'exécution, s. 18.

77 Resmi Gazete sayı 24841, tarih 09 Ağustos 2002.

78 Resmi Gazete sayı 25014, tarih 04 Şubat 2003.

79 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327/6 maddesine göre, Ceza hükmünün, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğin Avrupa İnsanHakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla saptanmış olması halinde yargılamanın yenilenmesi, AİHM kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde istenebilecektir.

80 Resmi Gazete sayı 25673, tarih 17.12.2004.

nedeni olarak düzenlenmiştir. Önceki düzenlemeden farklı olarak "***hükmün bu aykırılığa dayandığının"*** ibaresinin madde metnine eklenmesidir[81].

5271 sayılı kanunun düzenlemesi uyarınca hükmün İHAS veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği ve hükmün bu aykırılığa dayandığının kesinleşmiş İHAM kararı ile saptanmış olması gerekir. Bu durumda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi İHAM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir. Ancak 311. maddenin düzenlemesi uyarınca 4.2.2003 tarihinde kesinleşen İHAM kararları ile 4.2.2003 tarihinden sonra İHAM'a yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.

Öğretide, "Türkiye aleyhinde içtihat haline gelmiş ihlal kararları" dikkate alınarak bir kereye mahsus olmak üzere "esas mahkemelerinin içtihada uymayan bütün kararlar açısından bir kereye mahsus olmak üzere yargılanmanın yenilenmesi yolu kabul edilmeli ve başvuruculara bu hususta altı aylık süre verilmesi" gerektiği ileri sürülmektedir.[82]

Bu düzenleme özellikle ceza yargılamalarında Yargıtay'ın rolünün sorgulanması sonucunu doğurmuştur. Gerçekten de sanık hakkında verilen kararın gözden geçirilmesi olanağına sahip olduğu durumlarda artık Yargıtay'ın kararının kesinleştiğinden bahsetmek mümkün olabilecek midir?

ÖZER'e göre İHAS veya eki protokollerin ihlâlini tespit eden İHAM mahkemesinin kararının Türk hukukunda yargılanmanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesiyle birlikte egemenliğin kullanımı olan yargı yetkisinin, İHAM' ye kısmen devredildiği ve bu suretle bağımsız Türk mahkemelerinin ve yüksek mahkemelerinin üzerinde bir yargı mercii ihdas edildiği görülmektedir. Bu nedenle İHAM'nin bir üst yargı makamı olarak benimsendiği görüşündedir[83].

4771 sayılı yasa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa İHAM Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit eden kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak ekleyen düzenlenmelerin iptali başvurusunu inceleyen Anayasa Mahkemesi ise *"yargılamanın sonucu-*

---

81 Bu hususta bakınız ERDEM Mustafa Ruhan /KORKMAZ Ömer "Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 5, s. 2, 2003, s. 182-212; FEYZİOĞLU Metin, "Ceza Muhakemeleri Kanunun 327/6 Bendi Uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Muhakemenin İadesi Sebebi Olması", Hukuk Kurultayı 2004, Ankara Barosu, s. 292-309; SURLUM Mehmet Handan, "Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi", Seçkin Yayınevi, Ankara 2003; SURLU Mehmet s.75

82 KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, a.g.e., s. 1806.

83 ÖZER Atilla, "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", Anayasa Yargısı, cilt 20, 2003, s. 192.

na göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da bir olasılık olup, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kural yer almamaktadır. Ayrıca, davaya bakan hâkimler, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden, iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum söz konusu"[84] olmadığı yönünde karar vermiştir.

2. Adil Tazmin ve Diğer Bireysel Önlemler

İHAS'nin Sözleşmenin 41. maddesinin düzenlmesinden Sözleşmeye aykırılığın, mümkün olduğunca tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması ve ihlalden önceki eski halin iadesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak niteliği gereği birçok ihlal için eski ihlal öncesi durumun tesisi edilmesi mümkün olmamaktadır. İhlalin kısmen giderilebildiği hallerde Sözleşmenin 41. maddesi Mahkeme'nin tazminata hükmedebileceği de yukarıda da belirtmiştir. Adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olduğunda, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemediğinde adil tazminata hükmedilebilir.

Adil tazmin ya da hakkaniyete uygun tazmin esasa ilişkin ihlal kararından bağımsız olarak verilen ayrı bir karardır. Söz konusu kararında Mahkeme belli bir zaman diliminde başvurucunun uğradığı maddi ve /veya manevi zararın giderilmesi veya yargılama giderlerini karşılamak üzere belli miktar tazminatın ödenmesine hükmedebilir. Mahkeme adil tazminin içeriği konusunda geniş bir takdir yetkisini haizdir.

Adil yargılanma hakkının ihlal edildiği durumlarda, Mahkeme istenilen tazminat miktarı ile ihlal arasında bir nedensellik bağı aramaktadır. Tazminat miktarının saptanmasında nedensellik bağının varlığı bir ön şarttır.

Mahkeme adil yargılanma hakkı ihlal edilmeseydi yargılamanın sonucunun ne olacağı konusunda bir yorum yapmayı reddetmektedir[85]. İHAM'nin yerleşmiş içtihadı uyarınca ceza yargılamalarında başvurucunun ciddi bir zarar uğradığında ihlal ile tazminat arasında nedensellik bağı olduğu yönündedir[86]..

---

84 Anayasa Mahkemesi, E.2002/146, K. 2002/201, 27.12.2002.

85 DE GOUTTES Régis, "La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme", Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan (Vol. 1). Bruxelles, Bruylant, 2004. s. 575.

86 WILDHABER Luzius, "Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just satisfaction under the European Convention on Human Rights", Baltic Yearbook of International Law, s. 9.

Mahkeme özellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği hallerde ihlal tespitinin başvurucunun manevi kayıplarının tazmini açısından yeterli olduğu belirtmiştir[87].

İHAM'nin adil tazmin ile ilgili içtihadı değişiklik göstermektedir. Bu nedenle, aynı ağırlıktaki ihlaller karşısında bazı hallerde sadece Sözleşmenin ihlal edildiğinin tespitiyle yetinmekte bazı hallerde ise, tazminata hükmedebilmektedir.

Ceza yargılamasında adil yargılanma hakkının ihlal edildiği durumlarda adil tazminin yanı sıra davalı Devletler ihlalden önceki duruma dönülmesini sağlamak üzere başka bireysel önlemler de alabilirler. Mahkumiyetin adli sicilden silinmesi[88], ya da şartlı tahliye edilmeleri[89] bu tür önlemlerdir. Başvurucuların seçtikleri bir müdafii tarafından savunulma haklarının ihlal edildiği bir durumda Belçika başvurucular hakkında çıkarılan yakalama kararını kaldırmış ve cezaları kısmen affedilmiştir[90].

3. Genel Nitelikli Önlemler

Genel nitelikli önlemler Sözleşme'ye taraf olan Devletlerin ihlalin tekrarını engelleme ve gelecekte aynı nitelikte ihlalleri önleme yükümlülüğü çerçevesinde aldıkları önlemlerdir.Adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olarak hukuk sisteminden kaynaklanan sorunların gözden geçirilmesi, gerektiği takdirde bazı reformların yapılması, Sözleşme'nin ihlalinden dolayı başvurucunun uğradığı zararları ortadan kaldırılması sağlanabilir[91].

Tıpkı bireysel nitelikte tedbirlerde olduğu gibi, taraf Devletler ihlali sona erdirmek için benimseyecekleri genel nitelikli önlemler konusunda da takdir yetkisini haizdirler.

Ancak, taraf Devletlerden birinde yapısal ya da yaygın bir insan hakları sorunu söz konusu olduğunda bu hususlarda önüne gelen çok sayıda dava ile ilgili olarak bir "pilot karar" uygulaması başlatabilir[92]. İlgili Devlet pilot

---

87 İHAM, *Ex Roi de Grèce et autres c. Grèce*, n°25701/94.

88 İHAM, *Muyldermans c. Belgique*, Res DH (96) 18.

89 LAMBERT ABDELGAWAD, L'exécution, s. 25

90 İHAM, *Geyseghem c. Belgique, Goedhart c. Belgique Stroek L. Et C. c. Belgique*) et *Pronk c. Belgique*, CM/Del/OJ/DH (2005) 940vol1publicF, 28 octobre 2005

91 BESSON, a.g.m., s. 158.

92 Bu konuda bakınız LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, "La Cour européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote" (en marge de l'arrêt Broniowski)" RTDH, 61/2005, s. 203-224; ALTIPARMAK Kerem, "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?", 50. Yılında Avrupa İnsan KaklarıMahkemesi, Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?, Ankara

karara konu olan yapısal ihlalleri giderinceye kadar aynı konudaki diğer davaların incelenmesi ertelenmektedir. Özellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlali ile ilgili kararlarda böyle bir uygulamaya gidilmektedir. Pilot karar uygulması ile İHAM aslında Devletlerin kararların uygulanması konusunda benimseyeceği yöntemler konusunda yol göstermektedir.

İç hukukta yargı merciilerinin, İHAM tarafından verilen ihlal kararı üzerine, bu karara konu olan hukuki sorunla ilgili olarak içtihat değişikliklerine gitmeleri kısa vadede etkili bir önlem olarak nitelendirilmektedir[93]. Bununla birlikte, uzun vadede "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması" hakkındaki R (1764) 2006 Tavsiye Kararı uyarınca sistemin aksaklıklarının giderilmesi ve yasaların İHAM içtihadı ile uyumlu hale getirilmesi için yasa değişikliği ile köklü reformlar yapılmalıdır[94].

Ayrıca, İHAM kararlarının iç hukukta hızlı bir şekilde uygulanması içi R(2008,2) sayılı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukukta Hızlı Uygulanması İçin Etkili Yöntemler" Tavsiye Kararında kararların uygulanması için bir koordinatör saptanması, tüm kararların hızlı bir şekilde taraf Devletlerin diline çevrilmesi ve ilgili makamlara dağıtılması, yasama, yürütme ve yargı oraganının İHAM içtihatları ve Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları hakkında bilgilendirilmeleri genel nitelikli önlemlerdir.

Sonuç

Ceza yargılamalarının İHAS'nin çerçevesini çizdiği ve içeriği İHAM içtihatları ile belirlenen ilkeler doğrultusunda yapılması demokratik bir sistemin vazgeçilmez unsurlarından biridir. Bu ilkelere uyulması ise ulusal makamlar ve özellikle ulusal yargı organları tarafından İHAM kararlarının etkin olarak uygulanması halinde mümkün olacaktır.

Türk hukuk sisteminin bu ilkelerle uyumlu hale getirilmesi de, İHAM içtihatlarının iç hukukta kurumlar ve özellikle yargı mercileri tarafından bilinmesi ve uygulanmasıyla ilintilidir. Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği tespit ettiği davaların büyük bir kısmının Türkiye aleyhine olduğu[95] düşünüldüğünde İHAS'nin tarafı olan ve Sözleşme

---

Barosu Yayınları, 2009, s. 60-.110.

93 ResDH(97)576

94 Recommandation R(1764)2006 sur la mise en oeuvre des arrêtes de la Cour européenne des droits de l'Homme http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Documents/CMRec_fr.asp.(son erişim tarihi 30 Eylül 2011).

95 Bakınız Bakanlar Komitesi 2009 istatistikleri http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/Stats/Statistiques _2009_FR.pdf. (son erişim tarihi: 30 Eylül 2011).

uyarınca Mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü bulunan Türkiye, kararların uygulanması için içtihatlar ve Bakanlar Komitesi uygulamasın doğrultusunda gereken önlemleri almalı ve bu konuda somut adımlar atmalıdır.

Kanaatimizce, özellikle tutukluluk sürelerinin uzunluğu sorununun çözülmesine yönelik mevzuat değişikliği yapılarak yargı mensuplarının bu hususa daha hassas bir şekilde eğilmeleri sağlanmalıdır. Özellikle yargılamanın yenilenmesi kanun yolu bakımından getirilen süre sınırlamaları kaldırılmalıdır.

Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi

*Sıtkı Anlam ALTAY**

I. Temel Bakış Açısı ve Hukuki Sorunların Saptanması

Kurumsal yönetim ilkesinin yön verdiği Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda temel eğilim, şirketin şeffaflaşması için çok yönlü hukuki mekanizmalarına işlerlik kazandırılması, şirket hesaplarının evrensel standartlara uygun bir biçimde tutulması ve hesapların, şirketten bağımsız konumda bulunan bir uzman tarafından denetlenmesidir[1]. Bağımsız denetim olarak adlandırılan bu denetim faaliyeti, şirket organlarının ve menfaat sahiplerinin sağlıklı karar vermelerini sağlayacak nesnel verilerin oluşturulmasını, daha da net bir anlatımla şirket tarafından özellikle finansal tablolar (TTK. m. 68/3) ve yıllık faaliyet raporu (TTK. m. 516) bağlamında oluşturulan ve menfaat sahiplerine hatta kamuya açıklanması sözkonusu olan verilerin belirli ölçütlere uygunluğunun sınanmasını amaçlamaktadır[2].

---

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Bu sürece zemin oluşturan olgular için bkz. Çağlar **Manavgat,** Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi, Batider, Aralık 2007, C. XXIV, S. 2, s. 473-474; hesap denetiminin bağımsız bir uzman tarafından yapılmasının kurumsal yönetim ilkesinde ifadesini bulan dinamikleri için bkz. Ali **Paslı,** Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Bası, Istanbul, 2005, s. 277-278.

2 TTK.m. 399/1 hükmünün gerekçesinden hareketle bağımsız denetimin bir anlamda yönetimin denetlenmesi anlamına geldiğine işaret eden Korkut **Özkorkut,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler, Batider Aralık 2005, C. XXIII, S. 2, s. 33; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yasalaşması öncesinde Türk Hukuku'nda menfaat sahiplerinin korunmasına ilişkin hukuki rejim hakkında bkz. Gül **Okutan Nilsson,** Corporate Governance in Turkey, European Business Organization Law Review, Yıl 2007, C. 8, s. 223-224.

Bağımsız denetimin kamunun aydınlatılmasına yönelik işlevi, kamuya açıklanacak bu verilerin ilk aşamada bağımsız denetçi tarafından değil, şirket tarafından oluşturulmasında belirmektedir. İnceleneceği üzere, bağımsız denetçi, şirket tarafından denetime sunulan verileri oluşturmaz; bu verileri denetler. Ancak bu denetim süreci dahi, sözkonusu verilerin bağımsız denetçi tarafından denetim raporu hazırlanıp şirkete sunulmasına değin bağımsız denetçinin önerisiyle ölçütlere uygun hale getirilmesine yol açabileceğinden, bağımsız denetim sürecinin de sözkonusu verilerin oluşumuna kısmen ve dolaylı olarak katkı sağladığı gözardı edilmemelidir. Gerek bağımsız denetim süreci, gerek bu süreç sırasında şirketle bağımsız denetçi arasında ortaya çıkan görüş alışverişi, ortaklık düzeninin işleyişi üzerinde belirgin etkiler icra eder[3].

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[4] (kısaca "TTK"), 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer almayan Türkiye muhasebe standartlarının[5] ve bağımsız denetim standartlarının yanısıra bağımsız denetim[6] müessesesine yer vermiş[7]; bu konuda ayrıntılı düzenlemeler getirmiş (TTKm. 397-4/6); ayrıca 6762 sayılı TTK. m. 347-359 hükümlerinde düzenlenen murakıplık kurumu-

---

3 Bu konudaki kişisel görüşlerimiz için bkz. S. Anlam ALTAY, Anonim Ortaklıkta Bağımsız Denetimin Ortaklık Düzeni Üzerindeki Etkileri, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasasında Güncel Gelişmeler, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, Sermaye Piyasası Kurulu Türk Alman Uluslararası Sempozyumu, Istanbul, 2011, s. 344.

4 R.G. 14.02.2011, 27846. Kanunun bağımsız denetime ilişkin hükümleri, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir (TTK.m. 1534/4).

5 TTK Geçici Madde 1 hükmünde kapsamı belirlenen Türkiye Muhasebe standartları ve bu standartların Uluslararası Finansal Raporlama Standartları ile ilişkisi için bkz. Ünal **Tekinalp,** Türk Ticaret Hukuku'nda Küresel Bir Açılım : IFRS/ TMS-TFRS, Batider, Aralık 2007, C. XXIV, S. 2, s. 37 vd.

6 Bir yandan TTK.m. 397-4/5 hükümlerinin öngördüğü denetimin niteliği itibariyle bağımsız denetim faaliyeti olması ve bağımsız denetimin, denetimin çeşitli görünüm biçimleri içinde ayrı bir kategoriyi oluşturması;diğer yandan TTK.m. 397-405 hükümlerinde bağımsız denetim yerine "denetim ve denetçi" terminolojisinin benimsenmesi nedeniyle bu çalışmada "bağımsız denetim"/ "bağımsız denetçi" ve "denetim/denetçi" terimleri aynı anlamda kullanılmaktadır. Anonim şirkette denetimin çeşitli görünüm biçimleri yönünden bkz. Hasan **Pulaşlı,** Şirketler Hukuku Temel Esaslar, 10. Baskı, Adana, 2010, s. 368; Murat **Alışkan,** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, Istanbul, 2007, s. 22. vd.

7 Türk Hukuku'nda bağımsız denetim, Ticaret Hukuku bağlamında, Sermaye Piyasası Kanunu m. 16/4-5 hükümlerinde ve bu hükümlere istinaden Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yürürlüğe konulan Sermaye Piyasasındaki Bağımsız Dış Denetim Hakkındaki Yönetmelik (R.G. 13/12/1987, 19663) ve Seri:X, No: 22 sayılı Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standatları Hakkında Tebliğ'de (R.G. 12.06.2006, 26196 mükerrer) düzenlenmektedir.

nu kaldırmıştır[8]. Özü itibariyle şirket hesaplarının bağımsız ve tarafsız bir uzman tarafından sınanmasını konu edinen bağımsız denetim, anonim ortaklığın organlarının işleyişini önemli ölçüde etkilemektedir. Açık bir anlatımla, bağımsız denetimin işleyişi ve sonuçları, bir yandan anonim ortaklık organlarının işleyişine yönelik etkiler doğuracak; diğer yandan paysahiplerinin genel kurulda, yönetim kurulu üyelerinin ise yönetim kurulunda belirli bir yönde oy kullanma özgürlüğünü etkileyecektir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'yla bağımsız denetimin anonim ortaklıklar için zorunlu tutulması (TTK. m.397/1) ve denetimin sonuçlarına bazı hukuki etkiler izafe edilmesi (TTK. m. 403), organlar açısından iki ayrı cephede etki yaratmaktadır. Bağımsız denetimin etkilediği ilk alan, bağımsız denetim faaliyetleri karşısında ortaklık organlarının konumudur : Bağımsız denetçinin denetim faaliyetini yürütmesi, şirket organlarına çeşitli borçlar yüklemekte; ayrıca denetimin sonuçları organların konumu ve faaliyetleri üzerinde etki doğurmaktadır. İkinci alan ise, bağımsız denetimin kurumsal yönetim süreçlerine ve paysahipliği haklarına sağladığı katkılardır.

Bu çalışmanın amacı da, bağımsız denetimi bir hukuki müessese olarak tüm yönleriyle veya bir hukuki süreç olarak baştan sona ele almak değil, bağımsız denetimin bu iki alan üzerinde yarattığı etkileri irdelemek; muhtemel sorunları saptayarak bunlara kişisel çözüm önerileri getirmektir. Bu bağlamda, bağımsız denetçinin hukukî konumunun dikkatle belirlenmesi gerekmektedir. Bağımsız denetçi, anonim ortaklığın bir organı olmayıp[9], anonim ortaklığa kurduğu işgörme sözleşmesi[10] niteliğindeki sözleşme uyarınca

---

8 Murakıplık (kanuni denetçilik) organının kaldırılması doğrultusunda bkz. Mehmet **Helvacı,** Denetim Kurulu, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Istanbul,1997, s. 125.

9 Aytaç **Köksal,** Bağımsız Denetim Sözleşmesi, Istanbul, 2009, s. 224-225; **Altay**, s. 345; TTK Tasarısı'nın Genel Gerekçesi'ndeki çelişkilerden hareketle meseleyi tartışan ve bu yönde görüş bildiren Aytaç **Köksal**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 ila 406. Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan,C. 1,Ankara, 2010, s. 1387,1406. Ünal **Tekinalp,** Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Paysahipli Anonim Ortaklık, Istanbul, 2011, No. 17-04; 17-12; Alman Hukuku açısından sadece bkz. Georg **Wiesner,** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht. Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Auflage, Münih, 2007, § 19, No. 9.

10 **Köksal,** TTK 'nın yasalaşmadığı dönemde kaleme aldığı çalışmasında Tasarı'nın kanunlaşması halinde bağımsız denetim sözleşmesinin tipik bir sözleşme niteliğine bürüneceğini ortaya koymaktadır; bkz. **Köksal**, Bağımsız Denetim Sözleşmesi, s. 99. Kanımızca, bağımsız denetim sözleşmesinin, esaslı unsurlarını ve özellikle karakteristik yapısını ortaya koyacak biçimde kanunda düzenlenmesi (TTK.m. 397-406), bu sözleşmenin her durumda ayrı bir tip oluşturmasını temellendirmeyecektir. Bağımsız denetim sözleşmesi, niteliği itibariyle vekalet sözleşmesinin özelliklerini ortaya koymakta; özellikle vekalet sözleşmesinin sona

hesapların denetimini gerçekleştiren kişidir[11]. Görüldüğü üzere, bağımsız denetimin zorunlu tutulması, ortaklık düzeni dışında yer alan, organ sıfatını taşımaması nedeniyle onun bir unsuru olmayan bir öznenin ortaklık düzeni üzerinde etki icra etmesine yol açmaktadır.

Bağımsız denetime ilişkin hükümlerin kapsamı ve çok yönlü hukuki sorunlara yol açması karşısında bu çalışma, münhasıran anonim ortaklıkta bağımsız denetimin organlarının işleyişi üzerindeki etkilerine odaklanmaktadır. Bu çerçevede, bağımsız denetçinin sıfatı ve hukuki konumu (TTK. m. 400), seçilmesi ve görevden alınması (TTK. m. 399) ve denetçinin sorumluluğu (TTK. m. 404, 559) ile şirketler topluluğuna özgü denetim ve özel denetim hükümleri (TTK. m. 397 vd., 406) inceleme konusunun dışında kalmaktadır.

II. BAĞIMSIZ DENETİMİN BİR SÜREÇ OLARAK ORTAKLIKTAKİ KARAR ALMA SÜREÇLERİ KARŞISINDAKİ YERİ

Bağımsız denetimin anonim ortaklık organlarının işleyişi üzerinde etki yarattığı düşüncesinin özünde, TTK. m. 397/2 hükmü yer almaktadır. Denetçinin denetiminden geçmemiş; daha da net bir ifadeyle denetlenmemiş veya denetlenmiş olmasına rağmen denetçinin olumlu veya sınırlandırılmış olumlu görüşüne konu olmamış olan finansal tablolar ile yıllık faaliyet raporu, düzenlenmemiş hükmündedir[12]. İrdeleneceği üzere, denetçi tarafından olumsuz görüş verilmesi halinde, ortada düzenlenmiş finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu mevcut bulunsa da, bu sonuç belgeleri hüküm ifade etmeyecek (TTK. m. 403/5); genel kurulun müstakbel mali kararlarına zemin oluşturmayacaktır. Düzenlenmemiş hükmünde olmak, genel kurulun finansal konularda karar almasına ilişkin hukukî koşulların bulunmadığı anlamına gelmektedir. Şeklen finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu düzenlenmiştir; ancak gereken ölçütlere uyumlu olmadığı için hukuki işlemlere esas olamamaktadır. Bu durumda, denetim sürecinin denetçi görüşünde (TTK. m. 403) ifadesini bulan sonucu, organların alacağı kararlar üzerinde belirleyici bir etkiye sahiptir.

Bu etkinin kapsamını araştırırken, bir hukuki süreç olarak bağımsız denetimin, hukuki cephesi itibariyle üç aşamadan oluştuğunu tespit etmek

---

ermesine ilişkin olarak azil ve istifa imkanlarını daraltması karşısında atipik vekalet sözleşmesi karakteristiğini yansıtmaktadır.

11 Bağımsız denetçi olabilecek kişiler, TTK.m. 400/1 hükmünde sınırlı sayı ilkesine göre sayılmıştır.

12 Bu sonuca, denetim düzenine hakim olan ilkeler arasında yer veren **Tekinalp,** Tek Kişilik Ortaklık, No. 17-03.

gerekir: İlk aşamada bağımsız denetime konu olan mali yıl boyunca şirket hesaplarının tutulması söz konusu olmaktadır. Bağımsız denetim, sadece mali yıl sona erdikten sonra başlayıp kısa bir süre sonra tamamlanan bir süreç olarak algılanmamalıdır[13]. Denetçinin, mali yıl boyunca sık aralıklarla şirketin hesaplarını incelemekle yükümlü olduğu dikkate alınmalıdır. İkinci aşamada, mali yıl tamamlandığında; finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun düzenlenmesi ve denetçiye teslim edilmesi üzerine denetçi, mali yıl boyunca tutulan hesapların standartlara ve gerçeğe uygunluğunu (TTK. m. 397, 398, 403/1), finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgiler tahtında sınar ve vardığı sonuçları, denetçi raporunda ve görüşünde ortaya koyar (TTK. m.402-403).

Üçüncü aşama ise, bağımsız denetim raporunun ve denetçi görüşünün şirkete aktarılmasından sonra başlar. Bağımsız denetimi tamamlayan bu dönemde, bağımsız denetimin sonuçlarının ortaklık üzerindeki etkileri daha net olarak gözlemlenecektir. Denetçinin görüşü, toplanacak olan genel kurulda alınacak finansal kararların zeminini oluşturacaktır[14]. Bu nedenle, finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgilerin genel kurulun onayına sunulacak son halinin mutlaka bağımsız denetimden geçmiş olması gerekir (TTK. m. 397/3). Bu amaçla, finansal tablolarla yıllık faaliyet raporunun bağımsız denetçiye aktarılmasından sonra fakat denetçinin raporunu teslim etmesinden önce meydana gelen değişiklikler de denetçiye aktarılır ve bu olgu, finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun yeniden denetlenmesine yol açar (TTK. m. 397/3). Bu üç aşama, denetimden geçmiş finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun şirketin internet sitesinde yayımlanmasıyla (TTK. m. 1524) tamamlanır. Bütünüyle bakıldığında Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği yeni sistem, kamunun aydınlatılmasına yönelik önemli gelişmeler kat etmektedir.

Görüldüğü üzere, bir yandan bağımsız denetçinin seçilmesinden denetim konusu mali yılın bitimine değin yürütmekle yükümlü olduğu öncül denetim süreci, diğer yandan bizatihi finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun denetimi ve son olarak denetçi görüşünün şirkete aktarılmasından sonra işleyen süreç, organ kararlarına ve yükümlülüklerine yön veren etkiler yaratmaktadır. Bu etkilerin saptanmasında çıkış noktası, bağımsız denetimin konusunun nasıl meydana geldiğini, hangi ölçütlere göre değerlendirildiğini ve bu değerlendirmenin nasıl bir kapsama sahip olduğunu belirlemektir.

---

13 **Tekinalp,** Tek Kişilik Ortaklık, No. 17-05.

14 Bu yönüyle bağımsız denetim, yönetim kurulunun "kendi faaliyetinin finansal sonuçları" konusundaki görüşünün, genel kurulda alınacak finansal kararlar yönünden sağlıklı bir temel oluşturup oluşturmayacağını belirleme amacına yönelir.

III. HUKUKİ AÇIDAN BAĞIMSIZ DENETIMIN KONUSU, KISTASLARI VE KAPSAMI

A. Konusu ve Kıstasları

Bağımsız denetimin konusunu, şirketin finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporunda yer alan finansal bilgiler oluşturur (TTK. m. 397/1). Faaliyetini Türkiye denetim standartlarına[15] (bağımsız denetim standartlarına) uygun olarak yürütmekle yükümlü olan bağımsız denetçi, esas itibariyle şirket tarafından üç kıstasın yerine getirilip getirilmediğini sınar: Finansal tabloların Türkiye muhasebe standartlarına[16] ve gerçeğe uyumluluğu, yıllık faaliyet raporunda yer alan finansal bilgilerin gerçeğe uygunluğu ve finansal tablolarla tutarlılığı (TTK. m. 397/1). Hükümde bu kıstaslar belirlenirken, finansal tablolar açısından TTK. m. 397/1 ve 398/1 hükümlerinde sadece standartlara uygunluktan söz edilmekte ve gerçeğe uygunluk ölçütü sadece yıllık faaliyet raporu yönünden öngörülmüş gibi bir ifadeye yer verilmekte ise de, gerçeğe uygunluk, finansal tablolar açısından da esaslı bir ölçüttür. Öyle ki, bağımsız denetime özgü evrensel kurallar uyarınca, finansal raporlama standardının uygulanmasının gerçeğe uygunluğu sağlamadığı durumlarda bu standart uygulanmaz ve finansal tabloların dipnotunda, gerçeğe uygunluk uğruna standardın uygulanmadığı keyfiyeti belirtilir[17]. Nitekim, dürüst resim verme ilkesine uygunluk ölçütü, sınanan her sonuç belgesi açısından gerçeğe uygunluk kıstasının aranmasını zorunlu kılmaktadır.

TTK. m. 397, 398 hükümleri, bağımsız denetimin konusunu ve bağlı olduğu kıstasları bu şekilde belirlerken, TTK. m. 398/1 hükmünde, sözkonusu denetimin "kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolarına özgü hükümlerine uygunluğu da kapsayacağından" söz edilse de, bu hüküm, yönetim kurulunun kararlarının ve işlemlerinin tüm yönleriyle kanuna ve esas sözleşmeye uygun olu olmadığının değerlendirileceği bir hukuki denetimi değil, kanunun ve esas sözleşmenin finansal tabloların düzenlenmesine yönelik hükümlerine uygunluğunun inceleneceği bir denetimi konu edinmektedir[18].

---

15 Uluslararası denetim standartlarının Türkiye denetim standartları başlığı altında Türk Hukuku'na uyarlanmasına yönelik olarak bkz. **Tekinalp,** Tek Kişilik Ortaklık, No. 17-02.

16 TTK Geçici Madde 1,1 hükmü, Türkiye MuhasebeStandartları'nın kapsamının, Türkiye Muhasebe Standartları, Türkiye Finansal Raporlama Standartları (TMS/TFRS) ve yorumları ile, Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Türkiye Finansal Raporlama Standartlarından (KOBİ/TFRS) oluştuğunu ortaya koymaktadır.

17 Dürüst resim verme ilkesinin, gereğinde gerçeğin aslına sadık bir biçimde yansıtılmasına engel olan kuralları bertaraf ettiği yönünde bkz. **Tekinalp,** Tek Kişilik Ortaklık, No. 17-52.

18 Bir yandan bağımsız denetim standartlarına göre yürütülmesi, bir diğer yandan konu edindiği unsurları finansal raporlama standartlarına (Türkiye muhasebe

Son tahlilde, finansal tablolara dair hukuk normlarının ihlali de niteliği itibariyle bir hukuki ihlaldir; ancak bu hukuki ihlalin teknik cephesi ağır basmaktadır. Nitekim, denetçinin finansal tablolar bağlamında yönetim kurulunun sorumlu tutulmasını gerektiren bir hususun bulunup bulunmadığını raporunda belirtme yükümlülüğüne dair TTK. m. 403/2 hükmü de, bu sınırlar dahilinde yorumlanmalıdır. Açık bir ifadeyle, denetçinin, yönetim kurulunun tüm faaliyetini irdeleyip sorumluluk ihtimalleri araştırması beklenmemelidir. Böyle bir arayış, denetim uzmanlığının sınırlarını aştığı gibi, denetime Kanunkoyucu'nun amaçladığından daha ağır bir rol izafe edilmesi anlamına gelir. Bu itibarla denetçi, ancak finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun denetimi sırasında göze çarpan belirgin ve çarpıcı sorumluluk sebeplerinin rapor edilmesi yükümlülüğü altındadır.

Bir şirketin hesapları, bu kıstasları yerine getirdiği takdirde, kurumsal yönetimin temel unsurlarından şeffaflık değeri ve dürüst resim verme ilkesi (TTK. m. 515) karşılanmış olur. Bu olasılıkta, şirketin hesapları ve özellikle yönetim kurulunun şirketin mali durumu konusundaki algısı; ki bu algı yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgilerde yansımasını bulur (TTK. m. 516); gerçeğe uygun düştüğü gibi standartlara da uygun ifade edilmiştir ve kendi içinde tutarlıdır. Şirket, kendi mali konumunun farkında olduğu gibi, bu konumu hem şirket içinde hem de dışa karşı menfaat sahiplerine yönelik olarak, evrensel finansal dile uygun bir biçimde ifade etmektedir.

Bağımsız denetim, şirketin dışa karşı yansıttığı resimle (finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu) bağımsız denetçinin saptadığı resmin birbiriyle karşılaştırılmasını konu edinir (TKK.m. 398/2). Bu iki resmin birbirine uyumluluğu sorunu, denetçi görüşünün niteliğini ve yönünü belirlemektedir.

Bağımsız denetçinin bu yükümlülüğü, finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgilerin standartlara ve gerçeğe uyumlu olup olmadığının denetimini kapsamakta ise de, denetçi, şirketin hesaplarında yer alan her kaydın doğruluğunu sınama olanağından yoksundur. Başka bir ifadeyle, denetçi, incelediği finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun tüm dayanaklarını irdeleme konusunda geniş yetkilerle donatılmış ise de, fiilen her kaydı inceleyemez. Buna her şeyden once zaman kısıtlaması engeldir. Bu itibarla denetçi, finansal tabloların dayanağını oluşturan kayıtları denetçilik mesleğine özgü standartlar ve yöntemler ışığında inceler[19] ve bu

---

standartlarına) göre incelemesi, bağımsız denetim faaliyetinin teknik ve mesleki cephesini ortaya koyar ve bu cephe, hukukun inceleme alanı dışındadır. Hukukun inceleme alanına ise, bağımsız denetçinin seçilmesinden raporunu sunmasına değin uzanan sürecin hukuki etkileri girmektedir. Bağımsız denetimin bu hukuki cephesi ile teknik cephesi arasında yoğun bir etkileşim vardır.

19 Bu yöntemler, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri X, No. 22 sayılı Tebliğ'inde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir, bkz. Tebliğ'in " Bağımsız Denetim Örneklemesi

suretle vardığı kanaati, denetçi görüşünde somutlaştırır. Denetçi, finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgilerin; şirketin finansal durumunu dürüst resim verme ilkesine uyumlu bir biçimde yansıtıp yansıtmadığı konusundaki görüşünü de raporunda ortaya koymalıdır (TTK. m. 398/1).

TTK. m. 397-406 hükümleri bütünüyle incelendiğinde, bağımsız denetçinin faaliyetinin "hesap denetimini gerçekleştirmenin sınırlarını zorlayan bir faaliyet" olduğunu kaydetmek gerekir. Zira, denetçi, açıkladığı görüşte, finansal tablolardan hareketle şirketin "varlığını sürdürmesi ve gelecekteki durumu" hakkındaki kanaatini, yıllık faaliyet raporundan hareketle şirketin finansal durumu hakkındaki görüşünü (TTK. m. 402/3) ve finansal tablolara ilişkin konular bakımından yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirecek bir durumun olup olmadığı hakkındaki bakış açısını (TTK. m. 403/2) ortaya koymalıdır. Bu noktada kamunun aydınlatılması yönünde önemli bir adım atılmaktadır : Menfaat sahiplerinin tümü açısından "şirketin hesaplarının ve yıllık faaliyet raporunun tutarlılığı, standartlara ve gerçeğe uygunluğu" doğrudan ve doyurucu bir bilgi sağlamayabilir. Açık bir anlatımla, "finansal tablo okumayı bilmeyen" bir menfaat sahibi açısından, "kıstaslara uygunluk" görüşü bir ölçüde güven sağlar ancak şirketin finansal durumu hakkında tam anlamıyla bilgi vermez[20]. Bu itibarla kanun TTK. m. 402/3 hükmüyle bir adım daha ileri gitmekte, denetçiyi, şirketin mevcut durumuyla öngörülebilir geleceği hakkında görüş bildirme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu düzenleme, kamunun aydınlatılması konusunda yarar sağlayacak; ancak şirketle bağımsız denetçi arasındaki fikir ayrılığını keskinleştirebilecektir.

TTK. m. 403/2 hükmünde denetçinin yönetim kurulunun finansal tablolarla ilgili sorumluluğu hakkında görüş bildirme yükümlülüğü altında tutulması da, çetin menfaat çatışmalarına zemin oluşturacaktır. Kişisel görüşümüzce, "finansal tablolarla ilgili konular" ifadesi geniş bir şekilde algılanmamalı; denetçinin şirketin yönetsel durumunu analiz ederek meydana gelmiş olan zararları analiz etmesi beklenmemeli; bu yükümlülük finansal tabloların yüzeyinden anlaşılan hususlarla sınırlı tutulmalıdır.

B. Bağımsız Denetimin Kapsamı

TTK. m. 398/1,4 hükümleri, finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporunu konu edinen hesap denetiminin kapsamını geniş bir biçimde belirlemiştir. Sözkonusu denetim sadece finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun kıstaslara uygunluğunu (standartlara ve gerçeğe uygunluk ve tutarlılık)

---

ve Diğer Seçilmiş Test Teknikleri" başlıklı 19. Bölümü; ayrıca bkz. Mustafa **Yavaşoğlu,** Sermaye Piyasası Mevzuatında Bağımsız Denetim, s. 91 vd.

20 Bu gerçeğe işaret eden **Paslı,** s. 283.

değil; şirketin tüm finansal durumunun dışa karşı dürüst bir biçimde yansıtılıp yansıtılmadığını konu edinir (TTK. m. 398/1,2). Bu itibarla denetim, şirketin envanterinin, muhasebe düzeninin, iç denetiminin ve risk yönetimi düzeninin de denetimini içermektedir. Burada adı geçen iç denetim, 6762 sayılı TTK. m. 347-359 hükümlerindeki murakıplıktan farklı olarak şirketin iç işleyişinde, şirketin kendi kendini denetlemesine hizmet eden ve murakıplığın aksine yönetimle "tez-antitez" ilişkisi içinde konumlanmayan, yönetimin bir parçasını veya uzantısını oluşturan, amaca uygun olarak uzmanlardan ve icra yetkilisi olmayan yönetici ve görevlilerden oluşan bir birimdir.

Görüldüğü üzere, bağımsız denetimin amacına ulaşması ve menfaat sahiplerinin şirketin içinde bulunduğu gerçek finansal durumunu gözlemleyebilmesi açısından, sadece finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun belirlenen kıstaslara uygunluğu yeterli değildir. Finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu, son tahlilde, şirketin içinde bulunduğu finansal durumun bir sonucudur. Şirketin şeffaflık ilkesinin gereklerini yerine getirmesi, sadece sonuç bağlamında değil, bu sonucun temelini oluşturan örgütlenme yapısı ve ticari muhasebe düzeni bağlamında da güvence altına alınmalıdır. Bu çerçevede şirketin muhasebe düzeninin kanunda belirtilen esaslara uygun bir biçimde tutulması (TTK. m. 64 vd.), envanterin durumu (TTK. m. 66), Türkiye Muhasebe Standartları'nın öngördüğü ölçüde iç denetimin ve risklerin erken teşhisi sisteminin işleyişi de bağımsız denetimin kapsamına dahildir (TTK. m. 398/1). Bağımsız denetçi, denetim raporunun yanı sıra, şirketin risklerin erken teşhisi komitesinin (TTK. m. 378, 366) bulunup bulunmadığı konusunda da ayrı bir rapor düzenlemekle yükümlüdür (TTK. m. 398/4). Bu süreçler içinde iç denetim ve risk yönetimi sistemleri üzerinde daha ayrıntılı olarak durmakta yarar vardır.

İç denetim, hukuki açıdan, anonim ortaklığın yönetsel ve finansal anlamda kendi kendisini denetlemesine hizmet eder[21]. TTK. m. 398/1 hükmünün *"Türkiye Muhasebe Standartları'nın öngördüğü ölçüde iç denetim"* ifadesine yer vermesi, anonim ortaklıkta iç denetim mekanizmasının oluşturulmasının, Türk Ticaret Kanunu bağlamında bir yükümlülük olup olmadığı sorusunu beraberinde getirmektedir. Bu meseleye yükümlülük penceresinden çok gereklilik açısından yaklaşılmalıdır: Türk Ticaret Kanunu'nun kurumsal yönetim ilkesini geniş bir kapsamda benimsemesi ve kapalı ano-

---

21 Gözetim işlevini haiz komite ve yönetimi denetleme komitesi kavramlarının ortaya çıkışının kökenindeki dinamikler için bkz. Ünal **Tekinalp,** Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 235; iç denetim sürecini, şirket amacının gerçekleştirilmesine ilişkin iş ve işlemlerin muhasebe, hukuk ve performans yönünden şirket içinde değerlendirilmesine hizmet eden bir süreç olarak tanımlayan Fahrettin **Önder,** Türk Hukuku'nda İç Denetim ve Uluslararası Standartlara Uyumu, Ankara, 2008, s. 8.

nim ortaklıklara ve en azından denetim hükümleri yönünden TTK. m. 635 uyarınca limited ortaklıklara dahi uygulaması karşısında, iç denetim sisteminin kurulması, kaçınılmaz bir gerekliliktir. Üstelik, yönetim kurulunun devredilemez görevlerini ve yetkilerini sıralayan TTK. m. 375 hükmünün (c) bendinde "Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması" görevinin yönetim kuruluna yüklenmesi, iç denetim sisteminin kurulmasının zorunlu olduğu görüşünü dahi destekleyebilir. Şu kadar ki, bir iç denetim sistemi kurmaksızın kanunun getirdiği dürüst resim verme eşiğine erişen ve baımsız denetimden olumlu sonuçlar elde eden bir şirket açısından, iç denetim sisteminin kurulmamış olması, somut bir yaptırımı beraberinde getirmez; sadece sorumluluk mekanizmalarını etkiler. Bu itibarla bir zorunluluktan söz etmek yerinde değildir; ancak kanunun öngördüğü kurumsal yönetim yeterliliği düzeyine, adeta iç denetim olmaksızın varılamayacağı savunulabilir[22].

Özellikle TTK. m. 403 hükmünde ifadesini bulan ve bu çalışmanın odak noktasını oluşturan "bağımsız denetimin sonuçlarının ortaklık organlarının işleyişi üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olduğu" savımız, bu etkilerin dengelenmesine yönelik olarak iç denetim sisteminin kurulmasını temellendirmektedir. Kanımızca, bağımsız denetimden kurumsal yönetim anlamında yarar elde edilmesi, şirketin bağımsız denetime girmeden önce ve sürekli olarak kendi kendini denetleyecek mekanizmalar kurulmasına bağlıdır ki, iç denetim ve risklerin erken teşhisi (risk yönetimi) sistemi, bu amaca hizmet eder[23].

Risklerin erken teşhisi komitesi, şirketi çevreleyen risklerin erkenden teşhis edilmesi, ölçülmesi ve yönetim kuruluna rapor edilmesi için kurulması öngörülen ve şirketin risk yönetim sistemini yapılandıracak ve yönetecek olan bir komitedir (TTK. m. 378,366). Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde bu komitenin ve risk yönetim sisteminin kurulması zorunludur. Diğer anonim şirketlerde ise bu komitenin ve risk yönetim sisteminin kurulması, bağımsız denetçinin şirkete yönelteceği bir bildirim üzerine zorunluluk haline gelir (TTK. m. 378/1). Bağımsız denetçi, denetim raporunun yanısıra düzenleyeceği risk raporunda, şirkette risk yönetimi sisteminin bulunup bulunmadığına, bu sistem mevcut değilse şirketin mevcut risk durumu karşısında bu sisteme ihtiyaç olup olmadığına, risk sistemi mevcut ise bu siste-

---

22 Bu yönde **Önder,** s. 39-40.

23 Avrupa Hukuku'nda Avrupa Komisyonu'nun yayımladığı Bağımsız Denetim Hakkında Yeşil Kitap da (bkz. Avrupa Komisyonu'nun 13.10.2010 tarihli, "Denetim Politikası: Krizden Çıkarılan Dersler" başlıklı Yeşil Kitabı, Brüksel, 2010), bağımsız denetimin amaca uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi için iç denetim komitesinin işlevini önemsemektedir; bkz. Yeşil Kitap, s. 8; ayrıca bkz. Georg **Lanfermann,** Berichterstattung des Abschlussprüfers als Elemend der Corporate Governance, Betriebs Berater, 2011, s. 937.

min işlerliğine ilişkin saptamalarına ve görüşüne yer verecektir. TTK. m. 378 ve 402/6 hükümleri karşılaştırıldığında, denetim raporunda, risklerin erken teşhisi komitesinin bulunup bulunmadığı; böyle bir komitenin bulunmadığının saptanması halinde denetçinin bu komitenin kurulması bildiriminde bulunup bulunmadığı (TTK. m. 378); böyle bir komite kurulmuş ise bu komitenin işlerliği irdelenecektir.

Risklerin erken teşhisi komitesinin iki ayda bir rapor düzenlemesi (TTK. m. 378/2), iki yönden önem taşımaktadır: İlkin, risk yönetim sistemi, kurulmasının şirket açısından zorunlu olmadığı hallerde dahi, kanunun getirdiği kurumsal yönetim yeterliliğini sağlamak açısından yararlı bir sistemdir. Zira, şirketi çevreleyen risklerin saptanması ve yönetim kuruluna bildirilmesi, yönetim kurulunun ve murahhasların karar alırken ve hukuki işlemler yaparken risk bilinciyle hareket etmesini sağlaması bakımından hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkelerine hizmet eder ve iç denetimi tamamlar[24]. İkinci olarak, risklerin erken teşhisi komitesinin iki ayda bir hazırlayacağı raporları bağımsız denetçiye de sunacak olması (TTK. m. 378/2), denetim faaliyetinin yukarıda işaret edildiği üzere dönemsel ve geçici bir faaliyet olmadığını[25], şirketin sürekli bir işlevi olan yönetim faaliyetine koşut olarak sürekli bir biçimde yürütüldüğünü ortaya koymaktadır.

IV. Bağımsız Denetim Sürecinde Denetçiyle Şirketin Karşılıklı Konumları

A. Belge İbraz Etme ve Bilgi Verme Yükümlülükleri

Bağımsız denetim faaliyeti, yönetim kurulunun yıllık finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporunu düzenlemesinden sonra başlayan ve denetçinin olağan genel kurula katılımıyla noktalanan bir süreç değildir. Bağımsız denetçinin görevi, denetleyeceği mali yıl içinde seçilmesiyle başlar (TTK. m. 399/1), finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun düzenlenip denetçiye verilmesine değin denetçi, düzenli aralıklarla şirketin denetimini yürütür (Geçici Madde 3) ve denetçinin bu faaliyeti, denetimin ve denetçinin denetimini yürütecek olan Kamu Gözetim Kurumu kuruluncaya değin (Geçici Madde 3), denetim belgeleri üzerinden Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından denetlenir. Ayrıca, risklerin erken teşhisi komitesinin raporları da, bu süreçte bağımsız denetçinin incelemesine sunulur (TTK. m. 378/2).

---

24 Rolf H. **Weber,** Prüfungsgegenstand und –umfang beim internen Kontrollsystem, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2007, s. 472.

25 Hamdi **Yasaman,** Türk Ticaret Kanunu'nda Hakimin Genişleyen Rolü, Batider, Aralık 2009, C. XXV, S. 4, s. 88; **Tekinalp,** Tek Kişilik Ortaklık, No. 17-04; Mustafa **Yavaşoğlu,** Sermaye Piyasası Mevzuatında Bağımsız Denetim, Ankara, 2001, s. 24.

Denetçinin faaliyetinin en dinamik kesiti, kuşkusuz ki yönetim kurulunun finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporunu denetçiye teslim etmesiyle başlar (TTK. m. 401/1) ve ilke olarak denetçinin de katıldığı genel kurulun tamamlanmasıyla son bulur (TTK. m. 407/2). Bu süreçte, bağımsız denetçinin her biri birer sonuç belgesi niteliğini taşıyan finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun yanısıra envanteri, muhasebe düzenini, iç denetim ve risk yönetimi sistemlerini denetleme yükümlülüğü altında bulunması, denetçinin şirketten gereken bilgileri edinme ve gereken belgeleri elde etme ihtiyacını önemli ölçüde artırmaktadır. Denetçinin bu konudaki muhatabı, yönetim kuruludur[26] (TTK. m. 401/1,2), ancak mevcut bulunduğu takdirde iç denetim komitesi veya birimi, aşağıda ayrıntısını inceleyeceğimiz üzere bu bilgi ve belge akışının gerçekleştirilmesi açısından en elverişli birimdir[27].

Kanun, ilgililerin bilgi alma hakkına yönelik olarak tanıdığı kapsamlı ve etkili bilgi alma haklarına koşut olarak[28] bağımsız denetçiye şirketten bilgi ve belge edinmek konusunda geniş yetkiler tanımıştır (TTK. m. 401/1,2). Bilgi ve belge talep etme hakkının kapsamı belirlenirken, denetçinin bağımsız denetimin özenli bir biçimde gerçekleştirilmesi için gereken her türlü belgeyi, bu cümleden olarak şirketin her türlü kaydını ve yazışmasını isteyebileceği; şirketin kasasını, envanterini ve kıymetli evrakını inceleyebileceği, şirketin varlıklarını ve borçlarını sınayabileceği öngörülmektedir (TTK. m. 401/1). Denetim kanıtları ve çalışma belgeleri, bu belge ve bilgilere dayanılarak oluşturulabilecektir[29]. TTK. m. 401/2, denetçinin bu isteminin "dayanak belgeleri" kapsayabileceğini öngörerek, denetçinin bilgi ve belge isteme hakkının kapsamını çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadır. Denetçiye amaca uygun ve özenli denetim gerçekleştirmek için tanınan bu geniş yetki, denetçinin şirketin ticari sırlarına dahi vakıf olmasına yol açar. Sır saklama yükümlülüğü, bu yetkinin sakıncalarını gidermek amacıyla kanunda açık bir hükümle düzenlenmiş olup (TTK. m. 404), konumuzun kapsamı itibariyle bu yükümlülüğe ilişkin değerlendirmelere bu aşamada yer verilmeyecektir.

Bağımsız denetim sürecinin bir bütün olarak finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun incelendiği dönemi önceleyen ve tamamlayan süreçlerle

---

26 Bağımsız denetimin yaygınlaşmasıyla yönetim kurulunun sorumluluğunun giderek arttığına işaret eden Peter **Böckli,** Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, Schweizerische Juristen-Zeitung, Y. 2010, S. 1; s. 5.

27 Peter **Böckli,** Audit Committee, Zürih, 2005, s. 68.

28 TTK.m. 391 yönetim kurulu üyelerinin, TTK.m. 437 ise paysahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarını düzenlemekte, TTK.m. 1524, kamunun aydınlatılması mekanizmalarıyla menfaat sahiplerinin aydınlatılmasına hizmet etmektedir. Şirketin iç işleyişinde bilgi akışının önemine işaret eden Beşir Fatih **Doğan,** 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, Istanbul, 2011, s. 157.

29 **Köksal,** Bağımsız Denetim Sözleşmesi, s. 226.

birlikte ele alınması gerektiği yönündeki savın yasal dayanağının, bir yönüyle TTK. m. 401/2'de yer aldığını kaydetmek gerekir. Bağımsız denetçi, yılsonu denetiminin hazırlıkları gerektirdiği takdirde, finansal tabloların düzenlenmesinden önceki dönemde de şirketten bilgi ve belge talebinde bulunabilir. Sözkonusu düzenleme, bağımsız denetimin sürekliliğine uygun düşmektedir. Bu bağlamda denetçi, finansal tabloların düzenlenmesinden önceki dönemde, makul aralıklarla mizan, gelir-gider tablosu, nakit akım tablosu, özvarlık değişim tablosu gibi belgelerin şirketçe düzenlenmesini talep edebilir. Kanunda hangi tür belgelerin ve bilgilerin istenebileceği hususunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, "özenli ve (amaca) uygun bir denetim için gereken bilgi ve belgeler" kıstası (TTK. m. 401/2) bu yönden uygulamaya ışık tutacaktır. Maksat, bağımsız denetçinin sadece finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun düzenlenerek kendisine verilmesinden genel kurulun yapılmasına değin geçen süreçte devreye girmesi değil, şirketin "kesintisiz olarak" bağımsız denetime tabi olmasıdır.

Hangi bilgi ve belgelerin özenli ve uygun bir denetim için gerekli olduğu sorunu konusunda şirket ve denetçi arasında ihtilaf meydana gelirse, bu mesele, aşağıda inceleneceği üzere kanımızca TTK. m. 405 hükmünden yararlanılarak ticaret mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulmalıdır. Bu tür durumlarda mahkemenin çok etkin ve hızlı bir yargılama yürütmesine ihtiyaç vardır.

Denetçinin istemi üzerine şirketin gereken bilgi ve belgeleri denetçiye aktarmamasının sonucu ise, ilke olarak denetçinin olumsuz görüş vermesine ve durumun ağırlığına göre kaçınma yazısı vermesi şeklinde ortaya çıkabilir. Nitekim, TTK. m. 402/4 bent (b) hükmü açıkça denetçinin denetim raporunun esas bölümünde, şirketin bilgi ve belge verme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin belirtmesini zorunlu kılmaktadır. Şirket bu yükümlülüğünü yerine getirmemişse, özellikle aktarılması gereken bilgi veya belge esaslı nitelikte ise ve denetim kanıtının oluşturulmasına engel teşkil ediyorsa, olumlu veya sınırlandırılmış olumlu görüş verilmesi söz konusu olmayacaktır[30]. Zira bağımsız denetçi, şirketin hazırladığı finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun dayanaklarını incelemiş ve denetim standartlarına uygun bir biçimde sınamış sayılamaz.

B. Şirketle Denetçi Arasındaki Görüş Ayrılıklarının Giderilmesi

Denetim sürecinin organların işleyişini etkilemesi, bağımsız denetçiye doğrudan ve dolaylı olarak kamunun aydınlatılmasında çeşitli görevler yüklenmesi ve bu bağlamda özellikle bilgi ve belge isteme yükümlülüğünde somutlaştığı üzere denetim faaliyetinin özenli ve amaca uygun yürütülmesi-

---

30 Seri: X, No. 22, Otuzuncu Bölüm, m. 5.

ne yönelik olarak denetçiye geniş yetkiler tanınması, şirketle bağımsız denetçi arasında bir menfaat çatışması meydana getirmektedir. Kanunkoyucu, öngördüğü mekanizmalarla bu yönden bağımsız denetçiden yana tavır almakta ise de, bağımsız denetimin şirketin işleyişine yönelik etkileri, fiili sorunları beraberinde getirebilir. Bağımsız denetçinin şirkette bir risklerin erken teşhisi komitesi kurdurmaya yetkili olması (TTK. m. 378/2) ve şirketin mevcut finansal durumu ve geleceği hakkındaki kişisel görüşünü açıklaması (TTK. m. 402/3), şirketle menfaat sahipleri arasındaki ilişkileri biçimlendiren olgulardır.

Bu nedenle, finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun bağımsız denetçi tarafından incelendiği evrede, bağımsız denetçinin "görüş oluşturma hazırlıkları", bağımsız denetçi ile şirket arasında meşru bir etkileşim meydana getirir. Şöyle ki, bu evrede bağımsız denetçi, henüz genel kurulun onayından geçmemiş olması itibariyle kesinleşmemiş olan finansal tablolardaki ve yıllık faaliyet raporundaki standartlara veya gerçeğe aykırılığı yahut tutarsızlığı öne sürerek bu aykırılığın giderilmesini yönetim kurulundan isteyebilir. Açıkça kanunda düzenlenmeyen bu etkileşim, bağımsız denetim faaliyetinin doğasından kaynaklanmaktadır. Bağımsız denetçinin bu tür bir istemde bulunması karşısında, yönetim kurulu, bağımsız denetçiyle aynı görüşte ise, diğer bir deyişle aykırılığın ayırdına vardıysa ve bunu düzeltme iradesini gösterdiyse; bağımsız denetim süreci sorunsuz işler; zira düzeltilen finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu, olumlu denetçi görüşüne konu olur.

Buna karşılık yönetim kurulu, denetçinin aykırılık olarak değerlendirdiği bir hususun esasen hukuka uygun olduğu ve dürüst resim verme ilkesini karşıladığı görüşünde ise, şirket ile bağımsız denetçi arasında bir görüş ayrılığı ortaya çıkar. Bu görüş ayrılığı, henüz bağımsız denetçi görüşünün açıklanmadığı ve şirkete aktarılmadığı aşamada gündeme gelen bir anlaşmazlıktır[31]. TTK. m. 405/1, bu görüş ayrılığının yönetim kurulunun veya denetçinin başvurusu üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulacağını ve mahkemenin kararının kesin olacağını düzenlemektedir. Mahkeme, böyle bir istem üzerine, bir uzman görüşünden yararlanarak hızla karar vermelidir ki, denetim süreci, mahkemenin belirlediği doğrultuda sürdürülerek derhal tamamlanabilsin.

Görüş ayrılıkları üzerine mahkemeye başvurulması usulü, sadece hükmün sözel örgüsü gözetildiğinde, münhasıran finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun denetçi tarafından yorumlanması sürecinde ortaya çıkan anlaşmazlıkları gidermeye yönelik bir usul görünümündedir. Oysa sözkonusu mekanizmadan, kanımızca denetim faaliyeti sürecinde ortaya çıkan diğer

---

31 TTK. m. 405'e özgü Madde Gerekçesi'nde "ağır sonuçların doğmasına engel olunması" ibaresine yer verilmesi, bu yaklaşımı doğrulamaktadır.

aksaklıkların çözümünde de yararlanmak gerekir. Yargılama sürecinin uzun sürmesi tehlikesi bu yönde endişe yaratmakta ise de hükmün konuluş amacını daha geniş yorumlamak gerekir. Denetim sürecinde denetçi ile şirket arasında ortaya çıkabilecek ve denetim sürecini aksatabilecek; hatta bu aksaklığın kemikleşmesi halinde denetçinin olumsuz rapor vermesini veya kaçınma yazısı hazırlamasını kolaylaştırabilecek anlaşmazlıkların çözümünde, anlaşmazlığın niteliği elverişli olduğu ölçüde bu mekanizmadan yararlanılmalıdır. Zira Kanunkoyucu'nun bağımsız denetimin işlerliğine yönelik bir çok önlem aldığı, denetçiyi edilgen bir inceleme görevlisi değil de etkin bir kurumsal yönetim bekçisi olarak görevlendirdiği ve denetimin sonuçlarına anonim ortaklık organlarının karar alma yeteneğini daraltan etkiler izafe ettiği[32] dikkate alındığında, nesnel kıstaslara bağlı kalmak kaydıyla sistemin "olumlu denetçi görüşü alınması doğrultusunda" ilerleyecek şekilde işletilmesi, kaçınılmaz bir ihtiyaçtır.

V. DENETİM FAALİYETİNİN SONUÇLARI

A. Denetçi Raporunun Hazırlanması ve Sunulması

Denetim raporunun özgül içeriğini, denetçinin şirketin finansal tablolar hakkındaki görüşü oluşturur (TTK. m. 402/1,3). Bu görüşü, yıllık faaliyet raporu hakkındaki görüş (TTK. m. 402/2) ve risklerin erken teşhisine ilişkin denetçi görüşü (TTK. m. 402/6) tamamlar. Bu üç aslî unsurdan oluşan denetim raporunun eksenini, standartlara ve gerçeğe uygunluk ile tutarlılık kıstasları belirler. Bu yönüyle, denetim raporu, denetimin sonucudur ve denetim sürecinin organların işleyişi üzerindeki aslî etkisini tayin eder.

Denetim raporu, ana hatları itibariyle finansal tablolara odaklı olarak hazırlanır. Yıllık faaliyet raporunun irdelenmesi, bu sonuç belgesinde yer alan finansal bilgilerin tutarlılığını sınama amacına yönelir. Kanunkoyucu, bağımsız denetçiye salt bir sınayıcı rol vermekle yetinmemiş; denetçiyi, bir yandan şirkete yönelteceği bir bildirimle risklerin erken teşhisi komitesi kurulmasını sağlama (TTK. m. 378/2), finansal tablolara odaklı denetimde finansal tabloların arka planını araştırma ve bu cümleden olarak şirketin envanterini, stoklarını, kıymetli evrakını ve her türlü belgesini inceleme

---

32 Bu etkiler için bkz. **Altay**, s. 345-346. Bağımsız denetimin kamuyu aydınlatmaya ve şeffaflığa yönelik işlevi için bkz. Korkut **Özkorkut**, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara, 2007, s. 64-65; kamuyu aydınlatmanın sürekliliğine işaret eden ve finansal tabloların ve raporların dahi güncel bilgiyi vermekten uzak olduğunu vurgulayan Veliye **Yanlı,** Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, Istanbul, 2005, s. 133. Bağımsız denetimin kamuyu aydınlatmaya ve şeffaflığa yönelik işlevi için bkz. Korkut **Özkorkut,** Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara, 2007, s. 64-65.

(TTK. m. 401), şirketin finansal durumu ve varlığını sürdürme yeteneği hakkında yönetim kurulunun görüşünü de dikkate alarak görüş bildirme (TTK. m. 402/3) ve finansal tablolara ilişkin konular bakımından yönetim kurulunun sorumluluğu hakkında görüş bildirme (TTK. m. 403/2) gibi yetkilerle donatmıştır. Bütün bu yetkilerin kullanılmasının ve yürütülen denetimin sonuçları, denetim raporunda ifadesini bulur.

Denetçi raporunun esas hakkındaki kısmı, denetçinin, denetim standartları uyarınca yürüttüğü denetim faaliyetinde şirketin bilgi ve belge aktarma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği ve denetim faaliyeti sonucunda elde edilen denetim verilerinin finansal tablolarla ve yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgilerle örtüşüp örtüşmediği yönündeki saptamasını içerir. Denetim raporunun sonucu ise, denetçinin görüş yazısında somutlaşır.

Bu etkiler, menfaat sahipleri nezdinde iki şekilde ortaya çıkar. İlk olarak, bağımsız denetçi tarafından yönetim kuruluna sunulan denetçi raporu (TTK. m. 402/7), genel kurulda ele alınır ve görüş yazısının niteliğine göre, TTK. m. 403/5 hükmündeki kararların oluşumuna zemin hazırlar. İkinci olarak, denetçi raporu, şirketin internet sitesine konularak, kanunun aydınlatılması açısından önemli bir işlevi yerine getirir [TTK. m. 1524/1 bent (j)]. Ancak tüm bu etkilerin karakteristik özelliğini, görüş yazısının niteliği belirler.

B. Denetçi Görüşünün Organların İşleyişi Üzerindeki Doğrudan Etkileri

1. Olumlu Görüşün ve Sınırlandırılmış Olumlu Görüşün Etkileri

Kanunun açık hükmü uyarınca, denetçinin denetiminden geçmemiş finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporu düzenlenmemiş hükmündedir (TTK. m. 397/2) ve genel kurulda alınacak mali kararlara dayanak teşkil edemez. Şirket açısından denetimden umulan yarar, bağımsız denetim sürecinin sonunda olumlu görüş veya hiç olmazsa sınırlandırılmış olumlu görüş (TTK. m. 403/ 1,3) elde etmektir.

Bu amaca erişilmesi için, belirtildiği üzere iç denetim sistemlerinin oluşturulması, Türkiye muhasebe standartlarına uyum anlamında insan kaynakları ve teknolojik altyapı yönünden gereken yatırımın yapılması, şirket bünyesinde kurumsal yönetim kararlılığının tesis edilmesi, ortaklık düzeninde amaca uygun ve özenli bir denetim yürütülmesi için gereken zeminin hazırlanması gerekir[33]. Olumlu görüş alındığı takdirde, genel kurulda alınacak mali kararlar açısından sağlıklı bir zemin yaratılmış olur. Kurumsal yönetim anlamında süreç, denetimden geçmiş finansal tablolar ile yıllık

---

[33] Bu yükümlülük, her şeyden once TTK.m. 375/1 bent (c) hükmünden kaynaklanmaktadır.

faaliyet raporunun ve denetçi raporunun şirketin internet sitesinde yayımlanmasıyla sonuçlarını verir [TTK. m. 1524/1 bent (ı,i,j)].

Finansal tablolardaki aksaklıkların yetkili organlarca düzeltilebileceği ve bu aksaklıkların sonuca etkilerinin kapsamlı olmadığı durumlarda, denetçi sınırlandırılmış olumlu görüş verir[34] (TTK. m. 403/3). Hüküm, çekincelerin finansal tablolar özelinde ortaya çıkabileceğine işaret etmektedir. Sonuca kapsamlı bir etkide bulunmamak, ortaya çıkan aksaklığın hem nisbeten kolayca giderilebilir olması, hem de finansal tablolarla yıllık faaliyet raporunun standartlara ve gerçeğe uygunluğuna ve tutarlılığına gölge düşürmemesi anlamında yorumlanmalıdır. Aksaklığın kolayca giderilebilmesi, somut olarak, meselenin genel kurulun işleyişi çerçevesinde ele alınabilir ve genel kurul kararıyla (TTK. m. 403/5 son cümle) oluşturulabilecek bir talimat eksenindeyönetim kurulunca giderilebilir nitelikte olmasıdır.

2. Olumsuz Görüşün ve Kaçınma Yazısının Etkileri

Finansal tabloların veya yıllık faaliyet raporundaki aksaklığın standartlara aykırılığı veya gerçeğe aykırılığı veya tutarsızlığı doğurması olasılığında denetçinin olumsuz görüş vermesi söz konusu olur. TTK. m. 403/3 hükmünde sınırlandırılmış olumlu görüş ve olumsuz görüş, aynı eksende ortaya çıkan ve birbiriyle derece farkı içinde meydana gelen aksaklıkların sonucu olarak düzenlenmiş ise de, sınırlandırılmış olumlu görüşün, kapsamı kısıtlı çekinceler barındıran bir olumlu görüş niteliğini taşıdığı, olumsuz görüşün ise olumlu ve sınırlandırılmış olumlu görüşlerin tam karşısında yer aldığı olgusu, gözardı edilmemelidir. Finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu ciddi aksaklıklar barındırıyorsa, olumsuz görüş verilmesi kaçınılmazdır[35].

Kaçınma yazısının hangi koşullarda verileceği meselesi (TTK. m. 403/4) somutlaştırılmalıdır. Hükümde *"denetlemenin bu Bölüm hükümlerine uygun bir şekilde yapılmasına ve sonuçlara varılmasına olanak vermeyecek ölçüde belirsizliklerin bulunması veya şirket tarafından denetlenecek hususlarda önemli kısıtlamaların yapılması halinde"* kaçınma yazısının verileceğini belirlemektedir. Bu durumda ilk olarak, şirketin denetimin amacına uygun bir biçimde yürütülmesini önlediği her durumda kaçınma yazısının gündeme geleceği anlaşılmaktadır[36].

---

34 Bağımsız denetim uygulamasında, bu görüşe, "şartlı olumlu görüş" adı verilmektedir; Seri X, No. 22 Sayılı Tebliğ, Otuzuncu Bölüm, m. 5.

35 Bu aksaklık, şirketin dürüst resim vermesine engel teşkil edecek nitelikte olmalıdır. Olumsuz görüş verilmesi için, şirket ile bağımsız denetçi arasında (finansal tablolar, yıllık faaliyet raporu ve bunların dayanağını oluşturan hesaplar üzerinde ortaya çıkan) anlaşmazlığın önemli ve yaygın bir etkiye sahip olması gerektiğini belirten **Köksal,** Bağımsız Denetim Sözleşmesi, s. 286.

36 Denetçilerin stok sayımının, kasayı saymalarının ve ticari işletmenin belirli bö-

Belirsizlikten[37] kasıt, sebep sonuç ilişkisinde aranmalıdır: Şirketin finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporunda ve bunların dayanağını oluşturan belgelerin ve fiziki unsurların (envanter, kıymetli evrak vb) incelenmesini önleyen öyle aksaklıklar bulunmalıdır ki, bunlara istinaden bir denetim kanıtı elde etmesi mümkün olmasın[38]. Görüldüğü üzere kaçınma yazısının koşullarını belirlemeye yönelik olarak kanunun öngördüğü durumlar, olumsuz görüş verilmesiyle kaçınma yazısı verilmesine dair koşullar arasındaki ayrımı belirsizleştirmektedir. Kaçınma yazısı, esasen, denetime konu oluşturan sonuç belgelerinin kanunda aranan kurucu unsurlardan mahrum bulunması veya denetimin yapılmasının önemli ölçüde engellenmesi durumlarında gündeme gelmektedir. Kaçınma yazısının söz konusu olduğu durumlarda, ortada bir rapor yoktur.

Olumsuz görüş veya kaçınma yazısının verilmesi halinde, özellikle organların işleyişi konusunda denetimin çarpıcı etkileri gündeme gelmektedir. İlk olarak, denetçinin olumsuz görüş içeren raporunu veya kaçınma yazısını imzalayarak yönetim kuruluna sunması üzerine (TTK. m. 402/7), yönetim kurulu dört işgünü içinde genel kurulu toplantıya çağırır (TTK. m. 403/5 c.2). Bu hüküm, yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya davet usulünü dört iş günü içinde tamamlamakla yükümlü olduğu yönünde anlaşılmalıdır. Hükmün yönetim kurulunun istifa edeceği yönündeki düzenlemesi (c. 2), istifanın bozucu yenilik doğurucu etkisi ve yönetim kurulu üyelerinden böyle bir irade sadır olmadığı veya genel kurulun azil iradesini oluşturmadığı sürece yönetim kurulu üyeliği sıfatının süreceği[39] dikkate alındığında, hükmün konuluş amacına uygun olarak kanımızca "istifa etmiş sayılır" şeklinde yorumlanmalıdır. Diğer bir anlatımla, genel kurul toplandığında yönetim kurulu üyeleri istifa iradelerini şirkete yöneltmedikleri ve ulaştırmadıkları takdirde dahi, istifanın kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkacağı sonucuna erişmek gerekir.

Toplanan genel kurul, yeni yönetim kurulunu seçer (TTK. m. 403/5 c. 3). Genel kurul, geçersizliğe ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, önceki yönetim kurulunda yer alan kişileri yeni yönetim kuruluna seçebilir. Bunda kanımızca bir sakınca yoktur, zira zorunlu istifa (kendiliğinden istifa) marifetiyle yönetim kurulu üyelerinin bilinçlendirilmesi sağlanmış olacaktır. Seçilen yönetim kurulunun görevi, geçmiş mali döneme ilişkin finansal tab-

---

lümlerine girmelerinin engellenmesini bu duruma örnek olarak gösteren **Köksal,** Bağımsız Denetim Sözleşmesi, s. 286.

37 Belirsizlik kavramının muğlaklığının ikincil düzenlemelerle giderilmesi gerektiğine işaret eden Soner **Altaş,** Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Şirket Denetimi, Ankara, 2011, s. 140.

38 Seri X, No. 22 Sayılı Tebliğ, Otuzuncu Bölüm, m. 5.

39 Ersin **Çamoğlu** (Reha **Poroy/** Ünal **Tekinalp**), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, Istanbul, 2010, No. 550, 551.

loları ve yıllık faaliyet raporunu yeniden düzenletmek ve denetçiden olumlu görüş veya hiç olmazsa sınırlandırılmış olumlu görüş elde etmektir. Bu süreçler tahtında, denetçiden olumlu görüş veya sınırlandırılmış olumlu görüş alınmadıkça, genel kurul mali konularda karar alma yeteneğini yitirecek; finansal tabloları esas alan başta hesapların onanması, yöneticilerin ibrası, kâr dağıtılması gibi mali kararları oluşturamayacaktır.

Bağımsız denetçi, belirli bir döneme ilişkin hesap denetiminin gerçekleştirilmesini konu edindiği için, yeni seçilen yönetim kurulu, aynı bağımsız denetçiye yeniden düzenleyeceği finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporunu denetletecektir. Denetimi, olumsuz görüş veren veya kaçınma yazısı düzenleyen denetçi yeniden gerçekleştirecektir[40].

Kuşkusuz ki, finansal tablolarla yıllık faaliyet raporunun ve bu sonuç belgelerine esas oluşturan kayıtların denetime hazır edilmesi ve olumlu görüşe veya sınırlandırılmış olumlu görüşe mazhar olacak şekilde yeniden düzenlenmesi, güçlükler arz edebilir. Özellikle yukarıda açıklandığı üzere, olumsuz görüş veya kaçınma yazısı düzenlendiğine gore, bağımsız denetçiyle şirket arasında oluşan meşru etkileşim hesapların olumlu görüşe elverişli hale getirilmesi yönünde yarar sağlamamıştır ki, süreç olumsuz görüşle veya kaçınma yazısıyla sonuçlanmıştır. Bu olgu dahi, olumsuz görüş veya kaçınma yazısı düzenlendikten sonra genel kurulun ardından sürecin olumlu görüş alınacak hale dönüştürülmesinin ne kadar güç olduıunu ortaya koymaktadır. Ancak her durumda, yeni yönetim kurulu, olumlu görüş elde etmeye yönelik olarak gereken yükümlülükleri yerine getirmelidir; aksi takdirde şirket ilgili mâlî döneme ilişkin olarak mâlî kararlar yönünden karar alma yeteneğini yitirecek; yöneticilerin ise TTK. m. 553 vd. hükümleri uyarınca sorumluluğuna başvurulması gündeme gelecektir.

C. Denetçinin Genel Kurula Katılımı

TTK. m. 407/2 uyarınca, denetçinin genel kurula katılması zorunludur. Bu düzenlemenin amacı, öncelikli olarak, paysahiplerinin genel kurulda şirketin finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporuyla ilgili bilgi alma ihtiyaçlarının daha sağlıklı bir biçimde karşılanmasıdır. Zira genel kurulda yöneltilen sorulara karşı, şirket yöneticilerinin kendi menfaatlerini (sorumluluk) ve varsa temsil ettikleri paysahiplerinin menfaatlerini (inançlı yönetim

---

40 TTK.m. 397-406 hükümlerinin özünde, denetçinin her faaliyet dönemi için seçilmesi, şirketin bağımsız denetçinin görevine haklı sebep olmaksızın ve mahkemeye başvurmaksızın son verememesi (TTK.m. 399/4) ve denetçinin de çok sınırlı durumlarda görevinden ayrılabilmesi(TTK.m. 408) fikri yer almaktadır. Böylelikle denetçi belirli bir mali dönem için seçilmekte; bu itibarla, olumsuz görüş verilmesi veya kaçınma yazısı düzenlenmesi halinde de ilgili mali dönemin hesaplarının, aynı denetçi tarafından denetlenmesi söz konusu olmaktadır. "Her faaliyet dönemi için seçim" kuralı için bkz. **Tekinalp,** Tek Kişilik Ortaklık, No. 17-18.

kurulu üyeliği) gözeterek hareket etme eğilimini gösterdikleri açıktır. Bu nedenle, denetçinin genel kurula katılması, şeffaflık açısından önemli katkılar sağlayacaktır. Bununla birlikte, denetçinin doğrudan doğruya finansal tabloları, yıllık faaliyet raporunda yer alan finansal bilgileri, bunların dayanakları ve özü itibariyle dürüst resim verme ilkesinin hayata geçirilip geçirilmediği meselesini ilgilendiren soruların muhatabı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu itibarla denetçi, yönetsel konuları ilgilendiren meselelerin muhatabı olmadığı gibi, şirketin finansal cephesinde "sebebe özgü" soruların da muhatabı değildir. Açık bir anlatımla, denetçi, örneğin bir yatırımın neden gerçekleştirildiğine veya bir yatırımın neden yapıldığına yönelik soruların muhatabı değildir; denetçi sadece bu yatırımın ve harcamanın sonucunu, hesaplara (finansal tablolar) ve şirketin finansal projeksiyonuna (yıllık faaliyet raporundaki finansal bilgiler) yönelik etkiler bağlamında ele alır.

Denetçinin genel kurula katılım yükümlülüğünün olağan genel kurulu mu yoksa olağanüstü genel kurulları da mı kapsadığı; genel kurula katılım yönünden denetçinin sadece hesapların ele alınacağı genel kurula mı katılacağının öngörüldüğü sorularına, TTK. m. 407/2 hükmünden hareketle yanıt aramak gerekir. Hüküm, genel kurula katılma zorunluluğunu olağan genel kurulla sınırlandırmamaktadır[41]. Kanımızca denetçi, anonim şirketle denetim sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren, bu denetim sözleşmesinin kapsadığı mâlî döneme ilişkin tüm genel kurullara katılmakla yükümlüdür. Ancak bu sav, somutlaştırılmalıdır.

Bu mesele, birbirini izleyen mâlî dönemlerde farklı denetçilerin seçilmesi olasılığında farklı bir boyut kazanır. Somut olarak, bir anonim şirkette, birbirini izleyen iki ayrı mâlî dönemi denetlemek üzere sırayla birbirinden farklı kişilerin ("önceki mali dönemin denetçisi" ve "sonraki mâlî dönemin denetçisi") denetçi olarak seçilmesi varsayımında; sonraki dönemin denetçisi, ilke olarak önceki döneme özgü olağan genel kurul toplantısında seçilecektir. Bu genel kurul toplantısında önceki hesap dönemi hakkında bağımsız denetçinin olumlu veya sınırlandırılmış olumlu görüşü uyarınca hesaplar onanırsa, önceki dönemin denetçisinin görevi sona erecektir. Böylelikle bu genel kurulda seçilen sonraki dönemin denetçisi, denetim sözleşmesinin akdedildiği tarihten denetlediği dönemin hesapları tasdik edilene değin görev yapacaktır ve bu dönemde yapılan tüm genel kurul toplantılarına katılacaktır.

---

41 Bu hususu tespit eden ve hükmü eleştirel açıdan irdeleyen Ömer **Teoman,** Yürürlükteki Hukukumuza ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar, Batider, Aralık 2009, C. XXV, S. 4**,** s. 27. Alman Hukuku'nda ise bağımsız denetçi, sadece finansal tabloların ele alınacağı genel kurul toplantısına katılmakla yükümlü kılınmıştır, fakat denetçinin bu genel kurula katılmaması bir iptal edilebilirlik sebebidir; bkz. Franz Jörg **Semler,** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Auflage, Münih,2007, § 36, No.5

Mesele, önceki döneme ilişkin olağan genel kurul toplantısına sunulan denetçi raporunun olumsuz olması veya kaçınma yazısı şeklinde tezahür etmesi olasılığında ortaya çıkar. Somut bir örnekle, faaliyet dönemi yıl sonunda tamamlanan bir anonim şirkette, 2015 mali dönemini denetleyen denetçinin olumsuz rapor verdiği, 2015 yılına ilişkin olağan genel kurul toplantısında TTK. m. 403/5 uyarınca finansal tabloları yeniden düzenleyecek yeni yönetim kurulunun seçildiği ve aynı zamanda 2016 mali yılını denetleyecek denetçinin seçilmesi de söz konusu olabilir[42]. Bu durumda şu hukuki sorun ortaya çıkmaktadır: 2015 mali dönemini (önceki dönemi) denetleyen denetçinin görevi, yeniden düzenlenecek olan finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporunun kendisine sunulmasına ve olumlu denetçi görüşü verilmesine ilişkin koşullar olgunlaşıncaya değin devam edeceğine gore, bu görev devam ederken yeni dönemin denetçisi seçilmiş olduğuna gore, bu denetçilerden hangisi genel kurula katılmakla yükümlüdür?

Kanımızca bu soruya, her iki denetçinin de genel kurula katılmakla yükümlü bulunduğu; buna karşılık önceki mâlî dönemi ilgilendiren hususlarda ve yeniden denetimi gerektiren durumlarda (TTK. m. 397/3) önceki dönemin denetçisinin, sonraki mâlî dönemi ilgilendiren konularda ise sonraki dönemin denetçisinin sorulara muhatap olması gerektiği yönünde yanıtlanmalıdır. Genel kurul gündeminde sadece önceki mâlî döneme ilişkin hususların bulunması, istisnaen sonraki mâlî döneme ilişkin hususların tartışılabileceği (TTK. m. 413/2) gözetildiğinde, sonraki mâlî dönemin denetçisinin genel kurula katılmamasını haklı kılmayacaktır.

İlgililerin ve bu arada denetçinin TTK. m. 407/2 uyarınca genel kurula katılma yükümlülüklerinin öngörülmesinin ardında, paysahiplerinin bilgi alma haklarının karşılanması fikri yatmaktadır. Gerekçe'de hem bu husus vurgulanmış, hem de bu yükümlülüğün ihlalinin genel kurulda alınacak kararları sakatlamayacağı belirtilmiştir[43]. Bu husus, paysahibinin TTK. m. 437/5 uyarınca açacağı bilgi alma hakkına özgü davayı temellendiren bir olgudur ve paysahibinin genel kurula katılmayan denetçiye soru yönelteme-

---

42 2015 mali döneminin hesaplarının henüz onanmaması, 2016 mali dönemine ilişkin denetçinin seçilmesine engel değildir. TTK.m. 399/1 c.2 hükmünün "Denetçinin, her faaliyet dönemi ve her hâlde görevini yerine getireceği faaliyet dönemi bitmeden seçilmesi şarttır" yönündeki düzenlemesi, denetçinin faaliyet döneminin dördüncü ayına değin seçilmesine ilişkin TTK.m. 399/6 hükmü ve denetimin sürekliliğini ortaya koyan Geçici 3. madde ışığında yorumlanmalıdır. Böylelikle bir önceki mâlî dönemin hesapları onanmadan bir sonraki mâlî dönemi denetleyecek olan denetçi seçilebilir; hatta kanun denetçinin bir an once seçilmesini teşvik etmektedir. Kuşkusuz ki, her denetçinin görevi, kendi denetlediği mâlî dönem ile sınırlıdır.

43 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, Madde Gerekçeleri Madde 407, 2. fıkra.

mesi nedeniyle aydınlanamadığı hususların bu davayla aydınlatılmasına yol açar[44]. Bilgi alma talebinin doğrudan reddedilmesine ilişkin kararlar veya hesap verme yükümü ile bilgi alma haklarının gereklerine aykırı biçimde alınmış kararlar açısından ise, geçersizlik, özellikle iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusu olacaktır[45].

D. Şirketin İnternet Sitesinde Denetim Raporunun Yayımlanması

TTK. m. 1524, şirketin finansal tablolarının ve bunların dipnotları ile eklerinin (fıkra 1 bent ı), yıllık faaliyet raporunun (fıkra 1 bent i) ve denetçi raporunun (fıkra 1 bent j) şirketin internet sitesinde yayımlanmasını, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde cezai açıdan TTK. m. 562/12 hükmündeki yaptırımların uygulanacağını, hukuki açıdan ise; *"bu yükümlülüklere uyulmamasının ilgili kararların iptal edilmesinin sebebini oluşturacağını, kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açacağını ve kusuru bulunanların sorumluluğuna yol açacağını"* öngörmektedir (TTK. m. 1524/2). Bağımsız denetçinin kamu yararına yürüttüğü denetim faaliyeti[46], internet sitesinde yayımlandığında kamunun aydınlatılmasının uygulama alanı, önemli ölçüde genişlemektedir. İnternet sitesinin içeriğinin herkese açık olması, sonuç belgelerinin ve raporların anonim ortakılğın tüm türlerinde ve limited ortaklıklarda dahi internet sitesinde yer alması, kamunun aydınlatılması konusunda ileri bir adımdır.

TTK. m. 1524/2 hükmündeki yaptırım açıklıktan uzaktır. Tasarı'nın Gerekçesi'ne göz atıldığında, kanun tasarı halindeyken bu hukuki yaptırımın TTK. m. 1524/1 hükmünde yer aldığını, sonradan Adalet Komisyonu'nun müdahalesiyle sözel açıklık sağlanması amacıyla 2. fıkraya dönüştürüldüğü anlaşılmaktadır[47].

---

44 Bilgi alma davasının hukuki niteliği ve bir doğrudan yaptırım aracı olma niteliği hakkında bkz. Arslan **Kaya,** Anonim Ortaklıkta Paysahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, 2001, s. 319-321.

45 Meseleyi 6102 sayılı TTK bağlamında ilk olarak ele alan **Teoman,** ilgililerin genel kurula katılmamalarının tek başına genel kurulda alınan kararları sakatlamamakla birlikte, paysahiplerinin bilgi alma haklarını gereği gibi kullanamadıkları savı ile açabilecekleri iptal davalarında ve giderek sorumluluk davalarında dikkate alınacağını ortaya koymaktadır; bkz. **Teoman,** s. 33; ayrıca bilgi alma hakkının ihlali bağlamında geçersizlik davalarının konumu için bkz. **Kaya,** s. 336-337.

46 **Wiesner,** §19, No. 9.

47 Hükme ilişkin Tasarı Gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. TBMM Genel Kurul Tutanakları, 13.01.2011 tarihli, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, 51. Birleşimi (www.tbmm.gov.tr, çevrimiçi); ayrıca Abuzer **Kendigelen,** Gerekçeli Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, Istanbul, 2011, s. 1428-1430.

TTK m. 1524/2 hükmünün öncül hali, TTK Tasarısı m. 1524/1 hükmünün son paragrafında yer almaktaydı ve şu şekildeydi[48] : *"Bu hükümdeki yükümlülüklere uymama, kanuna aykırılığın ve yönetim kurulunun görevini yerine getirmemesinin bütün hukuki sonuçlarını doğurur…."*. TTK. m. 1524/2 hükmü irdelendiğinde, iptal edilebilirliğin, hangi durumlarda ortaya çıkacağının belirlenmesinde dikkatle hareket edilmelidir. Meseleye inceleme konumuzun sınırları dahilinde çözüm aramak gerekirse, finansal tabloların, yıllık faaliyet raporunun veya denetim raporunun ilgili genel kurul toplantısından once yayımlanmaması, bu sonuç belgelerinin ve raporların geçersizliğini tazammun edebilir. Zira davacı paysahibinin bilgi alma hakkının başka yollardan karşılandığı kanıtlanmadığı müddetçe, bu belgelerin internet sitesinde yayımlanmaması, özellikle raporlar ve yönetim kurulu açıklamalarının yayımlanmasının açık bir hükümle de düzenlendiği gözetildiğinde (TTK. m. 1524/1 bent (f)), paysahibinin inceleme ve bilgi alma haklarının karşılanmadığı sonucunu beraberinde getirir ve bu husus, bu belgelere istinaden alınacak kararların TTK. m. 1524/2 uyarınca iptal edilebilirliğine yol açar.

Kuşkusuz ki, iptal davasının açılması için, bu davaya özgü dava şartlarının varlığı (TTK. m. 446) aranacak ise de, Kanunkoyucu'nun TTK. m. 1524/2 hükmünde TTK. m. 445 anlamında yeni bir kanuna aykırılık sebebi yarattığı ve iptal davasının bu bağlamda uygulama alanını genişlettiği açıktır.

VI. Çözüm Arayışları

Görüş ayrılıklarına ilişkin açıklamalarda ortaya konulduğu üzere, denetçi raporu düzenlenene değin, şirketle denetçi arasında oluşan meşru etkileşim, taraflarca olumlu denetçi görüşünün elde edilmesine yönelik bir fırsat olarak değerlendirilmeli; ortaya çıkabilecek muhtemel aksaklıklar mahkeme marifetiyle hızla giderilebilmelidir. Bu amaca erişilmesi, ortaklık düzeninin kurumsal yönetim anlayışı ekseninde inşa edilmesine ve denetime elverişli bir biçimde yapılandırılmasına bağlıdır. Kişisel görüşümüzce bu amaca yönelmenin en etkili aracı, şirket bünyesinde bir iç denetim sisteminin oluşturulmasıdır.

Organ vasfını taşımayan bir özne konumundaki bağımsız denetçinin faaliyetine, bu denli ciddi hukuki sonuçlar bağlanması karşısında, şirketin

---

48 Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve İç Ticaret Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, 2008, s. 265. Bu hüküm, TBMM Adalet Komisyonu tarafından 2008 yılında kabul edilen Tasarı metnini kapsamaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1524. maddesi ise, Adalet Komisyonu'nun Kanun'un Meclis Genel Kurulu'na sevk edilmesinden sonra sunduğu sonraki görüşe istinaden son şekline bürünmüştür.

bağımsız denetim faaliyeti karşısındaki konumunu akılcı bir biçimde belirlemesi ve yönlendirmesi zorunludur. Bu amaca erişmenin yöntemi, bağımsız denetim faaliyetinin bir izdüşümünü, şirket içinde yaratmaktır. Açık bir anlatımla, şirket iç denetim sistemlerini, iç kontrol ve risklerin erken teşhisi sistemlerini kendi iradesiyle ve gayet etkin bir biçimde işletmelidir[49]. Şirketin bu anlayışı benimsemesi, şirketin kendi kendini denetlemesini ve bağımsız denetime hazırlıklı girmesini temin edecektir.

İkinci olarak, bağımsız denetim süreci, irdelendiği üzere, organların işleyişi üzerindeki etkisini, ilk aşamada denetçi ile yönetim kurulu arasındaki yoğun etkileşim tahtında icra etmektedir. Özen ve sadakat yükümlülükleri kanunda yeniden tarif edilen[50] (TTK. m. 369), daha akılcı hale getirilen sorumluluk rejimine (TTK. m. 549 vd.) rağmen sorumluluk yükü her geçen gün artan yönetim kurulu üyelerinin ve üst düzey yöneticilerin özellikle TTK. m. 401 hükmünde somutlaştığı üzere bağımsız denetimin gereklerini yerine getirme yükümünü tek başlarına üstlenmeleri, şirket yönetiminde aksaklıklara yol açar. Bu nedenle iç denetim sistemi, bu bağlamda iç denetim komitesi, iç denetim sistemlerinin eşgüdümünün ötesinde bağımsız denetçinin şirketle olan ilişkilerinin de sağlıklı bir biçimde kurulmasına hizmet edecektir.

Üçüncü olarak iç denetim sistemi, yürütülen iç denetim faaliyetinin ve bağımsız denetim faaliyetinin sonuçlarının şirket yönetimine yansıtılması konusunda da rol üstlenmelidir[51]. Kurumsal yönetimin esaslarından biri olan sorumluluk ilkesi, sorumluluk süreçlerinin çok yönlü işletilmesini ve sorumluluğun doğmasını önleyici mekanizmaların uygulanmasını ön plana çıkarmaktadır.Bu anlamda, iç denetim sürecinde elde edilen verilerin yönetim sürecinde dikkate alınması, zararı önleyebilir. İç denetim, bu yönden de önemli bir işlevi yerine getirecektir.

Sonuç itibariyle, kurumsal yönetim anlayışına uygun bir biçimde yapılandırılan, denetime elverişli bir yönetsel ve finansal örgütlenmeye sahip olan ve en önemlisi iç denetimini amaca uygun biçimde gerçekleştiren şirketler açısından olumlu denetçi görüşü elde edilmesine yönelik koşullar olgunlaşmaktadır.

---

49 **Böckli,** Audit Committee, s. 31.

50 Necla **Akdağ Güney,** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Istanbul, 2010, özellikle s. 84 vd.

51 **Böckli,** Audit Committee, s. 28.

Sonuç

Bağımsız denetimin anonim şirketin organlarının işleyişi üzerindeki etkileri konusunda bu çalışmada varılan sonuçları, şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Bağımsız denetim, hesap denetimi yoluyla, şirket organlarının ve menfaat sahiplerinin sağlıklı karar vermelerini sağlayacak nesnel verilerin belirli ölçütlere uygunluğunun sınanmasını amaçlamaktadır. Ancak şirketin risklerin erken teşhisi mekanizmalarının kurulması ve geliştirilmesi yönünde uyarıda bulunması ve şirketin konumunun dürüst resim verme ilkesine ve yönetim kurulunun finansal tablolar bağlamında sorumluluğu konusunda görüş bildirmesi, bağımsız denetçinin şirket karşısındaki konumunu güçlendirmektedir.

2. Bağımsız denetimin amacına ulaşması ve menfaat sahiplerinin şirketin içinde bulunduğu gerçek finansal durumunu gözlemleyebilmesi açısından, sadece finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporunun belirlenen kıstaslara uygunluğu yeterli değildir. Finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu, son tahlilde, şirketin içinde bulunduğu finansal durumun bir sonucudur. Şirketin şeffaflık ilkesinin gereklerini yerine getirmesi, sadece sonuç bağlamında değil, bu sonucun temelini oluşturan örgütlenme yapısı ve ticari muhasebe düzeni bağlamında da güvence altına alınmalıdır.

3. Bağımsız denetimin işleyişi ve bağımsız denetimin sonuçları, bir yandan anonim ortaklık organlarının işleyişine yönelik etkiler doğuracak; diğer yandan paysahiplerinin genel kurulda, yönetim kurulu üyelerinin ise yönetim kurulunda belirli bir yönde oy kullanma özgürlüğünü etkileyecektir.

4. Bağımsız denetim, hukuki cephesi itibariyle, mali dönem içinde aralıklarla yapılan denetimi, finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu düzenlendiğinde bu sonuç belgeleri üzerinde yapılan denetimi ve bağımsız denetim raporunun verilmesinden sonraki süreci kapsar. Bu üç aşamada da, şirket ile bağımsız denetçi arasında yoğun bir etkileşim vardır. Sözkonusu etkileşim, doğru bir hukuki zemine yerleştiğinde, esas itibariyle denetçinin olumlu veya sınırlandırılmış olumlu görüş vermesini kolaylaştıran bir olgudur.

5. Bağımsız denetimin zorunlu tutulmasının ardındaki amaç, son tahlilde özellikle şeffaflık, hesap verebilirlik ve sorumluluk bağlamında şirketin kurumsal yönetim ilkesini ne ölçüde hayata geçirdiği olgusunun uzman gözüyle saptanmasıdır. Bu yönüyle bağımsız denetim süreci, şirket ile bağımsız denetçi arasında bir menfaat çatışması

yaratır. Bu menfaat çatışması, denetçinin olumsuz görüş vremesi veya kaçınma yazısı hazırlaması olasılığında, azami düzeye çıkar. Sözkonusu menfaat çatışması, denetim sırasında bağımsız denetçi ile şirket arasında ortaya çıkan meşru etkileşim tahtında telif edilebilir.

6. Denetim yürütülürken bu etkileşim bağlamında ortaya çıkan aksaklıklarda, temel koruyucu mekanizma, iç denetim mekanizmasıdır. İç denetimin yarar sağlayamadığı noktalarda, bu aksaklıklar, nitelikleri elverdiği ölçüde mahkeme tarafından giderilecektir. Bu noktada, yargılama sürecinin hızlı yürütülmesi önem kazanmaktadır.

7. Olumsuz görüş verildiği veya kaçınma yazısının hazırlandığı durumlarda, yönetim kurulunun istifa edeceği yönündeki hüküm, yönetim kurulunun istifa etmiş sayılacağı yönünde yorumlanmalıdır. Aynı yönetim kurulu yeniden seçilebilir, çünkü kanunun amaçladığı bilinçlendirme süreci gerçekleşmiştir.

8. Olumsuz görüş veya kaçınma yazısı üzerine, yeni seçilen yönetim kurulunun düzenleyeceği finansal tabloları ve yıllık faaliyet raporunu ölçütlere uygun bir biçimde hazırlaması ve denetime sunması, büyük güçlükler arz etmektedir. Bu itibarla, iç denetim mekanizmasının kurulması, koruyucu mekanizmalar geliştirilerek şirketin hesaplarının ve buna ilişkin sonuç belgelerinin olumlu görüş veya hiç olmazsa sınırlandırılmış olumlu görüş almaya elverişli hale getirilmesi açısından kaçınılmazdır.

9. Denetçinin genel kurula katılma yükümlülüğünü, seçildiği mali dönemi ilgilendiren tüm genel kurul toplantıları açısından varit olduğu belirtilmelidir. İnternet sitesinde sonuç belgelerinin ve denetim raporunun yayımlanmaması, bilgi alma ve davasını ve ayrıca koşulları oluştuğu takdirde iptal davasını temellendirmekte ve bu davanın maddi koşullarından olan "kanuna aykırılık" olgusunun kapsamını önemli ölçüde genişletmektedir.

Hegel'in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı

*Birden GÜNGÖREN**

Hegel'in ceza teorisi genelde mutlak ceza teorileri içinde sınıflandırılmış ve bu teorinin kendine has yapısı üzerinde fazla durulmamıştır. Hegel'in ceza teorisinin belirleyici özelliklerinden biri diyalektik mantık üzerine kurulmuş olmasıdır. Bir diğer özelliği de "tanınma" kavramını ceza teorisine aktarmasıdır. Bu çalışmada Hegel'in nispi teorileri eleştirisi, özellikle Feuerbach ve Beccaria eleştirileri ele alınacaktır. Hegel'in ceza teorisinin Kant'ınki ile benzeştiği ve farklılaştığı yönleri üzerinde durulacak ve Hegel'in ceza teorisinin belirli özellikleri ile mutlak ceza teorisi ötesinde ele alınıp alınamayacağı sorgulanacaktır.

1. Hegel ve Mutlak Ceza Teorisi

Hegel'in ceza teorisi Kant'ınki gibi mutlak ceza teorileri arasında sayılmaktadır. Mutlak ceza teorisine göre ceza başlı başına korunan bir amaçtır.[1] Mutlak ceza hukuku teorisinin temelinde Eski Ahit'teki "göze göz dişe diş" mantığı yatmaktadır. Oysa Hegel açıkça bu mantıktan kendisini ayırmakta ve hatta kısasa kısas mantığını eleştirmektedir. Ona göre bu mantık suçluyu tek gözlü ve dişsiz görmek kadar absürttür.[2] Öç alma eylemi Hegel'e suçun dolaysız bir biçimi olup özneldir. Öç alma eylemi öznel olduğu için yeni bir ihlale neden olacaktır ve sonsuza dek devam eden bir kan davasına dönüşecektir.[3] Suçun *crimen privata* olarak ele alındığı toplumlarda cezanın hala intikam alma fonksiyonu olduğunu söyleyen Hegel'e göre cezanın amacı intikam almak değil, cezalandırmayla adaleti sağlamaktır. Hegel, kan davalarının gelişmemiş toplumlarda görüldüğünü ve bu davaların mahkeme

---

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

1 Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, Dunker & Humblot, Berlin, 1978, s. 54.

2 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970, s. 192

3 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* s. 196

önüne gelip gelmemesinin de keyfi bir karara bağlı olduğunu belirtir.[4] Ona göre kısasa kısas şeklindeki cezada eşitlik fikrinden hareket edilse de bu eşitlik sadece şekil bakımından gerçekleşmektedir.[5] Hegel, suçun karşılığının basit bir eşitlikte aranamayacağını ancak değer ve etki bakımından hapis ya da para cezasının bir karşılık olabileceğini söylemektedir.[6] Hegel açısından cezanın her türlü sübjektif formdan ve rastgele kuvvet kullanımından arınmış olması gerekmektedir.

Mutlak ceza teorisi, adalet[7] teorisi olarak da adlandırılmaktadır çünkü bu teoriye göre ceza adaletin yerine gelmesini sağlamaktadır. Mutlak ceza teorisine kefaret teorisi denmesinin sebebiyse suç ve cezanın bir tür karşılıklılık esasına dayanmasıdır. Bu karşılıklılık iki biçimde karşımıza çıkmaktadır: intikam ve ceza.[8] Mutlak ceza teorileri toplumun faydasını ön plana çıkaran nispi teorilerden cezayı başlı başına bir amaç olarak görmeleri ve toplumsal faydadan çok suçlunun kendisini temel almaları bakımından ayrılmaktadırlar.

2. Diyalektiğin Hegel'in Ceza Teorisindeki Yeri

Hegel, Kant ile birlikte mutlak ceza teorisinin temsilcisi olarak anılsa da kendisini Kant'tan ayırmaktadır. Kant gibi cezayı adaletin bir gereği olarak ele almakta ancak onu diyalektik bir süreç içinde değerlendirmektedir.[9] Hegel'in ceza teorisini ele aldığı eser "Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri"dir. Hegel bu eseri ortaya koyarken izlediği diyalektik mantığı ceza teorisini ele alırken de izler. Ceza teorisine ilişkin esas kısım "soyut hukuk" başlığı altında yer alsa da Hegel, "ahlak" bölümünde temyiz gücünü ve törellik[10] (Sittlichkeit) bölümünde de cezalandırılabilirliği (Strafgerichtsbarkeit) incelemektedir.[11] Hegel cezayı böylelikle hem subjektif hem de objektif olarak temellendirmektedir.[12]

---

4 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 197

5 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* s. 193

6 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 194.

7 Dönmezer, Sulhi, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 58.

8 Primoratz, Igor, *Banquos Geist, Hegels Theorie der Strafe,* Bouvier Verlag, Bonn, 1986, s. 38.

9 Schmidhäuser, Eberhard, *Sinn der Strafe*, Vandenhoek u. Ruprecht, 1971, s. 21.

10 Törellik, objektif ahlak ya da etik yaşam olarak çevrilmektedir.

11 Mayer, Helmuth, "Kant, Hegel und das Strafrecht", Festschrift für Karl Englisch zum 70. Geburtstag, Hrsg. Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, s. 79.

12 Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Dunker & Humblot, Berlin, 2005, s. 16.

"Soyut hukuk" bölümünde suçu iradi boyutuyla ele alan Hegel'in ancak törellik aşamasında, suçun toplumsal boyutunu ele alarak bunun sivil topluma[13] bir saldırı olduğunu savunduğunu görmekteyiz.[14] Hegel, "soyut hukuk" başlığı altında ilk önce mülkiyeti, sonra sözleşmeyi ve son olarak da haksızlığı ele alır. Haksızlık bölümünü de üçe ayıran Hegel, önce yalın haksızlığı (unbefangenes Unrecht), ikinci olarak aldatmayı[15] ve üçüncü olarak zorlamayı ve suçu inceler.[16]

Ahlak bölümündeki temyiz kudreti bahsine gelirsek; Hegel sadece suçlu olmasından dolayı suçlunun temyiz kudretinden yoksun olarak nitelendirilmesini onun onurlu bir varlık olmasıyla bağdaşmayacağını söylemektedir.[17] Hegel, temyiz kudreti yoksunluğunun çocuklarda, delilerde ve akli dengesini yitirmiş olanlarda söz konusu olabileceğini söylemektedir. Ancak Hegel de temyiz kudretinin sınırlarını belirlemenin zorluğunun farkındadır.[18] Her iki bakımdan isnat yeteneğinin sınırlarını belirlemektedir: irade yoksunluğu ve akli dengenin yerinde olmaması.[19]

Hegel'e göre ancak sivil toplumda suçun toplum için tehlikesinden bahsedilebilir. Törellik bölümünde Hegel, toplumun güçlü olunca cezaların hafiflediğini söylemektedir.[20] Cezaların toplumun yapısına göre değiştiğini

---

13 Sivil toplum yine Hegel'in diyalektik mantığı içinde düşünülmelidir. Birey ve sivil toplumun sentezi devlettir. Hegel'de sivil toplum birey ve devlet arasındaki iletişimi kurumlarıyla sağlamaktadır.

14 Mayer, Helmuth, "Kant, Hegel und das Strafrecht", s. 76.

15 Hegel'de medeni hukuk ve ceza hukuku haksızlığı arasındaki ayrıma değinen Ozansü'ye göre aldatma yalın haksızlık ve ceza hukuku haksızlığı arasında yer almaktadır (Ozansü, Mehmet Cemil, *Ceza hukukunda kasttan doğan subjektif sorumluluk*, Seçkin Yayınları, 2007, s. 25).

16 Yalın haksızlıkta kişi hukuku tanır ancak nesnel olarak haksız olan bir şeyi öznel olarak haklı zanneder. Aldatmada ise kişi haksızlık yaptığının bilincindedir. Kişi hukuku ve aldattığı kişiyi sadece biçimsel olarak tanır. Suçtaysa suçlu hukuku tanımaz. Yalın haksızlıkta haksızlığa uğrayan kişinin öznel iradesi yaralanmıştır, aldatmada genel olarak hukukun ihlali vardır, suçtaysa hem öznel irade hem de hukuk tanınmamaktadır. Bu nedenle hem öznelliğin hem de genelliğin ihlali söz konusudur (Mohr, Georg, "Unrecht und Strafe", *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* Hrsg. Ludwig Siep, Akademie Verlag, Berlin, 2005, s. 99).

17 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 247.

18 Hegel'de temyiz kudreti konusunda bkz. Schild, Wolfgang, "Der Strafrechtsdogmatische Begriff der Zurechnung in der Rechtsphilosophie Hegel", Philosophische Forschung 35, 1981.

19 Piontowski Hegel'in akıl hastalarına karşı insanca davranılması gerektiğini belirttiğini çünkü akıl hastalarında söz konusu olanın içsel bir çatışmadan kaynaklandığını söylemektedir. (Piontkowski, A.A., Hegels Lehre über Staat und Recht und seine Strafrechtstheorie, Veb Deutscher Zentralverlag, Berlin, 1960, s. 243-244).

20 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 247.

belirten Hegel, cezanın hem öznel hem de nesnel boyutuna dikkat çekmektedir.

"Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri"nde Hegel'in her bölümde cezanın hangi boyutunu ele aldığına kısaca değindikten sonra Hegel'in cezanın kendi içindeki diyalektik yapısını nasıl incelediğine kısaca bir göz atalım. Hegel için ceza suçun ilanı, suçun zorunlu bir sonucudur.[21] Hegel'de ceza diyalektik mantığın bir ürünüdür ve "olumsuzlamanın olumsuzlaması" (Negation der Negation) olarak nitelendirilmektedir. Birinci olumsuzlamayla haksızlık olumsuzlanır ve ikinci olumsuzlama ile hak yerine gelir.[22] Haksızlığın onarılması ve olumsuzlanması Hegel'in ceza teorisinin önemli öğelerinden biridir.[23] Olumsuzlama ile hakkın ihlali ortadan kaldırılır. Hegel'e göre ceza ile ihlal edilen hakkın eski hale iadesi için keyfiliğe yer verilmemesi gerekir. Hegel'e göre cezada öznel irade genel irade[24] ile birleşir. Bu da ihlalin *crimen privatum* olarak değil de *crimen publicum* olarak ele alınmasıyla mümkündür.[25] Hegel'e göre ceza ile suçlu tanınır ve hakkı iade edilir.

Böylece Hegel'de cezanın suçlunun hakkını içerdiği düşünüldüğünden suçlunun cezalandırılması bir bakıma onun rasyonel bir varlık olarak onurlandırılmasıdır. Ancak eyleminin sonucunda kişiye bir suç atfedilebiliyorsa ve kişi korkutulması gereken zavallı bir hayvan gibi görülmüyorsa onurlandırılabilir.[26] Hegel'e göre bu şekilde suçu işleyerek kendini de yaralayan suçlunun ceza ile ihlal edilen hakkının yerine getirilmesi mümkün olacaktır. Hegel'e göre ihlalin dışsal bir formu vardır. Fakat bu form olumsuzdur ve bu nedenle formun olumsuzlamanın olumsuzlamasıyla yeni bir nitelik kazanması gerekmektedir.[27] Böylelikle Hegel'de cezanın ancak diyalektik mantık göz önünde bulundurulursa anlaşılabileceğini görmekteyiz.

---

21 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* s. 196.

22 Jellinek, Georg, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe,* Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1967, s. 93-94.

23 Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Dunker & Humblot, Berlin, 2005, s. 24.

24 Hegel'de genel irade Rousseau'daki gibi iradelerin toplamından oluşmamaktadır. Hegel'de genel irade tekil iradenin toplumsal bilince ulaşmış olması olarak nitelendirilebilir.

25 Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer,* s. 41.

26 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 191.

27 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 196.

3. Tanınma kavramının Hegel'in ceza teorisi açısından önemi

Hegel'in *Tinin Görüngübilimi*'ndeki (Phänomenologie des Geistes) tanınma kavramını[28] ceza hukuku teorisine de aktardığını görmekteyiz. Hegel'in ceza teorisini anlamak için öncelikle Hegel'de özgür irade kavramını ele almak gerekir. Hegel, suçlunun özgür bir iradesi olduğu varsayımından hareket eder. Hegel'de özgür irade ancak toplum içerisinde gerçekleştirebilir ve bu özgür irade aynı zamanda rasyonel bir irade olarak görülmektedir. Hukukun özgür irade üstünde temellendiğini söyleyen Hegel'e göre kölelik modern devlette aşılmıştır.[29]

Hegel'in ceza teorisinin temelinde tanınma[30] (Anerkennung) kavramı yatar.[31] Bir hakkın ihlali Hegel'e göre kişiliğin zarar görmesi demektir. Tanınma Hegel'de ancak iki özgür iradenin karşılıklı ilişkisiyle mümkündür. Suçlunun hakkı ihlal etmesiyle tanınma ilişkisinde de bir sorun oluşur.[32] Suçlu hakkı ihlal ederek kendi kişiliğini de yaralar ve ancak cezasını çekerek bu yaralanmayı ortadan kaldırabilir. Ceza bir zorlamadır ve ancak suçu ortadan kaldırma amacıyla temellendirilebilir. Cezasını çeken suçlu tekrar toplumun bir parçası haline gelir. Hegel'e göre cezanın işlevi suçlunun kişiliğinde

---

28 Tanınma kavramı Hegel'de köle-efendi dialektiğinin (Herr-Knecht Dialektik) bir ürünüdür. Hegel'de köle ancak özbilincine ulaştığı takdirde kölelikten kurtulabilir. Bu da çalışma ve eğitimle mümkündür. Köle, çalışarak köle doğasından kurtulacak, özbilince ulaşacaktır. Köle-efendi diyalektiği böylelikle bilincin serüveni olarak görülebilir (Bkz. Bumin, Tülin, *Hegel, Bilinç Problemi, Köle-Efendi Diyalektiği, Praksis felsefesi,* Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 35-51). Bireyin tutkulu ilk doğasının yerine eğitim ve çalışmayla ikinci bir doğa edindiğini görmekteyiz. Hegel'e göre bu ikinci doğa ancak devlet içersinde gerçekleşebilmektedir. Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri'nde köle-efendi diyalektiğinin aşıldığı varsayımından hareket eden Hegel, bireyin özgür iradesini temel almaktadır. Ancak bu özgür iradenin diyalektik süreç sonunda oluştuğunu gözden kaçırmamak gerekir. Tanınma kavramının Hegel'in ceza teorisine yansıması kişinin cezayı kabullenip tekrar toplumun bir parçası haline gelmesinde görülebilir.

29 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 124.

30 Tanınma kavramı Hegel'in Fichte'den devraldığı bir kavramdır (Mohr, Georg, "Unrecht und Strafe", s. 107) Ancak Fichte cezanın devletin güvenliği için gerektiğini söyleyerek mutlak teorilerden ayrılır. (Fichte, I.H., *Zur Rechts und Sittenlehre I,* Walter de Grutyer, Berlin, 1971, s. 261) Fichte'nin teorisini iyileştirme teorileri arasında saymak mümkündür çünkü ona göre devletin amacı suçluyu iyileştirmek ve tekrar topluma kazandırmaktır.

31 Seelmann, Kurt, "Hegel und die Strafrechtsphilosophie der Aufklärung", *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, Hrsg. Von Christoph Jermann, Fromann-Holzboog, 1987, s. 227.

32 Seelmann, Kurt, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, Hegels Straftheorie, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1995, s. 20.

ihlal edilen hakkın eski hale iadesidir.[33] Hegel, cezayı daha çok suçlu açısından ve suçlunun hakkının eski hale iadesi (Wiederherstellung des Rechts) açısından ele almaktadır.

Hegel'de basit bir kefaret teorisinden fazlasını görürüz; çünkü cezayı özgürlük ve akıl üzerine temellendirmeye çalışır.[34] Hegel'de cezanın kefaret fonksiyonu ötesinde onarıcı bir fonksiyonu da vardır. Ceza suçlunun hakkını eski hale iade ederek suçluyu rehabilite etmektedir.[35] Hegel'e göre kişi bir suçlu bile olsa onun kişi olarak tanınmaya devam edilmesi gerekir. Cezasını çeken kişi tekrar vatandaş olma hakkını kazanacaktır. Hegel bu şekilde cezanın sadece adalet sağlamadığını aynı zamanda bir hak içerdiğini göstermek istemektedir. Suçlunun rasyonel bir varlık olarak onurlandırılması sözünün altında yatan tam da cezanın bir hak içerdiği gerçeğidir.[36] Hegel'e göre suçlunun karar verme yetisine sahip bir insan olarak değerlendirilmesi, akıl hastası ya da zararlı bir varlık olarak görülmemesi gerekir.[37] Hegel korkutma gibi önleyici tedbirlerin negatif fonksiyonunu reddeder.[38] Mayer'e göre Hegel suçlunun korunmasını sağlamaya çalışmaktadır.[39] Flechtheim'e göreyse Hegel ilk kez suçlunun hukuki kişiliğini ön plana çıkarmıştır.[40]

4. Hegel'in Nispi Teorileri Eleştirisi

Nispi ceza teorileri mutlak ceza teorilerinden farklı olarak toplumsal fayda üzerine temellenirler.[41] Bu teoriler cezayı bir araç olarak görürler. Bu akımın temsilcileri arasında Beccaria ve Feuerbach sayılabilir. Beccaria cezanın amacını başkalarını korkutmakta görür. Feuerbach ise genel önleyici bir tedbir olarak "psikolojik zorlama" teorisini ortaya atar.

Hegel çağının ceza teorilerini aklı değil de kavramları ön plana çıkardığı için eleştirmektedir.[42] Nispi teorilerde ona göre suçlunun onuru ve özgürlüğü

---

33 Stübinger, Stephan, *Das "idealisierte" Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2008, s. 307.

34 Flechtheim, Ossip K, *Hegels Straftheorie,* Brünn, Röhrer, 1936, Nachdruch Berlin 1975, *s*. 113.

35 Flechtheim, Ossip K., "Die Funktion der Strafe in der Rechtstheorie Hegel", in: Von Hegel zu Kelsen, Rechtstheoretische Aufsätze 9, 11, Duncker & Humblot, 1963, s. 17.

36 Ramb, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, s*. 43.

37 Mayer, Helmuth, "Kant, Hegel und das Strafrecht", s. 79.

38 Mohr, Georg, "Unrecht und Strafe", s. 109.

39 Mayer, Helmuth, "Kant, Hegel und das Strafrecht", s. 79.

40 Flechtheim, Ossip K., "Die Funktion der Strafe in der Rechtstheorie Hegel",s. 15.

41 Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 55.

42 Naucke, Wolfgang, "Feuerbachslehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzli-

göz önünde bulundurulmamaktadır. Kant ile birlikte Hegel'de korkutma gibi önleyici tedbirleri reddeder. Hegel, utilitarist ceza teorilerini sadece toplumun faydasını temel aldığı için eleştirmektedir. Ceza hukukunun amacı Hegel'e göre korkutarak cezayı önlemek de olmamalıdır. Hegel'e göre cezanın amacı suçluya suç işleyerek kaybettiği itibarı geri vermek olmalıdır.

Hegel, Aydınlanma ile ortaya çıkan ve genellikle sözleşme teorisi üzerinde temellenen nispi ceza teorilerine karşı çıkmaktadır. Çünkü Hegel devletin sözleşme teorisi üzerine temellenemeyeceğini düşünmektedir. Ona göre sözleşme sadece bireyler arasında gerçekleşebilir. Hegel'e göre devlet bireylerin keyfi iradesinin birliği olarak görülemez.[43] Ona göre sözleşme teorisi hem toplumun sürekli gelişen ve değişen yapısını göz önünde bulundurmamakta, hem de tarihi gelişimi dikkate almamaktadır.

Hegel, Feuerbach'ın psikolojik zorlama üzerine kurulu teorisini suçluyu bir köpekmişçesine sopayla korkutmasına benzetir. Hobbes'tan etkilenen Feuerbach'ın teorisi korkutma üzerine kuruludur. Feuerbach'a göre suçluya ceza sadece eyleminden dolayı değil aynı zamanda onu diğer vatandaşlara ve devlete karşı korumak için verilmelidir.[44] Feuerbach bu şekilde suçluya verilen cezayla diğer vatandaşların böyle bir ceza korkusuyla suç işlemeyeceği düşüncesindedir.[45] Hegel, Feuerbach'ın ceza teorisini tehdit üzerine temellendirdiği için eleştirmektedir[46] ve psikolojik zorlamanın sadece suçun niteliksel ve nicel (quantitatif und qualitatif) ayrımına dayanabileceğini ama bu teoriyle suçun doğasını kavranamayacağını belirtmektedir.[47]

Hegel'e göre cezayı sadece bir fenalığı ortadan kaldıran başka bir fenalık olarak gören Klein'ı eleştirmektedir.[48] Hegel cezayı bir fenalığı ortadan kaldıran başka bir fenalık olarak değil de cezada haksızlığın ortadan kaldırılmasına yarayan ve adaleti tesis eden bir fonksiyon görmektedir.[49] Hegel'in dikkat çektiği husus adaletin psikolojik zorlama gibi subjektif bir bakış açısı değil de objektif bir bakış açısı gerektirdiğidir.[50]

---

chen Strafens", *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Hrsg. Eric Hilgendorf; Jürgen Weitzel, Dunker & Humblot, Berlin, 2007, s. 54.

43 Schnädelbach, "Hegel und die Vertragstheorie", Hegel-Studien 22, 1987, s. 112.

44 Feuerbach, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Rechts,* Scientia Verlag, Aalen, 1986, *s*. 39.

45 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 192.

46 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* s. 190.

47 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 191.

48 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 187.

49 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 187.

50 Klug, Ulrich, "Abschied von Kant und Hegel", *Programm für ein neues Strafgesetzbuch,* Hrsg. Jürgen Baumann, Fischer Bücherei, 1968, s. 38.

5. Kant ve Hegel'in Ceza Teorilerindeki Benzerlikler / Farklılıklar ve Beccaria Eleştirileri

Kant gibi Hegel'de adaletçiler arasında sayılmaktadır. Her ikisi de cezanın başlı başına amaç olduğu noktasında buluşsalar da her ikisinin de ceza teorilerini temellendirişleri birbirinden farklıdır.[51]

Kant'ın kategorik imperatifi ceza teorisinin temelini oluşturur. Kişi öyle davranmalıdır ki eylemi genel geçer ilke olsun. Kant'a göre ceza yasası kategorik bir buyruktur.[52] Kant kişinin ancak kategorik imperatifi[53] izlediği takdirde ahlaklı ve akılcı olabileceğini belirtir.[54] Kant kişinin eylemini akılcı bir özgürlük üzerine temellendirir ve kişiyi eyleminden sorumlu tutar.[55] Bu düşünce aslında Kant'ın kişinin özgür bir iradesi olduğu fikrine dayanmaktadır. Ancak Kant'a göre suçlu suç işleyerek sosyal sözleşme öncesi tabii haline geri dönmektedir ve artık ahlaki bir varlık olarak görülemez.[56] Bu anlayış Hegel'inki ile taban tabana zıttır.

Bunun birinci nedeni Kant'ın tabii ve toplumsal hali birbirinden ayırması ve sözleşme teorisinden hareket etmesinden kaynaklanmaktadır. Hegel'de ise klasik bir tabii hal görememekteyiz. Bunun nedeni de sözleşme karşıtlığıdır. İkinci nedeni ise Kant'tan farklı olarak Hegel'de ceza ile suçlunun onurlandırılacağı ve topluma tekrar kazandırılacağı düşüncesinin varlığıdır. Kant "Ahlak Metafiziği" (Metaphysik der Sitten) adlı eserinde ceza teorisini ortaya koymaktadır. Hemen bu eserinin başında cezayı bir borçlanmanın hukuki sonucu olarak nitelendirir.[57] Kişi bir başkasına yaptığı kötülüğü aslında kendisine yapmaktadır.[58] Kant, "Bütün halk ahlaksızlaşacağına, bir kişinin ölmesi daha iyidir" sözünü alıntılar. Bu sözü nispi ceza teorinin temeli olarak gören Kant, nispi teorilerin temelinin devlet aklı (raison d'état)

---

51 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 191.

52 Merle, Jean-Christophe, "La complexité de la théorie non rétributiviste du droit pénal de Hegel", *Hegel penseur du droit*, sous la direction de Jean-François Kervégan et Giles Marmasse, CNSR Editions, Paris, 2004, s. 83.

53 Kategorik buyruk kesin buyruk ya da koşulsuz buyruk olarak da çevrilmektedir.

54 Kant, I., *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2002, s. 17.

55 Kant, I., *Metaphysik der Sitten, S. 453.*

56 Eberle, Hans-Jürgen, "Kants Straftheorie und die Straffälligenpädagogik", Kant-Studien 76, 1985, s. 91.

57 Holzhauer, Heinz, *Willensfreiheit und Strafe*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1970, s. 43.

58 Merle, Jean-Christophe, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, De Gruyter, 2007, s. 51.

olduğunu söyler.[59] Kant'a göre adalet yok olduğunda, insanların yeryüzünde yaşamasının bir anlamı kalmayacaktır.[60] Kant ünlü ada örneğinde bir topluluk dağılmaya yani adayı terk etmeye ve dünyanın dört bir yanına dağılmaya karar verse bile hapishanedeki son katilin öldürülmesi gerektiğini söylemektedir. Bu ceza uygulanmazsa suçun bedelinin anlaşılamayacağı ve topluluğun suçu üstlenmiş sayılacağını söyler.[61]

Kant da Hegel gibi nispi teorilerin ve özellikle Beccaria'nın eleştirisini yapmaktadır. Sosyal sözleşme teorisinden hareket eden Beccaria, cezanın amacının korkutarak diğer insanlara bir zarar verilmesini önlemek olduğunu söyler. Beccaria, sözleşmeyle yaşama hakkının devredilemeyeceğini, bu nedenle de ölüm cezasının verilemeyeceğini iddia etmektedir.[62] Ona göre böyle bir cezanın sözleşmeyle kabul edilmesi intihar ile eşdeğerdedir. Beccaria, ayrıca ölüm cezasının korkunçluğu nedeniyle hiçbir şekilde faydalı olamayacağını söylemektedir.[63] Kant, Beccaria'yı aşırı duygusallıkla suçlamaktadır. Beccaria'nın ölüm cezasının bir kimsenin yaşam hakkını sosyal sözleşme ile devredemeyeceği düşüncesine dayandırmasını ise bir çarpıtma olarak nitelendirir.[64]

Hegel'in Beccaria'yı aşması sosyal sözleşmeyi reddettiği için Kant'a göre daha kolaydır. Hegel, Beccaria'nın suçlunun ölüm cezasını kabul etmiş olması gerektiği koşulunu onaylar ancak Hegel'e göre suç işleyerek suçlu zaten bu cezayı kabul etmiş olur.[65] Hegel ölüm cezasına ilkesel olarak karşı olmasa da Beccaria sayesinde ölüm cezalarında bir azalma olmasını olumlu bulur.[66] Hegel, Beccaria'nın ölüm cezasının daha az verilmesini sağladığı için ceza politikası açısından önemli bir katkıda bulunduğunu ifade etse de bunun toplum sözleşmesiyle temellendirmesini eleştirmektedir. Ona göre bu özel hukuk alanındaki bir müessese olan sözleşmenin kamu hukukuna aktarılması demektir.[67]

---

59 Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, s. 334.

60 Kant,I., *Metaphysik der Sitten,* s. 453.

61 Mayer, Helmuth, "Kant, Hegel und das Strafrecht", s. 65.

62 Rüping, Hinrich, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte,* Von Beck, 1991, s. 61.

63 Beccaria, Cesare, *Über Verbrechen und Strafe,* Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1966, s. 115.

64 Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, s. 457.

65 Hösle, Vittorio, *Hegels System, Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität,* Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Felix-Meiner Verlag, Hamburg, 1998, s. 192.

66 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 192.

67 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 157.

Kant içinse Beccaria'yı aşmak sözleşmeci olduğu için Hegel'deki kadar kolay olmayacaktır.[68] Kant'ın Beccaria'yı eleştirdiği husus, cezanın suçlunun iradesine dayandırılması gerektiğidir. Kant'a göre sözleşme teorisinin cezayı kapsaması mantıksızdır; çünkü kimse bir gün suçlu olacağı düşüncesinden hareket etmez.[69] Kant'a göre Beccaria'nın düşüncesinden hareket edilirse herkes kendi kendisini yargılar yani kendi kendisinin hakimi olurdu. Kant'a göre herkes bu tür bir sözleşmeyle sadece istediği şeyin gerçekleşmesini garanti altına alacağı için ceza olamazdı.[70] Kant böyle bir mantığın ancak biri *phaenomenal* diğeri *noumenal* (akılcı) olmak üzere iki irade olduğu varsayılırsa anlaşılabileceğini söyler. Buna göre ceza yasasını kabul eden iradeyle bu cezayı çeken irade aynı değildir.[71] *Homo noumenon* kendi isteğiyle yasaları izleyen rasyonel kişi, *homo phaenomenon* da etki altında kalan, aklından çok tutkularıyla hareket eden kişidir. Cezayı koyan *homo noumenon*, suçu işleyen *homo phaenomenon*'dur.[72] Primorac'a göre Kant'ın Beccaria'ya karşı ileri sürdüğü bu ayrım sağlam değildir.[73] Mondolfo da Kant'ın *homo phaenomenon* ve *homo numenon,* ayrımıyla Beccaria'yı aşma çabasını başarısız bulur.[74]

Aslında Beccaria'nın eserinde Rousseau'nun ölüm cezasını sözleşmeyle temellendirmeye çalışmasını eleştirdiğini ve o nedenle sözleşme kavramına değindiğini görmekteyiz.[75] Beccaria da cezanın meşruluğunu toplum sözleşmesinden aldığını düşünmektedir.[76] Rousseau'ya göre suçlu bir vatandaş olmaktan çıkıp bir düşman haline gelmektedir.[77] Oysa Beccaria suçlu vatandaşlıktan çıkarsa onun cezalandırılmasının da mümkün olamayacağını söylemektedir.[78] Radbruch Beccaria gibi Rousseau'nun da bir mantık hatası yaptığını iddia etmektedir. Rousseau'nun sözleşmeyle ölüm cezasını kabul etmesini bunun sadece istisnai durumda gerekleşeceği ve bir olasılık

---

68 Priomrac, Igor, "Kant und Beccaria", Kant-Studien 69, 1978, s. 408.

69 Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, s. 458.

70 Priomrac, Igor, "Kant und Beccaria", s. 413.

71 Kant, I., *Die Metaphysik der Sitten*, s. 457-458.

72 Fleischacker, Samuel, "Kant's Theory of Punishment", Kant-Studien, 79, 1988, s. 439.

73 Priomrac, Igor, "Kant und Beccaria", s. 416-417.

74 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* s. 187.

75 Bergk, Johann Adam, *Das Marchese Beccaris's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, Leipzig, 1798, s. 208.

76 Porret, Michel, *Beccaria, Le droit de punir*, Editions Michalon, 2003, s. 43.

77 Rousseau, J.J., *Du Contrat Social*, Les Editions du Cheval Ailé, Genève, 1947, s. 220.

78 Beccaria, Cesare, *Das Marchese Beccaris's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, s. 212.

olduğunu belirtmesini eleştirir.[79] Rousseau'da sözleşme zamansal (tarihsel) olarak belirlenmişken, Kant'ta aşkın (transendental) bir boyut alır.[80] Radbruch Kant'ın eleştirisini geliştirir ve Beccaria'da ölüm cezasının sözleşmeyle temellenemeyeceğinin ve suçlunun bu suçu sözleşmeyle iradi olarak belirlememesi gerektiğini değil de belirleyemeyeceğini söyler.[81] Cattaneo, Radbruch'un bu tespitini belirli açılardan eleştirir. Ona göre Beccaria'nın Rousseau eleştirisi sosyal sözleşmeye bakış açısından kaynaklanmaktadır.[82] Beccaria sözleşmeyi tarihsel bir olgu ya da ideal bir prensip olarak gördüğüne ilişkin bir bildirimde bulunmaz. Radbruch'un Beccaria'nın suçun sözleşmeyle belirlemesinin imkansızlığının neye dayandığının net olmadığını söyleyen Cattaneo'ya göre bu olsa olsa ahlaki ve rasyonel bir imkansızlıktır. Ahlaki bir imkansızlık çünkü ölüm cezasının iradi olarak belirlenmesi intihar anlamına gelmektedir.[83] Aslında Beccaria'nın amacı ölüm cezasını sosyal sözleşmeyle temellendirilmesini engellemek ve iktidarın bu tür uygulamalarına set çekmektir.

Kant ve Hegel'in ele aldıkları bir diğer önemli konu ıztırar halidir. Kant'a göre bir gemi battıktan sonra bir tahta parçasına tutunan iki kişiden birinin diğerini hayatta kalmak için iterek kendini kurtarmasını hiçbir ceza kanunu cezalandıramaz.[84] Çünkü yasanın korkutuculuğu, ölüm korkusuna ağır basamaz. Bunun nedeni de birinin belirsiz (hakim tarafından verilecek ceza), ikincisininse belirli (boğulma tehlikesi) olması nedeniyle ceza yasasının böyle bir durumda kişi üzerinde daha büyük bir etkisinin olmasının imkansız oluşudur.[85] Böyle bir eylemi cezalandırılamaz (impunible) olarak nitelendiren Kant "necessitas non habet legem" yani zorunluluk yasa tanımaz sözüne atıfta bulunur. Pawlik, Kant'ın bireyin zorda kalma haline, Hegel'inse bunun bireyin ötesindeki toplumsal boyutuna dikkat çektiğini söyler.[86] Hegel'in ıztırar haline verdiği örnek aç birinin çaldığı ekmektir. Ona göre eğer kişi aç kalması sonucu ölecekse bunu sıradan bir hırsızlık olarak

---

79 "Qui veut conserver sa vie aux dépends des autres doit la donner aussi pour eux quand il faut (…) il doit mourir, pusque ce n'est plus seulement un bienfait de la nature, mais un don conditionel de l'Etat." (Rousseau, J.J., *Du Contrat Social*, s. 119-220).

80 Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie,* C.F. Müller, Heidelberg, 2003, s. 159.

81 Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, s. 23.

82 Cattaneo, Mario A., *Aufklärung und Strafrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, s. 24.

83 Cattaneo, Mario A., *Aufklärung und Strafrecht*, s. 29.

84 Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, s. 343.

85 Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, s. 343.

86 Pawlik, Michael, "Die Notwehr bei Kant und Hegel", Zeitschrift für die Gesamte Strafwissenschaft, 114. Band, 2002, s. 298.

nitelendiremeyiz. Eğer aç olan bir kişinin bu şekilde hareket etmesine izin verilmezse, o zaman tüm özgürlüğü olumsuzlanmış olur.[87]

6. Hegel mutlak ceza teorisinin ötesinde yorumlanabilir mi?

Mutlak adalet kuramını savunan okula "klasik okul" adı verilmiştir. Klasik teoriyle toplumsal yarar teorisini bir araya getiren okula da "yeni klasik okul" denmektedir.[88] Pozitivist okulun da bazı görüşlerini devralan "yeni klasik" (Neo-Klassizismus) okul aslında karma bir teoriyi savunmaktadır. Yeni Klasik akıma göre ceza suçluyu tekrar topluma kazandırmak için önemli bir entegrasyon aracı olabilmektedir.[89]

Köstlin, Hegel'in teorisini karma bir teori olarak nitelendirirken, Bosanquet, önleyici bir teori olarak sınıflandırmaktadır.[90] Bu şekilde Hegel'in mutlak ceza teorisi haricinde başka akımlar içinde de sınıflandırıldığını tespit edebiliriz. Bunun dışında 1930'lu yıllarda filizlenen finalist akımın[91] da Hegel'in ceza teorisinden kast modelini devraldığını görmek mümkündür.[92] Böylelikle Hegel'in teorisinin belirli unsurlarının başka teoriler içinde yer aldığını görebilmekteyiz.

Hegel'in aslından hangi akım içinde sayılabileceğini tespit etmekten çok teorisinde hangi unsurların güncelliğini[93] koruduğunu tespit etmek daha doğru olacaktır. Hegel'e göre bir toplumun ceza kanunu o toplumun kendi döneminin bir yansımasıdır.[94] Ağır cezaların da bir dönemin ürünü olduğunu söyleyen Hegel, bir ceza kanununun her dönem için geçerli olamayacağını savunmaktadır.[95] Hegel, Antik Yunan'da Atina Mahkemelerinde suçlunun

---

87 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* s. 241.

88 Artuk; Gökçen; Yenidünya, *Ceza Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 24.

89 Sieverts, Rudolf; Alexander Elster, Nachtrags und Registerband, s. 296.

90 Merle, Jean-Christophe, "La compléxité de la théorie non rétributiviste du droit penal de Hegel", s. 81.

91 Bu akıma göre çoğunlukla kasten işlenen suçlarda ceza mesuliyetinin doğacağını kural olarak taksirle işlenen suçların bu kapsam dışında değerlendirileceği belirtilmektedir (Ozansü, Mehmet Cemil, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk*, s. 34).

92 Ozansü, Mehmet Cemil, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk*, s. 34.

93 Dubber Hegel'in güncel olarak da ele alınabileceği konularu şöyle sıralamakktadır: 1) Temyiz kudreti 2) Sorumluluk 3) Ölüm cezası 5) Rehabilitasyon (Dubber, Markus Dirk, "Rediscovering Hegel's Theory of Crime and Punishment", Michigan Law Review, Vol 92, 1993-94, s. 1603).

94 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 372.

95 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 373.

halk önünde af dilemesini ve cezasının kaldırılmasını insancıl bir uygulamaya örnek gösterir.[96] Hegel bu uygulamayı onur kırıcı da bulmaz. Çünkü tam da ceza ile varılmak istenen suçlunun kaybedilen hakkının geri kazanılması bu şekilde gerçekleşmiş olur.[97] Ağır cezaların toplumda caydırıcı örnek teşkil etmesi bakımından önem taşıdığını söyleyen Hegel, sağlam temeller üzerine kurulmuş bir toplumda ağır cezalara gerek kalmadığını söyler.[98]

Hegel'e göre suçluya akıl hastası ya da tehlikeli bir varlık gibi davranılmamalı, onun hukuki kişiliğini göz önünde bulundurulmalıdır. Ona göre ceza suçluyu tekrar topluma kazandıracak hakkı içermektedir. Hegel, suçtan çok suçluya odaklanarak, sadece suça uygun cezada suçlunun onurunun korunabileceğini belirtmiştir. Hegel tüm ceza teorilerini eleştirmekle birlikte özel önleyici tedbirleri eleştirmemektedir. Merle'e göre Hegel cezayı özel önleyici tedbirler ve suçlunun topluma kazandırıcı fonksiyonuyla ele almaktadır.[99] Ayrıca Hegel, cezanın rehabilite eden fonksiyonunu da göz önünde bulundurmaktadır.[100] Hegel'in belirli tespitleri günümüzde geçerliliklerini yitirmiş olsalar da Hegel'in ceza teorisindeki "suçlunun kişiliği", "tanınma" gibi kavramlar ve özellikle suçlunun tekrar topluma kazandırılması gibi unsurlar hala güncel olarak yorumlanabilecek öğeler taşımaktadırlar.

---

96 Hegel, G.W.F., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I*, s. 508.

97 Hegel, G.W.F., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I*, s. 513.

98 Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, s. 373

99 Merle, Jean-Christophe, "La compléxité de la théorie non rétributiviste du droit penal de Hegel", s. 95.

100 Hinchman, Lewis P., "Hegel's Theory of Crime and Punishment", Rewiev of Politics, 44: 4, 1982, s. 543.

Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı

*Hakan KIZILARSLAN**

1. Genel Olarak Organ ve Doku Nakli

Tıbbi teknolojinin, son yüzyılda geliştirerek insanlığın hizmetine sunmuş olduğu, "işlevini yitirmiş organ ve dokuların, başka bir canlı veya kadavradan alınarak, yaşayan bir insana nakledilmesi" çalışmaları, hayati derecede sağlık sorunları olan çok sayıdaki insana umut ve çare verdiği oranda, bu operasyonların hukuki ve etik açılarından sorunlarının çözülerek belli norm ve kurallara bağlanması zorunluluğunu doğurmuştur.

Salt bağlayıcı hukuk normlarıyla yapılan düzenlenmelerin sorunu çözmediği, zira bu düzenlemelerinin temel insan hakları normlarına dini ve ahlaki değerlere de uygun olması ve doğaldır ki tıp teknolojisi ve tıbbi deontolojiyle de birebir örtüşür olması gereklidir. Bu zorunluluklar, konunun temel insan hakları normları, dini ve ahlaki temel değerler ve tıbbi zorunluluklar ve tıbbi deontoloji ana başlıkları altında incelenmesini gerektirmektedir.

Ülkemizde ilk kez 22 Kasım 1968'de Ankara Yüksek İhtisas Hastanesinde Dr. Kemal Beyazıt tarafından -hastanın kaybedildiği- ilk organ nakli yapılmış, 03.11.1975 tarihinde, Prof. Dr. Mehmet HABERAL ve ekibince, Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nde, bir anneden oğluna yapılan canlıdan canlıya ilk başarılı böbrek nakli yapılarak, aynı ekipçe, 1978 yılında kadavradan ilk böbrek nakli, 1998 de de ilk karaciğer nakli işlemlerini gerçekleştirilmiştir. Ülkemizde her geçen yıl organ nakli sayısı artmakta ise de bu sayılar gelişmiş ülke ortalamalarının çok altında seyretmektedir.

2. Kişilik hakkı kapsamında; "Vücut Bütünlüğünün Korunması Hakkı"

Organ nakli ve diğer tıbbi veya hukuki gerekçelerle yapılan müdahaleler, "vücut bütünlüğüne zarar veren muameleler" olmaları nedeniyle, temel insan

---

* Dr., Ankara Cumhuriyet Savcısı.

haklarına aykırılık oluşturduğundan, özel yasal düzenlemelere ve sınırlandırmalara tabi tutulmuş işlemlerdir.

Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan, kişinin kişilik değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan haklar olup bu haklar kişinin varlığının başlangıcı ile başlamaktadır. İnsan hakları[1]; "*insanların bazı olanaklarının gerçekleşebilirliğinin koşullarına ilişkin talepler getiren etik değerler olarak, devletlerin söz edimleri*"[2] şeklinde karşımıza çıkmaktadırlar. Bu söz edimleri ve amaca bağlı olarak ulusal yasalar düzenlenmiştir. Bu haklar; kişi özgürlük ve onurunu güvence altına alan ve insanın insan olmakla sahip olduğu, hiçbir iktidarın tanımasına bağlı olmayan, vazgeçilemez, devredilemez, dokunulamaz haklardır.[3] Organ ve doku nakillerini de koruması altına alan "Vücut bütünlüğünün korunması hakkı" da kişilik hakların en önde gelenlerinden olup, negatif statü hakları kapsamındadır.[4] Bu anlamda vücut bütünlüğünün korunması hakkı yaşam hakkı kadar önemli ve bir o kadar korunması gereken hak niteliğindedir.

Günümüzdeki bilimsel ve tıbbi gelişmeler ile gittikçe ağırlığı artan hümaniter anlayış, hasta hakları kavramını güçlendirip, insanı tıbbi işlemin konusu değil öznesi haline getirerek "biyolojik insan hakları kavramının" doğmasına yol açmıştır. Bu hakların temelinde ise "insana ve insanlık onuruna saygı" vardır.

"**Sağlık hakkı***: Kişinin, toplumdan, devletten sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkânlardan faydalanabilmesidir*".[5] "BM Dünya Sağlık Örgütü AY 'sı"; " *sağlığın yalnız hastalık veya sakatlığın olmayışı değil, bedensel ve sosyal yönden tam iyilik hali*" olduğunu belirtmektedir.

Kişinin vücut ve ruhsal bütünlüğünün korunmasıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası hukukta çok sayıda düzenlemeler bulunmaktadır. İnsan

---

1 "*Hak; Arapçada "**hakk**" sözcüğünden gelir. Hak Tanrının isimlerinden biri olduğu gibi bir ahlâk ilkesi olarak da doğruluğa (adalete) saygıyı anlatır*. Haluk MAHMUTOĞULLARI; "İnsan Hakları Kavramının Felsefi Yönden Tahlili", www.adalet.gov.tr., (çevrimiçi), 2.06.2005

2 İoanna KUÇURADİ: "Etik İlkeler Ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları" (çevrimiçi), http//: www.adalet. gov.tr, 25.07.2005, s. 2

3 CENTEL Nur: "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları". Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı 1–2, Yıl 2000, Erzincan- 2000, s. 3–19

4 "Negatif statü hakları kişinin varlığının başlamasıyla kazanılan ve üzerinde hiçbir şekilde kişi veya devletin hatta kendisinin bile tasarrufta bulunamayacağı haklar kapsamında sayılmaktadır." y.n

5 "*Bir diğer anlatımla; kişinin ölüme karşı direnmesidir"* Köksal BAYRAKTAR**: *"Hekimin Tedavi Nedeni ile Cezai Sorumluluğu"*,** İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 768, 1972 s. 13 15

Hakları Evrensel Bildirgesinin 5., AİHS. nin 3. maddeleri bu hakkı korumaya almaktadır. AİHS' nin "Kişinin Bedensel ve Ruhsal Dokunulmazlık Hakkı" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrası; "*Herkes bedensel ve ruhsal dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*" demekte 2. fıkrasında ise tıp ve biyoloji alanlarında özellikle aydınlatılmış onamın yasalara uygun olması, insan ırkının soya çekim yoluyla ıslahına yönelik uygulamaların yasaklanması, insan bedeninin ve bölümlerinin ticari bir kazanç kaynağı haline getirilmesinin engellenmesi ve insanın kopyalanarak üretilmesinin önlenmesi konularında yöneticilerin özel gayret göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı şekilde AB bünyesinde çok sayıda konuyla ilgili sözleşme bulunmakta, Fransa'da "Biyoetik Üzerine Yasalar" 1994 ten beri varlığını sürdürmektedir.

Ulusal hukukumuzda da bu konuda kesin ve net normatif düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Kişinin vücut tamlığı, yaşam ve sağlığı, Türk Medeni Kanununun 23 ve 24. maddeleri anlamında maddi-bedensel değerler olup,[6] kişi hiçbir şekilde öldürülemez, kendi yaşamı üzerinde tasarrufta bulunamaz.[7] AY. 17. maddesi; *"Herkes yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* demekte, 2. fıkrasında ise *"Tıbbi zorunlulukla ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz"* demektedir. Kişinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü zarara sokacak şekilde organ ve doku nakline rıza göstermesi hallerinde bu rıza geçersiz sayılmıştır.

3. Ahlaki ve Dini Yönleriyle (İslâm Hukukunda) Organ Nakli

İnsan bedeni üzerinde yapılan bir işlem olması ve bağladığı sonuçlar itibarıyla, organ ve doku nakli işlemleri, kişiler vicdanında, dini ve ahlâki düşüncelerle sürekli muhakemesi yapılan ve bu açılardan sürekli tartışılan ve tartışılacak nitelik taşımaktadır. Özellikle, insan bedeninin kutsal sayıldığı bazı dini inanışlarda, insanın bedeninin ölü veya diri olmasının önemi bulunmamakta, bu tür inanç sahipleri tamamen organ ve doku naklini reddetmekte, bazı inanışlarda ise (Japon Şinto dini gibi), -ölünün bedeninin kutsallığına inanılıyor olması nedeniyle- organ nakline sadece canlıdan olursa izin verilmektedir. Bu yazının hacmi nedeniyle konunun ahlaki ve dini temellerinin tüm ayrıntısıyla verilemeyeceği muhakkak olduğundan, özellikle İslâm dini açısından konunun nasıl değerlendirildiğini kısaca belirtmek gerekir.

Ülkemizde organ bağışı ve dolayısıyla naklinin azlığı, büyük ölçüde, organ naklinin dini ve ahlaki yönüyle tam olarak anlatılamamış ve bu konuda

---

6 Özlem; ÇAKMUT (YENERER) "Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD.Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak-2003, s. 44

7 ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. s. 46–48

toplumda inanan insanlardaki inanca dayalı tedirginliğin giderilememiş olmasındandır. İspanya'da kadavra (ölü) vericilerden organ kullanılabilme oranı, milyon kişi başına 32 iken, ülkemizde bu oran 1,5 (bir buçuk) olduğu belirtilmektedir.[8]

Beyin ölümü gerçekleşmiş ancak destek ünitelerine bağlı şekilde kalbi atmakta olan vericilerin, dini açıdan ölü sayılıp-sayılamayacağı konusunda tartışma vardır. Nakledilecek organların henüz makinelerin çalışması sırasında alınması zorunlu olduğundan, bedenin halen yaşıyor görünmesi, ölümün dini açıdan tam tanımının yapılıp bu tanımın hukuk ve teknolojinin zorunluluklarıyla bağdaştırılmasını zorunlu kılmaktadır.

Ölenin üzerinde ölümle haklarının bittiği ve ölenin cesedi üzerinde (ceset kimseye miras kalmayacağından ve üzerinde hiç kimsenin tasarruf etme hakkı olmadığından) ölen kişinin mirasçıları yakınları veya başka bir otoritenin organ bağışı yapamayacağı veya buna karar veremeyeceği, organ bağışlama için "o şahsın bağışlayacağı organa sahip olması ve bu nakil için rızasının olması" gerektiği şeklinde görüşler bulunmaktadır.[9] Organ nakline tamamen karşı olan düşünürlerin dayandıkları temel nokta; "*ölenin bedeninin bozulmamasına ilişkin ayet ve hadislerdir.*" Halen, az sayıda İslâm düşünürü, dini açıdan organ naklinin tamamına veya bazı hallerine aleyhte görüşler ileri sürmekteyseler de, genel anlayış organ naklinin -bazı koşulların oluşması halinde- İslâm dinine aykırı olmadığı yönünde netleşmiştir.

İslâm düşünürlerine göre; "kişinin kendi organları üzerinde şer'i bir otoriteye sahip olması nedeniyle, kendi organlarını bağışlamasına izin verilmiştir.[10] Bu bağış, "*kişinin yaşamını engellemeyecek bir organı hakkında*" olabilir.[11] Ancak, kişiyi ölüme götürmese bile, hadım edilme yasaklandığı için, erbezlerinin bağışlanmasının yasaklandığı belirtilmektedir.[12]

İslâm dini yaşam hakkını yüceltmekte ve insanın sağlık hakkının en yüce değerler arasında olduğunu söylemektedir.[13]

---

8 www.halukkaraman.com/BEYİN ÖLÜMÜ, ORGAN BAĞIŞI VE NAKLİ BİLGİ NOTU SORULAR .html.

9 ZELLUM; a.g.e.

10 http://islammektebi.blogcu.com/10674791/ Abdulkadir ZELLUM; "İslami İctihadlar" dan naklen; "Kişinin yapılan bir saldırıda organlarını kaybetmesi sonrası diyetle hakkından vazgeçebilmesi, karşı tarafı affedebilmesi mümkün olduğuna göre gönüllü olarak da organlarından vazgeçmesine engel yoktur."(Bakara 178. Ayet)

11 ZELLUM; a.g.e.; "*Kendinizi öldürmeyin*"(Nisa 29) *Haklı bir sebep olmadıkça Allah'ın muhterem kıldığı cana kıymayın.* (İsra 33)

12 ZELLUM; a.g.e.; İmam Buhari'den naklen

13 *"Kim, bir insanı, bir can karşılığı veya yeryüzünde bir bozgunculuk çıkarmak*

Bu konuda, Diyanet İşleri Başkanlığı çok sayıda dini mütalaa ile organ bağışına dikkat çekerek, bu işlemin önemini ve İslâm dini açısından engelinin bulunmadığını özellikle belirtmektedir.[14] Bu kurumun konuya ilişkin resmi mütalaalarında; "sadece 2006 yılında organ bağışı olmaması nedeniyle organ beklerken 7000 kişinin öldüğünden diyalizle yaşamını sürdüren insan sayımızın 40000 olduğundan" bahsedilerek, Din İşleri Yüksek Kurulu 06.03.1980 tarih ve 396/13 sayılı mütalaaya ve o mütalaada belirtilen şartlara dikkat çekilmektedir.[15] Bu mütalaaya göre organ naklinin İslam dinine uygun olabilmesi için; "*zaruret halinin bulunması, hastalığın bu yoldan tedavi edilebileceğine tabibin zann-ı galibinin bulunması, organ veya dokusu alınan kişinin, bu işlemin yapıldığı esnada ölmüş olması, toplumun huzur ve düzeninin bozulmaması bakımından organ veya dokusu alınacak kişinin sağlığında (ölmeden önce) buna izin vermiş olması veya hayatta iken aksine bir beyanı olmamak şartıyla, yakınlarının rızasının sağlanması, alınacak organ veya doku karşılığında hiçbir şekilde ücret alınmaması, alınacak organ veya doku karşılığında hiçbir şekilde ücret alınmaması*" gereklidir.

Diyanet'e göre yaşam destek ünitesine bağlı bir kişi; "*beynin kesin olarak bütün fonksiyonlarını yitirdiğine, bu durumdan geri dönüşün artık imkânsız olduğuna*" uzman tabiplerce karar verilmesi şartlarıyla yaşam destek ünitesinden çıkarılabilir.[16] Din İşleri Yüksek Kurulu aynı tarihli mütalaasına -1980 tarihli mütalaasına ek olarak- "organı alınacak kişinin sağ olması durumunda alınacak organ veya dokunun hayati bir organ olmaması şartını da eklemiştir. Ölüden organ ve doku nakillerinde ölünün manevi şahsiyetine azami saygının gösterilmesi ve naaşın bütünlüğünün korunmasına dikkat edilmesi de İslam âlimlerince önerilmektedir.[17] Aynı şekilde, "ölünün organ naklinden sonra veya yıkanmasında (hareket ettirmenin dikilen yerlerin açılmasına sebep olması gibi) sakınca varsa önce yıkanması" önerilmekte, başkasının organını taşıyan kimsenin işleyeceği suç ve günahlardan, organ verenin veya alanın sorumlu olmayacağı belirtilmektedir.[18]

---

karşılığı olmaksızın öldürürse, o sanki bütün insanları öldürmüştür. Her kim de birini (hayatını kurtararak) yaşatırsa sanki bütün insanları yaşatmıştır." (Maide Suresi, Ayet 32).

14 http://www.diyanet.gov.tr/turkish/namazvakti/dok/d_hiz/id2.asp

15 Diyanet; a.g.e.

16 Din İşleri Yüksek Kurulunun 14.12.2006 tarihli mütalaası, Bkz; www.diyanet.gov.tr/turkish/namazvakti/dok/d_hiz/id2.asp

17 Hz. Muhammed'in **"***Ölü bir kimsenin kemiğinin kırılması, yaşıyorken kırılması gibidir*" (İmam Ahmed, Ebu Davud ve İbn Hibban rivayet ettiler) "*Mezar sahibine zarar vermeyin"* (İmam Ahmed, Amir İbn Hazm el-Ensari(r.a.)'den) ; ZELLUM; a.g.e

18 KARAMAN; a.g.e

4. Kavramlar

Vücut; insan ya da hayvanın maddi varlığı, gövdesi beden, canlı varlıların maddi bölümünü ifade etmek için kullanılan, ancak fiziki anlamı ile hukuki anlamı tam olarak birbiriyle örtüşmeyen bir kavramdır. **Beden Parçası;** Beden Muayenesi Yönetmeliğinde; "bir bedenin tamamlayıcı unsuru baş gövde ayak kol ve el bacak gibi uzuv ve organlar şeklinde tanımlanmaktadır.

- Organ : *"Canlı bir organizmanın, dokulardan oluşan, belirli bir görevi olan ve sınırları kesin olarak tespit edilebilen kısım"*,[19]

- Doku; *"Çok hücreli canlılarda yapı ve fonksiyon olarak birbirine benzeyen ve anatomik olarak bir bütünlük gösteren unsurlarından (hücreler-lifler) meydana gelen yapı"*[20] anlamındadır. Organlar dokuların birleşmesinden oluşur. Organların sınırları ve fonksiyonları belirlenirken dokuda bu özellikler yoktur. Doku yenilenebilmekte, organ (deri haricinde) yenilenememektedir.[21] 2238 SY. 2. madde organ ve doku olarak; insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve dokularla bunların parçalarının anlaşılacağını belirtmiş, otogreftler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonunu organ ve doku nakli kapsamında saymamıştır.

- Organ nakli kısaca; "bir insanın herhangi bir organının alınıp başka bir insana nakledilmesidir. Daha ayrıntılı bir anlatımla vücutta görevini yapamayan bir organın yerine canlı bir vericiden veya ölüden alınan sağlam ve aynı görevi üstlenecek bir organın nakledilmesi" işlemine verilen addır. Yönetmeliğin 4. maddesinin (b) bendi Organ ve Doku Naklini; "*terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli ameliyesi*" olarak tanımlamaktadır.

- Doku nakli ise; aynı şekilde *"bir insandan diğer insana doku transferi"* anlamına gelmektedir.

- Organ bağışı; bir kişinin hayatta iken serbest iradesi ile tıbben yaşamı sona erdikten sonra doku ve organlarının başka hastaların tedavisi için kullanılmasına izin vermesi ve bunu belgelendirmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu öğretide ***varsayılmış onam*** (*consentement pre-sume*) olarak da adlandırılmaktadır.

---

19 MEYDAN LAROUSSE Cilt 9, s. 585- Ana Britanica Cilt 7 Sayfa 149, AKINCI: a.g.e. s. 10

20 MEYDAN LAROUSSE Cilt 3, s. 799- Ana Britanica Cilt 7 Sayfa 393, AKINCI: a.g.e. s. 11

21 AKINCI Şahin:"Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde(Organ-Dok) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar" Ankara-Yetkin Yayınevi, 1996, s. 11

Organ ve doku nakli, canlı insandan ve ölüden olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Ölüden(kadavradan) yapılan organ nakli ile canlıdan yapılan arasında bağlanılan hukuki yapı anlamında farklılıklar bulunmaktadır. Canlıdan yapılan nakillerde rıza ve vücut bütünlüğü kavramları öne çıkmakta ve her organ için nakil mümkün bulunmazken, ölüden yapılan nakillerde ölünün manevi şahsiyetinin korunması ve önceden bir organ bağışının olup-olmadığı ve ölümün gerçekleşip gerçekleşmediği öne çıkmakta, ölümün tespitinin hemen sonrasında ve gecikmeksizin usulü prosedürlerin tamamlanarak organ ve doku alınması işleminin yapılabilmesi kaygısı önem taşımaktadır.

5. Ölüm Ve Zamanı

Ölüden organ ve doku yapılabilmesi için, organ veya doku alınacak kişinin ölüp ölmediğinin ve ölüm zamanının tayini büyük önem taşımaktadır. Ölüm ve ölüm zamanı halen pozitif hukuk ve hukuk dışı alanlarda entelektüellerce uzun süredir tartışılan konulardan biridir. Ölüm; *"insanın bütün hayati fonksiyonlarının (dolaşım, solunum, beyin) bir daha geri gelmemek üzere sona ermesi, kalbin ve akciğerlerin tamamen durması, beynin iflas etmesidir."* Beynin iflası "*ruhi ölüm*", kalbin ve akciğerlerin durması ise "*bedeni ölüm*" olarak adlandırılmaktadır. Bazı hallerde, kalp ve akciğerlerle diğer organlar durduğu halde beynin iflası gerçekleşmemekte ve ruhi ölüm oluşmamaktadır. Bazen ise, tam tersi durum meydana gelmekte ve bitkisel hayat denilen bu halde beyin iş görmez haldeyken solunum ve dolaşım devam etmektedir. Bu halin uzun yıllar sürdüğü çok sayıda vakıa vardır. Bu hallerde halen hiçbir hukuk sistemince kabul edilmemiş olup Los Angeles'te yapılan bir ölüm tanımıyla; *"kalp ve teneffüs devam ettirilse dahi beynin bir daha faaliyete geçemeyecek olduğu hallerde kişi ölmüş sayılır"* denmektedir. Bu konu aynı zamanda ötenazi ile yaşam hakkının birbirleriyle çatıştığı hassas alanları da ilgilendiren bir tartışmayı beraberinde getirmektedir.

2238 SY.11. maddesi "tıbbi ölüm halinin bilimsel yolları kullanarak kardiyolog, nörolog, nöroşirürjiyen,ve anestezi ve reaminasyon uzmanlarından oluşan hekimler kurulunca belirlenmesini", 12. madde de "alıcının müdavi hekimi ile nakli yapacak hekimin bu kurulda yer alamayacağını", 13. madde ise "ölüm halinin tutanakla düzenlenip 10 yıl saklanmak üzere organ ve dokunun alındığı kuruma verilmesini" düzenlemektedir.

01.06.2000 tarihli **"Organ ve Doku Nakli Yönetmeliği"** Ek 1. maddesiyle beyin ölüm kriterlerini belirlemiştir.[22] Buna göre; "beyin ölümü klinik

---

[22] Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği(RG. 01/06/2000/24066) Ek-1; Beyin Ölüm Kriterleri
Tanım: Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.

bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve *inversibl* kaybıdır". Aynı madde *inversibl* komanın temel bulgularını altı fıkrada ayrıntılı olarak saymakta, yedinci fıkrasında ise kesin beyin ölümüm tanısı için yapılması gereken *"apne testinin"* usul ve kurallarını anlatmaktadır. Bu maddeye göre beyin ölümü tanısı konan hastalarda daha önceden tanısı konulmuş bir nedenle *inversibil* komaya girenlerde en az 12, *etyolojisi* bilinmeden gelişen tablolarda en az 24 saat koşulların değişmeden devamlılığı gözlenmeli, klinik beyin ölümü tanısı alan hastalarla ilgili hekimler kurulunun tayin edeceği bir laboratuardan alınacak raporla teyit edilmelidir. Bu tespit ve teyitler sonrasında hasta yakınına konu bildirildikten sonra hasta yakınının organ nakline izin vermesi ve

---

İrreversibl komanın temel bulguları:
I) Beyin ölümüne karar vermek için komanın aşağıdaki nedenlere bağlı olmaması, Primer hipotermi, Hipovolemik ya da hipotansif şok, Geriye dönüşüm sağlayabilecek intoksikasyonlar (barbitürat ve diğer sedatifler, depresan ve narkotik ilaçlar) ile metabolik ve endokrin bozukluklar,
II)Bilincin tam kaybı,
III) Spontan hareketin bulunmaması Aşağıda bulunan durumlar beyin ölümü tanısını ekarte ettirmez.
Derin tendon reflekslerinin alınması, Yüzeyel reflekslerin alınması, Babinski refleksi alınması, Solunum benzeri hareketler alınması, (omuz elevasyon ve adduksiyonu, tidal volum değişikliği olmaksızın interkostal genişleme), Patolojik fleksiyon ve ekştensiyon cevabı dışındaki spontan ekstremite hareketleri,
IV) Ağrılı uyaranlara serebral-motor cevap alınamaması,
V) Spontan solunum bulunmaması,
VI) Beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybolması,
Beyin ölümünde pupiller parlak ışığa yanıtsız ve dilatedir (4-9 mm), Kornea refleksi yokluğu, Vestibulo-oküler refleks yokluğu, Okülosefalik refleks yokluğu, Feringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu,
VII) Apne testi: Apne testi uygulanabilmesi için, Arterial pO2 ve pCO2 değerleri normal olmalıdır (pCO2 40 mmHg ve üzerinde). Bu koşullarda hasta 10-30 dakika süre ile %100 oksijen ile ventile edilerek arteriyel oksijen basıncının 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak trakea içerisine en az 8-10 dakika süre ile 6 lt. dakikada oksijen uygulanmalıdır. Bu uygulamalara rağmen spontan soluma yoksa apne veya kan gazlarında pCO2 basıncı 60 mmHg veya üzerinde ise spontan soluma hareketi yoksa apne testi pozitiftir.
Beyin ölümü tanısı konan hastalarda ; Daha önce tanısı konulmuş bir nedenle hasta irreversibl koma tablosuna girmişse en az 12 saat, etyolojisi bilinmeden gelişen tablolarda en az 24 saat bu koşulların değişmeden devamlılığı gözlenmelidir. Klinik beyin ölümü tanısı almış hastalarda, hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemiyle beyin ölümü teyid edilmelidir.
Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra hastaya uygulanan tıbbi destekler kesilebilir.
Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra yaşam desteğinin kesildiği durumlar:
1- Hastanın organ veya organlarının transplantasyon için kullanılmasına hasta yakınının izin vermesi,
2- Hasta yakınlarının yaşam desteğinin kesilmesine izin vermesidir.

sonrasında yaşam desteğinin kesilmesi ile naklin mümkün olacağı maddede belirtilmektedir.

İslam âlimlerine göre; "beyin ölmüş, kalp de -alet çekildiği halde- insanı yaşatacak bir şekilde hareket etmiyorsa ve bu durum geri dönüşsüz ise, insan ölmüş demektir." Başka bir ifade ile tıbbın ölmüş dediğine din de ölmüş demektedir. Fıkıhçıların İslâmi tanım koymadan önce "ölümün gerçekleşip gerçekleşmediğini uzman doktora sordukları/sormaları gerektiği ifade edilmektedir. Ancak doktorun bulunmadığı yerlerde tecrübeye göre belirtilere bakılarak ölüme hükmedilecektir. Tıp uzmanlarının öldü dediği insan ölmüş, ruh da onu terk etmiştir, bu vücut ölünün vücududur ve alet bağlı olduğu için kan deveranı devam ederken ondan organ almak caizdir.[23]

6. Nakil

6.1. Genel Olarak Rıza

Tıbbi amaçlı ve ceza muhakemesi sırasındaki muayene ve örnek almalarda olduğu gibi, gerek canlıdan ve gerekse ölüden yapılacak organ ve doku nakillerinin temel şartı olarak **rıza** kavramı ön plana çıkmaktadır. Bu da rıza kavramından ne anlaşılması gerektiği ve hukuka uygun rıza denilince ne anlaşılması gerektiğini bilmeyi zorunlu hale getirmektedir. **Rıza**; İstek, onam, razı olma, isteme, onama[24] anlamını taşımaktadır.[25] Tıbbi amaçlı muayenelerde (tedavi edilenin yaşamsal tehlikesinin bulunduğu acil konular hariç[26]) rıza tıbbi müdahalenin ön şartı[27] durumundadır.[28] Her türlü tıbbi müdahalede rızanın bulunması gerektiği de ileri sürülmektedir. Hukuk ve etik açısından artık hastanın karar verme mekanizması gelişmektedir.[29] Rızanın

---

23 KARAMAN; a.g.e.

24 Ejder Yılmaz; Hukuk Sözlüğü, 3. Bası Ankara–1985, s. 608

25 "Rıza bir hukuka uygunluk sebebidir. Ancak başka faktörlerde göz önüne alınmalıdır. Sihirli bir formül değildir ve her zaman eylemi hukuka uygun hale getirmez." Yener ÜNVER; "Türk Tıp Hukukunda Rıza", 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, "Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

26 Hasta Hakları Yön. 24/2, Tıbben zorunlu hallerde mahkeme kararı alınması hk.; Tıbbi Deon. Tüz. Md. 2, Has. Hak. Yön. Md. 24/1

27 1219 Sy. 70. md.; Müdahale öncesi hastanın rızası alınmalıdır. Tıbbi Deon. Tüz. 14/2; Hastanın maneviyatı üzerinde tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gereklidir."

28 BAYRAKTAR; a.g.e. s. 16, "Eğer hekim müdahalede bir yarar görmüyorsa rıza bulunsa bile bunu yapmaya zorlanamaz."; BAYRAKTAR; a.g.e., s. 135

29 Brigitte TAG; "Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik (Autonomie, Einwilli-

nereye kadar özerklik kapsamında olduğu tartışılmakta, özerklik kavramı vücudun dokunulmazlığı kapsamında ele alınmaktadır.[30]

Rızanın geçerli olması için;

- Rıza beyanında bulunanın temyiz kudretine sahip olması (rızaya ehliyeti ve irade sakatlığının bulunmaması),[31]
- Rızanın hukuka ve ahlaka uygun (MK. 23/2) olması,[32]
- Rıza açıklamasının sahih ve hukuka uygun olması,
- Rıza öncesinde muayene edilecek veya örnek alınacak kişinin aydınlatılmış olması gereklidir.[33]
- Aydınlatma, işlemden önce, muhatabının anlayabileceği şekilde açık ve ayrıntılı olmalıdır. Aydınlatma ve rızanın alımı sırasında hileli yollara başvurulmamalı,[34] rıza alınacak kişi kandırılmamalıdır.[35]
- Rıza sözlü veya davranışla olabilir, Rızanın yazılı alınması gereklidir.

6.2. Canlıdan Nakillerde ve Organ Bağışında Rıza

Canlı bir kişiden organ nakli veya organ bağışı öncesinde rızası alınırken, aydınlatma olmalı, müdahaleyi yapacak doktor veya aynı ekipten başka bir doktor tarafından bilgilendirilmesi gereklidir. Bilgilendirmenin organ nak-

---

gung und Ethik im Medizinstrafrecht)", 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, "Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

30 TAG; a,g,s,

31 "*Ceza hukukunda aranan rıza ehliyeti ve şartları her somut olaya göre değerlendirilmelidir.";* ÇAKMUT(YENERER); a.g.e., s. 205

32 "*Devlete veya topluma ilişkin bir menfaatin ihlaline yönelik rıza fiili hukuka uygun hale getirmez. Vücut tamlığını bozmaya yönelik rıza geçersizdir."* ÇAKMUT (YENERER); a.g.e., s. 216, 219

33 ÇAKMUT (YENERER); a.g.e., s. 195

34 LÖWE/ROSENBERG; **"Die Strafprozessordnung und das Gerichtverfassungsgesetz**, **Grosskomentar**", 25. neubearbeitete, Auflage, herausgegeben von Peter Riess, Zweiter Band, 72-136 a, Bearbeiter 72-93 Daniel M. KRAUSE, De Gruyter Recht- Berlin, s. 128, no. 81a, 14, "….*Rıza iradeyi sakatlayan nedenlerden biriyle sakatlanmamış olmalıdır. Hile, tehdit ve cebir gibi arızalardan uzak olarak serbest irade ile tıbbi müdahalenin kabul edilmiş olması gereklidir.* DERYAL; a.g.e.

35 "…Kandırma iddia veya yanılgının bilerek uygulanması şeklinde olabilir veya rızaya gerek yoktur gerekirse zorlada yapılabilir şeklinde bir yanıltma da bu kapsamdadır. (dn. 39) Baskı altında sürekli kişilik haklarını ihlal ile (örneğin hapis cezası) "yarı isteksiz" şekilde suç takip mercilerine gösterilen rıza yeterli değildir." : LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., s. 128, no. 81a, 14,

line onay verecek kişinin anlama ve algılama seviyesiyle uygun bir şekilde, tüm sonuçları da belirterek, yanlış yönlendirmelere sapılmadan, herhangi bir ticari kaygı taşımaksızın, tamamen tıp bilimiyle bağlantılı şekilde yapılması ve alınan onamın açık ve net olması, bu sırada müdahale edilecek kişinin herhangi bir baskı altında bulunmaması gerektiğidir.

Aydınlatma sonrasında, organı alınacak kişiye düşünmesi için belli bir süre verilmelidir.

Organ bağışları bir tür vasiyet olarak da değerlendirilebileceğinden, kişinin sağlığında, "ölümünden sonra organlarının nakledilebilmesi" konusundaki rızasının alınmasında Medeni Hukuktaki vasiyet hükümlerinin kıyasen uygulanması gereklidir.

2238 SY. 6. maddesi; *"18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ veya doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az tanık önünde sözlü olarak beyan edilip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından imzalanmasının zorunlu olduğu"* hükmünü getirmiş, 7. maddede ise; "organ ve doku alacak hekimin verici ve ailesini bilgilendirmesi, alıcıya vereceği yaralar konusunda aydınlatması, akli yetersizliği olanlardan almayı reddetmesi, evli vericilerin eşlerinin haberdar olup-olmadığını araştırması, bedel ve çıkar karşılığı olup insancıl amaca uygun olmayan nakilleri reddetmesi, alıcı ve vericilerin isimlerini açıklamaması yükümlülükleri getirilmiştir.

Hukukumuzda 2238 SY. ile "18 yaşın altındakilerin veya mümeyyiz olmayanların organ bağışı yapamayacakları" SY. 14. maddesinde rızayla ilgili temel düzenlemelerden bir diğeri ise 3. fıkrayla getirilen; *"ölü sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz."* hükmüdür. Kişinin ölümü öncesi organ nakli yapılmaması konusundaki iradesi bağlayıcı olarak kabul edilmiştir.

6.2.1. Yakınlardan Olmayan Nakillerde Etik Kurul Kararı Şartı

Yönetmeliğe 05.03.2010 tarihinde yapılan bir eklemeyle[36] canlıdan organ nakline sınırlama getirilerek, bu tür nakillerin ancak alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi, dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabileceği belirtilmiştir. Bu hallerin dışında nakilleri için Etik Kurulun[37] onayına bağlıdır. Bu nedenle alıcı ve

---

36 Ek Madde 1 - (Ek madde: 05/03/2010-27512 S. R.G. Yön/1.mad); "Canlıdan organ nakli, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi, dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir."

37 Etik kurul Hakkında 7.2 Bölümümüzde ayrıntılı bilgi verilmiştir.

vericinin idari yapılanmada belirtmiş olduğumuz Etik Kurula başvurarak, buradan onay kararı alabilmeleri halinde birinci fıkrada sayılan kişiler dışındakilerden organ nakli mümkün olabilmektedir.

6.2.2. Çapraz Nakil

Yönetmelik Ek 1. maddesinin 2. fıkrası; "organ nakli olmayı bekleyen iki hastanın, Ek maddenin birinci fıkrasında belirtilen niteliklere haiz kişilerin, karşılıklı olarak birbirlerine organlarını verdikleri "Çapraz Nakil" hallerini" düzenlemektedir. Çapraz nakil hallerinde Ek 1 maddede belirtilen "Etik Kurul" izni alınması şartı karşılıklı organ verecek kişiler için aranmamaktadır. Çapraz nakiller, herhangi bir organ nakli merkezine kayıtlı hastalar arasında karşılıklı rıza ile, Komisyona başvurmaksızın yapılabilir.

Bu tür nakilleri yapan merkezlerin "bir hafta içinde Bakanlığa bu konuyla ilgili bilgi verme şartı" yönetmelikle getirilmiştir.

6.3. Ölüden Nakil; Ölü sahiplerinin Rızasıyla Nakil

Ölümü öncesinde kişinin organlarını bağışladığına ilişkin beyanları geçerli kabul edilerek, ölüsü üzerinden önceki bağış beyanı esas alınarak nakil yapılmaktadır. Kişinin ölümünden sonra organlarının alınmasına ilişkin beyanının Medeni Hukuk ilkelerine uygun hür ve etki altında kalınmadan alınması ve yazıyla -Medeni Kanundaki vasiyete ilişkin kurallardan da faydalanılarak- belgelenmesi gereklidir.

2238 SY., kişinin ölümü öncesinde organ nakline ilişkin rıza beyanının alınamadığı ve bu konuda vasiyetinin ve organlarını bağışladığına ilişkin iki tanığın da bulunmadığı hallerde de organlarının nakline olanak tanımaktadır. Yasanın 14. maddesinin 1. fıkrası; "*Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.*" şeklindeki hükmüyle sırasıyla ölenin eşinin, reşit çocuklarının, ana, baba veya kardeşlerinden birisinin, bunlarda yoksa herhangi bir yakınının izniyle organ veya doku alınabilecektir.

Bu konuda, yasanın açıkça belirttiği sıralama konusunda bir sorun yoktur. Ancak, "*herhangi bir yakını*" ifadesi uygulamada sorun yaratacak nitelikte geniş bir sınıflandırma niteliğindedir. Aynı şekilde, sırada önde olup, izin alındığı sırada orada bulunmayan bir yakınının, sonradan veya nakil işlemi sırasında, organın alınması konusundaki itirazının bulunduğu hallerde ne

yapılacağı konusunda da uygulamada sorunlar çıkabilmektedir. Pozitif hukukta bu konuyu karşılayan herhangi bir norm bulunmamaktadır. Kanaatimizce; organ ve doku nakli işlemlerinin "*zamanında, gecikmeksizin ve hızlı yapılması*" zorunluluğu nedeniyle, bu konuda esnek bir yaklaşıma gidilerek, o sırada orada bulunan ve yasanın belirttiği sırada olup, önünde organ nakline itiraz eden herhangi bir yakının bulunmadığı ölü sahibinin verdiği izni geçerli saymak gereklidir. Yasanın, organ nakillerinde amaca uygun ve hızlı davranmaya yönelik genel yapısı bu kanaatimizi doğrulamaktadır.

6.4. Kaza Ve Doğal Afet Hallerinde İzin Alınmaksızın Nakil

2238 SY., kaza ve doğal afet hallerinde, vücudunun ağır harabiyete uğraması nedeniyle yaşamı sona ermiş kişilerin sağlam doku ve organlarının, -tıbbi ölüm hallerinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11. madde gereği hekimler kurulu raporuyla belirlenmesi halinde-, naklinde aciliyet ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda, vasiyet ve rıza aranmaksızın, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere nakli yapılabileceği, bu hallerde, adli otopsinin bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılacağı ve hekimler kurulunun raporunun adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilerek evrakına ekleneceği hükmünü getirmektedir. Yasanın 14. maddesine 21.01.1982 tarihli 2594 SY. nun 1. maddesiyle eklenen 4. fıkrasıyla yapılan bu değişiklik kaza ve doğal afet hallerinde zorunluluk bulunduğu durumlarda hekimlere ölü sahiplerinin izinlerini almadan da organ ve doku nakli yapabilmelerine olanak tanımaktadır. Bu konuda yasanın aradığı şartlar:

- Kaza veya doğal afet halinin bulunması
- Ölümün, ölenin uğradığı ağır vücut harabiyetiyle meydana gelmesi,
- Tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığının 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmesi,
- Ölenin vasiyetinin ve o sırada ölenin yakınlarından kimsenin bulunmaması,
- Yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde aciliyet ve tıbbi zorunluluk bulunması şeklindedir.

Yasanın bu hükmü, adli otopsi işlemlerinin organ ve doku ameliyesi sonrasında yapılmasına hükmetmesi açısından özellik taşımaktadır. Zira, kaza hallerinin adli otopsi işlemlerinin zorunlu olduğu düşünüldüğünde, vücutta ağır harabiyet olması, aciliyet ve zorunluluk halleri gözetilerek otopsi işlemi ötelenmiştir. Yapılan organ ve doku işlemlerinin otopsi tutanağına eklendiği ve ölümün yasada tanımlanan şekli düşünüldüğünde, otopsiyi yapan adli tıp

uzmanının, ölüm nedeni konusunda nihai kanaatinin oluşmasını engelleyecek bir durum olmadığından, -bazı özellikli haller ayrık tutulduğunda- bu hükmün ceza muhakemesi soruşturmasını engellemeyeceği kanaatindeyiz.

7. Organ Naklinde İdari Yapı – Cezai Hükümler

7.1 Genel Olarak

Türk hukukunda organ nakli konusunda temel normatif kaynaklar 03.06.1979 tarih ve 2238 sayılı "Organ ve Doku alınması, saklanması, Aşılanması ve nakli hakkında Kanun" ve 01.06.2000 tarihli "Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği" şeklindedir. Bu metinlerde organ ve doku nakli, alınması, saklanması ve aşılanması konularında düzenlemeler getirilmekte, Yönetmelik "ulusal koordinasyon kurulları ile bilim kurulları, ulusal organ ve doku nakli hizmetleri koordinasyon, nakil ve bilgi işlem merkezlerinin kurulması ve faaliyetleri konularında ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir.

2238 SY. nun 10. maddesi; "Organ ve doku alınması, aşılanması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunluluğunu getirmektedir. Aynı şekilde 10. maddede *"Organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunluluğu"* getirilmiştir.

7.2. Organ ve Doku Naklinde İdari Yapılanma

2238 SY organ nakilleriyle ilgili ana kuralları belirtmiş, organ nakillerindeki idari yapılanma, bu nakillerdeki kurallar ve ülke içindeki yetkili birimlerin düzenlenmesi yönetmelikle yapılmıştır. **"Organ Ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği"** bu anlamda oldukça gelişmiş ve ayrıntılı bir yapı oluşturmuştur.

Türk hukukunda ana ilke yönetmeliğin 20. maddesinin birinci fıkrasında belirtilmektedir. Bu madde hükmüne göre; *"Ülke sınırları içinde alınan her organ kamu yararına kullanılacak niteliğe sahiptir. Kişisel tasarruflardan etkilenmez."* Yönetmelik bu temel anlayıştan hareket ederek, bir organ ve dokunun ülke geneli ve hatta yurt dışındaki her ihtiyaç sahibinin yararına kullanılabilecek niteliğe sahip olması nedeniyle, arada herhangi bir kamusal ya da özel tasarruf ve ticari anlayış olmaksızın ihtiyaç sahibine biran evvel ulaştırılması yönünde düzenlemeler getirmiştir. Bir diğer deyişle, elde edilen organ ulusal bir havuza konulmakta ve organın mülkiyeti kimseye ait olmayıp, ihtiyacın yoğunluğu temel kriter olarak kabul edilmektedir.

181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan yönetmelik, başlangıcında organ nakli alanındaki genel tanımlamaları yaparak organ nakli konusunda görev ve yetkili kurullar oluşturmuştur.

Bu kurullardan ilki; "**Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Kurulu**"dur **(UKK)**.[38] Bu kurul; "Bakanlık Müsteşarı, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü, Kalp-Akciğer-Kalp Kapağı, Karaciğer, Böbrek, Kornea, Kemik İliği Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulları Başkanları ile İmmünoloji, Diyaliz, Yoğun Bakım Bilimsel Danışma Kurulları Başkanları ve Koordinatörler Kurulu Başkanından" oluşmakta, Bilimsel Danışma Kurulu Başkanlarından biri, kurul üyelerinin oylarının salt çoğunluğuyla **Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinatörü (Ülke Koordinatörü)** olarak seçilmektedir. Aynı üye ikinci yıl kurul üyeliğine seçilse dahi Ülke Koordinatörü olamamaktadır. UKK üyeleri ve Ülke Koordinatörü bir yıl süre ile - Bilimsel Danışma Kurullarının yeni başkanları belirleninceye kadar- görev yapmaktadırlar. Yönetmeliğin 6. maddesinde UKK'nun görevleri; "organ ve doku nakilleri konusunda ulusal stratejileri belirlemek, alınması gereken önlemleri, gelişime yönelik plan ve programları Bakanlığa önermek, Ulusal Koordinasyon Sistemini geliştirmek, Organ ve doku kaynağı merkezlerinde yapılan organ ve doku paylaşımını denetlemek ve bir rapor halinde Bakanlığa sunmak, Bilimsel Danışma Kurulları arasında koordinasyonu sağlamak, organ ve doku nakli merkezlerinin açılma başvurularına ait ilgili Kurul tarafından hazırlanan raporları ülke ihtiyaçlarına göre değerlendirmek ve açılmasını Bakanlığa önermek, diğer ülkelerdeki gelişmeleri izlemek ve ülkeye kazandırmak" olarak sayılmıştır. Kurul üç ayda bir toplanmakta, sekretaryası Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğünce yürütülmektedir.

"Bilim Kurulları" ise[39]; "Kalp-Akciğer-Kalp Kapağı, Karaciğer, Böbrek, Kornea, Kemik İliği Nakilleri ile İmmünoloji ve Yoğun Bakım Bilim Dalı için ayrı "***Bilimsel Danışma Kurulları"*** şeklinde oluşturulmuştur". Yönetmelik "*Bilim ve teknolojinin gelişmesiyle yeni uygulamaya başlanan organ ve doku nakilleri için gereken yeni Bilimsel Danışma Kurulları oluşturulacağını"* da belirtmektedir. Üyelerini bir yıllığına, altıdan çok olmamak üzere Sağlık Bakanlığı seçmektedir. Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü veya temsilcisi kurulun daimi üyesidir. Kurullar; "*görev aldıkları organ ve doku nakli türüne ait organ ve doku nakli merkezlerinin açılma başvurularını değerlendirmek, Bilimsel Danışma Kurulu üyelerinden iki üye ve Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü adına katılacak bir üye olmak üzere üç kişi vasıtasıyla organ ve doku nakli merkezlerini yerinde denetleyerek inceleme raporu hazırlamak ve*

---

38 Madde 5.; (Değişik madde: 07/03/2005 - 25748 S. R.G. Yön/2.mad)

39 Madde 8–10; (Değişik madde: 07/03/2005 - 25748 S. R.G. Yön/3-4.mad)

Ulusal Koordinasyon Kuruluna sunmak, organ ve doku nakli merkezlerinin çalışmalarını izlemek, ülkedeki organ ve doku nakilleri konusunda stratejileri belirlemek, alınması gereken önlemleri, hizmetin gelişimine yönelik plan ve programları önermek, görev alanları ile ilgili organların merkezi dağıtım sisteminin prensiplerini oluşturmak ve Ulusal Koordinasyon Kuruluna sunmak" görevlerini yürütmektedir. Bu kurullar yılda iki kez toplanır, gerekli görürse alt kurullar oluşturup alanlarında uzman yetkilileri kurulda görevlendirebilir. Sekretaryası Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğünce yürütülür.

Yönetmelik ayrıca **"Organ ve Doku Nakli Merkezleri**" ile Organ ve Doku Kaynağı Merkezlerinde çalışan koordinatörler arasından, organ nakli hizmetlerinde karşılaşılan problemlerin tespiti ve çözüm bulunması amacıyla çalışmalar yürütmek ve koordinatörler arasında iletişimi sağlamak amacıyla Bakanlıkça seçilecek beş üyeden oluşan **"Koordinatörler Kurulu"** nu düzenlemiştir.[40]

Yönetmelik illerde oluşturulacak **"Etik Kurullar**"a da yer vermiştir. 2010 yılında yapılan değişiklikle,[41] yakın akraba dışında yapılacak organ ve doku nakillerine onay vermesi amacıyla kurulan Etik Komisyonlar, her ilde il sağlık müdür yardımcısı başkanlığında, valilikçe görevlendirilecek il emniyet müdür yardımcısı ya da Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdürü, naklin yapılacağı hastane haricindeki bir kamu hastanesinden bir tabip, naklin yapılacağı hastane personelinden olmayan bir psikiyatri uzmanı, baro tarafından görevlendirilecek bir avukat, valilikçe görevlendirilecek bir sosyal hizmet uzmanından oluşmakta ve sekretaryası il sağlık müdürlüğünce yürütülmektedir. Başvurular naklin yapılacağı hastane başhekimliğince il sağlık müdürlüğüne yapılmakta, komisyon 15 günde bir tüm üyelerin en az 2/3 çoğunluğuyla toplanıp, gerekli gördüğü takdirde verici ve/veya alıcıyı ve akrabalarını dinleyip, komisyona sunulan bilgi ve belgelerin doğruluğunu araştırarak, alıcı ve verici arasında etik ve yasal olmayan bir durumun bulunmadığı kanaati hâsıl olduğunda naklin etik açıdan uygunluğuna 2/3 çoğunlukla kesin olarak karar vermektedir. Acil hallerde komisyon ivedilikle toplanıp karar almaktadır.

Yönetmeliğin düzenlediği Organ ve Doku Nakli Hizmetlerinde görevli kuruluşların ilki; **"Ulusal Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Koordinasyon Merkezi"** dir. Bu merkez Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Gen. Md. Ne bağlı olarak "UKK'nun aldığı kararlar doğrultusunda organ ve doku nakilleri ile ilgili hizmetleri yürütür." Ulusal merkezin yanı sıra **"Organ ve Doku Nakli Bölge Koordinasyon Merkezleri"** de kendilerine bağlı illerin

---

40 Madde 11-12 **-** (Değişik madde: 07/03/2005 - 25748 S. R.G. Yön/6-7.mad)

41 Ek Madde 1; (Ek madde: 05/03/2010 - 27512 S. R.G. Yön/1.mad)

koordinasyonunu sağlamakla görevlidirler. Ankara, İstanbul ve İzmir olmak üzere üç bölgedirler. Bu merkezler, organ ve doku kaynağı merkezleri, doku tipleme laboratuvarları ve organ ve doku nakli merkezleri arasında koordinasyonu sağlamakta, organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesi ile ilgili donör adayı ve alıcı ile ilgili yapılması gereken tıbbi, idari ve hukuki işlemlerin tamamlayarak, nakilleri yapacak **"Organ Nakli Merkezi Hekimlerini"** göreve çağırıp, organ alım ekiplerinin, çıkarılan organların ve nakil yapılacak hastaların merkezlere nakillerini sağlamaktadırlar.

"Organ ve Doku Nakli Bilgi İşlem Merkezi" ise; "ülke genelinde tüm organ ve doku bağışları ile organ ve doku bekleyen hasta bilgilerini ve gerçekleşen nakilleri içeren veri tabanı oluşturur. Bu merkezin **"Bilgi İşlem Merkezi",** bölge koordinasyon merkezleri ile elektronik ağla bağlantılıdır. Merkezlere kaydolan, organ ve doku nakli bekleyen hastaların bilgileri bölge merkezlerince **"Organ ve Doku Nakli Bölge Koordinasyon Merkezine**" bildirirler. Bu merkezlerde, hasta kimlik ve doku tipleme bilgilerini güncel olarak bilgisayar kayıtlarına alarak "Organ ve Doku Nakli Bilgi İşlem Merkezine" aktarırlar.

"Organ ve Doku Nakli Merkezleri" kamu veya özel gerçek veya tüzel kişiler tarafından genel veya özel hastaneler bünyesinde, Bakanlık izniyle bir ünite biçiminde kurulabilmektedir.[42] Merkezlerin faaliyetleri izlenmesi ve değerlendirilmesi Ulusal Koordinasyon Kurulunun belirleyeceği kriterler çerçevesinde "Ulusal Koordinasyon Kurulu" tarafından gerçekleştirilir. Ulusal Koordinasyon Kurulu, değerlendirilen merkezlere ilişkin önerilerini Bakanlığa bildirir. Merkezler bu uyarılar doğrultusunda düzenlemeler yapmakla yükümlüdürler.[43] Yönetmelik bu merkezlere her yıl faaliyetleriyle ilgili istatistikî bilgileri Bakanlığa bildirme görevi vermiştir.

Yönetmelik madde 20 vd. da **"Organ ve Doku Kaynağı Merkezleri"**, "**Doku Tipleme Laboratuarları" ve "Gönüllü Kuruluşlar"** düzenlenmektedir. Bu amaçla **"Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi (UKS)"** kurularak; "ülke genelinde organ ve doku nakli hizmetleri alanında çalışan kurum ve kuruluşlar arasında gerekli koordinasyonu sağlamak ve çalışmaların verimliliğini artırmak, kadavra organ sayısını artırmak, bilimsel kurallara göre ve tıbbi etik anlayışına uygun, adaletli organ ve doku dağıtımını sağlamak" amaçlanmıştır. Organ ve Doku Nakli Koordinatörlüğü ve UKS Görevlileri Sistem içinde, değişik birimler arasındaki koordinasyonu, organ ve doku kaynağı merkezlerinde görev yapacak olan organ ve doku nakli

---

42 Yönetmelik göz bankalarının yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarıyla üniversiteler bünyesinde kurulmasına izin vermektedir. Madde 17/son (Değişik fıkra: 07/03/2005 - 25748 S. R.G. Yön/8.mad)

43 Madde 20/son(Değişik fıkra: 07/03/2005 - 25748 S. R.G. Yön/10.mad)

koordinatörleri sağlamakta, organ ve doku nakli koordinatörleri, donörlerin saptanmasından, ilgili hekimlerin olgu başına intikallerini sağlayarak beyin ölümü tutanağının (Ek-1) de belirtilen beyin ölüm kriterlerine göre ve kurallara uygun biçimde düzenlenmesinden, Kanuna göre, gerekiyorsa, donör ailesinden izin alınmasından, alınan organ ve dokunun ilgili merkeze naklinden sorumlu bulunmaktadırlar. Organ ve doku kaynağı merkezleri beyin ölümü oluşan her hastayı Bölge Koordinasyon Merkezine bildirmek zorundadır.

Organ ve doku dağıtımı, Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi'ne göre elektronik ortamda yapılmaktadır. Organ ve doku nakli merkezleri, organ ve doku bekleyen hastalara ait kimlik ve adresleri, doku tiplemeleri, öncelik sıralarına ait bilgileri Organ ve Doku Nakli Bilgi İşlem Merkezine bildirmek zorunda olup donör ve hastaya ait doku özellikleri eşlenmeleri, müşterek kullanılan program tarafından, bilgisayar ortamında güncellenerek yapılmaktadır. Yönetmelik, şartlara uymayan merkezlerin faaliyetten yasaklanmasına, sistem içindeki tüm merkezlerin organ ve dokuları ulusal sistem içerisinde paylaşmalarının zorunlu olduğuna ilişkin hükümler taşımaktadır.

7.3 Cezai Hükümler

765 S. TCK. organ ve doku nakli ile ilgili herhangi bir hüküm içermezken, 5237 S. TCK "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısmının "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde 91. ve 93. maddeler arasında "Organ ve Doku Ticaretine" ilişkin hükümler getirmektedir. Aynı şekilde 2238 SY. nın 15. maddesi de "bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım-satımını yapanlar, aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar" hakkında cezai yaptırım öngörmüştür.

5237 S. TCK. 91. maddesi başlıca üç suç hali düzenlemektedir.

- Bunlardan ilki hukuken geçerli bir rızası olmaksızın canlı bir kişiden organ veya doku alınmasıdır. Madde; "*organ için daha ağır*" "*doku alımı için daha hafif*" olmak üzere ikili bir müeyyide öngörmüştür. Bu konuda rıza konusunda anlatımız genel kurallar ile 2238 SY' nın organ nakli öncesinde vericinin rızasının alınması şekline ilişkin genel hükümlerine göre suçun unsurlarını tayin gereklidir. Kişiden bu şekilde organ alınması sonrasında ölmesi durumlarında 8. fıkraya göre kasten adam öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu suçun temelde organ veya dokuyu alma işlemini yapan hekim ve yardımcılarınca işlenebileceği ve yasa koyucunun bu kişileri kastettiği iddia edilebilir ve bunun doğruluğu kısmen kabul edilebilirse de hekim olmadığı halde bu ameliyeyi gerçekleştiren her kişinin bu

suçun faili olabileceğini kabul etmek kanımızca doğru olacaktır. Bu kişilerin doğrudan "kasten adam öldürmeye"ilişkin hükümler doğrultusunda yargılanabilmeleri her durumda mümkündür.

- İkinci hal; *"Hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması"* halidir. Ölüden organ ve doku alınmasıyla ilgili olarak, 2238 SY.'nun 14. maddesi ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir. Kişi sağlığında organ ve doku bağışı yapmışsa, hukuken bir sorun yaşanmayacak ve varsayılan rızanın var olduğu kabul edilecektir. Şayet kişi böyle bir bağışta bulunmamışsa, 2238 14. maddesine göre sırasıyla, ölüm halinde yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa herhangi bir yakınının izniyle ölüden organ ve doku alınması mümkündür. Buradaki herhangi bir yakını kavramı -nı önceki anlatımlarımızda geniş olarak da belirttiğimiz gibi-(kanun koyucunun ölüden organ nakillerinde hızı ve elastiki bir yapı sağlama amacıyla böyle bir düzenlemeye gittiği göz önünde bulundurularak), maddeyi geniş yorumlamanın daha doğru sonuçlar verebileceği düşünmekteyiz. Aynı maddede aksine bir vasiyet veya beyan olmaması halinde, ceset üzerinde değişiklik yapmayacak bir etkisi olması nedeniyle, korneanın izinsiz de alınabileceği hükmü getirilmiştir. Ölünün, sağlığında, kendisinden organ ve doku alınmasına karşı bir itirazının olmaması hallerinde organ ve doku alınabileceğini kabul eden madde metnine 1982 yılında eklenen iki fıkrayla kaza ve doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona eren bir kişinin yanında yukarıda sayılanlardan biri yoksa tıbbi ölüm halinin alınacak organ ve dokulara bağlı olamadığı 11. maddede belirtilen hekimler kurulunca belirlenmek kaydıyla yaşamı organ nakline bağlı acil hastalarda kullanılmak ve tıbbi zorunluluk olan hallerde vasiyet ve rıza aranmaksızın sağlam organ ve doku naklinin yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu fıkra hükmüne göre adli otopsi bu işlemler sonrasında yapılacak ve yapılan işlem otopsi tutanağında belirtilecektir.

- TCK. da bu konuda getirilen üçüncü suç türü; organ veya dokuların ticari meta gibi satın alınması, satılması ve satılmaya aracılık edilmesidir. Bu hükümle yasa koyucu tıp etiği ve insani değerlere aykırı şekilde organ ve doku ticareti yapılmasını önlemek amacıyla hareket etmiştir. Kanun 92. maddesinde organ veya dokusunu satanlar için mecburiyet halinin varlığı hallerinin tespiti halinde cezada indirime gidilebileceği veya ceza verilmeyebileceğini düzenlemekteyken satın alan veya aracılık edenler için benzer bir indirim imkânı getirmemiştir. Bu anlayışın devamı olarak 5. fıkrada "belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler" için ceza öngörülmekte, ayrıca "hukuka aykırı ola-

rak elde edilmiş organ veya dokuları saklayan, nakleden veya aşılayan kişiler içinde 2 ile 5 yıl arasında cezai yaptırım" getirilmektedir..

91. madde; suçun örgüt halinde işlenmesini ağırlaştırıcı hal olarak saymış, bu faaliyetlerin bir tüzel kişinin bünyesinde işlenmesi halinde tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceğini hüküm altına almıştır.

TCK. nun 93 maddesinde organ veya dokularını satan kişilerin suçun haber alınması öncesi veya soruşturma sırasında etkin pişmanlık göstererek suçun ortaya çıkmasını sağlaması veya kolaylaştırması hallerinde cezalandırılmayacağı veya cezasında indirime gidileceğine ilişkin etkin pişmanlık hükümleri getirmektedir.

8. Kornea Ve Doku Nakliyle Organ Naklinin Farkları Ve Hukuki Yapı

Kornea nakli, gelişen göz cerrahisi operasyonları sonrasında tıpta sürekli artan bir nakil türü olmuştur. Kornea nakli ameliyatları özellikle görme yetisini bu nedenle kaybetmiş hastalar için büyük bir umut kapısı olmaktadır.

Kornea nakillerinin temel farklılığı sadece kadavradan yapılmasıdır. Hukuki açıdan temel fark ise korneanın doku olarak kabulüdür. Zira yazımızın başında verilen tanımlara göre kornea doku sınıflandırmasına uymaktadır.

Kornea nakilleri kadavra üzerinden yapılması sonrasında ölünün naaşının bozulması konusunda herhangi bir sorun yaratmamaktadır.

Bu konuda temel tartışma konusu kornea nakillerinin de organ nakilleriyle aynı koşul ve prosedürlere tabi olup olmayacağı sorunudur. Bu konu tartışılmakta olup, hukuk sistemimizdeki mevcut normatif yapı kornea naklinde farklı bir bakış açısı getirmiştir. 2238 SY. 14/2 madde ve fıkrasında; "*Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*"hükmü yer almaktadır. Yasakoyucu organ naklinde kabul ettiği pek çok kısıtlamayı ölüden kornea naklinde koymamakta, bu hallerde sadece eğer aleyhe bir talep varsa bu işlemin yapılamayacağını söyleyerek bu işlemlerin ölen veya ölenin yakınlarından izin alınmaksızın da yapılabileceğini hüküm altına almaktadır. Burada, kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapmadaki temel gerekçesinin; "*kornea naklinin ölünün naaşı üzerinde değişiklik yapmayan bir nitelik taşıması*" olduğu görülmektedir. Ancak bazı hallerde yasanın açık hükmüne karşın, cenaze sahipleri ile cenaze sahiplerinin bilgisi dışında kornea nakli yapan hekimler arasında sorunlar yaşandığı bilinmektedir.

Hukukumuzda kornea nakline ayrı bir yönergeyle düzenleme getirilmiş-

tir. **"Göz Bankası Ve Kornea Nakli Merkezleri Yönergesi**"[44] **"Göz Bankaları"** oluşturulması ve kornea naklinde uyulacak kuralları belirlemektedir. Yönerge, göz bankalarının kurulma şekilleri ve şartlarını belirlemekte ayrıca bünyesinde göz bankası bulunmayan ancak doku kaynağı niteliğinde olan sağlık kuruluşlarında **"Doku Kaynağı Merkezleri"**nin oluşturulması konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir.[45]

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği organ ve doku nakil merkezlerinin kamu ve özel hastane veya merkezlerde kurulmasına izin vermekte ancak, yönetmeliğin 17. maddesi[46] "Göz bankaları yalnızca kamu kurum ve kuruluşları ile üniversiteler bünyesinde kurulabilir." diyerek özel tüzel ve gerçek kişiler için bu yolu kapatmıştır. Göz Bankası Kornea Nakli Merkezleri Yönergesinin 5. maddesi de bu hükümle paralel olarak göz bankalarının ancak kamuya ait bir hastane bünyesinde kurulabileceğini belirtmektedir.

Ayrıca yönerge; "**Doku Nakli Merkezleri**" yle ve "**Doku Dağıtımıyla**" ilgili ayrıntılı düzenlemeleri de kapsamaktadır. Dokuların "**imhası**", "**nakledilmesi**" ve "**yurtdışı ilişkilerini**" ayrıntılı şekilde düzenleyen yönerge; "yönergede belirtilen niteliklere ve koşullara sahip olmayan ve Bakanlıktan açılma izni almamış bankaların faaliyetlerini yasaklamakta, doku alımının sadece bankalarca yapılabileceğini ve bankalarca dağıtımı yapılmamış dokunun nakil için kullanılmasının yasak olduğunu belirtmektedir. Bu yasaklara uymadığı saptananların faaliyetleri bakanlıkça durdurulacağı ve haklarında Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulanacağı da yönerge de belirtilmektedir.

9. Uygulamada Ceza Yargılamasında Karşılaşılan/ Karşılaşılabilecek Sorunlar Ve Kanaatimiz

5271 S. Ceza Muhakemeleri Kanununun 86-89. maddeleri, ceza soruşturması kapsamındaki ölümle sonuçlanan olaylarda, Cumhuriyet Savcılarına ölü üzerinde kimlik tespiti ve otopsi işlemi yapma görevini vermektedir. Bu tür olaylarda, ölünün bedeni bir delil objesi olarak değerlendirilmekte, cesedin incelenmesi sonrasında elde edilecek delillerle maddi gerçeğe varılmaya çalışılmaktadır. Cumhuriyet Savcısı, el koyduğu olayda, elinde bulunan ve artık sadece "biyolojik materyal niteliğinde delil" özelliği taşıyan ceset üzerinden, maddi gerçeğe ulaşma çabasındadır. Cumhuriyet Savcısının ölenin cesedi üzerinden elini çekebilmesi için,ceset üzerindeki tüm delillerin araştırıldığından ve ölüm nedeni konusunda nihai kanaatin oluştuğundan emin

---

44 26.02.2001 tarih ve 1832 sayılı olurları ile yürürlüğe girmiş, 30.12.2005 tarih ve 11236 sayılı ve 25.03.2010 tarih ve 12616 sayılı olurları ile değişiklik geçirmiştir.

45 Yönerge metni için; http://www.saglik.gov.tr/TR/dosya/1-56669/h/goz-bankasi-isleme.doc

46 Değişik fıkra: 07/03/2005 - 25748 S. R.G. Yön/8.m.

olması zorunluluğu vardır. Bu işlem, Cumhuriyet Savcısıyla -otopsi işleminde teknik bilirkişilik yapan- adli tıp uzmanlarının müşterek çalışmaları niteliğindedir. Her iki tarafta da nihai kanaatin oluşmuş bulunması gereklidir. Bu aşamalardaki bir eksiklik ileride telafisi mümkün olmayan hak kayıplarına neden olmaktadır.

Bu işlemler bahsedilen nedenlerle bazen uzun zaman almakta, doku ve organlar üzerinde derinlemesine incelemeler yapılmasını gerektirmektedir. Bu süreçte tüm yetki ve sorumluluk Cumhuriyet Savcısının olup, adli tıp uzmanları ve diğer araştırma görevlileri Cumhuriyet Savcısının yardımcıları olarak onun talimatlarıyla hareket etmektedirler. Adli tıp uzmanı hekimlerin nihai kanaatinin oluşmuş bulunması Cumhuriyet Savcının ikna olmadığı hallerde incelemeyi derinleştirmesine engel değildir. Zira Cumhuriyet Savcısı tek başına ölüm nedenini araştırmamakta, aynı zamanda olayın oluşu ve ölenin kimliğiyle ilgili araştırmaları da tamamlamak zorundadır. Cumhuriyet Savcısının organın alınması konusundaki izin verme yetkisi bu bağlamda oluşmaktadır.

Uygulamada adli olay nedeniyle beyin ölümüm gerçekleşmiş kişilerden organ nakledilebilmesi için Cumhuriyet Savcısının işlemin bitirmesi beklenmektedir. Bu hal fiiliyatta, yaşam ünitesine bağlı ve beyin ölümü gerçekleşmiş hastanın Cumhuriyet Savcısı gelene kadar yaşatılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira organ nakli ancak organı alınacak kişinin o an bitkisel hayatta yaşıyor olması hallerinde mümkündür. Bazı hallerde hastanın bu kadar yaşaması mümkün olmamakta, hekimler hastaların yaşam hakkının daha önemli olduğu düşüncesiyle Cumhuriyet Savcısı gelmeden nakil işlemini gerçekleştirmektedirler. Bu da 2238 SY. nun 14/4 madde ve fıkrasına ve CMK. na aykırılık oluşturmaktadır. Malatya Cumhuriyet başsavcılığını açmış olduğu bir davada Danıştay 1. Dairesi, "hekimlerin Cumhuriyet Savcısını beklememelerinin suç oluşturduğuna" hükmetmiş, aynı olayın yargılanması aşamasında Yüksek Sağlık Şurası verdiği mütalaada "hekimlerin bu işlemlerinin tıp etiğine aykırılık oluşturmadığını" tıp etiği açısından işlemi yapan hekimlerin suçsuz olduğunu mütalaa etmiştir.[47]

Bu tür hallerde ceza soruşturmasıyla, tıbbın zorunlulukları arasında bir çatışma oluşmaktadır. Uygulamada çoğu kez bu sorun karşılıklı anlaşmalarla çözülmektedir. Ancak, Cumhuriyet Savcısının organı alınması istenilen bir cesedi sistematik otopsi işlemine tabi tutmak istediği hallerde sorun derinleşmektedir. Organ nakli henüz organların canlılığını ve morfolojilerini kaybetmeden nakledilmelerini gerektirmektedir. Sistematik otopsi işlemi ise her organ üzerinden örnek alınarak tüm yapısının incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu anlarda asıl olan orta yolu bulabilmektir. Bu ise soruşturma sujeleri ile organ naklinde görevli hekimler arasındaki tam bir uyumla mümkündür.

---

47 http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2007/03/06.htm

Olayın niteliğine göre, nakli istenen organ veya dokunun, ölüm nedeni konusunda yapılacak incelemede önem taşıyan bir organ olmaması hallerinde, Cumhuriyet Savcısı ve adli tıp uzmanı hekimin bu işleme onay vermelerinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Nakledilecek organın soruşturma için önemli olduğu hallerde ise, nakli yapacak uzman hekim veya hekimler kurulunun söz konusu organ veya doku hakkında mütalaa vermeleri ve adli tıp uzmanlarıyla birlikte konuyu tıp boyutuyla tüm açılardan ortaya koyarak Cumhuriyet Savcısına yardım etmeleri mümkündür. Zira; adli olaylarda çoğu kez ölüme neden olacak şekilde harap olmuş bir organın zaten başkasına nakli mümkün olmamaktadır.[48] Harabiyeti olmayan ancak üzerindeki delillerle olayı aydınlatabilecek organları ise bu organlara zarar vermeden uzman hekimlerce incelenerek, bu tespitlerin laboratuvar incelemelerle desteklenmesi her zaman olanaklıdır.

Bu sorunların (uygulamada hekimlerle Cumhuriyet Savcıları arasında zaten var olan centilmenlik anlaşmalarının kaleme alınması şeklinde) yönetmelik veya yasalarda açık ve bağlayıcı hükümlerle konunun düzenlenmesiyle çözümü mümkündür.

1979 yılından bu yana o zamanki hukuki yapının oldukça ilerisindeki-hukuki düzenlemeyle süregelen normatif yapının günün şartlarına uygun yeni bir düzenlemeye kavuşturulmasında zorunluluk vardır. İlerleyen teknoloji ve sağlık sistemindeki yeni yapı değişiklikleri bunu zorunlu kılmaktadır. Sahadaki konunun uzmanlarının katılım, yönlendirme ve katkılarıyla, ortak anlaşmayla, çağa, teknolojiye, akla ve bilime uygun kanun ve ayrıntılı bir yönetmelikle, asıl amaçları insan hayatı kurtarmak olan hekimlerin, sürekli ceza ve yargılanma tehditlerine maruz kalmaları da engellenecektir.

---

48 Hekimlerce; " *Cumhuriyet Savcısının patoloji olan ve ölüme neden olan organı tespite çalışıldığı, patolojik bozukluk olan organın zaten nakledilmeyeceği, gerekirse Cumhuriyet Savcısının organ alma ameliyatına katılarak alınacak organları izleyip inceleyebileceği, bu işlem sonrasında da otopsi işlemine devam edebileceği, temelde organ alma işlemiyle otopsi işleminin çakışan noktalarının olmadığı"* iddia edilmektedir. http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2007/03/06.htm

Türk Ceza Kanununun 220/4. Maddesinin, Bileşik Suçu Düzenleyen 42. Madde Karşısında Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme

Gülşah KURT YÜCEKUL[*]

Giriş

Ceza hukukunda kural; kaç fiil[1] varsa o kadar suç işlenmiş sayılması ve suçların her birinin ayrı ve bağımsız cezaları gerektirmesi ise de, suçların içtimaının kabul edildiği haller bu kuralın istisnasını teşkil eder[2]. Bu hallerden biri TCK'nın 42. maddesinde yer alan bileşik suça ilişkin düzenlemedir. Söz konusu maddede, "bileşik suç" başlığı altında, bu kavram; "*biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç*" biçiminde tanımlanmıştır. Ayrıca, Kanunumuzda bazı suçlar bakımından cezaların içtimaı hükümlerinin uygulanacağına dair özel düzenlemeler

---

[*] Ar. Gör. Dr., Galatasaray Üniversitesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

[1] Öğretide, "fiil" kavramının çeşitli yazarlarca farklı şekillerde ele alınabilmesi nedeniyle, burada belirtilen "fiil" ile; hareket, netice ve nedensellik bağından oluşan maddi unsurun kastedildiğini özellikle vurgulamak isteriz (Aynı yönde görüş için bkz. KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 130, İstanbul, 1955, s. 9 vd.; EREM, EREM, Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Ankara, 1973, s. 264; DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, Onüçüncü Bası, Beta, İstanbul, 1997, s. 368 vd; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2006, s. 207; CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s. 480. Aksi görüş için bkz. ARTUK, Mehmet Emin – GÖKÇEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 389; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2005, s. 202 vd.; KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2009, s. 122).

[2] Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 3 Ağustos 2004 tarihli ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Rapor; TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 664, sh. 224 vd.'den aktaran: ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2005, s. 49.

bulunmaktadır. Bunlardan biri, "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçunun öngörüldüğü 220. maddenin 4. fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre; "*örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur*". TCK'da bir takım suçlara ilişkin düzenlemelerde, bu suçların bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmaları, birer ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüş iken[3], cezaların içtimaına yönelik 220. maddedeki bu açık düzenleme karşısında nasıl bir uygulama yapılacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmede, konuyla ilgili Yargıtay kararları önemli bir hareket noktası teşkil etmektedir.

1. "Bileşik suç" kavramı ve sonuçları

Tanımından da anlaşılacağı üzere, bileşik suç iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk halde, biri diğerinin unsurunu teşkil eden iki suç bulunur, ancak bu iki suçun niteliği değişir ve yasada bu iki suçun oluşturduğu bütün, başka bir suçu ifade eder[4]. Bu duruma tipik örnek olarak yağma suçu belirtilebilir (TCK md. 148). Yağma suçunda, hırsızlık ile cebir veya tehdit suçları başka bir suçu meydana getirecek şekilde birleşerek, bağımsız varlıklarını kaybederler[5].

İkinci halde ise, bir suç diğerinin ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörülmüştür. Bu durumda, ağırlaştırıcı sebebi içeren suçun niteliği değişmez, yalnızca suçun basit şekli yerine daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali söz konusu olur[6]. Bileşik suçun bu ikinci çeşidine örnek olarak; cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu verilebilir (TCK md. 116/4). Burada, cebir veya tehdit kullanılması, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörüldüğü için, bileşik suç kuralı gereğince, bu suçun içinde eriyecek ve faile yalnızca konut dokunulmazlığını ihlal suçunun daha ağır cezayı gerektiren şeklinden dolayı ceza verilecektir.

Bu şekilde ortaya çıkan bileşik suçun en önemli sonucu, kendisini oluşturan suçlara bölünememesidir[7]. Çünkü diğer suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı sebebini teşkil eden norm artık varlığını kaybetmiştir. Bir diğer sonucu ise, bu tür suçlarda cezaların içtimaı (toplanması) hükümlerinin uygulanma-

---

3 Bu suçlar; göçmen kaçakçılığı (md. 79), organ veya doku ticareti (md. 91), nitelikli hırsızlık (md. 142), tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulunması veya el değiştirmesi (md. 174), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (md. 188), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (md. 282), fuhuş (md. 227) ve dilencilik (md. 229) olarak belirtilebilir.

4 DÖNMEZER – ERMAN, s. 406.

5 DEMİRBAŞ, s. 472.

6 DÖNMEZER-ERMAN, s. 407.

7 DEMİRBAŞ, s. 473.

yacağının kabul edilmesidir (TCK md. 42). Böylece, örneğin TCK'nun 109. maddesinde öngörülen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, cebir kullanılarak işlenmesi halinde, yalnızca ilgili maddenin ikinci fıkrasına göre ceza verilecek, ayrıca cebir suçundan dolayı 108. maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Çünkü "cebir" suçu, "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunun nitelikli hali içerisinde varlığını kaybetmiştir. Ortada tek bir suç vardır ve yalnızca bu suçtan dolayı dava açılarak cezalandırma yoluna gidilecektir.

2. TCK Madde 220/4

TCK'nın 220. maddesinde "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma" suçu düzenlenmiş ve birinci fıkrada "*kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranların veya yönetenlerin, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı"* belirtilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında ise "*örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacağı*" kuralı getirilmiştir. Bunun anlamı, 220. maddede düzenlenen suçlardan herhangi birini işleyen kişinin, hem bu madde nedeniyle hem de örgüt faaliyeti olarak işlenen suçlar nedeniyle cezalandırılacağıdır. Örneğin, bir kimsenin, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgütün üyesi olarak, bir bina üzerinde patlayıcı madde kullanması halinde, hem "suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak" suçu nedeniyle 220/2. maddeden hem de, "genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması" nedeniyle 170/1. maddeden dolayı cezalandırılacaktır. Bu örnekte, iki ayrı fiil söz konusudur ve bu fiiller nedeniyle Kanunun iki ayrı normu ihlal edilmektedir. 220. maddenin gerekçesinde, dördüncü fıkraya göre; bir veya ikinci fıkrada tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedilebilmesi için, ayrıca örgütün amacı çerçevesinde bir suçun işlenmesi gerekmediği, ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde ayrıca suç işlenmesi hâlinde, hem bir veya ikinci fıkrada tanımlanan suçtan hem de amacı oluşturan suçtan dolayı gerçek içtima kurallarına göre cezaya hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Esasında, failin, birbirinden bağımsız her bir fiilinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılacağını belirtmekten ibaret olan bu düzenlemeye Kanunda yer verilmesinin gerekliliği tartışılabilir. Bizce, bu yönde bir hüküm bulunmasaydı da aynı sonuca varılması mümkün olabilecektir. Ancak 5237 sayılı TCK'da, buna benzer çok sayıda başka hükümlerin varlığı dikkati çekmektedir. Gerçekten de Ceza Kanunumuzda birçok suça ilişkin düzenlemede, gerçek içtimaya ilişkin hükümlerin uygulanacağının ayrıca belirtildiği görülmektedir. Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda,

ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı ceza verileceğine ilişkin 102/4. madde, cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair 103/5. madde ve yine benzer şekilde, kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağının öngörüldüğü 109/6. madde bu kapsamdaki örneklerden yalnızca birkaçıdır. Bütün bu hallerde de, sayılan suçlardan dolayı ayrıca cezalandırma yoluna gidileceği belirtilmiş olmasaydı da, somut olaylar çerçevesinde aynı sonuçlara varmanın mümkün olacağını düşünmekteyiz. Diğer taraftan, Kanundaki bu düzenlemelerin yararsız olduğu ileri sürülemeyecektir. Bizce, TCK'da gerçek içtima hallerinin, tek tek bazı suçlar bakımından özel olarak belirtilmiş olmasının, en başta, bazı konulara açıklık getirmek ve uygulamada birliği sağlamak amacını taşıdığını kabul etmek mümkündür.

Buraya kadarki açıklamalar ışığında, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen fiil (amaç suç) ile bu suçları işlemek amacıyla örgüt kurma fiilini (araç suç) birbirinden ayırmak için getirilen 220. maddenin 4. fıkrası hükmünün, Kanunda öngörülen bir başka kurala aykırılık taşıyabilecek, örneğin "bileşik suç" bakımından ayrık bir uygulamaya imkan verecek biçimde yorumlanmasını gerektirecek herhangi bir neden bulunmadığı kanaatindeyiz.

3. Bazı suçlar bakımından öngörülen "örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenme" biçimindeki cezayı ağırlaştırıcı nedenin, TCK madde 220/4 karşısında uygulanması sorunu ve TMK madde 5

TCK madde 42'ye göre, bir suçun, diğer bir suçun ağırlaştırıcı nedenini oluşturması hali, Kanunumuzda yer alan birçok suç bakımından söz konusu olabilmektedir. Özellikle yukarıda yer verilen "cebir veya tehdit" kullanmak biçimindeki araç fiiller, birçok suç bakımından cezayı ağırlaştıran nitelikli hal kabul edilmiştir. Bunun dışında, aynı sonucu doğuran bir başka ihtimalin, "suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" olduğu görülmektedir. Ceza Kanununda bir suçun, "örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin" daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörüldüğü suçlar bakımından, ilgili suç ile "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" fiili arasında bileşik suç ilişkisi söz konusu olacaktır. Örneğin göçmen kaçakçılığı (TCK md. 79) veya uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (md. 188) suçlarının, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, bu suçların cezalarının yarı oranında artırılması nedeni olarak öngörülmüştür (md. 79/3 ve md. 188/5). Bunun sonucunda, örneğin 79. maddede, "suç işlemek amacıyla örgüt kurma", göçmen kaçakçılığı suçunun ağırlaştırıcı nedeni

olarak öngörüldüğü için, bileşik suç kuralı gereğince, bu suçun içinde eriyecek ve bağımsızlığını kaybedecektir. Bu halde, tek bir suçtan söz edilecektir ki, bu da göçmen kaçakçılığıdır. Aynı sonuç, 188. maddede öngörülen suç bakımından da ortaya çıkacaktır.

Buna karşılık, bazı Yargıtay kararlarında, 220/4. maddedeki düzenlemenin, bileşik suç kuralına aykırı ve ilgili maddesinde "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" biçimindeki ağırlaştırıcı nedenin öngörüldüğü bütün suçlar bakımından, bu nitelikli halin adeta uygulanamaz hale getirecek şekilde yorumlandığı tespit edilmektedir. Öncelikle Yargıtayımızın önüne gelen davalarda; çoğu zaman, hem 220. madde kapsamında "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" fiili, hem de bu nedenle cezasının ağırlaştırılması öngörülen ilgili suç nedeniyle dava açılmış olduğu görülmektedir. Bu kararlarda, belirtilen özellikleri taşıyan bir örgütün bulunmamasına karşın, "220. maddeden hüküm kurulması ve dolayısıyla örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nedeniyle ilgili suçun cezasının artırılması" bozma nedenleri olarak belirtilirken, iki ayrı suç nedeniyle dava açılmış olması konusunda bir yoruma yer verilmediği dikkati çekmektedir[8].

Nitekim 8. Ceza Dairesinin E. 2008/12560, K. 2009/2405 sayılı daha sonraki bir Kararında, TCK madde 79'un (22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten önceki) 2. fıkrasında yer alan "*suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek cezalar yarı oranında artırılır*" biçimindeki hükmün uygulanması için, sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt suçundan dava açılmamış ve bu davanın, göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin yargılama ile birleştirilerek birlikte değerlendirme yapılmamış olması, bozma nedeni sayılmıştır[9]. Bu kararla, Yargıtayın, 79. maddede, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörülmüş olmasına karşılık, "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçuna ilişkin 220. maddenin 4. fıkrasında yer alan, "*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur*" şeklindeki hüküm nedeniyle, her iki suç bakımından yargılama yaparak gerçek içtima kurallarını uygulama yoluna gitmek biçimindeki çözüm tarzını benimsediği açıkça görülmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak, 79. maddenin 3. fıkrasında böyle bir halin öngörülmesi, "suç işlemek amacıyla örgüt kurma

---

8 Yarg. 10. CD., E. 2008/692, K. 2011/3098 ve T. 3.2.2011 sayılı Kararı (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz. Yarg. 10. CD., E. 2007/24007, K. 2008/2808, T. 21.2.2008 sayılı ve E. 2006/1054, K. 2006/4780, T. 30.3.2006 tarihli kararları (www.kazanci.com).

9 Yarg. 8. CD., E. 2008/12560, K. 2009/2405, T. 22.01.2009. Kararın tam metni için bkz. Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu,Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 17, İstanbul 2011, s. 312 vd.

suçu" ile "göçmen kaçakçılığı" suçu arasında bir bileşik suç ilişkisi doğurduğundan ve TCK'nın 42. maddesinin açık hükmü karşısında bu suçlar arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması mümkün olmadığından, Yargıtayın bu uygulamasını yerinde bulmamaktayız. Nasıl ki, yağma suçunun oluşup oluşmadığını incelenirken, ayrıca cebir veya tehdit suçlarından dolayı da dava açılması ve yağma suçunun da bu davayla birlikte değerlendirilmesi gerektiğinin ileri sürülmesi mümkün değilse, göçmen kaçakçılığı ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları arasında da böyle bir ilişki kurulmasına olanak yoktur. 220/4. maddedeki hükmün, bu şekilde yorumlanması, yalnızca 42. maddeye aykırı olmakla kalmayacak, aynı zamanda çok ağır cezalara hükmedilmesine yol açacaktır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun (TMK) 4. maddesinde, TCK'da yer alan bazı suçlar sayılarak, bu amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde terör suçu sayılacağı öngörülmektedir. TMK'nun 3. maddesine göre terör suçu sayılan TCK'nın 314. maddesinde öngörülen "silahlı örgüt" suçunu düzenleyen hükümde 220. maddeye yapılan atıf nedeniyle (md. 314/3)[10], bu incelemenin konusunu teşkil eden 220. maddenin 4. fıkrasının, TMK bakımından da uygulama yeri bulacağı kabul edilmelidir. Bu noktada, TMK'nun 5/2. maddesinde yer alan bir düzenleme dikkati çekmektedir. Bu hükme göre; "*Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz*". Burada, TCK madde 220/4'ün, "bileşik suç" kuralı ile çelişecek biçimde yorumlanması tehlikesinin önüne geçilmek istenerek, TCK'da yer verilmeyen bir çözüm yolunun, TMK'da öngörülmüş olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, TCK'daki diğer suçlara nazaran çok daha ağır biçimlerde cezalandırma yoluna gittiği terör suçları bakımından böyle bir çözümü benimsemiş olması karşısında, aynı maddenin Ceza Kanunundaki suçlar bakımından daha ağır sonuçlar yaratacak biçimde yorumlanmasına imkan bulunmadığı kanaatindeyiz.

4. Sonuç

TCK'nın 220. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenleme, tek başına, 42. maddede düzenlenen bileşik suç kuralına aykırı bir nitelik taşımamaktadır. Esas itibariyle, burada kanun koyucunun 5237 sayılı TCK'da belirli suçlar yönünden "gerçek içtima" kuralının uygulanmasını ayrıca ve özel olarak düzenlemek suretiyle, uygulamada yeknesaklık sağlamak yönündeki irade-

---

10 Buna göre; "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır*".

sini ortaya koyan bir hüküm söz konusudur. Burada önemli olan, bu iradenin doğru bir şekilde yorumlanmasıdır. Ancak, Yargıtayımızın yukarıda belirtmiş olduğumuz uygulaması, bu amacın ötesinde bir takım sonuçların ortaya çıkmasına neden olacak niteliktedir. Bu tür bir uygulama, öncelikle, TCK'da, genel hükümler arasında düzenlenmiş olan "bileşik suç" kuralının görmezden gelinmesine ve fail bakımından oldukça ağır cezaların ortaya çıkmasına neden olacaktır. İkinci olarak böyle bir çözüm tarzı, kanunda "örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" halinin ağırlaştırıcı neden olarak öngörüldüğü suçlarda, bu artırım nedeninin uygulanması yerine, yine başka bir suçu düzenleyen madde hükmünün (md. 220/4) esas alınması ve kanunun belirli bir hükmünün, belirli bir gerekçe olmaksızın bir başka hükmünün yerine uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

220/4. maddedeki hükmün, ancak ilgili artırım nedenini öngörmeyen suçlar bakımından uygulanması daha yerinde bir çözüm olacaktır. Diğer bir ifadeyle, 220/4. maddenin, yalnızca "bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olma" hali biçiminde bir ağırlaştırıcı nedene yer verilmeyen suçlar bakımından uygulanabileceği kabul edilmelidir. TMK'nun yukarıda yer vermiş olduğumuz 5/3. maddesi de bu çözüm tarzını destekler niteliktedir.

Bu öneri doğrultusunda, cezada artırım nedeni olarak "örgüt faaliyetinin" söz konusun olup olmadığı tespit edilirken de TCK'nın "suç işlemek amacıyla örgüt kurma"yı cezalandıran 220/1. maddesinde de belirtilen koşulların bulunup bulunmadığı araştırılarak karar verilmesi mümkündür. Bu kapsamda, ayrıca Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı 2000 tarihli Birleşmiş Milletler Palermo Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer alan "örgütlü suç grubu" tanımına da başvurulabilecektir[11]. Buna karşılık, örgütün varlığından söz edebilmek için mutlaka TCK'nın 220. maddesinde yazılı suçla ilgili olarak bir yargılamanın yapılmış olmasına ve mahkumiyet kararı verilmesine gerek yoktur. Çünkü burada, "bir örgütün varlığı", başka bir suçun ağırlaştırıcı sebebi olarak ele alınmaktadır[12].

---

[11] Türkiye Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'ne 13 Aralık 2000 tarihinde Taraf olmuştur. Sözleşme, 30.01.2003 tarihli ve 4800 sayılı Kanunla onaylanmış ve 18.03.2003 tarihli ve 25052 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

[12] KURT YÜCEKUL, Gülşah, "Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararlarına İlişkin Değerlendirmeler", Yargıtay Kararları Çerçevesinde …, s. 339.

Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu (TCK M.108)

Pınar MEMİŞ KARTAL[*]

GİRİŞ

Cebir, kelime anlamıyla zorlama, *kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesi*[1], olarak tanımlanabilir. Cebirde mağdurun üzerinde uygulanan zorlayıcı güçle, mağdur bu cebirin kendisinde oluşturduğu "*zecri*" etkiyle belli bir davranışta bulunmaya yönlendirildiği ifade edilmektedir[2].

Türk Hukukunda cebir ilk olarak 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınarak düzenlenmiştir[3]. 765 sayılı eski TCK'nın 188. maddesinde hüküm altına alınmış olan cebir[4], şartlı tehdit suçu içerisinde yer almakta[5] ve şartlı tehdidin seçim-

---

[*] Dr., Galatasaray Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

1 GÖKÇEN, Ahmet; Hürriyete Karşı Suçlar (5237 Sayılı TCK. M. 106-122), sh. 8; bkz., http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc. İnternet sitesine giriş tarihi: 25.09.2011, saat: 15:32; ÜZÜLMEZ İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde TEHDİT, ŞANTAJ VE CEBİR KULLANMA SUÇLARI, Turhan Kitabevi, Ankara 2007; ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, sy.5, sh. 110. Cebir kavramı ile ilgili ayrıca bkz. CİHAN Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK.m.188), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, sh. 8; SÖZÜER Adem, Tehdit Suçu, in İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LIV, 1991-1994, sayı 1-4, (125-146)

2 SÖZÜER, age., sh.128.

3 CİHAN, age., sh. 34 vd..

4 765 sayılı eski TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında cebir suçu şu şekilde düzenlenmekteydi: "*Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak bir konuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır*".

5 Cebir suçu, Fransız hukukunda tıpkı 765 sayılı eski TCK'da olduğu gibi şartlı

lik hareketlerinden birini oluşturmaktaydı[6]. Cebir suçu, tehdit gibi hürriyet aleyhine işlenen bir suç olmakla birlikte işleniş biçimi olarak birbirinden farklı suçlar olması sebebiyle kanun koyucu bu suçu, 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 2004 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da ayrıca düzenlemiştir.

I. GENEL OLARAK

Cebir suçu, 5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitabının, Kişilere Karşı Suçlar başlığını taşıyan İkinci Kısmının, Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı Yedinci Bölümünün 108. maddesinde düzenlenmiştir. Cebir suçunun bu bölümde düzenlenmiş olması öncelikle bu suçla korunan hukuki menfaat ile ilgilidir. Cebir suçu yukarıda da belirttiğimiz gibi 765 sayılı eski TCK'dan farklı olarak[7] 5237 sayılı TCK'da ayrı bir hükümle düzenlenmiştir.

TCK 108. maddede düzenleniş biçimiyle cebir suçu *"Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur"* şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Cebir hürriyete karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiş olmakla birlikte işleniş biçimiyle kasten yaralama ile karıştırılan bir fiildir. Bu karışıklığın nedeni her iki fiilde de kişinin vücut bütünlüğüne müdahalenin varlığı ve cebir suçunun işlenmesi halinde uygulanacak müeyyide yönünden kasten yaralama fiilinin cezasına yaptığı atıftır.

Cebir suçunun kasten yaralama, tehdit, zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması gibi başkaca suçlarla benzerlikleri nedeniyle ortaya konmasında fayda bulunmasından dolayı, çalışmamızda TCK'da yer alan cebir suçunu unsurları itibariyle inceleyip, Yargıtay içtihatlarındaki görünümünü ortaya koymaya çalışacağız. Ancak burada belirtmemiz gereken husus, kararlara sınırlı ulaşım nedeniyle, TCK.m.108'de ifade edilen cebir suçuna özgü içtihat niteliğinde bir Yargıtay kararına bu çalışma esnasında rastlanamamıştır.

---

tehdit suçunun seçimlik hareketlerinden birini oluşturmaktadır. Fransız CK.'nun 222-18. maddesinde düzenlenen bu suç için öngörülen ceza 5 seneye kadar hapis ve 75.000€'ya kadar para cezasıdır. Konu için ayrıca bkz., VERON Michel, Droit pénal spécial, Sırey, Paris 2010, sh.66-68.

6 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, sh. 227.

7 CİHAN, age., sh. 30 vd.; GÖKÇEN, agm., sh. 8.

II. CEBİR SUÇUNUN UNSURLARI

Cebir suçu, korunan hukuki menfaat, suçun fail ve mağdurları, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur bakımından kendisiyle benzerlik arz eden bir takım fiillerden ayrılmaktadır.

A. Korunan Hukuki Menfaat

Cebir suçu ile korunan hukuki menfaati, suçun kanun içerisinde düzenlendiği bölüm de dikkate alındığında öncelikle kişinin irade yani karar verme ve hareket özgürlüğü[8] olarak tespit edebilmek mümkündür. Tehdit ve şantaj gibi diğer hürriyete karşı suçlardan farklı olarak cebirde kişinin beden bütünlüğüne yönelik bir saldırı söz konusu olduğundan burada ayrıca kişinin ruh ve beden bütünlüğünün de korunan hukuki menfaatler içinde yer aldığının belirtilmesi yerinde olacaktır. Bu durumda düzenlendiği yerden bağımsız olarak cebir suçunu birden fazla hukuki menfaati koruyan bir suç tipi olarak ortaya koymakta yarar bulunmaktadır.

B. Fail

Cebir suçunda fail yönünden bir özellik bulunmamaktadır. Bu suç özgü suç tiplerinden değildir. Söz konusu suçun faili herkes olabilecektir[9]. Failin kamu görevlisi olduğu durumlarda, olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmak ve suçu tespit etmek gerekecektir. Örneğin zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisinin eyleminin cebir mi yoksa TCK.m.256'da yer alan zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması mı olduğu gerçekleşen olayın şartları göz önünde bulundurularak tespit edilebilecektir. Bir kolluk görevlisinin kanuna aykırı gösteri yapan topluluğu dağıtmak amacıyla kullandığı kuvvetin zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması olduğu kabul edilebilir. Tabii ki burada olayın şartları ve faildeki saik de değerlendirilerek suç tespit edilebilecektir. Aynı örnek üzerinden devam edersek zor kullanmayı gerektirecek bir durumun olmadığı gösteride kolluk kuvvetinin bir kişiye zor kullanması halinde artık sınırın aşılmasının değil bu görevlinin saikine göre ya cebir suçunun ya da kasten müessir fiil suçunun oluştuğunu söyleyebilmek mümkün olacaktır[10].

---

8 TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2010, s. 376; ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR M. Nihat/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2010, sh. 424; YILDIZ Ali Kemal, Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m. 106,107, 108) in, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın no.18, İstanbul 2010, sh.518.

9 CİHAN, age., sh.45.

10 Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1986/4-223, K. 1986/545, T. 1.12.1986 kararında "*Memur, cebir kuvvetinin kullanılmasını gerektirmeyen halde de maddede yazılı*

Gerçek kişi yönünde bir tartışmanın olmadığı cebir suçunda tüzel kişinin bu suçu işleyip işleyemeyeceği tartışılabilir. TCK bu konuya açıklık kazandırıp, 111. maddesinde *cebir suçu sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbiri uygulanacağı* hüküm altına alınmıştır. Bu durumda cebir suçunun faili hem gerçek kişi hem de tüzel kişi olabilecektir. Fransız hukukunda da bu suç bakımından bizde olduğu gibi ayrı bir düzenleme (Fr.CK.m.222-18-2) öngörülmüş ve suçun failinin tüzel kişi olması halinde, iznin iptaline karar verileceği belirtilmiştir[11].

C. Mağdur

Cebir suçunun mağduru gerçek kişi olarak herkes olabilir. Mağdur yönünden de özgü bir durum yoktur. Tüzel kişinin mağdur olup olmayacağı yönünden doktrinde bir görüş korunan hukuki değerin gerçek kişi mağdura yönelik olması sebebiyle tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağını[12]; bir diğer görüş de tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olabileceklerini[13] savunmaktadır. Kanaatimizce, ihlal edilen hukuki menfaat, fiilin işleniş biçimi değerlendirildiğinde cebir suçunun mağdurunun tüzel kişi olabilmesi mümkün değildir. Tüzel kişinin organlarını oluşturan kişilerin cebir suçunun mağduru olabilmesi ise her zaman mümkündür[14].

Mağdurun isnat yeteneğini haiz olmadığı durumlarda mağdur olup olmayacağı tartışılmıştır[15]. Kişinin anlayabilme ve davranabilme yeteneğine sahip olmaması kendisine yönelik kullanılan zor kuvveti hissetmemesi anlamına gelmemektedir. Burada uygulanacak olan objektif kıstastır. Nitekim doktrinde de belirtilen *"hukuki sonuç doğurabilecek iradeye sahip olmak ile kişi özgürlüğünden yararlanmak farklı hususlardır. Kanun irade özgürlüğü-*

---

suçu işleyebilir. Cürmün oluşması için fiilin, cebir kuvvetini kullanmayı gerektirir bir durumda işlenmesi ve mağdura karşı bir görevin ifası gerekmez. Yasanın aradığı fiilin cebir kuvvetinin kullanılmasını gerektiren bir halde işlenmesi değil, cebir kuvvetini kullanmaya yetkili olan tarafından icra edilmesidir". Bu karar 765 sayılı TCK yürürlükte iken zor kullanma yetkisine sahip bir memurun bu yetkisinde sınırın aşılması halini açıkladığı görülmektedir. Bkz., http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1986-4-223.htm&query="cebir"#fm.

11 VERON, age., sh.68.

12 YILDIZ, agm., sh. 518; TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, age., sh. 376;

13 SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 1999, sh.216.

14 YILDIZ, agm., sh. 518. Yazar, tüzel kişinin suçtan zarar gören olabileceğini ifade etmektedir.

15 CİHAN, sh.49-50-51; ÜZÜLMEZ, age., sh. 180-181.

nü objektif olarak korunmakta[16]*"* olduğudur. Cebirde kural olarak kişinin beden bütünlüğüne yönelik bir saldırı bulunmaktadır. Failin mağdura bir şey yaptırmak ya da yaptırmamak veya kendisi bir şey yapmak için cebir uygulaması durumunda cebir suçunun gerçekleşmesi için mağdurun failin yaptırmak istediği şeyi anlaması beklenmemektedir. Cebir suçunun dış alemde yansıması mağdurun hareket edebilme, irade hürriyeti ile ruh ve beden bütünlüğünün ihlal edildiğinin görülmesidir. Failin saiki psikolojik unsur olarak hakimin suçun manevi unsur yönünden gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tespit edeceği bir kavram olup, dış alemde yansımasına gerek yoktur. Failin hareketi ile belirtilen hukuki menfaatler ihlal ediliyorsa bu durumda bir imkansızlık söz konusu değildir. Tehdit suçunda kişinin manevi dünyası, ruh halinde meydana gelen değişiklik aranıyorken cebirde bunlarla birlikte mağdura yönelik bir zor kullanmanın varlığı aranmaktadır[17] ki kanaatimizce cebir gerçekleştiğinde isnat yeteneğine sahip olmayan sağır-dilsiz, çocuk, akıl hastası gibi isnat yeteneği olmayan ya da eksik olanlar bakımından da mağduriyet söz konusu olabilecektir[18].

D. Maddi Unsur

Cebir suçunda maddi unsuru oluşturan hareket TCK'nın 108. maddesinde *"cebir kullanılması"* şeklinde ifade edilmektedir. Cebir kelime anlamı itibariyle zor kullanmadır. Cebir suçunun diğer hürriyete karşı işlenen tehdit suçundan farkı mağdurun düşünme ve hareket hürriyetini manevi olarak ortadan kaldırmasının yanı sıra mağdur üzerinde uygulanan zor kullanma, hatta şiddet hareketleridir. Mağdurun direncini yok etme olarak da ifade edilen[19] cebir her türlü hareketle işlenebilir. Tıpkı vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlardan kasten yaralamada olduğu gibi cebir eylemi de her şekilde olabilecektir. Bunun nedeni de cebir suçunun serbest hareketli bir suç olmasıdır[20]. Nitekim 108. maddenin gerekçesinde de *"Cebir kullanma suçu kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır"* belirlemesinde bulunulup, suçtan ne anlaşılması gerektiği *"Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Latince karşılığı "lex compulsiva" olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesidir. Cebir halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının*

---

16 TOROSLU Nevzat, Ceza Hukukuk Özel Kısım, Savaş, Ankara 2007, sh. 73.

17 ÜZÜLMEZ, age., sh. 172-173-174.

18 Aynı yönde, TOROSLU, age., sh. 73.

19 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray; TCK İzmir Şerhi-Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, c.II, Seçkin, Ankara 2008, sh.709.

20 ÖZBEK/DOĞAN; age., sh. 709. Aksi görüş için bkz., TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, age., sh. 364.

*etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır."*şeklinde ifade edilmiştir.

Doktrinde de cebir suçundan ne anlaşılması gerektiği gerekçe ile uyumlu olarak şu şekilde ifade edilmiştir: *"Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, burada kasten yaralama suçundan farklı olarak, kişiye bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için cebir tatbik edilmektedir[21]".*

Cebir fiilinin mağdura cismen eza vermesi şeklinde dar anlaşılmaması, fiziki temas olmaksızın da bu suçun gerçekleşebileceği ifade edilmekte ve buna mağdurun hipnoz edilmesi, uyuşturucu madde verilmesi örnek olarak verilmektedir[22]. Aksi görüş ise, cebir suçunun sadece fiziki temas ile gerçekleşebileceğini, bunun kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olduğunu aksi takdirde meydana gelen suçun cebir olmadığı da ifade edilmektedir[23].

Yargıtay 4. Ceza Dairesi cebri şu şekilde ifade etmektedir; *""Cebir" fiziki zor kullanmaktır ve bir iradeyi istenilen hareketi yapmaya mecbur etmek amacıyla yapılmaktadır. Zor kullanmak mağdurun kollarından tutmak, kolunu bükmek vs. gibi temasla mümkün olduğu kadar belirli mesafeden bir cismin atılması, savrulması, vurulması suretiyle de gerçekleştirilebilir."[24]*. Yargıtay vücuda temas olmaksızın ifadesinden failin mağdura temas etmemesini ancak yine de fiziksel bütünlüğüne zarar verecek eylemi bir vasıta ile gerçekleştirmesini anlamaktadır.

Kanaatimizce tıpkı kasten yaralamada olduğu gibi cebir suçunun da fiziki temas olmaksızın gerçekleşmesi mümkündür. Cebir suçunda failin mağdura fiziki şiddet uygulamaksızın bunun üzerinde aynı oranda etki yaratabileceği haller yukarıda belirtilen örneklerde olduğu gibi mümkündür. Kasten yaralama suçunda da bir kişinin vücuduna temas etmeksizin onu yaralamak mümkündür[25] ki cebir suçunun da aynı şekilde işlenmesi söz konusudur ve bu iki suçu birbirinden ayıran kıstas da faildeki manevi unsurdur.

---

21 GÖKÇEN, agm., sh.8.

22 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh. 35; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, age., sh. 425.

23 ÜZÜLMEZ, age., sh. 178.

24 Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2009/26, K. 2011/915, T. 2.2.2011, karar için bkz., http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4cd-2009-26.htm&query="cebir"#fm.

25 EREM Faruk, Ceza Hukukunda "Cebir" Kavramı, in Yargıtay Dergisi, cilt:16, Ocak-Nisan 1990, sy.1-2, sh. 95.

E. Hukuka Aykırılık Unsuru

Cebir fiilinin cezalandırılabilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Bir başka ifade ile cebir kullanan kişinin eyleminin hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirildiği durumlarda cebri uygulayan kişinin sorumluluğu doğmayacaktır. Cebrin suç olmaktan çıkması için bu suçun işlenişinde değerlendirilebilecek bir hukuka uygunluk sebebi aranır. Bunlar da yasal savunma, zorunluluk hali, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebepleridir.

Yasal savunma[26] hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabilmesi için TCK.m.25/1 de belirtilen koşulların yani kendisinin ya da bir başkasının hakkına yönelmiş haksız bir saldırıyı derhal defetmek için uygulanmış ve bu saldırı ile orantılı bir cebir olması gerekir[27].

Zorunluluk hali[28] de kanaatimizce cebir suçunu hukuka uygun hale getiren bir sebeptir. TCK m. 25/2[29] de öngörülen zorunluluk halinde kişi bir tehlikeden korunmak için bir başkasına cebir uygulamakta ve kaçınamayacağı bir tehlike olduğu için de bu davranışı hukuka aykırı olmamaktadır. Cebirde zorunluluk haline örnek olarak, bir müsabaka sırasında tribünlerde çıkan yangından kaçmak için yanındaki kişiyi çömeltip, üzerine basarak kaçmak verilebilir.

---

26 DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, Beta, İstanbul 1999, sh. 97-120; ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan, Ankara 2009, sh. 407-423; ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara 2011, sh. 202-210; CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ ÇAKMUT YENERER Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2008, sh.300-310; BAYRAKTAR Köksal, Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Ceza Hukuku Günleri- 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), Beta, İstanbul 1998, sh.67-74; ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin, Ankara 1995; ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2007, sh. 311-322.

27 ÜZÜLMEZ, age., sh. 194; YILDIZ, agm., sh.522.

28 DÖNMEZER/ERMAN II, age., sh.120-142; ÖZTÜRK/ ERDEM, age., sh. 210-214; CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT YENERER; age., sh.311-317; Zorunluluk halini kusurluluğu etkileyen sebep olarak değerlendiren doktrindeki görüşler için bkz., ARTUK/GÖKÇEN/YENDİÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh.520-527; ÖZGENÇ, age., sh.374-378.

29 TCK.m.25/2'ye göre; *"Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşuluyla işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."*

Cebir de kanunun hükmünü icra ya da yerine getirme hukuka uygunluk sebebi olarak aranabilecektir. Cebir kullanan kişinin eylemi, bir görev nedeniyle ya da kanundan doğan bir yetkiden kaynaklanıyorsa, buna hukukun müsaade ettiği ve söz konusu eylemin haksızlık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir[30]. Bu hale örnek olarak yine TCK. m.256'da öngörülen zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması verilmektedir[31]. Gerçekten de cebir eylemine kanunen izin verildiği kamu gücünün kullanıldığı hallerde söz konusu fiil suç teşkil etmeyecek, ancak bu cebir eyleminde sınır aşıldığı takdirde fiil suç, fakat yukarıda belirtildiği gibi TCK.m.256'da ki eylemi oluşturacaktır.

F. Manevi Unsur

Cebir suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Doktrinde bir görüş cebir suçunun özel kastla işlenebileceğini[32]; bir diğer görüş de bu suçun genel kastla işlenebilen bir suç olduğunu belirtmektedir[33].

Suçun genel kastla işlenebilen bir suç olduğunu belirten görüşe göre; *suçun maddi unsurunun görünüş biçimlerinden olan yapma, yapmama veya yapılmasına müsaade etme özel kast olarak yorumlanamayacağı*[34]", bunların suçun hareketleri olduğudur.

Kanaatimizce cebir suçu özel kastla işlenebilen bir suçtur. Failin mağdurdan bir şeyi yapması, yapmaması ya da failin yapmasına müsaade etmesi için uyguladığı cebirde belirtilen bu eylemler failin amacını, faildeki saiki ifade etmektedir. Cebir fiilinin maddi unsurunu oluşturan hareketlerde bir kısıtlama yoktur. Fiil serbest hareketli bir suçtur. Fail mağdurdan bir şeyi yapması ya da yapmaması veya kendisinin yapmasına müsaade etmesi için her türlü cebir içeren hareketi uygulayabilir. Nitekim cebir suçunu kasten yaralamadan ayıran kıstas da kanaatimizce manevi unsurdaki fark yani cebir suçunun özel kastla, kasten yaralama suçunun da genel kastla işlenmesidir[35].

Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin yukarıda belirttiğimiz kararında cebir suçunun manevi unsurunu şu şekilde açıkladığı görülmektedir; *"TCY.nın 108.*

---

30 ÜZÜLMEZ, age., sh. 193.

31 Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1986/4-223, K. 1986/545, T. 1.12.1986 kararı için bkz., http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-1986-4-223.htm&query="cebir"#fm

32 YILDIZ, age., sh.523; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, age., sh. 426-427, ÖZBEK/DOĞAN, age., sh.710.

33 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh. 380; ÜZÜLMEZ, age., sh.181-182; TOROSLU, age., sh.74-75.

34 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh. 380; TOROSLU, age., sh.75.

35 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, age., sh. 426-427.

maddesinde öngörülen "cebir kullanma suçu" bir kimseye karşı bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade edilmesi için cebir kullanılması ile oluşur ve kasten yaralama suçundan verilecek ceza artırılarak hükümolunur. Cebir kullanma eylemi kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla işlenmiş ise, cebir kullanma suçunu değil, TCY.nın 265. maddesinde düzenlenen "görevi yaptırmamak için direnme suçunu", bir kimseyi siyasi düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlamak ya da açıklamaktan men etmek için işlendiği taktirde ise, TCY.nın 115. maddesinde belirtilen "düşünce ve kanaat özgürlüğünün kullanılmasını engelleme suçunu" oluşturmaktadır."[36]. Yargıtay 4. Ceza Dairesi failin uyguladığı zor kullanma fiilinin hangi suçu oluşturduğuna yine faildeki saike bakılarak karar verilmesi gerektiğini bu kararında vurgulamıştır.

Cebir suçunun alacağın tahsili amacıyla işlenmesi halinde kanun koyucu TCK.m.150 düzenlemesi ile konuyu açıklamıştır. Failin borcun tahsilatını yapmak amacıyla mağdura cebir uyguladığı hallerde failin saiki mağdurdan bir şey yapmasıdır ama burada yapılması istenen borcun ödenmesidir. Mal varlığına karşı düzenlenen suçlar bölümünde daha az cezayı gerektiren haller başlıklı TCK.m.150'ye göre *"Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır"*. Kanun koyucu haklı bir sebep nedeniyle cebir kullanan faile adeta hafifletici sebep öngörmüş ve cebir suçu bakımından öngörülen cezadan daha az bir ceza almasını sağlamıştır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da senet borcunun tahsili amacıyla tehdit ve cebir uygulayan fail hakkında TCK.m.150'yi göz önünde bulundurarak ayrıca cebirden mahkumiyet vermemiştir[37].

Cebir suçunda failin mağdura yapmasını, yapmamasını ya da kendisinin yapması için uyguladığı cebrin amacındaki konunun imkansız olması halinde suçun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusu tartışılmış ve imkansızlık halinde cebir suçunun gerçekleşmeyeceği ifade edilmiştir[38]. Failin saikinin konusunu oluşturan imkansızlık cebir suçunun gerçekleşmesini engelleyecek, fail kasten yaralamadan sorumlu tutulabilecektir[39].

---

36 Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2009/26, K. 2011/915, T. 2.2.2011, karar için bkz., http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4cd-2009-26.htm&query="cebir"#fm.

37 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/6-158, K. 2009/263, T. 3.11.2009, karar için bkz., http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2009-6-158.htm&query="cebir"#fm.

38 CİHAN, age., sh. 104.

39 ÜZÜLMEZ, age., sh. 186.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Cebir suçunun tamamlanamadığı durumlarda teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği; cebrin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirildiği hallerde iştirak halinin tespiti ve cebirle birlikte başka suçların işlendiği hallerde suçların içtima durumunun tespiti bu bölümün konusunu oluşturmaktadır. Sırasıyla cebir suçunda teşebbüs, iştirak ve içtima hallerini incelemeye çalışacağız.

A. Teşebbüs

Cebir suçu failin mağdura zor kullanması ile tamamlanır. Failin mağdura istediğini yaptırması ya da yaptırmaması veya kendisinin yapması için mağdurun müsaade etmesinin gerçekleşmesi aranmaz. Çünkü bunlar saik dediğimiz failin zor kullanmaktaki amaçlarıdır. Cebir suçunun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilmesi için failin kastettiği suçu elinde olmayan nedenlerden ötürü icra hareketlerini tamamlayamaması gerekir[40] (TCK.m.35/1). Burada failin hareketlerinin de elverişli olması aranır. Elverişlilik zor kullanma araçlarında olabileceği gibi, hareketlerde de olabilir. Elverişliliğin ölçütü, failin hareketinin objektif olarak mağdurun iradesini ortadan kaldıracak nitelikte ve ölçüde olup olmadığıdır[41]. Örneğin oyuncak tabanca olduğu belli olan bir araç ile cebir suçunun işlenmesi söz konusu olmayacaktır.

Fail cebir suçunda icra hareketlerine başlayıp vazgeçerse ya da icra hareketlerini tamamlayıp neticenin gerçekleşmesini önlerse gönüllü vazgeçme söz konusu olabilecek ve genel hükümler uygulanacaktır (TCK.m.36). Cebir suçunun iştirak halinde işlenip de faillerden birinin gönüllü vazgeçmesi halinde TCK'nın iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41. madde hükmü uygulanacak ve şeriklerden kim vazgeçtiyse gönüllü vazgeçme onun yönünden değerlendirilecektir.

B. İştirak

Cebir suçu iştirak yönünden bir özellik arz etmemektedir. Cebir tek kişi tarafından işlenebilen bir suç olup, birden fazla kişi tarafından işlendiği takdirde TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır (TCK. m.37-41).

Cebir sonucu kendisine suç işlettirilen mağdur, işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu tutulamayacaktır[42]. Çünkü mağdurun iradesi zorlanmış yani

---

40 YILDIZ, agm., sh. 523; ÜZÜLMEZ, age., sh. 196.

41 ÜZÜLMEZ, age., sh. 178.

42 GÜLŞEN Recep, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Seçkin, Ankara 2007, sh. 132-133; YILDIZ, agm. sh. 524.

hukukun değer verdiği bir irade kimliğini kaybetmiştir[43]. Burada cebir mağdur açısından mücbir sebep olup, ceza sorumluluğunu kaldıran bir haldir. Mağdura bir suç işletmek maksadıyla cebir uygulayan fail cebir suçunun yanı sıra mağdura işletmiş olduğu suç bakımından TCK'nın birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebepler olarak belirtilen cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit başlığını taşıyan TCK. m.28 çerçevesinde sorumlu tutulacaktır[44].

C. İçtima

Cebir suçu TCK'da ayrıca düzenlenmiş bir suç tipi olup, beraberinde başka suçların işlenmesi halinde kural olarak gerçek içtima uygulanacaktır. Ancak cebir suçunun Kanun düzenlemeleri içinde bir başka suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlendiği haller de bulunmaktadır. Yağma (TCK.m.148), insan ticareti (TCK.m.80), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK.m.116/4), çocukların cinsel istismarı (TCK.m. 103/1-b) gibi suçlarda cebir bağımsız olarak cezalandırılmaz. Çünkü cebrin suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı sebep olarak öngörüldüğü bu durumlarda artık bileşik suç vardır ve TCK.m.42 çerçevesinde ele alınarak o suç için öngörülmüş ceza uygulanır.

Yağma suçunun unsuru olarak öngörülen cebir, hırsızlık ile hem zaman olmalıdır. Hırsızlık gerçekleştikten sonra failin mağdura uyguladığı cebir eyleminde, yeni Kanunda dönüşen yağma kavramına yer verilmediğinden artık iki suç söz konusu olacak, faile hırsızlık ve cebirden dolayı ceza verilecektir[45]. Ancak burada failin uyguladığı eylemin kasten yaralama mı yoksa cebir mi olduğu failin kastına göre tayin edilebilir. Bu da zor bir ispat meselesidir. Çünkü failin hırsızlığı gerçekleştirdikten sonra mağdura fiziki saldırıda bulunma sebebi çoğu zaman mağdurun hareketini kısıtlamak için olacak, bu da pek çok yaralama fiilini cebir suçu içine dahil edebilecektir.

Zincirleme suç bakımından da yine genel hükümler dikkate alınacak[46] ve TCK.m.43 düzenlemesi uyarınca cebir suçunu işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun işlenmesi durumunda faile tek bir ceza, fakat arttırılarak verilecektir. Burada tartışılacak husus zincirleme suçu öngören TCK.m.43/3'te ki düzenlemedir. Buna göre; *"Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz"*. Hükümde belirtilen ve kişinin yaşam hakkı ve vücut tamlı-

---

43 SÖZÜER, agm., sh.129.

44 YILDIZ, agm., sh. 524.

45 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/1-238, K. 2010/16, T. 2.2.2010, bkz., http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/cgk-2009-1-238.htm&query="cebir"#fm.

46 ÜZÜLMEZ, age., sh. 198.

ğına yönelik eylemlerde faile arttırılmış da olsa tek bir ceza verilmesinin önüne geçen düzenlemenin cebir suçunu öngörmemesi açıklanması gereken bir husustur. Söz konusu maddede hem kasten yaralama ki bu aynı zamanda cebir suçunun içinde var olduğu kabul edilen bir eylemdir hem de yağma suçu ki bunda da cebir suçun unsuru olarak ele alınmıştır. Ayrıca cebir suçunda yaptırım olarak kasten yaralamanın müeyyidesine atıfta bulunulmakta ve faile bu yaptırım üzerinden artırma yapılarak ceza verilmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu cebir suçunu değişik zamanlarda birden fazla kere aynı mağdura yönelik ve aynı suçu işleme kararının icrası kapsamında işleyen failin alacağı ceza miktarının yeteri kadar caydırıcı olacağına dayanarak bu suçu zincirleme suç kuralının uygulanmayacağı suçlar arasında saymamıştır. Bu gerekçe de suç ve ceza politikası yönünden değerlendirilecek bir husustur. Aksi düşünce kanun koyucunun cebir suçunu TCK.m.43/3'e koymayı unuttuğu olacaktır.

IV. YAPTIRIM VE MUHAKEME

Cebir suçu gerçekleştikten sonra faile verilecek ceza ve muhakeme sürecini açıklayacağımız bu bölümde sistematik olarak önce yaptırımı, daha sonra muhakemeyi incelemeye çalıştık.

A. Yaptırım

Cebir suçunun yaptırımı TCK.m.108'de *"… kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur"* şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda TCK'nın kasten yaralamayı düzenleyen 86. maddesinde yer alan müeyyide dikkate alınacaktır. Burada belirtilmesi gereken husus kasten yaralamanın basit ve nitelikli hallerinin cebir suçu bakımından ne şekilde değerlendirileceğidir. Kanaatimizce cebir suçu kasten yaralamanın özel halidir. Cebir suçunun kasten yaralamadan ayrıldığı yer faildeki kastın özel kast olmasıdır. Bu durumda cebir suçunun gerçekleştiği hallerde kasten yaralamanın nitelikli halleri göz önünde bulundurulacak ve ceza tayini buna göre yapılacaktır[47]. Cebir sonucunda mağdurda kemik kırığı meydana gelmişse TCK.m.87/3 dikkate alınacak burada tayin edilen ceza miktarı üzerinden ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak uygulanacaktır.

Tüzel kişinin fail olması durumunda TCK'nın 111. maddesinde belirtildiği gibi güvenlik tedbiri uygulanacaktır. 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinde tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı, bunlarla ilgili ancak kendilerine özgü güvenlik tedbiri uygulanabileceğini belirtilmektedir. Bu neden-

---

47 ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, age., sh.428; YILDIZ, agm., sh. 525-526.

le TCK'nın Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri başlıklı 60. maddesinde belirtilen iznin iptali müeyyidesi uygulanacaktır.

B. Muhakeme

Cebir suçu resen kovuşturulan bir suçtur. TCK.m.108'de müeyyide olarak kasten yaralamaya atıf yapılmıştır. Kasten yaralamayı düzenleyen TCK.m. 86/2 de belirtilen suçun basit halinin şikayete tabi olması cebir bakımından geçerli değildir[48].

Cebir suçunda yargılamayı yapacak olan makam, madde metninin kasten yaralamaya yapmış olduğu atıftan yola çıkılarak Asliye Ceza Mahkemesidir[49].

V. SONUÇ

Cebir suçu, 5237 sayılı TCK'da düzenleniş biçimiyle 765 sayılı eski TCK'dan farklı değerlendirilebilecek bir suçu tipi haline gelmiştir. Cebir suçu nitelik itibariyle hürriyete karşı suçlar içinde yer alsa da koruduğu hukuki menfaatlerin birden fazla olması ve özellikle kasten yaralamayı bünyesinde barındırdığı için de gerek tehdit, gerekse şantaj suçundan ayrılmaktadır. 765 sayılı eski TCK'nın 188. maddesinde şartlı tehdit suçunun seçimlik hareketlerinden birini teşkil eden cebir suçu özellikle tehdit yönü ağır basmakta ve Yargıtay içtihatlarında da bu ayırım çok fazla dikkate alınmamaktaydı. Halbuki yeni TCK'nın 108. maddesinde gerek suçun maddi unsuru değerlendirildiğinde gerekse müeyyide olarak yollama yaptığı kasten yaralama hükmü dikkate alındığında cebir suçunun değerlendirilmesinde tehdit unsurunu içeren bir fiziki müdahalenin aranması gerekeceği ifade edilebilir.

Bu suç ile korunan hukuki menfaat kişinin düşünme, karar verme, hareket edebilme özgürlükleri ile ruhsal ve bedensel bütünlüğüdür. Bu nedenle birden fazla hukuki menfaati koruyan bir suç tipi olarak değerlendirilmelidir. Cebir suçu özel kastla işlenebilen bir suçtur. Kanaatimizle TCK m.108'de failin mağdura bir şey yapması, yapmaması ya da kendisi yapması için müsaade etmesini sağlama üzere zor kullanması, faildeki amacı göstermekte, belirtilen fiiller suçun hareket unsurunu oluşturmamaktadır. Bu suç serbest hareketli bir suçtur.

Burada üzerinde durulması gereken husus, fiilin birden fazla kere işlenmesi halinde, mağdur aynı ve aynı suç işleme kararının icrası kapsamında

---

48 ÜZÜLMEZ, age., sh.200; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, age., sh.428; ÖZBEK/DOĞAN, age., sh. 712

49 ÖZBEK/DOĞAN, age., sh. 712.

olduğu takdirde TCK.m.43'de belirtilen zincirleme suçun uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kanaatimizce suç zincirleme suça uygun bir eylemdir. Suçta ve cezada kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleri gereği kanunun öngörmediği bir hal, benzerlik var diye mevcut duruma uygulanamayacağı için, TCK.m.43/3'de belirtilen istisnai durum yani kasten adam yaralamaya zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağı hal, cebir bakımından geçerli olmayacaktır.

Fransız Hukukunda "Regülasyon" Hakkında

*Çağla TANSUĞ**

Fransız hukuk literatürü[1], "regülasyon" ("*régulation*") söz konusu olduğunda, bir "valiz-sözcük"[2], "maymuncuk", "omnibüs"[3], "çok anlamlı"[4], "kaçınılmaz"[5] kavramlardan biri ya da "esnek, kötü tanımlanmış ve biçimsiz bir fenomenle"[6] karşı karşıya olunduğuna işaret eder. Biyoloji, mekanik, mühendislik, ekonomi, sosyoloji, siyaset bilmi, tıp ve sibernetik kadar çeşitli alanda yapılan tanımlarına bakıldığında, "regülasyon"un farklı veçheleri ve hukuk terminolojisinde yer alıncaya kadar geçtiği yolun uzunluğu açıkça görülebilir.[7]

---

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Bu metin, yazarı tarafından Paris 1 Panthéon-Sorbonne Üniversitesi'nde doktora tezi olarak kaleme alınıp 22 Haziran 2009'da savunulan ve aynı yıl L'Harmattan Yayınevinin "*Logiques juridiques*" koleksiyonundan "*La régulation des services publics de réseau en France et en Turquie – électricité et communications électroniques*" başlığıyla yayınlanan kitabın "*Introduction*" ("Giriş") bölümünden ilgili kısmın Türkçe tercümesi esas alınarak hazırlanmıştır.

2 LOMBARD M., « Introduction», *in* LOMBARD M. (dir.), Régulation économique et démocratie, Paris, 2006, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, s.11.

3 CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », *in* MIAILLE M. (dir.), La régulation entre droit et politique, Actes du Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'Etat, 1-2 Ekim 1992, Université de Montpellier I, Paris, 2005, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, s.71.

4 NICINSKI S., Droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2005, Coll. Systèmes. Droit, s.37 ; DU MARAIS B., Droit public de la régulation économique, Paris, 2004, Presses de Sciences Po et Dalloz, s.483.

5 MODERNE F., « Les usages de la notion de 'régulation' dans le droit positif et la doctrine juridique des États de l'Union européenne », *in* MARCOU G. et MODERNE F. (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Paris, 2005, L'Harmattan, 1. Cilt – Comparaisons et commentaires, s.71.

6 DUMEZ H. – JEUNEMAITRE A., « Quels modèles de régulation pour les services publics ? », *in* CHEVALIER J.-M. – EKELAND I. – FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), L'idée de service public est-elle encore soutenable ? , PUF, Paris, 1999, s.64.

7 CALANDRI L., Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, Paris, 2008, LGDJ Lextenso éditions, Coll. Bibliothèque de droit public, Cilt 259, s.7 ; CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », *op.cit.*,

Sosyal bilimlerde "regülasyon"un, ortak ve geniş bir kavram deposu gibi olduğu söylenebilir. Organizasyon teorisinin anahtar kavramlarından biri olan "regülasyon", sosyoloji, siyaset bilimi, ekonomi ve hukuk alanında da önemli bir yere sahiptir.[8] Bu alanda genel hatlarıyla, karmaşık bir sosyo-ekonomik sistemin iyi işleyişini sağlama amacı güden faaliyet olarak tanımlanabilir.[9] Ekonomik açıdan regülasyon, en genel hatlarıyla, devletin ekonomiye müdahale biçimlerinin tamamını ifade eder.[10] Ancak "regülasyon"un temel özellikleri birbirini tamamlayan üç adım halinde özetlenebilir: 1. Dış karışıklıklara karşın 2. Bir dizi ayarlama sayesinde 3. Bir ortamı dengede tutmak.[11]

Fransız hukuk literatüründe "regülasyon" sözcüğüne yüklenen anlamın, kullanılan dilin Fransızca veya İngilizce olmasına bağlı olarak da farklılaştığına dikkat çekilmektedir. İngilizce "*regulation*", Fransızca'da "*réglementation*" yani "düzenleme"[12] sözcüğüne denk gelmekte olup Fransa'daki regülasyon kurumlarının yürüttüğü faaliyetin "düzenleme" ile sınırlı olmadığı da açıktır.[13] Nitekim "regülasyon", Fransız hukukunda farklı açılardan incelenmiştir. Hukuk teorisinde "regülasyon" düşünüldüğünde, "kanunun *monologique* ve *statocentrique* yaklaşıma dayanan eski şemalarından"[14] vazgeçme noktasına varılır. Regülasyon, hukukun yeni bir hazırlanma şeklini ifade eder[15], normativitenin biçimlerinden biri olarak ortaya çıkar[16]. Regülasyon, çağdaş

---

ss.74-75 ; DU MARAIS B., Droit public de la régulation économique, *op.cit.*, s.483 ; MARCOU G., « La notion juridique de régulation », AJDA, 2006, s.347.

8 *ibid.*, ss.78-80.

9 NICOLAS M. – RODRIGUES S. (dir.), Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe, Paris, 1998, ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E., s.221.

10 CURIEN N., Economie des réseaux, Paris, 2005, La Découverte, Coll. Repères Economie, s.76 ; LEHMANN E., « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue d'économiste », *in* LOMBARD M. (dir.), Régulation économique et démocratie, Paris, 2006, Dalloz, Coll. Idées & commentaire, s.51.

11 CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », *op.cit.*, s.74.

12 CACHARD O., La régulation internationale du marché électronique, Paris, 2002, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 365, §37, p.26 ; FARJAT G., Pour un droit économique, Paris, 2004, PUF, Coll. Les voies du droit, s.109 ; GAUDEMET Y., « Introduction », RFAP, 2004/1, n°109, s.13 ; GUILLIEN R. – VINCENT J., Lexique des termes juridiques, 15. Baskı, Paris, 2005, Dalloz, s.534.

13 NICOLAS M. – RODRIGUES S. (dir.), Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe, *op.cit.*, p.222.

14 Ayrıca « hukukçular için, regülasyon kavramının devletin geleneksel müdahale şekillerindeki aksaklığı vurgulamak ve yeni düzenleyici çerçeveyi tanımlamak için kullanıldığı » da ileri sürülmektedir (NICOLAS M. – RODRIGUES S. (dir.), Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe, *op.cit.*, s.221).

15 FARJAT G., Pour un droit économique, *op.cit.,* s.110.

16 Bu yaklaşım uyarınca regülasyon, günümüz toplumlarının ihtiyaçlarına daha uygun ve daha etkili yeni bir hukuk biçimidir. Çünkü modern devletin soyut ve

toplumların sosyal normativite sorununa, bu toplumların normatif işleyişlerini bozan krizlerin doğurduğu sorunlar karşısında önerebilecekleri çözümdür.

Fransız hukuk literatüründe regülasyonun yeni bir hukuki kavram olup olmadığını tespit etmeye yönelik çalışmalar da bulunmaktadır. Müelliflerin çoğunun sıradışı bir anlam yüklemeyerek regülasyonu, "özel rekabet kolluğu"[17] veya rekabete açılmanın sağlanmasını amaçlayan ekonomik kolluk olarak kabul ettikleri görülmektedir.[18] Bununla birlikte, regülasyon alanının "kolluk faaliyetine de ilişkin olmasına karşın", diğer kolluk faaliyetlerindekilerden farklı ve özellikli sorular ortaya koyduğuna işaret edenler de bulunmaktadır.[19] Hukukla ekonomi arasındaki yeni bir ilişkiyi ifade eden ve rekabet ortamında kendi kendilerine dengelerini sağlayamayan sektörlerin regülasyonunda kullanılan kuralların bütününü bir araya getiren "yeni bir hukuk dalı"[20] ile karşı karşıya olunduğu da ileri sürülmektedir.

Hukukun ve ekonominin buluştuğu, şebeke kamu hizmetleri konusunda sözü edildiğinde ise, aynı kavramın, 1990'lı yılların sonundan başlayarak "yapan devletten, kefil olan devlete geçiş"i ifade etmek için kullanıldığı görülür.[21] Devletin piyasalara tüm müdahalelerini sorgulayan ekonomik yaklaşım için bu faaliyetin belli bir meşruiyeti mevcuttur. Çünkü devletin bu alandaki müdahalesi söz konusu piyasalarda, şebekelerin doğal tekel[22] ve

---

genel hukuku, « düzenleme-hukuk», postmodern toplumların işleyişindeki gerekliliklere cevap verememektedir ; bu toplumlar bu denli genel ve soyut şekilde yönetilebilmek için fazla karmaşıktırlar. Bu durumda bir başka hukuk ortaya çıkar : Somut, bireyselleşmiş, durumsallaşmış ve « regülasyon » olarak anılan bir hukuk. Bu açıdan regülasyon, sosyal gruba dışardan kabul ettirilen klasik kanun (« kanun-düzenleme ») ve aynı grubun içinden gelen yorumlar arasında bir noktada bulunmaktadır. Regülasyon, grubun kendi kendine, kendi üzerindeki bir faaliyeti olduğuna göre, sorumluluğun genelleşmesi yani yaptırımın işbirliği mekanizmalarıyla yer değiştirmesi ve görece eşitlikten mutlak eşitliğe geçiş yoluyla emredicilik kavramının tükenmesi sonucunu doğurmaktadır (TIMSIT G., « Les deux corps du droit », RFAP, Nisan-Haziran 1996, n°78, s.377 et ss.383-388).

17 DELVOLVE P., Droit public de l'économie, Paris, 1998, Dalloz, s.561.

18 GAUDEMET Y., Droit administratif, 18. Baskı, Paris, 2005, LGDJ, Coll. Manuels, s.355.

19 LINOTTE D. – ROMI R., Droit du service public, Paris, 2007, Litec, Coll. Objectif droit. Cours, §883, s.186.

20 FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », Dalloz, 2001, chron. s. 610.

21 RAPP L., « Les nouvelles régulations économiques », AJDA, 2001, s.561.

22 Geleneksel şebeke endüstrileri « ilgili altyapılardaki kıt kaynak özelliği ile karşı karşıyadırlar » ve bu durum, rekabeti de kısıtlayarak, onları « doğal tekel » haline getirmektedir (CALMETTE J.-F., La rareté en droit public, Paris, 2004, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, s.280). Optimal ekonomik dengenin kural olarak tam ve kusursuz rekabet ortamında gerçekleşeceği düşünüldüğünden,

kamu malı nitelikleri ile sahip oldukları muhtelif dışsallıklardan doğan aksaklıkların etkilerini[23] gidermek içindir.[24] Konu bu açıdan ele alındığında, devletin müdahalesi, "ekonomik" meşruiyetin ötesinde, "politik" bir meşruiyeti de haizdir. Anılan politik meşruiyet kamu yararına ilişkin meselelerin gözetilmesinden kaynaklanır; bunlar, bir yandan dağıtımda verimliliğin (kişiler ve bölgeler için) sağlanması amacıyla, diğer yandan da, bir sektörün desteklenmesi için stratejik yönelimlerin tanımlanmasında kurumların rolünü belirleyen "endüstri politikalarının"[25] uygulanması ile bağlantılıdır.[26] Bu durumda da "faaliyet özgürlüğünün gerekliliklerini, ortak oyunun temel kurallarının olumlaması ile bağdaştırabilecek bir dış regülasyonun" uygulanması tercih edilir; çünkü piyasa ekonomisinin "profesyonelleri" tarafından kusursuz bir otoregülasyon uygulanacağına genellikle ihtimal verilmemektedir.[27]

Fransız idare hukukunda şebeke kamu hizmetlerinin regülasyonu incelenirken, "regülasyon"un hem yapılan faaliyeti, hem de faaliyeti gerçekleştiren (ilgili bakanlıklarla birlikte) kurumları ayırt etmek için kullanıldığı görülür.

Faaliyet açısından ele alındığında, şebeke kamu hizmetlerinin regülasyonu, "bir aşamaya kadar devletin kontrolü altında tutulan faaliyet alanlarına rekabetin girişi ve rekabetin kontrolünde ekonomik olmayan hususların

---

regülasyon da bunu oluşturmayı veya korumayı hedefler (DU MARAIS B., Droit public de la régulation économique, *op.cit.*, s.483). Bu yaklaşım çerçevesinde regülasyon « kendi kendine optimal ekonomik dengeyi sağlayamayan bir piyasada bu dengenin sağlanması ve korunmasını sağlayan teknikler bütünü » olarak tanımlanabilir (FRISON-ROCHE M.-A., « La victoire du citoyen-client », Sociétal, 2000, n°30, s.49 ; aynı yönde *bkz.* CHEVALLIER J., L'Etat post-moderne, 3. Baskı, Paris, 2008, LGDJ, Coll. Droit et société, Vol.35, s.62).

23 DESCOINGS R., « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », dans Les régulations économiques légitimité et efficacité, Paris, 2004, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. Droit et économie de la régulation, Vol.1, ss.4-5.

24 CROCQ I., Régulation et réglementation dans les télécommunications, Paris, 2004, Economica, s.5 ; DUMEZ H. – JEUNEMAITRE A., « Quels modèles de régulation pour les services publics ? », *op.cit.*, s.64 ; MONTEL-DUMONT O., « Editorial », *in* Les services publics, Cahiers français, n°339, Temmuz-Ağustos 2007, La Documentation française, s.2.

25 COHEN E – LORENZI J.-H., Rapport au Conseil d'Analyse économique : Des politiques industrielles aux politiques de compétitivité en Europe dans Politiques industrielles pour l'Europe, n°26, Paris, 2000, La Documentation française, s.14.

26 FLACHER D. – JENNEQUIN H., Réguler le secteur des télécommunications ? Enjeux et perspectives, Paris 2007, Economica, s.21, s.35 ve s.48.

27 PRADA M., « Les nouveaux acteurs de la régulation : Démembrement ou renouvellement de l'Etat ? », LPA, 8 novembre 2000, n°223, s.15.

göz önünde bulundurulması zorunluluğundan kaynaklanan" bir kamu kudreti faaliyetine denk gelir.[28] Bu anlamıyla regülasyon, "rekabetçi bir piyasa çerçevesinde, ekonomik olan ve olmayan hedef ve değerler arasında, bunlar çatışık olabilseler de, bir uzlaşma kurmaya yöneliktir" ve "bu uzlaşmayı, piyasadaki operatörlere hukuki araçlar yoluyla kabul ettirir".[29] Böylece, regülasyon faaliyeti, önceleri devlet tarafından düzenlenen tekel rejimlerine tâbi sektörleri rekabetçi piyasalara dönüştürme hedefini, bir takım ortak yararların karşılanması hedefiyle bağdaştırır.[30]

Kurumsal veçhesinde gelindiğinde "regülasyon", özellikle de rekabete açılmakta olan kamu hizmeti piyasalarında, siyasi güçler (kural olarak, ilgili bakanlıklar) ile bu konu için özel olarak kurulmuş idari otoriteler arasında paylaşılmıştır. Bahsedilen piyasalarda yetkili regülasyon kurumlarının hukuki statüleri düzenlenirken, Fransız idari organizasyonunda var olan yapıların kullanıldığı görülür.

Şebeke kamu hizmetlerinin regülasyonu faaliyetini gerçekleştirecek birimin ("regülatör"ün) sahip olduğu yetkiler, kullandığı araçlar ve işleyiş şeklinden hareketle, "bazı küçük farklarla da olsa, bugün kullanılan şemalara denk gelen beş regülasyon modelinin" ortaya konması mümkündür.[31] Fransa bu beş model[32] arasında en çok "bağımsız sektörel regülasyon"dan esinlenmiş olup, aynı model Thatcher hükümetleri tarafından yürütülen özelleştirme politikası döneminde İngiltere'de de tercih edilmiştir. « Sektörel regülasyon », kural olarak, faaliyetlerin karmaşık olduğu bir sektörün düzgün ve dengeli işleyişini, bu amaca özel yetkilerle donatılmış belli bir organ vasıtasıyla sağlamayı amaçlar.[33] Bu durumda regülasyon, dürüst ve güvenli işleyişini teşvik etmek amacıyla bir piyasa ile kurallar, kanunlar, normlar aracılığıyla « etkileşen» bir kamu faaliyeti biçimidir.[34] Bu nedenle de regülas-

---

28 Avrupa ülkeleri üzerinde yapılan çalışmalar uyarınca, bahsedilen "ekonomik olmayan değerler"den dördü şöyledir: tüketicilerin korunması, temel haklara saygı, geniş anlamda kamu hizmeti ve sürdürülebilir kalkınmaya bağlanabilecek kamu yararı hedefleri (MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *op.cit.*, s.349).

29 *İbid*.

30 *İbid*.

31 BRACONNIER S., Droit des services publics, 2. Baskı, Paris, 2007, PUF, Coll. Themis.Droit public, ss.569-570.

32 Diğer dört model şöyledir: *Sunshine* regülasyon, otodisiplin yoluyla regülasyon, *light-handed* regülasyon, Amerikan regülasyon modeli (DUMEZ H. – JEUNEMAITRE A., « Quels modèles de régulation pour les services publics », *op.cit.*, s.69 vd.).

33 CABRILLAC R. (dir.), Dictionnaire du vocabulaire juridique, 2. Baskı, Paris, 2004, Editions du Juris-Classeur, s.332.

34 GALLOT J., « Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition », Concurrence et consommation, janvier- février 2001, n°119, s.5.

yon söz konusu olduğunda, kamu hukuku kurallarının yok olması düşünülemez.[35] Regülasyon otoriteleri hizmet kalitesinin tatmin edidici bir düzeyde olmasını da sağlayarak, özelleştirilen hizmetler alanına rekabetin girişinden sorumludur. Bu birimler çok geniş yetkilere sahiptirler : şirketler tarafından verilmesi zorunlu olan hizmetleri belirler, piyasada faaliyet göstermek için gerekli izinleri verir, yaptırım uygulanmasını kararlaştırırlar.[36] Bu model regülatörün karşılaştığı sorunların teknik boyutuna en iyi şekilde uyum sağlamasına izin verir ve en önemli avantajı da budur. Ne var ki aynı model, regüle edilen sektörler kadar çeşitli olan regülasyon organlarının gerçekleştirdikleri farklı faaliyetlerin uyumunun hassas, hatta zor bir hal almasına da neden olmaktadır.[37]

Fransız hukukundaki yerinden bahsedilen «regülasyon»un, şebeke kamu hizmetleri alanında kullanıldığı anlamıyla Türk hukuk literatüründe de yer bulduğu söylenebilir.[38] Türkiye'de kanunlarla yapılmış bir tanımı bulunmayan regülasyon, ilgili piyasalarda faaliyet gösteren « düzenleyici ve denetleyici kurumlar » ile bakanlıkların bu piyasalara ilişkin görev ve yetkilerinde somutlaşmakta, hukuk alanında da sayıları özellikle son yıllarda dikkat çekici şekilde artan çalışmalara konu olmaktadır.

---

35 CALMETTE J.-F., La rareté en droit public, *op.cit.*, s.279.

36 BRACONNIER S., Droit des services publics, *op.cit.*, ss.570-571.

37 BRACONNIER S., « La régulation des services publics », RFDA, 2001, n°1, s.46.

38 Başlığında "regülasyon" sözcüğü bulunan hukuk alanındaki Türkçe eserlere örnek olarak *bkz.* ÖZCAN E.E., İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları, Turhan, 2010; ŞAHİN C., Amerika Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), XII Levha, 2010.

Ekonomik Zarar

Erman BENLİ[*]

Özet

Haksız fiil hukukunun temel amacını telafi olarak değerlendiren geleneksel Türk/İsviçre hukuk doktrini, ekonomik zarar kategorisini kabul etmemektedir. Buna mukabil, haksız fiil hukukunun amacını sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi olduğunu düşünen "hukuk ve ekonomi" doktrini, haksız fiile yönelik düzenlemelerde ekonomik zarar kategorisinin yer alması gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca her iki anlayış arasında saf ekonomik zararların tazmini bakımından da görüş ayrılıkları mevcuttur. Çalışmamızda ileri sürülen görüşlerden birisi de, geleneksel hukuk anlayışından farklı olarak saf ekonomik zararların tazmin edilebilmesinin önündeki engellerin kaldırılması gerektiğidir. İkinci olarak, çalışmamızda, saf ekonomik zararların tazmini konusunu "*riskin topluma yayılması*" ve "*riskin sözleşmelere yönlendirilmesi*" teorileri yerine, "*sosyal maliyet teorisi*" perspektifinden değerlendirmekteyiz. Bu çerçevede, sosyal ve idari maliyet ölçüleri kullanılarak saf ekonomik zararların ekonomik zarar kategorisi içinde tazmin edilebilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Anahtar kelimeler: *Ekonomik zarar, saf ekonomik zarar, sosyal ve idari maliyetler, etkin önlem*.

Abstract

The traditional Turkish/Swiss law doctrines which analyze "recovery of a loss" as a purpose of tort law does not accept economic loss category. In contrast, the "law and economics" approach to law which analyzes the minimizing of social costs as a purpose of tort law accept economic loss category where they must be regulated by tort rules. These two different approaches to law seems to be decomposed in terms of pure economic loss. In this paper,

---

[*] Arş. Gör., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. İletişim: erman.benli@yahoo.com

we stress that pure economic loss ought to be compensated by removing barriers. Secondly, we bias to analyze pure economic loss issue from the "*social cost theory*" perspective apart from the theories of "*channeling contracts*" and "*risk spreading*". In this context, pure economic loss ought to be compensated by using social and administrative cost criteria in the economic loss category.

Keywords: *Economic loss, pure economic loss, social and administrative costs, efficient precaution.*

Giriş

Bu çalışmada, Türk haksız fiil hukukunda zarar unsurunun ekonomik tahlili yapılacak ve "hukuk ve ekonomi" öğretisinde haksız fiil hukukunun sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi amacı ışığında, ekonomik zarara niceliksel yaklaşım üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, Türk haksız fiil hukukunda ayrı bir zarar kategorisi olarak değerlendirilmeyen ekonomik zararın çeşitli türlerine değinilecektir. Ekonomik zarar türlerinde ise bilhassa saf ekonomik zararın tazmini noktasında, Türk-İsviçre haksız fiil hukuku ile Kıta Avrupa'sının diğer hukuk sistemleri, karşılaştırmalı olarak incelenecektir. İncelememizde, saf ekonomik zararların tazminine olanak veren hukuk sistemleri ile söz konusu zararların tazminine hukuka aykırılık unsurunun bulunmaması nedeniyle cevaz vermeyen hukuk sistemlerinin anlayış farklılıkları ortaya konacaktır. Bu noktada, saf ekonomik zararların tazmin edilip edilmemesinin hem pozitif hukuktaki ekonomik etkileri hem de normatif anlamda kavramın teorik temelleri ele alınacaktır.

1. Haksız Fiil Hukukunun Amacı

1.1. Türk Hukukundaki Yaklaşım

Türk-İsviçre haksız fiil hukukunda, haksız fiil hukukunun amacı bakımından doktrinde baskın görüşün telafi amacı olduğu söylenebilir.[1] Ancak

---

[1] **Tekinay, S.S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, A.,** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.497 vd. (Yazarlar, haklı olarak kusur şartı aranmayan sorumluluk hallerini de haksız fiil başlığı altında değerlendirmektedirler); **Tandoğan, H.,** *Türk Mes'uliyet Hukuku - Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet* -, 1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.7; **Hatemi, H. / Gökyayla, K.E.,** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.107 vd. (Yazarlar, kusur sorumluluğuna dayalı haksız fiil sorumluluğunu dar anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirmektedir); **Kılıçoğlu, A.M.,** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.283; **Oğuzman, K. / Öz, T.**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.483 vd.; **von Tuhr, A**., *Borçlar Hukuku*, (Çev: Cevat Edege), C.1-2, Yargıtay Yayınları no:15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 361 vd.; **Tunçomağ, K**., *Borçlar Hukuku*, 1. Cild, İÜHK Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965, s. 255; **Eren, F**., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Beta

sosyal adalet ve hakkaniyet amacı, hakkın devamı amacı ve önleyicilik amacı[2] da telafi amacını tamamlayıcı unsurlar olarak ifade edilmektedir. Bu noktada, haksız fiil hukukunun amacını belirlemek normatif analiz yapabilmek bakımından önemlidir. Kaldı ki, hukukun tüm alanları için geçerli olmak üzere yapılan amaç tartışması, söz konusu alanda nasıl bir hukuk politikası belirlenmesi gerektiği yönünde kanun koyucuya da yol göstermektedir.

1.1.1. Telafi Amacı (Ex-post / Ardıl)

Türk haksız fiil hukukunda asli amaç olarak öne sürülen telafi amacının, başlı başına bir amaç niteliğine sahip olmadığı ve hatta salt bir amaç olarak dahi savunulamayacağı ifade edilmektedir[3]. Telafi amacı, yarar ile zarar arasındaki bağlılık düşüncesine dayanmaktadır. Buna göre, bir faaliyet veya şeyden yarar elde eden kimse bunun yol açacağı zararlara da katlanmalıdır. Buna, telafi edici adalet (justice commutative) denmektedir[4]. Fakat

---

Yayınevi, İstanbul 2010, s. 466-468 (Yazar, sorumluluk hukukunda egemen ilkenin telafi amacı olduğunu belirtmekle birlikte, kusur sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğu hallerinde önleyicilik amacının da önem taşıdığını ifade etmektedir ve önleyicilik amacını telafi amacının bir tamamlayıcısı, küçük bir parçası olarak telakki etmektedir); **Nomer, H**, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 33 vd.; **Aybay, A.,** *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm*, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s.80-81; **Reisoğlu, S.,** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.160.vd. (Yazar, haksız fiil kurallarının telafi amacını zımnen kabul etmektedir); **Kaplan, İ.,** *Borçlar Hukuku Dersleri*, 5. Tıpkı basım, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s.124-127; **Akıntürk, T. / Karaman, D.A.,** *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.86; **Gülerci, A.F. / Kılınç, A.,** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.149.

2 Eren, Türk haksız fiil hukukunda zararı önleme amacının müeyyide görevi taşıdığını da ifade etmektedir. Yazara göre önleme amacı, hem kusur sorumluluğu hem de objektif özen ödevi yükleyen kusursuz sorumluluk hallerinde büyük önem taşımaktadır. Ancak BK. m. 41 ve m.43 dikkate alındığında, Türk hukukunda önleme amacının kusur sorumluluğu bakımından ayrı bir öneme sahip olduğu ileri sürülebilir. Karş. **Nomer**, s.35-36. Eren'e göre hukuka uygun müdahale sorumluluğunda önleme ve müeyyide amacının herhangi bir rolü olmadığı ileri sürülmektedir. Bu gibi durumlarda ve hatta büyük oranda tehlike sorumluluklarında dahi denkleştirme amacının geçerli olduğu belirtilmektedir (**Eren**, s.466-467). Düşüncemize göre tehlike sorumluluğunda dahi bütünüyle önleyicilik amacı geçerli olduğundan, hukuka uygun müdahale sorumluluğunun amacının evleviyetle önleyicilik olması gerekmektedir. Benzer görüşte: **Sanlı, K.C**., *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, 1. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, s.154, dnt:698; **Nomer**, s.36. Dolayısıyla, Türk hukukundaki baskın yaklaşım, önleyicilik amacını telafi amacının tamamlayıcısı olarak değerlendirmektedir.

3 **Sanlı**, s. 152.

4 **Tandoğan**, **H**., *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1981, s. 5.

hukukumuzda zararın telafisi amacıyla örtüşmeyen birtakım müesseseler mevcuttur. Bunlar:

- Sigorta, zararın telafisi bakımından özellikle birincil ve üçüncül maliyetler göz önüne alındığında haksız fiil hukukundan daha etkindir ve günlük yaşamda birçok risk, gelişen sigortacılık teknikleriyle sigorta ettirilebilmektedir.
- İkinci olarak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 58. maddesinde[5] düzenlenen ve Amerika Birleşik Devletleri antitröst hukukundan esinlenilerek kanuna konulan "üç kat tazminat kuralı" zararın telafisi amacıyla ters düşmekte, kanunda düzenlenen rekabete aykırı davranışlar nedeniyle uğranılan zararın üç katı tazmin edilebilmektedir.
- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. maddesi[6] de yine telafi amacını yansıtmamaktadır.

Telafi, zararın zarar gören üzerinden alınarak zarar verene yükletilmesidir[7]. Diğer bir deyişle, telafi amacı niteliği gereği ardıl bir işleve sahiptir. Dolayısıyla, haksız fiilin ortaya nasıl çıktığından ziyade[8], doğan zararın nasıl paylaştırılacağı dikkate alınır ve bu doğrultuda zararı aşmayacak bir tazminata hükmolunur. Bu itibarla, herhangi bir önleyici işleve sahip olmasa da, zarar verenin zararı tazmin etmesi telafi amacının asli amaç olduğu bir

---

5 Madde 58: "*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır. Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine,* ***uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir***".

6 Madde 68 - (Değişik: 7/6/1995 - 4110/21 md.)
"*Bir eserden izinsiz çoğaltma yolu ile yarar sağlanıyorsa ve çoğaltılan kopyaları satışa çıkarılmamışsa, eser sahibi; çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya maliyet fiyatını aşmamak üzere çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri gereçlerin uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği* ***miktarın üç kat fazlasını talep edebilir****. Bu husus, izinsiz çoğaltma yoluna giden kişinin yasal sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.*"

7 **Eren**, s. 466.

8 Bu noktada mahkeme, verdiği kararın haksız fiile sebebiyet veren kişinin davranışı üzerindeki etkilerini ve sosyal maliyetleri dikkate almaz.

hukuk sisteminde mümkün olabilmektedir. Örneğin, ayırtım gücünden yoksun biri zarara sebebiyet verse dahi (BK. m.54), bu zararın tazmini yalnızca denkleştirmeye yönelik olacak, önleyicilik amacının herhangi bir etkisi olmayacaktır[9]. Dolayısıyla telafi amacının -ardıl niteliği gereği- kişi davranışları üzerindeki etkisi belirleyici olmaktan uzaktır. Telafi amacının ardıl niteliği, onu gelirin yeniden dağılımını[10] konu edinen bir müessese olmaktan öteye götürmemekte ve yukarıda da vurgulandığı haliyle birincil ve üçüncül maliyetler de nazara alınmadığından, net refah kaybı ortaya çıkmaktadır. Örneğin 5000 TL'lik bir zararın ortalama 500 TL'lik üçüncül maliyeti (yargılama-idari maliyetler) de hesaba katıldığında, tazminat davası sonucunda sadece zarar verenden zarar görene kaynak transferi söz konusu olmakta, 5500 TL'lik sosyal maliyet ortadan kalkmamaktadır. Dolayısıyla, zarar gerçekleştiği anda sosyal maliyet doğmakta ve daha sonraki zarar telafisi söz konusu zararı ortadan kaldırmadığı gibi üçüncül maliyetler de buna eklenmekte ve kaynak israfı ortaya çıkmaktadır.

Telafi amacının iktisadi temellerine baktığımızda bunu somut bir örnekle açıklayalım: Ahmet'in I_2 ve I_1 kayıtsızlık eğrilerine sahip olduğunu düşünelim. Ahmet'in fayda fonksiyonu iki maldan oluşmaktadır: $S_{ağlık}$ $(Q_{c1}$ *ve* $Q_{c2})$ ve S_{ervet} $(Q_{w1}$ *ve* $Q_{w2})$. Her iki malın da Ahmet'i aynı düzeyde tatmin ettiğini varsayalım. Farksızlık eğrileri grafiğin sağına doğru arttıkça veya ilerledikçe tatmin düzeyi de artmaktadır. Farksızlık eğrisinin sola doğru kayması durumunda ise, tatmin düzeyinin azaldığı anlaşılmalıdır. Eğer Ahmet'in $S_{ağlık}$ ve S_{ervet}'ten elde ettiği tatmin grafikteki I_2 farksızlık eğrisinin üzerindeyse, bu durum Ahmet için Pareto optimal bir duruma işaret etmektedir. Buna mukabil, I_2'nin altındaki tatmin düzeylerinde Ahmet'in Pareto ilerleme durumunda olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Eğer Ahmet, I_2'nin altına hareket ederse, S_{ervet} tatmini artmasına rağmen $S_{ağlık}$ tatmini azalmaktadır. Eğer Ahmet I_1'in üzerine hareket ederse, bu kez de tam tersi durum söz konusu olacaktır. Ahmet'in harekete Q_{w1} ve Q_{c2}'de başladığını kabul edersek, başlangıç fayda fonksiyonu: $I_{2=}$ u($Q_{w1,}$ Q_{c2}) olur. Diyelim ki, Ayşe, Ahmet'i yaralayarak onun Q_{c2} sağlık miktarını Q_{c1} sağlık miktarına kadar azaltsın. Bu durumda Ahmet'in Q_{w1} olan serveti Q_{w2}'ye düşer. Yani, Ahmet'in ilk başta I_2 olan farksızlık eğrisi, Ayşe'nin haksız fiili sonucu I_1'e kaymıştır / düşmüştür. İşte bu noktada, telafi amacının temel işlevi, haksız fiil sonucu zarar gören Ahmet'in I_1'e kayan farksızlık eğrisini tekrar I_2'ye çıkarmaktır.[11]

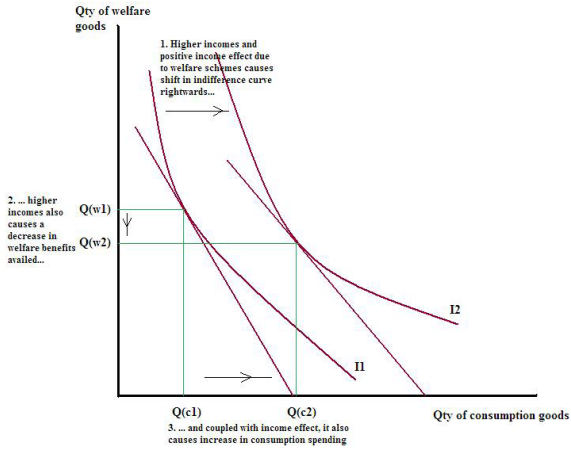
---

9 **Sanlı**, s. 155, dnt:707. Doktrinde temyiz kudreti bulunmayanların hakkaniyet gereği sorumlu oldukları ifade edilmektedir.

10 Gelirin yeniden dağılımı için haksız fiil hukuku uygun hukuki kurumsal yapı değildir. Buna karşılık, vergi hukuku gelirin yeniden dağılımına katkı sağlayacak nitelikte bir hukuki araçtır.

11 **Cooter, R. / Ulen, T.**, *Law & Economics,* fifth international edition, Pearson Addison Wesley Publishing, 2008, s.326-327.

Grafik 1:



Burada hukuk politikası bakımından önemli olan, zararı telafi edebilmek değil, kişinin ika ettiği haksız fiili önleyebilmektir. Sonuç itibariyle, telafi amacı esas alınarak geliştirilecek hukuk politikaları, kaynak israfına ve net refah kaybına yol açmaktadır.

1.1.2. Sosyal (Denkleştirici) Adalet ve Hakkaniyet Amacı

Türk haksız fiil hukukunda asli amacın telafi olmasının yanı sıra, özellikle hukuk sistemimizin nimet-külfet, hakimiyet[12], tehlikelilik[13], fedakarlı-

---

12 Bir kimsenin hakimiyet alanındaki şahıslardan ve mallardan yararlanmasına karşılık, bunların sebebiyet verdiği haksız fiillerden sorumlu tutulmasıdır. Buna örnek olarak, istihdam edenin sorumluluğu (BK. m.55) ve yapı malikinin sorumluluğu (BK. m.58) verilebilir. Görüldüğü gibi, Türk haksız fiil hukukunda bir yandan haksız fiil hukukunun amacı olarak zararın telafisi ileri sürülmekte iken, diğer taraftan sorumluluğun dayandığı esasların yorumunda kullanılan ilkelerin telafi amacıyla bağlantılı olmaması dikkat çekicidir.

13 Tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumlulukta zarar görenin, kusuru ispat konusunda yaşadığı zorluklar göz önüne alınarak kusursuz sorumluluk müessesesi kabul edilmektedir. Ancak hukuk ve ekonomi öğretisine göre, tehlikeli faaliyetlerde kusursuz sorumluluğun düzenlenmesinin ispat sorunundan farklı olarak esas nedeni, tehlikeli faaliyeti yürütenin kusuru bulunmasa da verdiği zarardan sorumlu tutulmasının onun aktivite seviyesi (niceliksel özen) seçiminin risk üzerindeki etkisini dikkate almasında yatar. Amaç bir kenara bırakılırsa, sonuç itibariyle tehlikeli faaliyetlerin kusursuz sorumluluk esasına tabi olması ekonomik teori ile geleneksel hukuk doktrinini bağdaştırmaktadır. ABD'nde (Restatement section 520) ve AB'nde de tehlikeli faaliyetler kusursuz sorumluluk esasına tabidir. **Sanlı**, s.514, dnt:2207. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Koch, B. / Koziol H.**, *Comperative Conclusions, Principles of European Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, 2002.

ğın denkleştirilmesi[14], hakkaniyet[15], kusur, sebebiyet verme ve yararlanma ilkeleri göz önüne alındığında; sosyal adalet amacını da içerdiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır[16]. Ancak bu noktada sigorta kurumunun denkleştirici adalet kavramına uygun düşmediğini belirtmek gerekmektedir. Çünkü bu durumda zararı, zarar veren değil sigorta şirketi karşılamaktadır. Buna karşılık, sigorta şirketinin zarar verene rücu edeceği görüşü ileri sürülse bile, ortaya çıkan zararın risk havuzundaki primleri arttırması sonucu zararın sigortalılar topluluğuna kadar etki edeceği, yapılacak yorumda hesaba katılmalıdır.

1.1.3. Hakkın Devamı Amacı

Burada zikredilen amaç doğrultusunda, haksız fiil hukuku ikame edilebilir bir nitelik kazanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, haksız fiille ihlal edilen hakkın yerine tazminat hukuku geçmekte ve zarar görenin ihlalden önceki hakkı zararın giderilmesiyle bir anlamda devam etmektedir[17]. Kanaatimizce, hakkın devamı amacını telafi amacından ayırabilmek oldukça zor görünmektedir. Kaldı ki, böyle bir ayırımın kullanılan araçlar ve varılan sonuç bakımından normatif olarak da fayda sağladığı söylenemez.

2. Ekonomik Teoride Haksız Fiil Hukukunun Amacı

Hukuk ve ekonomi öğretisine göre haksız fiil hukukunun amacı, sosyal maliyetlerin asgariye indirilerek sosyal refahın maksimize edilmesidir[18]. Sosyal refah, kişilerin fayda sağlaması esasına dayalı olduğundan, haksız fiil kurallarının da maliyetleri asgariye indirecek şekilde kişilere fayda (ekono-

---

14 Hukuka aykırı olmayan bir fiilden dolayı zararın ortaya çıkması halinde, mağdurun zararının tazmini olarak ifade edilmektedir. Türk hukuk doktrininde Hatemi, tüm tehlike sorumluluğu hallerini fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi ile açıklamaktadır. **Hatemi, H**., *Akit Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul 1994, s.70 vd.

15 Doktrinde kusursuz sorumluluğun temelinde hakkaniyet düşüncesinin olduğu ileri sürülmektedir. Buna karşılık, hukuk ve ekonomi öğretisine göre kusursuz sorumluluğun amacı zarar verenin faaliyet seviyesini düşürerek riski kontrol altına almasını sağlamak ve kişiyi etkin davranmaya sevk etmektir. Her ne kadar, kusursuz sorumluluk birincil maliyetleri azaltsa da, üçüncül maliyetler (yargılama masrafları, idari maliyetler) bakımından kusur sorumluluğuna nazaran dezavantajlı olduğu ortadadır.

16 **Atamer, Y**., *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması-Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s.99-100.

17 **Nomer**, s. 36.

18 **Ulen, T.S**., *Rational Choice Theory in Law and Economics*, Encyclopedia of Law and Economics (Editors: Bouckaert Boudewijn / de Geest Gerrit), Vol.I, Edward Elgar Publishing, 1999, s.799; **Sanlı**, s. 169.

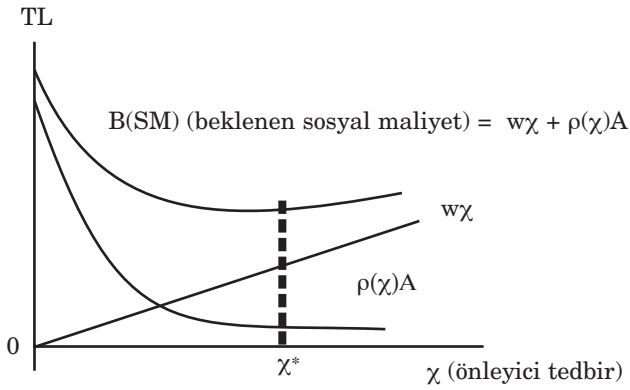
mik etkinlik) sağlaması gerekmektedir. Oysa tazminat (telafi) amacı esas alındığında, bir tarafın faydası azalırken diğer tarafın faydası artacağından, net refah artışı sağlanamayacaktır. Kaldı ki, buna üçüncül maliyetleri de eklersek net refah kaybından söz etmek yanlış olmayacaktır. Her ne kadar, hukuk doktrininde haksız fiil hukukunun ardıl etkileri incelense de; burada faydacı teori[19] bakımından önemli olan, haksız fiil hukukunun öncül niteliğidir. Haksız fiil hukukunun öncül niteliği incelenirken birincil ve üçüncül maliyetler ile sosyal refah denklemi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

2.1. Sosyal Maliyetlerin Asgariye İndirilmesi

Ekonomik teoride haksız fiil hukuku iki temel unsuru esas alır. Bunlar, zarar maliyeti ve zararı önleme maliyetidir. Burada ifade edilenleri bazı notasyon ve fonksiyonlarla göstermek mümkündür. Örneğin bir kaza olasılığı fonksiyonunda, r = r(c) c'in azalan fonksiyonudur. Burada, r, kaza olasılığını, c ise artan önleyici tedbirdeki azalmayı göstermektedir. Kaza sonucu zararın parasal değerine A dersek, beklenen zarar, zararın parasal değeri olan A ile kaza olasılığı olan r'nin çarpımına eşittir:

BZ (beklenen zarar) = A_{para} * r şeklinde yazılabilir. Nasıl ki r(c) c'in azalan fonksiyonu ise, r(c)A'da c önleyici tedbirinin azalan bir fonksiyonudur. Yukarıda belirtilenleri bir grafik ile gösterirsek[20]:

Grafik 2:



---

19 **Bentham, J.**, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, [1789] 1988.

20 **Cooter/Ulen**, s.336.

Grafikte χ yatay ekseni kişinin önleyici tedbir miktarını, dikey eksen ise beklenen zarar maliyetinin TL cinsinden değerini ifade etmektedir. Grafikte aşağı eğimli $\rho(\chi)A$ eğrisi, önleyici tedbir arttığında beklenen zarar maliyetinin azalmasını ifade etmektedir. Önleyici tedbir maliyetlerini TL cinsinden ele alırsak ve w'nin χ önleyici tedbir miktarı ile değişmediğini düşünürsek: $w * \chi$ = toplam önleyici tedbir maliyeti. Grafikte de görüleceği üzere, $w\chi$ orijine doğrusaldır.

Haksız fiil hukukunda, kazaların beklenen sosyal maliyeti önleyici tedbir maliyetleri ve beklenen zarar maliyetlerinden oluşmaktadır: **SM (sosyal maliyet) = $w\chi + \rho(\chi)A$**. Grafikte sosyal maliyet denklemi U şeklinde bir eğridir. Çünkü beklenen sosyal maliyet eğrisi U şeklindedir. χ'in değeri U'nun altındaki alana tekabül etmektedir. Bu değer grafikte χ^* ile gösterilmiştir ve beklenen sosyal maliyetleri asgariye indiren önleyici tedbir seviyesini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle sosyal bakımdan etkin önleyici tedbir seviyesini göstermektedir. χ^*'ı analitik zeminde açıklamak istersek: daha fazla önleyici tedbir maliyeti w'nin birim maliyet fiyatına eşittir. Önleyici tedbir maliyeti artırıldığı zaman beklenen zarar maliyeti azalmaktadır. Beklenen zarar maliyetindeki bu azalma, kaza olasılığının azalmasına eşittir:

$-\rho'(\chi) * A$. Eğer önleyici tedbir etkin ise, önleyici tedbir maliyetlerinin artırılması beklenen zarar maliyetinin azalmasına eşittir. Etkin önleyici tedbir düzeyi χ^*'ı ortaya koyabilecek denklem şu şekildedir[21]:

w (marjinal sosyal maliyet) = $-\rho'(\chi^*)$ A (marjinal sosyal fayda).

Eğer önleyici tedbir etkin miktarın altında ise, önleyici tedbirin marjinal sosyal maliyeti marjinal sosyal faydasından daha azdır: **$\chi < \chi^*$ ise $w < -\rho'(\chi^*)A$**. Bu durumda, etkinlik daha fazla önleyici tedbirin alınmasını gerektirir. Eğer önleyici tedbir etkin miktarı geçiyorsa, önleyici tedbirin marjinal sosyal maliyeti marjinal sosyal faydasını aşacaktır: **eğer $\chi > \chi^*$ ise $w > -\rho'(\chi^*)A$**. Bu durumda, etkinlik daha az önleyici tedbirin alınmasını gerektirir.

Ekonomik teoride sosyal maliyetler, birincil, ikincil ve üçüncül maliyetler olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır.

2.1.1. Birincil Maliyetler

Birincil maliyetler, zarar maliyetleri ya da özen maliyetleri olarak da ifade edilmektedir[22]. Burada tazminat riski, kişileri öncül olarak riskleri

---

21 **Cooter/Ulen**, s.337.

22 **Sanlı**, s. 173.

kontrol etmeye, dikkatli ve özenli davranmaya sevk ettiğinden; zararın azalmasını sağlamaktadır. Bu noktada, özen maliyetleri niteliksel (etkin önleyici tedbir) ve niceliksel (aktivite seviyesi) özen olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. **Niteliksel özen[23],** kişinin zarara neden olacak riskleri asgariye indirmek veya önlemek amacıyla belirli davranış modelleri sergilemesidir. Örneğin, buzlu yolda arabayı yavaş sürmek, virajlara girerken hız yapmamak, hız sınırlarını aşmamak, karlı havalarda kar lastiği veya zincir kullanmak, yangın tüpü bulundurmak, binalara yangın merdiveni inşa etmek, ameliyatta kullanılacak aletlerin steril olarak muhafazası gibi. Bu tür önleyici tedbirler bir yandan riski azaltmakta ancak diğer taraftan da maliyetleri artırmaktadır. Dolayısıyla burada büyük önem taşıyan konu, alınacak önleyici tedbirlerin etkin olmasını sağlamak ve net refah kaybına sebebiyet vermemektir. Etkin önlemi belirleyebilmek için şu formül uygulanır:

Önleyici tedbir maliyeti < Risk değerinde azalma = **ETKİN**

Önleyici tedbir maliyeti > Risk değerinde azalma = **ETKİN DEĞİL**

Örneğin, karlı bir havada kaza yapma riskini ele alırsak;

Önleyici Tedbir	***Önleyici tedbir maliyeti***	***Yayanın beklenen zarar maliyeti***	***Toplam maliyet***
Kar lastiği	60 TL	90 TL	140 TL
Zincir	30 TL	60 TL	**90 TL**
Sis Farı	10 TL	110 TL	120 TL
Tedbir alınmaması	0	135 TL	135 TL

Sosyal maliyetler ve sosyal refahın artırılması amacı dikkate alındığında, zincir takılması etkin önlem olarak ifade edilebilir. Kar lastiği ise en güvenli tedbir olmakla birlikte maliyeti risk değerindeki azalmadan daha yüksek olduğundan etkin önlem olmayıp net refah kaybına neden olmaktadır. Dolayısıyla kar lastiğine ilişkin önleyici tedbirin alınmaması, zarar verenin haksız fiil sorumluluğunu gündeme getirmez. Ancak etkin önlem olan zincire yönelik önleyici tedbirin

---

23 **Shavell, S.**, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, s.208-209.

alınmaması, zarar verenin haksız fiil sorumluluğunun doğmasına yol açmaktadır.

Riski etkileyen faktörlerden bir diğeri de **niceliksel özen** olarak ifade edilen kişinin aktivite seviyesidir[24]. Kişinin aktivite seviyesindeki seçimler, risk üzerinde etkilidir. Aktivite seviyesinin kontrol altına alınması kişinin aktiviteden sağladığı faydayı (hazzı) azaltsa da, riskin düşürülmesi bakımından son derece önemlidir[25]. Burada niceliksel özenin hesaplanmasını formülle açıklamak, kişinin faydasının değerleme sorunu nedeniyle oldukça güçtür. Ancak kardinal fayda teorisi çerçevesinde, toplam fayda ve marjinal faydanın ölçülebilir nitelikte olduğunu kabul etmekteyiz. Bu bağlamda, toplam fayda, bir tüketicinin mal veya hizmet tüketimi veya herhangi bir faaliyetten sağladığı toplam fayda, belirli zaman diliminde veri mal, hizmet veya faaliyet miktarından elde edilen tatminin/hazzın miktarıdır[26]. Kanaatimizce, somut olayı değerlendirebilmek için belirli varsayımlar ve veri kısıtı altında faydanın metrik olarak ölçülebilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla haksız fiil ika edenin toplam fayda fonksiyonu, ilgili faaliyet ile söz konusu faaliyetin tüketim oranı sonucunda elde edilen tatmin/haz arasındaki niceliksel ilişkidir[27]. Niceliksel özeni de bir örnekle açıklamak gerekirse:

---

24 **Shavell**, s.209-210.

25 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Cooter/Ulen**, s.348.

26 **Bentham**, s.146. Bentham "Principles of Morals and Legislation" adlı eserinde aynen şu ifadelere yer vermiştir: "*When matters of such importance as pain and pleasure are at stake, and these in the highest degree (the only matters, in short, that can be of importance) who is there that does not calculate? Men calculate, some with less exactness, indeed, some with more: but all men calculate. I would not say, that even a madman does not calculate. Passion calculates, more or less, in every man…Happily, of all passions, that is the most given to calculation, from the excesses of which, by reason of its strength, constancy, and universality, society has most to apprehend: I mean that which corresponds to the motive of pecuniary interest: so that these niceties, if such they are to be called, have the best chance of being efficacious, where efficacy is of the most importance*." Ayrıca bkz. **Bentham**, s.31-34; **Troyer, J.,** *The Classical Utilitarians: Bentham and Mill*, (Editor: John Troyer), Hackett Publishing Company, USA 2003, s. xv-xvi, **Güriz, A**., *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, AÜHF Yayınları No.184, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s.41; **Robinson, J.,** *İktisadi Felsefe*, (Çev:Mehmet Tomanbay), 1. Baskı, V Yayınları, Ankara 1986, s.49-75; **Holcombe, R**., *Public Sector Economics: The Role of Government in the American Economy*, Pearson Prentice Hall, New Jersey 2006, s.32-33; **Cole, D.H. / Grossman, P.Z.**, *Principles of Law and Economics*, Pearson Prentice Hall, New Jersey 2005, s.51; **Öçal, T. / Çolak, Ö.F. / Çermikli, H. / Togay S.**, *İktisat*, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 1997, s.127.

27 **Öçal/Çolak/Çermikli/Togay**, s.127.

Aktivite seviyesi	Sürücünün faydası	Yayanın beklenen zarar maliyeti	Toplam fayda
0 km	0	0	0
2000 km	130 TL	100 TL	30 TL
5000 km	170 TL	120 TL (azalan marjinal fayda)	**50 TL**
7000 km	180 TL	140 TL (azalan marjinal fayda)	40 TL

Tablodan da anlaşılacağı üzere etkin aktivite seviyesi 5000 km dir. Bu seviyeden sonraki her aktivitede maliyetler artmakta ve aktiviteden sağlanan marjinal fayda azalmaktadır.

2.1.2. İkincil Maliyetler

İkincil maliyetlerde, kişilerin risk karşısındaki tutumlarını esas alınır ve riskin bu faktörler çerçevesinde nasıl dağıtılacağı incelenir. Riskin dağıtılması noktasında, sigorta kurumu büyük önem taşımaktadır[28]. Sigorta riskin neden olduğu ikincil maliyetleri asgariye indirmektedir[29]. Haksız fiil hukukunda müterafik kusur[30] ve müteselsil sorumluluk[31] kurumları riskin tahsisinde etkin bir rol üstlenmektedir. Ancak ikincil maliyetlerin asgariye indirilmesinde, sigorta kurumu haksız fiil hukukuna nazaran karşılaştırmalı olarak üstündür. Dolayısıyla, sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi ile kastedilen birincil ve üçüncül maliyetlerdir.

2.1.3. Üçüncül Maliyetler

Ekonomik teoride üçüncül maliyetler olarak ifade edilen maliyet türü idari maliyetlerdir[32]. İdari maliyetler, haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararın giderilmesi için başvurulan hukuki yolların tüketilmesi maliyetini ifade etmektedir. Üçüncül maliyetlerin kişi davranışları üzerindeki etkisi göz ardı edilemez. Bu nedenle, bu maliyet türü de haksız fiil hukukunun amacı ışığında sosyal maliyetler içerisinde değerlendirilmelidir. Haksız fiil sorumluluğunun düzenlenmediği durumda zarar maliyetinin idari maliyetler bakımından yeniden dağılımından bahsedilemez[33]. Buna karşılık, kusur ve kusursuz

---

28 **Eren**, s.463-465; **Cooter/Ulen**, s.374-377.

29 **Sanlı**, s. 180.

30 BK. m. 43-44; **Cooter/Ulen**, s.344-347.

31 BK. m. 50-51.

32 **Cooter/Ulen**, s.359-361; **Sanlı**, s.184.

33 **Cooter/Ulen**, s.359.

sorumluluk kurallarıyla kaza sonucu zarar maliyetleri toplumda servetin yeniden dağılımına yol açar.

3. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinde Haksız Fiile Atfedilen Nitelik

Ekonomik teori bakımından haksız fiiller, niteliği itibariyle olumsuz dışsallık yaratmaktadır. Olumsuz dışsallık ise "kişinin davranışları ile başkasının (beklenen) faydasını onun istemi dışında menfi yönde etkilemesi" şeklinde tanımlanabilir[34]. Bu noktada, hangi davranışların olumsuz dışsallık olduğunu belirlemek, özellikle faydanın manevi yönü bakımından oldukça güçtür. Ancak en genel anlamıyla olumsuz dışsallık, kişinin zarar görmesi ve/veya manevi yönden olumsuz etkilenmesidir. Örneğin, kişinin dolandırılması, yaralanması, çevre kirliliği, çarpık yapılaşma gibi. Olumsuz dışsallık, teknik tabiriyle bir piyasa aksaklığıdır.[35] Olumsuz dışsallık yaratan davranış ve tercihler bunlara maruz kalan kişiler için bir maliyet yaratmakta ve bu maliyet de olumsuz dışsallığa neden olan kişi(ler) tarafından içselleştirilmediğinden, sosyal refah kaybı yaşanmaktadır. Sosyal refah kaybını ortadan kaldırabilmek için olumsuz dışsallıkların içselleştirilmesi, diğer bir ifade ile zarar veren tarafından bir davranışın tüm sonuçlarının dikkate alınması gerekir.[36]

Özel maliyet + dışsal maliyet = Sosyal maliyet

Buna mukabil, dışsal maliyet her zaman piyasa aksaklığına yol açmamakta hatta kimi zaman sosyal fayda sağlayabilmektedir.

Dışsal fayda < dışsal maliyet ➞ Sosyal maliyet artar
Dışsal fayda > dışsal maliyet ➞ Sosyal maliyet azalır veya değişmez

Haksız fiil hukukunda, yoksun kalınan kar ve rekabet hukukunda yer alan rekabet olgusu, olumsuz dışsallık olmasına rağmen net dışsal maliyetin ortaya çıkmadığı durumlardır. Çünkü bu hallerde, dışsal maliyet aynı zamanda dışsal faydayı da sağladığından, sosyal refah kaybı yaşanmamaktadır. Örneğin, bir bakkalın karşısına yeni bir bakkal açıldığında, bu durum eski bakkal için olumsuz dışsallık teşkil etmekle birlikte, rekabetin getirdiği top-

---

34 **Coase, R**., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law & Economics, Vol.3, 1960; **Shavell,** s.77; **Becker, G.S.**, *Economic Theory*, Alfred A. Knopf, New York, 1971, s.84-87; **Holcombe**, s.70-71; **Cole/Grossman**, s.14-15; **Carlton, D.W. / Perloff, J.M.,** *Modern Industrial Organization*, fourth edition, Pearson Addison Wesley, USA 2005, s.82-84.

35 Piyasa aksaklığı, tam rekabet piyasasının varsayımlarından bir veya birkaçının gerçekleşmemesi sonucu piyasadaki arz ve talebin dengeye gelememesidir. Bkz. **Cole/Grossman**, s.13. Piyasa aksaklığı türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Cooter/Ulen**, s.43-47; **Oğuz, F**., *Devlet ve Piyasa: Regülasyon Ekonomisine Giriş*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.22-23, 88-90,

36 **Sanlı**, s.102-103.

lumsal refah artışı dışsal faydayı ortaya koymakta ve toplamda yeni bakkalın açılmasıyla ortaya çıkan dışsal maliyetle sosyal refah kaybı yaşanmadığı gibi rekabetle birlikte dışsal fayda dışsal maliyetten büyük olmaktadır. Dolayısıyla, rekabetin hukuka aykırı olmamasının temelinde yatan düşünce de budur.

Bu çerçevede, hukuk ve ekonomi öğretisine göre **haksız fiil hukuku, yüksek işlem maliyetlerinin neden olduğu olumsuz dışsallıkların tazminat tehdidiyle içselleştirilmesini sağlayarak sosyal refahın artırılması amacını taşımaktadır.**[37]

---

37 **Cooter/Ulen**, s.325. Türk haksız fiil hukuku haksız fiilin unsurları üzerine yoğunlaşırken (felsefenin kavramlar ve anlamlar üzerine yoğunlaşması), hukuk ve ekonomi öğretisi haksız fiil sorumluluğunun nedenleri ve etkileri üzerine yoğunlaşmaktadır (bilimin felsefeden farklı olarak neden-sonuç ilişkileri üzerine yoğunlaşması) (**Cooter/Ulen**, s.335).

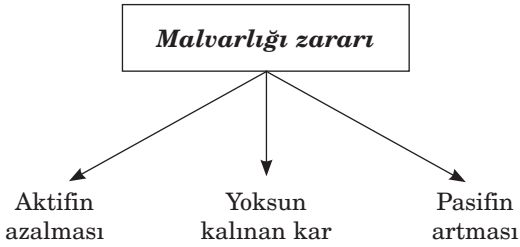
38 Hukukumuzda haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için; fiil, zarar, illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarının somut olayda mevcut olması gerekmektedir. **Tandoğan**, s.11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.476-477; **Reisoğlu**, s.161; **Kaplan**, s.128; **Eren**, s.468; Karş. **Hatemi/Gökyayla**, s.106 vd. (Yazarlar, failin davranışını ayrı bir unsur olarak değerlendirmemektedirler); **Oğuzman/Öz**, s.492. Alman Medeni Kanunu (BGB)'nun 823. Maddesine göre, "*Bir kişi, hukuka aykırı olarak bir başkasının hayatına, kişiliğine, özgürlüğüne, mülkiyetine veya diğer haklarına kasten veya ihmal suretiyle zarar vermişse, ortaya çıkan bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.*" Bu maddeye göre, Alman haksız fiil hukukunda haksız fiilin unsurları şu şekilde sıralanabilir: 1. Hakların korunması, 2. Failin fiili ile zarar veya zarar görenin haklarının ihlali arasında illiyet bağı, 3. Hukuka aykırılık, 4. Kusur. Burada hakların korunmasından kasıt, mutlak hakların korunmasıdır. Buna mukabil, Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesi mutlak hak olmayan saf ekonomik zararları tazminine olanak vermemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Reimann, M. / Zekoll, J.,** *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck, München 2005, s.209-213. Anglo-Amerikan haksız fiil hukukunda, geleneksel haksız fiil sorumluluğu teorisinin unsurları; zarar, illiyet bağı ve görevin ihmali şeklinde ifade edilmektedir. **Cooter/Ulen**, s.326. Ünlü filozof Bertrand Russell'a göre haksız fiil hukukundaki illiyet bağı unsuru, matematiksel bir fonksiyonun kavramsal ifadesidir (**Cooter/Ulen**, s.331). Gerçekten de, illiyet bağı unsuru ile ekonomik modellerdeki tüketicinin fayda fonksiyonu modelleri birbiriyle bağlantılıdır. Çünkü, haksız fiil sonucu zarar gören bir bireyin fayda fonksiyonunu oluşturan fayda değişkenleri azalmış demektir. Örneğin A kişisinin sigara içmekten keyif aldığını düşünelim. A'nın fayda fonksiyonu $u_A = u_A (S_{igara}, \ldots,)$. Burada u_A A'nın faydasını gösterirken, S_{igara} ise A'nın sigara içme miktarını göstermektedir. S_{igara} dışındaki parantezin içinde yer alan diğer değişkenlerin S_{igara}'nin faydasını etkilediğini düşünelim. Buna karşılık, B kişisinin faydasının ise sağlık ve servet değişkenlerine bağlı olduğunu varsayalım. Dolayısıyla B'nin fayda fonksiyonu $u_B = u_B (S_{ağlık}, S_{ervet})$ olur. B'nin hayatının A'nın sigara içmesinin azalan bir fonksiyonu olduğunu kabul edersek $S_{ağlık} = S_{ağlık} (S_{igara})$; A'nın fayda fonksiyonu $u_A = u_A (S)$ olduğu için B'nin yeni fayda fonksiyonu şu şekildedir: $u_B = u_B (S_{ağlık} (S_{igara}), S_{ervet})$. Görüldüğü üzere hem A'nın hem de B'nin fayda fonksiyonlarında S_{igara} değişkeni yer almaktadır. Dolayısıyla A, S_{igara} değişkeni ile B'nin fayda fonksiyonunu azaltarak ona zarar vermektedir. Somut olay-

4. Haksız Fiilin Zarar Unsuru[38]

4.1. Türk Haksız Fiil Hukukunda Zarar Kavramı ve Türleri

Zarar, kişinin iradesine bağlı olmaksızın malvarlığında meydana gelen azalmadır.[39] Zararın gerçekleşmediği bir durumda haksız fiil sorumluluğundan söz edilemez. Dolayısıyla zarar unsuru sözleşme dışı sorumluluğun kurucu unsurlarından biridir.

Malvarlığı kişinin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tamamıdır. Ancak haksız fiil hukuku çerçevesinde kişinin henüz malvarlığında bulunmayan menfaatler (yoksun kalınan kar) de tazmin edilebilmektedir. Yoksun kalınan kar, malvarlığına dahil potansiyel bir menfaati teşkil etmektedir[40]. Malvarlığında meydana gelen zarar üç şekilde ortaya çıkabilir:



Her ne kadar, kişinin malvarlığında rızası dolayısıyla bir azalma olduğu durumlarda zarardan söz edilmese de[41]; bunun dışsal maliyet ve dışsal fayda

---

daki fonksiyonları biraz daha karmaşık hale getirirsek; B'nin sağlığı ile A'nın sigara içmesi arasındaki olasılık ilişkisini açığa çıkarmış oluruz. $S_{ağlık} = 1$ (kanser değil) ve $S_{ağlık} = 0$ (kanser) diyelim. ρ'nin kanser olma olasılığını simgelediğini düşünürsek, sigara içme olasılığı kanser olma olasılığının artan bir fonksiyonudur: $\rho = \rho\ (S_{igara})$. Dolayısıyla burada B'nin beklenen fayda fonksiyonu şu şekilde yazılabilir: $\rho\ (S_{igara})\ u_B\ (0, S_{ervet}) + [1-\rho\ (S_{igara}) u_B\ (1, S_{ervet})]$. Sonuç itibariyle, haksız fiil hukukuna ilişkin her somut olayda zarar veren ve zarar görenin hukuka aykırı fiilden önceki ve sonraki fayda fonksiyonları belirlenebilir. Fonksiyonların oluşturulması özellikle illiyet bağının, zararın ve kusurun içeriğinin belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir. Somut olayda hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağı yoksa tarafların fayda fonksiyonları birbirini etkilemez (**Cooter/Ulen**, s.331).

39 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.548; **Reisoğlu**, s.168; **Oğuzman/Öz**, s.513-514; **Kılıçoğlu, M.**, *Sorumluluk Hukuku*, 1. Cilt, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.23; **Atamer**, s. 32. İsviçre Federal Mahkemesi'nin RO 64 II 137 (all.), Jdt 1938 621 sayılı kararı için bkz. **Oftinger K., Jeanpretre R.**, *Federal Mahkeme İçtihatları*, (Çev: Kemal Dayınlarlı), Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1990, s. 309-310. Bkz. Yarg. 7. HD. 09.02.2009, K. 2009/547: "*Haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişi, ancak bu nedenle uğradığı gerçek zararını isteyebilir. Haksız fiil meydana gelmeseydi dahi yapılacak olan giderler zarar kapsamına dahil edilemez*" (YKD, 2010/7, s.1221).

40 **Sanlı**, s.300, dnt:1323.

41 **Oğuzman/Öz**, s. 514-515.

denkleminde değerlendirilmesi, aktifin azalmasıyla ortaya çıkan olumsuz dışsallığın dışsal fayda ile giderilip giderilmediği analiz edilmelidir. Aksi halde, bu gibi durumlarda net refah kaybı gündeme gelebilecektir. Hukuk doktrininde zarar kavramı dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmakta; dar anlamda zarar, yalnızca maddi zararı teşkil ederken, geniş anlamda zarar hem maddi hem de manevi zararı içermektedir[42].

4.1.1. Maddi zarar

Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığındaki[43] eksilme olarak ifade edilmektedir. Bu eksilme, para ile ölçülebilen hukuki değerleri içermektedir. Maddi zararın türlerine geçmeden evvel, malvarlığının konusunu teşkil eden para ile ölçülebilir değerin kapsamını incelediğimizde; bunun içerisinde maddi (mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar) ve maddi olmayan mallar (fikri ve sınai haklar) üzerindeki mutlak haklar, alacak hakkı ve yoksun kalınan karın bulunduğunu görmekteyiz.[44] Bu noktada, kişilik haklarının ihlali malvarlığı kapsamında mütalaa edilmediğinden, buna yönelik zararlar manevi zarar olarak tazmin edilmektedir.[45]

4.1.1.1. Maddi zarar türleri[46]

4.1.1.1.1. Fiili zarar

Zarar görenin malvarlığında iradesi dışında ortaya çıkan fiili azalmaya fiili zarar denir.[47] Fiili zarar malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde artma şeklinde ortaya çıkmaktadır.[48] Aktifte azalmaya örnek olarak, bir malın çalınması, tahrip edilmesi veya zarar görenin yaralanma nedeniyle yaptığı tedavi masrafları verilebilir. Pasifte artma ise üçüncü kişinin hilesi

---

42 **Kılıçoğlu, M**., s.23. Doktrinde Oğuzman/Öz, geniş anlamda zarar kavramını kabul etmemekte, manevi zararın maddi zarardan ayrı bir hukuki kurumsal yapı olarak ele alınması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. s.514.

43 Malvarlığındaki pasifler mükellefiyetlerden, aktifler ise haklardan oluşur. Bkz. **Büyüksağiş, E**., *Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 46.

44 **Eren**, s. 473.

45 Kişilik haklarının ihlali malvarlığını olumsuz yönde etkilemişse, yani ekonomik zarara neden olmuşsa, maddi zararın varlığından bahsedilmektedir. Bkz. **Atamer**, s. 32.

46 **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s.63; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.559 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.515 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, s.124; **Kaplan**, s.130 vd.; **Kılıçoğlu**, s.284.

47 **Eren**, s.477.

48 **Oğuzman/Öz**, s.515; **Bozer, A**., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara 2007, s.92.

sonucu yüklenilen borç biçiminde ortaya çıkabilir.[49] Buna ek olarak, zararı önleyici masrafların da fiili zarar olarak ele alındığını belirtmekte fayda vardır.[50]

4.1.1.1.2. Yoksun kalınan kar

Zarar gören kişinin hayatın olağan akışına göre elde etmesi muhtemel kazançtan (aktifin artmasından ya da pasifin azalmasından)[51] yoksun kalmasını ifade etmektedir.[52] Örneğin A'nın B'yi yaralaması sonucu B'nin çalışamaz hale gelmesi ve kazancından yoksun kalması bu şekildedir. Burada ortaya çıkan zarar, vücut tamlığının ihlali değil, gelecekte elde edilmesi kuvvetle muhtemel kazançtan yoksun kalınmasıdır[53]. Zararın geleceğe ilişkin bir ihtimale dayanması[54] yoksun kalınan karın değerlemesinde sorunlar ortaya çıkarabilmektedir. Bu noktada, zarar görenin ispat etmesi gereken iki husus vardır: (a) Zarar verici eylem olmasaydı elde edeceği kazanç tutarı ve (b) Davranışın gelirin elde edilmesini engelleyip engellemediği (uygun nedensellik bağı).

Yoksun kalınan kara en güzel örneklerden biri, destekten yoksun kalanların[55] uğradıkları zarar gösterilebilir (BK. m. 45/II). Bunun yanı sıra, haksız

---

49 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.559; **Tunçomağ**, s.269; **Oğuzman/Öz**, s.515; **Büyüksağiş**, s.84-85; **Sanlı**, s.303; **Eren**, s.477-478; **Aksoy, N**., *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Uzmanlık Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2004, s.47.

50 Bkz. **Sanlı**, s. 30, dnt:1337'de belirtilen yazarlar.

51 Bkz. HGK 12.06.1996 T, 1996/11-372 E, 1996/485 K.

52 **Eren**, s.478-479; **Oğuzman/Öz**, s.515; **Sanlı**, s. 303; **Bozer**, s.93.

53 Vücut tamlığının ihlali sonucu ortaya çıkan tedavi masrafları ise fiili zarardır.

54 **Büyüksağiş**, s.85

55 Yargıtay destekten yoksun kalmaya ilişkin tazminat davalarında, destekten yoksun kalan eşin yeniden evlenme ihtimalini hukuki değerlendirmede dikkate almaktadır. Destekten yoksun kalan eşin evlenme olasılığının miktarı tayin edilecek tazminat bakımından bir indirim sebebi teşkil etmektedir. Bu konuda Yarg. 4 HD.'nin 25.04.1991 tarih ve E.1990/4315, K.1991/3753 sayılı kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "*Davacı Aysel, trafik kazasında kocasının ölümü ile 19 yaşında çocuksuz olarak dul kalmıştır. Mahkeme, davacının %25 evlenme şansı olacağını kabul eden bilirkişi raporunu esas alarak hüküm kurmuştur. Oysa, evlenme şansı ve oranının belirlenmesi, özel ve teknik bilgiyi gerektirmeyen bir değer yargısına bağlıdır. Medeni Kanunun 4.maddesi, takdir hakkının hakim tarafından hakkaniyete uygun olarak kullanılacağını kabul etmiştir. Bu nedenle, evlenme şansının ve oranının özellikle yaş, mizaç, sosyal koşul, yerel ortam, aile bağları, sağlık, fiziki görünüş, iktisadi durum, evlenme isteği gibi faktörler göz önünde tutularak hakim tarafından belirlenmesi zorunludur. Hakim, ancak görev yaptığı çevreye yabancı ise dul olan kişilerin tekrar evlenebilme olanakları ile ilgili örf ve adeti, sosyal çevreyi yerel bilirkişi aracılığı ile tesbit edebilir. Buna rağmen, somut olayda kişinin*

rekabet (TK. m. 58/I) nedeniyle uğranılan zarar da, yoksun kalınan karı ifade etmektedir. Ayrıca HGK'nun 10.11.1999 T, 1997/4268 E., 1997/4712 K. sayılı kararına göre, ortaklığın giderilmesi yolu ile satılan taşınmazın bedeli üzerine haksız ihtiyati tedbir konularak davacıya ödenmesinin geciktirilmesi halinde, satım bedelinin vadeli banka hesabına yatırılmamış olması sonucu ortaya çıkan zarar mahrum kalınan karı işaret etmektedir. Son olarak, sözleşmeden doğan borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi üzerine maruz kalınan ekonomik kayıplar da (bir başka kişiye daha pahalıya satma fırsatı)[56] yoksun kalınan kar olarak kabul edilmektedir.[57] Bazı durumlarda, fiili zarar ile yoksun kalınan kar aynı anda gerçekleşebilir. Örneğin, bir şahsın mağazada yangına neden olması üzerine mağazanın bir süre kullanılamamasından ötürü elde edilemeyen kazanç yoksun kalınan karı (gelecekteki kayıp); mağazanın tadilat giderleri (mevcut zarar) ise fiili zararı ifade etmektedir. Doktrinde, yoksun kalınan kara verilen diğer bir örnek; A'nın B'ye kiraladığı zemin kattaki daireyi, yol şebekesinin patlaması sonucu su basmasıyla kiracı evi terk etmişse, kiralayanın yoksun kaldığı kar kira gelirlerinden ibarettir.[58]

4.1.1.1.3. Normatif zarar

Normatif zarar, maddi zararın kapsamını genişleten bir kavram olarak Alman hukukunda savunulmakta ve malvarlığına dahil olmayan değerlerin azalması halinde de, hukuken bu değerlerin tazmin edilebileceği ifade edilmektedir.[59] Bu bağlamda, bir malın kullanım olanağından yoksun kalınması, tatil ve boş zamandan yoksun kalma halleri, normatif zarara örnek olarak gösterilebilir.[60] Baskın görüşe göre, bu gibi durumlarda şartları varsa yalnız-

---

evlenme şansı olup olmadığı, varsa oranının belirlenmesi için yukarıda belirtilen hususlara göre nitelendirme yapmak hakimin görevidir. Olayımızda, böyle bir inceleme yapılmadan ve davacımızın yaşı ve çocuksuz olması göz önünde tutulmadan %25 evlenme şansının kabul edilmesi hatalı olmuştur. Mahkemece yapılacak iş, evlenme şansının tüm olgular gözetilerek tayin edilip sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir".

56 Bu durum, zarar gerçekleşmeden önce alacaklının kendisini zarara uğratan kişiyle yaptığı sözleşmenin fırsat maliyetini (opportunity cost) ifade etmektedir.

57 **Eren**, s.478-479; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s.65-69; **Büyüksağiş**, s. 86.

58 Evin zarar görmesi fiili zararı teşkil etmektedir. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK'nun 23.06.1999 tarih ve E.1999/4-528, K.1999/540 sayılı kararı.

59 Alman hukukunda, Larenz, Lange, Medicus ve Fikentscher normatif zararların tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s.499, dnt:87. **Kılıçoğlu**, s.290; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakaş, F.T.**, *Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, AÜHF, Ankara 2004.

60 Alman Medeni Kanunu m.651/f'e göre, tatilin sonuçsuz kalması veya büyük oranda zarar görmesi nedeniyle tatilin boşa çıkması halinde, uğranılan zararın tazmin edilebileceği düzenlenmektedir. Burada, Alman yasakoyucu bu düzenleme ile normatif zarar türünü kabul etmekten ziyade, kanun maddesinin gerekçesinden de

ca manevi tazminat yoluna gidilebilir[61]. Normatif zarar, malın haksız fiil sonucu kullanımından yoksun kalanların, malın ikamesi için masraf yapamayacak olanlar için de tazminata olanak vermesi bakımından adil ve herhalde ekonomik teorinin önleyicilik ve net sosyal refah artışı sağlanması amacı bakımından da etkinliği sağlayıcı bir müessese bağlamında tazmini mümkün bir zarar türü olarak kabul edilmelidir. Doktrinde, normatif zararın tazminine karşı olan yazarlara[62] göre, bir arabanın zarara uğraması ve tamir süresince sahibinin arabayı kullanamaması durumunda zararı yalnızca arabanın tamir ve sürüm değerinin düşmesinden kaynaklanan masraflar olarak görmektedirler. Yine bu görüşe göre, kullanım olanağından yoksun kalınması ise yalnızca zarar görenin bu süre içerisinde bir başka araba kiraladığı (ya da ulaşım maliyetine katlandığı) durumda zarar olarak tazmin edilebilir[63]. Diğer bir ifadeyle, malvarlığında fiili veya muhtemel bir eksilmenin olmasını aramaktadırlar[64]. Oysa kişinin araba kiralaması zorunlu değildir. Burada önemli olan, zarar görenin araba kullanma zevkinden (faydasından) yoksun kalmasıdır. Aksi halde, yalnızca parası olup araba kiralayabilenlerin zararını (masrafları) tazmin etmesi mümkün olabilecektir ki; bu süreçte araba kiralayamayanlar için kabul edilemeyecek bir durumdur. Diğer bir anlatımla, baskın görüşün araba kiralayanların faydasındaki azalmayı dikkate alırken, araba kiralayamayanların araba kullanma imkanından yoksun olması neticesinde[65] faydalarında meydana gelen azalmayı göz ardı etmesi isabetli görünmemektedir. Hukuk doktrininde von Tuhr'a göre; arabanın kullanılmasından yoksun kalınması sonucunda daha önce araba için yapılan harcamalar, *umudun boşa çıkması zararı* olarak ifade edilmektedir. Örneğin arabanın tamirde olduğu dönem içerisinde zarara uğrayan kişi arabayı kullanamamasına rağmen, arabanın vergi, sigorta ve garaj kirası masraflarını ödemeye devam etmek zorunda kaldığından, bu masrafların boşa giden giderler kapsamında tazmin edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[66]

---

anlaşılacağı üzere, tatilin boşa çıkması zararını manevi zarara dayandırmaktadır. Bu nedenle, Alman yasakoyucunun teorik olarak normatif zarar türünü kabul ettiğini söylemek oldukça zor görünmektedir.

61 **Oğuzman/Öz**, s. 516.

62 **Öz, T**., *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul 1989, s.290-292; **Oğuzman/Öz**, s.516; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.548 vd.

63 Bkz. Yarg. 4. HD. 7.10.1986 T, E.6315, K.6869 sayılı kararı.

64 **Oğuzman/Öz**, s.516.

65 Araba kiralanmasa da, tazminat miktarı belirlenirken aynı tip bir arabanın kira tutarı ve yoksun kalınan gün esas alınarak araba kullanma imkanı bulunmayan kişiye hesaplanan tazminat tutarının (normatif zarara maruz kalana) ödenmesi gerekmektedir.

66 **Kılıçoğlu, M**., s.31-32.

4.1.1.1.4. Doğrudan zarar

Hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin bu fiil nedeniyle araya ilave bir neden girmeden uğradığı zararlardır. Örneğin, yakılan bir mağazanın tadilatı veya yaralama sonucu ortaya çıkan tedavi masrafları doğrudan zarardır.[67]

4.1.1.1.5. Dolaylı zarar

Doğrudan zarara bağlı olarak doğan ilave zararları ifade etmektedir. Yaralanan kişinin tedavisi sırasında yanlış uygulama yüzünden zarar görmesi dolaylı zarardır. Dolaylı zararların tazmininde uygun nedensellik bağı, tazminatın sınırlarını belirlemektedir.[68]

4.1.1.1.6. Yansıma zarar

Haksız bir fiil nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararları ifade etmektedir. Yansıma zarara maruz kalan kişiye dolayısıyla zarar gören kişi de denilmektedir[69]. Örneğin sanatçı A'nın hukuka aykırı bir fiil sonucu ölmesi durumunda yansıma zararlar şu şekilde ortaya çıkacaktır;

- Eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalması,
- İşyeri olan barın çalışamaması, işyeri sahibinin zararı,
- Sanatçıya ödünç verip tereke borca batık olduğundan parasını geri alamayacak olan kişinin maruz kaldığı zarar.

Yansıma zararı diğer zarar türlerinden ayıran en önemli özellik, zararın tazmin edilebilmesi için illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağının gerçekleşmiş olması şartının aranmasıdır. Diğer bir deyişle, bu zararların giderilmesine olanak veren bir hukuk kuralı bulunmalıdır.[70]

4.2. Manevi zarar

Kişinin iradesi olmaksızın şahıs varlığında tezahür eden eksilmeyi ifade etmektedir. Şahıs varlığı, malvarlığından farklı olarak manevi değerlerden (itibar, haysiyet, özgürlük, vücut tamlığı, isim gibi) oluşmaktadır. Tandoğan, manevi tazminat yerine manevi tatmin deyimini kullanmaktadır. Kişilik

---

67 **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s.70; **Eren**, s.480; **Oğuzman/Öz**, s.516-517.

68 **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s.70; **Saymen / Elbir**, *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul 1958; **Oğuzman/Öz**, s.517; **Kaplan**, s.131.

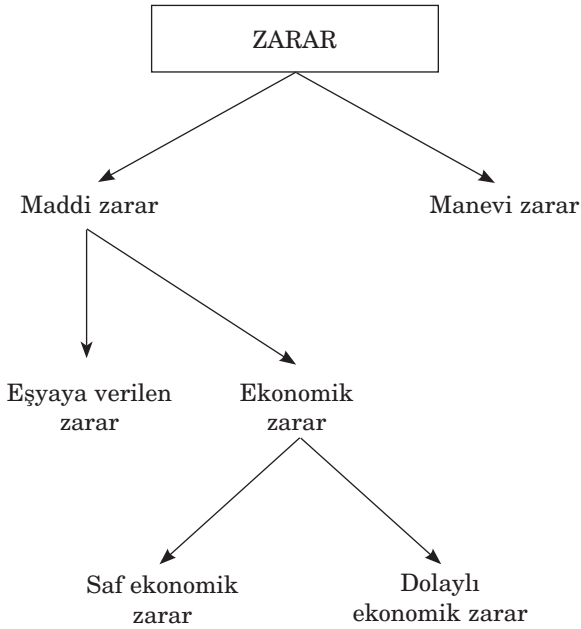
69 **Eren**, s.481.

70 Örneğin BK. m.45/II, yansıma zararın tazminine imkan vermektedir.

hakkına tecavüzün olmadığı bir durumda salt ruhi bakımdan kişinin sıkıntı çekmesi manevi tazminatı gerektirmez.[71]

5. Ekonomik Teoride Zarar Kavramı ve Türleri

Ekonomik teoriye göre zarar, hukuk düzenince kişiye sağlanan ekonomik menfaat ve değerlerin ihlali neticesinde kişinin faydasındaki olumsuz değişmedir.[72] Diğer bir ifadeyle zarar, zarar görenin fayda veya kar fonksiyonundaki aşağı yönlü harekettir.[73] Hukuk ve ekonomi teorisinde Türk hukukundan farklı olarak zararın tasnifi şu şekildedir:



5.1. Zararın Faydacı Felsefedeki Yansımaları ve Tespitler

- Maddi ve manevi her türlü zarar kişinin haksız fiil öncesi durumundan sağladığı faydayı azaltmaktadır.
- Faydanın azalmasıyla net sosyal maliyet artmaktadır.
- Bu bakımdan, olumsuz dışsallık yaratan davranışların içselleştiril-

---

71 **Sanlı**, s.306; **Oğuzman/Öz**, s.515; **Gülerci/Kılınç**, s.158; **Akıntürk/Karaman**, s.91.

72 **Sanlı**, s.318, dnt: 1401.

73 **Cooter/Ulen**, s.326.

mesi gerekmektedir. Bunu sağlayacak araçlardan biri de, haksız fiil hukukudur.[74]

- İhlale konu olan menfaatin piyasada ikamesi bulunuyorsa, nakdi tazminat kişinin faydasını eski hale getirecektir.
- Faydanın tazminata temel teşkil etmesinden ötürü, zararın zarar görence tespiti gerekir.
- Kişi hakkına konu olan menfaatlerin parayla ifade edilemeyeceği görüşü isabetli değildir. Ekonomik teori, kişi hakkına ilişkin menfaatlerin de parayla ifade edilebileceğini savunmaktadır. Dolayısıyla ekonomik teori değerleme bakımından kolaylık sağlamaktadır. Örneğin, kişinin ismi veya resmi üzerindeki menfaati piyasada tedavül ettiği sürece parayla ifade edilebilir.[75]

5.2. Maddi Zarar[76]

Maddi zararın temel özelliği para ile ölçülebilir olması şeklinde algılansa da, maddi menfaatin parayla ölçülebilmesi için piyasada tedavül etmesi yani mübadelelere konu olması gerekmektedir.[77]

5.2.1. Eşyaya Verilen Zarar

Zarar verenin fiili ile eşyanın görünümünün mağdurun istemediği şekilde değişmesidir. Bu itibarla, fiziksel bir müdahale olmadan yalnızca eşyanın değerinde bir azalma, eşyaya verilen zarar olarak nitelendirilemez. Ancak ekonomik zarar olarak ele alınabilir. Ekonomik açıdan baktığımızda, önemli olan kişiyi zarardan önceki konuma getirecek parasal tutarın tespit edilmesidir. Dolayısıyla, karşımıza zararın değerleme sorunu çıkmaktadır. Bu sorunun çözümünde malın ikamesinin olup olmadığı büyük bir önem arz etmektedir. İlk olarak ikame edilebilir bir eşyanın zarar görmesi incelendiğinde bunların piyasada mübadelelere konu olması sebebiyle herhangi bir değerleme sorunu

---

74 Diğer araçlar; Pigocu vergi ve regülasyonlardır. Bkz. **Pigou, C.A.**, *The Economics of Welfare*, 4th edition, Mc. Millan and Co., London 1932. Olumsuz dışsallıkların giderilmesinde hangi araçların uygun hukuki kurumsal yapı olduğu hukuk ve ekonomi öğretisinde geniş anlamda hukuki kurumsal yapı analizinde ele alınmaktadır ve bağımsız bir tartışma alanıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sanlı**, s.446 vd.

75 Bir kişinin resminin izinsiz olarak gazetede yayımlanması manevi menfaatin piyasada tedavül ettiği anlamına gelmektedir.

76 Bu çalışmanın kapsamı maddi zararla sınırlı olduğundan manevi zarar bahsine yer verilmemiştir. Hukuk ve ekonomi öğretisinde manevi zarar için bkz. **Sanlı**, s.383-406.

77 **Sanlı**, s. 320-321.

içermediği söylenebilir.[78] Bu nedenle, piyasa değerini esas almak yeterli olacaktır.[79] Bu noktada, zarar görenin mala piyasa değerinden daha fazla bir değer atfetmesi dikkate alınmamaktadır. Örneğin; 1000 TL'lik televizyonun telef olması durumunda zarar gören, mala 1500 TL atfetmiş olsa da kendisine ödenecek tazminat miktarı 1000 TL olacaktır. Buna mukabil, malın piyasada ikamesi olmaması durumunda (antika eşya, hatırası olan eşya gibi) kişinin faydasının telafi edilmesinde zarar görenin mala atfettiği sübjektif değer esas alınır.[80] Sübjektif değerin belirlenmesinde, iki yaklaşım esas alınmaktadır. Bunlar, malın satış ve alış fiyatı olarak ifade edilmektedir. Satış fiyatında zarar görenin eşyadan vazgeçmek için talep ettiği asgari tutar dikkate alınırken, alış fiyatında zarar görenin eşyayı elde etmek için ödeyeceği azami tutar esas alınmaktadır. Bu bağlamda, satış fiyatının esas alınması malın kişinin mal varlığında mutlak hak olarak yer almasından dolayı daha isabetli görünmektedir.[81] Türk hukukunda da, ikame edilebilirlik bakımından bir ayırım yapılmasa da, yukarıda belirtilenlerden farklı bir sonuca ulaşılmamaktadır.[82]

5.2.2. Ekonomik Zarar

Ekonomik zarar kavramı, Türk haksız fiil hukukunda ayrı bir zarar türü olarak düzenlenmemektedir. Ekonomik teoride, ekonomik zarar meselesi sosyal ve özel maliyetlerin ayrışması olarak ele alınmaktadır. Ekonomik zararın ortaya çıktığı her durumda, zarar görenin zararı sosyal maliyetlerden fazla ise, bu zararın tam olarak tazmin edilmesi istenmez. Bunun yanı sıra, ekonomik zararın birden çok kişi üzerinde gerçekleşmesi sebebiyle üçüncül maliyetler dikkate alınarak ekonomik zarar sonucu tazminat talep edebilecek kişilerin çevresinin sınırlanması gerekmektedir. Kanaatimizce, sosyal ve idari maliyet mülahazası, sorunun basite indirgenerek çözülmesi bakımından son derece fonksiyonel bir nitelik taşımaktadır.[83] Bu bağlamda, ekonomik zarar eşya zararı dışında kalan tüm zararları (yoksun kalınan kar,

---

78 **Shavell, S**., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987, s.133.

79 **Shavell,** *Accident*, s.133-134.

80 **Shavell,** *Accident*, s.133.

81 **Sanlı**, s.324.

82 Türk hukukunda, zarar konusu eşyanın piyasada ikamesi varsa objektif değer, buna karşılık kişinin malvarlığında mutlak hak olarak yer alıyorsa sübjektif değer esas alınmaktadır. Bkz. **Sanlı**, s.326, dnt: 1442'de yer alan Yargıtay kararları: Yarg. 4. HD. 12.12.1979 T., 9779 E., 13899 K.; Yarg. 4.HD., 28.11.1989 T. 6310 E. 9200 K.; Yarg. 4.HD., 12.1.1982 T. 13394 E. 274 K.

83 Ekonomik teoride Mattiacci/Schafer, sorunun yalnızca sosyal ve idari maliyet ölçüleriyle ele alınmasını eleştirmektedirler. Bkz. **Dari-Mattiacci, G. / Schafer**, **H.B.,** *The Core of Pure Economic Loss*, International Review of Law and Economics, 27 (2007) 8–28, 2007, s.4.

yansıma zarar) ihtiva etmektedir[84]. Burada zararın konusu fiziksel bir eşya değil, geleceğe yönelik ekonomik bir beklentidir[85].

5.2.2.1. Saf Ekonomik Zarar[86]

Saf ekonomik zarar, zarar görenin ekonomik menfaatlerinin olumsuz etkilenmesini ifade etmektedir.[87] Saf ekonomik zararın sınırını, hukuka aykırılık unsuru belirlemektedir. Saf ekonomik zarara, haksız rekabet, kişilerce verilen yanlış bilgiler neticesinde bu bilgilere güvenerek[88] işlem yapan üçüncü kişilerin zarara uğraması gibi olaylar ve olgular örnek olarak verilebilir. Dolaylı ekonomik zararda, eşya zararı ve bundan doğan ekonomik zararın aynı kişinin mal varlığında meydana gelmesi gerekirken; saf ekonomik zararda, zararın haksız fiile maruz kalan kişinin mal varlığında gerçekleşmesi şartı aranmamaktadır.[89] Dolayısıyla, saf ekonomik zararda tazminat talep

---

84 **Perry, R**., *The Economic Bias in Tort Law*, University of Illinois Law Review, Vol.2008, No.5, s.1574.

85 **Sanlı**, s.332

86 Saf ekonomik zararın tazmini meselesine yönelik ilk tartışmayı Bishop 1981 yılında "Economic Loss in Tort" makalesiyle başlatmıştır. **Bishop, W**., *Economic Loss in Tort*, Oxford Journal Legal Studies, Vol.2, 1982. Bu tartışmanın karşı tarafını ise Rizzo temsil etmiştir. Bkz. **Rizzo, M**., *The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop*, Oxford Journal Legal Studies, Vol.2, 1982. Ayrıca bkz. **Bishop, W**., *Economic Loss: A Reply to Professor Rizzo*, Oxford Journal Legal Studies, Vol.2, 1982.

87 Bunlar soyut ekonomik menfaatler olarak mütalaa edilebilir.

88 Saf ekonomik zararların tazmin edilmesi noktasında bu tür zararların tazminini olanaklı kılabilmek için doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Güven sorumluluğu ilkesi de bunlardan biridir. Güven sorumluluğu esas itibariyle edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinin temelini oluşturmaktadır. Örneğin; culpa in contrahendo (sözleşme görüşmeleri öncesi sorumluluk), culpa post pactum perfectum (sözleşmenin ard etkisi teorisi), üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve fiili sözleşme teorisi gibi. Buna göre, güven sorumluluğunun doğabilmesi için (i) bilgiye duyulan güven (ii) güvenen kişinin bu güveni davranışlarında göstermesi (iii) bilginin önemli işlerde kullanılması gerekmektedir. **Kırca, Ç**., *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s.111-112. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri MK. m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Bu itibarla, sorumluluk hukukunda zarar görenin zararının haksız fiil yerine sözleşmesel ilişkiye dayandırılmasının temel nedeni, haksız fiil hukukunun zarar görenin zararını sınırlı olarak giderebilmesidir. Diğer nedenler ise, kusuru ispat zorunluluğunun ortadan kalkması ve on yıllık genel zamanaşımından yararlanmak olarak gösterilebilir.

89 Bkz. 1972 tarihli İsveç Haksız Fiil Kanunu'nun 2. Maddesi. **Bussani, M. / V. Palmer**, *The Notion of Pure Economic Loss and Its Setting, Pure Economic Loss In Europe*, Editors: Bussani, Mauro / Palmer Vernon Valentine, Cambridge University Press, 2003, s.6.

edebilecek çevrenin dolaylı ekonomik zarara nazaran daha geniş olduğu ileri sürülebilir. Bu nedenledir ki, çoğu hukuk sistemlerinde saf ekonomik zararın tazminine olanak tanınmamaktadır.[90] Buna mukabil, saf ekonomik zararın tazminine imkan veren hukuk sistemlerinde[91] ise tazminat talep edebilecek çevre (saf ekonomik zarara uğrayanlar) hukuka aykırılık unsuru ile sınırlandırılmaktadır. Bu noktada, Alman ve Fransız haksız fiil kurallarının karşılaştırılması gerekmektedir. Almanya'da BGB m.823/I[92], saf ekonomik zararların tazminine olanak vermezken; Fransız Medeni Kanunu'nun 1382. maddesi[93] haksız fiilin ika edilmesi sonucu doğacak her türlü zararlardan zarar verenin sorumlu tutulacağı düzenlemesine[94] giderek teoride saf ekonomik zararın tazminini mümkün kılmaktadır. İki farklı düzenlemenin altında yatan temel felsefi düşünce, Alman haksız fiil hukukunun hareket özgürlüğüne öncelik tanıyan yaklaşımı ile Fransız hukukunun mülkiyetin ve malvarlığının korunmasını temel alan yaklaşımı arasındaki çatışma olduğu kanaatindeyiz.[95] Saf ekonomik zararın tazminine yönelik bu sınırlamalar, hukuk ve

---

90 Türkiye, İsviçre, Almanya, Avusturya, Portekiz, Amerika Birleşik Devletleri ve İskandinav ülkeleri. Bkz. **Parisi, F / Palmer, V. / Bussani, M**, *The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss*, George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper No.05-12, University of Minnessota Law School Legal Studies Research Paper No.07-18, s.1-2, http://ssrn.com/abstract=742104. "*Davalılar Uludağ yolu üzerindeki arsada inşaat amacıyla temel hafriyatı yaparken gerekli tedbirleri almamışlar ve yol kayarak sekiz gün süreyle trafiğe kapanmıştır. Uludağ yönünde aynı yol üzerinde birahane sahibi olan davacı da, birahanesine müşteri gelmemesi sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep etmiştir*". Yargıtay, davacının zararının yansıma zararı olduğunu ifade etmiş ve Türk pozitif hukuku bakımından bu zararların tazmininin mümkün olmadığını, hukuka aykırılık bağının buna engel olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yarg. 4.HD. 8.1.1979 T., 13144 E., 38 K.

91 Fransa, Belçika, İtalya, Hollanda. Bkz. **Parisi / Palmer / Bussani**, s.2.

92 "*(1) A person who wilfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or other right of another is bound to compensate him for any damage arising therefrom*". Bkz. **Goren, S**., *The German Civil Code*, 1992, s.153, http://books.google.com.tr/books?id=zUDXMDG6M_AC&dq=german+civil+code&printsec=frontcover&source=bl&ots=un5P94RrQd&sig=ZsJpx6jaHaWWYUVWv35UIJngoTk&hl=tr&ei=-pCcSa-MMoaR-gb9uMDgBA&sa=X&oi=book_result&resnum=7&ct=result#PPA153,M1

93 "*any loss caused to a person through the behaviour of another must be repaired by the person whose fault it was that the loss occurred.*"

94 **Delplanque, C**., *Origins and Impact of the French Civil Code* (Translated by: Edith Horak), http://www.afhj.fr/ressources/french-code-civil.pdf, s.2.

95 Alman ve Fransız hukuklarındaki saf ekonomik zararın tazminine yönelik tartışmanın izdüşümü, kendisini taşınır mülkiyetinin devrine yönelik tartışmada da göstermektedir. Bu itibarla, doktrinde taşınır mülkiyetinin devrinin illi veya mücerret olup olmadığına ilişkin yukarıdaki Alman ve Fransız ekollerini esas alan görüşler mevcuttur. Alman hukukundan esinlenen görüşe göre, taşınır mülkiye-

ekonomi öğretisinde sosyal ve idari maliyet mülahazaları çerçevesinde açıklanmaktadır. Her ne kadar, saf ekonomik zarar çoğu zaman yansıma zarar olarak ifade edilen durumlarda ortaya çıksa da, ondan daha geniş bir kavram olduğu belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle, yansıma zarar her zaman saf ekonomik zararı ifade etse de[96], saf ekonomik zararı her durumda yansıma zarar olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu noktada, hukuk ve ekonomi öğretisi ile Türk hukuku arasındaki fark ortaya çıkmaktadır. Türk hukukundaki genel anlayış ve sistem, saf ekonomik zararların tazmin edilememesine yöneliktir. Bunun temel nedeni, yürürlükteki hukuk bakımından hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmemiş olmasıdır.[97] Hukuka aykırılık, genel itibariyle mutlak hakların ihlaline ilişkin olarak ortaya çıktığından, cismani ve eşya zararları bakımından şart gerçekleşmektedir. Buna mukabil, saf ekonomik zararın varlığı durumunda bu zarara maruz kalan kişinin ekonomik menfaatini koruyucu herhangi bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Türk haksız fiil hukukunda, saf ekonomik zararın tazmin edilemeyeceği yönündeki genel kurala karşılık, bir takım istisnai düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra, doktrinde de saf ekonomik zararın tazmin edilebilmesine yönelik teoriler geliştirilmektedir. Örneğin; Borçlar Kanunu m.41/II (ahlaka aykırı bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğratılması) ve m.45/II (destekten

---

tinin devri sebepten soyut olduğundan, borçlandırıcı işlemdeki sakatlık tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyecek ve taşınırın mülkiyeti karşı tarafa geçecektir. Dolayısıyla mülkiyet karşı tarafa geçeceğinden sebepsiz zenginleşme davası gündeme gelecektir. Görüldüğü üzere, mülkiyetin karşı tarafa geçmesi bu görüş yanlılarınca ticari hayatın devamını sağlamak için oldukça önemlidir. Buna karşılık, Fransız hukukundan etkilenen diğer bir görüşe göre ise, taşınırın devri sebebe bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, borçlandırıcı işlemin sakat olması tasarruf işleminin geçerliliğini etkileyeceğinden taşınır karşı tarafın zilyetliğinde olsa da, mülkiyetin geçmeyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüş kabul edilirse, mülkiyet karşı tarafa geçmediğinden sebepsiz zenginleşme davası uygulama alanı bulamayacak, onun yerine mülkiyete dayalı istihkak davası açma yoluna gidilecektir. Burada da Alman hukukundan farklı olarak mülkiyetin korunmaya çalışıldığını görmekteyiz. Dolayısıyla birbiriyle çatışan bu iki değerden (mülkiyet/malvarlığı k. ticari hayatın devamı) hangisinin üstün tutulacağı bir hukuk felsefesi ve hukuk politikası sorunudur. Bu cümleden olmak üzere, taşınır mülkiyetinin devrine yönelik mülahazaların saf ekonomik zararın tazmini meselesinde de geçerli olması; esasında kanunların farklı hukuk politikalarına sahip olduklarını ve bu politikaların her bir hukuki kurumsal yapının temelini teşkil ettiğini açık ve net olarak ortaya koyması bakımından önemlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öz, T**., *Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, Kazancı Yayınları, Ankara 1990, s.181-196.

96 Bir şarkıcının haksız fiil neticesinde ölümü durumunda çalışamayacak olması iş yeri sahibinin, garsonların, çalgıcıların ve diğer çalışanların saf ekonomik zararını ifade etmektedir. Burada yansıma zarar ile saf ekonomik zarar örtüşmektedir. Kaldı ki, bu örnek Türk hukuk doktrininde yansıma zararı açıklamak için verilen örneklerden biridir.

97 **Eren**, s.558; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.476 vd.

yoksun kalma) hükümleri saf ekonomik zararın tazminine cevaz vermektedir. Saf ekonomik zararın tazminine imkan veren düzenlemeler diğer bazı genel ve özel nitelikli kanunlarda da yer almaktadır[98]. Doktrinde, saf ekonomik zararın tazmin edilebilmesine yönelik geliştirilen teoriler, hukuka aykırılık unsuru etrafında ele alınmaktadır. Bu itibarla, normun koruma amacı teorisi[99] olarak adlandırılan görüş doğrultusunda, yakınının cismani zarar görmesi nedeniyle manevi zarara uğrayan üçüncü kişilerin bu zararlarının tazminine imkan verilmesi saf ekonomik zararın tazmini ile paralel bir nitelik arz etmektedir. Ayrıca, Alman hukukundan etkilenen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi kapsamında, sorumluluğun sınırları genişletilmeye çalışılmaktadır. Bu teoriye göre, edimin ortaya çıkaracağı risklere alacaklının yanında üçüncü kişilerin de maruz kalması durumunda uğrayacakları zarar sözleşmenin koruma alanına dahil edilerek, sözleşmeye dayalı sorumluluk kapsamında tazmin edilmektedir. Söz konusu teoriler, dayanağını Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralında bulmaktadırlar. Böylelikle sözleşmelerin nispi etkisi oldukça daralmaktadır. Bu yönüyle de, haksız fiil kuralları ile tazmin edilemeyen saf ekonomik zararların sözleşmeler hukuku yoluyla tazmini sağlanmaktadır. Ancak bu durumda da, sözleşmelere konulan sorumsuzluk kayıtları saf ekonomik zarara maruz kalanlar bakımından önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Tek cümleyle özetlemek gerekirse; saf ekonomik zararların tazmin edilmemesinin temel nedeni sosyal ve idari maliyet mülahazalarıdır. Saf ekonomik zararın kimi kurgularda tazmin edilebilmesi gerektiği görüşünü benimsediğimiz bu çalışmada, sosyal ve idari maliyet mülahazaları sorumluluğun sınırlarını belirlerken kullanacağımız temel ölçüler olacaktır.

Hukuk ve ekonomi öğretisinde saf ekonomik zarara ilişkin olarak birçok örnek verilmekle birlikte, burada söz konusu örneklerden görece daha önemli olanları incelenecektir.[100]

(i) Elektrik kablosu örneği[101]: "*İnşaat şirketi kusurlu bir davranış sonrasında kasabaya elektrik ileten bir kabloya zarar vermiş ve kablonun*

---

98 Haksız rekabet TTK, m.56 vd., 4054 s. RKHK m.58, FSEK m.68, SPK m.16, TCK m.157 (dolandırıcılık) ve TCK m.204 vd. (belgede sahtecilik) durumlarında açılan tazminat davaları saf ekonomik zararın tazminine yöneliktir.

99 Yargıtay'ın bu teoriyi kabul eden kararları için bkz. Yarg. 4.HD. 13.3.1978 T. 5312/3193; Yarg. 4.HD. 08.1.1979 T. 13144/38 (www.kazanci.com.tr).

100 Hukuk ve ekonomi öğretisinde sosyal ve idari maliyet mülahazalarının ele alındığı birçok örnek mevcuttur. Bkz. Cattle v. Stockton Waterworks Company; Weller and Co v. Foot and Mouth Disease Resarch Institute; Riviow Marine v. Washington Iron Works; Union Oil Co v. Oppen. Bkz. **Rizzo**, s.8-10.

101 Bkz. **Schilcher B. / Posch**, **W**., *Civil Liability for Pure Economic Loss: An Austrian Perspective*, s.174-196, http://books.google.com/books?id=8KYzMCKQotcC&printsec=frontcover&dq=economic+loss&hl=tr#PPR5,M1

kesilmesi sonucunda kasaba bir gün süre ile elektriksiz kalmıştır"[102]. Kablonun inşaat şirketince kusurlu bir davranışla kesilmesi neticesinde elektrik şirketinin hem eşya zararı hem de ekonomik zararı ortaya çıkmıştır. Eşya zararı kabloya ilişkin olmakla birlikte, elektrik şirketinin gelir elde edememesi durumu dolaylı ekonomik zararı[103] ifade etmektedir. Bu noktada, elektrik sağlayan şirketin zararı giderilecekse de, elektrik hizmetinden yararlanan kasaba sakinlerinin (özellikle esnafların) uğrayacakları zararlar tazmin edilemeyecektir. Bu kurguda, zarar gören çevrenin genişliği zararın niteliğinin yansıma zarar olduğunu göstermektedir. İnşaat şirketince ika edilen haksız fiilin sosyal maliyetine baktığımızda bunların; kablonun onarım gideri, elektrik şirketinin gelir kaybı ve dolaylı ekonomik zarar olduğunu görmekteyiz[104]. Bu kurguda sosyal maliyet yüksektir. Kaldı ki, elektriğin kesilmesi durumunda niteliği gereği homojen bir ürün olan elektriğin ikame edilebilirliği sınırlı olduğundan ve talebin fiyat esnekliği de düşük olduğundan ortaya bir refah kaybı çıkacaktır. Kullanıcıların zararının belirlenebilmesi zor olduğundan ve ispattaki güçlükler nedeniyle yargılama maliyetleri artacaktır. Ayrıca ekonomik zararın tazminine olanak tanınması halinde, zarar gören çevrenin genişliği sebebiyle pek çok kişi dava açacağından idari maliyetler artacaktır. Dolayısıyla bu örnekte ortaya çıkan zararın tazminine imkan verilmemesinin nedeni, sosyal maliyetlerden ziyade idari maliyetlerdir. Sonuç itibariyle, zararın farklı hukuki kurumsal yapılarla giderilmesi gerekmektedir.

(ii) Denetçi olayı örneği: "Denetçi firma D, bir anonim şirket olan Ş1'in yönetim kurulundan gelen talep üzerine Ş1'in muhasebe ve mali tablolarını denetlemiş ve buna binaen hatalar içeren bir muhasebe raporu hazırlamıştır. Bir başka şirket Ş2, herhangi bir şekilde denetçi şirket ile sözleşme ilişkisine girmeksizin, fakat bu rapordaki bilgilere dayanarak Ş1'i devralmak için bir fiyat teklifi yapmıştır. Teklif, anonim şirket Ş1 tarafından kabul edilmiş ve devir gerçekleşmiştir. Daha sonra şirketin mali durumunun raporda belirtildiği kadar iyi olmadığı ve dolayısıyla da verilen fiyatın çok yüksek olduğu anlaşılmıştır"[105]. Bu kurguda, Ş2'nin zararı saf ekonomik zarardır. Ş2 bu zararını D firmasından sözleşmeye dayalı olarak talep etmesi mümkün değildir. Çünkü D ile Ş2 arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra D'nin haksız fiile dayalı herhangi bir sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir. Çünkü D bu raporu Ş2'ye zarar verme kastıyla hazırlamamıştır. Dolayısıyla burada zararın tazminine olanak veren özel bir

---

102 **Sanlı**, s.339.

103 Yoksun kalınan kar.

104 Elektrik kesintisinden dolayı herhangi bir aletin bozulması da, sosyal maliyetin içerisinde değerlendirilmelidir.

105 **Sanlı**, s.341.

koruma normunun olup olmadığına bakılmalıdır. Bu normun, Sermaye Piyasası Kanunu m.16/IV ve ortaklık denetçilerinin sorumluluğuna ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri olduğu söylenebilir. Saf ekonomik zararın tazmin edilebilmesine olanak sağlayan bu koruma normları dışında, doktrinde yukarıda da belirtildiği üzere çeşitli teoriler geliştirilmiştir.

- Haksız fiil esasına dayalı sorumluluk görüşü çerçevesinde, mesleki sıfatı olan kişilerin meslek kurallarını çiğnediği, dolayısıyla saf malvarlığını koruyan bir normun bulunmaması durumunda hukuka aykırılık şartının gerçekleştiği ileri sürülmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, yanlış bilgi veren ve bilgiden yararlanan arasında özel bir ilişki kurulduğundan bahisle dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesinin hukuka aykırılığı ortaya çıkardığı savunulmaktadır.
- Sözleşme sorumluluğuna dayanan bu görüşe göre, bilgi veren ile bunu kullanan arasında bir sözleşmenin varlığından bahsedilmektedir. Bu konuda, Alman hukukunda kabul edilen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi esas alınmaktadır.
- Güven sorumluluğuna dayanan görüşe göre, burada bilgi verenin yarattığı fiili görünüşe güvenden dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir. Güven sorumluluğu edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinin temelini oluşturmaktadır. Örneğin; culpa in contrahendo[106], culpa post pactum perfectum[107], üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme[108], fiili sözleşme ilişkisi teorisi[109] gibi. Buna göre, güven sorumluluğunun doğabilmesi için (i) bilgiye duyulan güven (ii) güvenen kişinin bu güveni davranışlarında göstermesi (iii) bilginin önemli işlerde kullanılması gerekmektedir[110].

Bu kurguda, bilgiye güvenerek şirketin hisse senedini devralan kişilerin zararı, bu hisse senedini devredenlerin kazancı anlamına gelmektedir[111]. Dolayısıyla burada ortaya çıkan sosyal maliyet, alıcının işlemi yaptığı sırada yanlış bilgiden dolayı kaynakları etkin kullanıma tahsis edememesinden kaynaklanmaktadır[112]. Sonuç itibariyle, burada sosyal maliyet ekonomik zarardan daha az olduğundan, sorumluluk ihdas edip bunu sınırlandırmak isabetli olacaktır. Ayrıca tazminat talep edebilecek çevrenin sınırlandırılması

---

106 **Oğuzman/Öz**, s.321-324.

107 **Oğuzman/Öz**, s.35-36.

108 **Oğuzman/Öz**, s.36; **Eren**, s.42.

109 **Oğuzman/Öz**, s.37; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.68-69.

110 **Kırca**, s.111.

111 **Bishop,** Economic Loss in Tort, s.28.

112 **Bishop,** Economic Loss in Tort, s.28.

da gerekmektedir. Bu vesile ile hem idari maliyetler azalacak hem de bilgi sağlama hizmeti veren kişilerin etkin özeni göstermesi sağlanacaktır. Kaldı ki, güven sorumluluğunda belirtilen ilkelerin bu amaca hizmet ettiği söylenebilir.

Saf ekonomik zararın tazmin edilmemesi gerektiğini düşünen yazarlar şu gerekçeleri ileri sürmektedirler:

- Saf ekonomik zararın tazmini halinde zarar verenin sorumluluğunun oldukça genişleyeceği kaygısı hakimdir. Bu durum, doktrinde sorumluluğun genişlemesi (floodgates argument) olarak ifade edilmektedir. Örneğin, yukarıda verdiğimiz kablonun kesilmesi olayında saf ekonomik zararların tazmin edilmesi durumunda, inşaat şirketinin hareket özgürlüğünün aşırı kısıtlanacağı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla bir hukuk politikası olarak, bir taraftan hareket özgürlüğü ve diğer taraftan mağdurun menfaati arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir. Bu noktada, hukuka aykırılık unsuru saf ekonomik zararlarının tazminini önleyerek hareket özgürlüğüne üstünlük tanımanın bir aracı olarak kullanılmaktadır.
- Saf ekonomik zararların tazmin edilmemesine diğer bir gerekçe olarak, vücut tamlığı, hayat ve mallar üzerindeki mülkiyet gibi değerlerin ekonomik menfaatlere nazaran daha üstün olarak nitelendirilmesidir.
- Saf ekonomik zararların ortaya çıktığı durumlarda nispi hak konusu menfaatin ihlal edilmesinden dolayı çoğu kurguda nispi hak sahibi, üçüncü kişilerin haksız fiillerine karşı korunmamaktadır.

Bu çerçevede, son olarak üzerinde önemle durulması gereken nokta bütün kurgularda sosyal ve idari maliyetler ile ekonomik zarar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesidir[113]. Çoğu durumda, sosyal maliyetlerin mahkemece doğru şekilde belirlenebilmesi oldukça zor göründüğünden bu değerleme sorunu idari maliyetleri de artırmaktadır.

Hukuk ve ekonomi öğretisinde, ekonomik açıdan "olması gereken" hukuk politikası "sosyal maliyetin tazminat riski ile içselleştirilmesinin sağlayacağı refah artışı ile bunun neden olacağı idari maliyetin dengelenmesi"[114] olarak ifade edilmektedir.

- Ez > Sm ve Sm < 0 (sosyal maliyeti olmayan ve/veya refah artışı yaratan bir fiil sebebiyle ortaya çıkacak ekonomik zarardan herhangi bir hukuki sorumluluğun doğmaması gerekir).

---

113 **Dari-Mattiacci/Schafer**, s.9-10, 21-22.

114 **Sanlı**, s.362.

- Sm > Ez veya Ez = Sm (sosyal maliyetin ekonomik zarardan fazla veya ekonomik zarara eşit olduğu kimi kurgularda zarar verenin sorumlu tutulması gerekmektedir. Aksi halde hem net refah kaybı yaşanacak hem de ortaya çıkan sosyal maliyetler kişiselleştirilmeyerek zarar verenin etkin önlem alması teşvik edilemeyecektir.

- Sm < Ez (sosyal maliyetin ekonomik zarardan az olduğu kurgularda sorumluluk sınırlandırılmalıdır[115]. Bu kurguda idari maliyetler büyük önem taşımaktadır. Eğer idari maliyetler yüksek ise ortaya çıkan zararın tazminine cevaz verilmemektedir)[116].

5.2.2.2. Dolaylı Ekonomik Zarar

Dolaylı ekonomik zarar kapsamına cismani[117] zararlar veya eşya zararı[118] girmektedir. Türk hukukunda dolaylı zararlar tazmin edilebilmektedir. Doktrinde dolaylı ekonomik zararlar bakımından hukuka aykırılık unsuruna dair herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bunun nedeni, dolaylı ekonomik zararlarda hukuka aykırı fiilin mutlak hakkın ihlaline yönelik olmasıdır. Buna rağmen dolaylı ekonomik zararın tazmin edilebilmesinin iki sınırı vardır. Bunlardan ilki, zarar görenin gelir kaybının varlığıdır. İkincisi ise gelirin ahlaki ve hukuki bakımdan meşru biçimde elde edilmiş olmasıdır[119].

Sonuç

Türk hukukunda ekonomik zararın kapsamı sınırlandırılmıştır. Bu itibarla, dolaylı ekonomik zarar prensipte tazmin edilmekle birlikte, kapsamının daralmasına yönelik çeşitli teoriler mevcuttur. Buna karşılık, kural olarak saf ekonomik zararın tazminine cevaz verilmemekte, ancak istisnai durumlarda sosyal ve idari maliyet mülahazaları da dikkate alınarak zararın tazmin edilebilmesine olanak veren teoriler geliştirilmektedir. Diğer bir deyişle, hukuka aykırılık şartı saf ekonomik zararın tazminine engel olmaktadır. Ancak ekonomik teoride ele alınan sosyal ve idari maliyet mülahazaları, ekonomik zararın tazmini bakımından idari makamlar (özellikle düzenleyici kurumlar), mahkemeler ve özellikle kanun koyucu için temel ölçü niteliği taşımaktadır. Son olarak, hukuk politikası bakımından şunu önemle belirtmek gerekir ki; hukuk ve ekonomi öğretisinin geleneksel hukuk doktri-

---

115 Tazminatın tenkisi veya tazminat talep edecek çevrenin sınırlandırılması gibi.

116 **Sanlı**, s.362-363.

117 BK. m.46.

118 Eşyaya verilen zararların tazminine ilişkin borçlar kanununda herhangi bir düzenleme bulunmasa da Türk hukukunda bu zararların da tazmin edileceği konusunda görüş birliği mevcuttur.

119 **Sanlı**, s.350-351.

nine nazaran dolaylı ve saf ekonomik zarar tasnifi ve değerlendirmesi daha isabetlidir. Bu bakımdan, özellikle Türkiye'de hukuk ve ekonomi öğretisinin temel prensipleri ve etkinlik bazlı yaklaşımı hukuk politikalarında dikkate alınmalı ve saf ekonomik zararın İtalya ve Hollanda haksız fiil hukuku düzenlemelerinde[120] olduğu gibi tazmin edilmesinin önündeki engeller kaldırılmalıdır[121]. Daha teknik bir anlatımla, ekonomik zararların tazmin edilebilme kapsamı sosyal ve idari maliyetler nazara alınarak olabildiğince genişletilmeli; sorumluluğun sınırlarının belirlenmesinde kullanılan hukuka aykırılık unsurunun da bu genişlemeye paralel (uyumlu) olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar, kapsamın genişletilmesi önerisi Alman haksız fiil hukukundaki hareket özgürlüğünün kısıtlanması bakımından tehlikeli nitelikte görülse de, mülkiyet hakkının korunması ilkesi uyarınca sosyal ve idari maliyet ölçüleri bu tehlikeyi önleyecek işleve sahiptir.

Kaynakça

[1] Akıntürk, T. / Karaman, D.A**.,** *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

[2] Aksoy, N., *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Uzmanlık Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2004.

[3] Atamer, Y., *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması-Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, Beta Yayınevi, İstanbul 1996.

[4] Aybay, A., *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm*, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

[5] Barendrecht, J.M., *Pure Economic Loss in the Netherlands*, in E.H. Hondius (ed.), Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law, 1998.

[6] Becker, G.S., *Economic Theory*, Alfred A. Knopf, New York, 1971.

[7] Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, [1789] 1988.

[8] Bishop, W., *Economic Loss in Tort*, Oxford Journal Legal Studies, Vol.2, 1982.

[9] Bishop, W., *Economic Loss: A Reply to Professor Rizzo*, Oxford Journal Legal Studies, Vol.2, 1982.

---

120 Bkz. **Barendrecht**, **J.M**., *Pure Economic Loss in the Netherlands*, in E.H. Hondius (ed.), Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law, 1998, s.4 vd.

121 Aynı görüşte bkz. **Dari-Mattiacci/Schafer**, s.22.

[10] Bozer, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Baskı, Ankara 2007.

[11] Bussani, M. / V. Palmer, *The Notion of Pure Economic Loss and Its Setting, Pure Economic Loss In Europe*, Editors: Bussani, Mauro / Palmer Vernon Valentine, Cambridge University Press, 2003.

[12] Büyüksağiş, E., *Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

[13] Carlton, D.W. / Perloff, J.M., *Modern Industrial Organization*, fourth edition, Pearson Addison Wesley, USA 2005.

[14] Coase, R., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law & Economics, Vol.3, 1960.

[15] Cole, D.H. / Grossman, P.Z., *Principles of Law and Economics*, Pearson Prentice Hall, New Jersey 2005.

[16] Cooter, R. / Ulen, T., *Law & Economics,* fifth international edition, Pearson Addison Wesley Publishing, 2008.

[17] Dari-Mattiacci, G. / Schafer, H.B., *The Core of Pure Economic Loss*, International Review of Law and Economics, 27 (2007) 8–28, 2007.

[18] Delplanque, C., *Origins and Impact of the French Civil Code,* (Translated by: Edith Horak), http://www.afhj.fr/ressources/french-code-civil.pdf

[19] Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

[20] Goren, S., *The German Civil Code*, 1992,

http://books.google.com.tr/books?id=zUDXMDG6M_AC&dq=german+civil+code&printsec=frontcover&source=bl&ots=un5P94RrQd&sig=ZsJpx6jaHaWWYUVWv35UIJngoTk&hl=tr&ei=-pCcSa-MMoaR-gb9uMDgBA&sa=X&oi=book_result&resnum=7&ct=result#PPA153,M1

[21] Gülerci, A.F. / Kılınç, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

[22] Güriz, A., *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, AÜHF Yayınları No.184, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963.

[23] Hatemi, H., *Akit Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul 1994.

[24] Hatemi, H. / Gökyayla, K.E., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

[25] Holcombe, R., *Public Sector Economics: The Role of Government in the American Economy*, Pearson Prentice Hall, New Jersey 2006.

[26] Kaplan, İ., *Borçlar Hukuku Dersleri*, 5. Tıpkı basım, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

[27] Karakaş, F.T., *Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, AÜHF, Ankara 2004.

[28] Kılıçoğlu, A.M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

[29] Kılıçoğlu, M., *Sorumluluk Hukuku*, 1. Cilt, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

[30] Kırca, Ç., *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.

[31] Koch, B. / Koziol H., *Comperative Conclusions, Principles of European Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, 2002.

[32] Nomer, H, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta Yayınları, İstanbul 1996.

[33] Oftinger K., Jeanpretre R., *Federal Mahkeme İçtihatları*, (Çev: Kemal Dayınlarlı), Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1990.

[34] Oğuz, F., *Devlet ve Piyasa: Regülasyon Ekonomisine Giriş*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

[35] Oğuzman, K. / Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

[36] Öçal, T. / Çolak, Ö.F. / Çermikli, H. / Togay S., *İktisat*, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 1997.

[37] Öz, T., *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul 1989.

[38] Öz, T., *Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, Kazancı Yayınları, Ankara 1990.

[39] Parisi, F / Palmer, V. / Bussani, M, *The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss*, George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper No.05-12, University of Minnessota Law School Legal Studies Research Paper No.07-18, *http://ssrn.com/abstract=742104*

[40] Perry, R., *The Economic Bias in Tort Law*, University of Illinois Law Review, Vol.2008, No.5.

[41] Pigou, C.A., *The Economics of Welfare*, 4th edition, Mc. Millan and Co., London 1932.

[42] Reimann, M. / Zekoll, J., *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck, München 2005.

[43] Reisoğlu, S., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

[44] Rizzo, M., *The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop*, Oxford Journal Legal Studies, Vol.2, 1982.

[45] Robinson, J., *İktisadi Felsefe*, (Çev:Mehmet Tomanbay), 1. Baskı, V Yayınları, Ankara 1986.

[46] Sanlı, K.C., *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, 1. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007.

[47] Saymen / Elbir, *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul 1958.

[48] Schilcher B. / Posch, W., *Civil Liability for Pure Economic Loss: An Austrian Perspective*, http://books.google.com/books?id=8KYzMCKQotcC&printsec=frontcover&dq=economic+loss&hl=tr#PPR5,M1

[49] Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987.

[50] Shavell, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

[51] Tandoğan, H., *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1981.

[52] Tandoğan, H., *Türk Mes'uliyet Hukuku - Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet* -, 1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

[53] Tekinay, S.S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

[54] Troyer, J., *The Classical Utilitarians: Bentham and Mill*, (Editor: John Troyer), Hackett Publishing Company, USA 2003.

[55] Tunçomağ, K., *Borçlar Hukuku*, 1. Cild, İÜHK Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965.

[56] Ulen, T.S., *Rational Choice Theory in Law and Economics*, Encyclopedia of Law and Economics (Editors: Bouckaert Boudewijn / de Geest Gerrit), Vol.I, Edward Elgar Publishing, 1999.

[57] von Tuhr, A., *Borçlar Hukuku*, (Çev: Cevat Edege), C.1-2, Yargıtay Yayınları no:15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Asılsız Cinsel Saldırı İddiaları

Yusuf Tunç DEMİRCAN[*]

GİRİŞ

Çocuğun cinsel yönden istismarı; hukuki, sosyal, psikolojik vs. pek çok yönden önemli sonuçları olan, çocuğa yönelik şiddet formlarından biridir. Cinsel istismar vakalarının soruşturulması ve cinsel istismarın varlığının tespit edilerek, sürecin en iyi şekilde yönetilmesi bu anlamda oldukça önemlidir.

Cinsel istismar vakalarında, mağdurun en az zararla sosyal sürece dahil olmasının sağlanmasının yanı sıra istismar bulgularının saptanarak tarafların belirlenebilmesi, çocuğun yüksek yararı paralelinde soruşturmanın başarısının göstergesidir. Ancak bazı istismar vakalarında, fiziksel bulgular olmadığı gibi, mağdur ve fail olduğu iddia edilen kişiler birbiriyle çelişen ifadeler vermekte, olayın objektif akışını anlatacak başka bir tanık bulunmamaktadır. Bu durumlarda, çocuğun verdiği ifade, soruşturma açısından en önemli delil olmaktadır.

Çocuğun doğruyu söyleyip söylemediği veya aldatıcı ifadelerde bulunup bulunmadığı gerek soruşturmanın sonuçları açısından gerekse de çocuğu asılsız iddiaya sevk eden unsurların tespiti bakımından önem arz etmektedir. Asılsız iddialar, çocuk üzerinde ciddi travmatik etkiler oluşturduğu gibi, bu iddiaya maruz kalanlar bakımından telafisi güç sonuçlar doğurabilmekte, aynı zamanda aile ve toplum da zarar görmektedir.

Bilindiği üzere; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, kanunun, İkinci kısmında "Kişilere Karşı suçlar" kategorisi içerisinde, Altıncı bölümde, bu başlık altında, 102-105. maddeleri arasında, Cinsel saldırı, Çocukların cinsel istismarı, Reşit olmayanla cinsel ilişki ve Cinsel taciz suçları olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan cinsel suçlarla ilgili hükümler tümüyle değişmiş, yeni cinsel davranış normları, yeni suç kalıpları ve yeni suç isimleri üretil-

---

[*] Ar. Gör., İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü.

miştir. Söz atma, Sarkıntılık, Irza tasaddi ve Irza geçme suçları tarihe karışmıştır.

TCK'nun 103. maddesinde düzenlenen Çocukların cinsel istismarı suçu ile, çocuklara karşı yapılan her türlü "cinsel davranış" cinsel istismar sayılmış ve suçun işlenişi, mağdurun yaşı ya da doğurduğu sonuçlar bakımından iki yıldan on beş yıla kadar farklı cezalar getirilmiştir. Gerek, cinsel istismar suçu karşılığında kanunda öngörülen yüksek miktardaki bu hürriyeti bağlayıcı cezalar, gerekse de cinsel istismar suçu faillerine toplumun bakışı dikkate alındığında, iddianın gerçekliğinin ve güvenirliğinin araştırılmasının son derece önemli olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

GENEL BİLGİLER

Çocukların istismarı fiziksel, cinsel ve duygusal istismar olarak ortaya çıkabilmektedir. Günay tarafından yapılan araştırmaya göre; Türkiye'de, 2010 yılında 7.000 çocuk istismara uğramış ve son 10 yılda cinsel istismara uğrayan çocuk sayısının yaklaşık olarak 250.000 olduğu tespit edilmiştir[1]. Amerika Birleşik Devletleri, İnsan ve Sağlık Servisleri Departmanının 2009 verilerine göre yaklaşık olarak 3.6 milyon çocuğun ihmal ve istismara uğradığı, bu rakamın %9,5'inin ise cinsel istismar mağduru çocuklar olduğu görülmüştür[2].

Çocuğa yönelik cinsel istismar suçu iddiası, sayı olarak bu kadar çok olmakla birlikte, suçun özelliği gereği, çoğu zaman olayda fiziksel ve tıbbi delil bulunmamakta, suçu tespite yönelik tek kaynak çocuğun ifadesi olmaktadır. Bu nedenle cinsel saldırı bildirimlerinin güvenilirliği tam olarak sağlanamamakta ve doğruluğun ölçümüne yönelik kesin tespitler yapılamamakta, iddianın doğru ya da asılsız olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Ancak burada, kanıtlanamamış cinsel saldırı ve asılsız saldırı iddiasının birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Kanıtlanamamış her bildirimin asılsız olarak yorumlanması yanlış olmaktadır[3].

Çoğu olayda, cinsel istismarın tek delili olarak görülen ifadenin doğruluğunu tespite yönelik olarak uzmanlar tarafından bazı ölçümlerin geliştirilmeye çalışıldığı bilinmektedir. Bunlardan biri de "İfade Sağlamlık Değerlendirmesi" (İSD) olarak Türkçeleştirilebilecek Statement Validity Assessment

---

1 Yılmaz, Ö.(2011): Araştırmacı-yazar Tuncer Günay'ın ortaya koyduğu bu rapor tüyler ürpertiyor. http://www.internethaber.com/250-bin-cocuk-istismara-ugradi--340083h.htm (Erişim Tarihi: 25.04.2011)

2 U.S. Department of Health & Human Services Administration for Children and Families Administration on Children, Youth and Families Children's Bureau. Child Maltreatment 2009, http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/pubs/cm09/cm09.pdf, (Erişim Tarihi: 25.04.2011)

3 Çelik G.G, Tahiroğlu A.Y., Avcı A., Meral D., Çekin N. (2008): İstismar Olgularında Asılsız Bildiri: Bir olgu sunumu, Anadolu Psikiyatri Dergisi, 9:49-53

(SVA)'dir. Şu anda kullanılan İSD prosedüründen daha az sistematik olmakla birlikte, ifade analizi yönteminin, 1950'lerde Alman uzmanlar tarafından ceza davalarında kullanıldığı bilinmektedir[4,5,6]. Zaman içerisinde, Alman psikologlar Arntzen[7] ve Undeutsch[8] ve İsveçli psikolog Trankell[9] ifadelerin doğruluğunu belirlemek için kullanılabilecek çeşitli kriterler önermişlerdir. Kriter listesini ilk belirleyen kişi olan *Undeutsch*[10] "doğru, gerçeğe dayanan ifadelerin; temeli olmayan, yalan yanlış veya çarpıtılmış hikâyelerden belirgin bir biçimde farklı" olduğunu ifade etmektedir[11]. Undeutsch belirleği kriterlerin ifadeye uygulanmasından sonra, diğer kaynaklardan elde edilen bilgilerle karşılaştırma yapılarak ifadenin tutarlılık oranının tespit edilmesini de önermiştir[12]. Gunter Köhnken ve Max Steller, Undeutsch'ün kriterlerini yeniden düzenleyerek Statement Validity Assessment (İfade Sağlamlık Değerlendirmesi) adını verdikleri prosedürü hazırlamışlardır[13,14].

---

4 Vrij, A. (2000): Detecting lies and deceit: The psychology of lying and its implications for professional practice, Chichester, England: Wiley.

5 Ceci, S. J., Bruck, M. (1995): Jeopardy in the courtroom, Washington, DC: American Psychological Association.

6 Steller, M., Boychuk, T. (1992): Children as witnesses in sexual abuse cases: Investigative interview and assessment techniques, in H. Dent & R. Flin (Eds.), *Children as witnesses* (pp. 47–73). New York, NJ: John Wiley & Sons.

7 Arntzen, F. (1982) Die Situation der Forensischen Aussagenpsychologie in der Bundesrepubliek Deutschland [The state of forensic psychology in the Federal Republic of Germany], in A. Trankell (Ed.), *Reconstructing the past: The role of psychologists in criminal trials* (pp. 107–120). Deventer, the Netherlands: Kluwer.

8 Undeutsch, U. (1982) Statement reality analysis, in A. Trankell (Ed.), *Reconstructing the past: The role of psychologists in criminal trials* (pp. 27–56). Deventer, the Netherlands: Kluwer.

9 Trankell, A. (1972) Reliability of evidence, Stockholm, Beckmans.

10 Undeutsch, U. (1967) Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen [Veracity assessment of statements]. In U. Undeutsch (Ed.), *Handbuch der Psychologie: Vol. 11. Forensische Psychologie* (pp. 26–181). Go¨ttingen, Germany: Hogrefe.

11 Undeutsch, U. (1982) Statement reality analysis, in A. Trankell (Ed.), *Reconstructing the past: The role of psychologists in criminal trials* (pp. 27–56). Deventer, the Netherlands: Kluwer.

12 Gumpert, C. H., Lindblad, F. (1999). Expert testimony on child sexual abuse: A qualitative study of the Swedish approach to statement analysis. *Expert Evidence,* **7:**279–314.

13 Köhnken, G., Steller, M. (1988) The evaluation of the credibility of child witness statements in the German procedural system, in G. Davies & J. Drinkwater (Eds.), *The child witness: Do the courts abuse children?* (pp. 37–45). Leicester, England: British Psychological Society.

14 Steller, M., Köhnken, G. (1989) Criteria-Based Content Analysis, in D. C. Raskin (Ed.), *Psychological methods in criminal investigation and evidence* (pp. 217–245), New York: Springer-Verlag.

İfade Sağlamlık Değerlendirmesi üç bölümden oluşmaktadır: görüşme, kriter temelli içerik analizi (KTİA) ve KTİA'dan elde edilen verinin değerlendirmesi.

Birinci bölümde, mağdur olduğu iddia edilen çocuğun ifadesi görüşmecinin herhangi bir yönlendirmesi olmadan dinlenmektedir. Ucu açık sorularla yönetilen görüşmede, ifadeyi kolaylaştıracak oyuncak vb. nesnelerin olmaması gerekmektedir. Görüşme bir terapi niteliği taşımadığından görüşmeyi yapacak olan uzman çocuğun psikolog veya psikiyatri olması gerekmemektedir. Aksi durum çocuğun gözünde karşısındaki uzmana karşı bir kimlik karmaşası yaratabilmektedir[15,16].

İfade Sağlamlık Değerlendirmesi'nin ikinci aşaması olan Kriter Temelli İçerik Analizi'nde (KTİA), videoya çekilerek ve not tutularak kaydedilen görüşme kayıtları kullanılmaktadır. KTİA, *Undeutsch Hipotezi* olarak adlandırılan[17], "gerçek bir deneyimle ilgili ifadelerin uydurma veya fanteziye dayanan ifadelerden içerik ve kalite olarak farklı olması" tezine dayanmaktadır. Bu konuda eğitimli uzmanlar, "cümlelerin mantık yapısı, verilen detayların sayısı, kronolojik akış, hafıza kayıpları, olayın dışındaki detaylar, hikâyenin ana yapısı" gibi 19 ayrı kriterin varlığını veya yokluğunu değerlendirmektedirler.

Üçüncü aşamada ise, KTİA skorları değerlendirilmektedir. Ancak mağdur çocuğun yaşı bu değerlendirmede çok önemli bir faktördür. Bilişsel yetenekler ve dile hâkimiyet yaşla birlikte artmakta ve çocuğun tanık olduğu/yaşadığı olayla ilgili verdiği detayların sayısını arttırabilmektedir[18,19]. Sekiz yaşından küçük çocuklar dünyayı bir başkasının açısından görmekte zorlanabilirler[20], küçük çocukların metabilişsel ve hafıza kapasiteleri daha az gelişmiş olduğundan hafızalarındaki boşlukların farkına varmayabilirler[21].

---

15 Committee on Ethical Guidelines for Forensic Psychologists, (1991) Law and Human Behavior, Vol. 15, No: 6.

16 Practice Parameters for the Forensic Evalution of Children and Adolescents Who May Have Been Physically or Sexually Abused (1988) American Academy of Child and Adolescent Psychiatry.

17 Steller, M. (1989) Recent developments in statement analysis, in J. C. Yuille (Ed.),*Credibility assessment* (pp. 135–154), Deventer, the Netherlands: Kluwer.

18 Davies, G. M. (1994) Children's testimony: Research findings and police implications, *Psychology, Crime, and Law,* **1:** 175–180.

19 Fivush, R., Haden, C., Adam, S. (1995) Structure and coherence of preschoolers' personal narratives over time: Implications for childhood amnesia, *Journal of Experimental Child Psychology,* 60: 32–56.

20 Flavell, J. H., Botkin, P. T., Fry, C. K., Wright, J. C., Jarvis, P. T. (1968) The development of role-taking and communication skills in children, New York: Wiley.

21 Walker, A. G., Warren, A. R. (1995) The language of the child abuse interview:

Uzman, KTİA skorlarını değerlendirirken "çocuğun zihinsel kapasitesi, yaşıyla dil ve bilgisinin uygunluğu, daha yetişkin birinden alıntı yaptığı ifadeler, vb." gibi maddeleri içeren bir kontrol listesinden yararlanmaktadır.

1950'lerden itibaren Alman uzmanlar tarafından ceza davalarında kullanılan İfade Sağlamlık Değerlendirmesi'nin doğruluğuyla ilgili ilk araştırmalar prosedürün kullanılmaya başlamasından 30 yıl sonra yapılmıştır. Yapılan laboratuar çalışmalarında, bir ifadenin doğru veya yanlış olduğunu belirlemekte herhangi bir sorunla karşılaşılmamıştır ancak deneysel durumlar gerçek hayattaki durumlardan farklıdır. Yeni izlenen bir filmi hatırlamak (laboratuar çalışmalarından kullanılan paradigmalardan birisi) bir cinsel istismarı tarif etmekten farklıdır. *Undeutsch*[22] İSD'nin doğruluğunu ve tutarlılığını değerlendirmek için laboratuar çalışmalarının işe yaramayacağını ifade etmiştir. İSD ve KTİA analizlerinin doğruluğunu araştırmak için yapılan laboratuar ve gerçek vakalara odaklanan saha çalışmaları, bu prosedürlerin doğruluk oranının %65 ile %90 arasında değişmekte olduğunu göstermiştir, ortalama olarak doğruluk oranı %73 olarak belirlenmiştir[23]. İSD ve KTİA prosedürlerinin çocuklara ve yetişkinlere uygulanması arasında doğruluk oranında bir farklılık bulunmamıştır.

İSD değerlendirmeleri, ceza davalarındaki uzman kanıtlarının niteliklerini belirleyen Daubert Standart'ına uymamaktadır[24]. Bunun iki önemli sebebi, yöntemin laboratuar çalışmalarında tespit edilen %30'lara varan yüksek hata oranı ve yöntemin uygun bilimsel çevrelerde tartışılmamış olmasıdır. Buna rağmen, İSD prosedürleri İsveç, Almanya[25] ve Hollanda[26] gibi Batı Avrupa ülkelerinin mahkemelerinde ve Kuzey Amerika'nın bazı eyaletlerinde kanıt olarak kabul edilmekte ve kullanılmaktadır.

Asking the questions, understanding the answers, in T. Ney (Ed.), *True and false allegations in child sexual abuse: Assessment and case management* (pp. 153–162), New York: Brunner-Mazel.

22 Undeutsch, U. (1984) Courtroom evaluation of eyewitness testimony, *International Review of Applied Psychology,* **33:** 51–67.

23 Vrij, A. (2005) Criteria-Based Content Analysis, A Qualitative Review of the First 37 Studies, *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 11, **1:** 3-41.

24 Fulero, M. S., Wrightsman, L. S. (2008) Forensic Psychology, pp: 180-198, Cengage Learning.

25 Köhnken, G. (2002) A German perspective on children's testimony, in H. L. Westcott, G. M. Davies, R. H. C. Bull (Eds.), *Children's testimony: A handbook of psychological research and forensic practice* (pp. 233–244). Chichester, England: Wiley.

26 Lamers-Winkelman, F., Buffing, F. (1996) Children's testimony in the Netherlands: A study of Statement Validity Analysis. In B. L. Bottoms & G. S. Goodman (1996), *International perspectives on child abuse and children's testimony* (pp. 45–62). Thousand Oaks, CA: Sage.

Cinsel saldırı bildirimlerine bakıldığında, kadınlara yönelik asılsız cinsel saldırı bildirimlerinin %0,25'ten %100'e kadar değiştiği görülmüştür[27]. Yapılan bir çalışmada, çocuklarda gerçekleştiğine inanılan cinsel istismar olgularının %33'ünde istismar bulgularının olmadığı anlaşılmıştır[28]. Özellikle ailelerin ayrılma ve boşanma durumlarında çocuğun cinsel istismarı iddiası olgularıyla daha fazla karşılaşılmaktadır[29]. Asılsız cinsel istismar iddialarının bir kısmının arkasında, ruhsal problemleri olan ebeveynlerin olduğu bilinmektedir. Ebeveyn veya çocuğun bakımından sorumlu kişinin, çocukta istemli olarak hastalık belirtileri oluşturduğu bir ruhsal hastalık olarak tanımlanan "Bakım verenin yapma bozukluğu" (Munchausen by Proxy Sendromu), asılsız istismar iddialarının kaynakları arasındadır. Karanfil ve arkadaşları tarafından yapılan bir çalışmada, istismar iddiası olan iki olguda, istismar iddiası sonrasında psikiyatrik muayenesi yapılan annelerin ikisinde de paranoid bozukluk tespit edilmiş, çocukta tespit edilen anal sfinkter tonusunda azalma ve anal bölgede fissür tarzında yüzeyel mukoza yırtıklarının, annesi tarafından uzun süreli her gün yapılan kontroller sonucunda oluşabileceği kanaatine varılmıştır[30]. Bu çalışma ile konu bir adım daha öteye taşınmış ve asılsız cinsel istismar vakalarının arkasında ruhsal bozuklukların olabileceği ve asılsız cinsel istismarı destekleyen fiziksel-tıbbi bulguların da ruh sağlığı bozuk ebeveyn tarafından oluşturulabileceği ortaya konmuştur.

Çelik ve arkadaşları tarafından yapılan diğer bir çalışma ise, ailenin ve bir anlamda toplumsal baskının da asılsız cinsel saldırı bildirimine sebebiyet verebileceğini göstermektedir. Adana'nın bir köyünde ailesi ile birlikte yaşayan 16 yaşında bir kız çocuğu, erişkin bir erkek tarafından tecavüze uğradığı iddiasında bulunmuş, ancak daha sonra tedavi ve rehabilitasyon amacıyla yatırıldığı merkezde; adli tutanaklarda belirttiği ifadelerin doğru olmadığını, söz konusu tecavüz olayının gerçekleşmediğini belirtmiştir. Tedavi ve rehabilitasyon sürecinde yapılan görüşmelerde; tecavüzle suçlanan kişinin yaklaşık bir yıldan beri kendisinden hoşlandığını, köyde her fırsatta yalnız kalmaya çalışarak cinsel ve duygusal yakınlaşma istediğini, çeşitli tekliflerle dile getirdiğini, reddetmesi halinde intihar edeceği ya da kendisini kaçıracağı şeklinde tehditlerde bulunduğunu anlatmış, son olarak şüphelinin köyde, kendisi ile cinsel ilişkiye girdiği yönünde söylenti çıkarması, bunun köyde

---

27 Kanin EJ (1985).. Unfounded rape. Paper presented at the Academy of Criminal Justice Sciences Annual Meeting, Las Vegas, NV.

28 Thoennes N, Pearson J. A difficult dilemma: responding to sexual abuse allegations in custody and visitation disputes. DJ Besharov (ed.), Protecting Children from Abuse and Neglect, Springfield, CC Thomas, 1988, p.91-112.

29 Polat O., (2007): Çocuk İstismarı-2, Seçkin Yayınevi.

30 Karanfil R., Akçan R., Orhan Ö., (2011): Çocuğun Cinsel İstismarı İle İlgili Asılsız İddialar ve Paranoid Bozukluk: İki Olgu Sunumu, Türk Psikiyatri Dergisi, 22(1): 53-57.

yayılması ve ardından ailesinin şikayetçi olması yönünde kendisine baskı yapmaları üzerine bu baskıları ve köyde düştüğü durumu kaldıramayan, şahsın cezalandırılmasının gerektiğini düşünen mağdurun, tüm bu nedenlerle kendisine tecavüz edildiği şeklinde şikayette bulunduğu anlaşılmıştır.

Çocuklarda yalan ve aldatıcı yönde bildirimlere bakıldığında, çocukların kolayca etkilenen ve yanlış hafızaları hakkında pek çok literatür olmasına rağmen, kasıtlı sahte bildirimlerine odaklanan araştırma sayısı oldukça azdır[31]. Çocukların hayali bir durum hakkında hazırladıkları yalanları sürdürme eğilimlerine yönelik sistematik çalışmalar epeyce az olsa da, yapılan çalışmalar, küçük çocukların temel manada aldatma yeteneklerinin olduğunu bulmuştur. Örnek olarak, 3 yaş ile birlikte çocuklar, hem kendiliğinden hem de bir büyük sorsa bile basit sırları saklayabilmektedirler[32]. Ayrıca, 6 yaş ile birlikte, çocuklar sırlarını desteklemek adına olmamış şeyleri bildirimlerine katabilmektedirler.

4-7 yaş arası çocuklarla ilgili literatürlere göre, çocuklar olayların spesifik detaylarını değiştirebilmektedir. Ayrıca, bu yaş grubundaki çocukların kasıtlı aldatıcı bildirimde bulunma kapasiteleri olduğu anlaşılmıştır. Bu durum, özellikle bu yaş grubu çocukların cinsel istismar bildirimlerinde soruşturmacılar açısından dikkat edilmesi gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Sürdürülen yalanın çocuğun yalan olmayan diğer bildirimlerini de etkileyip etkilemediği ise tespit edilememiştir.

Cinsel saldırı iddiası ile karşı karşıya kalan ve daha sonra suçsuz olduğu anlaşılan 100 kişi üzerinde yapılan bir çalışmada; asılsız iddianın bu kişiler üzerinde ciddi travmatik etkilerinin olduğu, hepsinin depresyon, uyku bozukluğu ve kilo kaybı yaşadığı, %82'sinin işinden ayrılmak zorunda kaldığı, ciddi maddi problemler yaşayan katılımcıların %28'inin evini sattığı ve katılanların %20'sinin boşandığı anlaşılmıştır[33]. Asılsız cinsel saldırı suçlaması ile karşı karşıya kalanlar açısından tümüyle beklenen bu sonuçlar, çoğu zaman dosyadaki tek delil olan ve mahkemeler tarafından mahkumiyet için yeterli görülebilen ifadenin önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

Türkiye'de, çocuğa yönelik cinsel istismar iddiaları ile ilgili uygulamaya bakıldığında, ekseriyetle dosyada çocuğun ifadesinden öte bir delil bulunma-

---

31 Quas, J., Davis, E., Goodman, G., Myers, J.(2007): Repeted Questions, Deception and Children's True and False Reports of Body Touch. *Child Maltreat*., Feb12(1):60-67

32 Talwar, V., Lee, K. (2002): Development of lying to Conceal a Transgression: Children's Controls of Expressive Behaviour During Verbal Deception. *International Journal Of Behavioral Development*, 26: 436-444

33 Schultz, L. G. (1989). One Hundred Cases of Wrongfully Charged Child Sexual Abuse: A Survey and Recommendations. *Issues in Child Abuse Accusations,* 1(1), 29-38.

maktadır. Çocuk tarafından verilen ifadeye itibar eden yargı makamları, dosyayı ve mağduru Adli Tıp Kurumu'na göndererek TCK 103/6 kapsamında rapor almakta, bu raporlar doğrultusunda da karar vermektedir.

Bilindiği üzere ceza yargılaması maddi gerçeği aramakta, bu nedenle ceza yargılamasında her şeyin delil olması ve delil serbestliği ilkesi geçerli olmaktadır. Yine bu nedenledir ki her ne kadar tanık ve sanık ifadeleri ceza yargılamasında önemli bir delil oluşturmakta ise de, hakim, bu ifadelerle, hatta ikrar ile dahi bağlı olmayıp bu delillere maddi olayla örtüştüğü, akla ve mantığa, hayatın olağan akışına uygun olduğu, oluş ile ilgili diğer delillerle çelişmediği ölçüde bir değer verecektir.

Ceza yargılaması, varsayıma dayalı olarak karar verilmesine imkan vermemektedir. Gerçekten Ceza Muhakemesi Kanununun 223.maddesinin 2. fıkrasının (e) bendine göre, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde beraat kararı verilecektir. Bu hüküm şüpheden sanığın yararlanacağı (in dubio pro reo) ilkesinin, kanundaki yansımasını oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere "masumiyet karinesi", bir kimsenin suçlu olduğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılmasına ve bu yönde bir muamele görmesine engel olan çok önemli bir ceza yargılaması hukuku ilkesidir. Bu ilke, hakimlerin keyfiliğine ve sanıkları muhakkak suçlu görme ve cezalandırma eğilimlerine karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır[34]. Ceza yargılamasında ispat ile ilgili bir kavram olan karine, bir "normal"i ifade etmektedir. Gerçekten, kişi için asıl olan suçsuzluktur; suç işleme "anormal" yani istisnadır ve mutlaka tüm şüphelerden sıyrılmış bir şekilde ispatlanması gerekir. Şu halde sanık için önemli bir güvence oluşturan suçsuzluk karinesinin ceza davasındaki asıl sonucu ve uygulama alanı aslında ispat yükümüne ilişkindir. Bir suç işlendiği iddiasını ispatlamak makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde iddia edene (müdahil ve savcılığa) aittir. Kural olarak sanık suçsuzluğunu ispatla yükümlü değildir. Şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesi, bu ilkenin doğal bir sonucu olmaktadır. İlke tüm evrensel insan hakları ve özgürlük bildirgelerinde yer almıştır[35].

Şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesi, masumiyet karinesinin uzantısı olan evrensel bir kuraldır. Ceza yargılamasında ispat konusunda bir husus şüpheli kaldığında sanık lehine sonuç çıkarmayı ve karar vermeyi gerekli kılan bir prensiptir. Buna göre, sanığın mahkum edilmesi için, suçluluğu

---

34 Kunter N., (1989): Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.bası, İstanbul, s. 24

35 Gözübüyük Ş., Gölcüklü F., (2003): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4.bası, Ankara, s.296

konusunda yargının yüzde yüz kanaate ulaşmış olması şarttır[36]. İlke, sanığın fiilinin ispatı bakımından uygulanır. Uyuşmazlık çözülürken ispat bakımından bir eksiklik kaldığında, bu konuda şüphe bulunduğunda, daima sonuç sanık lehine olmalıdır. Ceza Muhakemesinde ispat, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin faaliyetidir. Burada, "inandırmak" yetmeyip, "tam bir kanaate ulaşma" aranır[37]. Bu genel kural Yargıtay tarafından da gözetilmekte ve kararlarında yer almaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2006 yılında verdiği bir kararda, bu kuralı özetlemiştir: "Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri kuşkudan sanığın yararlanması ilkesidir. Sanığın bir suçtan cezalandırılabilmesi için suçun kuşkuya yer olmayacak şekilde ispat edilmiş olması gerekir. Kuşkulu ve aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanık aleyhine yorumlanarak hüküm kurulamaz. Ceza mahkumiyeti ihtimallere değil, kesin ve açık ispata dayanmalıdır. Bu ispat teorikte olsa hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermektir. O halde ceza yargılamasında mahkumiyet, büyük veya küçük bir ihtimale değil, kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçmenin tek yolu budur. Dosya kapsamından birbiriyle çelişkili, kesin kanaat vermekten uzak kanıtlara dayanılarak sanığın cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle beraate karar verilmesi gerekirken aksi yönde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" (CGK, T.4.4.2006, E.2006/3-35, K.2006/97)

Görüldüğü gibi Ceza yargılamasının amacı, ihtimallerden hareketle işlenen bir suça mutlak surette bir fail, sanık bulmak değil ama gerçek faili, sanığı bulmaktır ve bu da her türlü aksi yöndeki ihtimal ve kuşkudan, varsayımdan uzak, somut delillere dayalı olmak durumundadır. Ceza muhakemesine hakim olan tüm bu prensipler ve açıklamalar tahtında, somut delile dayalı olmadan ve salt mağdurun ifadesi doğrultusunda bir karar vermenin, ki cinsel istismar vakalarında durum maalesef aynen bu şekildedir, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuyla bağdaşmayacağını söylemek yerinde olacaktır.

SONUÇ:

Fiziksel ya da tıbbi delillerle desteklenmeyen cinsel istismar olgularında, sadece mağdurun ifadesine dayalı olarak mahkumiyet kararı verilmesi, bu ifadenin asılsız olması halinde, tüm taraflar ve üçüncü kişiler bakımından

---

36 Yurtcan E., (1996): Ceza Yargılaması Hukuku, 5.bası, İstanbul, s.52

37 Öztürk B., (1994): Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.304

telafisi imkansız zararlar doğurmaktadır. Bu nedenle, ifadenin güvenirliğini sağlamak için her türlü önlem alınmalıdır. Bu konuda yapılabileceklere dair önerilerimiz şunlardır:

1) Cinsel istismar bildirimleri ve bu bildirimlerin güvenirliği konusunda, ceza adalet sisteminde yer alan tüm görevliler eğitilmelidir.

2) Ülkemizde, çocuklarla yapılan görüşmelerin şekline ve ifadenin nasıl alınması gerektiğine dair tekdüze bir uygulama yoktur. Bu konuda standart uygulamalar oluşturulmalı ve var olan bilimsel çalışmalar dikkate alınarak örnek ölçekler yapılandırılmalıdır.

3) Doğru ya da yalan söylesin, bir şekilde bu sürece dahil olan çocuğun örselendiği gerçeğinden hareketle, sürece katılan tüm çocuklara yönelik rehabilitasyon programlarının ve olanaklarının geliştirilmesi amaçlanmalıdır.

4) Çocukların bazı durumlarda, yaşadıkları gerçek istismar olgularını yansıtma yapmak suretiyle başkası üzerinden aktardıkları bilimsel olarak bilinmektedir. Yansıtma suretiyle gerçek dışı beyanın tespit edilmesi halinde, gerekli araştırmanın yapılarak asıl suç faillerinin tespit edilmesi sağlanmalıdır.

5) Tüm dünyada öncelenen ve önemsenen Çocuk Koruma Merkezlerinin, Türkiye genelinde kurulması ve yaygınlaştırılması, yukarıda saydığımız önerilerin, uzman merkezler eliyle gerçekleştirilesi bakımından son derece önemlidir.

Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve "Dini His"lere Tanınan Koruma

Hülya DİNÇER[*]

Giriş

Dini inançları ve hisleri aşağılayan saldırgan ifadeler ve hakaret içeren söylemler tarih boyunca hem dini inanç sistemleri tarafından hem de seküler hukuk kurallarıyla yasaklanagelmiştir. Dine hakaret veya sövmeyi yasaklayan kurallar, inanç sahibi kişilerin iç dünyalarını ve manevi değerlerini korumayı amaçlamaktadır. Bu eylem, önceki dönemlerde Hıristiyan batı dünyasında Kilise tarafından dini dogma ve müeyyidelerle bastırılırken, 18. yüzyıldan itibaren devletin soruşturduğu ve takibini yaptığı seküler bir suç olarak modern hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Seküler hukuk düzeninde toplumsal barış ve huzuru sağlama ve çoğulcu bir yaşam kültürünü hayata geçirme idealinin taşıyıcılarından biri olan dine hakaret kavramı, evrensel ve bölgesel insan hakları koruma sistemlerinde, özellikle de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *(İHAM)* kararlarında, din özgürlüğü bağlamında, dini duyguların korunması noktasında öne çıkmaktadır. Bu çalışma kapsamında öncelikle dine hakaret kavramının kapsam ve içeriği ile temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğüyle ilişkisine değinilecek; daha sonra da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde *(İHAS)* açıkça düzenlenmeyen bu kavramın Sözleşme'yle açıkça korunan ifade özgürlüğüyle çatıştığı noktalarda Strasbourg organları tarafından nasıl yorumlandığı incelenecektir. İfade özgürlüğüne bir sınır oluşturan ulusal dine hakaret düzenlemelerinin Avrupa insan hakları hukuku sisteminde hangi temelde değerlendirildiğinin incelenmesi, seküler liberal hukuk düzeninin ifadeye tanıdığı özgürlük alanını da daha iyi tanımlamaya fırsat verecektir.

I. Dine Hakaret Kavramı

Dine hakaret kavramı, taşıdığı bütün belirsizlik ve tehlikelere rağmen günümüzde ulusal ve uluslararası hukukta önemli bir düzenleme alanı oluş-

---

[*] Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

turmakta ve ifade özgürlüğünün "doğal" sınırını çizmektedir. Bireylerin iç dünyalarındaki vicdani ve dini kanaatlerini korumayı amaçlayan bu kavram, önceleri topyekûn bir din öğretisinin veya dini dogmaların dokunulmazlığını ve sorgulanamazlığını ifade etmiştir. Günümüzde pek çok seküler ülkede de hukuki yaptırım konusu olan dine hakaretin tanımını yapıp tarihi gelişimini izlemek ve ifade özgürlüğüyle olan çatışmalı ilişkisini ortaya koymak, daha sonra kavramın insan hakları yargıcı tarafından nasıl araçsallaştırıldığını kavramak için önem taşımaktadır.

A. Seküler Toplumda Dine Hakaretin İşlevi ve Kavramın Sınırları

Dine sövme veya dine hakaret kavramı aşağılama, horgörme, sözlü saldırı, dine sövgü veya küfür biçimini alabilen din karşıtı görüşleri ifade etmek için kullanılır. Yakın bir zamana kadar dini duyguları rencide etme fiilini tanımlamak için, kökünü Yunanca *blasphemia* kelimesinde bulan *blasphème* / *blasphemy* sözcüğü kullanılmıştır. *Blasphème* kelimesi "yaralayıcı söz", "kâfir söz" anlamını taşımakta; dine ya da tanrıya ağır hakaret ve aşağılamayı ifade etmektedir. Dine hakaret karşısında verilen ceza, cezalandırılan fiilin niteliği açısından önem taşır. Yaptırım, basit eleştiriyi ya da fikir teatisi içeren tartışmayı değil, hakaretâmiz eylemi, diğer bir deyişle bir saldırıyı hedef almaktadır. Demokrasinin temeli olan eleştirel tartışmayı değil; ağır bir saygısızlığı, yaralayıcı bir saldırıyı, her bir inanç sahibinin haysiyetine ve bir kolektifin bütünlüğüne yapılan taaruzu hedef alır.[1] Bu tanımdan çıkarılacak ilk sonuç, her ne kadar bir dini inanç sistemine ya da dini dogmaya yönelik düşmanca düşünceler içeriyor olsa da ölçülü ve makûl bir dille ifade edilen sözlerin ya da yayınların dine hakaret olarak nitelenemeyeceğidir.[2] Ancak dine saldırının şiddetinin ölçümünde, ifadenin hangi araçlarla dışa vurulduğunu dikkate alan bu ölçüt de evrensel olarak kabul görmüş değildir. Bu da, dine hakaret kavramının sınırlarını belirsizleştirmekte ve kavramı tehlikeli bir araç haline getirmektedir.

Dine hakaret suçu, toplumsal ve düşünsel hayatın dinin emrinde olduğu skolastik dünyada en ağır cezayla yaptırıma tâbi tutulurken aynı zamanda kamuya karşı bir suç olarak da düzenlenmişti. "Cezası dünyevi günahkar bir eylem"[3] olarak dine hakaretin Hıristiyanlık tarihinde önemli bir yeri vardır. İngiltere'de *common law*'a göre bir suç olarak düzenlendiği 17. yüzyıla kadar

---

1 J. Cheyronnaud, "Rire de la religion? Humour bon enfant et réprobation", *Archives de sciences sociales des religions*, no. 134, 2006, http://assr.revues.org/3425, s. 99.

2 J. Flauss, "La diffamation religieuse", in *La Protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002, s. 273.

3 T. Asad, "Free Speech, Blasphemy, and Secular Criticism", in *Is Critique Secular?: Blasphemy, Injury and Free Speech*, The Townsend Papers in Humanities No. 2, University of California Press, Los Angeles, 2009, s. 34.

dine karşı saldırılar sadece kanonik hukuka göre ve kilise mahkemeleri tarafından yargılanıyordu. İskoçya'da da dine hakaret 18. yüzyıla kadar ölümle cezalandırılmaya devam edildi.[4] Ortaçağ kanonik hukukuna göre dine hakaret eden kişi en ağır şekilde cezalandırılıyordu. Seküler ve dini otoritenin tek bir güçte, kralda birleşmesiyle birlikte, dine hakaret, dinden dönme, dinden sapma, büyücülük gibi dine karşı suçlar genel mahkemelerin yargılama yetkisine ve yasakoyucunun düzenleme alanına girdi. Dini otoriteyle seküler otoritenin tek bir kudrette birleşmesiyle birlikte, dine sadakatle dünyevi hükümdara sadakat tek bir kişide cisimleşiyor, bölünmemiş oluyordu.[5] Bunun sonucu ise tanrıya verilen zararın krala ya da herhangi bir kamusal kişiliğe verilmiş gibi cezalandırılmasıydı. Dine hakaretin batıdaki kökleri 13. yüzyıla kadar uzanırken; dini inkârdan farklı bir suç tipi olarak yasaklanan Tanrı'ya ve dine küfür, çok hızlı bir şekilde dünyevi otoriteyi de bozan, sekteye uğratan bir suç olarak kavramsallaştırılmıştır.[6] 14. yüzyılda geliştirilen engizisyon yargılama yöntemleriyle Güney Avrupa'da heterodoks dini düşünce üzerindeki denetim ve kişisel fikir ve inançlara yönelik bürokratik baskı bu kavramlarla şiddetlendirilmiştir.[7]

Fransa'da 30 temmuz 1666 tarihinde kralın yayınladığı bildirge dine hakaretin önce para cezasıyla, birden çok kez tekrarlanması halinde katlanarak artan para cezasıyla, 5. kez işlenmesi halinde zincire vurularak, 6. ve 7. seferde ise bir direğe bağlanarak herkesin önünde dağlanmış demirle önce alt sonra üst dudağın kesilmesi ve nihayet suçun tekrar işlenmesi halinde dilin koparılması ile cezalandırılmasını buyuruyordu.[8] Böylece 16. ve 17.

---

4 "Blasphemy" in *Brittanica encyclopedia of world religions*, ed. Wendy Doniger, 2006, Chicago, s. 133.

5 I. Hare, "Blasphemy and Incitement to Religious Hatred: Free Speech Dogma and Doctrine", in *Extreme Speech and Democracy*, ed. I. Hare and J. Weinstein, Oxford University Press, New York, 2009, s. 291.

6 Dine hakaretin Batı'daki tarihiyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz.: D. Nash, Analyzing the history of religious crime. Models of "passive" and "active" blasphemy since the medieval period", *Journal of Social History*, vol. 41, No. 1, 2007, ss. 5-29.

7 D. Nash, *a.g.m.*, s. 17.

8 P.T. de Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Cl. Jean-Baptiste Bauche, Paris, 1761, s. 190. 18. yüzyılda kaleme alınan bu Kanonik Hukuk Sözlüğü'nde, kanonik hukukun önemli kaynaklarından olan 1550 tarihli III. Jules Anayasası'nda (*Constitution de Jules III*) engizisyon yargıçlarına yol gösteren kurallara yer verilmiştir. Buna göre alt gelir grubu mensuplarına kamuya teşhir edilme ve yemin ederek tövbe getirme, soylulara ise para cezaları ve geçici sürgün cezaları verilmesi öngörülüyordu. Yazar, engizisyonun tanınmadığı Fransa'da ise seküler yargıçların bu suçları hem Kral'ın kanunlarına karşı gelindiği hem de dine günahkar bir şekilde saldırıldığı ve "iyi düzen"i ihlal ettiği için cezalandırmaları gerektiğini ifade etmektedir. Dine hakaretin Hıristi-

yüzyılda kralın dünyevi siyasi otoritesinin dinsel bağlardan kurtulmasıyla dine hakaretin işlevi de değişmiş; merkezi otoritenin gücünün, merkezi inanç sistemlerinin ve sosyal/ahlaki düzenin devamlılığının seküler bir aracı haline gelmiştir.

İslamın dine hakarete yaklaşımı ahlaki bir geleneği korumayı amaçlarken, İslam hukukundaki farklı yorum ve anlayışlar, kavramın değişik biçimlerde ele alınmasına sebep olmuştur. Zındıklık suçu kapsamında yer alan dine küfrün, İncil'de düzenlendiğinin aksine, dünyevi cezai müeyyide gerektiren bir suç sayılıp sayılmaması konusu temel İslami kaynaklarda açıkça yer almaz.[9] İngilizce *blasphemy* kelimesinin tam karşılığı olmamakla birlikte "*küfür*", "*ridda*" (kâfirlik, dinden çıkma), "*zendaka*" (zındıklık), genel olarak dinden dönmeyi ifade etmek için "*ilhad*" ya da "*tecdif*", "*sebb*" (dine hakaret) sözcükleri kullanılmaktadır. İslam'da dine hakaret, Allah'a, Muhammed'e, Kuran'a, diğer peygamberlere, dinen kutsal sayılan değerlere, kişilere ve inanışlara hakaret eden, Tanrı'nın varlığını ve birliğini inkâr eden dındışı ifadeleri işaret eder.[10] Dine hakaret kâfirlikle, Allah'ın ve onun vahyettiklerinin inkâr edilmesiyle eş tutulur. Allah, Peygamber ve Kuran'ın yanı sıra, Sünni fıkıhçılara göre, dine hakaret sahabîlere ve meleklere karşı da işlenebilir. Müslüman ve müslüman olmayanlar dine küfür nedeniyle cezalandırılabilir. Dine hakaretin yaptırımının ise farklı fıkıh mezheplerine göre değiştiği görülmektedir. Hanefi mezhebine göre dine sövgü içeren ifadeler Tanrı'yı inkârla, kâfirlikle eş değerdedir ve muhakkirin bütün yasal haklarından men edilmesini, evliliğinin, mülkiyet ve miras hakkının geçersiz kılınmasını gerektirir. Son çare olarak görülen ölüm cezasına ise genellikle başvurulmaz. Tövbe etme, önceki hakların geri kazanılmasını sağlarken evliliğin yenilenmesi gerekir.[11] Cezai müeyyide konusunda en katı tavrı sergileyen Maliki

---

yanlık tarihindeki yeri için ayrıca bkz. R. Naz, *Dictionnaire de droit canonique*, Letouzey & Ané, Paris, 1937.

9 Ş. Özen, "İslam Hukukunda Zındıklık Suçu Ve Molla Lürfî'nin İdamının Fıkhîliği", *İslam Araştırmaları Dergisi*, Sayı 6, 2001, s.26. Yazar, İslam hukukunda içtihadla temellendirilen zındıklık suçunun, islam ceza hukukunda kabul edilen üç cezai müeyyide kategorisi "kısas, had ve ta'zîr"den hangisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini tartışmış ve klasik doktrinin eleştirisine yer vermiştir. Suçun dahil edildiği kategori, suçun kanuniliği, cezanın içtihadla belirlenip belirlenemeyeceği, müeyyidenin ağırlığı ve tövbenin kabul edilip edilmeyeceği konusunda da belirleyici olmaktadır.

10 K. Hashemi, blasphemy/blasphème ifadesini en doğru karşılayan sözcüğün sebb olduğunu ileri sürer. Hukuki gelenekte Tanrı'ya hakaret "*sebb-Allah*" olarak anılırken Peygamber'e hakaret "*sebb-el Resul*" olarak geçer. K. Hashemi, *Studies in Religion, Secular Beliefs and Human Rights: Religious Legal Traditions, International Human Rights Law and Muslim States*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, s. 31.

11 C. Ernst, Blasphemy: Islamic Concept in, *The Encyclopedia of Religion*, 1987, Macmillian Publishers Company, Oxford, 1987, s. 975.

mezhebine göre ise dine küfür zındıklık suçuyla eş değerdedir; zındıklık da Allah hakkı olup af caiz olmayan had cezalarındandır. Şahitlerle suçu ispatlanan zındığın tövbesi makbul değildir.[12] Yalnız kadınlar, ölüme mahkûm edilmeyerek cezalarını çekerler ve tövbe etmeye teşvik edilirler.[13] Şafi geleneğinde ise dine küfreden kişinin tövbesinin kabul olunması gerektiğine inanılır. Şii fıkıhçıların çoğunluğuna göre, Peygamber'e ve on iki imama hakaret eden kişi ölümle cezalandırılmalıdır; Şii inanışında başka bir görüşe göre ise Peygamber'in kızı Fatma ve diğer tüm peygamberler de hakarete karşı korunmalıdır.[14] Yasal mevzuatlara kısmen girmiş olmakla birlikte klasik İslam öğretilerinde kâfirliğe uygulanan maddi ve fiziksel cezaların çağdaş İslam hukukunda giderek uygulamadan kalkmış olduğu ve mahkeme kararlarından silindiği görülmektedir. Fakat bu geleneklerin kişisel haklar üzerinde öngördüğü mahrumiyetlere, örneğin evlilik bağının ortadan kaldırılmasına, malvarlığı haklarının ilgasına kararlarda hâlâ yer verildiği görülür. [15]

20. yüzyılın en çok konuşulan dine küfür olayı, İngiliz yazar Salman Rüşdi'nin İngiltere'de yayınlanan romanı Şeytan Ayetleri'nde peygambere ve dine küfrettiği gerekçesiyle İran dini lideri Ayetullah Humeyni tarafından hakkında ölüm fetvası verilmesi olmuştur.[16]

Skolastik dünyada yaygın olarak cezalandırılan dine hakaretin bugün, seküler ülkelerin çoğunda da suç olarak düzenlendiğini görmek ilginçtir. Dine hakaret, dini öğretilerden doğarak daha sonraki süreçte, modern lâik dünyada pek çok devlet tarafından suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma tâbi

---

12 Ş. Özen, *a.g.m., s. 33*

13 C. Ernst, *a.g.m.*, s. 975.

14 K. Hashemi, *a.g.e.*, s. 32.

15 K. Hashemi, *a.g.e.*, s. 32. Örneğin Mısır'da bir müslüman dinden dönme suçundan mahkûm edildiğinde evliliği şeriata göre kurulduysa *ipso facto* bozulur. Mısır'da kamuoyunda çokça tartışılan, akademisyen Nasr Hamid Abu Zayd'ın yargılandığı dinden dönme davası sonucunda verilen mahkûmiyet kararıyla Abu Zayd'ın evliliği geçersiz kılınmış ve öğretim görevlisi ünvanı elinden alınmıştır. Modern islam hukuku çalışmalarında, Orta Doğu tarihinde 19. yüzyıldan 1980'li yıllara kadar dinden dönme (irtidad) yargılamalarına uygulamada rastlanmadığı ; ancak 1980'li yıllardan itibaren islam hukukunun kodifikasyonu sırasında irtidad kavramının Yemen, Sudan, Mısır gibi ülkelerin ceza kanunlarına yeniden girdiği vurgulanmaktadır. Şeriat sadece ahval-i şahsiye, yani medeni haklar üzerinde etki ettiği oranda, dinden dönme hukuk sistemine bu yoldan girmiş olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. B. Johansen, "Apostasy in Egypt", *Social Research*, no. 3, 2003, ss. 687-710.

16 Salman Rüşdi'nin kitabının yarattığı siyasi ve toplumsal yankılar hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. P. Weller, *"The Rushdie Affair" and the Future Multiculturalism*, Continuum Int. Publishing, London, 2009.

tutulmuştur. Bu bağlamda Almanya, Avusturya, İsviçre, Danimarka, Portekiz, İtalya, Hollanda, Yunanistan, İspanya ve Türkiye ceza mevzuatları dine hakareti cezalandırmaktadır. Çoğu ülkede hukuki korumanın kapsamı açısından farklı dinler arasında bir ayrım yapılmazken İngiltere'de dine hakaret düzenlemesinin lağvedildiği 2008 yılına kadar sadece Hıristiyan inanışı hakaret suçuna karşı korunuyordu.[17] İrlanda ve Yunanistan'da dine hakaret Anayasa'yla yasaklanmışken Fransa ve Belçika, dine hakareti cezalandırılmayan ender ülkelerdendir. Ancak çağdaş ceza sistemlerinde öne çıkan, bir dogmanın ya da dini saygınlık taşıyan kişinin kutsallığını korumaktan çok, bireylerin ya da cemaatlerin dini hislerine ve inanışlarına saygı gösterilmesi ve daha genel olarak nefret suçlarının önlenmesidir.

Dine hakaret suçunun modern hukuk sistemlerinde cezalandırılması, kimilerince premodern, yasakçı bir kavram olarak kabul edilen *blasphème*'in hortlatılması olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu söylem karşısında, modern dünyada dine hakaretin skolastik dünyadakinden farklı bir toplumsal menfaate hizmet ettiği ileri sürülebilir. Premodern dünyada din, siyasi ve toplumsal düzenin meşruiyet kaynağı olarak korunurken, hukuk kuralı ahlâkçı bir misyon üstlenmiştir; oysa günümüzde dini duygulara yönelik saldırının yasaklanması ve cezalandırılması, tek tek bireylerin, hak öznelerinin dini duygularının korunmasını sağlama iddiası taşır. Bu bağlamda dine hakaretin hukuki regülasyonu lâik bir misyon üstlenmiştir. Başka bir deyişle dine hakaret suçuyla korunan, din ve vicdan hürriyeti ile dini çoğulculuktur.[18] Uluslararası ve bölgesel insan hakları koruma mekanizmalarının kararları da bu temele dayanır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Konseyi 1999'dan beri "dinlere yönelik hakaretle" mücadeleyi amaçlayan bir dizi karar almıştır. [19] İnsan Hakları Konseyi'nin kabul ettiği 2009 tarihli karar kapsamına, dini inançların yanı sıra tüm dinlerin saygın kabul ettiği kişiliklerin ve dini sembollerin hedef gösterilmesinin engellenmesi de alınmıştır. Karar aynı zamanda dinlerin, inananların ve dince kutsal kabul

---

17 İngiliz Kamu Düzeni Yasası'nda yer alan dine hakaret düzenlemesinin ayrımcı niteliği başta olmak üzere, ırkçı nefretin yanında dini nefreti açıkça yasaklayan bir düzenlemenin olmamasının yarattığı eksiklik nedeniyle de İngiltere'de 2006'da İngiliz Dini Nefreti Önleme Yasası yürürlüğe girmiştir.

18 P. Mbongo, "Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses", in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, LGDJ, Paris, 2002, s. 695-696.

19 "Dinlere hakaret" ifadesi 2001 Birleşmiş Milletler 3. İnsan Hakları Komisyonu'na kadar karar metninde yer almamıştır. Bununla birlikte kavramın kullanılmaya başlandığı kararlarda ise dine hakaret kavramının bir tanımı yapılmış değildir. Birleşmiş Milletler'in dine hakaretin önlenmesiyle ilgili bazı kararları: E/CN.4/1999/167, E/CN.4/RES/2000/84, E/CN.4/RES/2001/4, E/CN.4/RES/2005/3, A/RES/60/150, A/HRC/RES/4/9, A/HRC/16/L.38

edilen kişilerin olumsuz yönde tektipleştirilmesini kınamakta ve dini sembollere saygı gösterilmesini ve bunların korunmasını sağlamak için devletlere, en yüksek çabayı göstermeleri yönünde çağrıda bulunmaktadır.[20] Kararların hukuki temelini ayrımcılığa uğramama hakkı ile din ve inanç özgürlüğü oluşturmakta; kararların temel amacının ise eşitliği ve kültürler/dinler arası dialoğu güçlendirmek olduğu görülmektedir.[21] 2009 tarihli İnsan Hakları Konseyi kararında, ifade özgürlüğünün meşru sınırlandırma temeli olarak ulusal güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlık, başkalarının haklarının korunmasının yanı sıra genel refah da sayılmıştır.[22] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun konuyla ilgili, 21 Mart 2011 tarihli son kararı "*Kişilere karşı din ve inanç temelli hoşgörüsüzlük, olumsuz tektipleştirme, ayrımcılık, şiddete teşvik ve şiddetle mücadele*" başlığını taşımaktadır.[23] Dine hakaretle mücadele için Birleşmiş Milletler bünyesinde alınan bu kararlar, dine yönelik azınlıkta kalan, eleştirel, muhalif görüşleri cezalandırmanın yanı sıra din-içi eleştirel tartışmaları engellemek için tehlikeli bir araç olarak kullanılabilecekleri gerekçesiyle devletler tarafından ciddi biçimde eleştirilmiştir.[24] Oysa Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda ve İnsan Hakları Konseyi'nde dine hakaretle mücadele yönünde alınan kararlara ılımlı yaklaşmayan, hatta buna açıkça karşı çıkan Avrupa ülkelerinin kendi hukuk sistemlerinde dine hakareti cezalandıran *blasphemy* yasalarını ısrarla korumaları ikircikli bir durum yaratmaktadır.

Bu yazının esas inceleme alanı olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde de dine hakarete karşı korunma hakkı, din karşıtı nefret söylemi ve dini inançların ve hislerin korunması hususları açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, bir sınırlandırma sebebi olarak dine hakaret kavramının sınırlarının özellikle Sözleşme denetim organlarının ifade özgürlüğüyle ilgili kararlarında belli belirsiz de olsa çizildiği görülmektedir.

---

20 İnsan Hakları Konseyi (Human Rights Council) Kararı, 26 Mart 2009, A/RES/10/22, parag. 4 ve 14.

21 İnsan Hakları Konseyi'nin 26 Mart 2009 tarihli kararı "hoşgörü, barış kültürü, kültürel, etnik, dini ve dilsel çeşitliliğe saygı" ve "uygarlıklar arası dialoğa" da vurgu yapmaktadır. Parag. 8.

22 İnsan Hakları Konseyi Kararı, (2009), A/RES/10/22, parag. 10: "(..) *the right to freedom of expression, the exercise of which carries with it special duties and responsibilities and may therefore be subject to limitations only as provided for by law and are necessary for respect of the rights or reputations of others, protection of national security or of public order, public health or morals and general welfare."*

23 Genel Kurul (General Assembly) Kararı (HRC), 21 Mart 2011, A/HRC/16/L.38.

24 S. Parmar, "The Challange of "defamation" of religions to freedom of expression and the international human rights", *European Human Rights Law Review*, 2009, no. 3, ss. 353-375. Birleşmiş Milletler'in,özellikle yakın tarihli kararları, Danimarka'da yayınlanan İslam'ı hedef alan karikatürlere karşı gelişen küresel tepki sonucunda İslam ülkelerinin teklifi ve yoğun kampanyası üzerine kabul edilmiştir.

B. İHAS Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Ve Dine Hakaret İlişkisine Genel Bakış

Dine hakaret içeren ifade ve eylemlerin cezalandırılması karşısındaki en önemli engel, demokrasi ve çoğulculuğun temelinde yer alan, ancak somut ve gerçek bir tehdidin varlığı karşısında sınırlandırılması kabul edilen ifade özgürlüğüdür. İHAM'ın meşhur Handyside kararında altını çizdiği üzere: "*İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olup demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ayrıca devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, çarpıcı kaygı verici, rahatsız edici haber ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir.*"[25]

İHAS'ın 10. maddesi ifade özgürlüğünü güvence altına almış,[26] maddenin 2. fıkrası da ifade özgürlüğünü meşru sınırlandırma amaçlarına yer vermiştir. İfade özgürlüğü ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla orantılı araçlarla sınırlandırılabilir.

Dini değerlerin ve vicdani kanaatlerin korunması karşısında ifade özgürlüğünün konumu açısından ilk bakışta göze çarpan sınırlandırma sebepleri "genel ahlak" ve "başkalarının şeref ve haklarının korunması"dır. Dini değerlerin, öğretilerin ve inanç sistemlerinin korunmasının ise 10. madde çerçevesinde başlı başına bir sınırlandırma sebebi oluşturmadığı görülmektedir. Bununla birlikte özellikle dine hakaret gerekçesiyle ifade özgürlüğünün sınırlanması nedeniyle Mahkeme'nin önüne gelen başvurularda ileri sürülen "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*"yla bir başka sınırlandırma sebebi olan genel ahlakın korunması arasında, dolaylı da olsa bir ilişki kurulabilir. Ahlakın korunmasının bir boyutu bir bütün olarak toplumun ortak ahlaki standartlarının gözetilmesi iken bir diğer boyutu da daha dar anlamda kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması olarak

---

25 Handyside - Birleşik Krallık, 07/12/1976, başvuru no. 5493/72. Kararın Osman Doğru tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bkz. http://ihami.anadolu.edu.tr.

26 İHAS md. 10: "*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesiyle karşılaşmadan ve ulusal hudutlarla sınırlanmadan bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri edinme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu Madde Devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.* "

anlaşılabilir.[27] Mahkeme de, Sunday Times ve Dudgeon kararlarında, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ile ahlakın korunması arasındaki ilişkiye değinmiştir.[28]

Mahkeme'nin daha yakın tarihli bir kararında ise ahlâk ile dinin, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaya meşru zemin oluşturmak bakımından taşıdığı kategorik benzerlik vurgulanmaktadır: "*10. maddenin 2. fıkrası, kamu yararı içeren konularda yürütülen tartışmalara ve politik söylemlere yönelik sınırlamalara çok az bir yer bırakmaktadır*. (..) *Oysa Devletler ahlâk ve özellikle de din alanındaki şahsi vicdani kanaatlere yönelik saldırılar karşısında ifade özgürlüğünü düzenlerken daha geniş bir takdir marjına sahiptirler*."[29] Açıkça görüldüğü gibi Mahkeme, din ile ahlâk arasında bir çeşit özdeşlik kurmakta ve bu sayede 10. maddedeki sınırlandırma sebepleri arasında yer almayan dinin korunmasını, sınırlandırma hükmüne *de facto* dahil etmektedir.

Mahkeme, dine hakaret ve vicdani kanaat kavramlarını Sözleşme'nin evrimci yorumu ışığında, günün şartlarına ve Üye Devletler nezdinde oluşan *consensus*'e göre yorumlamakta; ahlak için olduğu gibi dinin de toplum içindeki anlamına ilişkin Avrupa düzeyinde genel, tekdüze bir anlayışın olmadığına ve kapsayıcı bir din tanımı yapmanın güçlüğüne işaret etmektedir. Wingrove kararında Mahkeme, "*Avrupa'da dine hakareti cezalandıran bir yasanın, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılmasını*

---

27 C. Nowlin, "The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", *Human Rights Quarterly*, 2002, vol. 24., s. 279.

28 Dudgeon -Birleşik Krallık, 22/10/1981, başvuru no. 7525/76, parag. 47: ".... söz konusu yasa gençleri kötü ve saptırılmış etkilerden ve alışkanlıklardan korumayı amaçladığı ölçüde aynı zamanda "başkalarının haklarını ve özgürlüklerini" de korumayı amaçlamaktadır. Yasanın amaçlarından biri toplumun savunmasız bir kesimine, örneğin gençlere eşcinsel faaliyetlerin sonuçlarına karşı koruma sağlamaktır. Bu bağlamda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla ahlakın korunması arasında katı bir ayrıma gitmek yapay gözükmektedir. Ahlak bir bütün olarak toplumun ahlaki değerlerinin ve standartlarının korunmasını ifade ederken aynı zamanda toplumun belirli bir kesiminin, örneğin okul çağındaki çocukların menfaatlerinin ya da manevi refahının korunmasını da kapsayabilir. (Handyside, seri A no. 24, s. 25) Gelişmemişlik, zihinsel gerilik ya da bağımlılık hali gibi sebeplerle özel bir korumaya ihtiyacı olan kişilerin ya da kişi gruplarının menfaatlerinin ve manevi refahının korunması söz konusu olduğunda, "başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması" bir yönüyle ahlakın korunması anlamına gelmektedir. (*mutatis mutandis*, Sunday Times – Birleşik Krallık kararı, 26 nisan 1979, seri A no. 30, par. 56)

29 Wingrove -Birleşik Krallık, 25/11/1996, başvuru no. 17419/90. Murphy-İrlanda, 10/07/2003, başvuru no. 44179/98.

sağlayacak bir görüş birliği olmadığını" ifade etmiş ve "*kendini belli bir dini inanca ait hisseden kişileri ağır bir biçimde rendice edecek unsurların, özellikle de din ve inanç çeşitliliğinin giderek arttığı çağımızda, zaman ve mekana göre son derece değişken olabileceğini"* vurgulamıştır. Örneğin, dine olan ilgi ve bağlılığın görece zayıf olduğu ülkelerde dini duygulara karşı saldırı, aşağılama, alay içeren ifadeler hakaret olarak değerlendirilmezken dini hassasiyetlerin yüksek olduğu ülkelerde bu ifadeler farklı koşullar içinde yasaklamayı meşru gösterebilir. Mahkeme, her ülkeye özgü dini hassasiyetlerin, hatta bazen ülke içinde belirli bir bölgenin özel dini duyarlılıklarının korunması gerektiği fikri temelinde, vicdani kanaatlerin ve dini duyguların korunması amacıyla, dine hakareti önleyici, yasaklayıcı veya bastırıcı düzenlemelerle ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini kabul etmiştir. İnsan hakları mekanizmalarında, ülkesel ve bölgesel özellikler temelinde bu tür bir göreciliği kabul etmenin evrensellik iddiası taşıyan bir güvence sisteminde yaratacağı aşınmalar ve daha genel olarak dine hakaret kavramının araçsallaştırılma biçiminin taşıdığı belirsizlikler üzerinde yeni bir tartışma başlatmak zorunlu görünmektedir.

II. İfade Özgürlüğü-Dini Duyguların Korunması Gerilimi:

A. Takdir Marjı, Çoğunluk Kültürü ve Meçhul *Consensus*

Takdir marjı, Sözleşme'ye taraf bir devletin fiili koşulları değerlendirmede ve uluslararası insan hakları mekanizmalarında yer alan hükümleri uygulamada sahip olduğu yetkiyi ifade eder.[30] Doktrin, taraf devletlerin farklı yasal geleneklerinden ve toplumsal, kültürel, siyasi koşullarından doğan çatışmaları çözmede bir esneklik sağlama amacı taşır. Takdir marjı doktrininin temel gerekçesi Mahkeme'nin de sıklıkla tekrar ettiği gibi, her devlete özgü sosyal ve kültürel bağlamı daha yakından tanıyan ulusal otoritelerin somut koşulları ve müdahale gerekliliğini takdir etme noktasında uluslararası yargı organlarına göre daha elverişli bir konumda bulunduğu ön kabulüdür.[31] Avrupa düzeyinde kabul edilen ortak bir tanım ölçütü tespit edilemediği hallerde müdahalenin meşruluğu da devletlerin özgün toplumsal, siyasal yapılarına göre farklı değerlendirilecektir. Kişisel kanaatlere ve mahrem duygulara yönelik saldırıları engelleme amacı öne çıktığında, genel ahlâk ve din alanında takdir marjı doktrininin yerleşik bir biçimde uygulandığı görülür.

---

30 Thomas A. O'Donnell, The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, 1982, no. 4, *Human Rights Quarterly*, s. 474, 475

31 Irlanda-Birleşik Krallık, 18/01/1978, başvuru no. 5310/71, parag. 207.

İHAM'ın doktrini son derece sınırlayıcı bir şekilde kullandığı *Otto Preminger Institut-Avusturya*[32] kararı dini kanaatlerin korunmasına yönelik içtihadın metodolojisini oluşturmuştur. Otto Preminger Institut kararında Mahkeme katolik dinini aşağıladığı iddia edilen bir dizi filmin sansürlenmesini onaylamıştır. Otto Preminger Enstitüsü, Avusturya'nın Tyrol bölgesinde 17 yaşından küçüklere yasak olan bir dizi film gösterimi gerçekleştireceğini duyurmuştur. "Günaha Son Çağrı" adlı, Oskar Panizza'nın bir tiyatro eserinden esinlenen Hıristiyan inancının aşırılıklarını ve basitleştirici görsel dini temsillerini satirik bir üslupla eleştirmeyi hedeflemektedir. Roma Katolik Kilisesi Innsburck Piskoposluğu'nun başvurusu üzerine, filmin gösteriminden 3 gün önce Enstitü müdürü aleyhine dini değerleri alçaltmaya teşebbüsten cezai takibat başlatılmış, filme de el koyulmuştur. Bölge Mahkemesi daha sonra filmin müsaderesine karar verirken dini duyguların provakatif davranışlarla rencide edildiğini ve bunun da Avusturya Anayasası'nda yer alan sanatsal ifade özgürlüğünü aştığını belirtmiştir. Enstitü de film gösteriminin yerine, filmin esinlendiği oyunun okumasını yapmak zorunda kalmıştır.[33]

Strasbourg Mahkemesi davaya konu mahkûmiyet sürecini temel sınırlandırma sebepleri açısından incelemiş ve ilk olarak din özgürlüğünün, inananların kimliğini ve yaşam tarzlarını oluşturan hayati unsurlardan biri olduğunu belirtmiştir.[34] Bununla birlikte dindarlar inançlarının başkaları tarafından reddedilmesini ve hatta dine muhalif propaganda yapılmasını hoşgörüyle karşılamak zorundadırlar. Ancak bu muhalif propaganda başkalarının dini duygularına saygı gösterecek bir tarzda yapılmalıdır. Aksi takdirde ifadenin dışavurumu, demokratik toplumun unsurlarından biri olan hoşgörü zeminini kötü niyetle bozma sonucunu doğuracaktır. Mahkeme bu gerekçe temelinde müdahalenin başkalarının haklarının korunması meşru amacına yönelik olduğunu kabul etmiştir.

---

32 Otto Preminger Institut-Avusturya, 23/08/1994, parag. 20. Kararın Türkçe tercümesi için bkz. http://ihami.anadolu.edu.tr/.

33 Mahkumiyete sebep olan filmde Tanrı yaşlı, halsiz ve kudretsiz, Şeytan'ın önünde eğilen ve onunla öpüşen bir bunak, İsa düşük zekalı bir 'ana kuzusu', Meryem Ana ise şehvet düşkünü bir kadın olarak gösterilmektedir. Üçü birlikte, insanlığı ahlaksızlığı yüzünden cezalandırmak isterler. İnsanlığı toptan imha etme ihtimalini reddedip, bunun yerine insanlığı 'kurtuluş ihtiyacı' ve 'kurtarılma imkanı' içine sokan bir ceza vermeyi seçerler ve bu konuda Şeytandan yardım isterler. Şeytan kendilerine cinsel yoldan kadın ve erkeğin birbirlerine bulaştıracakları bir hastalığın yayılmasını önerir. Sonuçta frengi hastalığının ortaya çıkmasını sağlar. Film İsa, Meryem ve Tanrı'yı şeytanı alkışlarken göstermektedir.

34 İHAS kapsamında din ve inanç özgürlüğüne tanınan koruma için bkz.: C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2001. E. Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yayınları, İstanbul, 2003.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken ise Mahkeme "*tıpkı ahlak için olduğu gibi, Avrupa'nın her yerinde dinin toplum için önemi konusunda gözle görülür bir fikir birliği ve dinin üzerinde uzlaşılmış bir tanımı bulunmadığı için, din karşıtı hangi ifadelerin yasaklanmasına izin verilebileceğini tanımlamak mümkün değildir. Bu tür müdahalelerin gerekliliği konusunda ulusal makamlara belirli bir takdir marjı bırakmak zorunludur.*"[35] sonucuna varmıştır. Böylece daha önce genel ahlakın korunmasına yönelik[36] devlet müdahalesinin Sözleşme'ye uygunluğunu incelediği *Müller-İsviçre*[37] kararındaki yorumunu yinelemiş olmaktadır. Otto Preminger Institut-Avusturya kararında, müdahaleyi "demokratik bir toplumda gerekli" kılan, dini barışı sağlama ve inananların kendi dinlerine haksız bir saldırı yapıldığı duygusuna kapılmalarını önleme amacıdır.

Otto Preminger Institut-Avusturya kararında İHAM'ın yaptığı gibi, takdir marjına özellikle ifade özgürlüğü alanında geniş bir alan tanımak, popüler olmayan, yerleşik kabullere aykırı, özellikle ortodoks dini tezlere yönelik eleştirel bir kamusal tartışma başlatma niyeti taşıyan düşünceler üzerinde siyasi baskıyı arttırma tehlikesi taşır. Uluslararası denetimin bu şekilde esnetilmesi bölgesel ya da ulusal planda siyasi çoğunluğun birey özgürlüklerini keyfi gerekçelerle tahrip etmesine neden olabilir.[38] Üstelik "saldırgan ifadeler" alanında takdir marjı doktrininin genişletilmiş uygulamasının ardında yatan "*Avrupa düzeyinde genel olarak ahlaki konularda, özel olarak da dini inanç konusunda bir mutabakat olmayışı*" gerekçesi, hiç bir ampirik kanıda dayanmadığı ölçüde ciddi bir yöntemsel zayıflık taşır.[39] Mahkeme'nin bu tür bir bulguya ulaşmak için hangi dini kaynaklara başvurduğu, örneğin resmi kiliselerin ya da din bilginlerinin yayınlanmış açıklamalarına mı yoksa inanç sahiplerinin kamuoyu yoklamalarına mı dayandığı belirsizdir.

Din ve ahlak alanında bir Avrupa *consensus*'unun olmadığını tartışmasız olarak kabul etmemiz istendiği noktada şu soru ortaya çıkar: Ulusal siyasi ve yargısal otoritelere müdahale alanında bırakılan bu serbestlik aynı zamanda bu otoritelere hangi inanç ve düşüncelerin korunmaya değer, han-

---

35 Otto Preminger Institut –Avusturya, *a.g.k.*, parag. 50.

36 Sözleşme kapsamında ahlakın korunmasıyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz: C. Nowlin, "The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", *Human Rights Quarterly*, 2002, vol. 24, ss. 264-286.

37 Müller ve diğerleri-İsviçre, 24/5/1988, başvuru no. 10737/84.

38 I. Cram, "The Danish Cartoons, Offensive Expression and Democratic Legitimacy", in *Extreme Speech and Democracy*, ed. I. Hare and J. Weinstein, Oxford University Press, New York, 2009, s. 317.

39 I. Cram, *a.g.m.*, s. 318.

gilerinin korunmaya değmez olduğunu belirleme keyfiyetini de vermez mi?[40] Diğer bir deyişle devletler neyin din neyin inanç olduğunu ve hangi inancın ne kadar korunmaya mazhar olduğunu da belirleyebileceklerdir. Resmi din olması ya da inanan kesimin nüfusun çoğunluğunu oluşturması nedeniyle yerleşik hale gelmiş dinlerin vazettikleri dini inancın açıklanması kabul edilirken,[41] azınlıkta kalan, geleneksel ya da yaygın olmayan dini inançlar veya aykırı tezler siyasi çoğunluk tarafından korunmaya değmez bulunabilecektir. Mahmood bu soruna ilişkin olarak, seküler liberal hukuka içkin yapısal sınırlara dikkat çekerken dinin tanımının belirlenmesinde referans alınanın kaçınılmaz olarak çoğunluğun kültürel duyarlılıkları olduğuna işaret eder.[42] Normatif düzenlemelerde referans noktası hemen her zaman baskın dini kültür olmaktadır. Bir sonraki bölümde incelenecek kararlarla bu tespit daha sağlıklı bir arka plana kavuşacaktır.

Tereddüt yaratan bir diğer nokta, Mahkeme'nin bir yandan devletlere geniş bir takdir marjı tanırken bir yandan bu serbestinin bütünüyle denetim dışı olmadığını vurgulamasıdır.[43] Bu önerme, Mahkeme'nin yapacağı denetimin gerçek kapsamına ilişkin soru işaretleri yaratmaktadır.[44] İlk olarak

---

40 Nitekim Avusturya hükümeti filmin gösterileceği Tyrol bölgesinde dinin günlük hayatta sahip olduğu büyük rolü gerekçe göstermiş ve Roman Katolik inanışının Avusturya nüfusu içinde % 78, Tyrol nüfusu içinde ise % 87 oranında olduğunu, nüfusun çoğunluğunun sahip olduğu dini inancın saldırgan ifadelerden korunması gerektiğini ileri sürmüştür. İHAM ise Tyrol nüfusunun ezici çoğunluğunun Roman Katolik inanışını benimsediğini görmezden gelemeyeceğini ve Avusturya makamlarının filme el koyarak bu bölgede dini barışı sağlamayı ve bazı kişilerin dini inançlarının temelsiz ve saldırgan bir şekilde rencide edilmesini önlemeyi amaçladığına karar vermiştir." Otto Preminger Institut- Avusturya, *a.g.k.*, parag. 56.

41 S. Mahmood, "Religious Reason and secular Affect: An Incommensurable Divide?", in *Is Critique Secular?: Blasphemy, Injury and Free Speech*, The Townsend Papers in Humanities No. 2, University of California Press, Los Angeles, 2009, s. 86.

42 S. Mahmood, *a.g.m.*, s. 78.

43 M. Levinet'nin ifade ettiği gibi takdir serbestisinin aşılıp aşılmadığının denetiminde Mahkeme'ye yol göstermesi gereken iki unsur vardır: Dine hakaret suçunun uygulanma alanı ve yasal mevzuat tarafından öngörülmüş olan güvenceler. M. Levinet, "L'incertaine détermination des limites de la liberté d'expression, Réflexions sur les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg en 1995-1996 à propos de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 1997, s. 999. Mahkeme'nin Wingrove-Birleşik Krallık kararında belirttiği gibi suçu cezalandırma aracının *ab initio* bir yasak getirmesi durumunda, sınırlamanın gerekli ve yerinde olup olmadığına yönelik denetim Mahkeme tarafından "özel bir incelemeye" tabi tutulmalıdır. (Wingrove-Birleşik Krallık, *a.g.k.*, parag. 58) Ancak Mahkeme'nin dine hakaret davalarında ifade özgürlüğüne getirilen mutlak yasakları bu denli "titiz" bir incelemeye tabi tutmadığı görülmektedir.

44 Mahkeme takdir marjı üzerindeki denetimin önemine şu ifadeyle değinmektedir: " *dine hakaret"in geniş ve değişken bir kavram olması ve dini aşağılayıcı olduğu*

kültürel bağlamın öznel koşullarına ve toplumsal hassasiyetin derecesine ilişkin her devletin takdiri nasıl denetlenecektir? İkincisi dine yönelik tahkirin ağırlığı veya yoğunluğu hangi kriterlere göre tayin edilecektir? Son olarak Devletin saptadığı maddi olguların doğruluğu nasıl ispatlanır?[45] Mahkeme'nin bu çelişkili önermesi aslında, denetimin sadece devletin takdirde açık hataya düşüp düşmediğini tespit etmekle sınırlı tutulduğu şeklinde tercüme edilebilir. Böylece devletin öne sürdüğü maddi olguların gerçekliği, müdahale aracının seçiminde yerinde bir tercih yapılıp yapılmadığı ve seçilen aracın hukuk düzeni içinde ihlali durdurabilecek tek ve zorunlu tedbir olup olmadığı, belirli alanlar söz konusu olduğunda, denetlenmeyebilecektir. Oysa Otto Preminger Institut olayında da görüldüğü gibi dini veya ahlaki duygulara saldırı söz konusu olduğunda ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlama çoğu kez ifade aracının yasaklanması, toplatılması, gösterimin iptal edilmesi gibi önleyici bir sansür şeklinde olmaktadır. Mahkeme'nin bu denli ağır bir müdahale ve ön denetim uygulaması karşısında, müdahalenin zorunlu ve haklı niteliği üzerinde daha sıkı bir denetim yapmaması da son derece tartışmalıdır.[46]

Diğer yandan devlete geniş bir takdir alanı tanımanın doğal sonucu olarak Strasbourg yargıcı müdahalenin gerekli ve orantılı olup olmadığını da denetlemekten kaçınmakta, bir başka deyişle ölçülülük denetiminin alanını daraltmaktadır. Otto Preminger Institut-Avusturya kararına konu olan filmin sadece 6 kez, daha önceden haberdar edilmiş çok kısıtlı bir izleyici kitlesine ve 17 yaşından küçüklerin giremeyeceği bir sinema salonunda gösterilecek olması gibi unsurlar da müdahalenin gerekliliği konusunda şüphe uyandırmaktadır. Filmin içeriğinden rencide olabilecek dindar katolik kitlenin filmi izleme ihtimalinin çok düşük olduğu göz önüne alınırsa, bu kitle üzerinde sarsıcı bir etki yaratmasından bahsetmek mümkün değildir.[47] Mahkeme ise filmin gösterim programının ilan edilmesini başlı başına yeterli "alenilikte" bulmuştur. Karara karşı oy veren Mahkeme üyeleri filmin paralı bir gösterimle ve çok kısıtlı bir izleyici kitlesine gösterileceği gerçeğinin dikkate alınmamasını eleştirmişlerdir.[48] Wachssman'a göre, Mahkeme nezdinde, dini

---

kabul edilen ifadeleri cezalandırma kisvesi altında ifade özgürlüğünün aşırı ve keyfi bir şekilde sınırlandırılması riskinin ortaya çıkması karşısında bu denetim daha büyük bir önem kazanmaktadır. "

45 P. Laurent, "Existe-t-il un droit au respect des convictions religieuses dans les médias ? ", *RFDA*, 2004, s.1001

46 M. Candela Soriano, A. Defossez, "La liberté d'expression face à la morale et à la religion: Analyse de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH*), 2006/68, s. 830.

47 M. Candela Soriano, A. Defossezi *a.g.m.*, s. 831.

48 Yargıç Palm, Pekkanen ve Makarczyk'e göre: "*M. Müller'in resimlerinin aksine film, para ödeyerek gelecek olan kişilere, amatör deneysel filmler gösteren, göre-*

inançlara yapılan saldırı, inananların dini hislerini sarsacak görüntülere doğrudan maruz bırakılmaları sebebiyle değil fakat hakaret içeren bir filmin varlığından sadece haberdar edilmeleri nedeniyle gerçekleşmiştir.[49] Burada işletilen yasak mekanizması apaçık bir biçimde hakarete maruz kalacak inananların hisleri üzerinden değil, filmi izleyecek üçüncü kişilerin üzerinden kurulmaktadır.

B. Dini Duygular: Hukuken Korunması Gereken Bir Kategori mi?

Dine hakaret ve ifade özgürlüğü çatışması bağlamında Avrupa insan hakları sisteminde açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer konu, dini duyguların Sözleşme'yle güvenceye alınan haklardan hangisi kapsamında korunmaya değer kabul edildiğidir. Din ve inanç özgürlüğünü koruyan 9. madde inananların dini hislerini ve genel olarak dini duyarlılıkları korumak yönünde devletlere pozitif bir yükümlülük yükler mi? Salman Rüşdi'nin Şeytan Ayetleri kitabının müslümanların dini duygularını rencide ettiği iddiasıyla yapılan başvuruda verdiği *Choudhury-Birleşik Krallık*[50] kararında Komisyon, 9. maddenin devletlere tüm dini duyarlılıkları korumak yönünde pozitif yükümlülük getirmediğine karar vererek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Ancak Otto Preminger Institut-Avusturya başvurusunda Komisyon farklı bir yorum izleyerek başvuruyu kabul etmiş; bununla birlikte dini eleştiren satirik bir sanat eserinin yasaklanmasını ise orantısız ve demokratik bir toplumda gereksiz bulmuştur. İHAM'ın Otto Preminger meselesinde tam tersi yönde verdiği karar yukarıda incelendi. Komisyon ile Mahkeme arasında ortaya çıkan bu uyuşmazlık Wingrove-Birleşik Krallık kararında daha da belirginleşmiştir. Wingrove kararı dini duyguların Sözleşme sisteminde hangi hukuki temelde korunacağı tartışmasını başlattığı için önem taşır.

Wingrove-Birleşik Krallık kararında Mahkeme, Otto Preminger Institut-Avusturya kararında izlediği yoruma sadık kalarak, Avila Azizesi Teresa'nın hayatından esinlenerek hazırlanmış bir video kasete, erotik sahneler içermesi nedeniyle İngiliz Film Sınıflandırma Heyeti tarafından dağıtım izni verilmemesinin, inananların dini hislerinin korunması amacı doğrultusunda meşru bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme'nin 7'ye 2 çoğunluk-

---

ce sınırlı bir kitleye hizmet veren bir sanat sinemasında gösterilecektir. Dolayısıyla izleyiciler arasında, filmin özel olarak ilgilendirmediği kişilerin olma ihtimali çok düşüktür.", Otto-Oreminger Institut, *a.g.k.*, Yargıç Palm, Pekkanen ve Makarczyk'in karara ortak karşı oyu, parag. 9.

49 P. Wachssman, "La religion contre la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la CEDH", *Revue Universelle Des Droits de l'Homme*, 1994, vol. 6, no. 12, s. 443.

50 Choudhury-Birleşik Krallık, 5/3/1991, başvuru no. 17439/90.

la verdiği kararda meşru olarak nitelenen amaç "başkalarının hakları" ile "din hürriyetinin korunması"dır. İHAM İngiliz dine hakaret mevzuatının o dönemde sadece Hıristiyan inancına koruma sağlamasını, diğer inançları ise koruma kapsamı dışında bırakarak açıkça ayrımcı bir tutum izlemesini meşru amaç denetimi kapsamında suskunlukla karşılamıştır. Aynı şekilde, BBFC*'nin filmin ön kapağında açık bir uyarıyla birlikte filme 18 yaş sınırlandırması getirebilecekken mutlak surette önleyici bir yasak koyması da Strasbourg Mahkemesi tarafından dikkate alınmamıştır. Sözleşme'yle güvenceye alınan temel bir hakkın kullanımının mutlak bir sansürle engellenmesi karşısında Mahkeme'nin orantılılık denetimine hiç yer vermemesi kararın hukuki temelini zayıflatmaktadır.

Wingrove kararını asıl önemli kılan ise İHAM'ın dine hakareti cezalandıran düzenlemeleri, "dine hakaret" kavramının içeriği hakkında taraf devletler arasında bir uyuşmazlık olmadığı varsayımı temelinde Sözleşme'ye uygun kabul etmesi ve dini hislerin korunmasını 9. maddeyle korunan inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirmesidir. Strasbourg Mahkemesi, bunun ötesinde, kamusal tartışma alanı olarak belirlediği kimi alanlarla, örneğin politik söylemlerle din ve inanca ilişkin ifadeler arasında kategorik bir ayrıma gitmiştir.

İlk olarak Sözleşme'nin inananların dini hislerinin saldırı ve hakaretten korunmasına yönelik bir "hak" içerdiği söylenebilir mi? Bu soruya olumlu bir cevap verilecek olursa saldırıdan korunma hakkının temelinin ne olduğunu belirleme ihtiyacı doğar. İhtimallerden ilki, inançların hakaret ve saldırıdan korunması hakkının 10/2. maddede yer alan başkalarının hakları kapsamında korunmaya değer kabul edilmesidir. Bir başka görüşe göre ise söz konusu korunma hakkının asıl dayanağı 9. maddeyle güvenceye alınan düşünce, din ve inanç özgürlüğü olmalıdır.

Otto Preminger Institut kararında Mahkeme, "başkalarının hakları"nın ancak 9. maddede düzenlenen inanç özgürlüğüne yapılan göndermeyle anlaşılabileceği, dolayısıyla başkalarının haklarının dini hislerin korunması hakkını da içerdiği saptamasında bulunmuştur. Oysa Wingrove kararında çoğunluk oyuna katılan Yargıç Pettiti'nin görüşünü paylaşan pek çok yazar, 9. maddenin dini hislere yönelik saldırılara karşı koruma sağlamayacağını ileri sürmektedir. Gerçekten de 3. kişilerin dini duygulara karşı gerçekleştirdikleri saldırıların inanç özgürlüğünü ve dini inançların özel/kamusal alanda dışavurumunu engelleyeceğini iddia etmek oldukça zordur. Çünkü ilk olarak 9. maddenin sağladığı koruma, dini ibadet ya da dinini açıklama özgürlüğünü ihlal etmediği sürece dini stereotiplere saldıran ya da meydan okuyan düşüncelere müdahale etme imkanı vermez. Daha da önemlisi bireyin din özgürlüğünü başkalarının bu kişinin inançları hakkında söylediklerine bağ-

lamak ya da özgürlüğün bu ifadelerle tehdit edilebileceğini iddia etmek, dini inançların kamusal alanda neyin dillendirilip neyin dillendirilemeyeceğini belirlemesine onay vermek anlamına gelir. [51] Bu tür bir önermenin liberal demokratik hukuk geleneğinin üzerinde yükseldiği temeller açısından taşıdığı çelişki ortadadır.

Mahkeme dini duyguların korunmasını din özgürlüğünün bir bileşeni sayarak, ibadet ve dinini açıklama özgürlüğüne yönelik müdahalelere karşı korunma hakkından, inananların 3. kişiler tarafından yöneltilen, kendi dinlerine saldırı niteliğinde gördükleri ifadeleri yasaklatma hakkına geçmiş olmaktadı. Wachsmann'a göre Mahkeme bu yorumla, bir sınırlandırma sebebi olarak düzenlenmemiş olan "dini eleştiriden koruma"yı 10. madde metnine *de facto* eklemiştir.[52]

10. maddedeki "başkalarının hakları"nın da dini hislere yönelik saldırıdan korunma hakkına bağımsız bir hukuki temel oluşturduğu ileri sürülebilir. Ancak İHAM'ın da içtihadında yer verdiği bu amacın nasıl bir koruma sağladığı açıklanmaya muhtaçtır. Aksi takdirde "başkaların hakları" Sözleşme'de yer almayan tüm hakları kapsayacak şekilde bir sınırlandırma hükmü haline de gelebilir.[53] Bu durumda ifade özgürlüğünü yok edebilecek sınırsız bir çatışan haklar manzumesi yaratılabilir ki; insan hakları sisteminde sınırlandırmanın hukuken öngörülebilir, belirli ve açık olması zorunluluğu bu yorumla çelişir görünmektedir.

Dini hislerin saldırıya karşı korunmasının temelinde daha genel bir meşruiyet zemini olarak kamu düzeninin, toplumsal barışın ve kamu yararının korunmasının bulunduğu da ileri sürülen bir diğer görüştür. Dini hislerin korunmasını kamu düzeninden sayan bu düşünce, daha önce de değinildiği gibi, insan hakları söylemini bir dizi çelişkiyle yüz yüze bırakır. Her şeyden önce "kamu düzeni", "genel ahlak", "genel sağlık" gibi ifadeleri birbirinden bağımsız düşünmek mümkün değildir; aynı kavramsal dünyaya ait bu mefhumlar varsayımsal olarak homojen bir değerler bütününü, kolektif bir yararı korumaya adaydır. Bu nedenle de kaçınılmaz bir biçimde baskın olan kültürü, çoğunluğun duyarlılıklarını referans almak zorundadır.[54] Azınlıkta kalan bir dini inanca yönelik saldırıların kamu düzenini bozacak bir tehdit oluşturması daha düşük bir ihtimalken baskın dini kültürü hedef alan eleştiri ve saldırgan ifadelerin toplumda infial yaratması ve kamu düzenini

---

51 I. Cram, *a.g.m.*, s. 320.

52 P. Wachsmann, *a.g.m.*, s. 442.

53 I. Cram, *a.g.m.*, 321.

54 S. Mahmood, *a.g.m.*, s. 85.

bozması daha gerçekçi bir varsayımdır. Avrupa insan hakları yargıcının dine hakaret sorununu ele aldığı tüm başvuruların çoğunluk dinine yönelik saldırgan ifadelerin yasaklanmasını konu edinmesi bu varsayımı doğrular. Dini hislerin korunmasını kamu düzeninden sayan fikir, düzeni sağlanacak olan "kamu"nun kaçınılmaz biçimde çoğunluktaki dini duyarlılıkları temel alması nedeniyle azınlıkta kalan inançları ve kültürleri yok sayma, dışlama tehlikesi taşır.

İfade özgürlüğüne din temelli getirilen sınırlamaların bugüne dek hep çoğunluk inancını korumaya yönelik işletilmiş olması şu can alıcı soruyu sormamızı gerektirir: Taraf devletlerin azınlık dinlerine inananların da dini duygularını korumak gibi bir yükümlülüğünden bahsedilebilir mi? Komisyon'un 1991 yılında kabul edilemez bulduğu Choudhury-Birleşik Krallık başvurusunda, tam da bu temelde, İngiliz dine hakaret yasasının sadece Hıristiyanlığı koruduğu ve Müslüman inancını saldırılar karşısında korumasız bıraktığı ileri sürülmüş olmasına rağmen, Komisyon din özgürlüğüyle dini duyarlılıklara yönelik saldırılar arasında bir ilişki kurulamayacağına karar vermiştir. Sonuç olarak ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların bugüne dek Sözleşme organları tarafından sadece çoğunluk dinini korumaya yönelik işletildiği görülmektedir.[55]

Dini hislerin yararlandığı korumanın hangi hukuki temele dayandığı tartışmasının içerdiği belirsizlik bazı yazarları İHAM'ın, tek tek bireylerin inançlarını korumaktan ziyade, doğrudan inanç sistemlerine, dini kurumlara ve öğretilere dokunulmazlık sağlamak amacıyla bir güvence yarattığını düşünmeye itmiştir.[56] Soyut kavramların, öğretilerin veya bunları temsil eden evrensel kurumların saldırının veya hakaretin nesnesi olabileceğini kabul etmek sorunlu bir bakıştır. Yapılması gereken belki de dini bir doktrine, kuruma ya da figüre yönelik düşmanca söylem ile bu dinin mensuplarına yönelik yapılan saldırılar arasında bir ayrıma gitmektir. Bir inanç sistemine ya da dini öğretilerin içeriğine yönelik eleştiriler o dinin mensuplarının kişiliğinden soyutlandığı, bunlara yönelik hakaret ve aşağılama içermediği sürece nefret söylemi içermez ve insan onurunu, haysiyetini çiğnemeye yönelik değildir.[57] Doğrudan bireylere yönelik düşmanlık ve nefret içeren ifadeler

---

55 N. Nathwani, "Religious cartoons and human rights- a critical analysis of the case law of European Court of Human Rights on the protection of religious feelings and its implications in the Danish affaire concerning cartoons of the Prophet Muhammed", *European Human Rights Law Review*, 2008/4, s. 497.

56 P. Laurent, *a.g.m.*, s. 1004.

57 J. Ringelheim, "La société démocratique comme espace culturel, pluraliste. Réflexions sur la jurisprudence de la
Cour Européenne des droits de l'homme", *Journée de débat général -Droit de participer à la vie culturelle,* Nations-Unis, Conseil économique et sociale, 2008, s. 14.

sarf edilmedikçe, salt kutsal ve dokunulmaz kabul edilmesi nedeniyle din gibi kurum ve pratiklere yönelik eleştirilerin, ne kadar ağır ve katlanılması zor olursa olsun bastırılması toplumsal ya da bireysel bir faydaya hizmet etmez.

Son olarak Wingrove-Birleşik Krallık kararı kamusal tartışmanın sınırlarının bir insan hakları mahkemesi tarafından nasıl çizildiğini göstermesi açısından da dikkat çekicidir. Mahkeme'nin ifadesiyle, "*politik söylemler ya da kamu yararını ilgilendiren konular*" ile "*ahlak ve özellikle de din alanındaki kişisel kanaatleri rencide edebilecek ifadeler*" arasında bir ayrım yapmak zorunludur.[58] Politik söylemler ve kamu yararı taşıyan ifadeler kamusal tartışmanın vazgeçilmez unsurlarıdır ve ancak istisnai durumlarda sınırlandırılmaları kabul edilebilir. Kişilerin mahrem hislerini, dini inançlarını ve ahlaki duyarlılıklarını korumak amacıyla ifadenin denetlenmesinde ve müeyyidelendirilmesinde ise geniş bir takdir marjı geçerlidir. Modern seküler hukuk geleneğine uygun olarak Mahkeme, dini duyguların korunması hakkını içeren din özgürlüğünün alanını kamusal/özel ayrımıyla belirlemiştir.[59] Özel hayatın, mahrem dünyanın sınırlarına hapsedilen din ve ahlâk, "*kamu yararı*"nın belirleyici olduğu kamusal tartışmanın konusu olamaz. Bu dışlamanın doğal sonucu da din alanındaki düşünce açıklamalarının kamusal tartışma değeri taşımaması nedeniyle ifade özgürlüğünden yararlanamayacak olmasıdır. Mahkeme bu alandaki denetiminin sınırlılığını açıklarken tartışmaya açık, oldukça dışlayıcı bir kamusal tartışma tanımı yapmakta ve ifade özgürlüğünün sınırlarını tehlikeli biçimde daraltmaktadır.

C. "Haksız Saldırı" ya da "Haksız Hakaret İçeren İfade" Sorunu

İHAM'ın dini hislerin korunmasıyla ilgili içtihadına bakıldığında ifade özgürlüğüne yönelik içerik temelli bir sınırlama getirildiği görülür. İfade özgürlüğünün her ne kadar Handyside kararında[60] Mahkeme'nin ifade ettiği gibi "*kırıcı, şok edici ya da rahatsız edici*" ifadelere de koruma sağladığı kabul edilse de inananların dini hislerinin korunması söz konusu olduğunda bu

---

58 Wingrove-Birleşik Krallık, *a.g.k.*, parag. 58.

59 J. Butler, "The Sensibility of Critique: Response to Asad and Mahmood", *Is Critique Secular?: Blasphemy, Injury and Free Speech*, University of California Press, Los Angeles, 2009, s. 120.

60 Handyside-Birleşik Krallık, 7/12/1976, başvuru no. 5493/72: "*İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı uyarınca, bu, genel kabul gören, zararsız veya kayıtsızlık içeren "bilgiler" ve "fikirler" için değil, aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir".*

kuraldan bir sapma söz konusudur.[61] Aslında Mahkeme I.A.-Türkiye[62] kararındaki gibi temkinli bir dil kullanarak "*inananların kendi dini inançlarının başkaları tarafından reddedilmesine ve hatta inançlarına düşman doktrinlerin yayılmasına da hoşgörü ve anlayış göstermeleri gerektiğini*"[63] vurgulamaya devam etmiştir. Ancak kışkırtıcı da olsa, eleştiri sınırları içinde kalan ifadelerle dini saygınlık konusu değerlere yönelik hakareti ayırt etmenin gerekliliği hatırlatılmaktadır.

Mahkeme 13 Eylül 2005 tarihinde verdiği I.A.-Türkiye kararıyla, İslam dininin peygamberine yönelik hakaret içeren ifadeler taşıdığı gerekçesiyle "*Yasak Tümceler*" adlı romanın yazarı ve Berfin Yayınevi'nin yöneticisi Abdullah Rıza Ergüven'in Türk yargı organları tarafından mahkûm edilmesini Sözleşme'ye uygun bulmuştur.[64] Kararda bir kez daha, ifade özgürlüğünün kişiye görev ve sorumluluklar yüklediği hatırlatılmış, böylece özgürlüğün kullanımının bir nevi nezaket normlarına uygun olması gerektiği ve 3. kişilerin haklarını ihlal eden, dini inançlara saygısızlık içeren söylemlerden kaçınılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme'nin deyişiyle "*konuşmacı haksız yere saldırgan ifadelerden kaçınma sorumluluğu*" altındadır.

Tercih edilen terim dikkate alındığında "*saldırgan ifade*" başlığı altında "*haksız yere saldırgan ifade*" şeklinde bir alt kategoriye ver verildiği dikkat çeker. İfade özgürlüğüne tanınan korumadan doğal olarak en az yararlanabilecek ifade, haksız yere saldırı içeren ifadedir.[65] Mahkeme'nin benimsediği "*haksız yere saldırgan*" ifadesinin iki farklı çağrışım taşıdığı düşünülebilir. Bunlardan ilki maddi temelden yoksun, objektif, olgusal bir gerçekliği olmayan ifadeyi çağrıştırırken; diğeri sözün yöneldiği hedef kitlenin mensuplarını gereksiz, boş yere rencide etmeyi amaçlayan ifadeyi anlatır.[66] Bu kararda Mahkeme'nin, "*haksız yere saldırgan*" ifadesini kullanırken, içerdiği olgula-

---

61 N. Nathwani, *a.g.m.*, s. 490. Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne yönelik içerik temelli gerçekleştirdiği denetimin bir diğer konusu da ırkçılık ve nazi ideolojisi propagandası ile ırkçı ayrımcılığa ve nefrete tahrik içeren ifadelerdir.

62 I.A./Türkiye, 13/09/2005, başvuru no. 42571/98.

63 I.A./Türkiye, *a.g.k.*, parag. 28.

64 1993 yılı Kasım ayında Berfin yayınevi tarafından yayımlanan Yasak Tümceler romanı ilk baskıda iki bin adet basılmıştır. Savcılık yazar hakkında "Allah'a, dine, peygambere ve Kutsal Kitaba hakaret" suçundan ceza davası açılmasını istemiştir. Kitap hakkında önce Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim üyesi tarafından, başvurucunun itirazı üzerine de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku uzmanı öğretim üyelerinden oluşan heyet tarafından bilirkişi raporu düzenlenmiştir. Bu rapora dayanarak I.A., Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edilmiş; mahkûmiyeti 6 Ekim 1997 tarihinde Yargıtay tarafından onanmıştır.

65 I. Cram, *a.g.m.*, s. 325.

66 I. Cram, *a.g.m.*, s. 326.

rın doğrulanmadığı, temelsiz, yanlış bilgiler içeren sözleri kastettiği anlaşılıyor. Öte yandan kullanılan terimin saldırının yoğunluğuna gönderme yaptığı da düşünülebilir. Saldırgan ifadeler ancak haksız yere yaralayıcı olduğunda içerik denetimine takılacaktır.[67] Mahkeme'nin kullandığı "horgörme", "hakaret", "kabalık", "gülünç" gibi sözler, düşmanca ifadenin yeterli saldırı kastını taşıması ve hakaretin belirli bir eşiğe ulaşmış olması gerektiğini ortaya koyar.

I.A.-Türkiye kararında da Strasbourg yargıcı, müdahaleye konu olan yayının toplumun genel görüşleriyle sadece çatışan, şok eden, kışkırtıcı fikirler içermekle kalmadığını, İslam dininin peygamberinin kişiliğine yönelik de haksız bir saldırı taşıdığını kabul etmiştir.[68] Karara muhalif kalan üç yargıç ise, şok edici, kışkırtıcı ve rahatsız edici ifadelerin de ifade özgürlüğünden yararlanması gerektiği ilkesinin boş bir temenniden ya da bir retorikten ibaret kaldığını düşünmektedir.[69]

Diğer yandan karşı oy veren yargıçlar kitapta yer alan birkaç küçük düşürücü ve düşmanca ifadenin, kitabın tamamının mahkûm edilmesi ve editörünün cezalandırılması için yeterli olmadığını savunarak, hiç kimsenin sınırlı sayıda basılan bu kitabı almak ve okumak zorunda olmadığını, herkesin mahkemeye başvurarak kendi dini açısından hakaret olarak gördüğü ifadelerin çıkarılmasını veya zararının tazminini isteme hakkı olduğunu, fakat Cumhuriyet Savcılığı tarafından "dini, peygamberi ve Kuran'ı korumak" amacıyla re'sen soruşturma açılmasının orantısız bir müdahale olduğunu savunmuşlardır. Nihayet yargıçlar teokratik bir toplumun demokratik bir toplum olamayacağını vurgulamışlardır.[70]

---

67 Mahkeme bir önceki bölümde incelenen Wingrove kararında "yaptırımın *hıristiyan dinine karşı düşüncelerin ne şekilde olursa olsun özgürce ifade edilmesini yasaklamadığını; sadece ileri derecede hakaret içeren, kutsal değerlere yönelik saygısızlığın ağır bir dereceye ulaştığı ifadeleri yasakladığını vurgulamıştır*". Wingrove/Birleşik Krallık, *a.g.k.*, parag. 62.

68 Mahkeme'yi bu sonuca yönelten, kitapta yer alan "*Allah'ın elçisi iftardan sonra ve namazdan önce orucunu cinsel ilişkiyle açıyordu,. Muhammed ölü bir insanla ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkiyi yasaklamıyordu*" ifadeleridir. Kitabın toplatılma kararı verilmemesi ve oldukça cüzî bir para cezasına hükmedilmesi, Mahkeme'nin uygulanan cezanın sosyal bir ihtiyacı karşıladığı ve orantılı olduğu yönündeki kararında etkili olmuştur.

69 I.A.-Türkiye, Yargıç Costa, Cabral Barreto ve Jungwiert'in ortak karşı oyu, s. 8 parag. 1, 2, 3.: "*Türkiye gibi nüfusunun büyük çoğunluğu dindar olan bir ülkede bile materyalist ya da ateist fikirlerin, çoğunluktaki inancı sarsacak ya da şok edecek nitelikte olması, bir kitabın editörünü cezalandırmak için başlı başına yeterli bir sebep olamaz. Aksi takdirde Handyside kararının dictum'u tüm anlamından yoksun kalacaktır.* "

70 I.A.-Türkiye kararına karşı oy, parag. 6.

Son olarak karşı oyda ifade edilen görüşe göre, her ne kadar Mahkeme, hükmedilen cezanın hafif ve simgesel nitelikte oluşunu orantılı bir müdahaleyi kanıtlayan bir unsur olarak değerlendirmiş ise de; özellikle basın alanında, her cezai yaptırım "editörler üzerinde, komformist veya siyaseten doğrucu olmayan kitapları basmak ve yayınlamak konusunda caydırıcı bir etki (*chilling effect*) yaratabilir: "*Bu türden bir oto-sansür tehlikesi, demokrasinin temeli olan ifade özgürlüğü için son derece tehlikelidir; belirli kesimlerin mimlenmesi ve dolaylı olarak fetvaların teşvik edilmesi işten bile değildir.*" Muhalif yargıçlar, Mahkeme'nin konformizme ya da tektip düşünceye yenilen yerleşik içtihadının gözden geçirilmesi temennisiyle karşı oy yazılarını sonlandırmaktadır. [71]

I.A. kararında görülmektedir ki Mahkeme bir kez daha, içerik temelli bir denetime başvurarak, kamusal tartışmaya katılımın kurallarını, haksız yere saldırgan, rencide edici ifadeleri ifade özgürlüğü alanından dışlayarak belirlemiştir. Ancak bunu yaparken, mahkûm edilen sözlerin içinde yer aldığı ifade aracının niteliğini göz ardı etmiş görünmektedir.[72] "Yasak Tümceler"in ne bilimsel, ne de tarihi bir çalışma olmadığı, bir roman kurgusunun ise kural olarak gerçek bir tarihi zeminde kurulmak zorunda olmadığı gerçeği karşısında Mahkeme'nin yorumu oldukça sorunludur. Bununla birlikte bir edebi eserin bütün olarak değerlendirilmeyip, sadece en vurucu, provokatif ifadelerinin seçilerek haksız yere saldırgan olduğu için cezalandırılması ve nihayet sınırlı sayıda basılan bir romanın kamu düzenini tehdit edecek ya da inananların hislerini rencide edecek doğrudan bir etki ve yaygınlığa ulaşma ihtimalinin olmadığının hiç değerlendirilmemesi de büyük bir eksikliktir. Böylece bir kez daha toplumun çoğunluğunun –varsayımsal olarak ihlal edilen- hakları, azınlığın, muhalif ya da marjinal olanın hakları karşısında galebe çalmıştır.

D. "Kamu Yararına Tartışma"nın Sınırları ya da Bilimin Hukukla İmtihanı

İHAM'ın birkaç sene önce verdiği iki karar dine hakaret-ifade özgürlüğü ilişkisinin ele alınmasında önceki kararlara nazaran daha ılımlı bir yorumu yansıtmaktadır. 31 Aralık 2006 tarihli *Giniewski/Fransa* kararı[73], özellikle

---

71 I. A. kararına karşı oy, parag. 6: "*un tel risque d'auto-censure est très dangereux pour cette liberté, essentielle en démocratie, sans parler de l'encouragement implicite à la mise à l'index ou aux fatwas. Dans cette perspective, il est peut-être temps de "revisiter" cette jurisprudence, qui nous semble faire la part trop belle au conformisme ou à la pensée unique, et traduire une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse*."

72 I. Cram, *a.g.m.*, s. 326

73 Giniewski/Fransa, 31/01/2006, başvuru no. 6401/00. Aynı yönde Aydın Tatlav/Tür-

tarihi araştırma çerçevesinde düşüncenin özgürce ifade edilmesiyle dini hislerin korunması çatışmasında orta bir yol bulma çabasını yansıtır. Karar aynı zamanda Mahkeme'nin önceki tarihli içtihadında görülen bazı yöntemsel belirsizlikleri de, en azından bilimsel çalışmalar açısından bir ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

Giniewski kararı, bütün yenilikçi yorumuna rağmen aslında Mahkeme'nin yerleşik içtihadından bir sapma olarak nitelenemeyecektir; tam tersine Otto Preminger Institut-Avusturya ve I.A.-Türkiye kararlarındaki temel ilkeler burada da dolaylı biçimde teyit edilir.[74] Mahkeme, bu kez cezaya sebep olan bilimsel makalenin "haksız yere saldırgan" kategorisine girmediğine karar vermiş, böylece, bu koruma dışı ifade kategorisini bir kez daha üretmiştir. Kararın önceki kararlardan ayrılan yönü ise, Mahkeme'nin "demokratik toplumda gereklilik" kriteri açısından yaptığı incelemede ortaya çıkmaktadır.

Başvuruya konu olan olayları özetlemek gerekirse; sosyolog ve tarihçi olan M. Giniewski "*Le quotidien de Paris*" gazetesinde "*Yanılmanın karanlığı*" başlığıyla yazdığı makalede, Katolik Kilisesi'nin yahudileri hor gören bir doktrin yaydığını iddia etmiştir. Yazara göre "*kutsal kitabın yahudi karşıtlığının ve Eski Ahit'in yenisiyle "tamamlanmış olduğunu savunan öğreti"nin antisemitizme; Auschwitz fikrinin oluşmasını ve gerçekleştirilmesini sağlayan zemine yol açtığını pek çok hıristiyan kabul etmiştir.*" Fransız yargı organları bu ifadeleri, hıristiyanların Auschwitz katliamından doğrudan sorumlu olduğu şeklinde yorumlamış ve M. Giniewski'nin hıristiyan cemaatinin saygınlığına saldırıda bulunduğu sonucuna varmıştır. Giniewski'ye karşı şikayette bulunan ise dini kurumlar değil, hıristiyan dininin ve değerlerinin koruyucusu olduğu iddiasındaki "Irkçılığa Karşı ve Fransız Hıristiyan Kimliğine Saygı İçin Genel İttifak" adlı dernektir.

İç hukuk yollarının tüketilmesi sonucu mahkûmiyeti kesinleşen M. Giniewski İHAM'a yaptığı başvuruda, "*tarihçi ve gazeteci kimliğiyle, antisemitiz-*

---

kiye kararı, 2/08/2006, başvuru no. 50692/99: Allah'ın var olmadığı, cahil halkı kandırmak için yaratıldığı, İslam'ın toplumu cennet ve cehennem hikayeleriyle aldatan ilkel bir din olduğu ve kölelik de dahil, sömürü ilişkilerini kutsallaştırdığı ifadelerinin yer aldığı "Kuran ve Din" kitabı nedeniyle Aydın Tatlav 12 ay hapis ve 840000 TL para cezasına mahkum edilmiştir. İHAM, ifadelerin doğrudan inananları hedef alan hakaretâmiz bir tonda yazılmadığına, kutsal sembolleri aşağılayıcı bir saldırı içermediğine ve meşru eleştirinin sınırları içinde kaldığına karar vermiştir. Mahkeme bunun gibi ağır cezaların, özellikle yazar ve editörleri, dinle ilgili konformist olmayan ve genel akıma aykırı ifadeleri yayınlamaktan caydırabileceğini, dolayısıyla demokratik toplumun belkemiğini oluşturan çoğulculuğu tehlikeye atacağını ifade etmiştir.

74 P.-F. Docquir, "La Cour européenne des droits de l'Homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses?", *RTDH*, 2006/68, s. 847.

min doğuşu ve yahudilerin katledilmesiyle ilgili düşünsel çalışmalara katkı yaptığını ve ifadelerinin kamu yararı taşıyan bir tartışmaya katılmaktan öte bir amacı olmadığını" iddia etmiştir.

Mahkeme öncelikle verilen mahkûmiyet kararının, belirli bir dine inanan kişileri hakaret ve aşağılama içeren ifadelerden korumayı amaçladığı ölçüde, meşru bir amaca yönelik olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme yine hem "başkalarının haklarının korunması"na, hem de 9. maddedeki din özgürlüğüne birlikte referans vermiştir.[75]

Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği açısından yaptığı incelemede, başvuru sahibinin, bir dogmanın içeriğine ve bunun Holocaust'un sebepleriyle arasındaki bağlantıya ilişkin bir tez geliştirdiğini ifade eden Mahkeme'nin[76] gerekçesi oldukça ilginçtir: "*(başvurucu) bu konuda daha önce açılmış olan çok geniş bir fikir münazarasına, doğası gereği tartışılabilir nitelikte bir katkıda bulunmuştur. Bunu da, temelsiz bir polemik açmadan veya çağdaş düşüncelerin hakikatinden uzaklaşmadan yapmıştır."*[77]

Diğer yandan, Giniewski'nin kaleme aldığı ifadeler "haksız bir saldırı" veya "hakaret" niteliği taşımamakta ve hiç bir şekilde düşmanlık ya da nefrete çağrıda bulunmamaktadır. Mahkeme yine dikkat çekici bir tespitte bulunarak, düşünce açıklamasının "*gerçekliği saptanmış tarihi gerçekleri inkar etmediğini*" de vurgulamadan geçmemiştir. Orantılılık denetimi açısından ise, önlem veya yaptırımların, basını veya yazarları meşru bir kamu yararı taşıyan sorunların tartışılmasına katılmaktan caydırıcı etki taşıması halinde denetimin yoğunlaşacağına dikkat çekilmiştir.[78]

Daha önce de değinildiği gibi Mahkeme, dini hislere yönelen, haksız yere saldırgan ifadelerle, kamu yararı taşıyan bir tartışmaya yapılan düşünsel katkılar arasında ayrıma gitmektedir. Yapılan ayrım bu kez dini hislere tanı-

---

75 Giniewski/Fransa, *a.g.k.*, parag. 40.

76 "Makale, yahudilere yönelik Avrupa'da gerçekleştirilen katliamın sebeplerini araştırmaya yönelik düşünsel çalışmaya katkıda bulunarak, demokratik bir toplumda tartışmasız olarak kamu yararı taşıyan bir soruya cevap aramaktadır. Mahkeme, kamu yararı içeren bir tartışma söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın dar yorumlanması gerektiğini; demokratik bir toplumda, insanlığa karşı suç oluşturan, belirli ağırlıktaki tarihi olayların sebepleriyle ilgili başlatılan tartışmanın özgürce yapılabilmesinin esas olduğunu vurgulamıştır." (Aynı yönde Lehideux ve Isorni-Fransa, 23/10/1998, parag. 54-55) "Bu bağlamda, tarihi gerçeğin araştırılması ifade özgürlüğünün ayrılmaz parçasıdır ve olayların gerçek oluş biçimine ilişkin tarihi bir soruya cevap vermek Mahkeme'nin görevi değildir." (aynı yönde Chauvy ve diğerleri-Fransa, başvuru no. 64915/01, parag. 69)

77 Giniewski/Fransa, parag. 50.

78 Aynı yönde Jersild/Danimarka, 23/9/1994, başvuru no. 49017/99, parag. 93.

nan korumanın alanını çizmek için değil, kamusal tartışmanın sınırlarını belirlemek için kullanılmıştır. Ancak Mahkeme'nin bu sınırları belirlerken kendini konumlandırışı şüphelidir; bu yolla aslında araştırmacıların ve bilim insanlarının, çalışmalarıyla kamusal tartışmaya katılımının kurallarını belirlemeye soyunmuştur.[79] Bir yargı yerinin bilimsel tartışmanın nasıl yürütüleceğini belirlemeye ehil olup olmadığı sorusu demokratik meşruiyet tartışması açısından ayrıca dikkate değerdir ancak bundan önce, kullanılan yargılama ölçütlerinin taşıdığı belirsizliğin de altını çizmek gerekir. Örneğin "haksız saldırı" kavramının içeriği belirsiz ve kapsayabileceği ifade kategorileri, sanatsal ve bilimsel eserler de dahil olmak üzere, oldukça geniştir.[80] "Bilimsel eser" kategorisine girmeyen bir filmin ya da romanın, "kamu yararı taşıyan tartışma" vasfından yararlanıp yararlanamayacağı meçhûldur. Hangi sözün, ifadenin ya da entellektüel çalışmanın kamu yararı taşıyıp hangisinin taşımadığı sorusu, öznel değer yargılarından bağımsız cevaplanamayacağına göre, kavramın dışlayıcı yapısını bir kez daha vurgulamak gerekir.

Kamusal tartışma payesinden ve ifade özgürlüğünden yararlanmak için belirlenen bir diğer şart da oldukça bereketli bir tartışma alanı sunmaktadır: "*çağdaş düşüncelerin hakikatından uzaklaşmamış olmak" ve "gerçekliği saptanmış tarihi gerçekliği inkâr etmemek"*. Mahkeme'nin adêta bir "özdeyiş" gibi kullandığı bu ifade tâbi ki hangi fikirlerin "çağdaş" düşünce akımları içinde değerlendirilmesi, hangilerinin ise tarihin arkaik çöplüğüne atılması gerektiği konusunda pek bir şey söylemez; asıl önemli soru ise, içinde "hakikatı söyleme" iddiası taşıyan bu önermenin, salt genelgeçer kabullere aykırı olmayan ve kimseyi rahatsız etmeyen fikirlere koruma sağlayarak, açıkça konformizme yenilmek anlamına gelip gelmeyeceğidir.

Sonuç: Liberal Demokrasinin Açmazı

Modern insan hakları söyleminde çoğulculuğa yapılan güçlü vurguya rağmen, denetim organlarının ifade özgürlüğü bağlamında dine hakarete bakışının baskın dini inancı ve çoğunluk kültürünü korumaya yönelik güvenceler ürettiği görülmektedir. İngiltere'de Hıristiyanlığı, Avusturya'da Tyrollerin ağırlıklı olarak inandığı Roman Katolik inancını, Türkiye'de ise İslamı koruma kaygısını yansıtan ve hemen her zaman çoğunluğun dini kültürünü referans alan kararlar, hukukun ve insan hakları mekanizmalarının

---

79 Tarihçilerin sorumluluğu konusunda bkz.: T. Hochmann, "Les limites à la liberté de l' « historien » en France et en Allemagne", *Droit et société*, 2008/69-70, ss. 527-548.

80 F. Rollin, "La CEDH contre la liberté d'expression des dessinateurs", *http://frederic-rolin.blogspirit.com/archive/2006/02/03/la-cedh-contre-la-liberte-d-expression-des-dessinateurs-de-p.html. 3/02/2006.*

da yerel kültürel kodlardan arınmış olmadığını, dinin farklı toplumların geleneklerinde nasıl deneyimlendiğinden bağımsız düşünülemeyeceğini göstermektedir. İnanç özgürlüğüyle ifade özgürlüğü arasındaki gerilimli alanı düzenlerken, seküler liberal hukuk ilkelerinin nötr mekanizmalar değil, din, ifade, dil, haksız saldırı gibi kavramlara ilişkin belirli normatif algıların tayin ettiği araçlar olduğunu akılda tutmak gerekir.[81] Yine de yapılan bu tespit liberal demokrasinin çelişkilerini görünür kılma çabasını da tümüyle anlamsız kılmaz. Mahkeme kamusal tartışmanın sınırlarını belirlerken daha geniş olan kitlenin hassasiyetleri karşısında daha dar bir kesimin özerkliğini feda etmektedir. Hukuki müdahale kamu düzenini korumayı hedeflerken kaçınılmaz biçimde toplumun bir bölümünün, çoğunluğunun normlarını temel alır. Oysa bir hakkın, daha çok sayıda kişinin menfaatine sonuç doğuracağı gerekçesiyle bir diğerinden daha üstün tutulması gerektiğini söylemek en hafifinden ayrımcılık yasağına aykırıdır. Çoğunluğun uygun gördüğü yasakları ve dayattığı kısıtlamaları onaylayan bir yaklaşım, azınlığın, dışlananların haklarını koruma iddiasındaki bir insan hakları söylemiyle nasıl bağdaştırılabilir? Üstelik etnik azınlıklarla bağlantılı olarak azınlık inançlarının daha güçlü bir şekilde korunması gerektiği açıktır çünkü etnik azınlıklarla doğrudan ilişkili olan, bazen de etnik kimliğin bir sembolü halini alabilen azınlık dinlerine yönelik saldırgan ifadelerin ırkçılığa ve yabancı düşmanlığına evrilmesi çok daha büyük bir ihtimaldir.[82]

Bireylerin dini duygularına yönelik saldırgan ifadeleri yasaklarken temel alınması gereken ölçüt, yerel kültürel hassasiyetlerden ve kamu düzenini korumayı amaçlayan güvenlikçi bakıştan çok, nefret söylemini engelleme ve ötekini yok sayan, dışlayan, yaşam alanı tanımayan tavırla mücadele olmalıdır. Bu noktada, ifadenin, hedef aldığı kitleyi, inananları "susturan", sindiren, kamusal tartışmanın dışına iten bir etkisinin olup olmadığına bakılabilir. Sansürlenen ifadeye izin verilmesi, diğer tüm bireylerin kamusal tartışmadan dışlanmasına neden olacaksa, ancak bu koşulda, ifadenin kamusal tartışmadan "temizlenmesi" meşru olabilir.[83] Aksi takdirde ifade özgürlüğüne esas ihtiyacı olanın, çoğunluğun bastırmaya, yok etmeye çalıştığı, muhalif ve azınlıkta kalan görüşler olduğu unutulur.

---

81 S. Mahmood, *a.g.m.*, s. 90.

82 N. Natwani, *a.g.m.*, s. 497.

83 I. Cram, *a.g.m.*, s. 328.

Genital Muayene Suçları (TCK m. 287)

Fulya EROĞLU[*]

GİRİŞ

Kişilerin rızaları hilafına genital muayene tabi tutulmaları ülkemizde sıkça karşılaşılan önemli sorunlardan biridir. Bu tür muayeneler cinsel dokunulmazlık, vücut bütünlüğü, insan onuru gibi haklara ciddi bir müdahale teşkil etmektedir. Bu doğrultuda aşağıda 5237 sayılı TCK'da yer alan "Genital Muayene Suçu" başlıklı 287. madde incelenmeye çalışılmıştır.

I. KANUNİ UNSUR

765 sayılı TCK'da yer almayan "genital muayene suçu", 5237 sayılı TCK'nun 287. maddesinde düzenleme altına alınmış ve ceza hukukumuza girmiştir. 765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde, bilhassa ebeveyn ile okul ve yurt müdürleri tarafından genç kızların, "*bekaret/kızlık kontrolü*" yapılması için, hymen muayenesine gönderilmeleri, söz konusu eylemlerin 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmesinde etkili olmuştur.

765 sayılı TCK'da konuya ilişkin bir düzenleme yer almamakta ise de, söz konusu muayeneyi gerçekleştiren hekimler bakımından Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın "cinsel ilişki muayeneleri" başlıklı 39. maddesi uygulama alanı bulmaktaydı. Hekimler açısından bir etik kuralı niteliğinde olan bu düzenlemeye göre; "*hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz*". Bu bağlamda, söz konusu maddeye aykırı hareket edilmesi halinde Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği hükümleri doğrultusunda yaptırım uygulanmaktaydı.[1]

---

[*] Ar. Gör., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

[1] HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin, 2007, s. 528; KANBUR, Mehmet Nihat; "Genital Muayene Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 287)", CHD, Y. 6, S. 16, Ağustos 2011, s. 8; DÜLGER, İbrahim; "Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene",

5237 sayılı TCK ile yasal düzenleme altına alınan "Genital Muayene Suçu", kanunun 287. maddesinde şu şekilde yer almaktadır:

"(1) Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz."

II. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Genital muayene suçunu teşkil eden bir fiil, vücut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü, cinsel dokunulmazlık gibi haklara müdahale teşkil etmekle birlikte, söz konusu suç TCK'nun "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde yer almaktadır. Suçun TCK'da yer aldığı bölüm ve suç ile tanımlanan fiilin müdahale ettiği haklar arasındaki bu fark, suç ile korunan hukuksal değerin ne olduğu konusunu doktrinde tartışmalı hale getirmiştir.

Doktrinde bir görüş, bu suç ile korunan hukuksal değeri belirlemede, düzenlemenin TCK'da yer aldığı bölümün de dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte diğer bir görüş ise, suçun "Adliyeye Karşı Suçlar" bölümünde yer almasını hatalı bulmakta ve korunan hukuksal değeri, suçun kanunda düzenlendiği bölüm dikkate alınmadan tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Doktrinde bazı yazarlar suçla korunan hukuksal değerin birden fazla olduğunu ve karma bir nitelik taşıdığını ifade etmektedir. Buna göre, genital muayene suçu ile muayeneye maruz kalan kişinin cinsel özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı ve kendi iradesiyle hareket edebilme serbestisinin yanı sıra, adliye ve adliyenin işleyişi de korunmaktadır. Kanun koyucunun asıl amacı, genital muayenelerin adli gerekçelerle ve adliye eliyle yapılmasını meşrulaştırmakta, ceza yargılamasının yürütülmesinde adliyenin iradesine karşı gelinmesini yasaklamaktadır.[2]

V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu - Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 1260.

2 MERAN, Necati; Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara, Seçkin, 2006, s. 371; KANBUR, s. 10. Ayrıca bkz. PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer / YÜKSEL, Erol Güngör; Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara, Yayın Matbaacılık, 2008, s. 329 (Yazarlar, genital muayene suçu ile korunan hukuksal değerin "*genital muayenenin yetkisiz kişilerce yapılmasının önlenmesi, böylece kişinin onur kırıcı muameleye maruz kalmamasının sağlanması ve dolayısıyla adliyenin korunması*" olduğunu belirtmektedirler).

Genital muayene suçunun düzenlendiği bölüm gözönüne alındığında, kanun koyucunun öncelik verdiği hukuksal değerin ceza yargısının sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak olduğunu ifade etmekle birlikte, olması gereken hukuk bakımından bu durumu yerinde bulmadığını belirten yazarlar da mevcuttur. Bu görüş, kanun koyucunun, suç ile korunan hukuksal değerler arasında adliyenin irede ve işleyişini öncelikli olarak kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak bu durumun insan merkezli ve bireyci olduğu vurgulanan yeni ceza kanunu felsefesine aykırı olduğunu, bu sebeple de kanun koyucunun deklare ettiği felsefeye aykırı bir düzenleme gerçekleştirdiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, suç ile korunan hukuksal yarar, öncelikli olarak bireyin cinsel özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğü, onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkıdır.[3]

Bir diğer görüş ise, her ne kadar genital muayene suçu TCK'nun "Adliyeye Karşı Suçlar" bölümünde de düzenlenmiş olsa, suçla korunan hukuksal değerin kamu idaresi ya da adliye ile herhangi bir ilişkisinin bulunmadığını savunmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, suçun koruduğu hukuksal değer, bireyin vücut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve cinsel dokunulmazlık hakkıdır.[4] Bu bakımdan söz konusu suçun TCK'nun "Adliyeye Karşı Suçlar" bölümünde düzenleme altına alınmış olması yerinde değildir.[5]

III. MADDİ UNSUR

A. SUÇUN KONUSU

Genital muayene suçunun konusunu, muayeneye gönderilen veya muayeneye tabi tutulan kişinin genital organları teşkil etmektedir.[6] Bilindiği üzere bir suçta hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır.[7] Bu sebeple de genital muayene suçunun konusunu "*yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, yapılan genital muayene işlemi*"[8] olarak belirleyen görüşe katılmamaktayız.[9]

---

3 DÜLGER, s. 1262.

4 HAKERİ, s. 529; ÜNVER, Yener; Adliyeye Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin, 2010, s. 361; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, Seçkin, 2010, s. 977; YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa; Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, Adalet, 2010, s. 8104.

5 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 977; DÜLGER, s. 1262; BEYAZIT, Özgür; "Genital Muayene Suçu", CHD, Y. 5, S. 13, Ağustos 2010, s. 154.

6 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 978; DÜLGER, s. 1263; KANBUR, s. 10.

7 ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 303.

8 MERAN, s. 373.

9 Aynı yönde; DÜLGER, s. 1263.

Doktrinde "genital organlar" ve "genital bölge" kavramlarının kapsamı tartışma konusu olmuştur. 5237 sayılı TCK yürülüğe girmeden önce yapılan tartışmalara bakıldığında madde metninde "genital" kavramına yer verilmiş olmasının eleştirildiği görülmektedir. Bu bağlamda, "genital" kelimesi yerine "cinsel organ veya bölgelerin muayenesi" şeklinde bir ifadenin kullanılmasının daha yerinde olacağı önerilmiş[10], ayrıca anüs muayenelerine dikkat çekilerek "genital" kelimesi yerine farklı bir kavramın tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir[11].

TCK'nun yürürlüğe girmesinden sonra da devam eden bu tartışma kapsamında, "genital" kavramının yanlızca "jinekolojik muayene" biçiminde anlaşılmaması gerektiği, anüs bölgesinde yapılan muayenelerin de 287. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, adli tıp uygulamasında da anüsün genital bölgeye dahil kabul edildiği ifade edilmektedir.[12] Ayrıca CMK'nın beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine ilişkin maddelerine atıfla, "*cinsel organlar veya anüs bölgesi[nin]kişinin iç bedeni [olduğu] ve bu bölgede yapılan incelemeler[in] genital muayene olarak kabul edilmiş [bulunduğu]*" da savunulmaktadır.[13]

Ancak "genital muayene" teriminin sözlük anlamından hareketle anüs bölgesinin 287. maddenin kapsamında yer almadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Şöyle ki, "genital muayene" niteliği itibariyle bir tür iç beden muayenesi olmakla birlikte, TCK'nın 278. maddesinde genel olarak iç beden muayenesi değil, yalnızca "genital muayene" suç olarak düzenlenmiştir.[14]

"Genital" kelimesi, "üreme ile ilgili"; "genital organlar" ise, "dişi ve erkeğin üreme organları" anlamına gelmektedir.[15] Bu durumda 287. madde kapsamında "genital muayene", üreme organları ve üreme organlarının bulunduğu bölgede yapılan muayeneyi ifade etmektedir. Anüs ise bir üreme organı olmayıp, sindirim sistemine dahil bir organ olduğundan, TCK'nun 278. maddesinin kapsamına girmemektedir.[16] Söz konusu düzenleme Bizce de kanun

---

10 MALKOÇ, İsmail; "Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar – Üçüncü Podyum Tartışması", Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 217.

11 DİNLEN, Veysel; "Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar – Üçüncü Podyum Tartışması", Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 220.

12 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 978; HAKERİ, s. 530; PARLAR / HATİPOĞLU / YÜKSEL, s. 329; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8106.

13 MERAN, s. 373; PARLAR / HATİPOĞLU / YÜKSEL, s. 329.

14 ÜNVER, s. 365.

15 Tanım için bkz. (çevrimiçi), http://tdkterim.gov.tr/?kelime=genital&kategori=terim&hng=md, son erişim, 10.09.2011, 21.30.

16 KANBUR, s. 12 – 13; ÜNVER, 367; DÜLGER, 1263 ve 1302 – 1303.

metninde kullanılan "genital muayene" kavramı yerine, CMK'da da yer verilen "iç beden muayenesi" kavramının kullanılması daha yerinde olurdu.[17] Fakat mevcut düzenleme karşısında suçun yalnızca genital organların muayenesini kapsamakta olduğunu kabul etmek gerekecektir. Aksi bir yaklaşım suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.[18]

B. FAİL

1. Genital Muayeneye Gönderme Fiili Bakımından

Genital muayeneye gönderme fiili bakımından bu suç özgü suç niteliğini taşımamaktadır, her şahıs bu suçun faili olabilir. Tüzel kişiler suçun faili olamaz. Mağdur genital muayeneye bir tüzel kişilik adına gönderilmişse, suçun faili gönderme kararını veren gerçek kişi olacaktır.[19]

Doktrinde "genital muayeneye gönderme" fiili bakımından ebeveynin fail olup olmayacağı tartışılmıştır. Bu tartışma kapsamında bazı yazarların, "*anne ve babanın 18 yaşını tamamlamamış çocukları üzerindeki velayet haklarını kullanarak, koruyucu güdüyle hareket ettiklerinden, bunun onlar için hak olduğu kadar aynı zamanda bir görev olduğunu, bu nedenle de anne babanın suç işleme kastından sözedilemeyeceğini*" ifade ettikleri görülmektedir.[20]

Kanaatimizce kişinin genital muayeneye gönderilmesi fiilinin velayet hakkının kullanılması kapsamında bu derece geniş bir şekilde kabul edilmesi, hatta daha ileri gidilerek bunun bir görev olarak addedilmesi yerinde olmamıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ebeveyne çocuklar üzerinde tanıdığı hak ve yetkilerin sınırsız olmadığını vurgulamak gerekir.[21] Kaldı ki, anne ve babanın "koruyucu güdüyle" hareket ettiği gerekçesiyle "suç işleme kastlarından" söz edilemeyeceğini söylemek de mümkün değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ebeveynin bu suçun faili olup olmamasının tespiti ile suçun manevi unsurunu oluşturan kastın ebeveynde mevcut olup olmaması farklı meselelerdir. "Bilme" ve "isteme" unsurlarından oluşan kastın tespiti ile ebeveynin söz konusu suç tipi bakımından fail olup olamayacağı birbirlerinden farklı konulardır.

Ayrıca kişinin bir fiili "koruyucu güdüyle" işlemesi ile söz konusu fiili işleme kastının bulunması da farklı kavramlar olup, "güdü" ile "kast" arasında bu tür bir bağlantı kurulması yerinde değildir. Zira "saik" ile eşanlamı

---

17 ÜNVER, s. 365; DÜLGER, s. 1273.

18 ÜNVER, s. 365 – 366; DÜLGER, 1263 ve 1272 – 1273.

19 DÜLGER, s. 1264; BEYAZIT, s. 155.

20 BEYAZIT, s. 156.

21 DÜLGER, s. 1264.

taşıyan "güdü"[22], ceza hukuku doktrininde "*failin harekete geçmesine yol açan sebep*" olarak tanımlanmakta olup[23], kasttan farklı bir anlam taşımaktadır. Genital muayene suçu bakımından kanun tipinde herhangi bir saike yer verilmemiş olduğundan, bu suç bakımından failin saiki önem taşımamaktadır. Esasen suçun manevi unsuruna ilişkin olan bu konu aşağıda ilgili başlık altında ele alınacaktır.

Ebeveynin bu suçun faili olamayacağını belirten bir başka görüşe göre ise, "*reşit olmayan çocukları üzerinde rıza gösterme yetkisine sahip olan ebeveyn çocuklarını genital muayeneye gönderme hakkına da sahiptir*".[24]

Bu görüş doktrinde çeşitli şekillerde eleştirilmektedir. Bu bağlamda suçun failinin belirlenmesinde ebeveynin çocuk üzerinde rıza gösterme yetkisine sahip olup olmamasından hareket edilemeyeceği, zira bu durumun suçun failinin belirlenmesiyle değil, ebeveynin rızasının hukuka aykırılığı kaldırıp kaldırmamasıyla ilgili olduğu belirtilmektedir.[25] Ayrıca hukukun ebeveyne çocuklar üzerinde tanımış olduğu hak ve yetkilerin sınırsız olmadığı ve bu sebeple ebeveynin çocuğunu tıbbi zorunluluk bulunmayan bir durumda genital muayeneye göndermesi eyleminin, TCK'nun 287. maddesi kapsamında suç teşkil edeceği de ifade edilmektedir.[26]

Kanaatimizce, yukarıda değinilen tartışma suçun faili bahsinden ziyade, hukuka aykırılık unsuruna ilişkin olup, madde metninde faile ilişkin herhangi bir belirleme yapılmadığından ebeveynin de bu suçun faili olabileceğini kabul etmek gerekmektedir.[27] Nitekim, söz konusu fiilin suç olarak ihdasında, pek çok kişinin ebeveyni tarafından "bekaret kontrolüne" gönderilmesinin önemli rol oynadığı da unutulmamalıdır.[28]

2. Genital Muayeneyi Yapma Fiili Bakımından

Genital muayeneyi yapma fiili bakımından suçun özgü suç olup olmadığı meselesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda bir görüş, kanu-

---

22 Tanım için bkz. (çevrimiçi), http://tdkterim.gov.tr/bts/, son erişim, 10.09.2011, 21.30.

23 DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Cilt II, Onikinci Bası, İstanbul, Beta, 1999, s. 224.

24 Bu noktada değinmek gerekir ki Hakeri, belirli bir yaştan sonra çocuğa da rıza gösterme yetkisinin tanındığı hallerde, genital muayeneye de itiraz etme hakkının tanınması gerekeceğini ve bu durumda ebeveynin fail olmasının söz konusu olabileceğini de belirtmektedir (HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 529). Aynı yönde; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8105.

25 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 977.

26 DÜLGER, s. 1264.

27 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 977; ÜNVER, s. 361 – 362; DÜLGER, s. 1264 – 1265; KANBUR, s. 14 – 15.

28 ÜNVER, s. 362.

nun fail bakımından bir sınırlama getirmemiş olduğunu ancak, genital muayenenin yalnızca bir sağlık personeli tarafından yapılması mümkün olduğundan, suçun özgü suç niteliğini taşıdığını ifade etmektedir.[29]

Söz konusu suçu özgü bir suç olarak kabul eden bir diğer görüş ise, suçun failini her sağlık mensubu olarak değil, sadece genital muayene bakımından yetkili veya yetkilendirilmiş sağlık mesleği mensupları olarak belirlemektedir.[30] Bu görüşe göre, söz konusu kişiler kendilerine mahkeme, hakim veya savcılık marifetiyle birisi muayene için gönderildiğinde, mesleki ve hukuki açıdan bu muayeneyi yapmakla görevli kişilerdir. Onları fail durumuna getiren husus, mahkeme, hakim veya savcılık kararı olmaksızın mesleki müdahalelerini gerçekleştirmeleridir. Bu sebeple suçun niteliği gereği fail yalnızca yetkili veya yetkilendirilmiş sağlık mesleği mensupları olabilir.[31]

Ancak madde metninde faile ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Maddede muayenenin yapıldığı yer de ayrıca belirtilmemiş olduğundan, failin sağlık personeli olması gerektiğine ilişkin dolaylı bir belirleme yapılması da mümkün değildir.[32] Bizim de katıldığımız görüşe göre, muayene niteliğindeki eylemler genellikle sağlık mesleği mensuplarınca gerçekleştirilmekte olsa da, bu durum suçun özgü suç olarak kabulünü gerekli kılmaz. Nitekim, genital muayene sağlık mesleği mensubu olmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilmekte olup, özellikle küçük yerleşim yerlerinde hukuka aykırı şekilde "kızlık zarı muayenelerinin" sağlık mesleği ile bağlantısı bulunmayan kişilere yaptırıldığı bilinmektedir.[33] Kanaatimizce, bu suçun herhangi bir soruşturma ya da kovuşturma söz konusu olmasa da işlenebilmesi mümkün olduğundan, tipe uygun fiili gerçekleştiren herkes fail olabilecektir.[34]

C. MAĞDUR

TCK'nun 287. maddesinde düzenlenen suçun mağduru, hem genital muayeneye göndermek fiili bakımından hem de genital muayeneyi yapmak fiili bakımından herkes olabilir. Mağdurun cinsiyetinin, yaşının ya da uyruğunun bir önemi bulunmamaktadır.[35]

---

29 HAKERİ, s. 529. "*Genital muayeneyi yapan kişinin yalnızca tabip ünvanı taşıyan bir kişi olabil[eceğini]*" belirten bir eser olarak bkz. PARLAR / HATİPOĞLU / YÜKSEL, s. 329.

30 KANBUR, s. 16.

31 KANBUR, s. 18.

32 ÜNVER, s. 363.

33 ÜNVER, s. 362 – 363.

34 ÜNVER, s. 363; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 978; DÜLGER, s. 1266 – 1267; BEYAZIT, s. 156 – 157.

35 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 978; DÜLGER, s. 1267; KANBUR, s. 18; PARLAR /

Yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere kanaatimizce genital muayene suçunun bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında işlenmesi gerekmemektedir. Bu durumda mağdurun, bir başka suça ilişkin soruşturma ya da kovuşturmada şüpheli, sanık veya mağdur sıfatını taşıması da gerekli değildir.[36]

D. FİİL

Genital muayene suçunun seçimlik hareketli bir suç mu olduğu, yoksa 287. maddede iki farklı suç tipinin mi düzenleme altına alınmış olduğuna ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, genital muayene suçu "bir kişiyi genital muayeneye göndermek" veya "muayene etmek" biçiminde iki seçimlik hareketten oluşmaktadır.[37] Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, TCK'nun 287. maddesinde, "genital muayeneye gönderme" ve "genital muayene yapma" olmak üzere iki farklı suç tipi öngörülmektedir.[38]

Her iki suçun da neticesi harekete bitişik olup icra hareketleri bölünebilir niteliktedir. Dolayısıyla bu suçlar teşebbüse müsait suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

TCK'nun 287. maddesinde düzenlenen ilk suç bakımından fiil, bir kişiyi genital muayeneye göndermektir. Madde metninde yer alan "göndermek" fiilinin kapsamı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda "göndermek" fiilinin "bir kişiyi genital muayeneye götürmeyi" de kapsayıp kapsamadığı meselesi gündeme gelmiştir.

Bir görüşe göre, kanunda düzenlenmeyen "götürme" fiilinin genişletici yorum veya kıyas yoluyla madde metnine dahilmiş gibi kabul edilmemelidir, "götürmek" fiili kanunda belirlenen tipik davranışlardan değildir. Bu durumda eğer bir somut olayda sadece kişinin muayeneye götürülmesi söz konusuysa tek başına bu cezalandırılabilen bir fiil değildir. Ancak götürmekle birlikte muayeneye zorlamak, muayeneye katlanmak zorunda bırakmak gibi fiiller söz konusuysa, bunları "göndermek" eylemi içinde değil, muayeneyi gerçekleştiren kişinin eylemine katılmak olarak yorulamak gerekir.[39]

HATİPOĞLU / YÜKSEL, s. 329; HAKERİ, s. 530; BEYAZIT, s. 157; MERAN, s. 373.

36 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 978; DÜLGER, s. 1268; MERAN, s. 372. Karşı görüş için bkz. KANBUR, s. 18.

37 ÜNVER, s. 364; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 978; KANBUR, s. 18 – 19; BEYAZIT, s. 157.

38 DÜLGER, s. 1268; MERAN, s. 373; HAKERİ, s. 530.

39 ÜNVER, s. 364 – 365.

Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise, genital muayeneye götürme fiilinin, göndermenin içinde kabul edilmesi gerekmektedir.[40] Burada "gönderme", bir kişiyi muayene yapacak olan şahsa "havale etmek" anlamında kullanılmıştır. "Göndermek" ile eşanlamlı olan "havale etmek" fiili "bir şeyin yapılmasını bir kimseye bırakmak" anlamına gelmektedir.[41] Bu bağlamda söz konusu suçun failinin mağduru bizzat muayeneye götürerek, muayene işlemini gerçekleştirecek kişiye havale etmesi mümkündür. Burada kelimenin sözlük anlamından hareket edilmekte olduğundan kıyasa yol açacak genişletici bir yorum yapılması söz konusu değildir.

Belirtmek gerekir ki, "götürme" fiilinin madde kapsamında kabul edilmemesine ilişkin görüşün, maddenin adaletli bir şekilde uygulanması ve işlevselliği açısından isabetli olmadığı da bazı yazarlar tarafından ifade edilmektedir. Buna göre, söz konusu görüş benimsendiği takdirde aynı kişinin muayeneye maruz kalan şahsı, muayene yerine bizzat götürdüğünde sorumluluğun doğmaması, gönderdiğinde ise sorumlu olması gibi adaletsiz bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu tür bir adaletsizliğin söz konusu olmaması için "gönderme" fiilinin "götürme" fiilini kapsadığını kabul etmek gerekir.[42]

Maddede yer alan ikinci suç tipi bakımından ise fiil, kişinin genital bölgesinin muayene edilmesidir. Doktrinde bu suçun oluşmasının, "genital muayeneye gönderme" suçunun oluşmasına bağlı olduğu, maddede yer alan ilk suç oluşmadan bu suçun oluşamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre, genital muayene yapma suçunun oluşabilmesi için hakim veya savcı dışında bir kimsenin gönderdiği bir kişinin varlığı şarttır.[43] Buna karşılık bazı yazarlar, bu iki suçun bağımsız suçlar olduğunu, kaldı ki madde metninde yer alan "veya" bağlacının da bizi bu sonuca götürdüğünü belirtmişlerdir. Nitekim maddede "genital muayeneye gönderen ve bu muayeneyi yapan fail"den değil, "genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail"den sözedilmektedir.[44] Kanaatimizce de maddi olayda hukuka aykırı bir gönderme söz konusu olmasa da, koşulları olması halinde, "genital muayeneye gönderme suçundan" farklı ve bağımsız bir suç olan "genital muayene yapma suçu" oluşabilecektir.[45] Bu bakımdan bir öğrenci yurdunda kalan öğrencilerin, bir yurt çalışanı tarafından bizzat genital muayeneye tabi tutulmaları örnek olarak verilebilir.

---

40 DÜLGER, s. 1268 – 1269; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 978; KANBUR, s. 19 – 20; BEYAZIT, s. 157; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8106.

41 (Çevrimiçi), http://tdkterim.gov.tr/bts/, son erişim, 12.09.2011, 21.40.

42 KANBUR, s. 19 – 20.

43 HAKERİ, s. 530; KANBUR, s. 22.

44 DÜLGER, 1270.

45 DÜLGER, 1270; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 979.

IV. MANEVİ UNSUR

Genital muayene suçunun manevi unsuru genel kasttır. Söz konusu suç bakımından failin saikinin bir önemi olmayıp, suçun oluşabilmesi için failde bir özel kastın bulunmasına gerek yoktur.[46] Bazı yazarlarca söz konusu suçun doğrudan kastla işlenebileceği belirtilmekte[47] ise de kanaatimizce olası kastla işlenmesi de mümkündür.[48]

Örneğin, ebeveyni tarafından genital muayene olmak üzere getirilen bir kişi söz konusu olduğunda hekimin, muayene olacak kişinin rıza ehliyetini haiz olup olmadığını ve rızasının mevcut olup olmadığını araştırmadan, "olursa olsun" şeklindeki bir düşünceyle muayeneyi gerçekleştirmesi halinde olası kastından söz edilebilir.

V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Gerek genital muayeneye gönderme, gerekse genital muayene yapma fiillerinin suç teşkil edebilmesi için "yetkili hakim ve savcı kararı" olmaksızın gerçekleştirilmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, hakim veya savcı kararı, yürütülen bir soruşturma ya da kovuşturma kapsamında beden muayenesi tedbirine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından, işlenen fiili hukuka uygun hale getirmekte olup[49], bu duruma madde metninde özel olarak yer verilmiştir.

Madde metninde "yetkili hakim ve savcı kararı" ifadesinin yer alıyor olması doktrinde eleştirilmekte[50], maddede geçen "ve" bağlacı yerine "veya" bağlacının kullanılmasının daha yerinde olacağı ifade edilerek, buradaki "ve" bağlacının "veya" şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.[51] Ayrıca maddede

---

46 ÜNVER, s. 371; DÜLGER, s. 1273; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 979; KANBUR, s. 26; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8107.

47 MERAN, s. 375 (Yazar yalnızca suçun doğrudan kastla işlenebileceğini belirtmekle yetinmiş olup, görüşüne ilişkin herhangi bir gerekçeye yer vermemiştir). Suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini belirtmekle birlikte, failin suçu hangi saikle işlediğinin önemli olmadığını savunan yazarlar olarak bkz. PARLAR / HATİPOĞLU / YÜKSEL, s. 330.

48 ÜNVER, s. 371; DÜLGER, s. 1273 – 1274; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.979; KANBUR, s. 26; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8107.

49 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 979.

50 ÜNVER, s. 364; ÜNVER, Yener; "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2005, s. 112; KANBUR, s. 19; DÜLGER, s. 1270 – 1271; HAKERİ, s. 530; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 979; BEYAZIT, s. 159.

51 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 979; BEYAZIT, s. 159.

"hakim ve savcı"dan söz edilmiş olmasına rağmen "mahkeme"den söz edilmemiş olması sebebiyle, madde metninin eksik düzenlenmiş olduğu eleştirisi de bazı yazarlar tarafından yapılmaktadır.[52] Bu noktada belirtmek gerekir ki, madde metninde "hakim ve savcı kararından" söz edilerek işlemin hukuka uygun olabilmesi bir "kararın" mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumda verilen sözlü bir emir, kişinin muayeneye gönderilmesi ya da kişinin muayeneye tabi tutulması fiillerini hukuka uygun hale getirmeyecektir.[53]

Genital muayene suçu bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenine de değinmek gerekir. Burada kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak söz konusudur ve hukuken geçerli bir rızanın varlığı TCK'nun 287. maddesinde yer alan fiillerin suç teşkil etmesini engellemektedir.[54]

Bazı yazarlar tarafından "*sanık veya şüpheli bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince hakim veya savcı kararına gereksinim bulunduğundan, rıza halinde dahi eylem[in] hukuka uygun hale gel[meyeceği]*"[55] ve "*hasta hekim ilişkisinin bulunduğu hallerde de TCK 287[nin uygulanamayacağı]*"[56] görüşü savunulmaktadır.

Kanaatimizce savunulan bu görüşler yerinde değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, şüpheli veya sanık bakımından da rızaları doğrultusunda yapılan bir genital muayene işlemi hukuka uygun olacak ve 287. maddede yer alan suç oluşmayacaktır. Ceza Muhakemesi bakımından sorun ancak yapılan bu muayenenin CMK md. 75 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Bu bakımdan, yetkili merci kararı olmaksızın şüpheli veya sanığın rızasıyla gerçekleştirilen muayene "ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi" olayda söz konusu olduğu için TCK'nun 287. maddesindeki suçu oluşturmayacak, ancak söz konusu muayene sonuçları yargılamada CMK'nun 75. maddesi kapsamında ileri sürülemeyecektir. Zira CMK'nun 75. maddesinde düzenlenen tedbire şüpheli ve sanığın rızası ile başvurulması yolu kabul edilmemiştir. Ancak bu muayenenin CMK md. 75'in kapsamına girmemekte olması yapılan işlemin hukuka aykırı olduğu ya da muayene sonuçlarının yargılamada hiçbir şekilde kullanılamayacağı anlamına gelmemektedir. Yetkili merci kararı olmaksızın şüpheli veya sanığın rızası ile gerçekleştirilen hukuka uygun söz konusu muayene CMK hükümlerine göre

---

52 ÜNVER, s. 364.

53 MALKOÇ, s. 217; ÜNVER, s. 368.

54 DÜLGER, s. 1277; ÜNVER, s. 368 – 369, 371; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 981; KANBUR, s. 25; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8108.

55 HAKERİ, s. 529.

56 HAKERİ, s. 529 – 530; MERAN, s. 371 – 372; DÜLGER, s. 1278.

"uzman mütalaası" olarak değerlendirilecek ve bu hükümler uyarınca yargılamada kullanılacaktır.[57]

Hasta-hekim ilişkisi söz konusu olduğunda TCK'nun 287. maddesinin oluşmayacağını ileri sürerek sorunu çözmeye çalışmak da bizce yerinde değildir. Bu bakımdan söz konusu görüşe yöneltilen ve bu görüşün 287. maddedeki suçu sadece adli bir olay nedeniyle kolluğun veya savcılığın genital muayene yaptırması örnek vakalarına indirgemek olduğu yönündeki eleştiriye[58] katılmaktayız. Kanaatimizce, burada da rıza hukuka uygunluk nedeninin varlığı meseleyi çözmekte yeterli olmaktadır.

Rızanın varlığı halinde hekimin dikkat etmesi gereken husus, yetkili bir hakim ve savcı kararının bulunup bulunmadığından ziyade, söz konusu rızanın geçerli bir rıza olup olmadığıdır.[59] Rızanın geçerli bir rıza olup olmadığı meselesi özellikle küçüklerin muayenesi bakımından önem taşımaktadır. Somut olayda kişinin kanuni veya iradi temsilcisinin zorlamasıyla ve herhangi bir tıbbi zorunluluk bulunmadan muayenenin yapılması ya da yaptırılması halinde söz konusu fiil suç teşkil edecektir.[60]

Biz rıza ehliyetinin küçüğün söz konusu tıbbi müdahalenin anlam ve kapsamını, kişisel ve toplumsal sonuçlarıyla tam olarak kavrayıp, özgürce seçimini yapacak olgunluğa ulaşmış olması ölçütü ile belirlenebileceği görüşünü savunmaktayız.[61] Bu ölçüt çerçevesinde rıza ehliyetini haiz bir küçüğün ebeveyninin onu genital muayeneye göndermesi halinde hekimin muayeneden kaçınması gerekecektir. Aksi halde, TCK'nun 287. maddesindeki suç meydana gelecektir. Küçüğün, yukarıda değinilen ölçüt doğrultusunda rıza ehliyetini haiz olmadığı ve ebeveynin küçüğü genital muayeneye gönderdiği hallerde de, somut olay bakımından velayet (veya temsil) hakkının kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığı değerlendirilmeli ve bu değerlendirme doğrultusunda hareket edilmelidir.[62]

287. maddenin ikinci fıkrasında ise bir hukuka uygunluk nedeni olan "kanun hükmünü icra" niteliğinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.[63] Bu

---

57 EROĞLU, Fulya; Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Açısından Değeri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 54 – 55.

58 ÜNVER, s. 369.

59 DÜLGER, s.1277 – 1278.

60 ÜNVER, s. 369.

61 ERMAN, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin, 2003, s. 84.

62 ERMAN, s. 87- 90.

63 ÜNVER, s. 369.

bağlamda, bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler bakımından 287. maddenin birinci fıkrası uygulama alanı bulmayacaktır. Bu düzenleme özensiz ve amaca aykırı bir şekilde kaleme alınmış olduğu belirtilerek eleştirilmektedir. Bu bağlamda, hukuki dayanağı kanun olmak kaydıyla muayene izni, yetkisi ve usulünün bir yönetmelikle düzenlenmiş olmasının da mümkün olduğu ve bu durumda da failin eyleminin 287. maddesinin ilk fırasında yer alan suç tipini ihlal etmeyeceğini kabul etmek gerektiği belirtilmektedir.[64] Bu hükmün kapsamına giren düzenlemelere, "Umumi Hıfzısıhha Kanunu"[65], "Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname"[66] ve "Genel Kadınların ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü"[67] örnek olarak verilebilir.[68]

VI. TEŞEBBÜS

Doktrinde bir görüşe göre, genital muayene suçu teşebbüse elverişli bir suç değildir.[69] Buna göre, genital muayeneye fiili, mağdurun gönderilmesi ile, genital muayene yapma fiili ise muayeneye başlandığı anda tamamlanmaktadır. Muayene yapma fiili bakımından, mağdurun muayeneye hazır hale getirilmesi hazırlık hareketleri niteliğini taşımaktadır.[70]

Bu görüş çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Öncelikle teşebbüse ilişkin yukarıda belirtilen görüşü savunan yazarın maddede yer alan "göndermek" fiilinin "götürmeyi" de kapsadığını kabul ettiği hatırlatılmakta ve bir kişinin muayeneye götürülürken kaçması örneğinde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı ifade edilmektedir. Muayene yapma fiili bakımından mesele ele alındığında ise, muayene için ilk hareketlere başlanılmasının ardından, üçüncü kişi ya da mağdur tarafından söz konusu hareketlerin yarıda kesilmesi halinde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı örneği verilmektedir.[71] Bizce de sayılan bu eleştiriler yerinde olmakla birlikte yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere burada iki farklı suç tipi söz konusudur. Bu bağlamda her iki suçun da farklı zamanlarda tamamlanması mümkündür ve hem genital

---

64 ÜNVER, s. 370.

65 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı kanun; 06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı RG.

66 21/09/1931 tarih ve 1904 sayılı RG.

67 9/04/1961 tarih ve 10786 sayılı RG.

68 Söz konusu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DÜLGER, s. 1275 – 1277; KANBUR, 23 – 24; ERMAN, s. 174 – 175.

69 HAKERİ, s. 530; MERAN, s. 375.

70 MERAN, s. 375.

71 Eleştiri ve örnekler için bkz. ÜNVER, s. 372.

muayeneye gönderme, hem de genital muayene yapma suçu teşebbüse elverişli suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır.[72]

VII. İŞTİRAK

TCK'nun 287. maddesinde yer alan gerek genital muayeneye gönderme gerekse genital muayene yapma suçu, yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi, özgü suç niteliğinde olmayıp, suça iştirake ve dolaylı failliğe ilişkin genel hükümler bunlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır.[73]

TCK'nun 287. maddesinde iki farklı suçun düzenlenmiş olduğu görüşünü savunduğumuzdan kanaatimizce, kişiyi genital muayeneye gönderen fail ile muayeneyi gerçekleştiren failin aralarında ortak suç işleme kararı olsa dahi bu ilişki iştirak hükümleri çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. Bu tür bir durumda her iki fiilin faili de, gerçekleştirdikleri fiiller birbirinden farklı ve bağımsız suçları teşkil ettiğinden, yalnızca kendi gerçekleştirdikleri fiile ilişkin olarak sorumlu tutulacaklardır.[74]

Ayrıca "kişiyi genital muayeneye gönderme" fiilinin "götürmeyi" de kapsadığı görüşünde olduğumuzdan, somut olayda genital muayeneye gönderen ve götüren kişilerin farklı kişiler olması halinde aralarında iştirak ilişkisinin mümkün olabileceğini kabul etmekteyiz. Bu bakımdan, "göndermek" ve "götürmek" farklı suç tiplerinin fiillerini oluşturmamakta, "göndermek" fiili "götürmek" fiilini de kapsamaktadır. Bu şekilde muayeneye gönderen ve götüren kişilerin farklı olması ve iştirake ilişkin koşulların somut olayda mevcut oluşması halinde suç teşkil eden bir fiilin iştiraken gerçekleştirmiş olduğundan söz etmek gerekmektedir.[75]

VIII. İÇTİMA

TCK'nun 287. maddesinde yer alan suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı işlenmesi halinde 43/1. maddede düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Birden fazla kişinin tek bir fiille genital muayeneye gönderilmesi halinde ise TCK'nun

---

72 DÜLGER, s. 1278; BEYAZIT, s. 162. "Genital muayeneye göndermek" ve "genital muayene yapmak" fiilerini suçun seçimlik hareketleri olarak kabul etmekle birlikte, her iki seçimlik hareketin de teşebbüse elverişli olduğunu ifade eden yazarlar olarak bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 982; ÜNVER, s. 371 – 372; KANBUR, 26 – 27.

73 ÜNVER, s. 372; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 982; KANBUR, s. 28; DÜLGER, s. 1282; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8110; PARLAR / HATİPOĞLU / YÜKSEL, s. 330.

74 DÜLGER, s. 1282; BEYAZIT, s. 162.

75 DÜLGER, s. 1282; BEYAZIT, s. 162.

zincirleme suça ilişkin 43/2'de yer alan düzenlemesi uygulanabilecektir. Ancak genital muayeneye gönderme suçu açısından 43/2. maddenin uygulanması söz konusu olabilmekle birlikte, genital muayene yapma suçu bakımından aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi mümkün değildir. Zira genital muayene yapma suçu bakımından her bir muayene farklı bir fiil teşkil edecek olup TCK'nun 43/2. maddesindeki koşullar oluşmayacaktır.[76]

Genital muayene suçu bakımından değinilmesi gereken bir başka mesele de bu suç ile TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu arasında ne tür bir içtima ilişkisi olduğudur. Doktrinde bazı yazarlar genital muayenenin yapılması sırasında vücuda cisim ya da parmak sokmak gibi bir zorunluluk olmamasına rağmen bu tür bir fiilin gerçekleştirilmesi halinde failin hem 287. madde hem de 102/2. madde kapsamında sorumlu olacağını ve gerçek içtima kurallarına göre sorumluluğun belirleneceğini ifade etmektedirler.[77] Gerçekleştirilen muayene gereği vücuda sair bir cisim ya da parmağın sokulması gereken durumlara ilişkin olarak ise, böyle bir durumda bir fiille kanunun birden fazla hükmünün ihlal edildiği ve bu sebeple de fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmakla birlikte[78], burada genital muayene suçundan başka bir suçun oluşmayacağı da bazı yazarlarca belirtilmektedir[79].

Bununla birlikte söz konusu meseleyi failin kastından yola çıkarak çözmekte olan bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, genital muayene suçu ile cinsel saldırı suçlarının aynı olayda birarada oluşması mümkün değildir. Failin kastının, davranışın cinselliğine yönelik olması halinde, oluşan suç genital muayene değil, cinsel saldırı suçu olacaktır.[80]

TCK'nun 102/1. maddesinde "cinsel davranışlarla" bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, 102/2. maddesinde ise fiilin vücuda organ ya da sair bir cisim sokularak işlenmesi hali suç olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan kanaatimizce, genital muayene esnasında vücut dokunulmazlığı cinsel davranışlarla ihlal edilmediği sürece 102. maddenin somut olayda oluştuğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce, bir somut olayda failin cinsel davranışlarla hareket edip etmediğini tespitte, söz konusu davranışın muayene açısından bir zorunluluk olup olmaması ölçüt olarak kullanılabilir. Bu bağlamda vücuda organ ya da sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşen davranış muayenenin yapılması için zorunluysa, söz konusu davranışın cinsel nitelikli olmadığı ve burada cinsel

---

76 DÜLGER, s. 1279 – 1280; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 982; KANBUR, s. 27; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 8110.

77 DÜLGER, s. 1280; KANBUR, s. 28; BEYAZIT, s. 163.

78 DÜLGER, s. 1280.

79 BEYAZIT, s. 163.

80 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 982.

saldırı suçunun oluşmadığını söylemek mümkündür. Ancak bu tür bir zorunluluk olmamasına rağmen vücuda organ ya da sair cisim sokularak muayenenin gerçekleştirilmesi yoluna gidildiyse, muayene yapılırken cinsel nitelikli davranışların gerçekleştirildiği dolayısıyla da somut olayda genital muayene suçu ile cinsel saldırı suçu arasında fikri içtimaa gidilmesi gerektiği ileri sürülebilir.

IX. MUHAKEME USULÜ

Genital muayene suçu, şikayet koşuluna bağlı bir suç olmadığından, soruşturma ve kovuşturma işlemleri doğrudan cumhuriyet savıcılığınca gerçekleştirilir. Genital muayene suçunun faili kamu görevlisi ise bu kişi hakkındaki soruşturma 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca yapılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, Ceza Muhakemesi Kanununun 161/5. maddesi[81] bu kuralın istisnası niteliğindedir ve bu suçun adli kolluk görevlileri tarafından işlenmesi halinde cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan doğruya soruşturma başlatılacaktır.

X. GÖREVLİ MAHKEME

Söz konusu suç açısından, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olduğundan, "Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun" 10. maddesi uyarınca yargılamayı yapmakla görevli mahkeme sulh ceza mahkemesi olacaktır.

SONUÇ

Çalışmamızda ortaya konulduğu üzere kişilerin zorla genital muayeneye gönderilmeleri ve muayeneye tabi tutulmalarının belli koşullar altında suç olarak düzenlenmesi şüphesiz olumlu bir gelişmedir.

Bununla birlikte mevcut düzenlemenin pek çok eksiği barındırdığı da bir gerçektir. Bu bakımdan özellikle suçun kanunda düzenlendiği bölüm ve yalnızca "genital bölge"yi kapsamına alıyor olması karşımıza çıkan önemli sorunlar arasındadır. En kısa sürede maddede yer alan sakıncaları giderecek nitelikte düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

---

81 CMK madde 161/5: "*kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır*".

Ceza Hukuku Sistemlerinin Kısa Bir Değerlendirmesi

*Onur Kemal KERMAN**

Ceza hukuku uzun bir tarihsel süreçten geçerek günümüzdeki modern karakterine ulaşmıştır. Bu tarihsel süreç incelendiğinde, ceza hukukunun genel olarak siyasi tercihler ve devletlerin yönetim biçimleri çerçevesinde şekillendiğini belirtmek gerekir[1]. Birey-devlet ilişkilerinde, "ceza verme" devlet gücünün en etkili göstergesi olduğundan, otoriter devlet biçimlerinde ceza hukuku âdeta bir baskı aracı olarak kullanılmış ve sözde "toplum barışı" adına birey feda edilmiştir. Ceza hukukunun günümüzdeki modern görünümüne sahip olması, farklı ceza hukuku sistemlerinin zıtlaşması ve birbirini etkilemesinin sonucudur.

Mantovani'ye göre; objektif ve sübjektif ceza hukuku sistemleri arasındaki diyalektik karşıtlık ve karma sistemlerin ortaya çıkması ceza hukuku tarihçesini belirleyen esas unsur olmuştur[2].

Modern ceza hukukunun kökleri, 18. yüzyılda, özellikle Fransa'da ortaya çıkan aydınlanma hareketlerinde yatmakta ve bu aydınlanma felsefesinin kazanımları günümüzde de varlığını korumaktadır. Özellikle bireysel hakların garanti altına alınması ve insan haklarının etkin bir biçimde korunması aydınlanma felsefesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır[3].

I. Ceza Hukuku ve Aydınlanma Felsefesi

A. Genel Olarak

Aydınlanma düşüncesinin, ceza hukukunun olgunlaşması ve modernleşmesi üzerinde önemli etkileri olmuştur. *Nuvolone*'ye göre; ceza hukukunun

---

* Ar. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi.

1 MARINUCCI Giorgio, DOLCINI Emilio, Corso di diritto penale 1, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità Il reato: nozione, struttura e sistematica, Giuffrè Editore, Milano 2001, s.429

2 MANTOVANI Ferrando, Diritto penale parte generale, CEDAM, Padova 2009, s.97

3 FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo, Diritto penale parte generale, Zanichelli Editore, Bologna 2009, s.XV

bağımsız bir bilim dalının konusunu oluşturması, felsefi ve hukuki açıdan incelenmeye başlaması aydınlanma düşüncesi sayesinde gerçekleşmiştir[4]. Bireyin, insanın sahip olduğu değerin bilincine varması ve devletin mutlakiyetçi karakterinden uzaklaşarak yeni yapılanmaların arayışına girmesi ile birlikte, cezalandırmanın temeli ve cezaların kanuniliği bu yeni bilim dalının araştırma konuları haline gelmiştir[5].

Ceza hukukunun suçları önlemede etkin bir araç haline getirilmesi, cezalandırmada keyfiliğin önlenmesi, aşırı ve haksız cezaların yumuşatılması aydınlanma düşüncesi sayesinde elde edinilen kazanımlardır[6]. Bununla birlikte suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bireysel özgürlükler açısından vazgeçilmez olduğu aydınlanma döneminin düşünürleri tarafından ifade edilmiştir. Buna göre, kanunlar ceza hukuku açısından tek geçerli kaynak olarak kabul edilmeli ve hâkimin rolü sadece hukuki normu uygulamak olmalıdır[7].

"*Suçlar ve Cezalar Hakkında*" isimli eserinde *Beccaria*'nın da vurguladığı üzere; "*suçlar hakkındaki cezalar sadece kanunlar tarafından belirlenebilir ve kanunları yapmak yetkisi de sadece, toplum sözleşmesi etrafında birleşen toplumu temsil etme yetkisine sahip olan yasama organına aittir*"[8]. Bununla birlikte yine *Beccaria*, toplum yararı bahanesiyle hiçbir hâkimin kanunda sınırları belirtilen cezaları artıramayacağını belirtmiş, bunun yeni bir cezalandırma anlamına geleceğini ifade etmiştir[9].

Cezalandırma alanında da aydınlanma felsefesinin etkisiyle değişiklikler olduğunu belirtmek gerekir. Özellikle, cezaların son çare olarak uygulanması gerektiği belirtilmiş ve cezanın sadece suçluluğun önlenmesi için gerekli veya faydalı olduğu hallerde vazgeçilemez olduğu vurgulanmıştır[10]. Ayrıca, cezaların şiddetli olmasından ziyade önleyici niteliğe sahip olması ve cezalar ile suçların ağırlığı arasında bir orantı bulunması gerektiği de ileri sürülmüştür[11].

---

4 NUVOLONE Pietro, Il sistema del diritto penale, CEDAM, Padova 1975, s.1

5 NUVOLONE, s.1

6 FIANDACA, MUSCO, s.XVI-XVII

7 ROSONI Isabella, "Dalle codificazioni preunitarie al codice Rocco", Introduzione al sistema penale, Vol. I, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino 2000, s.3

8 BECCARIA Cesare, Dei delitti e delle pene, a cura di Franco Venturi, Giulio Einaudi Editore, Torino 1965, s.13-14

9 BECCARIA, s.14

10 FIANDACA, MUSCO, s.XVIII

11 BECCARIA, s.19 vd.

Yukarıda kısaca belirtilen ilkeler, dönemin bazı kanunlarında ve 1789 tarihli *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*'nde de yer bulmuştur. Özellikle belirtmek gerekirse, *Bildirge*'nin 5. maddesinde, kanunun sadece topluma zararlı olan fiilleri yasaklayabileceği, kanun tarafından yasaklanmayan hiçbir fiilin engellenemeyeceği ve kimsenin kanunun emretmediği bir şeyi yapmaya zorlanamayacağı ifade edilmiştir. *Bildirge*'nin 7. maddesinde ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmiş, kanunda belirlenen haller ve bu hallerin öngördüğü şekiller dışında hiç kimsenin suçlanamayacağı, yakalanamayacağı ve tutuklanamayacağı belirtilmiştir. Yine *Bildirge*'nin 8. maddesinde, kanunun ancak kesin ve açık bir gereklilik bulunması durumunda ceza koyması gerektiği vurgulanmıştır[12].

B. Ceza Hukuku ve Laiklik

Suçu günahla eş sayan anlayıştan, suçu toplum için zararlı olarak gören dünya görüşüne geçilmesi, modern ceza hukukunun tarihçesinde âdeta bir dönüm noktasıdır. Bu değişim ile ilahi kurallara aykırılık teşkil eden hareketlerin veya sadece düşüncelerin cezalandırılmasından, bireysel yahut toplumsal değerlere zarar veren davranışların önlenmesine geçilmiştir[13]. Belirttiğimiz bu değişim, aydınlanma düşüncesi ile gelişmesini tamamlamış ve 19. yüzyıl liberal düşüncesi ile de pekişmiştir[14].

Cezai sorumluluk, ahlaki veya dini kurallara aykırı hareket etmekten kaynaklanan sorumluluktan farklı olarak, fiilin sosyal olarak zararlı olması ölçütünü ön planda tutar. Suç olarak değerlendirilen fiil, hukuki bir değere zarar veren veya onu tehlikeye sokan bir niteliğe sahip olmalıdır[15]. Bununla birlikte, bir hukuk devletinde ceza hukuku açısından sadece tipik fiiller önem taşır. Bu itibarla, esasen bireysel özgürlükleri koruma görevini taşıyan ceza hukukunun müdahalesi, sadece cezai norm tarafından daha önce öngörülmüş olan kurala aykırılık teşkil eden bir fiilin bulunması durumunda mümkündür[16].

Ceza hukukunun müdahalesi kanun tarafından açıkça öngörülmüş fiillerin icra edilmesi halinde söz konusu olacağından, laik ve liberal bir hukuk düzeninde birey, ahlaki olarak kınanabilir düşünceleri ve hareketleri için

---

12 Bkz.http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html

13 MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale 1, s.429

14 MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale 1, s.446

15 CANESTRARI Stefano, CORNACCHIA Luigi, DE SIMONE Giulio, Manuale di diritto penale parte generale, Mulino, Bologna 2007, s.239

16 CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, s.239

cezalandırılamaz. Laiklik düşüncesinin ceza hukukundaki önemli etkilerinden biri de, cezai sorumluluğunu tipik fiilden kaynaklanan sorumluluk haline getirmesidir. Ceza hukuku bireylerin düşünceleri ve iç dünyaları ile ilgilenmez, bu sebeple bunlar kamusal otoritenin düzenleme alanı dışındadır[17].

Şunu da belirtmek gerekir ki, ceza hukuku sadece ortak yaşamı ciddi anlamda tehlikeye sokan tipik fiillerin bulunması durumunda müdahalede bulunur, yoksa sadece ahlaka uygun olmadığı veya etik, dini ya da toplumun bir bölümü tarafından onaylanmayan ideolojik değerlere aykırı olduğu için düşünce açıklamaları cezalandırılmaz. Bireylerin davranışları sadece ortak değerlere karşı geldikleri veya sisteme sadık olmadıkları ileri sürülerek ceza hukukunun alanına sokulamaz[18].

Teokratik devlet yapısından, laik ve liberal bir anlayışa geçilmesiyle birlikte, suç kavramının ifade ettiği anlam da değişmiştir. *Manzini*'nin de belirttiği üzere, suçlar sınıflandırılırken, cezalandırılan eylem vasıtasıyla zarara uğratılan veya tehlikeye sokulan hukuki yarar önem taşımaktadır. Dolayısıyla, eylemin dışında kalan, sadece failin niyetini ön planda tutan bir ölçüt kabul edilemez, çünkü hukuk bireylerin içsel davranış ve düşüncelerini cezalandırmaz[19].

C. Suçun İhlal Ettiği Değerin Tespiti

Devletin temelini ve cezalandırma gücünü "toplum sözleşmesi" fikrine dayandıran anlayış da aydınlanma felsefesinde önemli bir yer tutmuştur. Buna göre suç, sübjektif bir hakkın ihlalini ifade etmektedir, sübjektif bir hakkın ihlal edilmediği yerde suç da yoktur[20]. Daha sonraları suçun bu şekilde algılanmasının tam anlamıyla yeterli olmadığı savunulmuş ve 19. yüzyıl ceza hukuku öğretisinde, suçun bir hukuki değerin tehlikeye sokulması veya zarara uğratılması olduğu ileri sürülmüştür[21]. 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başları arasında ise, pozitivist okul ceza hukukunun temelinin "suçlu insan"da yattığını, kişilerin biyolojik özelliklerinin incelenmesi veya mensup oldukları sosyal sınıfın tespiti ile suçluluğa ilişkin sorunların çözülebileceğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla, suçlulukla mücadele suçtan ziyade suçluya karşı yürütülmelidir[22].

---

17 CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, s.239-240

18 CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, s.240

19 MANZINI Vincenzo, Trattato di diritto penale Italiano, Volume Quarto, UTET, Torino 1981, s.3-4

20 MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale 1, s.432-433

21 MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale 1, s.434

22 MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale 1, s.435

II. Objektif ve Sübjektif Ceza Hukuku Sistemleri

A. Genel Olarak

Suçun incelenmesinde objektif veya sübjektif bir sistemin tercih edilmesi büyük önem taşır. Objektif bir ceza hukuku sisteminde, kişi işlediği fiil için cezalandırılır, bu nitelikteki ceza hukuku sistemine fiil ceza hukuku sistemi de denilir[23]. Objektif ceza hukuku sisteminde, ceza hukuku tarafından korunan hukuki değerin bir fiil tarafından tehlikeye sokulması veya zarara uğratılması ceza verilmesinin temelini oluşturur[24]. Bu sistemde cezalandırma gereği kişinin taşıdığı "kötülük"ten değil, icra ettiği fiilin içeriğinden kaynaklanır[25].

Buna karşılık sübjektif ceza hukuku modelinde cezalandırmanın temelini, fiilin korunan hukuki değeri ihlal etmesi oluşturmaz. Bu sistemde kişi, sadece niyetleri veya toplum ya da devlet için tehlikeli olarak algılandığı ve adeta düşman olarak görüldüğü için cezalandırılır[26]. Bu sistem, fail ceza hukuku olarak da adlandırılmaktadır[27]. Sübjektif sistemde failin kişiliği suçun bir belirtisi olarak görülür[28].

Sübjektif ceza hukuku sistemi incelenirken şunu da unutmamak gerekir; kapitalizmin ve sanayileşmenin ilk zamanlarında özellikle Avrupa kıtasında, suçluluğun hızla arttığı görülmektedir. Bu durumun esas sebebinin ise, özellikle şehirlerde ekonomik eşitsizliğin büyümesi olduğunu belirtilmelidir. Suçluluğun önlenmesi, toplumda barışın sağlanması için, reformlar yapmak, insanları suç işlemeye iten fakirliği ortadan kaldırmanın yollarını aramak yerine, *Lombroso*'nun ortaya attığı "*suçlu zaten suçlu olarak doğar*" tezinin savunulması zengin kitlelerin işine gelmiştir[29]. Bu düşünceye itibar edildiğinde toplumu yenilemenin, düzenlemenin anlamı yoktur, zira suçluluk sosyal ve ekonomik faktörlerden değil, "doğuştan suçlu insan" figüründen kaynaklanmaktadır.

B. Objektif ve Sübjektif Ceza Hukuku Sistemlerinin Sakıncaları ve Katkıları

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, her iki sisteminde katı bir biçimde uygulanması birtakım sakıncalar doğuracaktır. Katı bir biçimde uygulanan

---

23 LICCI Giorgio, Figure del diritto penale, G.Giappichelli Editore, Torino 2008, s.71

24 MARINUCCI Giorgio, "*Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*", Rivista Italiana di diritto e procedura penale, 2011-Fasc.1, s.1-23, s.2

25 MANTOVANI, Diritto penale, s.553

26 MARINUCCI, "*Soggettivismo…*", s.2-3

27 LICCI, s.71

28 LICCI, s.72

29 MARINUCCI, "*Soggettivismo…*", s.13-14

objektif ceza hukuku sisteminde, sadece hareket, netice ve nedensellik bağı üzerinden fail ile suç arasında bir bağ kurulur. Buna karşılık, isnad kabiliyeti veya kusurluluğa ilişkin bir inceleme yapılmaz. Failin isnad kabiliyetine sahip olup olmadığı, kusurluluk biçiminin kast mı, taksir mi olduğu araştırılmaz[30]. Bununla birlikte, objektif sistemin tek başına ve katı olarak uygulandığı bir ceza hukuku sisteminde, suçun ve cezanın ağırlığı sadece korunan hukuki menfaate verilen zarar çerçevesinde tespit edilir, failin kusurluluk derecesi ve kişiliği dikkate alınmaz[31]. Buna karşılık objektif ceza hukuku anlayışı fiilden kaynaklanan sorumluluk ilkesini getirerek, fiilin olmadığı yerde suçun da olmayacağı kazanımını sağlamıştır. Bu modelde, öncelik objektif faktöre verilmekte, ceza verilmesinin temeli fiilin gerçekleştirilmesinde aranmaktadır[32].

Sübjektif ceza hukuku anlayışının ise iki farklı görünümü vardır. Sübjektivizm, bir yandan suça yönelik iradenin incelenmesini ifade ederken, öte yandan failin tehlikeliliğine işaret eder[33].

Sadece iradenin veya failin niyetinin ön planda olduğu, sübjektif ceza hukuku anlayışında, kusurluluk ceza hukukunun merkezindedir. Bu anlayış uyarınca, emirlere itaat etme yeterliğine sahip olan ve olmayan kişiler arasında bir ayrım yapıldığı gibi, emirlere uyan veya uymayanlar arasında da bir ayrıma gidilmektedir. Yine iradeyi ön planda tutan bu modelde, ceza müeyyidesi sadece bastırıcı, cezalandırıcı bir niteliğe sahiptir. Bu anlayışa yönelik uygulamaların özellikle Nazi Almanyası'nda uygulandığı vurgulanmalıdır[34]. Liberal devletin yıkılarak, totaliter bir yapının kabul edildiği Nazi Almanyası'nda, siyasi amaçlarla, ceza hukuku açısından devletin müdahale imkânı olabildiğince öne alınmış, suçun varlığı için bireysel veya toplumsal bir değerin tehlikeye sokulması dahi beklenmeden kusurlu bir iradenin en ufak belirtisi ile yetinilmiştir[35]. Dolayısıyla, teşebbüs aşamasında kalmış suç ile tükenmiş suç aynı ceza ile cezalandırılmıştır[36]. Belirtilen bu sakıncalarına rağmen, iradeyi/niyeti esas alan sübjektif ceza hukuku anlayışı, kusurluluk prensibinin ceza hukukunda yer almasını sağlamıştır.

Sübjektif ceza hukukunun diğer bir görünümü ise, tehlikeliliğin esas alındığı modeldir. Bu anlayışa göre, failin cezalandırılmasının sebebi toplum

---

30 MANTOVANI,Diritto penale, s.97

31 MANTOVANI, Diritto penale, s.97

32 MARINUCCI, "*Soggettivismo…*", s.2

33 MARINUCCI, "*Soggettivismo…*", s.2-3

34 MANTOVANI, Diritto penale, s.97-98

35 MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale 1, s.439

36 MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale 1, s.439

düzeni için yarattığı tehlikeden kaynaklanır[37]. Tehlikeliliği esas alan ceza hukukuna göre, birey işlediği fiil için değil sadece "olduğu kişi" için cezalandırılır[38]. Bu anlayışın egemen olduğu nasyonal sosyalist yönetim biçiminde, birey hukuka aykırı fiili için değil, ahlaka aykırı oluş biçimi, devlet düzenine sadık olmadığı veya ihanet ettiği ileri sürülerek cezalandırılmıştır[39].

Sübjektif ceza hukuku anlayışının günümüz modern ceza hukukuna katkıları olduğunu kabul etmekle birlikte, kanaatimizce, suçun analizinin yapılmasında önceliği objektif ceza hukuku modeline vermek gerekir. Ceza hukuku anlamında hukuka aykırı bir fiil, düzene sadık olmayan içsel davranışlar olarak değil, korunan hukuki menfaatin ihlali olarak ele alınmalıdır. Bununla birlikte, fiilin sosyal düzeni bozan karakteri ceza müeyyidesini gerektirir, yoksa sırf failden kaynaklanan nedenler, failin niyeti gibi ölçütler cezalandırmada esas teşkil etmez[40]. Failin kusurluluğu, fiilin faile yüklenmesinde ikincil bir özellik gösterir[41]. Özgürlüklerin koruma altında olduğu bir hukuk devletinde, kamu gücü bireylerin kişisel seçimleri, niyetleri, içsel davranışları veya düzene sadık olmayan davranışları ile ilgilenmez. Aksi bir durumun varlığı, baskıcı bir polis devletinin mevcudiyetine işaret eder[42].

III. Modern Ceza Hukukunun Unsurları

İnsanlık tarihinde yıkıcı etkileri olan "*düşman ceza hukuku*" ya da daha doğru bir ifadeyle "*düşman olarak algılanan bireylere uygulanacak olan ceza hukuku*" kavramına ilişkin tartışmalar günümüzde de ceza hukukunu meşgul eden alanlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse; bu şekilde adlandırılan ceza hukuku, kusurlu fiille ilgilenmekten uzak, failin tehlikeliliğini esas alan; bununla birlikte cezayı orantılı bir karşılık olarak değil, adeta bir ortadan kaldırma veya yok etme aracı olarak gören bir görüşü benimser[43]. Bu şekliyle, "*düşman ceza hukuku*" olarak adlandırılan uygulamalar ceza hukukunun sübjektifleştirilmesini ifade etmektedir[44]. Bu tür bir ceza hukuku anlayışında, hukuki koruma öne alınmakta ve kanuni

---

37 MANTOVANI, Diritto penale, s.98

38 MANTOVANI, Diritto penale, s.120

39 MANTOVANI, Diritto penale, s.120; MARINUCCI, Corso di diritto penale 1, s.438-439

40 CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, s.277

41 MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale 1, s.620-621

42 CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, s.277

43 MANTOVANI Ferrando, "*Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*", Rivista Italiana di diritto e procedura penale, Aprile-Settembre 2007-Fasc. 2/3, s.470-492, s.471

44 MANTOVANI, "*Il diritto penale del nemico…*", s.471

tipte de bu şekilde düzenlenmektedir. Başka bir ifadeyle, tehlikeli durumlar yaratacak, elverişli olmayan hareketlerin bile cezalandırıldığı görülmektedir[45]. Bununla birlikte, düşman ceza hukukunda, özel muhakeme usullerinin uygulandığı, suçlunun topluma yeniden kazandırılmak yerine, "yok edilmesinin" amaçlandığı da vurgulanmalıdır. Düşman ceza hukuku düşüncesine göre, toplum sözleşmesini bozan kişi tehdit olarak algılanır ve düşman sınıfına sokulması gerekir ve bu düşmanın yarattığı tehlikeliliğin de etkisiz hale getirilmesi amaçlanır[46].

Yukarıda ele alınan kavramlar ve düzenlemeler, modern ve hümanist ceza hukukunun genel ilkelerine tamamen aykırılık oluşturmaktadır. Modern ceza hukuku esasen üç unsuru içerir; hukuka aykırı fiil, failin kişiliği ve cezai sonuçlar.

Hukuka aykırı fiil, modern ceza hukukunun temelini ve vazgeçilemez bir unsurunu oluşturmaktadır. Ceza hukuku açısından fiil; hareket, netice ve hareket ile netice arasındaki nedensellik bağından oluşmaktadır. Modern ceza hukuku insanın sadece dışta beliren davranışları ile ilgilendiğinden, fikir, kanı ve düşünceler ceza hukukunun inceleme alanı dışında yer almaktadır. Bu itibarla, ceza hukuku bakımından hareket, kişinin dış dünyada beliren davranışlarını ifade eder[47]. Fiilin olmadığı veya fiile gerekli önemi vermeyen bir ceza hukuku, özgürlükleri yok eden bir kimliğe bürünür[48]. Şunu da belirtmek gerekir ki, bireysel ve sosyal ilerlemenin sağlanması için, modern ceza hukuku anlayışı kişilerin düşüncelerine, kanaatlerine cezai sonuçlar bağlamaz.

Bununla birlikte, failin kişiliğine verilen önem ceza hukukunun hümanist bir karakter kazanmasında etken olmuştur. Fail ve fiil ayrılmaz bir bütün olduğundan, fiilin temellerinin, içeriğinin ve yöneldiği amacın anlaşılması failin kişiliğinin incelenmesi sayesinde mümkün olacaktır[49]. Bununla birlikte, modern ceza hukukunda bir unsur olarak failin kişiliği, cezaların şahsiliği prensibine ve kusurluluk ilkesine de işaret eder. Modern ceza hukukunda fail ancak, kusurlu bir iradesi bulunması halinde cezalandırılabilir. Bu yönüyle modern ceza hukuku objektif sorumluluğu reddeder.

Son olarak, failin işlediği kusurlu ve hukuka aykırı fiillere bağlanacak olan cezai sonuçlardan da söz etmek gerekir. Günümüzde "cezai sonuçlar",

---

45 MANTOVANI, "*Il diritto penale del nemico…*", s.471

46 MANTOVANI, "*Il diritto penale del nemico…*", s.471-472

47 ALACAKAPTAN Uğur, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.372, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s.40

48 MANTOVANI, Diritto penale, s.XXIII

49 MANTOVANI, Diritto penale, s.XXIII-XXIV

kavramını kullanmak daha doğru olacaktır, çünkü cezanın yanında, faillerin kişiliklerine göre önleyici, eğitici, ıslah edici birtakım müeyyidelere başvurulabilir. Gerekli ve vazgeçilemez olan bu cezai sonuçlar, caydırıcı ve eğitici bir karaktere sahip olmalı, hümanist ceza hukukunun insani karakteri ile paralellik göstermelidir[50].

Sonuç olarak, modern ceza hukukunun objektif ve sübjektif sistemlerin katkılarıyla oluşan, birey temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan bir karaktere sahip olduğu belirtilmelidir. Ancak suçun incelenmesinde, fiilin varlığının ilk şart olarak aranmasının gerekli olduğu da unutulmamalıdır. Bu esas, bireysel özgürlüklerin garantisi niteliğindedir. Günümüzde ceza hukuku, kişilerin düşünceleri ile ilgilenen bir baskı aracı olmamalı, aksine özgürlüklerin alanını çizen, bireyin ve dolayısıyla toplumun gelişmesini ve ilerlemesini destekleyen, buna yön gösteren bir niteliğe sahip olmalıdır.

---

50 MANTOVANI, Diritto penale, s.XXIV

*Alternatif Kast (Dolus Alternativus)**

*Florian JEßBERGER*** / *Camill SANDER****

*Çev.: Arş. Gör. Serkan MERAKLI*****

I. GİRİŞ

Kast, belirli bir suç tipinin tüm objektif unsurlarının bilincinde olarak o suç tipini gerçekleştirme yönündeki iradedir. Eğer birden çok suç tipi söz konusu ise bu durumda tipikliğe dahil olan kastın bulunup bulunmadığının her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı araştırılması gerekir[1]. Bu sebeple park halindeki bir aracın ön camına, ona zarar vermek için bir taş atan kişi, bunun yanısıra eğer sürücü koltuğunda oturmakta olan sürücüyü yaralamayı da aynı zamanda göze almış ise (gerektiğinde sadece teşebbüs edilmiş olan) tehlikeli bir aletle işlenen tehlikeli yaralama suçu (Alman Ceza Kanunu § 223, 224) ile fikrî içtima ilişkisi içerisinde mala zarar verme suçundan ötürü (Alman Ceza Kanunu § 303) cezalandırılacaktır. Sürücünün taşın atıldığı esnada aracın içinde değil de yanında duruyor olması ve bu yüzden failin araca doğru atılan taşın ya cama ya da sürücüye isabet ederek zarar vereceğini düşünmüş olması halinde ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmenin değişip değişmemesi, ceza hukuku doktrininin yüz yıldan fazla bir süredir "*dolus alternativus*" terimi altında incelediği konuyu ilgilendirmektedir[2].

---

* Makalenin Almanca özgün metni "*Juristische Schulung Dergisi (JuS) 2006, s. 1065- 1067*"de yayımlanmıştır.

** Prof. Dr., Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Uluslararası Ceza Hukuku ve Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

*** Av., Berlin Barosu.

**** Arş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. Çevirmen, makalenin Türkçe'ye çevrilmesi hususunda yakın ilgi gösteren Prof. Dr. Florian Jeßberger'e teşekkür eder. (Der Übersetzer dankt dem Verfasser, Herrn Prof. Dr. Florian Jeßberger, für Ihr nettes Interesse zur Übersetzung des Aufsatzes).

1 Krşl. **Roxin**, AT I, 4. Auflage (2006), § 12 kn. 92.

2 Krşl. **Feuerbach**, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Auflage (1847), § 59; **Welzel**, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage

II. KAVRAM VE SINIRLANMASI

Alternatif kast terimi altında, failin fiilinin icrasında tüm olasılıkları en azından göze aldığı ve kendi değerlendirmesine göre göz önünde tuttuğu iki[3] suç tipinden veya neticeden ya sadece bir tanesini ya da diğerini gerçekleştirebileceği durumlar tartışılır. Bu "*Ya- ya da*" durumu alternatif kastı karakterize eder ve onu kümülatif kasttan (dolus cumulativus) ayırır[4]: Gerçi kümülatif kast ile hareket eden fail de birden çok suç tipini veya birden çok neticenin ortaya çıkmasını göze alır; fakat, göz önünde tuttuğu suç tiplerinin yanyana gerçekleşmesini mümkün görür. Kümülatif kastta olduğu gibi alternatif kastta da kastın bir türü söz konusu olmamakta; aksine, tipikliğe dahil olan kastın tüm görünüş şekilleri içerisinde (birinci dereceden doğrudan kast, ikinci dereceden doğrudan kast, olası kast) değerlendirilebilecek birden çok kastın çakışması/ buluşması söz konusu olmaktadır[5].

Alternatif kast ile hareket eden failin fiil hakkındaki tasavvuru ayrıntılı olarak şu şekilde tarif edilebilir: Fail, fiili ile birden çok suç tipini gerçekleştirebileceğini ya da birden çok neticenin meydana gelebileceğini bilir ve bu konuda hataya düşmez. Fail ayrıca, göz önünde tuttuğu neticelerden sadece bir tanesinin gerçekleşebileceğinden hareket etmektedir. Fakat, bu suç tiplerinden ya da neticelerden hangisinin gerçekleşeceğini, hareketi gerçekleştirdiği sırada kesin bir şekilde söyleyememektedir. Bu belirsizliğin sebebi ise failin ortaya çıkacak duruma ilişkin ortadan kaldıramadığı kuşkularıdır.

Bu kuşkular aracılığıyla alternatif kast iki ayrı gruba ayrılabilir[6]: İlk grubun söz konusu olduğu hallerde fail, hukukî bir menfaati zedeleyecek

---

(1969), § 13 I 2d; aynı yöndeki daha yeni araştırmalar arasından bkz. **Fischer** M., Wille und Wirksamkeit, 1993; **Joerden**, ZStW 95 (1983), s. 565; **Sackermann**, Dolus alternativus, 2003; **Schmitz** R., ZStW 112 (2000), s. 301. Ayrıca güncel ders kitapları ve şerh literatürü içinden örnek olarak bkz. **Cramer/ Sternberg- Lieben**, in: Schönke/ Schröder, StGB, 27. Auflage (2006), § 15 kn. 91; **Heinrich**, AT I, 2005, kn. 292; **Hillenkamp**, in: LK- StGB, 11. Auflage (2002), § 22 kn. 37; **Jescheck/ Weigend**, AT, 5. Auflage (1996), § 29 III 4; **Kühl**, AT, 5. Auflage (2005), § 5 kn. 27a; **Roxin**, § 12 kn. 92; **Wessels/ Beulke**, AT, 35. Auflage (2005), kn. 231.

3 Bu temel örneğin yanısıra failin ikiden daha fazla suç tipinin veya neticenin gerçekleşmesini alternatif olarak mümkün gördüğü haller de alternatif kast kapsamında düşünülebilir. Krşl. BGHSt 38, 353 (NJW 1993, s. 210) (içinde yetmiş kişinin bulunduğu bir odaya ateş edilmesi).

4 Bu konu hakkında bkz. **Wessels/ Beulke**, kn. 233. Alternatif kast ile kümülatif kast arasındaki sınırlamanın zorluk teşkil etmesi Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin birbirinden farklı yönde kararlar vermesine yol açmıştır. Bkz. BGH NStZ- RR 2006, s. 168 (naklen: **Bosch**, JA 2006, s. 332) (alternatif kast); **Satzger**, JK 3/ 06, StGB § 24/ 35 (kümülatif kast).

5 **Jescheck/ Weigend**, § 29 III 4.

6 Krşl. **Hillenkamp**, in: LK- StGB, § 22 kn. 37.

hareketi gerçekleştirmek istemekte; fakat, bu hareketin mümkün olan birden çok konudan hangisi üzerinde gerçekleşeceğini bilmemektedir. Bu durum girişte yer verilen örnek olayda söz konusudur: Taşı attığı esnada fail, bu taşın aracın camına mı yoksa aracın hemen yanında duran sürücüye mi isabet edeceğini; hareketinin bir eşyanın varlığına mı yoksa bir insana mı zarar vereceğini bilmemektedir. İkinci grubun söz konusu olduğu hallerde ise fail, hareketi ile hangi konuya zarar vereceğini bilmektedir; fakat, tipiklik bakımından önem taşıyan unsurlar hakkında net bir bilgisi bulunmamaktadır. Bu da örneğin failin, yerde hareketsiz şekilde yatan bir trafik kazası mağdurunun ölmüş mü yoksa sadece bilincini mi yitirmiş olduğunu bilmeksizin kol saatini kolundan çıkarıp alması halinde söz konusu olur. Buna göre eğer mağdur hareketin gerçekleştiği sırada zaten ölü ise Alman Ceza Kanunu § 246'da yer alan "*yabancı taşınır malı haksız biçimde mal edinme suçu*"[7]; eğer mağdur yalnızca bilincini kaybetmiş bir durumda ise Alman Ceza Kanunu § 242'de yer alan hırsızlık suçu gerçekleşecektir.

III. ALTERNATİF KAST İLE HAREKET EDEN FAİLİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

Genel kabule göre, kümülatif kast ile hareket eden failin, kastının kapsadığı tüm suçlardan fikrî içtima uyarınca cezalandırılması gerekmekte iken[8], alternatif kastın söz konusu olduğu hallerde failin alternatif olarak göz önünde tuttuğu suç tipleri veya neticeler ile ilgili olarak nasıl bir uygulama yapılacağı sorunu tartışmalıdır. Sorunu daha iyi izah edebilmek için örnek olayda aracın yanında durmakta olan sürücünün herhangi bir zarar görmediği; taşın fiiliyatta aracın camına isabet ettiği ve ona zarar verdiği kabul edilir ise: fail tamamlanan mala zarar verme suçunun yanısıra, sürücünün de yaralanacağını imkan dahilinde görüp göze aldığı için teşebbüs aşamasında kalan, sürücüye yönelik tehlikeli yaralama suçundan da ayrıca cezalandırılmalı mıdır? Ya da hem cama zarar vermek hem de sürücüyü yaralamak istemeyip aksine baştan beri sadece tek bir hukukî menfaatin ihlal edilmesini imkan dahilinde gördüğü için failin sadece mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılacağı mı kabul edilmelidir? Veyahut objektif olarak gerçekleşen; fakat, daha az cezayı gerektiren mala zarar verme suçunun bu yolla ödettirilmiş olacağından bahisle fail, sadece teşebbüs aşamasında kalan tehlikeli yaralama suçundan dolayı mı cezalandırılmalıdır?

---

7 ÇN.: Alman Ceza Kanunu§ 246/ I şu şekildedir: "*Yabancı bir taşınır malı kendisine ya da üçüncü bir kişiye hukuka aykırı bir şekilde mal edinen kişi, fiil diğer düzenlemelerde daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır*"

8 Krşl. **Roxin**, § 12 kn. 92.

Kanunda bu hallerde nasıl hareket edileceğine ilişkin herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Yargı kararlarında ise alternatif kastın söz konusu olduğu durumlar şimdiye dek sorun olarak ortaya konulmamıştır ve sadece nadiren ele alınmıştır[9]. Doktrinde savunulan ve birbirinden ayrılan görüşler, çözümü tipiklik düzleminde arayanlar ile (öncelikli olarak) içtima düzleminde arayanlar olmak üzere iki grupta incelenebilir.

1. Tipiklikten Hareket Eden Görüş

Doktrinin bir bölümüne göre, alternatif kast konusu tipiklik düzleminde ele alınmalıdır. Buna göre, fail sadece bir suç tipini veya tek neticenin ortaya çıkmasını imkan dahilinde gördüğü için sonuç olarak kast da sadece bir suç tipi bakımından kabul edilmelidir.

Fail tarafından gerçekleşmesi alternatif olarak görülen suçlardan hangisi uygulanarak faile ceza verileceği ise bu bakış açısı çerçevesinde tartışmalıdır. Bir kısım görüşe göre sadece ağır olan suça ilişkin tipikliğe dahil kastın esas alınması gerekir; bu sadece ağır suçun teşebbüs aşamasında kaldığı, hafif suçun ise objektif olarak gerçekleştiği hallerde özellik gösterecektir[10]. Diğer bir görüşe göre ise kural olarak sadece tamamlanan suça ilişkin tipikliğe dahil kastın esas alınması gerekir; fail sadece tamamlanan suçtan ötürü cezalandırılabilir. Bunun yanısıra eğer failin göz önünde tuttuğu suçlardan hiçbiri objektif olarak gerçekleşmez ise ağır olan suç bakımından tipikliğe dahil kastın varlığı kabul edilmelidir[11].

Örnek olay bakımından ise bu iki görüş sonucunda, ya sadece ağır suç olarak tehlikeli yaralamaya teşebbüsten ötürü ya da tamamlanan suç olarak sadece mala zarar vermeden ötürü fail cezalandırılmalıdır.

2. Suçların İçtimaından Hareket Eden Görüş

Doktrinde ağırlıklı olarak ise birden fazla suç tipinin gerçekleşmesinin fail tarafından imkan dahilinde görüldüğü hallerin tipikliğe dahil kastı ilgi-

---

9 Krşl. RGSt 39, 427; BGH, JZ 1990, s. 295 (Joerden)= NZV 1989, s. 400; BGHSt 38, 353 (NJW 1993, s. 210); BGH, NStZ- RR 2006, s. 169. Ayrıca BGH, NStZ 1997, s. 234 ve BGH, NJW 2001, s. 980'de yer alan Federal Mahkeme Kararları'nda karar veren senatolar bu konuya en azından değinmekte; fakat, sonuç olarak karara bağlanan olaylarda alternatif kastın bulunmadığını dile getirmektedirler.

10 **Kühl**, § 5 kn. 27b; **Kühl**, JuS 1980, s. 275; **Otto**, Grundkurs StrafR, 7. Auflage (2004), § 7 kn. 23; **Schröder**, in: LK- StGB, 11. Auflage (1994), § 16 kn. 106. Ayrıca hafif suçu taksir çerçevesinde –cezalandırılabilir ise- ele alan görüş ile krşl. **Joerden**, ZStW 95 (1983), s. 589 vd.. Ayrıca cezanın amaçları temelindeki bir yaklaşım ile fark gözeten bir değerlendirme için bkz. **Fischer** M. F., s. 231 vd., 238 vd..

11 **Zaczyk**, in: NK- StGB, 2. Auflage (2005), § 22 kn. 20.

lendirmediği kabul edilmektedir. Sorun tipikliğin sübjektif unsurlarına değil; suçların içtimaına ilişkindir[12]. Bu temelde doktrindeki hakim görüş, kastın kapsadığı suçlardan gerçekleşmesi alternatif olarak görülenlerin tümü arasında fikrî içtima uyarınca uygulama yapılmasını savunmaktadır[13]. Buna bağlı olarak örnek olayda faile, mala zarar verme suçu ile fikrî içtima ilişkisi içerisinde, sadece teşebbüs aşamasında kalan tehlikeli yaralama suçundan ötürü ceza verilmelidir.

Kimi yazarlar ise suçların içtimaı düzleminde fark gözeten bir anlayışı kabul etmekte ve gerçekleşmesi fail tarafından alternatif olarak göz önünde tutulan suçlardan bir tanesini beraber cezalandırılan eklenen suç olarak görünüşte içtimaya dayanarak geri çekmektedirler[14]. Alternatif kast ile hareket eden fail sadece tek bir suçtan ötürü cezalandırılmalıdır. Hangi suçun geri çekilmesi gerektiği ise tartışmalıdır. Kimi görüşler bunu sürekli bir şekilde, suçun tamamlanması sorunundan bağımsız olarak hafif suçun ağır suçun lehine olacak şekilde geri çekilmesi gerektiği şeklinde ifade etmektedir[15]. Diğer görüşe göre ise, kural olarak sadece teşebbüs aşamasında kalan suç objektif olarak gerçekleşmiş olan suç karşısında geri çekilmelidir. Bunun istisnaları ise, teşebbüs aşamasında kalan suçun haksızlık içeriğinin önemli ölçüde daha ağır olması ya da suçların her birinin farklı kişilerin şahsa bağlı hukukî menfaatlerini ilgilendiriyor olması halleridir[16]. Bu iki halde de hakim görüş uyarınca fikrî içtima uygulanmalıdır.

Bu açıklamalara göre örnek olayda, suçların içtimaı düzleminde fark gözeten görüşler uyarınca cezalandırılabilirlik ya ağır suç olarak teşebbüs edilen tehlikeli yaralama suçundan ötürü ya da -yaralama suçunun daha yüksek haksızlık içeriği karşısında- teşebbüs edilen tehlikeli yaralama suçu

---

12 Bkz. **Hillenkamp**, in: LK- StGB, § 22 kn. 37; **Roxin**, § 12 kn. 94.

13 **Hillenkamp**, in: LK- StGB, § 22 kn. 37; **Jakobs**, AT, 2. Auflage (1993), § 7 kn. 23; **Jescheck/ Weigend**, § 29 III 4; **Kindhäuser**, AT, 2004, § 14 kn. 33; **Roxin**, § 12 kn. 92; **Rudolphi**, in: SK- StGB, 7. Auflage (2002), § 16 kn. 47; **Tröndle/ Fischer**, StGB, 53. Auflage (2006), § 15 kn. 11e; bunu eleştiren görüş için bkz. **Schmitz** R., ZStW 112 (2000), s. 305 vd.; ilgili suç tipleri özel- genel norm ilişkisi içerisinde ise suçların tekliğinin varlığı kabul edilmelidir ve buna göre genel norma ait suç, özel- genel norm ilişkisi uyarınca geri çekilecektir. Krşl. **Jescheck/ Weigend**, § 29 III 4.

14 **Cramer/ Sternberg- Lieben**, in: Schönke/ Schröder, § 15 kn. 91; **Wessels/ Beulke**, kn. 233; ayrıca krşl. **Schmitz** R., ZStW 112 (2000), s. 318 vd..

15 **Cramer/ Sternberg- Lieben**, in: Schönke/ Schröder, § 15 kn. 91.

16 **Wessels**, JA 1984, s. 223; **Wessels/ Beulke**, kn. 233 vd.; **Maurach/ Zipf**, AT I, 8. Auflage (1992), 22/ 27; ayrıca şahsa bağlı hukukî menfaatlere dayalı sınırlamayı kabul etmeyen ve fikrî içtimanın varlığının kabulü halinde alternatif kastın varlığını dile getiren bir mahkûmiyet hükmü verilmesi gerektiği görüşü için bkz. **Schmitz** R., ZStW 112 (2000), s. 318 vd., 332 vd.

ile fikrî içtima ilişkisi içerisinde mala zarar verme suçundan ötürü söz konusu olur.

3. Görüşümüz

Yapılan tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, burada kısaca açıklanan birbirinden farklı çözüm önerilerinin her biri oldukça değişik sonuçlara ulaşmaktadır. Bu çözüm yollarının her birine karşı çeşitli itirazlar öne sürülebilir. Tipiklikten hareket eden görüşün zayıf noktası haksızlığı uygun bir şekilde saptayamıyor olmasıdır. Objektif olarak gerçekleşen veya daha ağır olan suçu esas almanın dışında bu görüş failin, diğer hukukî menfaatleri ihlal etmeyi göze aldığını gösterememektedir. Cezalandırılabilirlik yalnızca daha ağır suçtan dolayı kabul edildiği sürece -tipikliği veya suçların içtimaını esas alan görüşler çerçevesinde-, sadece daha hafif suç gerçekleşmiş ise fiiliyatta ortaya çıkan netice hiçbir zaman hesaba katılmayacaktır.

İfade edilen çözüm önerileri cezalandırılabilirliği uygun olmayan bir şekilde daraltırken, doktrindeki hakim görüş, failin göz önünde tuttuğu suçlar arasında fikrî içtimanın varlığını kabul etmekle amacı aşmaktadır; çünkü, (kümülatif kast ile hareket eden failin aksine) alternatif kast ile hareket eden failin toplamda sadece tek bir hukukî menfaat ihlalini imkan dahilinde gördüğünü yeterince göz önünde tutmamaktadır. Ancak, cezalandırılabilirlik düzleminde alternatif kast ile kümülatif kast arasındaki farkın ortadan kaldırılması aracılığıyla ortaya çıkabilecek haksız sonuçlar cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi çerçevesinde düzeltilebilir[17].

IV. SONUÇ

Çalışmada öncelikle alternatif kast bakımından bir meselenin bulunup bulunmadığı belirlenmiştir. Bu, çoğu kez kümülatif kast ile alternatif kastın özenli ve iyi temellendirilmiş bir şekilde sınırlarının çizilmesini gerektirmektedir. İkinci önemli inceleme faaliyeti ise ilgili olaylarda gerekli olan, sorunun ne olduğunun bilincinde olmak ve doktrinde savunulan görüşlere başvurmak suretiyle somut olayın çözümünün sağlanması olmuştur.

---

17 **Hillenkamp**, in: LK- StGB, § 22 kn. 37; **Roxin**, § 12 kn. 94; aksi yönde bkz. **Schmitz** R., ZStW 112 (2000), s. 307.

Insurance Branches in Turkish Social Security Law After Reform

Gizem Sarıbay ÖZTÜRK & Faruk Barış MUTLAY**

I. Reasons of the Reform and the Alterations in the Institutional Structure

Before the Social Security reform, a tripodal system existed in Turkish law. This system was established taking account of the legal status based on working principal as in the Bismark model. Accordingly, policy holders who worked under a labor contract were affiliated with the Social Insurance Institution and were subject to Law No. 506; civil servants and public officials were affiliated with Retirement Fund and were subject to Law No. 5434 entitled Republic of Turkey Law on Retirement Fund of Civil Servants; while independent employees were affiliated to Bağ-Kur and were subject to Law. No. 1479 entitled Law on Social Insurance Institution for Tradesmen and Craftsmen and other Self Employed (Bağ-Kur Law). These three social security institutions constituted legal entities and each institution's structure was distinct within the framework of each Law and the specialties of the policyholders. In other words, different rights and obligations were adopted for different policyholder groups. In this regard, the system resembled the Bismark model and the European model adopting Bismark. The Ministry of Social Labor and Security made certain amendments entering into force on different dates, in a view to introduce a new social security model. The Ministry had a variety of reasons to conduct this substantial change. One of those was the fact that elderly population was supposed to increase due to demographic transition; therefore the revenues would decrease while expenditures would increase in the social security system. One of the other and the most important reason were problems about financing. The first problematic aspect of financing was early retirement. 62% of the retired persons subject to Social Security Institution, Bağ-Kur and Retirement Fund were under the age of minimum retirement age, which was 58-60. Early retirement unbalanced the financing. Moreover, approximately 60% of the

* Araştırma Görevlisi, İTÜ.

compulsory policyholders paid their premiums on the basis of minimum wage and a wage close to minimum. In this framework, premium revenues decrease by understatement of incomes which are taken as basis for premiums. On the other hand, high percentage of unregistered employment decrease premium revenues of the institution as well as deprives people of the right to social security. As it was fixed that accrued premiums were not withdrawn as a whole, the system was gradually collapsing. Another reason that lied behind financing problems was the fact that pensioning rates were much above the world average. This is because pensioning rate is a rate, depending on the service duration of the policyholder and reflecting the annual amounts of average income which is the basis of premiums, and since the working duration increase in SSK, Bağ-Kur and Retirement Fund, a decreasing pensioning rates system is implemented and this application's effect on retirement pensions for more than 25 years is kept very low, it encourages the citizens to retire at early ages. The fact that the number of days for premium payment are less in our country when compared to others, in addition to lack of a norm unity in terms of social security rights and obligations as well as the requirement to ensure equality are demonstrated as the last reasons of the reform[1].

The aims of the reform to be conducted as a consequence of the said reasons are to attain a norm and standard unity in terms of insurance rights and obligations, to establish a general health insurance regime that would provide all citizens with equal and fair service, to accomplish a fair, easily accessible, financially sustainable social security system providing more effective protection against poverty[2].

The first step to attain this objective was to enact a single social insurance law entitled Law on Social Insurances and General Health Insurance, which shall encompass everyone who had established a social insurance affiliation. However, some of the significant articles of Law No. 5510 entitled Social Insurances and General Health Insurance Law, which was adopted on 31.05.2006, were abolished with regard to social security rights under premium regime, by the Constitutional Court and many provisions were subject to stay of execution. Thereupon, effective date of the Law was postponed several times while amendments were made in compliance with the judgments of the Constitutional Court. Health insurance, which had initially been considered to be regulated as a separate law, was regulated as the third chapter of the Law No. 5510 (Article 60 and others).

---

1 http://www.sgk.gov.tr/sgkshared/sskdownloads/anasayfa/reform/kitap.pdf; see Güzel Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm mü?, Çalişma ve Toplum Dergisi, No: 4, 2005, 71.

2 http://www.sgk.gov.tr/sgkshared/sskdownloads/anasayfa/reform/kitap.pdf

The subsequent objective was to enact a law on payments without premiums for those who cannot establish a social insurance affiliation and are in need. However, it should be noted that this law has not been passed yet. Lastly, Law No. 5502 entitled Social Security Institution Law came into force on 20.05.2006 in order to establish a single Institution incumbent upon implementing these laws. Legal entities of Social Insurances Institution, Bağ-Kur and Republic of Turkey Retirement Fund, which were the existing social security institutions were annulled by Law No. 5502 and all of their assets, cadres, and existing contracts were delegated, without need to any procedures, to Social Security Institution as of effective date of the Law[3]. As a consequence of this delegation, tripartite structure was unified under a single roof. In this respect, Turkish Social Security Law, which was considered to be close to Bismark model is regarded as being drifted away from this model by new objectives and approaching to North America system in compliance with the modality in Beveridge report. Nevertheless, identification of the objective in this is not enough for verification of our observation; regulations must also be implemented in accordance with the objective. In our article, this fact shall be examined in particular and the new understanding adopted in Turkish Social Security Law will be put forward. Long and short term insurance branches after the reform, which have been implemented by Law No. 5510 entitled Social Insurance and General Health Insurance Law, shall be mentioned while provisions on general health insurance and payments without premiums, which are individually comprehensive enough to be subject to an article, shall be excluded.

II. Social Insurance System

1. System adopted for Persons

As it is described above, before the reform policyholders were considered as being insured depending on different laws in accordance with their classification of employment. The system was essentially based on three separate employee groups. With Law No. 5510 entitled Law on Social Security and General Health Insurance, policyholders under different social insurance laws were attempted to be gathered under a single law, and single roof principle pursued by the social security reform was tried to be realized[4]. In

---

3 Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, 84.

4 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 79; Tuncay Can/ Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esaslari, 2. Bası, İstanbul 2009, 95; Alper Yusuf, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları, Türk-Iş Dergisi, 33, July-August 2004, 33; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 61; Korkusuz Refik/Uğur Suat, Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Ankara 2009, 101.

the Law, two separate terms were used for 'policyholders', namely, 'general health policyholder' and 'optional policyholder'. The concept of policyholder was defined as '…a person who is obliged to pay premium on behalf of him/herself for short and/or long term insurance branches, or a person who is obliged to pay premium on behalf of him/herself' (Article 3/6). General health insurance is defined as 'persons covered in Article 60 of the Law'[5]. It was envisaged that the *financial assistance* stipulated in Law shall be provided to *policyholders* who are within the scope of provisions on short and long term insurance; while *health assistances* shall be provided to *general health policyholders* who are within the scope of provisions on general health insurance. The Law, which was legislated in the light of the reform, was based on Law No. 506, but set a significant difference by separating the assistance to be provided according to insurance kind.

In Article 4, entitled 'persons recognized as policyholder' the policyholders are identified, taking into consideration their legal status on the basis of their employment kind. Determination of the governing social insurance according to legal status is not an innovation of this law; furthermore the law did not put forward new legal status models but attempted to regulate those, which were within the scope of previous social insurance laws, under different paragraphs of the same article, therefore tried to realize the single roof principle. In fact, persons who had been subject to Law No. 506 were acknowledged as stakeholder under 4/I, (a) while persons accepted as stakeholders under Law No. 1479 were covered under 4/I (b), and persons under Law No. 5434, were covered under 4/I (c). Thus three separate employee groups were brought together under a single law. Therefore a complete separation from Bismark model in terms of determination of the kind of stakeholder did not take place. When Article 60, which is referred in the provision defining general health insurance, is examined, it can be observed that in compliance with the understanding of expansion of social protection, few people were excluded from the scope of general health insurance[6].

Just as it had been before the reform, the Law which was enacted after the reform excluded certain persons from its scope and not even included

---

5 See Güzel/Okur/Caniklioğlu, 91; Tuncay/Ekmekçi, 21; Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 2009, 92; Uşan Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2009, 79; Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlik Sigortasi Kanunu Şerhi, 2009, 167; Şakar Müjdat, "SSK'lıların Adı "4/a'lı Oldu", Mercek, 2006, 86; Akın Levent, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, Çalışma ve Toplum, No. 8, 2006/I, 26 (Kişiler).

6 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 87; Tuncay/Ekmekçi, 211; Şakar, SSK'lıların Adı, 87; Akın, Kişiler, 2.

some of the groups. In Article 5 of the Law, persons who are not acknowledged as policyholder for certain insurance branches, in other words, partly included persons, are enumerated. In principle, these persons are secured against the social danger they may face due to their employment although they are not engaged in an activity to be under the scope of the Law[7]. Convicted persons and detainees, students receiving vocational training at apprentice facilities and student who are subject to internship, part time employed students in universities within the framework of Law on higher education, Turkish Employment Agency trainees may set examples of groups which are left out of the scope in the article. Occupational accident and occupational illness, as well as maternity insurance can be applied to convicts and detainees. On the other hand, occupational accident, occupational illness and occupational illness insurance shall be applied to apprentices[8].

In Article 6 of the Law, groups which are completely left out of the scope are enumerated. When the said article is examined, it can be understood that while some of them are left out due to the kind of employment and certain personal attributes although they work under a labor contract, and some others due to not being affiliated with a labor relation set forth in Article 4[9]. Therefore, the spouse of the employer who works without an income, domestic workers, people on military service, aliens who are insured in their homelands and people under rehabilitation are excluded from the scope. In this respect, the new law enacted after the reform does not significantly differs from the previous Law in terms of persons it includes or excludes.

2. System Adopted for Social Risks

Law No. 5510 envisages two social insurance branches, which are short term and long term insurance branches. Short term insurance branches cover the branches of occupational accidents and occupational illness, illness and maternity insurance; while long term insurance covers the branches of disability, old age and mortality. Section 3 is entitled 'Provisions on Short Term Insurance of Policyholders working under a Service Contract or On behalf of themselves and Self Employed' (Article 13 - 24), section 4 is entitled 'Provisions on Long Term Insurance' (Articles 27 - 42), while provisions on general health insurance are regulated in the third chapter (Article 60 and others) of the Law. It should be noted that, as it can be understood from the title of the section, insurance branches regulated under the title 'provisions on short term insurance' shall find implementation area for persons insured

---

7 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 128; Tuncay/Ekmekçi, 228; Uşan, 99.

8 Tuncay/Ekmekçi, 228; Şakar, SSK'lıların Adı, 88.

9 Uşan, 99; Aslanköylü, 291.

within the scope of 4/I, paragraphs (a) and (b) and shall not be applied to civil servants and other public officials recognized as policyholders within the scope of Article 4/I (c). Provisions on long term insurance can similarly be applied to independent employees, employees dependent on a labor contract and those who have become civil servants or public officials for the first time after the Law came into effect. Civil servants whose insurance had been initiated during the previous Law should continue to be subject to the same regulation. One of the objectives of the aforementioned reform is to provide equality in rights and obligations. However, this circumstance we have expressed about the implementation area of the Law demonstrates that the Law has deviated from its initial purpose.

III. Short Term Insurance Branches

1. Occupational Accident and Occupational Illness Insurance

A. The Concept of Occupational Accident

Occupational accident, which is accepted as a professional risk, is not defined in either Law No. 506, or in Law No. 5510 enacted after the reform[10]. Instead, circumstances and conditions of the accidents which can be acknowledged as occupational ones are limitedly enumerated in Article 13, based on the regulation of Law No. 506 Article 11. The elements of occupational accidents can be determined in the light of the referred Article of Law No. 5510. First of all, the person who have experienced an accident and consequently have been subject to physical and mentally damage is obliged to be a policyholder. Accordingly, these accidents shall be recognized as occupational accidents provided that the accidents of the persons who are subject to Article 4/I paragraphs (a) and (b) and persons for whom occupational accidents and occupational illness insurance is envisaged to be applied in Article 5, are enumerated in Article 13[11]. In the first version of the Law, persons insured under 4/I (c) were also subject to provisions on short term insurance branches whereas, with an amendment made later on, the law envisaged that the regulation on short term insurance branches should not

---

10 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 325, it is observed that different occupational accident definitions are made in principle. Tuncay defines the concept as 'an incident which results in physical or mental loss in the policyholder due to a sudden and external effect during engagement with the work under the authority of the employer.' See. Tuncay/Ekmekçi, 265; For other definations see. Tunçomağ Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 1990, 259; Şakar, 216; Eren Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, 5.

11 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 328; Uşan 72; Şakar, 216.

be applied to public officials (Article 4/IV). Therefore, the conditions defined in the referred article as occupational accidents shall, in principle, have implementation area for independent employees and workers dependent on a labor contract. Same as before, civil servants shall be subject to Law on Civil Servants. One of the most significant innovations of the reform has been that the insurance is envisaged for independent employees for whom occupational accident insurance had not been accepted previously.

As it has been mentioned above, besides these elements the accident is obliged to be included in one of the conditions determined limitedly under Article 13, paragraph 1, subparagraphs (a), (b), (c), (d), (e). Otherwise the incident shall not be defined as an occupational accident even though other elements exist[12]. As per Law No. 5510 Article 13/I subparagraph (a), policyholder is obliged to experience the accident in the workplace. This provision, identically adapted from Law No.506, shall not only be applied to employees working under a labor contract but also to independent employees as a result of amendment of the concept of policyholder after the reform. In fact under new regulation, in case a policyholder who is working under a labor contract or on behalf of him/herself and is self employed undergoes an accident in the workplace, the incident shall be accepted as occupational accident regardless of the reason of being in the workplace and the reason of the accident. For example, in case the policyholder suffers a physical or mental damage during a fight or while making sports in his/her workplace, the incident shall be accepted as occupational accident just because it has taken place in the workplace. In line with the same understanding, suicide in the workplace shall be accepted as an occupational accident.

Under subparagraph (b) of the same article, in case the policyholder being covered either under Article 4/I (a) or 4/I (b) undergoes an accident when being outside his workplace for occupational purposes, this incident shall be regarded as an occupational accident[13]. The remarkable point here is that the accident takes place at the moment that the policyholder is outside his workplace due to the work, which has been carried out[14]. However, the accident does not necessarily arise from the carried out work and it is sufficient for the policyholder to be outside the workplace due to this work. Therefore, this occupational accident circumstance which had been in question solely for employees under a labor contract became valid also for independent employees after the reform.

---

12 Çenberci Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1985, 118; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 337.

13 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 324; Uşan, 173; Aslanköylü, 425.

14 Şakar, 217; Uşan, 172.

In subparagraph (c) of the Article, incidents taking place due to the fact that a policyholder working dependent on an employer was sent to place other than the workplace, even during the primary work was not performed then by, in which the policyholder was subject to physical damage, is accepted as occupational accident. As only *policyholders dependent on an employer* is referred in the subparagraph, the said element shall only find implementation area for policyholders covered in 4/I (a). As a result of this regulation, in case an independent employee or a policyholder under Article 4/I (b) experiences an accident when he is away from his workplace due to a business trip and due to a reason not directly linked with the work, the incident shall not be recognized as an occupational accident[15]. For example, the death of a policyholder due to an explosion when he was sitting in a park with his friends when he had been send out of the workplace for occupational purposes was considered by the Court of Appeals as an occupational accident[16]. The reform sustained a similar approach in terms of policyholders covered under this subparagraph.

Another circumstance accepted as occupational accident is when the accident happens to a breastfeeding women policyholder during the time allocated for breastfeeding the child (Article 13/d). The reform has not been innovative on this regard and acknowledged the accident which takes place under the mentioned circumstance, as an occupational accident only for those who are employed under a labor contract. According to Court of Appeals, in case a person dies on a car accident while crossing the street to go to the workplace within the breast-feeding break, this incident is considered as occupational accident[17].

Accident during commuting to workplace by a vehicle provided by the employer is accepted as occupational accident. Before the reform, Law No. 506 11/A point (e) specified 'collective commuting to the workplace by a vehicle provided by the employer'. As apparent, the requirement of collective commuting has been abolished with the reform. Thus, from then on accidents taking place during individual commuting shall be included to occupational accidents[18]. Even though traffic accidents will be the first thing that springs to mind within the context of this point, not only traffic accidents but also other accidents shall be included under the explicit regulation in the Law. It should be underlined that this circumstance is accepted solely for employees working under a labor contract.

---

15 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 326; Tuncay/Ekmekçi, 268; Uşan, 172.

16 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 13.10.1987, 5024 /5139, www.kazanci.com.tr

17 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.06.1983, 328/562, Çenberci, 121.

18 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 336; Tuncay/Ekmekçi, 270; Uşan, 171; Şakar, SSK'lıların Adı, 91-92.

It is obliged to notice the required authorities which are envisaged in Law about the accident. Certain segregations have been made in terms of sanctions for violations of notification obligation. As per Law No. 5510 Article 21, the policyholder is provided with a temporary incapacity allowance for the duration until notification date in case the accident is not noticed by the employer to the Institution; yet the Institution receives the provided allowance from the employer. As per Article 22 of the Law on the other hand, temporary incapacity allowance is paid as from the date of notification in case the accident is not noticed to the Institution by independent employees.

B. The concept of Occupational Illness

Occupational illness has also been accepted as a social risk after the reform by our social security system just as occupational accidents; however, different from the previous system it also covers independent employees. In principle occupational illness is defined as 'physical or mental defect that the worker is exposed to due to a recurrent reason of the characteristics of the work, or due to operation conditions of the work, while the employee is working under the command and instruction (authority) of the employer'[19]. An definition which is almost identical with the one in paragraph B of Law No. 506 Article 11 was transposed to Law No. 5510 Article 14 as follows: 'occupational illness is the temporary or continuous illness, physical or mental disability conditions that the policyholder is exposed to due to a recurrent reason of the characteristics of the work or due to operation conditions of the work he is engaged with.' As it is the case in occupational accidents, the person who contracts an occupational disease is obliged to be a policyholder in order to benefit from insurance assistance[20]. Accordingly, even though the policyholder is either a dependent or an independent employee, except for civil servants and public officials, in case s/he contracts a temporary or a permanent illness or becomes physically or mentally incapable as a result of the work he is engaged with, the situation shall be regarded as occupational illness within the meaning of the law[21]. As it can be deduced therein, in order to classify the illness as occupational illness, the disability or mortality must stem from the work the policyholder was engaged with[22]. Notably, the occupational accident does not necessarily

---

19 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 343; Tuncay/Ekmekçi, 301; Eren, 23; Tunçomağ, 262; Şakar, 220; Korkusuz/Uğur, 225.

20 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 344; Tuncay/Ekmekçi, 274; Uşan, 178.

21 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 345; Tuncay/Ekmekçi 275; Şakar, 220; Uşan, 178; Korkusuz/Uğur 224.

22 Saymen Ferit/Ekonomi Münir, Sosyal Sigortalar Tatbikatı, 1966, 88; Eren, 28; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 345; Tuncay/Ekmekçi, 275; Şakar, 225.

relate to the work. In the specified aspect, occupational illness differs from occupational accident[23].

It has been decided that which occupational illnesses are to be accepted out of the legislative conditions which define occupational illnesses shall be regulated by a directive issued by the Institution (Article 14 / last). On this basis, the Institution has made a regulation entitled 'Directive on Labor Force and Vocational Incapacity Determination Procedures'[24]. According to the referred directive, the illness can be regarded as an occupational illness provided that it is enumerated among occupational illnesses in the annex of the Directive and it occurs within the duration stated at the list (Directive 17-18).

C. Financial Assistance

a. Temporary Incapacity Allowance

When the policyholder undergoes an occupational accident or contracts with an occupational illness, the condition is referred to as 'temporary incapacity'[25]. Directive on Social Insurance Procedures defines temporary incapacity, while including other social risks in short term insurance branches, as 'temporary non-working period of the policyholder in cases of occupational accident, occupational illness, illness and maternity, for a duration designated in medical reports of doctors or medical boards authorized by the Institution (Article 42). It is evident that the policyholder shall have income losses in the course of temporary incapacity. Taking into consideration the fact that the main objective of social security systems is to supply the policyholders who have been exposed to a social risk, with financial assurance, the system is not expected to be indifferent to income loss. In parallel to this objective, our social security system which has been adopted after the reform envisages partial recovery of the income loss by providing financial assistance within the duration of incapacity (Articles 16, 18). In particular, granting this right after the reform to independent employees, who have previously been excluded, is a substantial innovation. Financial assistance provided to policyholder during temporary incapacity is referred to as 'temporary incapacity allowance' (Directive, Article 42).

Rules related to benefiting from the allowance are set forth in the Law. For employees working under a labor contract, documentation of incapacity

---

23 Aslanköylü, 220; Tuncay/Ekmekçi, 274.

24 For Directive see Official Gazette of Republic of Turkey, No. 27021 (11.10.2008).

25 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 352; Tuncay/Ekmekçi, 279; Şakar, 224; Korkusuz/Uğur, 237.

condition by a report received from doctors or medical boards authorized by the Institution is sufficient for the employee to benefit from the allowance. Independent employees, on the other hand, shall benefit from the allowance provided that they don't have any obligations to the Institution including general health insurance, pay the obligation in case it exists, and that they receive a sick leave report during or following their inpatient treatment[26].

b. Permanent Incapacity Income

In Law No. 5510 Article 16, another financial assistance to be provided to the policyholder who has been exposed to an occupational accident or an occupational illness is envisaged to endow permanent incapacity income[27]. Which policyholders shall be granted with permanent incapacity income is determined in Law No. 5510 Article 19 and Directive on Social Insurance Procedures Article 45: The policyholder, whose vocational earning capacity has been determined to decrease at least %10 pursuant to reports issued by the medical boards of health service providers authorized by the institution due to illness or defects resulting from occupational accident of occupational illness, shall be granted permanent incapacity income. Now then, being granted the right to permanent incapacity income, the person must lose at least %10 of his vocational earning capacity and the permanent incapacity report must be confirmed by the Medical Board of the Institution[28]. In case the policyholder completely (%100) loses his vocational earning capacity, 'permanent and complete incapacity' is obtained while in case the vocational earning loss is between %10 and %100, 'permanent and partial incapacity' is obtained[29]. Since permanent incapacity income is calculated according to vocational earning capacity loss ratio of the policyholder, this difference bears importance during determination of the income[30]. In fact, Article 19 paragraph 3 regulates that permanent and complete incapacity income of the policyholder shall be %70 of his monthly earning, which is determined under Article 17, whilst in case the policyholder becomes permanently dependent on another persons' nursing, the income shall be granted at %100 ratio. In the same provision it is stated that partial incapacity income shall be calculated in the same way as complete incapacity income and the amount upon the ratio of incapacity shall be paid to the person. Hereunder, in case the person loses half of his vocational earning capacity, half of the complete

---

26 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 353; Tuncay/Ekmekçi 279; Şakar 225; Uşan 181.

27 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 359 vd.; Tuncay/Ekmekçi 280; Şakar, 231 et seq.; Uşan 182.

28 Çenberci, 146; Aslanköylü, 246; Tuncay/Ekmekçi, 281.

29 Çenberci, 147; Aslanköylü, 246; Saymen/Ekonomi, 104.

30 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 361; Tuncay/Ekmekçi, 280.

incapacity income (e.g. half of the amount determined on the basis of %70) shall be endowed to the person[31].

Requirement of premium payment for a certain period and amount is not envisaged to be entitled the right to permanent incapacity income, similarly to being entitled to the right to temporary incapacity allowance. However, payment of all premiums and obligations including general health insurance on behalf of their own insurance is sought for independent employees (Article 19/4).

Apart from assistances mentioned above, the legislator envisages granting of funeral allowance in case the policyholder dies as a result of an occupational accident or occupational illness (Article 37). This assistance, which was not provided before the reform, does have an innovative nature. Moreover, it is another assistance which envisages that the spouse, minors and parents remaining after the mortality of the policyholder as a result of an occupational accident or an occupational illness, shall be granted with an income.

2. Illness Insurance

A. The concept of Illness

B. Assistance of the Insurance

The condition of illness is defined as accident and illness conditions which are other than occupational accident and occupational illness and results in permanent incapacity and requires medical care and treatment[32]. In Turkish Law, illness expresses the medical meaning in this regard[33]. The incident of illness, which is considered as a physiological risk, affects the health, thereby economic situation of the policyholder. Effect on the economical situation of the policyholder may take place in two forms: The person shall be deprived of his income as he would not be able to work as a result of temporary incapacity of the illness, or the illness shall cause extraordinary expenditures although it does not affect the person's working power. It is beyond doubt that the severity of the illness may bring forth these two results concurrently. Taking into consideration the fact that the objective of social security systems is to alleviate the effect of risks on individuals' economical conditions, adoption of illness insurance against illness incidents, which are amount the most probable risks that everyone could face. With the reform, this risk is guaranteed as it was before. Accordingly, in illness insurance the policyholder who becomes ill is envisaged to receive health assistance and financial

---

31 Uşan, 182.

32 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 399; Çenberci, 274; Tuncay/Ekmekçi, 296.

33 Çenberci, 274; Saymen/Ekonomi, 89.

assistance as well[34]. Nevertheless, different from occupational accidents and occupational illnesses, among financial assistances provided in this insurance branch, only temporary incapability allowance (Article 16/II) is adopted while 'permanent incapability income' is not envisaged[35]. Only policyholders who are within the scope of Article 4/I, (a) and Article 5 and who contract illness are entitled to benefit from temporary incapacity allowance[36]. As it can be observed, no temporary incapability allowance is provided for independent employees. In this regulation, the reform deviates from its aim to ensure equal rights and obligations for everyone.

For the policyholder within the mentioned scope to benefit from temporary incapacity allowance, the other condition is related to the duration of illness. As per Article 18, paragraph 1, subparagraph b, the condition of incapacity is obliged to last for 3 days at least, since payment is envisaged to be daily beginning from the third day. Thus, in case the sick leave report envisages the policyholder to rest for 2 days or for less, the person shall not be granted with the temporary incapacity allowance provided by his health insurance[37].

In addition to the expressed conditions, in order to benefit from the temporary incapacity allowance envisaged by the illness insurance of the policyholder, the policyholder is obliged to notice short term insurance premiums at least for 90 days for the last 1 year from the date, the temporary incapacity begins[38].

As it is in occupational accident and occupational illness, the amount of temporary incapacity allowance varies according to the kind of treatment of the policyholder. Accordingly, the temporary incapacity allowance is envisaged to be calculated according to half of the policyholder's daily wage in case he is an in-patient and two-thirds of this wage in case he is an outpatient.

3. Maternity Insurance

A. In General

In Law No. 5510, Article 15, paragraph two, the condition of maternity is defined as 'Ailment and discomfort conditions of a policyholder women or a women who is not a policyholder and is the spouse of a policyholder man within the scope of Article 4 paragraph 1 subparagraphs (a) and (b), or of a woman who receives income or monthly earning because of her own working

---

34 Tuncay/Ekmekçi, 297; Uşan, 188.

35 Tuncay, 297; Uşan, 188.

36 Çenberci, 289; Uşan 188.

37 Tuncay/Ekmekçi, 296.

38 Çenberci, 284; Şakar, 245.

or being the spouse of a man who receives income or monthly earning, from the beginning of the gestation up to the first 8 weeks after the birth, and up to the first ten weeks after birth in case it is a multiple gestation[39].

The ailments and disability conditions that may arise within the said period shall prevent the person from working, therefore result in income loss and increase in outgoings due to treatment expenditures[40]. In other insurance branches that we have studies, whether the person shall work is within probability in accordance with the effect of the risk. However, in maternity condition whether the person works is not a probability but non-working is a legal obligation pursuant to the regulation in Labor Law, making the necessity to provide economic guarantee more evident in this insurance branch. In fact, as per Labor Law Article 74 'it is principal for women employees to remain at leave for sixteen weeks consisting of eight weeks before and eight weeks after the birth. In case of multiple gestations, two weeks are added to the eight weeks off period before the birth. However, the woman employee may work until the third week before birth at her own will, provided that her health condition is appropriate and received the approval of doctor. In that case, the working period of the women employee is added to the period after the birth.' Since the contract shall be accepted as pending for the durations the woman employee takes leave in compliance with this regulation, the obligation of the employer to payment shall not continue pursuant to general rules of the law. Law No. 5510 differs from the previous regulations by not remaining indifferent to this situation and aims to bring forth economical guarantees. The assistance provided under maternity insurance targets protection of the child as well as the mother. Financial assistances granted by maternity insurance are regulated under provisions of short term insurance just as in occupational accident, occupational illness and illness insurances. Under these provisions, temporary incapacity payment (Art. 16, Art. 18) and nursing benefit (Art. 16) assistances are envisaged to be provided in certain circumstances. Provision of maternity insurance assistance is based on different circumstances according to the date of birth and the kind of assistance (temporary incapacity or nursing benefit).

B. Assistance

a. Temporary Incapacity Allowance

In order to benefit from the temporary incapacity allowance provided under maternity insurance, the person must be an insured women within the

---

39 Uşan, 189; Tuncay/Ekmekçi, 302.

40 Tuncay/Ekmekçi, 334; Aslanköylü, 453; Uşan, 189;

scope defined in Law No. 5510, Article 4, paragraph 1 subparagraph (a) and (b) and points 1, 2 and 4 of the same subparagraph (Article 18/I, c). Pursuant to this regulation, alongside employees working under a labor contract (Article 4/I, a), village headmen and reeves (Article 4/I, b), persons who are in fact and basic procedural income taxpayers owing to commercial profits from independent employees or self-employment earnings (Article 4/I, b, 1) persons who are exempted from income tax and registered under craftsmen registry (Article 4/I, b, 2) and persons who are engaged with agricultural activities, shall be entitled to receive allowance provided that other conditions are established. It is noteworthy that instead of all of them, only a part of the independent employees are within the scope[41]. For example, executive board member partners of incorporated companies, acting partners of limited partnerships, whose capital is divided to shares, recognized as policyholders within the scope of Article 4/I, b, 3, and all partners of other companies and association of ship owners shall be excluded from the benefit of maternity insurance. Similarly, this is inapplicable to jockeys and trainers subject to Law on Horse Racing, who are recognized as policyholders under Article 4/I, b[42].

Unlike the nursing benefit which will be explained below, temporary incapacity allowance is granted to maternity of the woman who is a policyholder. The spouse of a policyholder man, who is not herself a policyholder, is not entitled to benefit from temporary incapacity allowance. It should be emphasized that the maternity is not made conditional upon a marital affair[43].

Different from occupational accident and occupational illness insurances, the policyholder is obliged to fulfill conditions about the premiums in order to receive an allowance during maternity, as it is in illness insurance[44]. Accordingly, notification of at least ninety days of short term insurance premium in the last one year before the birth is required (Article 18/I, c). Otherwise, the policyholder shall not enjoy the right to benefit from temporary incapacity allowance. For independent employees on the other hand, fulfillment of the said obligation to benefit from the allowance is not regarded as sufficient[45]. For those who are policyholders under Law No. 5510, Article 4 paragraph 1, subparagraph b, payment of debts relating to premiums including general health insurance and all other debts is obligatory (Article 18/II). However, unlike occupational accident and occupational

---

41 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 414; Tuncay/Ekmekçi, 303; Uşan, 190.

42 Uşan, 190.

43 Tuncay/Ekmekçi, 303.

44 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 413; Tuncay/Ekmekçi, 302 et seq.; Uşan, 190

45 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 413; Tuncay/Ekmekçi 304.

illness insurances, the condition of submitting a sick leave report due during in-patient treatment or after out-patient treatment, is not sought (Article 18/II).

In case the conditions envisaged for the benefit of temporary incapacity allowance are met, the allowance shall be provided for every non-working day for eight weeks before and after the birth and an additional two weeks before the birth during multiple gestations (Article 18/I, c). It is envisaged that in case the policyholder women works until three weeks before the birth by her own will and with the approval of the doctor, payment shall be realized also for the durations added to leave period (Article 18/I, d)[46]. It is observed that convergence is established between this regulation and the above mentioned regulation in Labor Law. On the other hand, in case the women policyholder does not fully enjoy her leave before the birth due to premature birth, Institution is not liable to provide allowance for the duration of work[47]. A contrary situation does not accord with the stipulation aim of the allowance.

Article 18 paragraph one, in which temporary incapacity allowance is regulated, specifies the requirement to receive from doctors and health boards authorized by the institution the sick leave report, which is the first condition to benefit from temporary incapacity allowance. In principle though, it is suggested that in order to benefit from the allowance provided under maternity insurance, it is not necessary for the policyholder women to receive the leave before birth from official health institutions or health service providers contracted with the institution; furthermore it is sufficient for the policyholder women to take the leave by herself from the 56th day before the birth[48].

b. Nursing Benefit

Another financial assistance provided under maternity insurance is nursing benefit. This assistance is not envisaged for other social risks and is particular to maternity condition (Article 16). The conditions to enjoy the allowance are specified as follows: Notification of at least 120 days of short term insurance branches premiums within one year before the birth for those who are policyholders within the scope of Article 4, paragraph (a) of the Law, and notification of at least 120 days of short term insurance branches premiums within one year before the birth and payment of premiums

---

46 Çenberci, 333; Tunçomağ, 328-329.

47 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 414.

48 Tunçomağ, 339.

including general health premium and all kinds of debts relating to the premium for those who are policyholder within the scope of Article 4/I paragraph (b).

Nursing benefit is also available for those whose insurance has ended[49]. However, the envisaged conditions for this group differ from the above said ones. Accordingly, the policyholder women or a policyholder man whose spouse is entitled to nursing benefit, whose insurance has ended but is entitled to enjoy nursing benefit is able to receive this allowance, in case the child is born in three hundred days from the ending of insurance, provided that payment of at least 120 days premiums is realized in the last fifteen months before the date of birth.

IV. Long Term Insurance Branches

1. In General

Long term insurance branches are divided into three categories namely; disability, old age and mortality insurances. Different from short term insurance branches, long term insurance branches have continuous and constant effect and the assistances in this framework are permanent in nature[50]. Disability, old age and mortality insurances have undergone certain amendments with the reform. Moreover, different from Law No. 506, the Law No. 5510 does not enumerate insurance branches separately but in general gathers them under the title 'long term insurance branches' and addresses each as a subdivision of a single retirement insurance[51]. In this framework, a common premium is received as insurance assistance even though long term insurance branches are composed of three different insurance. In Law No. 5510, this premium is %20 of the earnings of policyholder in which %9 is policyholder's share and %11 is the employer's share (Article 81/I, a). However it should be noted that in Law, actual service duration of employees working in certain backbreaking works, are envisaged to be increased by adding actual adaptation of social insurance duration-period, thereby providing these persons with an early old age pension. Moreover, the said premium ratio in insurance assistance for long term insurance branches differs for policyholders who are subject to actual service longevity pay durations[52].

---

49 Uşan, 191

50 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 419.

51 Caniklioğlu Nurşen, 5510 sayılı Kanuna göre Malüllük Aylığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, No. 3, September 2006, 145.

52 For detailed information see Güzel/Okur/Caniklioğlu, 229-230.

2. Disability Insurance

A. Disability Pension and the Requirements to Benefit from the Pension

Disability is the condition of health impairment stemming from partial or complete loss of capacity to work[53]. Disability insurance is delivered as a financial assistance under the name of 'disability pension' by long term insurance branches throughout the disability, to policyholder who have partially or completely lost his capacity to work under certain conditions and become deprived of his wage[54].

In our Law, different disability kinds are also accepted for civil servants and public officials in compliance with the characteristics of their work, including mission disability and war-disability (Article 47). Policyholders who became disabled as a result of an accident taking place during their engagement with the work or those who have been disabled in mission, being under fire at a war, are covered within this scope. The pension of mission disability is more than the pension of disability; furthermore it can be obtained easily in terms of number of premium payment days[55].

The first requirement to benefit from disability pension is that the worker is recognized as disabled. Recognition as disabled differentiates from the qualification of the work being done by the policyholder. While employees under a labor contract or independent employees shall be considered disabled in case they lose at least %60 of their vocational earning capacity as a consequence of an occupational accident or an occupational illness; civil servants and public officials shall be considered as disabled in case they lose al least %60 of their working capacity and lose their vocational earning capacity accounting to an amount that prevents them from working (Article 25/I)[56]. Whilst provision of Law No. 506 on disability due to occupational

---

53 Tuncay/Ekmekçi, 309; for more information about disability concept see Akın Levent, Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara 2007, 143 et seq. (Maluliyet).

54 For further information about disability pension see Akın, Maluliyet, 291-460; Caniklioğlu, 145-161

55 In this respect for further information see Uşan, 262-266.

56 For endowment of disability pension, whether the effect which results in loss of working capacity is related to the work, or whether the policyholder is faulty in this regard is not considered, in case such a working loss is in question. The only criterion is loss of working power on %60 ratio.
(Tunçomağ, 370; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 421; Caniklioğlu, 147). On the other hand for endowment of pension due to loss of vocational earning capacity, the incident which results in loss of vocational earning capacity must stem from an occupational accident or an occupational illness (Tunçomağ, 371; Çenberci, 340;

accident and occupational illness is maintained; in case the policyholder becomes disable due to a reason apart from occupational accident and occupational illness, the policyholder is ensured to be recognized disable by a lower loss of working capacity, that is, at least %60 ratio instead of the previous 2/3 namely %66,6 loss of working capacity[57]. Although determination of the loss ratio as %60 is in favor of policyholders under Law No. 506 and 1479, it results against civil servants and public officials[58]. This is because Law No. 5434 did not impose any loss ratio for working capacity to be recognized as disabled.

After the reform, disability conditions which are established after understanding that the policyholder shall not recover after the treatment conducted by illness insurance provided by Law No.506, are not addressed and three disability conditions previously accepted are decreased to two[59]. It is noteworthy that via a provision added to Directive on Social Security Procedures Article 53/c, an exception is provided for public officials in this respect. The first problem is the way of introduction of this exceptionality via a directive instead of law; while the second problem is that this opportunity is not also vested to employees working under a labor contract and independent employees[60]. In this regard, although importance is attached to the definition of earning loss or vocational capacity loss, definition of these concepts are absent in the Law. In principle, however, working capacity loss is defined as 'receiving less income than the persons of equal condition due to a physical loss the person have suffered,'[61] while vocational earning loss is defined as 'policyholder's loss of qualifications to fulfill his work or profession'[62].

Determination of disability condition can be conducted not only upon request of the policyholder, but also of the employer (Article 25/I). In case the policyholder is beforehand or afterwards determined to have been disabled before the date he first started to work under insurance, the policyholder shall not enjoy disability pension due to this illness or disability (Article 25/

Güzel/Okur/Caniklioğlu, 424-425; Caniklioğlu, 147).

57 Caniklioğlu, 147.

58 Saraç Coşkun, Son Tasarı Işığında 5510 sayılı SSGSS Kanununun Başlıca Yenilikleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, March 2008, 125.

59 For further information see Caniklioğlu, 146-147.

60 Tuncay/Ekmekçi, 310.

61 Akın, Maluliyet, 164.

62 Caniklioğlu, 147; Akın, Maluliyet, 175-176; for detailed information see Sözer A.Nazım, İşgöremezlik, Meslekte Kazanma Gücünün Kaybı, Çalışma Gücünün Kaybı Kavramları ve Sakatlık Kavramı ile İlişkileri, Adalet Dergisi, No.1, 1984, 35 et seq.

II). However, on the condition that the policy holder's defect has existed before starting to work and has increased to disability level after starting to work, the policyholder shall be entitled to receive disability pension[63].

Another condition for the policyholder to benefit disability pension is notification of disability, old age and mortality premiums for being a policyholder at least ten years with a total of 1800 days, while for policyholders who has a disability level, in which he is in need of constant nursing of another person, the requirement is notification of 1800 days of disability without the insurance period being sought (Article 26/I, b). The insurance period and premium payment conditions envisaged in the law must both be available since provision of either the insurance period or the Premium payment conditions shall not be sufficient for disability pension.

In order for the policyholder to benefit from disability pension, the four above said conditions are not sufficient. The policyholder is also obliged to end his professional activity, by which he is qualified as policyholder, and lodge a written request to the Institution (Article 26/c). The pension shall be halted in case the person starts to work again.

The most vital amendment on disability pension after the reform addresses the duration of insurance for entitlement of disability pension. The requirement to possess ten years actual service duration, which was sought for participants subject to Retirement Fund before the reform, has been adopted for all policyholders. Thus, the reform aggravated the conditions upon which policyholders subject to Social Insurance Law and Bağ-Kur Law receives disability pension, while it decreased the number of premium payment days of policyholders subject to Retirement Fund by a regulation maintaining the same insurance durations in favor of this group[64].

B. Other Assistances Provided to Disability Pensioners

Other assistances provided to disability pensioners are health assistances, orientation (rehabilitation), assistance pay, commuting allowance and necessary expenses as well as payment of retirement grant specific to civil servants.

Those who receive disability pension from the institution and the dependents of these persons are entitled to benefit from general health insurance without the need to fulfill any premium obligation and without certification as general health insurance (Article 60/I, f).

---

63 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 425; Caniklioğlu, 155; Aslanköylü, 554; Tuncay, 315; Uşan, 199.

64 Caniklioğlu, 145.

Law No.5434 is abolished by the Law No. 5510; still certain articles of the Law in question are maintained. Among these articles Article 89 regulates the retirement grant. As per the said article; all participants who receive retirement, petty disability or mission disability pension, including soldiers and civilians, shall be provided with one month retirement grant for each complete actual service year. Durations more than 30 years of actual service shall not be taken into consideration during calculation of the retirement grant.

3. Old age Insurance

A. In General

Old age insurance aims to provide the policyholder who has partly or completely lost his working capacity due to reaching up a particular age, with a constant income to enable the opportunity to subsist without working[65]. On the other hand, old age insurance is regarded as serving for employment policy. In fact, it is attempted to retire persons who have reached an age from the working life and to create employment opportunities for young and unemployed people[66]. This insurance branch constitutes the biggest expenditure item of insurance institutions and in Turkey, as it is the case in developed countries; pensions allocated for old age insurance constitutes more than %60 of the total social security expenditures[67].

Primary assistance performed under old age insurance is endowment of old age pension to the policyholder[68]. However, for those who have not met the criteria for provision of pensions, disability, old age and mortality insurance premiums can be withdrawn as full payment upon request, provided that they leave their insured work. Other assistances within the scope of old age insurance are; health assistances, payment of this assistance for those who received social assistance pay before Law No. 5510 was enacted, as well as retirement grant for public officials[69].

---

65 Tunçomağ Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. bası, İstanbul 1990, 381; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 455; Tuncay&Ekmekçi, 324.

66 Tuncay/Ekmekçi, 325.

67 Alper Yusuf, Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, January 1997, 4.

68 For further information about old age insurance see Başterzi Fatma, Yaşlilik Sigortasi, Ankara 2006, 107 et seq.

69 Since the assistance in question are identical to those provided under disability insurance, they will not be explained again herein. Also see Güzel/Okur/Caniklioğlu, 459; Uşan, 207; Tuncay, 325.

B. Old Age Pension

Age requirement for person who became policyholders for the first time under Law No. 5510, in other words after 30.04.2008, are 58 for women, 60 for men. This limitation in terms of age requirement shall continue until 2036 without any amendments and shall be gradually increased from 2036 until 2048. From 2048 the age requirement shall be 65 for both women and men.

The increase on age requirement between 2036 and 2048 is envisaged as follows:

between 01.01.2036 and 31.12.2037, 59 for women and 61 for men; between 01.01.2038 and 31.12.2039, 60 for women and 62 for men; between 01.01.2040 and 31.13.2041, 61 for women and 63 for men; between 01.01.2042 and 31.12.2043, 62 for women and 64 for men; between 01.01.2044 and 31.12.2045, 63 for women and 65 for men; as from 01.01.2048, 65 for both women and men.

Legislator is not completely dependent on this rule which accepts the age for starting old age pension as chronological age. In fact, before a policyholder man completes 60 and woman 58, he/she might be in the same condition or worse than those who have completed these ages due to his/her biological age. The legislator takes this probability into consideration and envisages special rules on early aging. Accordingly, policyholders who have completed their 55 age and determined to be aged earlier shall benefit from the old age pension provided that they meet the requirements other than age (Article 28/VII).

It should be noted that different procedures are regulated for the President, Prime Minister and the Speaker to enable them receive old age pension without realization of the said requirements (Article 43). Pensions of the President, the Speaker and the Prime Minister are exclusively regulated in Article 43 of Law No. 5510. Moreover it should be emphasized that while receiving old age pension is possible for employees working under a labor contract or for independent employees upon their request, age constitutes a criteria for those who are covered under article 4/I, c. Regulation on retirement with an age limit is set forth in Article 44 of Law No. 5510. Accordingly, some of the public officials who are recognized as policyholders under article 4/I, (c) are pensioned on the condition that they possess 5400 days of premium payment.

In terms of number of days for premium payment, a different condition is set relating to the manner of work. Policyholders under the provision Law No. 5510 4/I a, are obliged to notice at least 7200 days premium payment of long term insurance branches. However, for independent employees, civil

servants and public officials, the number of days for premium payment is adopted as 9000. In principle, the requirement of 9000 days for policyholders under article 4/I (a) is asserted to be excessive[70].

C. Facilitated Retirement

In Law No. 5510 Article 28 paragraph 3 it is established that policyholders can be granted with old age pension, provided that three years are added to age limits which are set forth in article two paragraph two, points a and b, while the age does not exceed 65, and on the condition that they notify on their behalf at least 5400 days of premiums for disability, old age and mortality insurance. With this regulation, the opportunity to be entitled to retirement pension via easier conditions is offered for all policyholders.

It should be noted that the facilitated condition is only available in terms of number of days for premium payment and no facility is stipulated for the age requirement to be completed. Accordingly, the age limitation for a person who demands to retire by paying premiums for 5400 days is 3 years more than which is set according to the general rule. However, addition of 3 years to the required age is accepted only in case the age does not exceed 65. Retirement in compliance with the general rule or the facilitated option could be explained as follows: A woman policyholder within the scope of 4/I (a) who demands to retire in 2036 is obliged to pay premiums for 7200 days and complete her 59 age, while another person who is 62 years old at the same year can be endowed to old age pension provided that he has paid premiums for 5400 days[71].

Another opportunity of the facilitated retirement is facilitation of the retirement in terms of working place. It is regulated in Law No. 5510 article 28 paragraph 6 that, for policyholders who have been employed in underground works of mining facilities which are determined by the ministry, constantly or intermittently for at least 20 years, the age requirement set in the second point shall be implemented as an age of 55. As it can be understood from the provision, for implementation of the facilitated retirement in question, the fact that the workplace is mining place is not sufficient; moreover, the mineworker policyholder must be working in underground works of the facility[72].

58 and 60 ages, which are accepted as standard retirement ages shall be implemented as 55 for employees working at least for 20 years in underground

---

70 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 461.

71 Tuncay/Ekmekçi, 337.

72 Tuncay/Ekmekçi, 341; Uşan, 220.

works of the specified workplaces (Article 28/II). The legislator only facilitated the age condition for employees working in underground works of the mining facilities; not providing such an opportunity in terms of number of days for premium payment. Therefore, these policyholders are obliged to pay premium for 7200 days, just as the other employees do. The number of days for premium payment shall be 9000 for civil servants[73].

Facilitated retirement in terms of the health condition, on the other hand, is accepted for those who were disabled at the beginning date of their insurance, and for handicapped who were not disabled at the same date in the manner that the law but have lost their working capacity on a certain ratio.

Law No. 5510 article 28 paragraph 4 envisages that policyholders who had illness or a disability before the initiation date of working with insurance for the first time, to an extend to be regarded as disabled as per article 25 paragraph 2, therefore who cannot benefit from disability pension, may be granted old age pension on the condition that they have been insured for at least 15 years and have notified 3960 days of premium payment for disability, old age and mortality insurance. Thus, endowment of old age pension is facilitated with easier conditions for a person who has already been a disabled at the date he initiated his insurance (Article 25/II). In fact, when these persons complete their insurance duration and number of days for premium payment, they shall be entitled to a pension regardless of their age[74].

In Law, alongside those who have been disabled in the specified manner at the time they started working for the first time, a special regulation is made for handicapped persons who are outside this scope, and who have lost their working capacity to a certain degree. Accordingly, policyholders whose working capacity loss ratio is determined by the Health Board of the Institution to be between %50 and %59 shall be entitled to old age pension on the condition that they have been insured for at least 16 years and have notified 4320 days of premium payment for disability, old age and mortality insurance; while policyholders whose working capacity loss ratio is determined by the Health Board of the Institution to be between %40 and %49 shall be entitled to old age pension on the condition that they have been insured for at least 18 years and have notified 4680 days of premium payment for disability, old age and mortality insurance[75].

---

73 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 474.

74 Tuncay/Ekmekçi, 343 et seq.

75 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 478.; Tuncay/Ekmekçi, 344.

One of the requirements in order for endowment of old age pension is that the policyholder leaves his work. Considering the objective of assistances provided under old age insurance, in case a person both receives old age pension and work at the same time, this situation shall contradict with the understanding adopted in the objective. In such a case, it can be easily concluded that old age risk does not have an actual effect on the policyholder. Further, the policyholder is required to quit all of his professional engagements in case he is employed in more than one job[76]. However, activity of the person in a work, which is not covered under Law No. 5510 therefore do not necessitate this person to be insured shall not prevent him to receive old age pension. Having regard to this situation, the legislator stipulates quitting the work in order for endowment of old age pension (Article 28/IX).

It should be underlined that, the requirement to leave the job is obliged for policyholders who are within the scope of Article 4/I, a and c while is not accepted for policyholders who are within the scope of 4/I, b and who have the opportunity to work by paying social security assistance premium. In order to apply for a pension, independent employees are required to declare whether they will stop the activity basis for being policyholder and then submit a written request. However, for endowment of pension to policyholders within this scope, they are obliged to have no debts on premiums or debts related to premiums including general health insurance on their own account as of the date of written request.

D. Actual Service

Employees working in heavy duty, dangerous and backbreaking works age faster than other employees. Therefore it is imperative to stipulate easier conditions for entitlement of people who works in the specified kind of work to old age pension. Provision of the opportunity to grant employees working in a backbreaking work with earlier old age pension with differently stipulated conditions is a must of the social consideration[77].

In compliance with the above stated principle, the legislator considers the employees working in backbreaking works as having worked for more than their actual service duration (imputed working duration) through regulations on actual service duration and adaptation of social insurance duration-period[78]. Works and facilities covered in the Law are limitedly enumerated in 15 groups. Lead and arsenic operations, glasshouse ateliers

---

76 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 483.

77 Tuncay/Ekmekçi, 346.

78 Uşan, 211.

are among the examples of the list. In terms of the number of days for premium payment of policyholders employed in works and facilities, which are enumerated in the list, under a labor contract or as civil servants/public officials, 60, 90 or 180 days service duration is added for each 360 days (Article 40). Actual service duration pay for durations less than 360 days is calculated in proportion to actual service duration added for 360 days. Premiums of the durations to be added are regarded as paid[79]. This opportunity is not envisaged for independent employees.

In Law No. 5510 article 40, the actual service duration pay is envisaged to be added to day number of premium payment in the implementation of long term insurance branches, which do not exceed 8 years for National Intelligence Service employees, those who work in Turkish Armed Forces and the Police, and not exceeding 5 years for other employees. It is stated that half of these durations shall be reduced from retirement age limit, provided that it does not exceed three years. However, this upper limit shall not be implemented for employees working underground. In order to benefit from age limit reduction, the duration of working requirement in the specified facilities and works, except for mortality and disability, is 1800 for underground workers and 3600 for other policyholders in other insurances (article 40).

4. Mortality Insurance

A. In General

The incident of mortality is regulated in two separate insurance branches in our Social Security Law. Assistances regulated under occupational accident or occupational illness insurances are applied in mortalities which are consequence of occupational accident and occupational illness, while in mortalities for some other reason, the provisions of mortality insurance, which is an independent insurance branch, is adopted[80].

Mortality insurance which aims to protect the remainders, namely the family, after death of the breadwinner or one of the breadwinners of the family, is the last of long term insurance branches[81]. The assistance provided by mortality insurance is mortality pension, mortality whole withdrawal, marriage allowance for girl children who receive pension and funeral allowance (Article 32). The benefiters of this assistance are officially married spouse, children and parents of the deceased policyholder.

---

79 Uşan, 211.

80 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 557.

81 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 557; Şakar, 286.

B. Requirements to Benefit from Mortality pension

In order for the beneficiaries to benefit from mortality pension, both the deceased policyholder and beneficiaries are obliged to meet the requirements to benefit from mortality pension.

The pension is granted in case they submit a written request and in case the deceased did not die during employment; but during receiving disability, mission disability or old age pension or being entitled to disability, mission disability or old age pension but the procedures had not completed yet (Article 32/I, b) or the endowed disability, mission disability or old age pension was ceased as a result of continuing to work as a policyholder (Article 32/I, c). However, for endowment of pension to beneficiaries of the independent employee policyholder, the deceased must not have any premium debts or debts related to premiums including the general health insurance on behalf of the deceased or they must be paid.

If the policyholder dies during employment, it shall be possible for the beneficiaries to receive mortality insurance on the condition that; independent employees or civil servants/public officials policyholders notified at least 1800 days disability, old age and mortality insurances premiums; and policyholders who work under a labor contract, except for every kind of loan duration, being insured for at least 5 years notified at least 900 days disability, old age and mortality insurance premiums (Article 32/I, a).

It worth mentioning that beneficiaries of independent employee or civil servant/public official policyholders who died before completing number of days for premium payment or insurance duration could complete these deficiencies through dept of social security service and service rehabilitation (recovering) [82].

The beneficiaries who are;

- The widow spouse, not having married again;
- Male child, not being employed[83] or not receiving pension or an income due to his own insurance and being under the age 18 if he is not a student[84]

---

[82] For further information about these two concepts see Güzel/Okur/Caniklioğlu, 563-565; Ayan Zehra, Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, No. 3, September 2006, 165.

[83] Except article 5/I, a, b, e, Law No. 5510.

[84] It is increased to the age of 20 for children educated in secondary schools and 25 for academy (Art 34/I, b, 2)

- Female child, not being employed[85] or not receiving pension or an income due to his own insurance and not being married;
- Female or male children, not being employed due to having lost at least %60 of working capacity determined by Health Board of the Institution or without seeking any requirement except for receiving income or pension due to their own insurance;
- Parents, on the condition that there are no shares remainder from the beneficiary spouse or children and that the income received from every kind of earning or revenue is less than the net amount of minimum wage and no other income and/or pension is granted except for income and pensions endowed from other children,

shall be entitled to mortality pension (Article 34/I, b, d).

Beneficiaries are obliged to apply to the Institution within 5 years from entitlement. Otherwise, these rights shall be outdated (Article 97/I).

C. Sharing of the Pension among beneficiaries

Sharing of the pension among beneficiaries shall depend on which beneficiaries are remaining. For example, the beneficiary spouse shall receive %75 of the pension of the deceased on the condition that she is single or living with the parents, not being employed or not receiving and have no children receiving pension or income from Social Security Institution. In case the spouse is beneficiary together with the children, the spouse shall receive %50 of the pension (Article 34/I, a)[86]. The total amount endowed to beneficiaries shall not exceed the amount of the pension belonging to the policyholder. If required, proportional reductions are made on pensions of the beneficiaries in a view to not exceed this limit (Article 34/III).

Assistances provided from mortality insurance, except for mortality pension, are whole withdrawal, marriage allowance, funeral allowance, health assistance, social assistance pay and retirement grant in the case of mortality of civil servants. In whole withdrawal; in case mortality pension is not granted to beneficiaries of the deceased policyholder from those who were employed under a labor contract or independent employees or being insured for the first time within the scope of civil servant/public officials as per this Law, it is envisaged that the whole disability, old age and mortality insurance premiums paid by the policyholder are delivered to beneficiaries (Article 36/I).

---

85 Except article 5/I, a, b, e, Law No. 5510.

86 For detailed information see article 34.

CONCLUSION

It is understood that substantial changes have been conducted in Social Security Law under the name of reform on the grounds of demographic change in the structure of legislative bodies in Turkey, incapability of the existing system in terms of protection against poverty, negative effects of financing deficits on the economy, failure to provide protection to all population

The legislator should have conducted regulations which would facilitate premium collection, prevent unregistered employment, and increase employment opportunities instead of conducting substantial changes under the name of reform as mentioned. In this way, financing problem could have been avoided. On the other hand, as the primary objective of social security is to provide guarantee for social risk that are faced, alleviation of poverty being enumerated among the objectives of the reform, constitutes an indirect objective. An objective as alleviation of poverty cannot be considered in social security law. In the same sense, provision of equality is also not the duty of this law branch. In spite of this fact, performance of substantial changes on the said grounds is observed.

The first and the foremost substantial change is annulment of the previous social security law and regulating under a single Law. As a natural consequence of this, institutions executing previous laws were abolished and Social Security Institution is established as a single institution. Initially these steps appear as alienation from the social security systems of EU member countries in which Bismark model is adopted. In other words, these developments aiming at unity with regard to norms and standards, approaches to the understanding in Beveridge report. However, the above said content is far from attaining norm and standard unity. In fact, civil servants continue to be subject to their own laws in terms of short term insurance branches.

While many rights have been granted to independent employees when compared to pre-reform period, these rights and obligations appear to be different from those of dependent employees. Similarly, a standard unity of rights and obligations could not be attained with regard to long term insurance branches. As it has been described, the required conditions to benefit from disability, old age, mortality pension highly vary according to the kind of work. In short, it is not possible to address real a norm and standard unity as envisaged in the objective. Different insurance conditions are accepted as it was before the reform and predominantly different rights and obligations are foreseen for these conditions. This system alienates from Bismark but is not completely separated. Shortly, what is spoken and performed were different and the new system remained between Bismark and Beveridge models.

BIBLIOGRAPY

Akın Levent, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, Çalışma ve Toplum, No. 8, 2006/I (Kişiler).

Akın Levent, Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara, 2007 (Maluliyet).

Alper Yusuf, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları, Türk-İş Dergisi, Temmuz-Ağustos 2004.

Alper Yusuf, Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1997.

Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, 2009.

Ayan Zehra, Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, No. 3, Eylül 2006.

Başterzi Fatma, Yaşlılık Sigortası, Ankara, 2006.

Caniklioğlu Nurşen, 5510 sayılı Kanuna göre Malüllük Aylığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, No. 3, September 2006.

Çenberci Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974.

Güzel Ali/ Okur Ali Rıza/ Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. bası, 2010.

Güzel Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Sorunlara Çözüm mü?, Çalışma ve Toplum, S. 7, 2005/4.

Korkusuz Refik / Suat Uğur, Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Ankara, 2009.

Saymen Ferit / Ekonomi Münir, Sosyal Sigortalar Tatbikatı, 1966.

Sözer A.Nazım, İşgöremezlik, Meslekte Kazanma Gücünün Kaybı, Çalışma Gücünün Kaybı Kavramları ve Sakatlık Kavramı ile İlişkileri, Adalet Dergisi, No.1, 1984.

Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9. bası, 2009.

Şakar Müjdat, "SSK'lıların Adı "4/a'lı Oldu", Mercek, 2006 (SSK'lıların Adı).

Tuncay Can / Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. bası, İstanbul, 2009.

Tunçomağ Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. bası, 1990.

Uşan Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2009.

Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali Sorunu ve Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri

Tolga ŞİRİN[*]

"Gecikmiş adalet, adalet değildir" sözü, hukuk dünyasında çok tanınan ve kullanılan düsturlardan birisidir[1]. Görülen davaların makul bir süre içerisinde sonuçlanamaması sorununa dikkat çeken bu söz, başta Türkiye olmak üzere neredeyse bütün hukuk düzenlerinde farklı düzeylerde gündemdedir[2].

Bu sorunun yaygınlığını[3] sayısal veriler de doğrulamaktadır. İnsan haklarının korunması konusunda (şimdilik) en etkili makam olarak kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) internet sitesinde 2011 yılında yayımlanan bir rapora göre; Sözleşme organları 1959 yılından 2011 yılına kadar toplam 13697 adet karar vermiştir. Bu kararlardan 4469 tanesi makul sürede yargılanma hakkına ilişkindir. Yani neredeyse Sözleşme organlarının şimdiye kadar verdiği her üç karardan birisi, makul sürede yargılanma hakkının ihlaline dayanmaktadır[4]. Buna benzer veriler, anayasa şikâyetinin

---

[*] Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuk Anabilim Dalı

[1] Tüm dünyada hukukçular arasında yaygınlık kazanan bu söz, yaygın kanının aksine anonim değildir. Bu söz ilk kez William Ewart Gladstone tarafından dillendirilmiştir. Laurence J. Peter, **Peter's Quotations: Ideas for Our Time**, New York: William Morrow and Company, 1977, s.276.

[2] **Evaluation Group Report to the Committee of Ministers on the Euroepan Court of Human Rights**, 29 Eylül 2001, par. 27. Kaboğlu ve Koutnatzis, Türkiye'de makul sürede yargılanmaya ilişkin ihlal kararlarının özellikle 2000 yılından sonra arttığına dikkat çekmektedirler. İbrahim Özden Kaboğlu/ Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, *"The Reception Process in Greece and Turkey"*, **A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems**, Helen Keller/ Alec Stone-Sweet (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2008, s.482.

[3] Tek tek ülkelerdeki insan hakları ihlallerinin ele alındığı bir çalışmada, makul sürede yargılanma hakkının taraf devletlerin büyük çoğunluğunda birinci sırada olduğu görülmektedir. Helen Keller/Alec Stone-Sweet, **A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems**, Oxford: Oxford University Press, 2008, ss. 713-837.

[4] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına ilişkin Mahkeme'nin resmi internet sitesinde yayımlanan rapor için bkz. **http://tinyurl.com/6yxs5qz** (06.03.2011)

bulunduğu ülkelerdeki AYM kararlarına ilişkin istatistikler açısından da geçerlilik taşımaktadır[5].

Dolayısıyla, bu bilgilerin de gösterdiği üzere, insan hakları ihlallerini inceleyen yargısal organların en temel iş yükünü **uzun süren davalar** oluşturmaktadır. Nitekim bu gerçeğin farkında olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi[6] ve Avrupa Konseyi bünyesinde faaliyet gösteren Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu[7] (Venedik Komisyonu) gibi kurumlar, iç hukuk yollarının etkili hale getirilmesi ve makul sürede yargılamanın sağlanması için çeşitli rapor ve kararlar hazırlamışlardır. Söz konusu çalışmalarda, anılan sorunun aşılması için ileri sürülen öneriler, adil yargılanma hakkının iç hukuk mercilerinde dava edilebilirliğinin sağlanması, bağımsız idari otoritelerin ve (belli şartlar çerçevesinde anayasa şikâyeti yoluyla) anayasa mahkemelerinin etkili hale getirilmesi noktalarında toplanmıştır[8].

---

5 Rüdiger Zuck, **Das Recht der Verfassungsbeschwerde**, 3. Auflage, München: C.H.Beck, 2006, par.104.
Federal Almanya Anayasa Mahkemesi tarafından yayımlanan veriler için bkz. *"Aufgaben, Verfahren und Organisation"*, **http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/statistik_2010.html** (06.03.2011)
Hatta çoğu zaman bu ihlallerin girerimi için öngörülen anayasa şikayeti yolu da makul sürede yargılanma hakkının ihlaline neden olabilmektedir. Bkz. Angela Brett, **Verfahrensdauer bei Verfassungsbeschwerdeverfahren im Horizont der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.**, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

6 Recommendation Rec(2004)6, 12 Mayıs 2004. (Print out)

7 Bogdan Aurescu/ Pieter van Dijk/ Giorgio Malinverni/Elsa G*arcía-Maltrás de Blas*/ Franz Matscher, *"Study on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceesings"*, Study No.316/2004, CDL-AD(2006)036. Strasbourg, 22 December 2006. (Print out)

8 İHAM, özellikle makul sürede yargılanma ile ilgili ihlal kararı verdiği bazı kararlarda, Davalı Devletin uygun yasal önlemler ve idari uygulamalar yoluyla, makul sürede yargılanma hakkını güvenceye alması gerektiğine hükmetmektedir.
Kaydetmek gerekir ki İHAM'ın anılan ifadeleri yargıç sayısı, teknoloji kullanımı, bütçe, hukukçuların nitelikleri gibi çok farklı başlıkları içerdiği için nasıl yerine getirileceği konusunda belirsizlik taşımaktadır. (Yargıç Zagrebelsky'nin kısmi karşı oy yazısı), *Lukenda v. Slovenya*, 23032/02, 06.10.2005.
Bu konuyla ilgili öneriler için bkz. Council Of Europe, "*Ensuring to long-term effectiveness of the European Court of Human Rights- NGO Comments on the Group of Wise Persons"*, **Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progress**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009, özellikle s. 265 vd. ayrıca s.119 vd.; Mart Susi, *"The Estonian Judicial System in Search of an Effective Remedy against Unreasonable Length of Proceedings"*, **Jurisdica International Law Review**, Vol. XVI, 2009, ss.193-202.

I. TÜRK HUKUKUNDA MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

Türkiye'de makul sürede yargılanma hakkı, anayasal açıdan güvence altındadır. Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* başlıklı 36'ıncı maddesine göre *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma* ***ile adil yargılanma*** *hakkına sahiptir*[9]*."* Ayrıca Anayasa'nın 141/4'inci maddesi de davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını yargının görevleri arasında görmektedir[10]. Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre kanun hükmünde olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6'ıncı maddesinde de -diğer birçok sözleşmede olduğu gibi- makul sürede yargılanma, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Yani makul sürede yargılanma hakkı, uluslararası sözleşmelerle de etkisi güçlendirilmiş anayasal bir haktır.

Ancak bilindiği üzere bir hakkın anayasada veya herhangi bir hukuki metinde tanınması, o hakkın güvence kazanması için başlı başına yeterli değildir. Hukuk düzeninde tanınan hakkın etkili hale gelmesi, temel olarak onun **dava edilebilirliği** ile mümkündür[11]. 1982 Anayasasının *"Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması"* başlıklı 40'inci maddesine göre *"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."* Hal böyleyken söz konusu hükümden hareketle, bir yargısal faaliyetten dolayı makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilen herkesin bunu dava etmesi mümkün görünmektedir. Ancak Türkiye'deki hukuk pratiğinde "hiçbir yargı organının[12]" kendisini makul sürede yargılanma hakkının ihlalini incelemeye ve bunun sonucunda da zararı gidermek suretiyle uyuşmazlığı çözümlemeye

---

9 Vurguladığımız cümle, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı yasayla yapılan anayasa değişikliği ile metne eklenmiştir.

10 Bu madde, Anayasanın "Temel haklar" kısmında yer almasa da, maddi açıdan temel hak içermektedir. Almanya öğretisinde bu tarz düzenlemeler, temel hak benzeri (grundrechtsgleiche Rechte) olarak adlandırılmakta ve örneğin anayasa şikayetine konu edilebilmektedir. Theodor Maunz/Günter Durig, **Grundgesetz**, 61. Ergänzungslieferung, Beck C.H., 2011, par. 112; Zuck, par. 386.

11 Michael L. Addo, *"Rights and their Realisation"*, **Economic, Social and Cultural Rights: Progress and Achievement**, Ralph Beddard and Dilys M.Hill (eds.), London: Macmillan, 1992, s. 17.

12 İHAS md.6'da Mahkeme'den (court) daha geniş bir anlamı taşıyan *'tribunal'* kelimesi kullanılmaktadır. Biz Türkiye'de 'tribunal' ve 'court' kelimeleri arasındaki ayrım yerleşmiş bulunmadığı için, bu çalışmada tribunal kullanımın karşılığı olarak *'yargı organı'* ifadesini tercih ettik. 'Court' ve 'Tribunal' kelimelerinin farkı için bkz. Kemal Başlar, **Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı**, Ankara: Roma Yayıncılık, 2005, **s(s).**7-13.

yetkili görmediği gözlemlenmektedir[13]. Hatta bu gerçek, Strasbourg tarafından da farklı defalar[14] tespit edilmiş ve en son Mahkeme'nin çok yeni tarihli olarak verdiği *Fatih Tas v. Türkiye*[15] kararında, Türkiye'nin makul sürede yargılanma için 13'üncü madde çerçevesinde etkili başvuru sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediği yinelenmiştir[16].

Bu konuda mevzuat bakımından gerçekleşen son gelişme 2010 yılında Anayasa'nın 148'inci maddesinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesine (AYM) anayasa şikâyeti imkânının sağlanması olmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."*

---

13 Hükümet bu sorunun çözümü adına dilekçe hakkı, kamu başdenetçiliği, yeni kurulan daireleri ve konuyla ilgili yasa tasarılarını örnek göstermektedir. Bkz. Council of Europe, **Can Excessive Length of Proceedings be Remedied (Science and Technique of Democracy)**, Council of Europe Publishing, 2007, s.307. Gerçi bağlamına göre kimi durumlarda dolaylı olarak (yargıcın kişisel kurusu varsa) dava edilebilirlik mümkün sayılabilir. Örneğin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu md. 573'üncü maddesine göre yargıcın sorumluluğuna gidilebilir. Keza CMK md. 141 bakımından da adil yargılanma hakkının birçok unsuru ihlal edilen kişilere tazminat imkânı tanınmıştır. Turan Yıldırım, **İdari Yargı**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008, ss. 249 vd.

14 *Tendik ve diğerleri v. Türkiye*, 23188/02, 22.12.2005, *Bahceyaka v. Türkiye*, 74463/01, 13.06.2007.; *Demirbaş ve diğerleri v. Türkiye*, 50973/06, 8672/07 ve 8722/07, 09.12.2008.; *Ceven v. Türkiye,*41746/04, 24.11.2009.
Türkiye raporunda davalar tasnif edilmiştir. Bu tasnife göre adli yargı davalarından örnekler için bkz. *Yorgiyadis v. Türkiye* (48057/99, 19.10.2004), *Günter v. Türkiye* (52517/99, 22.02.2005); İdari yargı davalarından örnekler için bkz. *Ormancı and others v. Türkiye* (43647/98 21.12.2004), *Güven Hatun and others v. Türkiye* (42778/98, 08.02.2005), *Güven Meryem and others v. Türkiye* (50906/99, 22.02.2005), *Özel Mehmet and others v. Türkiye* (50913/99, 26.04.2005*), Özkan Nuri v. Türkiye* (50733/99, 09.11.2004), *Yalman and others v. Türkiye* (36110/97, 03.06.2004).; İş hukuku davalarından bir örnek için bkz. *Ertürk Hüseyin v. Türkiye* (5467200, 22.09.2005). Bkz. Council of Europe, **Can Excessive Length of Proceedings be Remedied (Science and Technique of Democracy)**, s.309.

15 *Fatih Tas v. Türkiye*, 36635/08, 05.04.2011. Mahkeme, kararı Fransızca yayımlanmıştır. İngilizce özet için bkz. **sim.law.uu.ll**

16 Sözleşme organları önceleri makul sürede yargılanma hakkını İHAS md. 6 çerçevesinde çözüme ulaştırmakta ve ayrıca md.13 bakımından inceleme yapmamaktaydı. Ancak özellikle *Kudla v. Polonya* (30210/96, 26.10.2000) kararından bu yana konu, makul sürede yargılama hakkının gerçekleştirilmesi için etkili bir iç hukuk yolunun olup olmadığı bakımından da incelenmektedir. Bkz. Alastair Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford: Hart Publishing, 2004, ss.210-211.

Adil yargılanma ve onun bir unsuru olarak görülebilecek makul sürede yargılanma hakkının anayasada öngörülen hak ve özgürlüklerden İHAS kapsamında olanlar arasında bulunduğu şüphesizidir[17]. Dolayısıyla söz konusu değişiklikle beraber, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasının AYM nezdinde dava edilebilirlik kazandığını söyleyebiliriz[18].

II. DANIŞTAY'IN MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN ÖNEMLİ BİR KARARI

Anayasanın 148'inci maddesindeki değişiklik, öteden beri makul sürede yargılanma hakkı bakımından etkisiz kalmış bulunan 40'ıncı madde hükmünü etkili hale getirmiştir. Çünkü söz konusu değişiklikle beraber, davası makul bir sürede bitmeyen herkes, adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla konuyu AYM'ye taşıma hakkına sahip olmuştur. Ancak bundan önce Danıştay 10'uncu dairesinin söz konusu boşluğu doldurmak konusunda önemli potansiyel taşıyan bir içtihadı dikkat çekmektedir[19].

Konuyla ilgili Danıştay yaklaşımına geçmeden önce, ayrıntıya girmeden, kabaca hizmet kusurunun ne anlama geldiğini hatırlatmak gerekecektir. Hizmet kusuru, idarenin yerine getirmekle sorumlu olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, sunulmasında, düzenlenmesinde veya örgütlenmesinde -bünyesindeki personelinde yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, araçların, denetim ve incelemenin yerine getirilmemesi, hizmete tahsis edilen araç ve vasıtaların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gerekli önlemlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan - bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlık bulunmasıdır[20].

---

17 Osman Doğru, **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü**, İstanbul: XII Levha Yay., 2010, s. 23.

18 Erik Kerševan, *"Constitutional Complaint as a General Domestic Remedy and the Shared Responsibility to Implement the European Convention of Human Rights"*, **Concepts of General Domestic remedy and Simplified Procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken Process (In memory of Professor Krzysztof Skubiszewski)**, Warszawa: Konstrast, 2010, s.67.

19 Bkz. *Danıştay Onuncu Dairesi Kararı*, T. 24.09.2009, E. 2007/5816, K. 2009/8220. Karar için bkz. **Danıştay Dergisi**, Yıl 40, Sayı 123, 2010, s..363-366. Makalede bundan sonra sadece Danıştay kelimesi kullanılacaktır.

20 Türkiye öğretisinde oldukça eskiye dayanan ve kabul gören aktardığımız geniş tanımlama Ragıp Sarıca tarafından yapılmıştır. Bkz. Ragıp Sarıca, *"Hizmet Kusuru ve Karakterleri"*, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 15, 1949, s.85; Aynı yönde bkz. A. Şeref Gözbüyük/ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Yayınevi, 2001, ss.679 vd.; bu tanım çerçevesinde içtihat örnekleri için bkz. Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara: İmaj Yay., 2002, s.321 vd.; kusur kavramının "hizmet kusuru" şeklinde bir alt başlığıa ayrılmasına yönelik

Bu tanımlamadan sonra kararı inceleyecek olursak; karara konu edilen olay, 24.07.1988 tarihinde gerçekleşmiş bulunan bir trafik kazasında eşi ve kızı vefat etmiş olan bir davacının, kazada tam kusurlu olan karşı taraf aleyhine adli yargı yerinde açtığı tazminat davasının geç sonuçlanması ile ilişkilidir. Davacı, adli yargıda açtığı bu davanın makul sürede bitirilmemesinden dolayı zarar gördüğünü ve bu zararın idarenin (Adalet Bakanlığının) hizmet kusurundan kaynaklandığını ileri sürmüştür[21].

Aslında bu iddia, özü itibariyle İHAS'ın 6'ıncı ve Anayasa'nın 36'ıncı maddesinde öngörülen makul sürede yargılanma hakkının dava edilmesi anlamına gelmektedir. Dava dosyasının içeriğine hâkim olmasak da, kanaatimizce bu davada davacı tarafından, davayı gören mahkemenin adil yargılanma hakkı hükmünü dikkate almamasından dolayı, doğrudan doğruya Anayasa'nın 36 veya 141'inci maddesinin hatta İHAS'ın 6'ıncı maddesinin dayanak yapılmış olması olasılık dâhilindedir. Ancak Türkiye'de yargı organlarının, kanun hükmündeki uluslararası sözleşme hükümlerinin veya anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması konusundaki çekimserliği dikkate alındığında, davacının iddiasını bir yasaya dayandırması veya Danıştay'ın da konuyu bu bağlamda ele alması anlaşılır hale gelmektedir[22].

Bu davada davacının dayandığı yasa maddesi, 2992 sayılı **Adalet Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun**'un "Görev" başlıklı 2'inci maddesi olmuştur[23]. Adalet Bakanının görevlerinin sayıldığı söz konusu maddenin davada atıf yapılan fıkraları şunlardır:

> (...) a) Kanunlarda kurulması öngörülen mahkemeleri açmak ve teşkilatlandırmak, ceza infaz ve ıslah kurumları, icra ve iflas daireleri gibi her derece ve türdeki adalet kurumlarını planlamak, kurmak ve idari görevleri yönünden gözetim ve denetimini yapmak ve geliştirmek,
>
> b) Bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konularında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna teklifte bulunmak (...)

Yani davacıya göre; bir gerçek kişi aleyhine açmış olduğu davanın makul sürede bitirilememesi bir zarar yaratmıştır. Söz konusu zarar ise davaya bakan yargı organının adalet hizmetini gerektiği şekilde sunamamasından

---

eleştiriler için bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.II, Bursa: Ekin Yay., 2009, ss. 1058 vd.

21 a.g.e., s.364.

22 Oysa Danıştay'ın yukarıda ifade ettiğimiz kararlardaki İHAM tespitlerine dayanması daha yerinde olurdu. Bkz. yuk. dipnot 15.

23 Resmi Gazete, 07.04.1984, Sayı:18365.

yani kusurundan kaynaklanmaktadır. Bu yetersizliğin sorumlusu ise Adalet Bakanlığıdır, çünkü Bakanlık bu davanın makul bir sürede sonuçlanması için gerekli mahkeme ve personeli sağlamayarak hizmet kusuru işlemiştir[24].

Davanın açıldığı idare mahkemesi, söz konusu iddia karşısında kendisinin görevli olmadığı ve konunun davanın açılmış bulunduğu adli yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bu ret kararı, davacı tarafından temyiz edilmiş ve Danıştay anılan idare mahkemesi kararını bozmuştur.

Bu karada Danıştay, öncelikle Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrasında; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına göndermede bulunarak, idarenin kusur sorumluluğunun bulunması için, bir zararın mevcut olması ve bu zararın da idareye yüklenebilecek bir işlem veya eylemden (illiyet bağı) doğması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu tespitten sonra ise Danıştay, yerel idare mahkemesinin kararını, 2992 sayılı Yasa ile Adalet Bakanlığına verilen adalet hizmetinin yerine getirilmesinde hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde bir araştırma yapılmadan reddedilmesinden dolayı bozmuştur[25].

Karara konu olan yerel adli mahkeme yargılamasının hangi sebebe bağlı olarak uzadığı bilmiyoruz. Hatırlatmak gerekir ki İHAM'a göre makul sürede yargılanma hakkının ihlali incelemesinde, makul süre her olayın kendine özgü farklılıkları çerçevesinde tespit edilmelidir. Bu bakımdan (a) davanın karmaşıklığı (b) başvurucunun tutumu (c) yetkili mercilerin tutumu dikkate alınmaktadır[26]. Bu sebeplere dayalı bir uzamadan Adalet Bakanlığının sorumlu tutulması son derece küçük bir olasılıktır.

Yine yerel idare mahkemesinin, Danıştay'ın bu bozma kararı sonrasında davanın makul sürede bitirilememesinin kusurunu adalet bakanlığına yükleyip yükleyemeyeceği ve bu kararın Danıştay tarafından nasıl karşılanacağını şimdiden kestirmek mümkün değildir. Ancak dosyanın içeriğine ilişkin tartışmalar ve davanın nispi özellikleri bir tarafa bırakılırsa, söz konusu kararın prensip itibariyle önemli yanı, her ne kadar davanın maddi dayanağı 2992 sayılı kanun olsa da, özünde İHAS md.6 ve AY. md. 36'da yer alan makul sürede yargılanma hakkının idare yargıda dava edilebilirliğine kapı aralamasıdır. Söz konusu karar, Türkiye'nin İHAS bağlamında sahip olduğu

---

24 Örneklerle idarenin kusur sorumluluğu için bkz. Yıldırım, s.253 vd.

25 (Kararlar), **Danıştay Dergisi**, Yıl 40, S.123, Aralık 2010, s. 364-365.

26 Bu kriterler ve ilgili içtihatlar için bkz. Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 2.Bası, İstanbul: Beta Yay., 2005, ss.370-399.

yükümlülükler ve her yıl İHAM'a taşınan onlarca davanın akıbeti açısından çeşitli olasılıklara bağlı olarak bir takım sonuçlara yol açabilecektir.

III. KARARIN OLASI SONUÇLARI

Kararın olası sonuçları üç başlıkta toplanabilir.

A. Statik Olasılık

Bu bağlamda görülen davalardaki birinci olasılık, yerel mahkemelerin makul sürede bitirilmeyen davalardan dolayı adalet bakanlığını kusurlu bulmaması ve bu kararların Danıştay tarafından onanmasıdır. Bu olasılık, mevcut durumda hiçbir değişiklik yaratmayacaktır.

B. Dinamik Olasılık

Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin anılan içtihada bağlı ikinci olasılık, yerel mahkemenin adalet bakanlığının kusur sorumluluğuna giderek davacı lehine tazminata karar vermesi ve bunun da Danıştay tarafından onanmasıdır.

Bu ihtimalde Hükümet, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak Türkiye aleyhine İHAM'a yapılan başvurular karşısında, başvurucuların etkili iç hukuk yolunu tüketmedikleri savunmasını ileri sürecektir. Çünkü bilindiği üzere İHAS sisteminde öncelikli olan ulusal makamların yargılamasıdır ve Danıştay'ın makul sürede yargılanma hakkının ihlalinin zımnen kabulüne ve bu ihlalin giderimi için adil bir tazminatına imkân tanıyan içtihadı ile beraber, Türkiye hukukunda makul sürede yargılanma hakkının İHAM önünde ihlali iddiası için, tüketilmesi gereken yeni bir iç hukuk yolu doğmuş olacaktır[27].

Gerçi ulusal makamlar tarafından bir tazminata hükmedilmesi, her zaman hak ihlalinin ortadan kalkması anlamına gelmez. Hatta birçok davada İHAM, ulusal makamlar tarafından başvurucu lehine tazminat verilmesine rağmen, yine de sözleşmenin ihlal edildiği yönünde karar verebilmiştir[28]. Taraf devletler, tazminat ödemekle Sözleşmesel yükümlülüklerinden kurtulmamaktadır. Sözleşme sistemine göre taraf devletler, her halükarda ihlali

---

27 Bir davadaki yargılama, makul sürenin çok üzerinde ise, bu ihlal karşısında etkili iç hukuk yolları tüketilmemiş olsa bile, İHAM söz konusu iç hukuk yolunun tüketilmesini istemeksizin, tazminata hükmedebilmektedir. Jens Meyer-Ladewig, **Europäische Menschenrechtskonvention**, 3.Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2011, par. 4; Frowein/Peukart, a.g.e., ss.451-452 ve orada atıf yapılan kararlar.

28 Örn. bkz. *Oğur v. Türkiye*, 21594/93, 20.05.1999.

giderim (ihlale son verme, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma ve benzer ihlallerin tekrarını engelleme gibi) yükümlülüğü altındadır[29]. Ancak bu durum, her olayın kendi koşullarına göre farklılık gösterebilecektir.

Makul sürede yargılanma hakkının ihlali karşısında, Danıştay'ın aktardığımız içtihadı, etkili/yaygın bir iç hukuk yolu (uzun süren davalar için adalet bakanlığına karşı hizmet kusuruna dayalı tam yargı davası yolu) yaratama potansiyelini taşımaktadır. Ancak her halükarda, makul sürede yargılanma hakkı ihlalinin giderilmesi için bu yolun etkili olduğunu ispatlama külfeti, hükümetin üzerinde olacaktır[30].

Bu ispat faaliyetinde hükümet, öncelikle anılan başvuru yolunun hukuki temelinin açık ve net olduğunu ileri sürecektir[31]. İdarenin kusur sorumluluğu bakımından Türkiye mevzuatı bu nitelikleri taşımaktadır[32].

İkinci olarak hak ihlalinin bir türü olan tazminatın tatmin edici bir nitelik taşıması gerekir. Gerçi İHAM'ın kendisi, yerel makamların yerine kendisini ikame ederek, öncelikli olarak tazminat miktarını takdir edecek konumda değildir. Ancak yine de İHAM'ın md.41'i yorum tarzından hareketle, hükmedilecek tazminatın makul sürede yargılanma hakkının ihlalinden önceki durumu sağlayacak (*restitutio in integrum)* nitelikte olması gerektiğini söyleyebiliriz[33]. Bilindiği gibi bir hak ihlali karşısında taraf devletlerin,

---

29 İHAM'ın klasik yaklaşımı taraf devletlerin Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini tespit etmek ve nihayetinde tazminata hükmetmek biçimindeydi. Ancak Mahkeme *Papamichalopoulos ve diğerleri v. Yunanistan* kararında devletin yargı kararını yerine getirmesi için yapması gereken asgari gereklilikler dikkat çekmiştir. Söz konusu kararda İHAM, başvurucunun 28 yıldan fazla süredir kamulaştırmasız el atma ile karşı karşıya olan gayrimenkulünün iade edilmesi, eğer bu mümkün değilse tazminat ödenmesine kararı verilmiştir. Bu yaklaşım sonraki kararlarda da sürdürülmüştür. Bkz. *Assanidze v. Gürcistan*, 71503/01, 08.04.2004; *Ilaşcu ve diğerleri v. Moldovya ve Rusya* 48787/99, 08.07.2004 kararları. Janneke Gerards, *"Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights"*, **The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond**, Nick Huls/ Maurice Adams/ Jacco Bomhoff (ed.), The Hague: TMC Asser Press, 2009, s.409.

30 *Vernillo v. Fransa*, 20.02.1991, par. 27.

31 İHAM, tüketilmesi gereken iç hukuk yolunun iç hukukta açık ve net bir nitelik taşıması gerektiğini vurgulamaktadır. Kar. *Scavuzzo-Hager v. İsviçre*, 41773/98, 30.11.2004.

32 1982 Anayasasının 125inci maddesinin son fıkrası "İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olması" ilkesini düzenlemekte, 6 Ocak 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu da "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalarının İdari Yargının görev alanına girdiğini belirtilmektedir.

33 Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukart, **Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar**, Kehl/Straßburg/Arlington: N.P. Engel Verlag, 1985,

hak ihlaline son vermek, ihlale bağlı sonuçları ortadan kaldırmak ve benzer ihlallerin tekrarını önleyecek tedbirleri almak zorunluluğu bulunmaktadır[34]. Hal böyleyken anılan çerçevede önlemlerle beraber hak ihlalinin giderilmesinin sağlanması, mevcut bir iç hukuk yolunun etkili hale görünümünü sağlayacaktır[35].

Üçüncü olarak, hükümetin bu türden bir başvuru yolunun etkili biçimde varlığını, somut örnekler sunarak ortaya koyması gerekecektir[36]. Bu da anılan yönde verilen kararların belli bir sürekliliğe ulaşması ile mümkündür.

Sonuç olarak belli bir süreklilik taşıyan ve hak ihlalini tespit eden ve buna bağlı olarak da verilecek karar ile hakkı ihlal edilenlerin mağduriyetlerini ortadan kaldırabilecek bir niteliğe sahip bulunan adalet bakanlığının hizmet kusuruna dayalı tam yargı davası, hangi yargı kolunda olursa olsun makul sürede bitirilmeyen davalar için etkili bir iç hukuk yolu olabilecektir. Dolayısıyla bu durumda, mağdur olduğu iddiasındaki kişilerin İHAM'a gitmeden önce, gerçekten "bu ihlali ortadan kaldırabilecek nitelikteki" idare mahkemesinde dava açması gerekecektir. Kaydedelim ki bu yeni durumun, muhtemelen İHAM önünde hâlihazırda görülmekte olan davalara bir etkisi olmayacaktır[37].

---

s.451.; John Cary Sims, *"Compliance Without Remands: The Experience under the European Convention on Human Rights"*, **Arizona State Journal**, Vol. 36, 2004, s.651. Ayrıca mutlaka bkz. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147, 21.3.2006.

34 Rules adopted by the Committee of Ministers for the application of Article 46, paragraph 2 of the European Convention on Human Rights. 46'ıncı maddenin uygulamasına ilişkin Bakanlar Komitesi kararı için bkz. **http://cm.coe.int/intro/e-rules46.htm**, Sims, a.g.e., s. 641.

35 İHAM çeşitli kararlarında makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yönelik, bu ihlalin giderimi için mevcut iç hukuk yollarının etkili hale getirilmesi gerektiğini kaydetmektedir. *Scordino v. İtalya*, 36813/97, 29.03.2006, par.240.

36 *Slavgorodski v. Estonya*, no. 37043/97, 09.03.1999.

37 Konuyla ilgili kural, başvurucuların ihlal sırasında mevcut bulunan hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü altında olmalarıdır. Ancak kimi durumlarda bu ana kuraldan sapmalar olmaktadır. Örneğin İtalya'da makul sürede yargılanma hakkının ihlali sırasında mevcut olmamakla beraber, daha sonradan bu tarz mağduriyetlerin İHAM önünde devam eden davalar açısından da geçerlilik taşıdığı kaydını içeren yeni bir yol/düzenleme karşısında İHAM ana kuraldan sapmış ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Bkz. *Brusco v. İtalya*, 69789/01, 6.9.2001. Michael O'Boyle, *"Efectiveness of Remedies for Complaint of Length of Proceedings-Recent Case- Law and Problems"*, **Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progess**, s.97.
Farklı bağlamda oldukça tartışmalı (Türkiye'deki köy boşaltmaları) kararlar

C. Döngüsel Olasılık

Aktarılan içtihada bağlı üçüncü olasılık ise, anılan içtihattan sonra idari yargının iş yükünde yığılmanın olmasıdır. Çünkü Türkiye'de görülen davaların neredeyse tamamında davanın tarafları yargılamanın makul süreyi aştığından şikâyetçidir. Yeni içtihatla beraber, idari yargının yanında, hukuk ve ceza davaları arasında bir ayrım olmaksızın bütün adli yargı davalarının da ayrıca idari yargı önüne taşınması söz konusu olabilecektir. Buna bağlı olarak da zamanla makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasının incelendiği idari yargılamanın kendisi makul sürede bitirilemeyebilir. Bu ise söz konusu ihlalin paradoksal biçimde yeniden üretilmesi gibi bir sonuç yaratır. Şöyle ki anılan içtihatla beraber bu yolun etkili hale gelmesiyle, bir davanın makul sürede bitirilememesinden dolayı herkes, adalet bakanlığı aleyhine idari yargıda dava açılabilecektir. Ancak yeni açılan bu davanın da makul bir sürede bitirilememesi, bunun da tekrar yeni bir idari yargı davasına sebep olması gibi kısır bir döngüye yol açabilir. (Benzer biçimde Adalet Bakanlığının aleyhine açılan dava neticesinde hükmedilen tazminatların ödenmemesi veya geç ödenmesi durumunda da bu konulardaki yeni davalar da idari yargının iş yükünü arttıracaktır.)

Kanaatimizce bu olasılığın gerçekleşmesi kuvvetle muhtemeldir. Çünkü idari yargının kendisi de Türkiye'deki makul sürede yargılanma sorunundan muaf değildir. Açık ki anılan Mahkeme kararları, adalet bakanlığının -eğer kusuru varsa- kusurunu gidermeye çalışmasını ve zamanla yargısal bir reformu tetikleyebilir. Ancak Türkiye gibi yargı kararlarının yürütme tarafından pek de dikkate alınmadığı, dolanıldığı veya oldukça geç dikkate alındığı bir ülkede, tam tersi bir durum da pek ala söz konusu olabilecektir[38]. Bu olasılığın İHAM açısından anlamı ise, anılan yolun zamanla etkisiz bir yol biçiminde görülmesi olacaktır.

IV. SONUÇ

Danıştay'ın vermiş olduğu kararın olası sonuçlarını sentetik açıdan üç başlıkta genelledik. Ancak açık ki bu olasılıklar, sosyal bilimlere ilişkin her kategorileştirmede olduğu gibi, indirgemecilikle malul görülebilir. Dolayısıyla

---

için bkz. *Dogan ve diğerleri v. Türkiye*, (8803-8811/02, 8813/02 ve 8815-8819/02, 29.06.2004); *İçyer v. Türkiye*, (18888/02, 12.01.2006)

38 Bu konuyla ilgili çok sayıda örnek verilebilir. Konuyla ilgili güncellik taşıyan tipik örnek, 27.01.2011 tarihinde Danıştay tarafından iptal edilen Çevre Etki Değerlendirme (ÇED) Yönetmeliği'nin geçici 3'üncü maddesinin bir ay sonra aynen ve hatta kapsamı genişletirilerek yürülüğe konulmasıdır. Bu vesileyle anılan maddenin Türkiye'de çok büyük tartışmalara yol açan nükleer santral, 3. boğaz köprüsü ve İstanbul-İzmir otoyolu gibi projelerde ÇED raporu alınmadan yapılmasına imkân tanıdığına dikkat çekelim.

aslında bu yöndeki içtihat, çok daha fazla sayıda olasılığı bünyesinde taşımaktadır. Bununla beraber anılan konuyla ilişkili daha az tartışmalı olan nokta Türkiye'deki makul sürede yargılanma sorununun mevcudiyetidir.

Bu açıdan söz konusu içtihat, şüphesiz mevcut sorunun aşılması açısından önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir. Fakat bu tarz yorumların köklü bir yargı reformuyla desteklenmemesi durumunda, bu yöndeki uygulamanın beraberinde bir dizi sorunu getireceği ve beyhude bir çaba anlamına geleceği de açıktır.

Buna ek olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlali sorunu, özünde de diğer hak ihlallerinin yaygınlığından kaynaklanmaktadır. İnsan haklarına saygı duyulmayan ülkelerdeki pratiklerin dünyada genel olarak yükselen jüristokratik[39] eğilim ile buluşmasıyla, yargı organlarının iş yükü hızla artmaktadır. Dolayısıyla, sorunun temelinde her halükarda hak ihlallerinin yaygınlığı bulunmaktadır. Ek sosyal faktörlerle desteklenmedikçe yargısal faaliyetlerin sorun çözme kabiliyeti belli bir sınırı aşamaz. Yani sorun, esasen bütünsel bir yaklaşımla çözülebilir.

Tüm bunlardan sonra, bitirirken, konuyu tüketmek adına dikkatimizi çeken bir anekdotu da not etmemiz gerekiyor. Dikkat edilirse bu içtihat, yüksek yargıda (özellikle anayasa şikâyeti çerçevesinde) Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek yargı mercileri arasındaki gerilimin tırmandığı bir dönemde verilmiştir. Yukarıda AYM'nin iş yükünün büyük bir kısmının makul sürede yargılanma iddialarına ilişkin olduğuna değinmiştik. Yani esasen AYM'nin diğer yüksek yargı mercileri üzerinde bir 'süper temyiz mahkemesi' olma potansiyelinin büyük bir kısmı bu tarz davalarda söz konusu olacaktır[40]. Hal

---

39 Jüristokrasi siyasi olanın hukukileşmesi ve özellikle anayasa yargıçlarının (veya anayasa yargıçları yoluyla siyasal elitlerin) demokratik rejimdeki belirleyici rolüne dikkat çeken, jüri ve demokrasi kelimelerinin fonetiği kullanılarak üretilmiş bir terimdir. Ancak biz bu deyimi daha geniş anlamda, siyasal/hukuki her sorunun yargısallaşması eğilimine dikkat çekmek için kullandık. Konuyla ilgili olarak bkz. Ran Hirschl, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Consitutionalism**, Cambridge/ Massachusetts/ London: Harvard University Press, 2007. Bunun yanında konuyu demokrasi kuramı açısından inceleyen R.A. Chichowski'ye göre davalar, siyasal katılımın yeni bir türü haline gelmiştir ve yurttaşlar her geçen gün, hukuki organlara daha fazla başvurma eğilimindedirler. Rachel A. Cichowski, *"Courts, Rights, and Democratic Participation"*, **Comparative Political Studies**, Vol. 39, No.1, 2006, s.52 vd.

40 2010 yılındaki anayasa değişikliği ile beraber, anayasa şikayeti hakkının Türkiye hukukuna dahil edilmesinden sonra, yeni bir Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun Tasarısı yayımlanmıştır. Söz konusu tasarının 50'inci maddesinde AYM'ye anayasaya aykırı mahkeme kararlarını iptal etme yetkisi tanınmış ve bu düzenleme, AYM'nin "süper temyiz mahkemesine" dönüşeceği itirazı ile karşılanmıştır. Örn bkz. Rıza Türmen, *"Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru",* **Milliyet Gazetesi**, 14.01.2011, Tolga Şirin, *"Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı Hakkında*

böyleyken bu içtihadın artalanında, Danıştay'ın yetki alanının AYM'ye kaptırmama motivasyonun bulunduğu düşünülebilir. Gerçi bir yargı kararının hangi motivasyon ile verilmiş olduğunu tam anlamıyla analiz etmek pek mümkün değildir. Zaten bu, bizim çalışmamızın da konusu dışında kalmaktadır.

Kaynakça

ADDO, Michael L: *"Rights and their Realisation"*, **Economic, Social and Cultural Rights: Progress and Achievement**, Ralph Beddard and Dilys M.Hill (eds.), London: Macmillan, 1992.

ALEXY, Robert/ KUNIG, Philip/ HEUN, Werner/ HERMES, Georg: *"Verfassungsrecht und Einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit"*, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: VVDStRL 61**, Berlin: Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 2002ç

AURESCU Bogdan/ VAN DIJK Pieter/ MALINVERNI, Giorgio/ GARCÍA-MALTRÁS DE BLAS, Elsa/ MATSCHER Franz, *"Study on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceesings"*, Study No.316/2004, CDL-AD(2006)036. Strasbourg, 22 December 2006.

BRETT, Angela, **Verfahrensdauer bei Verfassungsbeschwerdeverfahren im Horizont der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK**, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

BAŞLAR, Kemal: **Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı**, Ankara: Roma Yayıncılık, 2005.

CICHOWSKI, Rachel A.: *"Courts, Rights, and Democratic Participation"*, **Comparative Political Studies**, Vol. 39, No.1, 2006.

Council of Europe, **Can Excessive Length of Proceedings be Remedied (Science and Technique of Democracy)**, Council of Europe Publishing, 2007.

Council Of Europe, "*Ensuring to long-term effectiveness of the European Court of Human Rights- NGO Comments on the Group of Wise Persons"*, **Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progess**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009.

Genel Bir Değerlendirme", **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 9, S.98, Şubat 2011, s.592. Bu çerçevede Yasa yürürlüğe girerken, AYM'nin iptal yetkisi, yeniden yargılama yapılmasına karar verme yetkisine dönüştürülmüştür. Kanaatimizce anılan değişiklik AYM'nin maddi anlamda süper temyiz mahkemesi olma potansiyelini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü süper temyiz mahkemesi kavramı sadece iptal yetkisine indirgenemez. Konu ile ilgili olarak bkz. BVerfGE 7, 207; Fabian von Lindeiner, **Wilkür im Rechtstaat?**, Berlin: Duncker & Humboldt GmbH, 2002, s.202 vd.; Robert Alexy/ Philip Kunig/ Werner Heun/ Georg Hermes, *"Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Facgerichtsbarkeit"*, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: VVDStRL 61**, Berlin: Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 2002, ss. 7-220.; Anılan gerilim ile ilgili olarak ayrıca bkz. Lech Garlicki, *"Constitutional Courts versus Supreme Courts"*, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 5/1, 2007, ss.44-68.

DOĞRU, Osman: **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü**, İstanbul: XII Levha Yay., 2010.

FROWEIN Jochen A./ PEUKART, Wolfgang: **Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar**, Kehl/Straßburg/Arlington: N.P. Engel Verlag, 1985.

GARLICKI, Lech: *"Constitutional Courts versus Supreme Courts"*, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 5/1, 2007.

GERARDS, Janneke: *"Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights"*, **The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond**, Nick Huls/ Maurice Adams/ Jacco Bomhoff (ed.), The Hague: TMC Asser Press, 2009.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C.II, Bursa: Ekin Yay., 2009,

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Yayınevi, 2001,

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, Ankara: İmaj Yay., 2002,

HIRSCHL, Ran: **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Consitutionalism**, Cambridge/ Massachusetts/ London: Harvard University Press.

İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 2.Bası, İstanbul: Beta Yay., 2005.

KABOĞLU, İbrahim Özden/ KOUTNATZIS, Stylianos-Ioannis: *"The Reception Process in Greece and Turkey"*, **A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems**, Helen Keller/Alec Stone-Sweet (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2008.

KELLER, Helen/ STONE-SWEET, Alec, **A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems**, Helen Keller/Alec Stone-Sweet (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2008.

KERŠEVAN, Erik, *"Constitutional Complaint as a general Domestic Remedy and the Shared Responsibility to Implement the European Convention of Human Rights"*, **Concepts of General Domestic remedy and Simplified Procedure for Amending the Convention in the Post-Interlaken Process (In memory of Professor Krzysztof Skubiszewski)**, Warszawa: Konstrast, 2010.

MOWBRAY, Alastair: **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford: Hart Publishing, 2004.

MAUNZ, Theodor / DURIG, Günter: **Grundgesetz**, 61. Ergänzungslieferung, Beck C.H., 2011.

MEYER-LADEWIG, Jens: **Europäische Menschenrechtskonvention**, 3.Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2011.

O'BOYLE, Michael: *"Effectiveness of Remedies for Complaint of Length of Proceedings-Recent Case- Law and Problems"*, **Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progess**, s.97.

PETER Laurence J.: **Peter's Quotations: Ideas for Our Time**, New York: William Morrow and Company, 1977.

SARICA, Ragıp: *"Hizmet Kusuru ve Karakterleri"*, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 15, 1949.

SIMS, John Cary: *"Compliance without Remands: The Experience under the European Convention on Human Rights"*, **Arizona State Journal**, Vol. 36, 2004.

SUSI, Mart: *"The Estonian Judicial System in Search of an Effective Remedy against Unreasonable Length of Proceedings"*, **Jurisdica International Law Review**, Vol. XVI, 2009.

ŞİRİN, Tolga: *"Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı Hakkında Genel Bir Değerlendirme"*, **Legal Hukuk Dergisi**, Vol. 95, 2011.

TÜRMEN, Rıza: *"Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru",* **Milliyet Gazetesi**, 14.01.2011.

Von LINDEINER, Fabian: **Wilkür im Rechtstaat?**, Berlin: Duncker & Humboldt GmbH, 2002.

YILDIRIM, Turan: **İdari Yargı**, İstanbul: Beta Yayı., 2008.

ZUCK, Rüdiger, **Das Recht der Verfassungsbeschwerde**, 3. Auflage, München: C.H.Beck, 2006.

KARARLAR

Assanidze v. Gürcistan, 71503/01, 08.04.2004

Bahceyaka v. Türkiye, 74463/01, 13.06.2007.

Ceven v. Türkiye, 41746/04, 24.11.2009.

Danıştay Onuncu Dairesi Kararı, T. 24.09.2009, E. 2007/5816, K. 2009/8220. (Danıştay Dergisi, Yıl 40, Sayı 123, 2010)

Demirbaş ve diğerleri v. Türkiye, 50973/06, 8672/07 ve 8722/07, 09.12.2008.;

Doğan ve diğerleri v. Türkiye, 8803-8811/02, 8813/02 ve 8815-8819/02, 29.06.2004

Fatih Tas v. Türkiye, 36635/08, 05.04.2011.

Ilaşcu ve diğerleri v. Moldovya ve Rusya 48787/99, 08.07.2004

İçyer v. Türkiye, 18888/02, 12.01.2006

Kudla v. Polonya, 30210/96, 26.10.2000

Lukenda v. Slovenya, 23032/02, 06.10.2005.

Oğur v. Türkiye, 21594/93, 20.05.1999.

Scavuzzo-Hager v. İsviçre, 41773/98, 30.11.2004.

Scordino v. İtalya, 36813/97, 29.03.2006

Slavgorodski v. Estonya, no. 37043/97, 09.03.1999.

Tendik ve diğerleri v. Türkiye, 23188/02, 22.12.2005

Vernillo v. Fransa, 11889/85, 20.02.1991.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 26.01.2008 Tarihli ve C-498/07 P Sayılı La Española V Carbonell Kararı Üzerine Bir İnceleme

Zeynep TUZLU[*]

§1. DAVANIN ÖZETİ, DAVANIN AŞAMALARI ve AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANI KARARI

I. DAVANIN ÖZETİ

Bu çalışmada Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 26.01.2008 tarihli C-498/07 P sayılı La Española (Aceites del Sur) v Carbonell (Koipe) kararı[1] incelenecektir.

İnceleme konusu davanın tarafları La Española markasının sahibi Aceites del Sur Şirketi ve Carbonell markasının sahibi Koipe Şirketi'dir[2]. Söz konusu bu iki marka arasındaki ihtilaf, La Española'nın markasını Topluluk markası için tescil ettirmek istemesi üzerine, Carbonell'in buna itiraz etmesiyle başlamıştır. Carbonell'in Nice Antlaşması'na göre kabul edilen 29. sınıfta yer alan zeytinyağları bakımından İspanya bölgesi için tescil ettirdiği üç adet markası (No 994364, No 1238745, No 1698613) ve yine zeytinyağları için tescil ettirdiği bir adet Topluluk markası (No 338681) bulunmaktadır. Carbonell İspanya bölgesi için markalarını sırasıyla 20 Ekim 1982, 20 Haziran 1988 ve 5 Ocak 1994 tarihlerinde; Topluluk markasını ise 24 Ocak 2000 tarihinde tescil ettirmiştir. La Española ise 23 Nisan 1996'da markasını 29. sınıfta yer alan zeytinyağları için tescil başvurusunda bulunmuştur. La

---

[*] Arş. Gör., İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

[1] OJ C 022, Volume 51, 26.01.2008, s. 27 vd (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= OJ:C:2008:022:0027:0029:EN:PDF, Erişim Tarihi:06.05.2010).

[2] İsim karmaşasına meydan vermemek amacıyla bundan sonra metinde Aceites del Sur şirketi yerine La Española; Koipe şirketi yerine Carbonell ifadeleri kullanılacaktır.

Española'nın başvurusu 23 Kasım 1998'de Topluluk Ticaret Markası Bülteni No 89/98'de yayınlanmıştır. Carbonell, 23 Şubat 1999 tarihinde La Española'nın tescil talebine itiraz etmiştir. OHIM[3]'nin itirazları inceleyen dairesi, ihtilaf konusu markaların figüratif unsurlarının benzer olmakla beraber ayırt edici nitelikte olmadığından, kelime unsurlarına ağırlık verilerek inceleme yapılması gerektiğini ve kelime unsurları açısından da herhangi bir benzerlik bulunamadığından karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar vermiş ve Carbonell'in itirazını reddetmiştir. Carbonell bu kararı temyiz etmiş; ancak, itiraz inceleme dairesinin kararlarını inceleyen OHIM'nin 4. Temyiz Dairesi de aynı gerekçelerle bu kararı onamıştır. Bunun üzerine Carbonell, OHIM'nın 4. Temyiz Dairesi'nin kararına karşı Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuştur. Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi (1. Daire), figüratif ve kelime unsurlarının ayrı ayrı ele alınmasının Topluluk İçtihat Hukuku'nca benimsenen kapsamlı değerlendirme ve genel etki kriterini ihlal ettiğine, söz konusu markaların figüratif unsurlarının zeytinyağları için ayırt edici karakterinin bulunmadığının kabul edilemeyeceğine, La Española markasının kelime unsurunun özellikle İspanya bölgesi için zayıf ayırt edici karakterde olduğuna ve söz konusu markalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde ortalama zeytinyağı tüketicisi bakımından karıştırma ihtimalinin kaçınılmaz olduğuna karar vermiş ve Carbonell'in talebini haklı bulmuştur.

Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi (1. Daire) kararına karşı La Española Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na başvurmuştur. La Española'nın başlıca iki iddiası bulunmaktadır: İlk iddiası 40/94 sayılı Tüzük m. 8 anlamında önceki markanın tespitinde İlk Derece Mahkemesi'nin hatalı değerlendirme yaptığıdır. İkinci iddiası ise İlk Derece Mahkemesi'nin karıştırma ihtimalinin tespitinde kapsamlı değerlendirme kriteri uyarınca somut olaydaki tüm faktörleri (birlikte var olma, önceki maruf marka, markanın kelime unsuru vs.) değerlendirmesi gerekirken yalnızca markaların figüratif unsurlarını ele aldığı ve ortalama tüketici seviyesinin yanlış değerlendirdiğidir.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, İlk Derece Mahkemesi'nin kararını iptal ederek dava konusu markalar arasında karıştırılma ihtimali olmadığına karar vermiştir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir:

(i) Temyiz edilen kararda 40/94 sayılı Tüzük m. 8(1)(b) yanlış şekilde uygulanmış ve "önceki markaların korunduğu bölge" doğru şekilde tespit edilmemiştir. Carbonell'in yalnızca No 994364, No 1238745 ve No 1698613

---

3 Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Desings): İç Pazarda Uyum Sağlama Ofisi (Bundan sonra OHIM olarak anılacaktır).

markaları (İspanya bölgesi için tescilli olan markaları), önceki ihtilafa konu (çatışan) markalar tespit edilmeli ve buna göre karıştırılma ihtimali değerlendirilmeliydi.

(ii) Temyiz edilen kararda yapılması gereken 'kapsamlı değerlendirme' ve 'genel etki' incelemesi yapılmayarak markaların figüratif unsurları ile sözcük unsurları ayrı ayrı incelenmiş ve markaların figüratif unsurlarına ağırlık verilerek sözcük unsurlarının önemi dikkate alınmamıştır.

(iii) Temyiz edilen kararda La Española ile Carbonell arasında karıştırılma ihtimalinin tespiti için uzun süreden beri birlikte var olma ve genel olarak bilinme (marufiyet) hususları davada değerlendirilmemiştir.

(iv) Temyiz edilen kararda, ortalama İspanyol zeytinyağı tüketicisi profili tespit edilirken Topluluk İçtihat Hukuku tarafından "oldukça dikkatli ve ihtiyatlı olarak" tespit edilen ortalama tüketici profili değil, daha düşük bir seviye (dikkatsiz ve ihtiyatsız tüketici modeli) esas alınmıştır.

II. AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANI KARARINA KADAR DAVANIN GEÇİRDİĞİ AŞAMALAR

A. OHIM'NİN İTİRAZ İNCELEME DAİRESİNİN KARARI

La Española'nın Topluluk Ticari Markası olarak zeytinyağı sınıfı için 23 Nisan 1996 tarihli başvurusuna karşı, Koipe 23 Şubat 1999'da itiraz etmiştir. Koipe'nin itirazı OHIM'nin itirazları inceleyen dairesi (Opposition Division) tarafından markalar arasındaki figüratif unsurların genel bakışta farklı etkiye sahip olması, kullanılan karakterlerin her iki marka içinde ayırt edici karakterlerinin zayıf olması ve kelime unsurları açısından da herhangi bir benzerlik taşımadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir[4].

B. OHIM 4. TEMYİZ KURULU'NUN KARARI

4. Daire de buna müteakip temyizi söz konusu görsel öğelerin farklı olması nedeniyle reddetmiştir[5]. 4. Daire'nin gerekçesi şu şekilde özetlenebilir: *"Zeytinyağı ürünü açısından bir kadının zeytin ağacı altında oturduğu figür zayıf bir ayırt edici karakterdir ve burada esas etkiyi kelime unsurları La Española ve Carbonell vermektedir. Koipe'de bu kelimeler arasında fonetik veya kavramsal açıdan bir benzerlik olmadığını inkar etmemiştir."* Ayrıca 4. Daire, İtiraz İnceleme Bölümü'nün önceki İspanyol markalarını tanınmışlık

---

4 OHIM'nin İtiraz İnceleme Bölümü'nün 21.09.2000 tarihli ve 2084/2000 sayılı kararı.

5 11.05.2004 tarihli ve Case R 1109/2000-4 sayılı karar.

açısından değerlendirmemiş olmasını eleştirmiş; ancak kendisi de buna ilişkin bir değerlendirmeye yer vermemiştir.

C. AVRUPA TOPLULUKLARI İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

Carbonell, OHIM'nin 4. Temyiz Dairesi'nin kararını, 31 Ağustos 2004 tarihinde tekrar temyiz ederek Avrupa Topluluğu İlk Derece Mahkemesine başvurmuştur. Avrupa Topluluğu İlk Derece Mahkemesi (1. Daire), 4. Daire'nin kararını iptal etmiştir[6]. İlk Derece Mahkemesi Koipe'nin ilk iddiasını incelemiş ve burada OHIM'in şu iki gerçeği dikkate almadığını belirtmiştir: Birincisi dava konusu markaların genel olarak benzer olduğu ve ortada markette karıştırılmaya yol açabilecek bir benzerlik olduğu gerçeğidir. İkincisi ise tescil başvurusunun konusunu oluşturan ürünlerin (ticari malların), işbu davada zeytinyağlarının, önceki ticari markanın ürünleriyle aynı olduğu gerçeğidir. İlk Derece Mahkemesi kararında, 4. Daire'nin ihtilaf konusu markaların figüratif unsurlarının ayırt edici karakterlerinin zayıflığına dayanak olarak yalnızca, bu işaretlerin zeytinyağı sektöründe genel, sıradan bir yeri olduğunu gösterdiğini belirtmiştir[7]. Bu figüratif unsurlar bir kişinin kırsal bir alanda, daha özel bir anlatımla, zeytinlik bir alanda oturduğu bir şekilden meydana gelmektedir. İlk Derece Mahkemesi buna istinaden şuna dikkat çekmiştir: 4. Daire ne figüratif unsurların zayıf ayırt edici karaktere sahip olduğunu gösterir başka her hangi bir ayrıntıya yer vermiş; ne de ihtilaf konusu markaların figüratif unsurlarına benzer unsurlara sahip olan zeytinyağı sektöründeki diğer markalardan bahsetmiştir[8]. Kısaca İlk Derece Mahkemesi, 4. Daire'nin figüratif unsurların ayırt ediciliğinin zayıf olduğu söyleyen kararının yanlış olduğu sonucuna varmıştır[9]. İlk Derece Mahkemesi buna ek olarak, La Española isminin "kendi başına" zayıf bir ayırt edici karakter taşıdığını da belirtmiş ve 4. Daire'nin ihtilaf konusu markaların figüratif unsurlarının zayıf ayırt edici karaktere sahip olmasından yola çıkarak söz konusu kelime unsurlarına daha çok önem vermesini yanlış bulmuştur[10]. Markaların benzerliği ve karıştırılma ihtimaline ilişkin olarak İlk Derece Mahkemesi şu hususa dikkat çekmiştir: İhtilaf konusu markalara hakim olan unsurların genel olarak bıraktığı izlenim oldukça benzerdir. Her ikisinde de geleneksel giysiler içerisinde bir kadının zeytin ağacının yakınında oturduğu ve arka planda zeytinlik olan bir resim mevcuttur. Ayrıca boşlukların, renklerin, marka adlarının yazıldıkları yerlerin ve

---

6 12.09.2007 tarihli ve Case T-363/04 ECR II- 3355 sayılı karar.

7 Paragraf 75-78.

8 Paragraf 76.

9 Paragraf 87.

10 Paragraf 88-89.

yazılış şekillerinin de hemen hemen aynı olduğu görülmektedir[11]. İlk Derece Mahkemesi'nin kararına göre bu benzerlikler kaçınılmaz şekilde tüketicilerin bir kısmı için karıştırılma ihtimalini doğurmaktadır ve kelime unsurları açısından bakılsa dahi bu kelimelerin farklı olması bu ihtimali azaltamamaktadır; kaldı ki La Española ismi ürünün coğrafi kökeni hakkında bilgi verdiğinden oldukça zayıf bir ayırt edici karakterdir[12]. Bu nedenlerle İlk Derece Mahkemesi, 4. Daire'nin kararının yanlış olduğuna karar vermiş ve burada karıştırılma ihtimali olduğunu kabul etmiştir[13].

III. AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANI KARARI

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın kararı şöyledir:

16 Kasım 2007 tarihinde Aceites del Sur- Coosur S.A. (eski adıyla Aceites del Sur S.A.) tarafından Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi'nin (Birinci Daire) 12 Eylül 2007 tarihli T-363/04 numaralı kararına karşı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na başvurulmuştur. Söz konusu davanın karşı tarafında Koipe Corporacion S.L. ve Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) yer almaktadır.

Taraflar:

Temyiz eden: Aceites del Sur- Coosur S.A. (eski adıyla Aceites del Sur S.A.) adına Avukat J. M. Otero Lastres.

Yargılamada yer alan diğer taraflar: Koipe Corporacion S.L. ve Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs).

Usule ilişkin inceleme:

- Temyiz isteği zamanında ve usulüne uygundur;

- Temyiz uygun görüldü ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı m. 61 ve Usul Kuralları m.113 uyarınca İlk Derece Mahkemesinin kararı iptal edildi;

- Eğer yargılama şartları izin veriyorsa kesin kararın verilmesine;

- Diğer şekilde, Adalet Divanı'nın oluşturduğu muteber ölçütlere uygun olacak şekilde karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine; ve eğer gerekiyorsa Usul Kuralları m. 112 gereğince kesin karara varılması halinde başvuru sahibinin dava masraflarını ödemesine karar verildi.

---

11 Paragraf 103-104.

12 Paragraf 105.

13 Paragraf 112.

Hukuki İddialar ve Temel Savunmalar:

Söz konusu temyiz 12 eylül 2007 tarihli Birinci Daire'nin kararına karşı aşağıda yer alan iki esasa dayanmaktadır:

1- 40/94 Sayılı Tüzük m.8(1) ve (2)(a)(i) ve (ii)'in İhlali:

Temyiz edilen kararın Topluluk Hukuk'unu ihlal ettiği ilk husus: CARBONELL tarafından LA ESPAÑOLA No 236588'in Topluluk ticari markası için başvurusuna karşı ileri sürdüğü "hangi markanın 'önceki' marka olmanın şartını sağladığı" sorusunun konu dışı olduğunu düşünmüş olmasıdır.

Eğer 40/94 sayılı Tüzük m.8(1) ve (2)(a)(i) ve (ii) uygulanmış olsaydı: Mahkeme KOIPE'nin Topluluk markası olan CARBONELL No: 338681'in Topluluk kaydı nedeniyle hasım markalardan "40/94 sayılı Tüzük m.8 (2)(a)(i) anlamında önceki marka" olmadığını kabul etmeyecekti. Eğer bu şekilde hareket edilseydi LA ESPAÑOLA No: 236588'in Topluluk markası olmak için tescil başvurusuna karşı itiraz edebilecek KOIPE'nin önceki markaları yalnızca şunlar olacaktı: CARBONELL'in İspanyol ticaret markaları No 994364, No 1238745 ve No 1698613.

LA ESPAÑOLA No: 236588'in Topluluk markası olmak için tescil başvurusuna karşı önceki marka sınırlaması, m. 8(1)(b)'nin amacına uygun olarak uygulandığında, İspanya Bölgesi'nde korunan önceki markalar için olacaktır. Bu nedenle LA ESPAÑOLA No 236588 ile KOIPE'nin önceki hasım markaları arasında karıştırılma ihtimali bulunanlar yalnızca İspanya Bölgesi içinde yer alan KOIPE'nin önceki korunan markalarıdır. Yani genel olarak Topluluk Bölgesi'nde korunanlar değil, çünkü bu markalardan hiç biri Topluluk markası içermemektedir.

2- 40/94 Sayılı Tüzük m. 8(1)(b)'nin İhlali:

40/94 sayılı Tüzük m. 8(1)(b), tescilli Topluluk markası ve bir veya daha çok önceki çatışan markalar arasında karıştırma ihtimali olduğu gerekçesiyle Topluluk markası olmak için tescil başvurusunun reddi nedenini düzenlemektedir. Bu sebeple, temyiz edilen karar aşağıda yer alan iki nedenden ötürü bu kuralı ihlal etmiştir:

Birinci Kısım

LA ESPAÑOLA No 236588'in Topluluk ticaret markası için başvurusuna karşı "önceki marka" sınırlamasının yanlış uygulanmasının sonuçları:

Öncelikle 40/94 sayılı Tüzük m. 8(1)(b)'nin ihlali hakkındaki şikayet şudur: "Önceki" marka olmanın Topluluk ticaret markası için başvuruldu-

ğunda yanlış bir şekilde sınırlama oluşturması ve bu yanlış sınırlamanın sonuçlarına ilişkin olarak temyiz edilen kararın yargılama konusunu oluşturan ihtilafa m. 8(1)(b)'nin uygulanması.

Mahkemeye sunulan tüm belgelerden varılan sonuca göre temyiz edilen kararda 40/94 sayılı Tüzük m. 8(1)(b)'nin ihlal edilmiştir. Çünkü:

- CARBONELL'İN yalnızca No 994364, No 1238745 ve No 1698613 markaları, önceki çatışan markalar olarak bulunmadı.

- CARBONELL'in sonraki Topluluk markası No 338681 çatışan markalardan açıkça hariç tutulmamıştı.

- Bu iki vakıanın sonucu olarak 'önceki markaların korunduğu bölge' doğru şekilde tespit edilmemiştir. Çünkü önceki markalar münhasıran İspanyol markalarıdır ve bundan dolayı (şirket) İspanyol zeytinyağı tüketicilerinin bölgesindedir.

- Mahkeme bazı paragraflarda 'İspanyol marketler için zeytinyağı' şeklinde bahsetmesine rağmen, bu değerlendirme genel olmayan ve sınırlı bir tutumdur; çünkü dava konusu olan işaretlerin yalnızca şekli unsurlarının ayırt ediciliğinin tespiti göz önüne alınmıştır.

- Sonuç olarak, Mahkeme işaretlerin benzerliğine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapmamış (çünkü Mahkeme değerlendirmesinde *İspanyol marketler için zeytinyağı*'ndan veya işaretlerin kelimelerden oluşan kısmındaki ayırt edici karakterden bahsetmiyor) ve ihtilaf konusu olan işaretlerin karıştırılma ihtimali olduğuna ilişkin diğer faktörleri göz önüne almamıştır.

İkinci Kısım

Çatışan markaların önceki marka olarak korunduğu bölge kapsamında hatalı sınırlamanın etkisi. Yanlış hüküm ve buna müteakip karıştırma ihtimali hakkındaki hükme ilişkin ilgili faktörlerin değerlendirilmesinde yanlışlık:

Temyiz eden tarafından ileri sürülen muhakemede m. 8(1)(b)'nin ihlalini kanıtlamak için iki esasa dayanılıyordu. İlki, mahkameye sunulan belgelerden görülen 'önceki çatışan markalar' ve bu kapsamda etki ettikleri 'önceki marka olarak korundukları bölge' sınırlamasının yanlış uygulanması. İkincisi, bu yanlış sınırlamayı izleyen ve tüm faktörleri Topluluk markası için başvuran LA ESPAÑOLA No 236588 ve CARBONELL'in önceki çatışan İspanyol markaları olan No 994364, No 1238745 ve No 1698613 arasında karıştırılma ihtimali bulunduğu şeklinde göz önüne alan yanlış değerlendirme.

8(1)(b) maddesinin ihlal edildiği temyiz edilen kararda, temyiz edenin dilekçesindeki dayandığı iddialar aşağıdaki gibidir:

- Temyiz edilen kararda ihtilaf konusu markalar 'kapsamlı değerlendirme' veya 'genel etki' kriterleri temel alınmadan incelenmiş, fakat münferit, ardışık ve analitik yaklaşımla birleşik işaretlerin tamamlayıcı unsurları ele alınmış böylece m. 8(1)(b) ve Topluluk İçtihatı ihlal edilmiştir.

Temyiz edilen kararda başlangıçta yapılması gereken 'kapsamlı (ayrıntılı) değerlendirme' ve 'genel etki (izlenim)' incelemesi yapılmamıştır. Bunu yerine mahkeme en başından beri analitik bir tutum sergilemiş ve figüratif unsurları bir yanda, sözcük unsurlarını diğer yanda ayrı ayrı incelemeye tutarak, figüratif unsurlara ağırlık vererek sözcüksel unsurların önemini dikkate almamıştır. Temyiz edilen kararda 'kapsamlı değerlendirme' ve 'genel etki' kriterinden bahsedildiği doğrudur; fakat bu bahsetmenin yeterli olduğu söylenemez. Davaya doğru şekilde uygulanması gerekirken burada yalnızca hükmî bir kriter gibi tekrarlanmıştır. İhtilaf konusu işaretlerin benzerliğinin değerlendirilmesi gerekirken, temyiz edilen kararda öncelikli olarak uygulanması gereken 'kapsamlı değerlendirme' ve 'genel etki' ilkesel kriteri uygulanmamıştır. Analitik bir kriter uygulanmış, markaların figüratif ve sözcük unsurları parça parça incelenmiş ve ondan sonra ayrı bir değerlendirme yapılmıştır. Önce ihtilaf konusu markaların figüratif unsurları, sonra LA ESPAÑOLA'NIN sözcük unsurları incelenmiş ve CARBONELL ismiyle ilgili olmadığı sonucuna varılmıştır.

İkinci olarak, temyiz edilen kararda m. 8(1)(b)'nin ihlal edildiği diğer husus Topluluk markası için başvuran LA ESPAÑOLA No 236588 ile önceki muhalif İspanyol markaları CARBONELL arasında karıştırılma ihtimali kararı için açıkça ilgili olan önceden uzun süreden beri birlikte var olma ve genel olarak bilinmenin (marufiyet) davada değerlendirilmemiş olmasıdır.

- Ortalama İspanyol zeytinyağı tüketicisinin algılaması ve ihtilaf konusu markalar arasındaki farz edilen karıştırılma ihtimali:

Temyiz edilen kararda, Topluluk içtihat hukuku tarafından belirtilen ortalama tüketici profili ima edilirken, bu tüketici modelini kullanılmamış; fakat İspanyol zeytinyağı tüketicisinin ortalama profili Alman İçtihat Hukuku'nda kullanılan ortalama tüketici modeline yakın bir şekilde oluşturulmuştur. Şöyle ki, Topluluk İçtihat Hukuku'na göre seçilen Avrupalı tüketici modeli 'makul düzeyde bilgili, dikkatli (gözlemci) ve ihtiyatlı' iken; Alman İçtihat Hukuku buna nazaran daha 'dikkatsiz ve ihtiyatsız bir tüketici'yi esas alınmaktadır. Ayrıca, temyiz edilen kararda yapılan bir diğer önemli hata, ortalama düzeydeki İspanyol tüketicisinin gösterdiği normal dikkat seviyesinden (makul düzeyde bilgili, dikkatli ve ihtiyatlı) daha düşük bir seviyenin dikkate alınmış olmasıdır.

§2. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. ÖN AÇIKLAMALAR

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar vermesinin esas dayanağı Topluluk İçtihat Hukuku'nca belirlenen ortalama tüketici profilinin söz konusu kararda dikkate alınmamış olmasıdır. Bu nedenle öncelikle karıştırılma ihtimalinin muhatabı olan ortalama tüketici profilinden neyin kast edildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ortalama tüketici algılaması ortaya koyulduktan sonra karıştırılma ihtimalinde kapsamlı değerlendirme ve genel etki kriterlerinden ne anlaşılması gerektiği ve bu kriterlerin somut olaya nasıl uygulanması gerektiği cevaplanmalıdır. Bir diğer hukuki sorun ise karıştırılma tehlikesinde uzun süreden beri var olmanın (co-existed) dikkate alınmasının gerekip gerekmediğidir. İncelememiz açısından hangi ticaret markalarının önceki marka olarak uygulandığının tespitine ilişkin değerlendirme yapılmayacak, KOİPE'nin ilgili markalarının önceki marka olduğu varsayılacaktır[14].

II. ORTALAMA TÜKETİCİ ALGISI BAKIMINDAN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. ORTALAMA TÜKETİCİ ALGISI KAVRAMI ve ANLAMI

Karıştırma tehlikesi, 2008/95 sayılı Avrupa Topluluğu Direktif'i[15] m. 4(1)(b) hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, bir marka önceki marka ile özdeş veya benzer ise ve bu markaların yer aldığı mal ve hizmetlerin de benzer ve özdeş olması halk tarafından önceki marka ile aralarında bağlantı kurulması tehlikesini içeren karıştırma tehlikesi olması halinde marka tescil edilemez veya edilmişse geçersiz kılınır.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname[16]'nin nispi tescil engellerini düzenleyen m. 8(I)(b) hükmü de 2008/95 sayılı Direktif'e paraleldir. Bu hükme göre tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa, tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer

---

14 Zira Carbonell'in No 994364, No 1238745 ve No 1698613 sayılı ticaret markalarının önceki marka olduğu tartışmasızdır.

15 OJ L 299, Volume 51, 08.11.2008, s. 25 vd. (İnceleme konusu davada o tarihte yürürlükte bulunan 89/104 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi ile 40/94 sayılı Topluluk Ticaret Markası Tüzüğü esas alınmıştır. Biz incelememiz bakımından yeni düzenlemeleri ele almaktayız; ancak belirtmek isteriz ki söz konusu dava bakımından ilgili hükümler açısından yeni metnin içeriği eski düzenlemeyle aynıdır.)

16 RG, 27.06.1995, No. 22326.

ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa, tescil edilmiş ya da tescil için başvurusu yapılmış bir markanın sahibinin itiraz etmesi üzerine marka tescil edilemez.

Bir markanın aynen alınarak farklı renklerde, büyüklükte, yazı stilinde veya grafik düzeninde yazılması ayniyeti ortadan kaldırmaz ve bu markalar aynı sınıfına girer[17]. Bazı durumlarda ise gözde farklı iz bırakmasına rağmen, kulakta bıraktığı tesir aynı ise ayırt edilemeyecek kadar ayniyet olduğu kabul edilmektedir[18]. Örneğin Chanel-Şanel, Pril-Piril, Lux-Lüks, Neks-Nex, Piriz-Priz ibareleri arasında ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanma söz konusudur[19]. Markanın esas unsurunun aynı olmasına karşılık, malın cinsi veya niteliğini belirten ibarenin bulunması halinde de ayırt edilemeyecek kadar benzer marka olduğu kabul edilmektedir (Sultanahmet Köftecisi-Meşhur Sultanahmet Köftecisi, Camsil-Gerçek Camsil)[20]. Bu gibi hallerde TPE herhangi bir inceleme ve yoruma gitmeden markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğuna karar verecektir. Bu yüzden bu durum 556 sayılı KHK'nın m. 7 (1)(b) hükmünde aynı zamanda mutlak bir red sebebi sayılmaktadır.

Markaların benzerliği ve benzer mal ve hizmette kullanılması ise karıştırma ihtimaliyle ölçülmektedir. 556 sayılı KHK'da benzer mal ve hizmetlerden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemekle birlikte, "Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması[21]"nın 2. maddesinde sınıflandırmanın etkisinin taraf devletlerce belirleneceği, bu sınıflandırmanın tescil edilen marka için sağlanan koruma kapsamının değerlendirilmesinde bağlayıcı olmayacağı belirtilmiştir. Doktrinde de mal ve hizmetlerin benzerliğinin tayininde markaların gerek uluslararası sınıflandırılmasının gerek ulusal hukuka (TPE'nin 2007/2 sayılı Tebliği[22] ile) yansıyan sınıflandırmanın esas alınamayacağı, bu sınıflandır-

---

17 **Yasaman, Hamdi**: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, İstanbul 2004, s. 228. Bu hususlar 551 sayılı Markalar Kanunu'nda aynen kullanma olarak kabul edilmekteydi (m. 47/a).

18 **Yasaman**, Şerh, s. 228.

19 **Tekinalp**, s. 412; **Yasaman**, Şerh, s. 396.

20 **Yasaman**, Şerh, s. 396.

21 RG, 13.08.1995, No. 22373.

22 RG, 08.01.2007, No. 26397.

manın sadece tescil amacına hizmet etmekte olduğu kabul edilmektedir[23]. Yargıtay da kararlarında Nice Anlaşması ile oluşturulan, markaların tescilinde kullanılabilecek mal ve hizmetlerin gösterildiği sınıflandırmada gözetilen ölçüt ve ilkelerin dikkate alınmasından bahsetmekte ve Tebliğ'deki sınıflandırmaları göz önüne almaktadır; ancak, bunu somut bir hukuku kuralı olarak benimsememekte, markaların aynı sınıf için tescil başvurusunda dahi aynı cins emtia ya da hizmette kullanılıp kullanılmayacağını araştırmakta ya da farklı sınıflar için tescil varsa veya tescil başvurusu yapılmışsa bunların aynı veya aynı türdeki mal ve hizmete ilişkin olup olmadığını değerlendirmektedir[24]. Mal ve hizmetlerin benzerliğinin tayininde bunların benzer alıcı çevresine hitap edip etmedikleri ve benzer ihtiyaçları gidermede kullanılıp kullanılmadıkları kısaca piyasa anlayışı ile karıştırılma ihtimalinin esas alınması gerektiği belirtilmektedir[25]. Bir başka anlatımla mal ve hizmetlerin benzerliğinin tayininde de ortalama tüketici kriterinden yararlanılmaktadır.

Yukarıdaki düzenlemelere bakıldığında karıştırma tehlikesi için şu üç unsurun gerektiği görülmektedir: Tescile konu mal ve hizmetlerin benzerliği, markaların benzerliği ve önceki markanın ayırt etme gücü[26]. Bu hususlar dikkate alındığında karıştırma tehlikesi iki işaret arasındaki benzerlik nedeniyle, bir mal veya hizmetin alıcısının yani genel anlamda halkın, işaretlerin özdeş, işaret sahiplerinin aynı olduğu veya birbirleriyle ilişki içinde bulunduklarını düşünerek ve almayı tasarladığı, bildiği veya duyduğu bir mal ve hizmeti aldığı zannı ile başka bir işletmenin aynı veya benzer malını veya hizmetini alma ihtimaliyle karşı karşıya olması şeklinde tanımlanabilir[27].

---

23 **Tekinalp**, s. 413. Benzer mal ve hizmetlerin tescil sırasında belirlenen sınıflar ve alt gruplara göre tespit edilebileceği yönünde bkz.: **Yasaman**, Şerh, s. 397; **Meran, Necati:** Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004, s. 39.

24 Yarg. 11. HD. 30.09.2002 Tarihli, E. 3967, K. 8316 sayılı karar s. 40-42; Yarg. 11. HD. 16.05.2002 Tarihli, E. 1990, K. 4808 sayılı karar (**Meran**, s. 42-44); Yarg. 11. HD. 13.03.1998 Tarihli, E.5647, K. 1704 sayılı karar, s. 47-49 (**Meran**, s. 40-49). Yarg. 11. HD. 25.03.1999 Tarihli, E.9096 K. 2605 sayılı karar (**Meran**, s. 87). Aynı yönde bkz.: **Arkan, Sabih:** Marka Hukuku, Cilt I, s. 74, 75, dn.: 12.

25 **Arkan**,Cilt I, s. 102; **Karahan**, **Sami:** "Markalarda İltibas", SÜHFD, Ocak- Haziran 1990, C.: III, S.: 1, s. 220; **Tekinalp**, s. 413.

26 **Uzunallı, Sevilay:** Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, İstanbul 2008, s. 154.

27 **Omağ, Merih Kemal**: "Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması", Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ocak-Aralık 1991, C.: 6, S.:1-3, s. 12; **Teoman, Ömer:** Yaşayan Ticaret Hukuku, C.: I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 5: 1992-1993, Ankara 1995, 1. Bası, s. 52;**Karayalçın**, **Yaşar:** Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, "Hukuki Mütalâalar", V, 1992-1996, Ankara 1997, s. 8,9; **Arkan**, Cilt I, s. 98; **Tekinalp**, s. 407; **Dirikkan, Hanife**: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 163; **Yasaman**, Şerh, s. 400; **Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi**:

2008/95 sayılı Direktif'in m. 4(1)(b) hükmünde ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin m. 8(I)(b) düzenlemesinde karıştırma ihtimalinin muhatabı olan halktan kasıt, ürünü talep eden ya da mal veya hizmetin sunulduğu alıcılardır[28]. Gerek Avrupa Toplulukları Adalet Divanı gerek Yargıtay kararlarında markaların benzerlik düzeylerinin incelenmesi ve karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde markanın hitap ettiği çevreye göre belirlenen "ortalama tüketici[29]" ölçütü esas alınmaktadır[30].

Markalar arasında karıştırılma ihtimali söz konusu olduğunda bu tehlikeyle karşı karşıya olan ilgili toplumsal çevredir[31]. İlgili toplumsal çevre mal ve hizmetin türüne göre değişecektir. İlgili çevre, bir gıda ürünü söz konusu ise her kesimden alıcıdan oluşacakken, bir otomobilin yedek parçası söz konusu olduğunda özel bir alıcı grubundan oluşacaktır. Keza bir reçeteli ilaç ürününün tüketiminde ilgili çevre uzmanlık sahibi alıcı grubundan meydana gelecektir[32]. Karıştırılma tehlikesinin varlığı araştırılırken ilgili toplumsal

---

Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2010, 13. Bası, s. 476,477; **Epçeli, Sevgi**: Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006, Birinci Baskı, s. 1; **Küçükali, Canan**: Marka Hukuku'nda Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2009, s. 117.

28 **Yasaman**, Şerh, s. 399.

29 Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde, ilgili çevre ile tüketici (consumer) kavramlarını eşit tutmaktadır. Tüketici terimi daha çok nihai tüketiciyi karşılamada kullanılmakla beraber, burada tüketici mal ya da hizmeti kişisel amaçla tüketen olabileceği gibi, mesleki amaçla tüketen kişi de olabilir. Diğer yandan üretim veya dağıtım zincirinde bulunanlar tarafından mal ve hizmet alımında tüketiciden bahsedilmez. Burada tüketici teriminden daha geniş olan müşteri/alıcı (customer) ifadesi üretim ve dağıtım zincirini de kapsadığından daha uygun düşmektedir. ATAD her ne kadar kararlarında ortalama tüketici algısından bahsetse de tüketici kavramını genel alıcıları da içine alacak şekilde geniş yorumlamakta ve markanın hitap ettiği çevreye göre ortalama şahsı belirlemektedir (General Remarks, s. 13,14).

30 Yargıtay bazı kararlarında "ortalama tüketici" yerine "halk tarafından karıştırılma" (Yarg. 11. HD. 04.10.1999 Tarihli, E. 1999/5327, K. 1999/7505 sayılı karar), "orta düzey tüketici" (Yarg. 11. HD. 12.11.2002 Tarihli, E. 2002/6904, K. 10352 sayılı karar), "sıradan alıcılar nezdinde" (Yarg. 11. HD. 19.10.2004 Tarihli, E. 2003/13602, K. 2004/10026 sayılı karar), "orta kültür seviyesindeki tüketici" (Yarg. 11. HD. 02.10.2000 Tarihli, E. 2000/6447, K. 2000/7287 sayılı karar), "vasat dikkat, zeka ve bilgi seviyesindeki bir müşteri" (Yarg. 11. HD. 26.09.1995 Tarihli, E.1995/4669, K. 1995/5580 sayılı karar) ibarelerini kullanmıştır (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.08.2010).

31 **Cengiz, Dilek**: Türk Hukukunda İktibas veya İltimas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s. 29; **Poroy/Yasaman**, s. 477; **Dirikkan**, s. 188; **Küçükali**, s. 117.

32 " ACTOS" ve "ATOKS" ibareli ilaçların potansiyel tüketicilerinin doktor ve eczacılar olduğu düşünüldüğünde bu alıcıların hayli dikkatli olduğu, her iki ibarenin semantik olarak birbirlerinin aynısı olmadıkları gibi, telaffuzları ve yazılışlarının farklı olduğu, görsel, sözel ve mana anlamlarında benzerliğin olmadığı, 556 s.

çevrenin ortalama profili esas alınacaktır. Ancak ortalama alıcı kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesine maruz kalmasa bile bir kısmının bu risk altında bulunması halinde karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiği kabul edilmektedir[33].

Malın ya da hizmetin hitap ettiği kitlenin ortalama profiline göre ortalama tüketici algısı belirlenecektir. Bunun için gerektiğinde bilirkişi raporu veya kamuoyu araştırmasına başvurulmalıdır[34]. Yani tüketicinin o mal ya da hizmeti seçerken gösterdiği dikkat ve özen burada önemlidir. Bu özen ve dikkat kişiden kişiye olduğu gibi, ürünün çeşidine, ekonomik değerine hatta marketlerde yer aldığı rafın sırasına ve satış yöntemine göre bile değişmektedir[35]. Örneğin gerekli bilgiye sahip olmayan vasat bir alıcının ilaç satın alırken, sarf edeceği dikkat ile bir marketten tüketim maddesi alırken sarf edeceği dikkat aynı olmayacaktır[36]. Yahut yüksek değerde ve mutat bir kullanmaya konu olmayan mallarda, alıcıların malın seçimini özel bir dikkatle yaptıkları söylenebilir[37]. Bu nedenle kesin ve soyut bir şekilde ortalama tüketici algısından söz edilemez. Somut olaya göre ve karıştırılma ihtimalinin söz konusu olduğu markaların ortalama tüketicisi profiline göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bununla birlikte gerek Avrupa Toplulukları

KHK'nin 8/1-b anlamında benzerlik ve karıştırma ihtimali bulunmadığına ilişkin karar için bkz.: Yarg. 11. HD. 09.10.2006, E. 2005/9355, K. 2006/9933 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:12.08.2010). Yargıtay, yerel mahkemenin doktor tarafından yazılan ve genellikle okunaksız yazılan reçetelerin eczacı ya da kalfası tarafından karıştırılabileceği görüşünü subjektif bulmuş ve objektif kriterlere göre markaların bilinçli kullanıcı yönünden ayırt edilemeyecek ölçüde benzer olamadıkları gerekçesiyle kararı bozmuştur, Yarg. 11. HD. 13.01.2003 Tarihli, E. 2002/7864, K. 2003/48 sayılı karar (**Yasaman**, Şerh, s. 399).

33 YHGK 07.06.2006 tarihli, E. 2006/11-338, K. 2006/338,www.kazancı.com.tr (Erişim Tarihi:10.08.2010); TD. 27.05.1941, E. 43/1457, K. 1323 (**Karahan**, Markalarda İltibas, s. 227, dn: 39). Aynı yönde bkz.: General Remarks, s. 16; **Cengiz**, s. 31.

34 Yarg. TD., 18.10.1958 tarihli, 2175 E., 2765 K. sayılı kararı (BATİDER 1961, C.:I, S.:2, s.243 vd.); YHGK 07.03.2007 Tarihli, E. 2007/11-94, K. 2007/113 sayılı karar; Yarg. 11. HD. 01.07.2003 Tarihli, E. 202/1728, K. 2003/7187 sayılı karar; Yarg. 11. HD. 16.11.1995 Tarihli E. 1995/7491 K. 8600/1995sayılı karar; Yarg. 11. HD. 28.6.1988 Tarihli, E. 1987/8850 K. 1988/4339 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.08.2010); **Karahan**, Markalarda İltibas, s. 217; **Omağ**, s. 12; **Cengiz**, s. 8, 33; **Dirikkan**, s. 192; **Epçeli**, s. 49; **Küçükali**, s. 143; **Uzunallı**, s. 155, dn: 380.

35 **Arkan**,Cilt I, s. 103; **Yasaman**, Şerh, s. 398; **Küçükali**, s. 119.

36 **Öztek**, Selçuk: "İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukuku'nun Çözümlenmemiş Bazı Genel Sorunları", Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ocak-Aralık 1991, C.:6, S.:1-3, s. 17.

37 İsviçre Fed. Mah. 22.01.1935, JdT. 1935 I 409 (**Kaniti**, Salamon: "İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları", Batider 1961, C.:I, S.:2, s. 236); **Karahan**, Markalarda İltibas, s. 229; **Yasaman**, Şerh, s. 398.

Adalet Divanı gerek OHIM kararlarında ortalama tüketici algısı "makul düzeyde bilgili, dikkatli ve ihtiyatlı" olarak kabul edilmekte; ancak tüketicinin bu ilgisinin mal veya hizmetin kategorisine göre değişebileceği de belirtilmektedir[38]. Ortalama tüketicinin, markayı bir bütün algıladığı ve ayrıntıları dikkate almadığı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarında belirtilmektedir[39]. Yine yerleşik Topluluk İçtihat Hukuku'na göre ortalama tüketici, markalar arasında doğrudan karşılaştırma şansına nadiren sahiptir ve markaların daha önce zihninde kalan görüntüsüyle karşılaştırma yapmaktadır[40]. İşaretler arasındaki teferruat farklarına rağmen, iki markanın genel görünüşü halkın zihninde aynı intibaı uyandırıyorsa karıştırma ihtimali vardır[41]. Zira karıştırma ihtimalinin tespitinde markaların farklılıkları değil, benzerlikleri göz önünde tutulur ki farklı kısımlar çoğunluğu dahi oluştursa, benzeyen kısımlar karıştırma ihtimalini doğurmaya kafi ise karıştırma ihtimali vardır[42].

Türk Hukuku'nda Yargıtay'ın yaklaşımı da Avrupa Topluluk Hukuku'nda benimsenen görüşe paraleldir. YHGK'u bir ilke kararında bunu açıkça ifade etmiştir: "*...karıştırmada da asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır. Tüketicinin, her iki markayı her zaman aynı anda görüp detaylarını karşılaştırabildiğini düşünmek hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi markada yer alan yardımcı unsurlar ile ve ayırım gücü az olan ifadeleri her zaman hatırında tutabileceği de düşünülemez. Daha önce gördüğü, yararlandığı, satın aldığı ve denediği bir malın yahut hizmetin markasının, göz ve kulağında kalan izine, hatırlayabildiği kadarıyla hafızasında kalan özelliklerine dayanarak, sonraki aynı veya benzer mal ve hizmetlere ilişkin alışverişlerinde de aynı veya benzer markayı taşıyan ürünü satın almak yahut hizmetten yararlanmak istemek tüketicinin en genel yaklaşımıdır. Bu şekilde, genel olarak ürünün önemine göre tanıdığı, beğendiği ve bilinirliği ile güvenilirliği kanıtlanmış bir markayı seçerek, zaman kıtlığından doğan birtakım olumsuzluklardan da kurtulmuş olduğunu ve markanın sağladığı garanti fonksiyonunun kolaylığından yararlandığını düşünmesi doğaldır…Davalı işaretini gören ve duyan tüketiciler daha önce tanıdığı davacı markalarının bıraktığı*

---

38 Case C-251/95 SABEL [1997] ECR I-6191, paragraf 23; Case C-342/97 Lloyd Schuhfabrik Meyer [1999] ECR I-3819, pragraf 26; Case T- 363/04 [2007] ECR II-3355 pragraf 107.

39 Medion AG v Thomson Multimedia Sales Germany & Austria GmbH (Case C-120/04) ECJ, paragraf 28; Meyer, paragraf 25; Sabel, paragraf 23; Fifties, paragraf 28.

40 Meyer, paragraf 26; Case T-10/03 Koubi v OHIM – Flabesa(CONFORTFLEX) [2004] ECR II-719, paragraf 45; İsviçre Fed. Mah. 28.06.1921, JdT. 1921 I 514; İsviçre Fed. Mah. 22.01.1935, JdT. 1935 I 409 (**Kaniti**, s. 235 ve 237).

41 İsviçre Fed. Mah. 26.04.1912, JdT. 1912 I 395 (**Kaniti**, s. 235).

42 **Karahan**, Markalarda İltibas, s. 237.

intibaı hatırlayacak ve en önemlisi, bu hatırlama davalı adına tescil olunan itiraza konu markanın daha önce tescil edilip kullanılmakta olan davacı markalarının bir başka versiyonu, serisi veya uzantısı olduğunun ya da davacının vermiş olduğu bir lisans gereği ürünler üzerinde kullanıldığının algılanmasına yol açabilecektir" [43].

B. ORTALAMA TÜKETİCİ ALGISI BAKIMINDAN AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İlk Derece Mahkemesinin Esas Aldığı Kriter

Mahkeme görsel hususlarda iki işaret arasında pek çok benzerlik bulmuştur[44]:

- Her ikisinin de etiketi, dış kenarlarının kırmızı bir hatla çevrili olduğu aynı ebatta dikey bir dikdörtgendir

- Her ikisi de, ön planda, oturur şekilde, etek, beyaz bluz ve kenarları püsküllü kırmızı bir şal giymiş benzer kıyafetler içinde bir kadın resmini içermektedir.

- Her iki kadın da saçları geriye doğru toplanmış, sağ kulaklarında bir çiçek ve dekoratif bir tarakla resmedilmişlerdir;

- Her iki kadın da kolları çıplak, başları sola dönük ve koyu sarı renkte bir duvarın üzerinde oturur bir şekilde resmedilmişlerdir;

- Her iki kadının da başının yakınında bir zeytin dalı yer almaktadır;

- Her ikisinde de ürünü tanımlamak için üst şeritte dışa doğru kıvrımlı bir etiket vardır;

- Her ikisinde de, marka adları arka planı kırmızı beyaz bir kutunun içinde yer almaktadır;

- Kutuların alt taraftaki etikelerin şekli ve iç taraftaki etiketlerin şekli aynıdır;

---

43 YHGK 07.06.2006 tarihli, E. 2006/11-338, K. 2006/338 (www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi:24.08.2010). Aynı yönde bkz.: YHGK 18.02.1976 Tarihli, E. 1974/11-213, K. 1976/244 sayılı karar;Yarg. 11. HD. 09.10.2006 Tarihli, E. 2005/9098, K. 2006/9958 sayılı karar; Yarg. 11. HD. 29.01.2007 Tarihli, E. 2005/14007, K.2007/998 Sayılı karar; Yarg. 11. HD. 04.05.2006 Tarihli, E. 2005/4782, K. 2006/5172 sayılı karar; Yarg. 11. HD. 30.10.2006 Tarihli, E. 2005/9977, K. 2006/10732 sayılı karar; Yarg. 11. HD. 02.10.2000 Tarihli, E. 2000/6447, K. 2000/7287 sayılı karar (www.kazanci.com.tr,Erişim Tarihi: 24.08.2010).

44 Paragraf 100.

- Marka adları kırmızı beyaz renklerde ve aynı büyüklükte yazılmıştır;

- Kadın figürünün arkasındaki boşlukta aynı renklerde çayır ve açık alan yer almaktadır.

Mahkeme yukarıda belirtilen figüratif unsurların benzerliğine dikkat çekmekte; renk kombinasyonları ve dizaynları ile resimlerin ancak çok dikkatli incelemeyle fark edilebilecek küçük farklılar içerdiğini belirtmektedir[45]. Bu benzerliklerin ise, kaçınılmaz şekilde, tüketicilerin bir kısmında söz konusu markalar arasında karıştırılma ihtimaline yol açacağını kabul etmektedir[46]. Çünkü ortalama tüketici markaları çok nadiren birebir doğrudan karşılaştırma şansına sahiptir ve bu karşılaştırmayı daha önce kullandığı ya da almayı düşündüğü markanın zihninde kaldığı haliyle yapar (*Meyer,* paragraf 26)[47]. Bu hakikat markaların görsel ve kolayca algılanan unsurlarına ağırlık verilmesini gerektirir ki, bu davada figüratif unsurlar bu etkiyi yaratmaktadır[48].

İlk Derece Mahkemesi, Topluluk İçtihat Hukuku'nca benimsenen ortalama tüketici algısının makul düzeyde bilgili, dikkatli ve ihtiyatlı olduğunu belirtmiştir[49]. Fakat yine aynı içtihatta belirtilen bu durumun (tüketicinin dikkat seviyesinin) mal ve hizmetin durumuna göre değişiklik göstereceği görüşünden yola çıkarak, İspanyol tüketicileri bakımından bir değerlendirme yapmıştır. İlk Derece Mahkemesi, zeytinyağının İspanya'da çok yaygın bir tüketim ürünü olmasından hareket ederek ortalama tüketicinin dikkat seviyesinin bu durumda düşük olduğuna karar vermiştir[50]. İlk Derece Mahkemesi, zeytinyağlarının çok yaygın olarak süpermarketlerden alındığına ve ürünlerin raflarda farklı markalarla bir arada bulunduğuna dikkat çekmiştir[51]. Bu tip satış noktalarında tüketicinin marketin farklı bölümlerden birbirini izleyen alımları arasında az zaman harcadığını, tüketicinin aradığı ürünün ismini sözlü olarak birinden istemediğini, rafta görüp aldığını belirt-

---

45 Paragraf 101.

46 Paragraf 104.

47 Paragraf 106.

48 Paragraf 106. Ambalajlarda kullanılan hakim renkler arasında ayniyete yakın benzerlik, kelime unsurlarının (ŞIPSEVDİ ve DONDURMALI) farklı olmasına rağmen, vasat seviyedeki parekende alıcıların, özellikle sakızların tabii müşterisi olan çocuk ve gençlerin- normal bilgi ve ayırt etme seviyesi dolayısıyla- bu iki ürünü birbirinden ayırt edememeleri nedeniyle söz konusu markalar arasında karıştırma ihtimali vardır (**Karayalçın**, s. 9).

49 Paragraf 107.

50 Paragraf 108.

51 Paragraf 109.

miştir[52]. Mahkeme bu sebeple de fonetik farklılıkların ihtilaflı markalar arasındaki ayırt ediciliği sağladığı yolundaki iddiayı ilgisiz bulmuştur[53]. Bu şartlar altında da tüketicinin doğrudan markaların çeşitleri hakkında karşılaştırma yapmayacağını, her bir zeytinyağının üzerinde yer alan bilgileri tek tek okumayacağını dile getirmiştir[54]. Çoğu durumda tüketici yalnızca aradığı markanın etiketini taşıdığını düşündüğü şişeyi alacaktır[55]. Bu durumu göz önüne alarak İlk Derece Mahkemesi, OHIM kararlarının aksine, burada figüratif unsurların daha fazla önem arz ettiği sonucuna varmıştır[56].

İlk Derece Mahkemesi bu görüşünü, tüketicinin bir süper markette aradığı ürünleri seçerkenki hızı incelendiğinde, tüketicinin ihtilaf konusu işaretler arasındaki farklılıkları daha zor fark edeceğini, benzerliklerin ise daha çok gözüktüğünü, çünkü ortalama tüketicinin markayı bir bütün olarak algıladığını ve onun ayrıntılarını incelemeye girmeyeceği ile desteklemektedir[57].

Carbonell markası 1904'ten beri İspanyol piyasasında zeytinyağı ürünleriyle tanınmaktadır ve kullandığı resim otomatik olarak bu markayı akla getirmektedir[58]. Mahkeme, bu benzerlikler dikkate alındığında ve "La Española" kelimesinin ayırt edici olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, tüketicilerin La Española markasını, Carbonell'in bir alt markası olarak algılayacağına ve Carbonell'in farklı bir nitelikteki zeytinyağını bu şekilde adlandırdığını düşüneceğine karar vermiştir[59]. Bu sebeple ihtilaf konusu markalar arasında karıştırma ihtimali olduğunu kabul etmiştir[60].

2. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Esas Aldığı Kriter

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, İlk Derece Mahkemesi'nin görüşünü Topluluk İçtihat Hukuku'nca benimsenen[61] ortalama tüketici algısını dikka-

---

52 Paragraf 109.

53 Paragraf 109. Mahkeme, kelime unsurları göz önüne alındığında dahi "La Española" kelimesinin yalnızca malın kökenine ve coğrafi kaynağına ilişkin olduğuna dair bir izlenim uyandırdığından ayırt edici gücü olmadığını da belirtmektedir (Paragraf 105,111).

54 Paragraf 109.

55 Paragraf 109.

56 Paragraf 109.

57 Paragraf 110.

58 Paragraf 111.

59 Paragraf 111.

60 Paragraf 112.

61 Lloyd, paragraf 26; Picasso, paragraf 38.

te almadığı, bunun yerine Alman İçtihat hukukunca benimsenen dikkatsiz ve ihtiyatsız tüketici modelini tercih ettiği gerekçesiyle eleştirmiştir. Adalet Divanı'na göre, İlk Derece Mahkemesi, makul düzeyde bilgili, dikkatli ve ihtiyatlı olan ortalama İspanyol zeytinyağı tüketicisinin normalde gösterdiği dikkat seviyesinin yerine, zeytinyağı markası bakımından tüketicilerin daha düşük bir dikkat seviyesi olacağını farz etmiştir[62]. İlk Derece Mahkemesi kararında Avrupa Topluluk İçtihat Hukuku'nca benimsenen tüketici modeline atıf yapmasına rağmen, oldukça ihmalkâr bir tüketici modelini esas alır şekilde bir ortalama tüketici profilini dikkate alarak karar vermiştir[63]. Kanun sözcüsüne göre, İlk Derece Mahkemesi'nin ilgili tüketici bakımından değerlendirmesi, Topluluk İçtihat Hukuku'nca saptanan "makul düzeyde bilgili, dikkatli ve ihtiyatlı tüketici" kriterine uygun değildir[64]. Yine kanun sözcüsüne göre, İlk Derece Mahkemesi'nin ihtilaf konusu markaların mevcut kelime unsurlarını büyüklükleri ve önemlerine rağmen dikkate almaması mantıksızdır[65]. Adalet Divanı, kanun sözcüsünün görüşüyle aynı yönde sonuca vararak; İçtihat Hukuku'nca benimsenen tüketici modelinin ihtilaf konusu markaların kelime unsurlarını da dikkate alarak markaların bütün unsurlarını bir bütün olarak algılayacağını ve bu nedenle karıştırma ihtimalinin doğmayacağına hükmetmiştir.

3. Esas Alınması Gereken Kriterler Bakımından Görüşümüz

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın atıfta bulunduğu Lloyd ve Picasso kararlarına bakıldığında, bu kararlarda da "makul ölçüde bilgili, dikkatli ve ihtiyatlı" tüketici kriterinin tekrarlandığı ancak somut olay bakımından karıştırılma ihtimali bulunan işaretlerin tüketicinin akılda kalan kısmıyla değerlendirildiği görülmektedir. Hatta açıkça belirli bir yüzde verilemeyeceği kararda belirtilmektedir[66]. Lloyd kararına bakıldığında karıştırma ihtimaline konu markalar ayakkabı markalarıdır ve mahkeme LLOYD ve LOİNT'S kelimelerinin işitsel açıdan benzemesi nedeniyle karıştırılma ihtimali olduğunu kabul etmiştir. Bizim inceleme konusu olayımızda ise zeytinyağı markaları söz konusudur. Bir zeytinyağının raftan alım süresiyle bir ayakkabının alım süresini karşılaştırdığımızda, kabul edilmesi makul olan ikincisinin daha uzun sürmesidir. Ayakkabı ürünü genel olarak zeytinyağından daha

---

62 Aynı yönde bkz.: Opinion of Advocate General, Paragraf 25 (http://oami.europa.eu/ows/rw/resource /documents/CTM/case-law/jj070498_en.pdf, Erişim Tarihi: 20.10.2010).

63 Opinion of Advocate General, Paragraf 55.

64 Opinion of Advocate General, Paragraf 56.

65 Opinion of Advocate General, Paragraf 57.

66 Lloyd, paragraf 24.

pahalı bir üründür ve ortalama bir tüketiciden beklenen davranış ayakkabıyı deneyerek almasıdır. Bu da şüphesiz ayakkabı alımının zeytinyağı almaktan daha uzun bir süreyi gerektirdiğini gösterir. Zira gerek orta seviyedeki alıcıdan gerek bilinçli alıcıdan beklenilmesi gereken davranış budur. Varmak istediğimiz nokta şudur: Bir ürünü alırkenki geçirilen zaman, ürünün ekonomik değeri, ürünün satın alındığı yer vs. tüm faktörlere bakılarak ortalama tüketici algısının belirlenmesi gerekir. Alım süresinin kısaldığı, malın ya da hizmetin alımının günlük iş halini aldığı durumlarda yanılma payı yükselir[67]. Adalet Divanı'nın Lloyd ve Loint's kelimelerinin karıştırma ihtimaline yol açtığına karar vermesinin nedeni ayakkabıların satın alınış şekli (sözlü olarak satıcıdan istenmesi) ve genellikle kelimelerin ilk hecelerinin tüketicinin zihninde kalan kısım olmasıdır. Bu neden, bizim inceleme konusu olayımız açısından ise bizi tam tersi bir sonuca götürür. Somut olayımızda karıştırma ihtimaline konu markalar zeytinyağı ürünlerinin üzerinde yer almaktadır. Söz konusu zeytinyağlarının en yaygın olarak satıldıkları yerler ise süper marketlerdir. Süper marketlerde ise tüketici alacağı ürünü sözlü şekilde sipariş ederek değil; ilgili reyondan kendisi seçerek alır. Bu durumda ise ürünün kelime unsuru tüketici tarafından sesli şekilde söylenmediğinden tüketicinin kulağında ve zihninde bırakacağı etkinin kuvvetli olduğu söylenemeyecektir.

Kelime unsurlarının farklı anlamlar içerdiği tartışmasızdır. Ancak burada kelime unsurlarının farklı anlamlar içermesi karıştırma ihtimalini ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Zira, daha önce de belirttiğimiz üzere markaların yer aldıkları zeytinyağlarını tüketiciler sözlü sipariş ile değil, kendileri doğrudan almaktadırlar. Kelimelerin yazılış şekilleri, harflerin stilleri, kullanılan renkler, hatta ürüne ilişkin bilgi etiketiyle (Aceite de Oliva) marka adının yazıldıkları yerler dahi aynı olduğundan kelime unsurlarının da görsel açıdan zihinde bıraktığı izlenim karıştırma tehlikesini ortadan kaldırmaya elverişli değildir. Hatta İçtihat Hukuku'nca benimsenen tüketici kriteri esas alınacak olsaydı bile, "La Española" kelimesinin ürünün coğrafi kökenine işaret eden bir ibare olmasından dolayı "makul ölçüde bilgili, dikkatli ve ihtiyatlı" tüketici tarafından La Española markalı zeytinyağlarının Carbonell'in bir alt işletmesinin ürünü olduğu ya da Carbonell'in farklı çeşit zeytinyağı ürünü olduğu düşünülebilir. Bu durumda seri içine girme yoluyla karıştırma ihtimali vardır. Yahut en azından bağlantı olma ihtimalinden bahsedilebilir ki, bu durumda tüketiciler iki işletme olduğunu bilmelerine rağmen, Carbonell ve La Española arasında bir bağlantı olduğunu düşünmektedirler[68].

---

67 **Arkan**, Cilt I, s. 103; **Tekinalp**, s. 414, **Epçeli**, s. 124; **Küçükali**, s. 141.

68 Bkz.: Dipnot 95.

İhtilaf konusu markalar zeytinyağlarında yer almaktadırlar. Zeytinyağı bir gıda tüketim maddesidir ve her kesimden alıcıya hitap eder. Okuma yazma bilmeyen kişiler de bu tüketici grubunun bir parçasıdır. Kelimelerin farklı kelimeler olması onlar için önemli değildir. Okuma yazma bilmeyen bir kişi kelimenin yazılış şekline, kullanılan renklere, kelimenin yazıldığı yere göre daha önce satın aldığı ürünü hatırına getirecektir. Kaldı ki, okuma yazma bilen tüketiciler tarafından ise La Española'nın, Carbonell'in bir alt ürünü olduğu düşünülebilir.

Dolayısıyla incelediğimiz kararda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı mükerrer şekilde "makul ölçüde bilgili, dikkatli ve ihtiyatlı" tüketici kriterini tekrarlamış ancak yine aynı içtihat hukukunca belirtilen tüketicinin markaları her zaman bir arada görüp doğrudan karşılaştırma yapamayacağını ve tüketicinin farklılıklardan çok benzerlikleri algılayacağını göz ardı etmiştir.

Topluluk İçtihat Hukuku'nca belirtilen ve söz konusu kriterle birlikte tekrarlanan, ancak inceleme konusu kararda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından yer verilmeyen, bir diğer husus da şudur: Tüketici markayı bir bütün olarak algılar, ayrıntıları incelemeye girişmez. Bunun nedeni de yukarıda belirttiğimiz gibi benzerliklerin farklılıklardan daha kolay çağrışım yapmasıdır. Zira ortalama tüketici detaya ilişkin farklılıkları değil (örneğin La Española'daki su testisini), bütüne ilişkin benzerlikleri algılar[69]. Dolayısıyla karıştırılma ihtimalinin varlığı incelenirken özellikle benzer karakterler üzerinde durulması markanın bir bütün olarak algılandığı görüşüyle ters düşmemektedir. Bu husus karıştırılma ihtimalinin var olup olmadığının tespitinde tüketici algısının yoğunlaştığı yer ile ilgilidir.

La Española v Carbonell Davası bakımından tüketici algısının İlk Derece Mahkemesi tarafından yanlış değerlendirildiğini söyleyen Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın görüşüne, her iki markanın konusunu oluşturan ürünün zeytinyağı olması, markaların figüratif unsurlarının gerek renk ve düzenleniş, gerek marka isimlerinin yazılış yeri ve şekli (kırmızı zemin üzerine beyaz renkle) nedeniyle çok benzer olması ve geleneksel kıyafet giymiş kadın figürünün diğer zeytinyağlarında yer almaması sebepleriyle katılmamaktayız.

---

69 **Öztek**, s. 17.

III. KAPSAMLI DEĞERLENDİRME ve GENEL ETKİ KRİTERLERİ BAKIMINDAN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. KAPSAMLI DEĞERLENDİRME VE GENEL ETKİ KRİTERLERİ

Marka esaslı unsurları ve tamamlayıcı unsurlarıyla bir bütün oluşturur ve bir bütün olarak korunur[70]. Bir markanın şekil ya da kelime markası olarak tescil edilmesi bu durumu değiştirmez. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere tüketici, markaları zihninde kalan görüntüye göre karşılaştırır. Bu sebeple Avrupa Toplulukları Adalet Divanı karıştırılma ihtimalinin, markaların ayırt edici ve baskın unsurlarının genel yarattığı izlenime dayanarak ve görsel, işitsel ve kavramsal benzerliklerine bakılarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir[71]. Çünkü ortalama tüketicinin markayı bir bütün olarak algılayacağını ve markanın ayrıntılarını inceleme yoluna gitmeyeceğini belirtmiştir[72]. Eğer halk tarafından, mal ve hizmetlerin aynı teşebbüsten geldiği ya da aralarında ekonomik ve işletme bakımından bir bağ olduğu düşünülebiliyorsa, bu durumda karıştırılma riski mevcuttur[73]. Aynı Topluluk İçtihat Hukuku'nca davanın şartlarına göre, ilgili tüm faktörler değerlendirilerek, halk tarafından karıştırılma ihtimali kapsamlı değerlendirilmelidir[74]. Faktörler arasında değerlendirme yapılırken markaların benzerliği ve markaların konusu olan mal ve hizmetlerin benzerliği dikkate alınmalıdır. Mal ve hizmetler arasındaki benzerliğin düşük seviyede olması markalar arasındaki benzerliğin yüksek derecede olmasıyla dengelenebilir veya tam tersi geçerli olabilir[75]. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarına göre, ilgili çevre tarafından iki markanın en az bir veya daha çok unsurunun aynı olduğu düşüncesi varsa iki marka benzerdir[76].

Markaların ayırt edici ve baskın unsurlarının genel yarattığı izlenimin nasıl tespit edildiğini ve işaretlerin görsel, işitsel ve kavramsal unsurlarının bu tespitte oynadıkları rolü Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarından örneklerle açıklamamız faydalı olacaktır:

---

70 **Epçeli**, s. 121.

71 Sabel, paragraf 23; Meyer, paragraf 25.

72 Sabel, paragraf 23; Meyer, paragraf 25.

73 Canon, paragraf 29; Meyer, paragraf 17; Confortflex, paragraf 61.

74 Sabel, paragraf 22; Canon, paragraf 16; Meyer, paragraf 18.

75 Canon, paragraf 17; Meyer, paragraf 19; Case C-425/98 Marca Mode [2000] ECR I-4861, paragraf 40.

76 Case T-6/01 Matratzen Concord v OHIM- Hukla Germany (MATRATZEN) [2002] ECR II-4335, paragraf 30; Case T-168/04 L&D v OHIM - Sämann (Aire Limpio) [2006] ECR-II-0000, paragraf 91.

1. Fonetik Açıdan Benzerlik Ve Bu Benzerliğin Kavramsal Farklılıklarla Engellenebilmesi

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın fonetik benzerliğin tespiti için benimsediği kriter özellikle kelimelerin başında yer alan seslerin incelenmesidir. Çünkü tüketiciler genellikle markaların başında yer alan sesleri hatırlama eğilimindedir[77].

İki işaret arasında karıştırma ihtimali olması için bu işaretlerin tüm unsurlarının (görsel, işitsel ve kavramsal) benzer olması gerekmez. İşaretler arasında (örneğin canal jean/canali ya da incel/lincel) kavramsal ya da görsel benzerlikler olmasa ve yalnızca belirli ülkelerde[78] fonetik açıdan benzerlik bulunması halinde dahi karıştırılma ihtimalinin bulunduğu kabul edilmektedir[79]. Önemli olan benzer unsur ya da unsurların markanın genelinde ön plana çıkması ve halk tarafından iki işaret arasında bağlantı kurulmasıdır[80]. Eğer benzer unsur herhangi bir şekilde ikinci planda kalıyorsa karıştırma ihtimali ortadan kalkar[81]. Buna örnek olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı *BASS* kararında işitsel benzerliklerin kavramsal farklılarla engellenebileceğini, bunun için ise işaretlerden en az birinin ilgili çevre için açıkça anlamlı olması gerektiğini belirtmiştir[82]. Aynı şekilde görsel ve fonetik ben-

---

77 Cases T-183/02 ve T-184/02 El Corte Inglés v OHIM – González Cabello (MUNDICOLOR) [2004] ECR II-965, paragraf 81; Case T-112/03 L'Oréal [2005] ECR II-0000, paragraf 70; Lloyd paragraf 10; Picasso, paragraf 11.

78 Ürünün telaffuzu bölgeye göre değişeceğinden işaretlerin algılanışı farklılık gösterir. İlgili çevrenin tespiti bu bakımdan önemlidir. Bu nedenle MATRATZEN- MATRATZEN CONCORD ve ACTIVE WEAR- INTERACTIVE WEAR (248/2000 BoA R0443/2000-1) arasından karıştırma ihtimali olduğu tespit edilirken; MEGAKID-MEGARIG (1457/1999, BoA R0190/2000-1),CALCITRANS -CALTICUMS (377/2000 BoA R0449/2000-1) arasında karıştırma ihtimali olmadığına karar verilmiştir.

79 Meyer, paragraf 28; Case T-99/01 Mystery Drinks v OHIM – Karlsberg Brauerei (MYSTERY) [2003] ECR II-43, paragraf 42.

80 Özellikle fonetik açıdan benzerlikler mal veya hizmetlerin sözlü olarak tavsiye edildikleri ya da sipariş edildikleri hallerde karıştırma ihtimaline vücut vermektedir. Bu sebeple kıyafet ürünlerindeki görsel farklılığa daha az ağırlık verilmesi gerektiği ve karıştırma ihtimalinin mevcut olduğu yönündeki karar için bkz.: FIFTIES v MISS FIFTIES (Case T-104/01 [R 757/99-2]).

81 "SIR ve ZIRH" fonetik açıdan ciddi olarak benzerlik gösterse de söz konusu işaretlerin görsel ve kavramsal açıdan farklılıkları ile özellikle kullanıldıkları ürünlerin **satıldıkları yer** ve **satış yöntemleri** nedeniyle karıştırma ihtimalinin doğmayacağı kabul edilmiştir [Case T-355/02 Mülhens v OHIM – Zirh International (ZIRH) [2004] ECR II-791, paragraf 51,53,54].

82 Case T-292/01 Phillips-Van Heusen v OHIM – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS) [2003] ECR II-4335, paragraf 54.

zerlikler de kavramsal farklılıkla aşılabilir; şöyle ki ihtilaf konusu iki işaretten en az biri net ve spesifik bir anlama sahip ise bu işaret ilgili çevre tarafından derhal algılanabilecektir[83].

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise işaretin açık ve özel bir anlam taşıyıp taşımadığının işaretin yer aldığı mal ve hizmetin hitap ettiği çevreye göre değerlendirilmesi gerektiğidir[84].

2. Kavramsal Benzerlik Bulunması

Genel olarak görsel ya da işitsel benzerlikler (yukarıda belirtiltilen istisna durumlar hariç olmak üzere) tek başlarına karıştırma ihtimalini doğurmaya elverişli olmakla birlikte, kavramsal (anlamsal) benzerlik bu benzerliklere nazaran daha zayıf niteliktedir. Anlamsal benzerliğin ancak itiraza konu markanın ayırt edici karakterinin yüksek olması veya tanınmış olması durumunda karıştırma ihtimaline yol açacağı kabul edilmektedir[85]. Bununla birlikte Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Marca Mode-Adidas kararında, önceki markanın tanınmışlık nedeniyle yüksek ayırt ediciliğe sahip olmasının, çağrışım yoluyla karıştırma ihtimaline tek başına sebebiyet vermeyeceği; üçüncü kişinin tanınmış markayla benzerlikler içeren markasını aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından kullansa dahi, bunun karıştırılma ihtimalinin varlığına karine olamayacağını ve somut olayın tüm özelliklerinin dikkatte alınması gerektiği belirtilmektedir[86].

3. Tanımlayıcı Nitelikteki Unsurların Etkisi

Görsel, işitsel veya anlamsal benzerliğin incelenmesinde **markaların baskın ve ayırt edici nitelikte olan unsurları dikkate alınarak oluşturulan genel izlenim** esas alınmalıdır[87]. Bu nedenle markalarda yer alan tanımlayıcı nitelikteki unsurlar ile ayırt edici nitelikte olmayan unsurlar benzerlik değerlendirmesinde dikkate alınmaz[88]. Bu unsurlar, ancak markanın genel görünümüne etki düzeyleri ölçüsünde benzerlik incelemesinde dikkate alınabilir.

---

83 Case C-361/04 P Ruiz-Picasso and Others v OHIM- DaimlerChrysler (PICARO) [2006] ECR I-0000, paragraf 20.

84 Picasso, paragraf 39-40.

85 Sabel, paragraf 24.

86 **Yasaman**, Şerh, s. 402

87 Sabel, paragraf 23; Meyer paragraf 25.

88 Case T-344/03 Saiwa SpA v OHIM; Barilla Alimentare SpA [2006] ECR II-1097.

4. Markanın Şekil Ve Kelime Unsurlarından Oluşması Halinde

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın, markanın kelime ve şekil unsurlarının birleşiminden oluşması halinde kelime unsurunun baskın olduğuna ilişkin kararları olduğu gibi[89]; figüratif unsurların markaya ayırt edicilik kazandırması ve tüketiciler tarafından kolayca hatırlanabilmesi nedeniyle baskın olduğuna dair kararları da mevcuttur[90]. Tabii burada figüratif unsurun kullanıldığı mal veya hizmet için ayırt ediciliğinin yüksek olması gerekmektedir[91].

5. Türk Hukuku'ndaki Durum

Türk Hukuku açısından da genel olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın belirlediği ölçütlere paralel kıstaslar kullanıldığını söyleyebiliriz. Esasen bu hususta 551 sayılı Marka Kanunu'nun 47. maddesinde toplu olarak bırakılan umumî intibanın tüketicinin hafızasında kalan iz olduğuna ilişkin düzenleme mevcuttu. Her ne kadar bu düzenleme 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye alınmamış olsa da Yargıtay pek çok kararında markaların baskın ve ayırt edici nitelikteki unsurlarını göz önüne alarak işaretlerin bütünü itibariyle bıraktığı izlenimin, tümüne hakim olan görünümün belirleyici olduğu belirterek Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarındaki görüşe paralel bir tutum ir.[92] Yine

---

89 Case T-135/04 GFK AG v OHIM; BUS – Betreungs und Unternehmensberatungs GmbH [2005] ECR II-4865, paragraf 52.

90 Case T-214/04 Royal County of Berkshire Polo Club Ltd v OHIM; The Polo/Lauren Co. LP [2006] ECR II-239, paragraf 41.

91 Polo sporunun 3. Sınıf ürünlerle (temizlik ürünleri) herhangi bir bağlantısı yoktur ve bu yüzden de yüksek derecede ayırt edicidir (Polo Club Ltd v OHIM, paragraf 42).

92 YHGK 26.03.2008 Tarihli, E. 2008/11-296, K. 2008/279; Yarg. 11. HD. 09.10.2006 Tarihli, E. 2005/9098, K. 2006/9958 sayılı karar; Yarg. 11. HD. 01.05.2006 Tarihli, E. 2005/5097, K. 2006/4977 sayılı karar, Yarg. 11. HD. 05.07.2001 Tarihli, E. 2001/4502, K. 2001/6197 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.09.2010). Önceki marka ROADSTAR ile AYYILDIZ ROADMASTER arasında karıştırma ihtimali olduğu "ayyıldız" sözcüğü ve bunların yanına getirilen değişik kelime gruplarının ayırt edicilik vasfı taşımadığı yönünde bkz.: Yarg. 11. HD. 23.03.2000 Tarihli, E. 1999/8859, K. 2000/2229 sayılı karar (Yasaman, Şerh, s. 429-432). Markalar farklı unsurlardan oluşsalar da bütünü bakımından bıraktıkları etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markaların esas unsurlarının benzer olması halinde, markaların geneline etkisi az olan diğer unsurlardaki farklılığa rağmen Ü. HOBBY, HOBİ ile ÜLFET LOBİ ibarelerinin karıştırma ihtimaline yol açabileceği, taraflara ait markalar arasında açık farklılık bulunmadığı, özel alıcı kitlesi olan çocukların yanılma ve karıştırma ihtimalinin bulunduğu yönünde karar için bkz.: Yarg. 11. HD. 30.11.1999 Tarihli, E. 5356, K. 9805 sayılı karar (Meran, s. 132-133; Yasaman, Şerh, s. 444-445). Davalı markasında kullanılan "üç" ibaresinin, davacı markası ile oluşan benzerliği ortadan kaldıran bir ek

Yargıtay kararlarında iki işaret arasındaki şekil[93], ses[94], anlam benzerliği[95]

---

olarak kabul edilemeyeceğinden PINAR ile ÜÇPINAR ibareleri arasında karıştırma ihtimalinin bulunduğu yönündeki karar için bkz.: Yarg. 11. HD. 29.09.2003 Tarihli, E. 2514, K. 8366 sayılı karar (Meran, s. 202; Yasaman, Şerh, s. 450). Yardımcı unsurların ayırt edicilik vasfının karıştırma ihtimalini engellemesine ilişkin kararlar için bkz.: Yarg. 11. HD. 05.05.2003 Tarihli, E. 2002/12018, K. 2003/4432 sayılı karar; Yarg. 11. HD. 16.02.1998 Tarihli, E. 1997/10248, K. 1998/882 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:04.09.2010).

93 Ambalaj bezerliğinin karıştırma ihtimaline yol açabileceği yönünde bkz..: Yarg. 11. HD. 30.09.1983 Tarihli, E. 1983/3755, K. 1983/4773 sayılı karar; YHGK 14.10.1992 Tarihli, E. 1992/11.445, K. 1992/573 sayılı karar; YHGK 26.10.1994 Tarihli, E. 1994/11-455, K. 1994/630, Yarg. 11. HD. 26.10.1993 Tarihli, E. 1992/7459, K. 1993/6859 sayılı karar (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.09.2010). Paketlerinde yer alan işaretlerin dizayn, renk, yazı karakteri ve desenlerinin benzer olmasının karıştırma ihtimaline yol açtığı yönünde bkz.: Yarg. 11. HD. Tarihli 08.11.2004, E. 2004/1675, K. 2004/10960, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.09.2010). Yarg. 11.HD. 01.04.2003 Tarihli, E. 2002/11502, K. 2003/3119 sayılı karar. Yargıtay JAGLER ve RANKAR markaları arasında karıştırma ihtimalinin varlığını incelerken salt olarak ürün üzerindeki marka (kelime unsuru) esas alınarak hüküm kurulması yerinde olmayacağını dile getirerek, ambalaj ve dizaynlarının karşılaştırılmasında oldukça benzerlikler bulunduğu, kutu ambalajında; boyut, şekil-zemin ilişkileri, renk, çizgi ve bant etkisi, seçilen yazı ve harf tipleri, cam şişe tasarımında; boyut, doku, şişe ve logo rengi, kapak tasarımında ise biçimsel ve boyutsal benzerliklerin bulunduğu detaylı bir şekilde açıklamış, benzerliğin zorunlu ve teknik nedenden kaynaklanmadığı, malların farklı izlenim yaratmadığı ifade ederek söz konusu markalar arasında karıştırma ihtimalinin bulunduğuna karar vermiştir, Yarg. 11. HD. 07.02.2005 Tarihli, E. 2004/3921, K. 2005/833 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:04.09.2010).

94 CDOSS-CROSS JEANS ile BY BROSS-BROSS arasında esas itibariyle fonetik ve (b) harfi dışında benzerlik olduğu nedeniyle karıştırma ihtimalinin bulunduğu yönünde bkz.: Yarg. 11. HD. 26.07.1998,E. 1998/3336, K. 1998/5067 sayılı karar (**Yasaman**, Şerh, s. 428-429); Yarg. 11. HD. 12.05.2003 Tarihli, E.2002/12399, K. 2003/4710 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.09.2010). Markanın İngilizce telaffuzunun karıştırma ihtimaline yol açması hakkında bkz.: Yarg. 11. HD. 30.06.1994 Tarihli, E.1994/333, K. 1994/5642 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.09.2010). "COFFEE MATE" adlı önceki tescilli markanın Türkçe okunuşuna benzer şekilde "KAFEMET" adlı markanın aynı tür mal üzerinde kullanılmasının karıştırma ihtimaline yol açacağı yönünde bkz.: Yarg. 11. HD. 16.03.1999 Tarihli, E. 1998/10243, K. 1999/2265 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:05.09.2010). Yabancı sözcükten oluşan markada sadece doğru telaffuz biçiminin değil, ilgili çevre içindeki alışılmış telaffuz biçimi de dikkate alınmalıdır (Arkan, Cilt I, s. 101). "İŞ" ve "SL" ibareleri arasında fonetik anlam ve umumi intiba bulunmadığından karıştırma ihtimalinin olmadığı yönünde bkz.: Yarg. 11. HD. 10.03.2008 Tarihli, E. 2007/1038, K. 2008/2797 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.09.2010).

95 YHGK 07.06.2006 Tarihli, E. 2006/11-338, K. 2006/338 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.09.2010). "Lades" ve "Aklımda" kelimeleri arasında karıştırma ihtimalinin olmadığı yönünde bkz.: Yarg. 11. HD. 26.03.2004 Tarihli, E. 2003/8815, K. 2004/3134 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.09.2010).

veya seri içine girmekten[96] dolayı karıştırma ihtimalinin varlığını kabul etmektedir. Karıştırma ihtimali için bu unsurların hepsinin bir arada olması aranmaz. Bununla birlikte Arkan ve Karahan'a göre bir marka resim ve sözcükten oluşuyorsa, bu markalar arasında benzerlik olup olmadığı, kural olarak, kullanılan sözcükler dikkatte alınarak karar verilir[97]; ancak markalarda resmin tamamen ön plana geçip esas unsurun oluşturulduğu hallerde değerlendirme resme göre yapılır[98]. Markada yer alan kelime sırf fanteziye dayanıyorsa kelimelerin anlamından ziyade verdikleri sese ve şekillere önem vermek gerekir[99].

Hatta Yargıtay bazı kararlarında, markayı oluşturan işaretler arasında işitsel veya görsel "umumi intiba olmasa bile" halk tarafından her hangi bir sebeple iki marka arasında bağlantı kurulması veya iki markanın yalnızca birbirini çağrıştırması durumunda karıştırılma ihtimalinin varlığını kabul etmiştir[100]. Yargıtay burada çağrıştırma ihtimalini, karıştırılma tehlikesinden bağımsız olarak ele almış ve işletmesel (ekonomik veya idari) bağlantı kurulmasa dahi her hangi fikri bir bağlantı kurulabiliyorsa karıştırılma ihtimali olduğunu belirterek, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'ndan farklı şekilde yorumlamıştır[101]. Zira Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarında 89/104 sayılı Direktif'in m. 5(1)(b)[102] hükmünün lafzından fikri bağlantı

---

96 YHGK 27.03.1996 Tarihli, E. 1995/11-1037, K. 1996/206 sayılı karar, www. Kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 22.09.2010). "BİLL" ile "BİLO" ibareleri arasında karıştırma ihtimalinin olup olmadığının tespiti için seri içine girme bakımından değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz.: Yarg. 11. HD. 08.03.2007 Tarihli, E. 2005/12765, K. 2007/4162 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 22.09.2010). Seri markaları ile bağlantı olma ihtimali farklı kavramlar olup seri markalarda aynı işletmenin aynı ürünün çeşitli türleri için kullanılan birbirine benzeyen ayrı markalar söz konusuyken; bağlantı olma ihtimalinde çoğu kez iki işletme vardır ve alıcı da bunu bilmektedir (**Tekinalp**, s. 411).

97 **Karahan**, Markalarda İltibas, s. 235. Okunuştaki benzerliğin de şekle nazaran daha fazla önem taşıdığı yönünde bkz.: **Karahan**, Markalarda İltibas, s. 235; İsviçre Fed. Mah. 18.06.1930, JdT. 1931 I 53 ve İsviçre Fed. Mah. 02.05.1944, JdT. I 567 (KANİTİ, s. 235).

98 **Arkan**,Cilt I, s. 101-102.

99 İsviçre Fed. Mah. 29.02.1924, JdT. 1924 I 258 ve İsviçre Fed. Mah. 08.03.1925, JdT. 1926 I 467 (KANİTİ, s. 237); **Karahan**, Markalarda İltibas, s. 235.

100 Bu sebeple TIC TAC ile ZİK ZAK ibarelerinin karıştırma ihtimaline yol açacağı yönünde karar için bkz.:Yarg. 11 HD. 13.11.2003 Tarihli, E. 2003/4003, K. 2003/10839 sayılı kararı(www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 22.09.2010). Aynı yönde Yarg. 11. HD. 03.02.2009 Tarihli, E. 2007/6317, K. 2009/1165 sayılı kararı(www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 22.09.2010). Yargıtay'ın görüşü ile aynı yönde bkz.: **Tekinalp**, s. 408; **Yasaman**, Şerh, s. 399.

101 **Uzunallı**, s. 161.

102 Bu düzenleme 2008/95 sayılı yeni direktifin de 5(1)(b) hükmünde aynen yer almaktadır.

kurulması tehlikesi kavramının karıştırma tehlikesinin bir alternatifi olarak anlaşılmadığını; fikri bağlantı tehlikesinin, karıştırma tehlikesinin kapsamını tayin etmeye hizmet ettiğini açıkça belirtmiştir[103]. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın bu kararlarının 556 sayılı KHK m. 8/I(b) ve m. 9/I(b) hükümlerinin yorumunda da dikkate alınması uygun olacaktır[104].

B. KAPSAMLI DEĞERLENDİRME ve GENEL ETKİ KRİTERLERİ BAKIMINDAN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

OHIM ile La Española'nın somut olayda karıştırma ihtimali olmadığı yönündeki başlıca iddiası kelime unsurlarının farklılığıdır. Kanun sözcüsüne göre de davadaki esas sorun İlk Derece Mahkemesi tarafından markaların kelime unsurlarının görsel ve kavramsal farklılıklarının dikkate alınmaması; yalnızca kelime unsurlarının yazılış, kullanılan renkler ve yazıldıkları yerlerin dikkate alınmasıdır[105]. Kanun sözcüsüne göre, İlk Derece Mahkemesi'nin kapsamlı değerlendirme kriteri açısından kelime unsurlarını dikkate almadığı söylenemez; fakat İlk Derece Mahkemesi, markaların kelime unsurları görsel (meydana geldiği harfler açısından) ve kavramsal olarak farklı olmasına rağmen, bu hususu dikkate almayarak hataya düşmüştür[106]. Kanun sözcüsüne göre, İlk Derece Mahkemesi ihtilaf konusu markaların kelime unsurlarını eşit şekilde incelemeye tabii tutmamış, yalnızca "La Española" kelimesi dikkate almış, "Carbonell" kelimesinin ayırt edici karakterde olup olmadığını incelememiştir[107]. Yine kanun sözcüsüne göre, makul düzeyde dikkatli ve özenli bir ortalama tüketicinin kelimelerin önemi ve büyüklükleri gereği içerik açısından dikkate alınmayacağının söylenmesi mantıksızdır ve İlk Derece Mahkemesi'nin La Española kelimesini zayıf edici karakterde kabul ederek kelime unsurunu değerlendirmeye almaması hatalıdır[108]. Adalet Divanı da İlk Derece Mahkemesi'nin kapsamlı değerlendirme ve genel etki kriterini söz konusu davada yanlış uyguladığını belirtmektedir. Adalet Divanı'na göre, İlk Derece Mahkemesi'nin ihtilaf konusu markaların figüratif unsurlarını bir yanda kelime unsurlarını diğer yanda inceleyerek; yalnızca figüratif unsurlara ağırlık vermesi ve kelime unsurlarının öneminin dikkate almaması genel etki kriterine aykırıdır. Ayrıca söz konusu dava açısından uzun süreden beri birlikte var olma ve marufiyet hususlarının karış-

---

103 Sabel, paragraf 18-19; Lloyd paragraf 17.

104 **Arkan, Sabih**: "İşaret İle Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi", BATİDER, Aralık 1999, C. XX, S. 2, s. 11; **Uzunallı**, s. 161.

105 Opinion of Advocate General, paragraf 32, 43, 44.

106 Opinion of Advocate General, paragraf 45, 47, 50.

107 Opinion of Advocate General, paragraf 50.

108 Opinion of Advocate General, paragraf 51, 53, 57.

tırma ihtimalinin tespiti açısından açıkça ilgili olmasına rağmen İlk Derece Mahkemesi tarafından dikkate alınmamasını, Adalet Divanı kapsamlı değerlendirme kriterine aykırı bulmuştur.

İlk Derece Mahkemesi'nin kapsamlı değerlendirme ve genel etki kriterlerini doğru uygulayıp uygulamadığının tespit edilebilmesi için, söz konusu dava açısından ihtilaf konusu markaların ayırt edici unsurlarının tespiti gerekmektedir.

İçtihat hukukunca açıkça belirtildiği üzere önceki markanın ayırt ediciliği arttıkça, karıştırma ihtimali de artmaktadır (*Sabel*, paragraf 24). Bu sebeple yüksek ayırt edici karakterli markalar ile piyasada marufiyete sahip markalar daha az ayırt edici karakterdeki markalara nazaran daha geniş bir korumadan yararlanırlar (*Canon*, paragraf 18). Markanın ayırt edici karakteri belirlenirken kapsamlı bir değerlendirme yapılarak, tescil edilecek markanın yer alacağı mal ve hizmetlerin geldiği işletmeyi diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmalıdır (*Lloyd*, paragraph 22).

Önceki markanın ayırt ediciliği sabit değildir; markanın kullanıldığı çevrenin algılamasına bağlı olarak değişiklik gösterir[109]. İlgili çevrenin algısı spesifik markanın marufiyetine ya da diğer başka faktörlerden dolayı değişiklik gösterebilir[110]. Bu durum özellikle bir işaret ya da unsurun çeşitli markalar tarafından ilgili sektörde benzer şekilde kullanılması halinde söz konusudur[111]. Bu bağlamda, bahsedilen durumun tüm coğrafi alanda ve ilgili mal ve hizmetlerde yer almasının dikkatli değerlendirilmesi önemlidir[112]. Genel olarak, bu durum önceki markanın ayırt ediciliğinin değerlendirilmesinde yeterlidir[113].

OHIM kararlarında, figüratif unsurların (geleneksel kıyafet giymiş kadın figürünün) zeytinyağları bakımından ayırt edici karakterde olmadığından bunların karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde göz önüne alınamayacağını belirtmiştir. Ancak OHIM kadın figürünün zeytinyağı sektöründe yaygın olarak kullanılan bir figür olup olmadığı, başka markalı zeytinyağlarında da yer alıp almadığı incelemesini yapmamıştır. İlk Derece Mahkemesi'nin kararında ise İspanyol piyasasının %95'inde, **sadece** La Española ve Carbonell'in zeytinyağı şişelerinde kadın figürünün yer aldığı-

---

109 Global Assessment, s. 5.

110 Global Assessment, s. 5.

111 Global Assessment, s. 5.

112 Global Assessment, s. 5.

113 Global Assessment, s. 5.

nın dosyadaki belgelerden anlaşıldığı belirtilmiştir. Geleneksel kıyafetler giymiş kadın figürünün İspanyol Bölgesi için ürünün coğrafi kökenine işaret ettiği ve yüksek ayırt edici karakterde olmadığı söylenebilir ise de; diğer zeytinyağlarında kadın figürünün yer almıyor olması, bu figürün zeytinyağı ürünlerinde kullanıldığında yeterli ayırt ediciliğe sahip olduğunu ve genel etki kriteri uyarınca karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde göz önüne alınması gerektiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle figüratif unsurların ayırt edici olmadığından değerlendirmeye alınamayacağını söyleyen OHIM kararlarına katılmamaktayız.

Söz konusu dava bakımından ayırt edici karaktere sahip olup olmadığının tespit edilmesi gereken bir diğer unsur ise markaların kelime unsurlarıdır. Kanımızca, kanun sözcüsünün görüşünün aksine, somut olayda bu hususta değerlendirmeye tabii tutulması gereken tek kelime "La Española"dır. "Carbonell" kelimesinin ürünün coğrafi kökenine işaret etmediği ya da tasviri işaret olmadığı tartışmasız iken bu kelimelinin ayırt edici olup olmadığının değerlendirilmediğinden bahisle kapsamlı değerlendirme kriterine aykırı hareket edildiği söylenemez. "La Española" kelimesinin ayırt edici karaktere sahip olup olmadığının tespiti ise karıştırma ihtimalinin doğru şekilde değerlendirilmesi bakımından zorunludur.

Ayırt edicilik seçilen markanın karakterinin özünden kaynaklanabileceği gibi sonradan da markanın karakterinin ayırt edici hale gelmesi mümkündür. Markanın ayırt ediciliğinin ilk andan itibaren var olup olmadığı tespit edilirken, tescil edileceği mal ve hizmeti tanımlayıcı unsur içerip içermemesi dikkate alınır (*Lloyd*, paragraph 23). Bu hususta ayrıca tüketiciler ile işaretlerin yakınlık derecesi (örneğin coğrafi isim ise), işaretin bir yerin niteliğini belirtmesi ve malların kategorisi ile ilgisi göz önünde bulundurulmalıdır[114].

Önceki markanın doğuştan ayırt edici karaktere sahip olup olmadığı değerlendirilirken her ilgili coğrafi alanın dikkate alınması gerekir[115]. Farklı dil ve kültür yapısına göre, bazı kesimlerde halkın önceki markanın tasvir edici işaret içerdiği anlaşılmayabilir[116]. Bu durumda önceki markanın ayırt ediciliğine yalnızca bu ilgili kesim dikkate alınarak karar verilemez[117].

---

114 Joined Cases C-108/97 ve C-109/97, Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) v Boots- und Segelzubehör Walter Huber and Franz Attenberger, [1999] OJ OHIM 7-8/99, s. 1054, paragraf 37 (Global Assessment, s. 5).

115 Global Assessment, s. 5.

116 Global Assessment, s. 5.

117 Global Assessment, s. 5.

Bir işaretin sonradan ayırt edicilik kazanması ise markanın piyasa payına; ne kadar yoğun şekilde, geniş coğrafi alanda ve uzun zamandır kullanıldığına; marka sahibi işletmenin yatırım miktarına; halkın ilgili kesiminin oranına, mal ve hizmetlerin belli bir işletmeden geldiğinin markadan ötürü belirlenmesine; ve sanayi ve ticaret odalarından veya diğer sanat ve meslek organizasyonlarından gelen bilgilere bağlı olarak değerlendirilmektedir[118].

Bu bilgiler ışında "La Española" kelimesinin ürünün coğrafi kökenine işaret ettiğinden ayırt edici karakterden yoksun olduğunun kabulü doğru olsa da; kullanım yoluyla da bir işaretin sonradan ayırt edicilik kazanabilmesi mümkün olduğundan bu hususta da değerlendirme yapılması gerekir. La Española kelimesinin sonradan ayırt edicilik kazanıp kazanmadığının, dolayısıyla marufiyet ya da tanınmışlığının araştırılması gerekirken, bu hususta araştırma yapılmaması kapsamlı değerlendirme kriterine aykırıdır. La Española'nın marufiyetini yani ürünlerinin Carbonell'den farklı bir işletmeden geldiğini gösterdiği takdirde ayırt edici gücü olduğunun ve karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğinin kabulü gerekir.

Mal ve hizmetlerin benzerliğinin düşük olmasına rağmen, markaların işaretleri benzer ve önceki marka marufiyeti sebebiyle yüksek ayırt ediciliğe sahip ise sonraki markanın tescil talebi reddedilmelidir (*Canon*, paragraf 19). Mal ve hizmetlerin benzerliği, karıştırma ihtimaline yol açmaya yeterli ise; önceki markanın ayırt edici karakteri, özellikle de marufiyeti, dikkate alınmalıdır (*Canon*, paragraf 24). Söz konusu davada ihtilaf konusu markalar figüratif ve kelime unsurlarından oluşmaktadır. Markaların kelime unsurları aynı değildir. Dolayısıyla burada önceki marka (Carbonell) maruf olsa dahi La Española'nın marufiyetinin Carbonell'den daha maruf olduğu ispatlanabilinseydi; yani La Española markasının alıcılar tarafından ismi nedeniyle Carbonell ile hiç bir bağlantısı olma ihtimali olmadan satın alındığı söylenebilseydi karıştırılma ihtimalinin olmadığına karar verilmeliydi. Ancak, halk tarafından malların üretim yerlerinin farklı olduğu düşünülse bile, karıştırma ihtimali mevcut olabilir (*Canon*, paragraf 30). La Española önceki marka Carbonell'in figüratif unsurunu neredeyse bire bir kullanmıştır. Marufiyetini ispatladığı ve halk tarafından Carbonell'den farklı bir işletme olduğunun algılandığı kabul edecek bile olsak, genel etki kriteri uyarınca Carbonell ile aralarında bağlantı olma ihtimali ve dolayısıyla karıştırma ihtimali ortadan kalmamaktadır.

Sonuç olarak, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın markayı oluşturan işaretlerin tüketiciler tarafından bir bütün olarak algılandığına ilişkin görüşü hem OHIM'in verdiği kararlarda hem de Avrupa Toplulukları İlk Derece

---

118 Global Assessment, s. 6.

Mahkemesi ve Adalet Divanı kararlarında tekrarlanmıştır. Ancak farklı şekilde uygulanmıştır. Şöyle ki, OHIM verdiği kararda figüratif unsurların (zeytin ağacının altında oturan, geleneksel kostüm giymiş kadın resminin) zeytin ürünleri için genel bir kullanım alanına sahip olduğunu belirtmiş ve bu nedenle bu karakterlerin zayıf olduğunu söylemiştir. Bu sebeple söz konusu ürünlerde baskın karakterlerin kelime unsurları olacağı kabul ederek ve bunların (La Española ve Carbonell) da gerek fonetik gerek kavramsal açıdan farklı olduğundan bahisle burada karıştırılma ihtimali olmadığına karar vermiştir. Ancak, OHIM tarafından, zeytin ürünlerinin geleneksel giysi giymiş bir kadın tarafından temsil edilmesinin sektörde yaygın olduğu gerekçesini destekler her hangi bir bilirkişi raporu yahut kamuoyu araştırılması yapılmamıştır. Üstelik Carbonell tarafından tarafsız bir şirkete yaptırılan araştırılma sonucunda marketlerin %95'nde bu figürleri taşıyan zeytinyağlarının yalnızca Carbonell ve La Española'ya ait olduğunu gösterir resimli kanıtlar sunulmuştur. Dolayısıyla bu figürlerin bir zeytinyağının üzerinde zeytin resmi olmasının ya da bir elma suyunun üzerinde elma resminin olması kadar doğal olduğunu söylenemez. Bu şekildeki figüratif unsurların ayırt edicilikten yoksun olduğu gerekçesiyle değerlendirme dışında bırakılması yerinde olmamıştır[119]. Bu sebeplerle OHIM'in gerekçelerine katılmak mümkün değildir. Kanun sözcüsü ise, figüratif unsurların ayırt edici karakterden yoksun olduğunu söylememekle birlikte, bunların **baskın ayırt edici karakterde olmadığı** sebebiyle genel izlenime etki etmediğinden karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde İlk Derece Mahkemesi tarafından dikkate alınmaları hatalı olmuştur[120]. Kanun sözcüsüne göre, kelime unsurları kavramsal ve yazılış açısından farklı olduklarından ve bir ürünün etiketinde yer alan isim tüketiciler bakımından mutlaka dikkate alınacağından, burada baskın karakterler olan kelime unsurları karıştırma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Kanun sözcüsüne göre, yine bu sebeple La Española'nın marufiyetinin değerlendirilmemesi yargılama sonucuna etki etmeyeceğinden (çünkü maruf marka olsa da olmasa da karıştırma ihtimali yoktur), bu eksiklik İlk Derece Mahkemesi'nin kararının iptalini gerektirmemektedir[121]. Kanımızca, kanun sözcüsü sırf farklılıkların üzerinde durmuş ve markanın tüketici tarafından bir bütün olarak algılandığı, ve tüketicinin farklılıklardan çok benzerlikleri algıladığı ve ayrıntıları inceleme yoluna gitmediği gerçeğini göz ardı etmiştir. La Española kelimesi ayrıntı olarak nitelendirilemeyecek olsa da, yalnızca ürünün coğrafi kökenine işaret eden zayıf ayırt edici karakterinden ötürü, farklı şekilde yazılışı onu baskın karakter haline getir-

---

119 OHIM'e göre ortalama tüketici bu unsurları gördüğünde iki marka arasında işletmesel bağ görmeyecektir, yalnızca iki ürünün de doğallığı ve geleneksel kökeni hakkında olduğunu düşünecektir.

120 Opinion of Advocate General, paragraf 53.

121 Opinion of Advocate General, paragraf 31.

meye yetmemektedir. Bu durumda dahi halk tarafından La Española'nın Carbonell'in bir alt şubesi olduğu ya da aralarında herhangi bir ekonomik bağlantı olduğu şeklinde bir izlenimi devam etmektedir. Ayrıca kelime unsurlarının baskın karakterde olduğu kabul edilecek dahi olsa, İçtihat Hukuku'nca belirtildiği üzere, baskın karakterin dışında kalan unsurlar yalnızca ihmal edilebilecekleri halde benzerlik değerlendirmesinin dışında tutulurlar[122]. Çünkü tek başına ayırt edicilikten yoksun olan unsurlar da bir araya gelerek ayırt edici karakter taşıyabilir[123].

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ise İlk Derece Mahkemesi'nin figüratif unsurlara ilişkin görüşünü belirttikten sonra kelime unsurlarının baskın karakterine ilişkin inceleme yapmasını analitik bir yaklaşım olduğu halbuki esas ve yardımcı unsurların bir bütün olarak bıraktığı izlenime bakılması gerekçesiyle eleştirmiştir. Kanımızca Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın eleştirisine katılmak mümkün değildir. Zira İlk Derece Mahkemesi her fırsatta işaretlerin bıraktığı genel izlenimin önemini belirtmiş ve zaten bu sebeple karıştırılma ihtimali olduğu sonucuna varmıştır. İlk Derece Mahkemesinin kelime unsurlarını ayrıca incelemesi "La Española" kelimesinin İspanyol bölgesindeki zeytinyağlarında kullanılmasının karıştırılma ihtimali açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekliliğiyle açıklanabilir. Gerçekten de İlk Derece Mahkemesi burada La Española kelimesinin söz konusu bölgede kullanılmasının ayırt edicilik özelliğini zayıflatmasından ve tüketici tarafından bunun yalnızca ürünün üretildiği yeri düşündürteceğinden bahsetmiştir. Bu durumun da, haklı olarak, La Española ile Carbonell (La Española'nın Carbonell'in bir alt şubesi olduğu şeklinde) arasında işletmesel bir bağ olduğunun düşünülmesini kolaylaştırdığına dikkat çekmiştir.

Kanımızca, karıştırılma ihtimalinin, markaların ayırt edici ve baskın unsurlarının genel yarattığı izlenime dayanarak ve görsel, işitsel ve kavramsal benzerliklerine bakılarak değerlendirilmesi içtihadından yola çıktığımızda ve tüketicinin markayı bir bütün olarak algıladığı gerçeğini göz önünde bulundurduğumuzda genel etki kriterini somut olaya en doğru uygulayan İlk Derece Mahkemesi olmuştur. Ancak uzun zamandan beri birlikte var olma ve marufiyet bakımından inceleme yapılmamış olması kapsamlı değerlendirme kriterine aykırıdır ve yargılamadaki bir eksikliktir.

---

122 OHIM v Shaker, paragraf 41, 42.

123 Case C-265/00 Campina Melkunie [2004] ECR I-0000, paragraf 40 ve 41, and C-363/99 Koninklijke KPN Nederland [2004] ECR I-0000, paragraf 99 ve 100. Tek başına ayırt edici olmayan unsurların bir araya getirilerek oluşturulduğu markaların ayırt edici karakter taşıyıp taşımadığının nasıl inceleneceğine ilişkin karar için bkz.: Case C-329/02 P SAT. 1 v OHIM [2004] ECR I-8317, paragraf 25-27.

IV. UZUN SÜREDEN BERİ BİRLİKTE VAR OLMA BAKIMINDAN KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. UZUN SÜREDEN BERİ BİRLİKTE VAR OLMA KAVRAMI VE ANLAMI

İki markanın uzun zamandan beri yan yana kullanılmış olmaları, bu süre zarfında fiilen bir karışıklığın meydana gelmemiş olması ve söz konusu markaların iş çevrelerinde ayrı ayrı tutunmuş olmaları karıştırma ihtimalinin bulunmadığını gösteren bir belirti sayılabilir[124]. Bu markaların tanınmışlık düzeyine erişmesi şart olmamakla birlikte ilgili çevre açısından genel olarak bilinmeleri gerekmektedir. Yani ilgili alıcılar tarafından ayırt edilebilmeleri için en azından maruf marka olmaları lazımdır.

Öncelikle tanınmış marka ile maruf marka arasındaki farkı ortaya koymak gerekir. Şöyle ki, maruf markalar sadece konusu oldukları mal veya hizmetlerin alıcıları tarafından bilinmekteyken; tanınmış markalar bu çevreler dışında yani bu mal ya da hizmet ile ilgili olmayanlar tarafından da bilinen, geniş halk kitlelerinin tanıdığı, yüksek ekonomik değere sahip, reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş ve markanın yer aldığı mal veya hizmetin birden bire düşünmeden ve bir hatıranın yardımı ile hatırlanmadan, refleks halinde düşünüldüğü markalardır[125].

Türk Hukuku açısından tanınmış marka, maruf marka karşısında ekonomik yönden daha önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve daha kapsamlı bir korumadan (farklı mal ve hizmetlerde de koruma sağlaması açısından) yararlanmaktayken; maruf marka ancak yine benzer ve mal hizmetler açısından göz önünde bulundurulan bir kriterdir[126].

Avrupa Birliği Hukuku'nda ise Topluluk markalarının tescili için daha farklı bir düzenleme öngörülmüştür. Burada da tanınmış (well-known) ve maruf (has a reputation) marka ayrımına yer verilmekle birlikte, topluluk markası olmak için başvuran ticaret markasının önceki maruf Topluluk tica-

---

124 **Karahan**, Markalarda İltibas, s. 236.

125 **Yasaman**,Hamdi: "Tanınmış Markalar", Halil Aslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 695; **Tekinalp**, s. 387; **Arkan**,Cilt I, s. 93; **Poroy/Yasaman**, s. 459; **Ocak, Nazmi**: "Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı", Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 277; **Nomer, Füsun**: "Tanınmış Marka: Nike", Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı (2. Tıpkı Bası), İstanbul 2001, s. 502; **Yasaman**, Hamdi: "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar", GÜHFD, Ocak 2002, C.: I, S.: 1, s. 302; **Dural, Ali**: "Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Tanınmış Markalara İlişkin 08.06.2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler", GÜHFD, Ocak 2002, C.: I, S.: 1, s. 863; **Dirikkan**, s. 41; **Karahan, Sami**: Ticari İşletme Hukuku, Konya 2007, 15. Baskı, s. 172.

126 **Poroy/Yasaman**, s. 459.

ret markasının ününden haksız şekilde yararlanması ya da itibarini zedelemesi söz konusuysa, bu durum bir nispî tescil engeli sayılmıştır [207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü[127] m. 8 (5)].

İhtilaf konusu markaların birlikte var olması aynı bölgedeki piyasa açısından değerlendirilmekte ve benzer işaretlerin ulusal düzeyde birlikte yer alması karıştırma ihtimalinin bir belirtisi olarak kabul edilmektedir[128]. Diğer yandan birlikte var olma durumuna ihtiyatlı yaklaşmak gerekir. Zira bu durumun farklı yasal düzenleme ya da tarafların kazanılmış haklarının bulunması gibi çeşitli sebepleri olabilir[129].

Birlikte var olmadan anlaşılması gereken ihtilaf konusu işaretlerin ilgili piyasada **kullanılmasıdır**; aynı sicile tescilli olmaları yeterli değildir[130]. OHIM, NO LIMITS/LIMMIT kararında ihtilaf konusu markaların birlikte var olmalarından ne anlaşılması gerektiğini ve bunun etkisini şu şekilde açıklamıştır: "*Ticaret markası olarak tescil edilme, ihtilaflı benzer markaların birlikte var olması için yeterli değildir. Direktif m. 8 (1) (b), halkın bir kısmında, örneğin marketlerde, karıştırmaya atıf yapmaktadır. ihtilaf konusu markaların marketlerde hakiki (fiili) ve barışçıl şekilde var olmaları, mahkemenin m. 8 (1) (b) anlamında karıştırma ihtimalinin varlığını değerlendirirken göz önüne alması gereken bir kriterdir. Birlikte var olma (co-existence), iki markanın birlikte kullanılması (co-use) olarak anlaşılmalıdır; iki markanın eş zamanlı tescili (co-registration) yeterli değildir*" [131].

Aynı sicilde tescilli olma karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir unsurdur[132]. Fakat bu husus yalnızca şu durumda dava konusu olabilir: Eğer önceki markanın tescilli olduğu üye devletin ofisi nisbî red nedenlerine ilişkin inceleme sırasında re'sen inceleme yapıp, ilgili yerel markanın tesciline izin verdiyse mümkündür[133].

OHIM, tescil için, bu durumun basit iddialarla ileri sürülmesini yeterli görmemekte, başvuru sahibinin ihtilaf konusu markaların aynı piya-

---

127 OJ L 78, Volume 52, 24.03.2009, s. 1 vd.

128 85/ 1999 BoA LISAP/ LISA; 1193/ 1999 BoA JOHN SMITH/ PAUL SMITH (Likelihood of Confusion-Global Assessment, s. 16).

129 1340/ 1999 BoA BOSS/ BOSSI; 537/ 1999 BoA SIDEI/ SIDE (Global Assessment, s. 16).

130 1584/ 1999 BoA MARCO / MALCO; 594/2005 BoA LUXOR / NEO LUXOR (Global Assessment, s. 16).

131 OHIM'in İtiraz İnceleme Bölümü'nün R 360/2000-4 sayılı kararı (Global Assessment, s. 16).

132 Global Assessment, s. 16.

133 Global Assessment, s. 17.

sada gerçekten var olduğunun ve kullanıldığının ispatlamasını aramaktadır[134].

GOLDSHIELD Davası'nda, markalar piyasada *birkaç yıldır* bir arada bulunmaktadır ve önceki marka sahibi, yerel sicile tescil için başvuran muhtalif markaya karşı, bu tescilin geçerliğine engel olmak için hiç bir girişimde bulunmamıştır[135]. OHIM, bu davada, birlikte var olmanın kesin olmayabileceğini, ancak bu durumda karıştırma ihtimalinin yokluğunun oldukça yüksek bulduğunu belirtmiştir[136]. Böyle bir durumda 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 54. maddesi göz önüne alındığında OHIM'in kararında belirttiği birkaç yıllık sürenin en fazla beş yıla kadar bir süre olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira söz konusu tüzüğün 54. maddesinde beş yıl boyunca işaret sahibinin kendi işaretinin benzerlerinin başkaları tarafından kullanılmasına sessiz kalmasının hak kaybına yol açacağı düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği mevzuatındaki düzenlemelere baktığımızda burada hükümsüzlük davası için genel bir sürenin yer almadığını görmekteyiz. 2008/95 sayılı Direktif m. 9/1 ve buna paralel olan 207/2009 sayılı Tüzük m. 54/1 hükmüne göre, önceki marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği halde, kullanıma kesintisiz beş yıl boyunca katlanmışsa, önceki tarihli markasına dayanarak, sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü ileri süremez ya da sonraki tarihli markanın kullanıldığı mal ve hizmetlere ilişkin olarak kullanımına itiraz edemez. Bu hüküm genel bir hak düşürücü süreyi düzenlememekte; belli bir davranış biçimi sonucunda hükümsüzlük davasının artık açılamayacağı süreyi göstermektedir[137].

Türk Hukuku'nda da hükümsüzlük davası için, belirli istisnalar dışında, belli bir süre öngörülmemiştir. Bu istisnalardan biri 556 sayılı KHK m. 42/I (a)'da yer alan ve tanınmış markalara için öngörülen 5 yıllık dava açma süresi; diğeri ise "sessiz kalma yoluyla hak kaybı" ilkesidir. Türk Hukuku'nda, sessiz kalma yoluyla hak kaybı, Avrupa Birliği Direktifi'ndeki gibi spesifik bir yasal düzenlemeye sahip olmamakla birlikte, hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) kapsamında değerlendirilmekte ve marka hakkı sahibinin bu durumdan haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalmasının zımnen icazet anlamında olduğu kabul edilmektedir[138]. Bu şekilde önceki hak sahibinin,

---

134 R 360/2000-4 NO LIMITS / LIMMIT; R 0001/2002-3 BoA CHEE.TOS/CHITOS; R 0851/2000-3 BoA MAGIC / MAGIC BOX (Global Assessment, s. 16).

135 R 0415/1999-1 GOLDSHIELD/ SHIELD (Global Assessment, s. 17).

136 Global Assessment, s. 17.

137 **Yasaman, Hamdi/Yusufoğlu,Fülürya:** 556 sayılı KHK Şerhİ, Cilt II, İstanbul 2004, s. 854.

138 Yarg. 11. HD. 02.03.2000 Tarihli, E. 1999/8169, 2000/1726 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 20.09.2010).

TMK m. 2 uyarınca belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, iyiniyetli bir şekilde markayı daha sonra tescil ettiren kişiye karşı hükümsüzlük davası açma hakkını veya sonraki tarihli markanın kullanımını men etme hakkını kaybetmesine "sessiz kalma yoluyla hak kaybı" denilmektedir[139]. Sessiz kalma nedeniyle hükümsüzlük davasının reddedilmesi için şu şartların gerçekleşmesi aranmaktadır:1- Hükümsüzlük ya da kullanımın yasaklanması davası "önceki marka sahibi" tarafından açılmalıdır[140] 2- Önceki hak sahibi markasının başkası tarafından tescil edildiğini veya kullanıldığını bilmelidir[141] 3- Hükümsüzlük ya da kullanımın yasaklanmasını talep eden kişi kullanıma belli bir süre katlanmış olmalıdır[142] 4- İkinci marka iyiniyetli bir şekilde tescil edilmiş veya kullanılmış olmalıdır[143].

Her ne kadar yasa koyucu tarafından tüm hükümsüzlük davaları için genel bir süre öngörülmemiş olsa da doktrinde bazı yazarlarca ve Yargıtay'ın yerleşik içtihadında[144] hükümsüzlük davasının bir süreye bağlı olarak açıl-

---

139 **Cengiz**, s. 179; **Karahan, Sami:** "Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi", Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul 2001, s. 298; **Karahan**, **Sami:** "Gerçek Kişi unvanlarının korunması ve Sessiz kalma nedeniyle hakkın kaybı ilkesi", BATİDER 2001, C.: XXI, S. 1, s. 280; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 856. Yarg. 11. HD. 02.03.2000 Tarihli, E. 1999/8169, K. 2000/1726 sayılı karar (Erişim tarihi: 10.11.2010, www.kazanci.com.tr); Yarg. 11. HD. 22.04.2008 Tarihli, E. 2007/3728, K. 2008/5436 sayılı karar (Erişim tarihi: 10.11.2010, www.kazanci.com.tr).

140 Markanın mutlaka tescilli olması gerekmemektedir, önceki marka ifadesi tescilli ya da tescilsiz olarak kullanılan markadır (**Yasaman/Yusufoğlu**, s. 858). Ancak Marka Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, iki markanın da tescilli olması halinde terkin davası açılamayacağı yönünde bkz.: Yarg. 11. HD. 13.11.1990 Tarihli ve 1990/8121-8095sayılı kararı (**Tekinalp**, s. 443, dn.: 12). Ayrıca hak sahibinin men davası açabilme imkanına kural olarak sahip olması gerekir (**Karahan,** Sessiz Kalma,s. 302; **Karahan**, Gerçek Kişi, s. 280).

141 **Karahan**, Sessiz Kalma, s. 302; **Karahan**, Gerçek Kişi, s. 281; **Dirikkan**, s. 312; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 858.

142 Avrupa Birliği mevzuatında öngörülen beş yıllık süreye ilişkin düzenleme Türk Hukuku'nda bulunmadığından, doktrinde bu sürenin her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği ve daha kısa ya da uzun sürelerin yeterli olabileceği kabul edilmektedir (**Karahan**, Sessiz Kalma, s. 303; **Karahan**, Gerçek Kişi, s. 281; **Dirikkan**, s. 313; **Yasaman/Yusufoğlu,** s. 862).,

143 **Arkan**, Cilt II, s. 160, dn.: 18; **Karahan**, Sessiz Kalma, s. 302; **Karahan**, Gerçek Kişi, s. 281; **Dirikkan**, s. 313; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 858.

144 Yarg. 11. HD. 25.12.1997 Tarihli, E. 1997/5417, K. 1997/9676 sayılı "Sabuncakis" kararı (**Yasaman/Yusufoğlu,** s. 880, 881); Yarg. 11. HD. 29.01.1999 Tarihli, E. 1998/5372, K. 1999/256 sayılı "Grin Nicci" kararı (**Yasaman/Yusufoğlu**, s. 887); Yarg. 11. HD. 11.09.2000 Tarihli, E. 2000/5607, K. 2000/66034 sayılı "Ülker" kararı (**Yasaman/Yusufoğlu**, s. 882-884); Yarg. 11. HD. 17.09.2001 Tarihli, E. 4321, K. 6860 sayılı "Mita" kararı (**Yasaman/Yusufoğlu**, s. 889); Yarg. 11. HD. 08.04.2002 Tarihli, E. 2002/10860, K. 2002/3275 sayılı "Merinos" kararı (**Meran**, s. 215).

ması gerektiği belirtilmektedir. Tekinalp'e göre 556 sayılı KHK m. 70'te yer alan zamanaşımı süresi hükümsüzlük ve terkin davalarında da uygulanmalıdır; zira hükümsüzlük sebebini öğrenme tarihinden itibaren bir yıl, her halde on yıl ve cezayı gerektiren durumlarda ceza zamanaşımı süresi hak sahibini yeterli derecede korumaya elverişli olup zamanaşımını durduran ve kesen sebepler de hak sahibi açısından ayrı bir güvence oluşturmaktadır[145]. Teoman'a göre ise 556 sayılı KHK 70. maddenin yasadaki sistematik yeri itibariyle tazminat ve yoksun kalınan kazanç ile ilgili m. 64 ve m. 66'dan sonra geldiği için bu hüküm sadece marka hakkı tecavüze uğrayanın maddi ve manevi tazminat istemlerinde uygulama alanı bulacaktır. Yazara göre BK m. 125'te öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi hukuki güvenliği sarsacak nitelikte olduğundan ve de marka hakkına tecavüzün haksız rekabetin özel bir halini teşkil etmesinden dolayı, burada özel düzenleme niteliğindeki TTK m. 62 esas alınmalı ve bu hükümde yer alan bir ve üç yıllık süreler gözetilerek hükümsüzlük davası açılmalıdır[146]. Arkan da 89/104 sayılı Direktifi m. 9/1'da[147] ön görülen beş yıllık süre içinde hükümsüzlük davasının açılmasının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir[148]. Yargıtay hükümsüzlük davasının süreye bağlanmamasını yasal boşluk olarak değerlendirmekte, KHK m. 42/I (a)'da yer alan beş yıllık süreyi hak düşürücü süre olarak nitelendirilmekte ve bu sürenin yalnızca tanınmış markalara değil, genel olarak tüm markalara uygulanacağı kabul edilmektedir[149]. Buna karşılık Poroy/Yasaman[150], Karahan[151], Dirikkan[152] ve Yasaman/Yusufoğlu[153] göre tanınmış markalarla ilgili söz konusu istisna düzenleme haricinde tescil sırasındaki mutlak red sebeplerine dayanılarak hükümsüzlük davasını açılmasını sınırlandıran bir hüküm 556 sayılı KHK'da yer almadığından, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, davacının sessiz kalma nedeniyle hak kaybına uğrayıp uğramadığı hakim tarafından tespit edilmelidir.

---

145 **Tekinalp**, s. 444.

146 **Teoman, Ömer:** Yaşayan Ticaret Hukuku, C.: I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8: 1997, Ankara 1998, 1. Bası, s. 43. Aynı yönde bkz.: **Cengiz**, s. 152.

147 Yeni düzenleme uyarınca 2008/95 sayılı Direktif m. 9/1.

148 **Arkan**, Cilt II, s. 161.

149 Yarg. 11. HD. 25.11.1997 Tarihli ve 1997/5417-9676 sayılı karar; Yarg. 11. HD. 11.09.2000 Tarihli ve 2000/5607-6604 sayılı karar (**Tekinalp**, s. 444). Yarg. 11. HD. 06.07.1999 Tarihli ve 1998/1734-5146 sayılı karar (**Tekinalp**, s. 447). Yarg. 11. HD. 02.03.2000 Tarihli, E. 1999/8169, K. 2000/1726 sayılı "Telsim" kararı; Yarg. 11. HD. 08.04.2002 Tarihli ve E. 2001/10860, K. 2002/3275 sayılı karar(www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 10.11.2010).

150 **Poroy/Yasaman**, s. 522.

151 **Karahan**, Sessiz Kalma, s. 303; **Karahan**, Gerçek Kişi, s. 281.

152 **Dirikkan**, s. 314.

153 **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 865.

Kanımızca da dürüstlük kuralının bir yansıması olan sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesi, hükümsüzlük davasının her hangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamasının olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek için yeterlidir. Olması gereken hukuk açısından, tanınmış markalar için öngörülen beş yıllık sürenin kaldırılması, tanınmış markalar ile tanınmış olmayan markalar açısından gerek uyum sağlanması gerek daha hakkaniyetli sonuçlara ulaşılabilmesi için dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre karar verilmesinin düzenlemesi daha yerinde olurdu. Belirtmek gerekir ki, tanınmış markalar farklı mal ve hizmetler bakımından da korunmakta olup marka sahibinin, bazı işletmelerin faaliyet alanlarının uzak olması sebebiyle, markasının itibarı ve ayırt edici karakterinin zarar göreceği yönünde bir endişe duymayıp o markaya karşı dava açmaması, bundan sonra markasına yönelik herhangi bir tecavüze karşı koyamayacağı anlamına gelmez; bu durumda marka sahibi yalnızca sessiz kaldığı kişiye karşı dava açma hakkını kaybeder; yoksa sessiz kalma sebebiyle üçüncü kişi lehine bir hak doğmaz[154]. Bu husus gerek tanınmış markalarda aynı veya benzer mal ve hizmetler açısından bir karıştırma ihtimali söz konusu olduğunda, gerekse tanınmış olmayan markalar söz konusu olduğunda da geçerlidir. Yani tanınmış marka sahibi olsun olmasın, bir marka sahibinin sessiz kalması yalnızca sessiz kaldığı kişiye karşı sonuç doğurur.

B. KARARIN UZUN SÜREDEN BERİ BİRLİKTE VAR OLMA BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnceleme konusu kararın ilk aşamasından (OHIM'nin kararından) Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın kararına kadar, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararı da dahil, tüm yargı kararlarında, "uzun zamanda beri birlikte var olma" ve "marufiyet" hususlarının söz konusu dava açısından önemli ve ilgili faktörler oldukları tekrarlanmıştır. Ancak ne OHIM ne de Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bu noktalara ilişkin incelemeye girişmemiş; yalnızca bu hususların da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmekle yetinmişlerdir. İlk Derece Mahkemesi ise birlikte var olma hususunu hiç incelememiş; marufiyet hususuna ise temyiz edenin iddialarını belirtirken ve OHIM'nin kararını tekrarlarken yer vermiş; bu noktaların dışında Carbonell'in marufiyetiyle ilgili olarak sadece İspanya, Belçika ve Lüksemburg Ticaret Odalarından gelen mektuptan bir cümle ile bahsetmiştir[155].

Avrupa Birliği İçtihat Hukuku'nca benimsenen "kapsamlı değerlendirme" kriteri göz önüne alındığında, karıştırma ihtimalinin markaların ilgili

---

154 **Dirikkan**, s. 313, dn: 403; **Yasaman/Yusufoğlu**, s. 859.

155 Paragraf 18.

bölgede birlikte var olmaları bakımından, taraflarca da ileri sürülmesine[156] rağmen, değerlendirilmemesi yargılamadaki bir eksiklik olarak kabul edilmelidir. Mahkemenin, birlikte var olmanın Carbonell'in rızası dahilinde La Española'yla aynı piyasada yer alıp almadığını araştırması gerekirdi.

Her ne kadar karıştırma ihtimalinin önlenmesindeki temel düşünce, halkın yanılgıya düşmesinin önüne geçmek ve markanın garanti fonksiyonunu sağlamak olsa da, kendi davranışlarıyla markasının kullanılmasına imkan veren kişinin hukuken korunması mümkün değildir. Zira markaların yer aldıkları mal ve hizmetlerin aynı veya benzer olduğu ve markaların da benzer veya aynı olduğu bir durum dahi olsa önceki marka sahibinin bir başkasının markasını kullanması ya da markasından haksız bir yarar sağlamasına göz yumması halinde, söz konusu markalar bakımından halk tarafından karıştırma tehlikesi devam etmekle beraber, dürüstlük kuralı gereği sonraki marka sahibinin bu markayı kullanması engellenemez. Dolayısıyla ihtilaf konusu markalar arasında kapsamlı değerlendirme ve genel etki kriterleri uyarınca ilgili tüketici çevresi açısından karıştırma tehlikesi tespit edilmiş olsa bile, bu son kriter değerlendirmeye alındığında karar tam tersine sonuçlanabilirdi.

Carbonell'in, birlikte var olma hususuyla ilgili olarak, yargılama sırasında getirdiği belgelerden açıkça anlaşılmaktadır ki; söz konusu markaların birlikte var olması barışçıl olmaktan çok uzaktır[157]. Carbonell, bu yargılamadan daha önce de, La Española'ya karşı markasının tescilinin reddi ve iptali için İspanyol Mahkemeleri'nde dava açmıştır[158]. Fakat İspanyol Mahkemeleri sürekli olarak La Española lehine karar verdiklerinden, bu durum ihtilaf konusu markaların İspanyol piyasasında fiilen birlikte var olmalarına neden olmuştur[159]. Ancak belirtmek gerekir ki, burada önemli olan birlikte var olmanın önceki marka sahibinin rızasına ya da buna göz yummasına dayanmalıdır. Bu nedenle Carbonell ve La Española markalarının İspanya marketlerinde birlikte yer alması, inceleme konusu dava bakımından karıştırma ihtimalinin yokluğuna esas alınamaz[160]. Zira markaların piyasada birlikte var olması karıştırma riskini er geç azaltabilir; ancak tamamen ortadan kaldıramaz[161].

---

156 La Española, piyasada Carbonell markasıyla birlikte yer aldığını ve kendisinin maruf bir marka olduğuna dayanırken; Carbonell, bu birlikte var olmanın barışçıl bir şekilde olmadığını ve La Española'nın kendi marufiyetinden faydalandığını ileri sürmektedir.

157 Opinion of Advocate General, paragraf 28.

158 Opinion of Advocate General, paragraf 28.

159 Opinion of Advocate General, paragraf 29.

160 Bu durum ilgili çevrenin, markaların farklı işletmelere ait olduğunu bildiğini kanıtlamaz (Opinion of Advocate General, 29, dipnot: 17).

161 Case T-31/03 Grupo Sada v OHIM- Sadia (GRUPO SADA) [2005] ECR II-1667,

Carbonell ve La Española markalarının uzun süreden beri piyasada birlikte oldukları doğrudur. Fakat aralarındaki uyuşmazlık La Española markasının Aceites del Sur- Coosur S.A tarafından satın alınmasından sonra, La Española etiketinin Carbonell'in etiketine yaklaştırılarak kullanılmaya başlanmasıyla ortaya çıkmıştır[162]. La Española'nın lehine sonuçlanan yerel mahkeme kararları da söz konusu markaların piyasa da birlikte yer almasını haklı bir zemine oturtmamaktadır. Carbonell 1866'dan beri bu figürü etiketinde kullanmaktadır[163]. La Española ise giderek etiketini Carbonell'e benzer şekilde kullanmaya başlamış ve Carbonell'in ününden haksız çıkar sağlamaya çalışmıştır. Dolayısıyla La Española'nın sicile tescil tarihine bakılarak uzun zamandan beri var piyasa var olduklarını kabul etmek dürüstlük kuralına aykırıdır. Burada La Española'nın benzer işaretleri kullanmaya başladığı tarih esas alınmalıdır. La Española'nın bu davranışına karşı Carbonell'in hareketsiz kaldığı söylenemeyeceğinden, uzun zamandan beri birlikte var olma nedeniyle karıştırma ihtimalinin ortadan kalktığı da söylenemez.

La Española'nın Carbonell'in figürlerini kullanmadan önce de piyasada yer aldığını ve maruf olduğunu ileri sürmesi ise karıştırma ihtimalini ortadan kaldırmaya elverişli değildir. Zira Carbonell'in 1866'dan beri kendisiyle bütünleşen bu figürden, La Española'nın haksız kazanç sağlaması kaçınılmazdır. Çünkü halk tarafından, La Española'nın Carbonell ile bağlantılı olduğunun algılanması gündeme gelmiştir.

SONUÇ

Karıştırılma ihtimali tespit edilirken dikkat edilmesi gereken temel unsurlar şunlardır:1-İşaretler ile mal ve hizmetler arasındaki benzerlik derecesi 2- Önceki markanın ayırt ediciliği 3- Tüm faktörlerin kapsamlı değerlendirilmesi 4- Mal ve hizmetlerin türünün değerlendirmeye etkisi 5- İlgili çevrenin dikkat ve eğitim düzeyi 6- İhtilaflı markaların aynı bölgedeki piyasada birlikte ne zamandır yer aldığı 7- Fiili karıştırmanın etkisi 8- Aynı ya da benzer markalar arasındaki ihtilaflara ilişkin verilmiş önceki mahkeme kararları

Öncelikle ihtilaf konusu markalar aynı ticari ürünler üzerinde yer aldığından malların benzerliğinin incelenmesine gerek yoktur. İşaretler arasında

---

paragraf 86; Case T-13/05, 25.10.2006, Castell del Remei v OHIM- Bodegas Roda (ODA); Case T-10/06, 11.12.2007, Portela&Compania v OHIM – Torrens Cuadrado and Sanz (Bial), (Opinion of Advocate General, paragraf 29, dpn: 16).

162 http://www.wharton.universia.net/index.cfm?fa=viewfeature&id=1415&language=english (Erişim Tarihi: 25.12.2010).

163 http://www.wharton.universia.net/index.cfm?fa=viewfeature&id=1415&language=english (Erişim Tarihi: 25.12.2010).

benzerlik olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. İnceleme konusu kararda zeytinyağı şişelerinin üzerine bakıldığında genel olarak aynı unsurların (zeytin ağacı, geleneksel kıyafet giymiş bir kadın ve arka planda zeytinlik) yer aldığı rahatça söylenebilmektedir. Keza kullanılan renkler, markaların yazıldıkları yerler ve oluşturulan kombinasyonun neredeyse aynı olduğu söylenebilir. Ancak yalnızca figüratif unsurların benzemesi ya da çok benzemesi karıştırma ihtimalinin varlığı için yeterli değildir. Karıştırma ihtimalinin mevcudiyeti için önceki markanın kullandığı işaretlerin ayırt edici olması gerekmektedir. Aksi takdirde bir mal veya hizmet için kullanılması zorunlu işaretler önce tescil edenin himayesine verilmiş olur ki bu husus kabul edilemez. Her ne kadar zeytin ağacı ve zeytinlik, zeytinyağı ürünü için ayırt edici karakter taşımasa da ihtilaf konusu markalarda kadın figürünün ön planda kullanıldığı görülmektedir. Geleneksel kıyafet giymiş bir kadın figürünün zeytinyağı ürünlerinde, İspanya'da, yaygın bir kullanıma sahip olup olmadığı tespit edildikten sonra bu unsurun ayırt ediciliği ortaya konabilir. Nitekim İlk Derece Mahkemesi'ndeki yargılamada İspanya bölgesindeki marketlerin %95'inde yalnızca La Española ve Carbonell'in ürünlerinde kadın figürünü kullandığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla kadın figürü, zeytinyağı ürünleri için ayırt edici bir işaret olarak kabul edilmelidir.

Söz konusu markaların yalnızca figüratif unsurlarına ağırlık vermek yerinde bir davranış olmaz. Topluluk İçtihat Hukuku'nca benimsenen, genel izlenimin dikkate alınması gerektiği kriteri uyarınca söz konusu markaların figüratif unsurları ile kelime unsurları birlikte dikkate alınmalıdır. Ancak yine aynı içtihatta belirtildiği üzere genel izlenim tespit edilirken markaların baskın ve ayırt edici nitelikte olan unsurları dikkate alınmalıdır. İspanya bölgesinde satılan zeytinyağı ürünleri için ise "La Española" kelimesinin baskın ve ayırt edici olduğunu söylemek güçtür.

Karıştırma ihtimalinin tespitinde esas alınan ortalama bir tüketicinin markaları her zaman bir arada görmesi mümkün değildir. Markanın ayrıntılarını inceleme yoluna gitmeyen tüketici markalar arasındaki karşılaştırmayı markaların daha önce zihninde kalan görüntüsüyle yapmaktadır. Bu sebeple zeytinyağı almak için markete giden bir tüketicinin Carbonell'i görememesi üzerine La Española markalı zeytin yağını görüp Carbonell'in bir seri ürünü ya da alt şubesi olduğunu düşündüğü La Española markalı zeytinyağını alması kaçınılmaz olacaktır. Yahut La Española'nın farklı bir işletme olduğunu bilen bir tüketici dahi, La Española Carbonell'in figürünü kullanmaya başladığı için, iki işletme arasında bir bağlantı olduğunu düşünecektir.

Avrupa Topluluk İçtihat Hukuku'nca belirtilen makul düzeyde bilgili, gözlemci ve dikkatli ortalama tüketici profili her türlü hizmet ve mal için

kabul edilmiş bir kriter değildir. Somut olaydaki mal ve hizmetin türü yapılacak değerlendirmede mutlaka göz önüne alınmadır. İnceleme konusu kararda zeytinyağı tüketiminin çok olduğunun belirtildiği bir bölgedeki ilgili çevre değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Oysa Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararında ortalama tüketici profiline ilişkin ölçütü katî bir kural gibi tekrar etmiştir. Halbuki zeytin yağı özelikle İspanyol mutfağında yaygın olan bir tüketim maddesidir. Gıda tüketim maddelerinin her kesim alıcıdan (okuma yazma bilen-bilmeyen) oluştuğu göz önüne alındığında kelime unsurlarının çok farklı olduğundan bahisle karıştırma ihtimalinin olamadığının söylenmesi, La Española'nın İspanya için zayıf ayırt edici karakterine ek olarak, mümkün değildir. Ayrıca zeytinyağı ürünlerinin satıldıkları yerler ve satılış şekilleri, ekonomik değeri vs. göz önüne alındığında tüketiciler için uzun bir alım süresi veya dikkati gerektirdiği söylenemez.

Yukarıda belirtilen tüm faktörler göz önüne alındığında Carbonell ile La Española markaları arasında karıştırma ihtimalinin varlığının kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Kaynakça

Arkan, Sabih: "İşaret İle Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi", BATİDER, Aralık 1999, C. XX, S. 2, s. 5 -11.

Arkan, Sabih: Marka Hukuku, Cilt I, Ankara 1997. (Anılış: C. I)

Arkan, **Sabih:** Marka Hukuku, Cilt II. (Anılış: C. II)

Cengiz, Dilek: Türk Hukukunda İktibas veya İltimas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.

Dirikkan, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.

Dural, Ali: "Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Tanınmış Markalara İlişkin 08.06.2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler", GÜHFD, Ocak 2002, C.: I, S.: 1, s. 857-866.

Epçeli, Sevgi: Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006, Birinci Baskı.

General Remarks (http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/legal References/partc_generalremarks.pdf, Erişim Tarihi: 20.05.2010).

Global Assessment (http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/legal References/partc_global_assessment.pdf, Erişim Tarihi: 20.05.2010).

Kaniti, Salamon: "İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları", BATİDER 1961, C.:I, S.:2, s. 235-250.

Karahan, **Sami:** "Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi", BATİDER 2001, C.: XXI, S. 1, s. 271-285. (Anılış: Gerçek Kişi)

Karahan, **Sami:** "Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi", Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul 2001, s. 293-305. (Anılış: Sessiz Kalma)

Karahan, **Sami:** "Markalarda İltibas", SÜHFD, Ocak- Haziran 1990, C.: III, S.: 1, s. 215-239. (Anılış: Markalarda İltibas)

Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Konya 2007, 15. Baskı.

Karayalçın, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, "Hukuki Mütalâalar", V, 1992-1996, Ankara 1997.

Küçükali, Canan: Marka Hukuku'nda Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2009.

Meran, Necati: Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004.

Nomer, Füsun: "Tanınmış Marka: Nike", Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı (2. Tıpkı Bası), İstanbul 2001, s. 485-506.

Ocak, Nazmi: "Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı", Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 269-286.

Omağ, Merih Kemal: "Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması", Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ocak-Aralık 1991, C.: 6, S.:1-3, s. 5-14.

Öztek, Selçuk: "İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukuku'nun Çözümlenmemiş Bazı Genel Sorunları", Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ocak-Aralık 1991, C.:6, S.:1-3, s. 15-22.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari işletme Hukuku,İstanbul 2010, 13. Bası.

Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, 4. Bası.

Teoman, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C.: I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 5: 1992-1993, Ankara 1995, 1. Bası. (Anılış: Kitap: 5)

Teoman, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, C.: I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8: 1997, Ankara 1998, 1. Bası. (Anılış: Kitap: 8)

Uzunallı, Sevilay: Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, İstanbul 2008.

Yasaman, Hamdi/Yusufoğlu, Fülürya: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. II, İstanbul 2004.

Yasaman, Hamdi: "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar", Kemal Oğuzman'a Armağan, GÜHFD, Ocak 2002, C.: I, S.: 1, s. 300-309.

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, İstanbul 2004 (Anılış: Şerh)

Yasaman,**Hamdi:** "Tanınmış Markalar", Halil Aslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.691-708.

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Gaiplerin ve Kaçakların Yargılanması

*Yasemin ANTAKYALIOĞLU**

Ceza Muhakemesi Hukuku'nun temel bir ilkesi olan ceza yargılaması yapılabilmesi için sanığın hazır bulunması gerektiğine ilişkin kuralın istinasını teşkil eden gaip ve kaçakların yargılanması konusunun incelendiği bu makalede; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Gaiplerin ve Kaçakların Yargılanmasına ilişkin hükümleri, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ve yeri geldikçe Alman Ceza Usul Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

I- Giriş

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 193. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve "Hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmayacağı" kuralının istinasını teşkil eden gaiplerin ve kaçakların yargılanması konusu, Türk Ceza Yargılaması sistemi içerisinde CMK'nın Özel Yargılama Usullerine ilişkin Beşinci Kitabının birinci bölümünde 244–248. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Aşağıda söz konusu maddeler, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) ve Alman Ceza Usul Kanunu (StrafprozessOrdnung-StPO) hükümleri ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

II- Gaiplerin Yargılanması

a. Tanım

CMK'nın "Gaibin tanımı ve yapılabilecek işlemler" başlıklı 244. maddesinin 1. fıkrasında;

"Bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanığın gaip sayılacağı" hükme bağlanmıştır.

---

1 Avukat, İstanbul Barosu

Kanun'un 244. maddesinin 1. fıkrasında yapılan tanım gereğince; bir sanığın gaip sayılabilmesi için aşağıda yer alan üç koşuldan en az birinin gerçekleşmiş olması gerekecektir. Bu koşullar;

- Sanığın bulunduğu yerin bilinmiyor olması veya,
- Sanığın yurt dışında bulunuyor olması ve yetkili mahkeme önüne getirilemiyor olması ya da;
- Sanığın yurt dışında bulunuyor olması ve getirilmesinin yetkili mahkeme tarafından uygun görülmemiş olmasıdır.

Gaipliğin tanımına ilişkin benzer bir düzenleme CMUK'nın 269. maddesinde de yer almaktaydı.[1] CMUK'nın 269. maddesine göre bir sanığın gaip sayılabilmesi için aranan koşullar;

- Sanığın meskeninin bilinmiyor olması veya,
- Sanığın yabancı ülkede sakin olup da yetkili mahkeme huzuruna getirilmesinin mümkün olmaması ya da;
- Yabancı ülkede sakin olan sanığın yetkili mahkeme huzuruna getirilmesi hususunda yapılacak davetin neticesiz kalacağının kuvvetle anlaşılmış olması idi.

Bir sanığın gaip sayılabilmesine ilişkin CMUK ile CMK'da yer alan hükümler arasındaki farkları kısaca şu şekilde sıralamak mümkündür:

- CMUK'da sanığın **meskeninin bilinmemesinden** söz edilmekte iken; CMK'da sanığın ikamet ettiği yerin değil, **bulunduğu yerin bilinmemesinden** söz edilmektedir.
- CMUK'da sanığın **yabancı ülkede sakin olmasından** söz edilmekte iken; CMK'da sanığın **yabancı ülkede bulunuyor olmasından** söz edilmektedir.
- CMUK'da yabancı ülkede sakin olan sanığın yetkili mahkeme huzuruna getirilmesi hususunda yapılacak **davetin neticesiz kalacağının mahkemece kuvvetle anlaşılmış olması** aranmakta iken; CMK'da yabancı ülkede bulunan sanığın mahkeme önüne getirilmesinin **mahkeme tarafından uygun bulunmaması** halinden söz edilmektedir.

---

1 CMUK'nın "Gaibin Tarifi" başlıklı 296. maddesi aynen şu şekildedir: "Meskeni bilinmeyen veya yabancı memlekette sakin olup da; yetkili mahkeme huzuruna celbi mümkün olmayan yahut bu suretle davetin neticesiz kalacağı kuvvetle anlaşılan sanık gaip sayılır."

Bir sanığın gaip sayılmasına ilişkin CMK ve CMUK hükümleri arasında yer alan bu farklılıklardan hareketle; CMK'nın 244. maddesi uyarınca gaip sayılabilmenin, CMUK'nın 296. maddesine kıyasla daha kolay hale geldiğini ve mahkemeye daha geniş bir takdir hakkı tanıdığını söylemek mümkündür.

Alman Ceza Usul Hukuku'nda ise kısmen CMUK'nın 296. maddesine benzer bir düzenleme StPO'nun 276. paragrafında yer almaktadır.[2] Buna göre, "ikametgâhı bilinmeyen veya yurt dışında sakin olup da, yetkili mahkeme önüne getirilmesi mümkün olmayan veya mütenasip görülmeyen sanığın, gaip olarak kabul edileceği" hükme bağlanmıştır. Gaipliğin tanımında, StPO'nun 276. paragrafı ile CMUK ve CMK arasında farklılık arz eden tek husus, "mütenasip görülmeyen (nicht angemessen erscheint)" tabiridir. Nitekim CMUK'da "davetin neticesiz kalacağının mahkemece kuvvetle anlaşılmış olmasından" söz edilmekte iken, CMK'da sanığın mahkeme önüne getirilmesinin mahkeme tarafından uygun bulunmamasından söz edilmiştir.

Oysa Alman Ceza Usul Kanunu'nda sanığın yurt dışında sakin olup da, mahkeme huzuruna getirilmesinin yapılacak olan yargılama ile ulaşılacak sonuca nazaran "ölçüsüz" bir çaba harcanmasını gerektirmesi hususundan bahsedilerek mahkemenin bu konuda takdir hakkı bulunduğu söylenebilecektir.

b. Sanığın Bulunduğu Yerin Bilinememesi

Sanığın gaip olarak kabul edilebilmesi için Kanun'da öngörülen birinci hal, **sanığın bulunduğu yerin bilinememesi** sebebiyle kendisine ulaşılamamasıdır.

Sanığın bulunduğu yerin bilinememesi öğretide; muhakeme organlarınca, sanığın oturduğu yerin bilinememesi, bu yerin davanın önemiyle orantılı sayılabilecek bir masrafla belirlenememesi ve yakın gelecekte belirleneceği konusunda da hiçbir umut bulunmaması olarak tanımlanmaktadır.[3]

c. Sanığın Yurt Dışında Bulunması Hali

Kanun'da öngörülen ikinci hal olan sanığın yurt dışında bulunması halinde ise; yurt dışından mahkeme önüne getirilebilmesi için gerekli çaba harcandığı halde getirilemeyen ve **amacının hakkındaki kovuştur-**

---

2 StPO § 276 aynen şu şekildedir: "Ein Beschuldigter gilt als abwesend, wenn sein Aufenthalt unbekannt ist oder wenn er sich im Ausland aufhält und seine Gestellung vor das zuständige Gericht nicht ausführbar oder nicht angemessen erscheint."

3 Nur CENTEL/Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, s.833

manın sonuçsuz kalmasını sağlamak olmadığı anlaşılan sanık, bu imkânsızlığın ortaya çıktığı andan itibaren gaip sayılacaktır.

Yurt dışında bulunan sanığın mahkeme huzuruna getirilememesi veya kendisine ulaşılamaması, adresinin bilinmemesinden kaynaklanabileceği gibi; yabancı ülke yasasının davete olanak tanımamasından da kaynaklanabilecektir.[4]

Sonuç olarak, CMK'nın 244. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, **gaip sanık; kendisine ulaşılamama durumunu bilinçli olarak yaratmamış**, **muhtemelen hakkında soruşturma yapıldığından da haberi olmayan bir kişi** olarak karşımıza çıkmaktadır.

II- Gaip Sanık Hakkında Yapılabilecek İşlemler

a. Genel Olarak

CMK'nın 244. maddesinin birinci fıkrasında; mahkemeye getirilmesi yukarıda belirttiğimiz nedenlerle olanaksız olan sanığın gaip sayılacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrada gaip sanık hakkında hiçbir şekilde **duruşma açılamayacağı;** ancak mahkemece, **delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla gerekli işlemlerin yapabileceği** düzenlemesine yer verilmiştir.

Oysa ki, CMUK'nın 270. maddesinde birtakım şartların varlığı halinde gaip sanık hakkında duruşma açılabileceği düzenlemesi yer almaktaydı[5]. Buna göre; CMUK'nın 270. maddesi uyarınca gaip sanığa isnat olunan suç;

- Para cezasını gerektiriyorsa veya,
- Müsadereyi gerektiriyorsa ya da,
- Hem para cezasını hem de müsadereyi gerektiriyorsa

gaip sanık hakkında duruşma açılabiliyordu.

Oysa CMK'da, bu istisnai düzenlemeye yer verilmemiş ve gaip olan sanık hakkında **duruşma açılamayacağı** öngörülmüştür. Nitekim, kendisine ulaşılamama durumunu bilinçli olarak yaratmamış, muhtemelen aleyhine dava açıldığından dahi haberi olmayan ve bu nedenle yargılamaya katılamayıp, savunma hakkını kullanamayan bir sanığın yokluğunda yargılama-

---

4 Nur CENTEL/Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, s. 671

5 CMUK'nın "Gaip Hakkında Duruşma Açılması" başlıklı 270. maddesi aynen şu şekildeydi: "Bir gaibin aleyhinde, tahkikata mevzu teşkil eden suç para cezasını veya müsadereyi yahut her ikisini istilzam ederse duruşma açılabilir."

nın devam ettirilmesinin hukuk devleti prensibiyle bağdaşmayan bir düzenleme olması karşısında, CMK'da bu düzenlemeye yer verilmemiş olması, kanaatimizce son derece yerinde olmuştur.

Gaiplik halinde, kural olarak kendisine ulaşılamayan, muhtemelen hakkında soruşturma yapıldığından da haberi olmayan bir sanık söz konusudur. Bu nedenle de, muhakemeye katılamayan sanığı, gıyabında bile olsa savunma hakkını gerektiği gibi kullanma olanağı tanımadan yargılayıp mahkûm etmek ve gaiplik durumu ortadan kalkmadan duruşma açmak mümkün olmadığından, CMK'nın 244. maddesinin 2. fıkrasında gaiplik halinde **sadece delillerin toplanması veya korunması amacıyla bazı ceza muhakemesi işlemlerinin yapılabileceği öngörülmüş**, **gıyapta hüküm verilmesine izin verilmemiştir**.

Ancak hakkındaki soruşturma işlemleri ifadesi alınmaksızın tamamlanmış, iddianamesi tanzim edilmiş olan ve yargılamada sanık sıfatını almış olan kişi hakkında duruşma açılmaksızın, **mahkemece delillerin toplanması veya korunması amacıyla** gerekli işlemler yapılabilecektir.

CMK'nın 244/2. maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme, yukarıda belirttiğimiz CMUK'nın 278/1. maddesinde de aynı şekilde yer almaktaydı[6]. Alman Ceza Usul Kanunu'nun 285. paragrafında da aynı nitelikteki düzenlemeye yer verilmiştir[7]. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki; CMUK'nın 270. maddesinde yer alan ve duruşma açılabileceğine ilişkin istisnai düzenleme StPO'da da yer almamaktadır.

Buna göre, duruşma açılamasa da CMK'nın 244/2. maddesi uyarınca gaip hakkında yapılabilecek ceza muhakemesi işlemleri şu şekilde sıralanabilecektir;

- Gaip hakkındaki dava dosyasına bakmakla görevli mahkeme, duruşma açmayacaktır; ancak, CMK'nın 175 vd. maddelerinde öngörülen duruşma hazırlığı işlemlerini yapmasında bir engel bulunmamaktadır. Nitekim, CMK'da gaiplerin yargılamasına ilişkin özel bir duruşma hazırlığı usulü öngörülmemiştir.

---

6 CMUK'nın "Gaip Hakkında Duruşma Açılmaması ve Aleyhine Yapılacak İşler" başlıklı 278/1. maddesi aynen şu şekildedir: "Gaip hakkında duruşma yalnız 270. maddede yazılı hallerde açılır. Bu hallerden başkasında gaip aleyhinde yapılacak işler, ileride hazır bulunursa delillerin haliyle muhafazasını temin içindir.

7 StPO § 285/1 aynen şu şekildedir: "Gegen einen Abwesenden findet keine Hauptverhandlung statt. Das gegen einen Abwesenden eingeleitete Verfahren hat die Aufgabe, für den Fall seiner künftigen Gestellung die Beweise zu sichern." "*Gaip hakkında duruşma açılmaz. Gaip hakkında yapılacak olan yargılama sadece, gaibin Mahkeme huzuruna çıkarılması ihtimaline binaen, hakkındaki delillerin koruma altına alınması amacıyla yapılır*".

- Gaip olan sanığa isnat edilen fiil hakkında delil toplanmaya (delillerin ele geçirilmesine) devam edilebilir.
- Daha önce delil toplanmışsa bunların muhafaza altında tutulmasına (delillerin korunmasına) dair işlemler yapılabilir.
- Benzer nitelikte, gerekli görülen diğer ceza muhakemesi işlemleri yapılabilir.

Tüm bu ceza muhakemesi işlemleri gaip hakkındaki dosyaya bakmakla görevli mahkemece "delillerin ele geçirilmesi ya da elde edilen delillerin korunması" amacıyla yapılacaktır. [8]

CMK uyarınca gaip sanık hakkında duruşma açılamayacağından, farklı bir duruşma hazırlığı düzenlemesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla CMK'nın duruşma hazırlığına ilişkin 175. madde ve devamında yer alan maddeleri gaip sanık hakkında da uygulanacaktır.

Gaip sanık hakkındaki dava dosyasına bakmakla görevli mahkeme; yukarıda sayılan ve duruşma açılmaksızın yapılabilen bu işlemleri bizzat yapabileceği gibi, CMK'nın 244/3 ve 4. fıkraları uyarınca; söz konusu işlemler naip hâkim veya istinabe olunan mahkeme aracılığıyla da yapılabilecektir. Bu durumda söz konusu işlemler, görevli mahkemece yetkili kılınan (istinabe olunan) başka yerdeki bir mahkeme ya da asıl yetkili mahkeme heyetinden olup başkan tarafından görevlendirilen bir naip hâkim tarafından yine duruşma açılmaksızın yapılacaktır.

CMK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında, kanun koyucu, gaip sanığın yokluğunda yapılabilecek söz konusu işlemler sırasında sanığın savunma hakkını gerektiği gibi kullanabilmesini teminen, sanığın müdafii veya kanuni temsilcisi veya eşinin hazır bulunabileceği hükmünü tesis etmiş, hatta sanığın müdafiinin olmaması halinde gerektiği takdirde Baro'dan müdafi tayin edilebileceği belirtilmiştir. Bu konuda CMUK'nın 273. maddesinde yer alan düzenleme ise; CMK'da öngörülen ve müdafi dışında gaip sanığı temsil edebilecek kişiler açısından farklılık arz etmektedir.

Nitekim, CMUK'nın 273. maddesinde; gaip sanığın **kanuni temsilcisinden değil, kanuni hısımlarından söz edilmekte** ve bu kişilerin **vekaletnâme aranmaksızın duruşmaya kabul edilebilecekleri** belirtilmektedir. Alman Ceza Usul Kanunu'na baktığımızda da, Kanun'un 286. paragrafının mülga Ceza Usul Kanunumuzda öngörülen hükümle benzer olduğunu görmekteyiz. [9]

---

8 Ali PARLAR/Muzaffer HATİPOĞLU, CMK Yorumu, Cilt 2, s.1535

9 StPO § 286 aynen şu şekildedir: "Für den Angeklagten kann ein Verteidiger auft-

b. İhtarda Bulunulması

CMK'nın 245. maddesinde; hakkında delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla gerekli işlemler yapılmış olan ve adresi bilinemeyen gaip sanığa, hakkında açılmış olan davanın görülebilmesi ve duruşmalara başlanabilmesi için mahkeme önüne gelmesi veya adresini bildirmesi gerektiği hususlarının uygun bir iletişim aracıyla ihtar edileceği düzenlenmiştir.[10]

Bu konuda CMK ile CMUK arasında yer alan en önemli farklılık; CMK'da yer alan düzenlemede kanun koyucunun CMUK'nın 281. maddesinde yer verdiği **"ihtar olunabilir"** şeklindeki ifade tarzını terk ederek, **"ihtar edilir"** tabirini kullanmış olması ve gaibe yapılacak ihtaratı mahkemenin takdir hakkını kullanabileceği bir hal olmaktan çıkarmasıdır.

CMK'nın 245. maddesinde, CMUK'nın 281. maddesinde ve StPO'nun 288. paragrafında[11] öngörüldüğü üzere, gaibe yapılacak ihtarın sadece "gazeteler" aracılığıyla yapılması değil; iletişim araçlarının gösterdiği ilerlemeyle paralel olarak mahkemece uygun görülecek ve ihtarın gaibe ulaşmasını sağlamaya elverişli her türlü iletişim aracılığıyla (telefon, internet gibi) yapılabileceği düzenlenmiştir.

Gaibe yapılacak ihtar bakımından; CMUK'nın, CMK'dan farklılık gösterdiği ve gaip sanığa gönderilecek celpnamede bulunması gereken özel hususların yine CMUK'nın duruşma hazırlığına ilişkin faslında yer alan 207. maddesinden ayrı olarak düzenlendiği bir hüküm içerdiğini belirtmek gerekmektedir. CMUK'nın "Celpnamede Yazılacak Noktalar" başlıklı 272. maddesinde yer alan ve gaip sanığa gönderilecek celpnamede yazılacak hususların özel olarak düzenlendiği bu maddeye CMK'da yer verilmemiş olması, doktrinde ÖZBEK'in[12] de belirttiği üzere; CMK'nın gaipler hakkında öngördüğü

---

reten. Auch Angehörige des Angeklagten sind, auch ohne Vollmacht, als Vertreter zuzulassen." *"Sanığı bir avukat temsil edebilir. Sanığın aile bireyleri de vekâletname aranmaksızın temsilci olarak duruşmaya kabul edilirler."*

10 CMK'nın "Gaibe İhtar" başlıklı 245. maddesi aynen şu şekildedir: "Adresi bilinmeyen gaibe, mahkeme önüne gelmesi veya adresini bildirmesi hususları uygun bir iletişim aracılığıyla ihtar edilir."

11 CMUK'nın "Gaibe İhtar" başlıklı 281. maddesi aynen şu şekildedir: "Meskeni bilinmeyen gaibe, hakim huzurunda ispatı vücut etmesi yahut meskenini bildirmesi gazetelerle ihtar olunabilir."
StPO § 288 aynen şu şekildedir: "Der Abwesende, dessen Aufenthalt unbekannt ist, kann in einem oder mehreren öffentlichen Blättern zum Erscheinen vor Gericht oder zur Anzeige seines Aufenthaltsortes aufgefordert werden." *"Adresi bilinmeyen gaip sanığa, bir veya birden fazla gazetede mahkeme huzuruna gelmesi veya ikamet ettiği yeri bildirmesi konusunda ilan verilebilir".*

12 Veli Özer ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, s. 769

yargılamada hiçbir şekilde duruşma açılmayacağının kesin olarak hükme bağlanmış olmasıdır.

İhtarat konusunda CMK'nın bir diğer farklılık gösterdiği husus ise; CMUK'nın 280. ve Alman Ceza Usul Kanunu'nun 287. maddelerinde[13] yer alan ve yargılamaya ilişkin işlemler hakkında gaip sanığın kendisine haber verilmesini asla talep edemeyeceği ancak, meskeni bilinen gaip sanığa bilgi verilmesi konusunda hâkimin takdir hakkı olduğuna ilişkin düzenlemeye CMK'da yer verilmemiş olmasıdır.

Sonuç olarak, CMK'nın 245. maddesi uyarınca yapılacak olan ihtar, sadece gaibin mahkeme önüne gelmesi için değil, adresini bildirmesi için de yapılabilecektir. Bu ihtar üzerine adresini bildiren gaibin belirtilen adresine yapılan davete uymayarak, mahkeme huzuruna gelmemesi halinde ise; sanık hakkında artık CMK'nın 247 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan "Kaçakların Yargılanmasına İlişkin Hükümler" uygulanabilecektir.[14]

c. Gaip Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi

CMK'nın 246/1. maddesinde, mahkemece, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağına dair bir güvence belgesi verilebileceği ve bu güvencenin koşullara bağlanabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

CMK'nın 246/1. maddesinde, paralel bir düzenleme ihtiva eden CMUK'nın 288. maddesinden farklı şekilde; gaip olan sanık hakkında "duruşmaya gelmesi halinde" tutuklanmayacağına dair güvence verilebileceği ifadesine yer verilerek, güvence belgesinin ne amaçla verileceği açık bir biçimde belirtilmiştir. Alman Ceza Usul Kanunu'nun 295. paragrafında da, CMUK'nın 288. maddesine benzer bir düzenleme yer almaktadır.[15]

---

13 CMUK'nın "Tahkikat İşlerinden Gaibe Haber Verilip Verilmeyeceği" başlıklı 280. maddesi aynen şu şekildedir: "Gaip olan sanık kendisine tahkikat işlerinin cereyanından haber verilmesini asla talep edemez. Bununla beraber hâkim, meskeni bilinen sanığa malumat verebilir."
StPO § 287 aynen şu şekildedir: "(1) Dem abwesenden Beschuldigten steht ein Anspruch auf Benachrichtigung über den Fortgang des Verfahrens nicht zu. (2) Der Richter ist jedoch befugt, einem Abwesenden, dessen Aufenthalt bekannt ist, Benachrichtigungen zugehen zu lassen." *"Yargılamanın gidişatı hakkında gaip sanığı bilgilendirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak adresi mahkemece bilinen gaibin, yargılamanın gidişatı hakkında bilgilendirilmesi hususunda hâkim her zaman karar verebilir."*

14 PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1537

15 StPO § 295 aynen şu şekildedir: "(1) Das Gericht kann einem abwesenden Beschuldigten sicheres Geleit erteilen; es kann diese Erteilung an Bedingungen knüpfen.(2) Das sichere Geleit gewährt Befreiung von der Untersuchungshaft, jedoch

Güvence belgesi, gaip olan sanığın tutuklanmasını gerektirebilecek hallerde verilebilecek olup, maddede gaip sanığa isnat olunan suçun niteliğine ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, güvence belgesi vermek yetkili mahkemenin takdirinde olup; mahkeme tarafından, verilecek güvence belgesinin koşullara bağlanması imkânı da CMK'nın 246/1. maddesi uyarınca öngörülmüştür. Güvence belgesinin, gaip sanığın mahkeme huzuruna çıkmasını sağlama amacına hizmet ettiği göz önünde bulundurulduğunda, kanunda sayılmamış olan koşullara; yargılama bitirilinceye kadar sanığın yurt dışına çıkmaması, duruşmalara düzenli olarak katılması veya belli bir şehirde ikamet etmesi gibi haller örnek olarak gösterilebilecektir.

Bu noktada, gaip sanığa verilecek olan ve geçerliliği belili bir süreye bağlanmamış olan güvence belgesinin geçerliliğini koruduğu durumlarda gaip sanık hakkında, tutuklama dışında kalan koruma tedbirlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelmektedir.

Doktrinde ÖZBEK[16]; bu soruya, tutuklanmama güvencesi veren söz konusu belgenin verilmesi amacıyla örtüşmeyecek bazı koruma tedbirlerinin uygulanamaması gerektiği şeklinde yanıt vererek, güvence belgesi verilen sanık hakkında **aynı fiilden dolayı** yakalama ya da gözaltına alma koruma tedbirlerinin uygulanmaması gerektiğini; ancak arama, el koyma ve iletişimin tespiti gibi koruma tedbirlerinin uygulanabileceğini belirtmektedir.

Kanunumuz, Alman Ceza Usul Kanunu'nda da benimsenmiş olan "Suça Güvence" sistemini benimsemiştir. Böylece, gaip sanığa verilebilecek olan güvence belgesi, sanığı işlemiş olduğu iddia edilen tüm suçlardan değil, sadece, güvence belgesi verilmesine esas teşkil eden yargılamaya konu olan suça ilişkin olarak tutuklanmaktan kurtaracaktır. Dolayısıyla, gaip sayılan ve tutuklanmayacağına dair güvence belgesi verilen bir sanık; aleyhinde açılmış olan ancak gaip sayılmadığı veya gaip sayılmakla birlikte güvence belgesi verilmemiş olan başka bir suçtan dolayı tutuklanabilecektir. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki; kanunumuzun "Suça Güvence" sistemini benimsediğine

---

nur wegen der Straftat, für die es erteilt ist.(3) Es erlischt, wenn ein auf Freiheitsstrafe lautendes Urteil ergeht oder wenn der Beschuldigte Anstalten zur Flucht trifft oder wenn er die Bedingungen nicht erfüllt, unter denen ihm das sichere Geleit erteilt worden ist."
"*(1)Gaip sanığa mahkemece, güvence belgesi verilebilir ve bu güvence koşullara bağlanabilir. (2) Güvence belgesi, gaip sanığı sadece güvence belgesi verilen suçtan dolayı tutuklanmaktan masun kılar. (3) Sanığın hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olması veya kaçma hazırlığında bulunması veya güvence belgesinin bağlı bulunduğu koşullara riayet etmemesi halinde güvence belgesinin hükmü kalmaz."*

16 ÖZBEK, s. 773

ilişkin açıklamaya 246. maddenin gerekçesinde yer verilmişken, CMUK'nın 288. maddesinde StPO'nun 295/2. paragrafında olduğu gibi; *"Teminat varakası hangi suç için verilmişse sanığı yalnız ondan dolayı tutuklanmaktan masun bulundurur"* şeklindeki ikinci fıkra ile açıkça yer almakta idi.

Nitekim gaip sanığın bir başka suç dolayısıyla tutuklanabileceğine ilişkin yaklaşımın doğal bir sonucu olarak CMK'nın 246/2. maddesinde güvence belgesinin hükümsüz kalacağı hallerden biri olarak sanığın hapis cezası ile mahkûm olması hali öngörülmüştür.

Kanunda, güvence belgesinin hükümsüz kalacağı diğer durumlar ise; sanığın kaçma hazırlığında bulunduğunun anlaşılması veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymaması halleri olarak sayılmıştır.

III- Kaçakların Yargılanması

a. Tanım

CMUK'da yer almayan "Kaçakların yargılanması" konusu, usul hukukumuzda ilk kez CMK'nın Özel Yargılama Usulleri'ne ilişkin Beşinci Kitabı'nın ikinci bölümünde 247. ve 248. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, CMK'nın "Kaçağın Tanımı" başlıklı 247/1. maddesi ile; **hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla** yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denileceği hükme bağlanmıştır.

Maddede belirtilen bu tanıma göre, kaçaklığın unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Sanık, bilerek ve isteyerek; haberdar olduğu ve hakkında yapılan kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla hareket etmelidir.
- Kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla hareket eden sanık, yurt içinde gizlenmeli veya yurt dışında bulunmalıdır.
- Mahkeme, sanığın kendisini gizlemesi veya kendisine ulaşılmasını engellemesi nedeniyle sanığa ulaşamıyor olmalıdır.[17]

Bu unsurlardan hareketle gaiplik ve kaçaklık durumu arasındaki farkı şu şekilde ortaya koymak mümkün olacaktır:

Gaiplikte; sanık duruşmadan bilinçli olmayarak uzaklaşmakta olup, kendisine ulaşılamama durumunu yine bilinçli olmayarak yaratmakta ve

---

17 ÖZBEK, s.777; PARLAR/HATİPOĞLU, s.1540

muhtemelen hakkında bir soruşturma yürütüldüğü konusunda bilgisi de bulunmamaktadır. Bu nedenle gaip sanık hakkında duruşma açılamaz.

Kaçaklık halinde ise; gaiplikte olduğu gibi, yine mahkemece kendisine ulaşılamayan bir sanık söz konusu olmakla birlikte, sanık bu durumu bilerek ve isteyerek, hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalması amacıyla yaratmaktadır. Bu nedenle, kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir ve hatta belirli koşulların bulunması halinde hüküm verilebilir.

Alman Ceza Usul Kanunu'nda ise CMK'da olduğu gibi, sanığın mahkeme tarafından kendisine ulaşılamam durumu bilinçli olarak yaratıp yaratmaması durumlarından hareketle yapılan "Gaiplik" ve "Kaçaklık" şeklinde bir ayırıma gidilmemiş olup, sanığın soruşturma veya kovuşturma aşamasında mahkeme önünde hazır edilememesi hallerine ilişkin düzenlemeler içeren 289[18] ve devamındaki paragraflarda düzenleme yapıldığı görülmektedir. Aşağıda yeri geldikçe bu hükümlere değinilecektir.

b. Kaçaklık Kararının Verilmesi

CMK'nın 247/2. maddesinde kaçaklık kararının verilmesine ilişkin iki önkoşula yer verilmiştir. Buna göre;

- Kaçaklık kararının verilebilmesi için sanık hakkında 248/2. maddede sayılan suçlardan[19] dolayı kamu davası açılmış olmalıdır.

---

18 StPO § 289 aynen şu şekildedir: "Stellt sich erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens die Abwesenheit des Angeklagten heraus, so erfolgen die noch erforderlichen Beweisaufnahmen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter." *"Yargılamanın başlamasının ardından, sanığın gaip olduğunun anlaşılması halinde, hakkında toplanılması icap eden deliller bulunduğu takdirde, işbu deliller görevli hakim veya talepte bulunulan hakim tarafından toplanır."*

19 CMK'nın "Zorlama Amaçlı El Koyma ve Teminat Belgesi" başlıklı 248/2. maddesi aynen şu şekildedir:
"a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (Madde 76, 77, 78), 2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80), 3. Hırsızlık (Madde 141, 142), 4. Yağma (Madde 148, 149), 5. Güveni kötüye kullanma (Madde 155), 6. Dolandırıcılık (Madde 157, 158), 7. Hileli iflas (Madde 161), 8. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188), 9. Parada sahtecilik (Madde 197), 10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (Madde 220), 11. Zimmet (Madde 247), 12. İrtikâp (Madde 250), 13. Rüşvet (Madde 252), 14. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235), 15. Edimin ifasına fesat karıştırma (Madde 236), 16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (Madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), 17. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315), 18. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları;
b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları,

- Sanık hakkında yetkili mahkemece usulüne göre yapılan tebligata uyulmamış olmalı ve bundan dolayı sanık hakkında verilen zorla getirme kararı da yerine getirilememiş olmalıdır.

Önemle belirtmek isteriz ki; yukarıda belirtilen iki önkoşul gerçekleşmeden, mahkemenin kaçaklık kararı vermesi mümkün olmayacaktır.

Nitekim maddenin devamında, söz konusu iki önkoşulun gerçekleşmesi halinde mahkemenin kaçaklık kararı verebilmesi için gerekli usul şu şekilde düzenlenmiştir:

- Mahkeme öncelikle, sanığa yapmış olduğu çağrının bir gazete ile sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanına karar verecektir. Mahkemece yapılacak bu ilanlarda, sanık on beş gün içinde gelmediği takdirde, hakkında 248. maddede öngörülen tedbirlere hükmedilebileceği de açıklanmalıdır.

- Yukarıda belirtilen işlemlerin yapıldığı hususu mahkemece tutanağa bağlanmalıdır.

- Sanık, bu işlemlerin tutanakla saptanmasından itibaren on beş gün içinde mahkemeye başvurmamış olmalıdır.

Ancak bu koşulların gerçekleşmesi halinde, mahkeme sanığın kaçak olduğuna karar verir.[20] Maddede yer alan "karar verir" ifadesinden, mahkemenin kaçaklık kararı vermek konusunda takdir hakkı bulunmadığı ve öngörülen koşulların oluşması halinde mahkemenin kaçaklık kararı vermesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Kaçak olduğuna karar verilen sanık hakkında; CMK'nın 247. maddesinin 3. fıkrası[21] uyarınca, **kovuşturma yapılabilecektir**. Kanunun yaptığı tanım uyarınca; kaçaklık, kovuşturma evresine mahsus bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bir kişi hakkında, iddianamenin kabul edilmesi ile başlayan kovuşturma aşamasına geçilmeden kaçaklık kararı verilmesi mümkün olmayacaktır.

---

c) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar."

20 ÖZBEK, s.779; CENTEL/ZAFER, s. 674; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1541

21 CMK'nın "Kaçağın Tanımı" başlıklı 247/3. maddesi aynen şu şekildedir: "Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkumiyet kararı verilemez."

Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilecek olmakla birlikte; sanık daha önce soruşturma veya kovuşturma konusu olan suçla ilgili olarak mahkeme huzurunda dinlenmemişse, yani sanığın **sorgusu yapılmamışsa**, hakkında **mahkumiyet kararı verilemeyecektir**. Dolayısıyla, sorgusu yapılmamış olan kaçak sanık hakkında yapılacak olan kovuşturma neticesinde, CMK'nın 223. maddesinde sayılan hüküm türlerinden mahkumiyet kararı dışında kalan; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi kararı, davanın reddi kararı ve davanın düşmesi kararlarından biri verilerek yargılama tamamlanabilecektir.

CMK'nın 247. maddesinin son fıkrasında, duruşma yapılan hallerde kaçak sanığın müdafii yok ise, mahkemenin barodan bir müdafii görevlendirmesini isteyeceği düzenlemesine yer verilmiştir. Kanun koyucunun kaçaklar hakkında "Zorunlu Müdafilik" sistemini benimsediği söylenebilecektir.

c. Kaçak Sanığın Duruşmaya Gelmesini Sağlamaya Yönelik Tedbirler

1. El koyma

CMK'nın 248/1. maddesinde[22] tıpkı gaiplere ilişkin 246. maddede olduğu gibi, sanığın mahkeme huzuruna gelmesini teminen bazı tedbirler öngörülmüştür. Bunlardan ilki el koyma tedbiridir. Buna göre; kaçak sanığın yokluğunda yargılanabileceği hallerde, duruşmaya katılmasını sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına **amaçla orantılı olarak** mahkeme kararıyla el konulabilecek ve gerektiğinde yönetimi için kayyım atanabilecektir. El konulan mal, hak ve alacakların korunmasında CMK'nın el koyma tedbirine ilişkin genel hükümleri uygulanacak ve mahkemece; verilen el koyma kararının özetinin bir gazetede ilanına karar verilebilecektir. (CMK.m.248/3)

Ancak; CMK'nın 248/1. maddesinde sanığın "mal, hak ve alacaklarına" el konulabileceği düzenlenmişken; CMK'nın el koyma tedbirine ilişkin genel düzenlemesini içeren 128. maddesinde, el koyma tedbirinin konusu olarak "taşınmaz, hak ve alacaklardan" söz edilmektedir. CMK'nın 248. maddesinde "taşınmaz" yerine "mal" tabirinin kullanılmış olmasının, uygulamada tartışma yaratabileceği dikkate alındığında, kanunda terim birliğinin sağlanmasının daha yararlı olacağı ifade edilebilecektir.

---

22 CMK'nın "Zorlama Amaçlı El Koyma ve Teminat Belgesi" başlıklı 248/1. maddesi aynen şu şekildedir: *"(1) Kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla el konulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. El koyma ve kayyım atama kararı müdafiine bildirilir."*

Kaçak sanığın duruşmaya katılmasını sağlamak amacıyla mahkemenin takdiriyle başvurulabilecek el koyma tedbiri, sadece CMK'nın 248/2. fıkrasında sayılan suçlar bakımından amaçla orantılı şekilde mümkün olabilecek, bu suçlar dışında kalan suçlardan dolayı yapılan bir yargılamada kaçak sanık hakkında el koyma kararı verilemeyecektir.[23]

Alman Ceza Usul Kanunu'nun konuya ilişkin 290. paragrafını incelediğimizde ise; el koyma tedbirinin yakalama emrine alternatif olarak yer aldığını görmekteyiz.[24] Nitekim StPO'nun 290. paragrafında; alt sınırı 6 aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı veya 180 günden fazla para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı aleyhinde kamu davası açılmış olan gaip sanık hakkında yakalama emri çıkarılmasını gerektiren şüphe sebeplerinin bulunması halinde Almanya'da bulunan malvarlığına el konulabileceği düzenlenmiştir.

CMK'nın 248/6. maddesinde; mahkeme, el koyma kararı verdiğinde, kaçak sanığın yasal olarak bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerini saptadığı takdirde bu kişilerin geçimlerini sağlamaları amacıyla el konulan malvarlığından söz konusu kişilere sosyal durumları ile orantılı şekilde yardım yapılması konusunda kayyıma izin verebileceği öngörülmüştür.

Son olarak belirtmek gerekir ki; kaçak olan sanık hakkında, duruşmalara katılmasını sağlamak amacına hizmet eden bir tedbir olarak öngörülen el koyma kararı, kaçak sanığın yakalanması veya kendiliğinden gelerek teslim olması halinde kaldırılacaktır. (CMK.m.248/5)

2. Tutuklama Kararı Verilmesi

Kaçak sanığın mahkeme huzuruna gelmesini teminen CMK'nın 248. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen diğer zorlayıcı tedbir, kaçak sanık hak-

---

23 CMK'nın 248/2. fıkrasında sayılan suçlar için bkz. dipnot 19

24 StPO § 290 aynen şu şekildedir: "(1) Liegen gegen den Abwesenden, gegen den die öffentliche Klage erhoben ist, Verdachtsgründe vor, die den Erlaß eines Haftbefehls rechtfertigen würden, so kann sein im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes befindliches Vermögen durch Beschluß des Gerichts mit Beschlag belegt werden.(2) Wegen Straftaten, die nur mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bedroht sind, findet keine Vermögensbeschlagnahme statt."
"(1)Aleyhine kamu davası açılmış olan gaip sanık hakkında, yakalama emri çıkarılmasını gerektiren şüphe sebeplerinin bulunması halinde, gaip sanığın Federal Almanya Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan malvarlığına Mahkeme kararıyla el konulabilir.
(2)Ancak, dava konusu fiilin; üst sınırının 6 aylık hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi veya 180 gün karşılığı para cezasının öngörüldüğü bir fiil olması halinde malvarlığına el konulması karar verilemez."

kında CMK'nın 100 ve devamı maddeleri uyarınca sulh ceza hakimi veya mahkeme tarafından, yokluğunda tutuklama kararı (gıyabi tutuklama kararı) verilebilmesidir. Önemle belirtmek isteriz ki; bu düzenlemede CMK'nın 100. maddesine yapılan atıftan hareketle; kaçak sanığa isnat olunan suçun sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı 1 yıldan fazla olmayan bir suç olması halinde kaçak sanık hakkında tutuklama kararı verilemeyeceği söylenebilecektir. Keza, kaçaklık kararı verilebilecek suçlara ilişkin CMK'nın 248. maddesinin 2. fıkrasına bakıldığında da, sayılan suçların üst sınırının 1 yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar olduğu görülmektedir.[25]

Kaçak sanık; CMK'nın yukarıda açıkladığımız 247. maddesi uyarınca, prensip olarak yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan bir kimsedir. Ancak; **yokluğunda tutuklama kararı verilebilecek olan sanık sadece "yabancı ülkede bulunan" kaçak sanıktır**.

Bu husus, kanun yapma tekniğine aykırı şekilde, CMK'nın ilgili bölümünde yer almamakla birlikte, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un "Gıyabi Tutuklama Kararları" başlıklı 5. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeyle; CMUK zamanında verilmiş olan gıyabi tutuklama kararlarının CMK'nın yürürlüğe girmesiyle yakalama emri niteliğine dönüşeceği düzenlenmiş; ancak kaçak sanıklar bu düzenlemeden ayrık tutulmuş ve ikinci fıkrada açıkça, CMK'nın 248. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hükmün, sadece yabancı ülkede bulunan kaçak sanıklar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir.

CMK'nın 248. maddesinin 7. fıkrasında, gaiplerin yargılanmasına ilişkin bölümde "Sanığa verilecek güvence belgesi" başlıklı 246. maddenin kaçaklar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.[26] Buna göre; mahkemece, yokluğunda tutuklama kararı verilmiş olan kaçak sanığa, duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağına ilişkin güvence belgesi verilebilecek ve bu güvence koşullara bağlanabilecektir. Kaçak sanığın hapis cezasına mahkum olması, kaçma hazırlığında bulunması veya güvencenin bağlı bulunduğu koşullara uymaması hallerinden birinin varlığı halinde belgenin hükmü kalmayacaktır.

Sanığın duruşmalara katılması, savunma hakkını gerektiği gibi kullanabilmesi ve meramını mahkemeye anlatabilmesinin esas olduğu ceza yargılamasında istisnai olarak sanığın yokluğunda da duruşma yapılabileceği ve hatta hüküm kurulabileceği kaçaklık durumunda da, kanunun hakkında tutuklama kararı verilen sanığa güvence belgesi verilmesi gibi önemli bir

---

25 ÖZBEK, s. 790-791

26 Bkz. "Gaip Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi" başlığı altındaki açıklamalar

hak tanımış olması, özellikle yargılamanın süründemede bırakılmasına mahal verilmeksizin kısa sürede sonuçlanmasına hizmet edeceği düşünüldüğünde, son derece yerindedir.

Son olarak belirtmek isteriz ki; CMK'nın 248. maddesinin son fıkrasında kanun koyucu CMK'nın 267. maddesinde öngörülen istisnai düzenlemeye yer vererek kaçak sanık hakkında mahkeme tarafından verilen kararlara karşı itiraz yolunun açık olduğunu hükme bağlamıştır.

SONUÇ

Ceza Muhakemesi Hukuku uygulamasında sanığın yokluğu halinde, davaların sonuçsuz kalmasının önlenmesi, kişilerin kendilerine isnat olunan suçlamalar karşısında savunma haklarını kullanabilmeleri ve ceza adaletinin sağlanabilmesi bakımından önemli bir kurum olan Gaiplerin ve Kaçakların Yargılanması konusunun, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gerek mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan gerekse Alman Ceza Usul Kanunu'nda farklı birtakım düzenlemeler içermekle birlikte, temel olarak aynı amaca hizmet etmeye yönelik hükümler içerdiği görülmektedir.

Kısaca özetlemek gerekirse ceza yargılaması sistemimizde; gaiplik ve kaçaklık kavramları, kendilerine ulaşılamayan sanıklar esas alınarak belirlenmiş olup, kişinin amacının hakkındaki kovuşturmayı sonuçsuz bırakmak olduğu hallerde "Kaçaklık"; bunun dışında kalan ve kişinin muhtemelen hakkında bir soruşturma yürütüldüğü konusunda bilgisinin bulunmadığı durumlarda ise "Gaiplik" söz konusu olmaktadır.

Kişilerin yokluğu halleri olan bu iki halde de mahkemece sadece delilerin muhafaza altına alınması amacıyla işlem yapılabilecek; gaip veya kaçak lehine, mahkeme önüne gelmesini teminen belirli koşullara bağlanabilecek olan "Tutuklanmama Güvencesi" verilebilecek; bunun dışında sadece kaçaklık durumuna mahsus olarak, kaçak sanığın mahkeme önüne gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan malvarlığına zorlama amaçlı olarak orantılı bir biçimde el konulabilecektir.

Görüldüğü üzere istisnai bir hal olan, kişilerin yokluklarında soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi yukarıda incelediğimiz koşulların titizlikle yerine getirilmesine bağlı olup, uygulamada bu kuruma pek sık başvurulmadığı söylenebilecektir.[27]

---

[27] "Tutuklanmama Güvencesi" verilmiş olaylara ilişkin basına yansıyan iki örnek için bkz: http://www.tumgazeteler.com/?a=2613750; http://haber.gazetevatan.com/15-yila-kadar-hapsi-isteniyordu-serbest-birakildi/365626/1/Haber erişim tarihi 29.09.2011

"Zorlama Amaçlı El Koyma Tedbiri" ve "Tutuklanmama Güvencesi" kurumları; hakkında yakalama emri bulunan, nerede olduğu bilinmeyen ve kendisine ulaşılamayan sanıklarla ilgili olarak uzun süren ve neticelendirilemeyen yargılamalar bakımından davaların makul sürede bitirilmesi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılabilmesi açısından son derece önemli kurumlar olup; uygulamada bu kurumlara daha sık başvurulması usul hukuku yönünden azımsanmayacak faydalar sağlayacaktır.

Dernek Kurma Hakkı

Metin ASLAN[*]

GİRİŞ

Dernek kurma hakkı, insan haklarının sınıflandırılmasında birinci kuşak /klasik haklar kategorisinde yer almaktadır. Bu hak genelde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile beraber ele alınmaktadır. Dernek kurma hakkı kollektif bir hak olup, kullanılabilmesi için birden çok kişinin süreklilik kazanmış birleşmişliği gerekmektedir.[1] Diğer yandan, dernek kurma hakkı, yalnız grup haklarının değil birey haklarının korunmasında da önem taşımaktadır; Çünkü, dernek kurma hakkı, "bireysel hakların ilerletilmesi, genişletilmesi ve derinleştirilmesi" ana hedefine yönelir.

Klasik haklardan olması sebebi ile birçok uluslararası metinde de yer alan dernek kurma hakkı, hem kolektif hem de bireysel içeriği aynı potada eritmesi sebebi ile çağdaş bir demokrasi için vazgeçilmez önem taşımaktadır. *"Örgütlenme özgürlüğü demokrasinin denek taşıdır"*[2] nitelemesi de bu sebepledir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de "Ulusal mevzuatın dernek kurma hakkını düzenleme ve yatkililerce uygulama içindeki ele alış biçimi ilgili ülkedeki demokrasi düzeyini açığa çıkarır"[3] demek suretiyle bu anlayışı ortaya koymuştur.

I. Dernek Kurma Hürriyetinin Tarihsel Gelişimi

A. Batı Hukukunda Tarihsel Gelişim

1. Ulusal Düzeyde Gelişmeler

19. yüzyılın başından itibaren Batı ülkelerinde gerek doktrinde gerekse uygulamada tanık olunan gelişmeler, yüzyılın ortasında sonuçlarını göstermeye başlamıştır. Bununla birlikte, 1789'un bireycilik mirasına sadık kalan

---

[*] Av., Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

[1] UYGUN Oktay, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s.37.

[2] SEROZAN Rona, Tüzel Kişiler, İstanbul, 1994, s, 54.

[3] Sidiropoulos et autres/Greece, 10.071998, 000266695/95

liberal rejimler, 19. yüzyıl boyunca örgütlenme özgürlüğünü gündem dışı tutmuşlardır. O kadar ki; Fransa'da din adamlarının birleşmeleri 1790 ve 1792 yasaları ile, meslek adamlarının birleşmeleri 1791 tarihli Le Chapelier yasası ile 1791 yılında yasaklanmıştır.[4] 1810 tarihli Ceza Kanunu'nun 291. maddesi ile dernek kurma hakkı kısıtlanmış ve yasaklanmıştır. Bu maddeye göre, yirmiyi aşan kişinin din, kültür, politika ya da başka konularda hergün ya da belirli günlerde toplanacakları dernekler ancak yetkili organların bu derneklerin toplum için zararlı olmadığına karar vermeleri şartı ile ve hükümetin izni ile kurulabilirlerdi.

1848 tarihinden sonra bireysel haklardan grup haklarına geçiş süreci başlar.[5] 19. yüzyılda Fransa dışındaki çoğu devletlerin anayasaları 1789'un temel ilkelerini-bireysel özgürlük, kanaat özgürlüğü, eşitlik, mülkiyet hakkı koyar. Bunlar arasında İspanya (1812), Japonya(1889), Belçika(1831), İsviçre(1848), Avusturya(1857) ve Latin Amerika Devletleri Anayasaları belirtilebilir.[6]

Fransa **1901 tarihli yasayla** dernek kurmayı bir düzene sokmuş ve bugün uygulanan rejimi ortaya çıkarmıştır. Buna göre Dernek, iki ya da daha fazla kişinin bilgi ve çalışmalarını kar etme amacı dışında bir amaç için sürekli olarak birleştirme konusunda yaptıkları bir anlaşmadır. Söz konusu yasada Derneğin kendisine vücut veren kişilerin dışında, onlardan bağımsız bir kişiliği olduğu, üyelerin bilgi ve çalışmalarını belirli bir amaç için birleştirdikleri ortaya konulmuştur..Yasa "bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirirler" derken, kar etme amacı ile hareket etmeyeceklerini de belirtmiştir. Bu sebeple, dernek dağılınca dernek malları üyeler arasında paylaşılmaz.[7]

20. yüzyıl, bir önceki yüzyılda yaşanan evrimin etkisiyle sosyal/ekonomik hakların ve bu çerçevede dernek kurma özgürlüğünün de anayasalarda düzenlendiği bir dönem olmuştur. Özellikle 2.Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları alanında yaşanan gelişmeler sonucu yeni anayasalarda kolektif özgürlüklere daha çok yer verilmektedir. Dernek, toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi düşünce ve kanaatlerin toplu olarak dışa vurulmasına ilişkin düzenlemeler anayasal koruma kazanmıştır. 1947 İtalyan ve 1949 Bonn Anayasaları bunlara örnektir.[8]

---

4 AKIN İlhan, "Dernek Kurma Özgürlüğü", İ.Ü.H.F.M., C.32, S.2-4, 1968, s.475.

5 AKIN İlhan, a.g.e., s.476.

6 KABOĞLU İbrahim Ö., Kolektif Özgürlükler, D.Ü.H.F. yayınları, Diyarbakır, 198, s.50-51.

7 AKIN İlhan, a.g.e., s.477.

8 KABOĞLU İbrahim Ö., a.g.e., s.53.

2. Birleşmiş Milletler Belgelerinde Dernek Kurma Hürriyeti

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 20. maddesine göre "herkes barışçı biçimde toplanma, dernek kurma ve bir derneğe katılma özgürlüğüne sahiptir. Hiç kimse bir derneğe katılmaya zorlanamaz." 23. madde de herkesin çıkarlarını korumak için sendika kurmak ve sendikaya üye olmak hakkını tanımıştır. Görüldüğü gibi, bildirge, dernek kurma hakkını ***herkes*** için kabul etmektedir. Birleşmiş Milletler'in 1966 tarihinde kabul ettiği Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ise sendikalara etkinliklerini özgürce yerine getirme, uluslararası örgütler oluşturma, sendika kurma ve üye olma hakları ile sendika seçme özgürlüğünü düzenleyerek, örgütlenme özgürlüğünün içeriğini somutlaştırmıştır. Sözleşme ***herkesi*** kapsamaktadır. Buna karşın 1966 tarihli *Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme,* İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden geri düzenlemeler içermektedir. Sözleşmenin 22/2.maddesinde, *ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı, genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenleri ile dernek kurma hakkının kullanılmasının sınırlandırılabileceği* kabul edilmiştir. Sınırlamalar *demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır* ve *yasayla* getirilmelidir.[9] Ancak adı geçen bildirgelerden önce Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) örgütlenme özgürlüğünün özendirilerek korunması konusunda ilk sorumluluğu üstlenmiştir.

Dernek kurma hakkına ilişkin ilk uluslararası belge 'Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nun kabul ettiği, 1921 tarihli "*Tarım İşçilerinin Dernek Kurma ve Birleşmelerine ilişkin 11 no'lu Sözleşme*"dir. Bu sözleşme onaylayan her devlete, tarımda çalışan herkes için, endüstri işçilerinde olduğu gibi dernek kurma ve birleşme hakkı tanıma ve bu hakkı kısıtlayıcı hükümleri kaldırma yükümlülüğü getirmiştir.[10]

Örgütlenme özgürlüğüne ilgisini sürdüren Uluslararası Çalışma Örgütü Konferansı 10 Mayıs 1944'te düşünce ve dernek özgürlüğünün sürekli bir ilerlemenin kaçınılmaz koşulu olduğunu vurgulamış ve örgütlenme özgürlüğünü düşünce özgürlüğü ile bütünleştiren "*Uluslararası Çalışma Örgütünün Hedef ve Çalışmalarına İlişkin Bildirge*"yi kabul etmiştir.[11] İLO Genel Konferansı 9 Temmuz 1948'de "*Dernek Kurma Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korumasına İlişkin 87 No'lu Sözleşme'yi*" kabul etmiştir. Sendikal özgürlüklerin çerçevesini belirleyen ILO sözleşmeleri içinde en önemlisi olan 87 No'lu sözleşmeye göre taraf devletler:

---

9 BALCI Muharrem, SÖNMEZ Gülden, Temel Belgelerde İnsan Hakları, 1.bası, İstanbul, 2001, s.107.

10 SENCER Muzaffer, Belgelerle İnsan Hakları, I.Bası, İstanbul, 1988, s.332.

11 GÜLMEZ Mesut, "Sendika Kurma Hakkının Uluslararası İlkeleri ve Türkiye", İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, C.7-8, 1985-1986, s.27.

- İşçi ve işverenlerin, herhangi bir ayrım gözetilmeksizin ve önceden izin almaksızın örgütler kurma ve salt ilgili örgütün kurallarına bağlı olmak üzere diledikleri örgüte üye olma hakkını;
- İşçi ve işveren örgütlerinin kendi düzenlemelerini hazırlama, tam bir özgürlük içinde temsilcilerini seçme ve yönetim ve etkinliklerini örgütleme programlarını saptama hakkını;
- Kamu makamlarının bu hakkı kısıtlayacak ya da yasal olarak kullanılmasını önleyecek karışmalardan kaçınmasını,
- İşçi ve işveren örgütlerinin federasyon ve konfederasyonlar kurma ve bunlara, bu işçi ve işveren örgütleri ile birleşme hakkını,

güvenceye bağlamıştır.[12]

Sözleşmenin örgütlenme özgürlüğünün kişi yönünden kapsamına getirilmesine olanak verdiği tek sınırlama silahlı kuvvetler ve güvenlik güçleri içindir.(9.m.) 98 sayılı *Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi* örgütlenme hakkını güvenceye bağlayarak gerekli önlemleri alma ödevini taraf devletlere yüklemektedir.[13] 27 Haziran 1978 tarihli *"Kamu Hizmetlerinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve Çalışma Koşullarının Belirlenmesine İlişkin 151 Sayılı Sözleşme"* taraf devletlere; kamu görevlilerini, örgütlenmelerini engelleyen ayrımcı uygulamalara karşı koruma ve kamu görevlileri örgütlerinin kamu makamlarından tam bağımsızlığını sağlama mükellefiyetini yüklemiştir.[14]

3. Avrupa Konseyi Belgelerinde Dernek Kurma Hürriyeti

Uluslararası alanda insan hakları açısından en ileri güvenceyi Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950'de hazırlanan ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İHAS)*** sağlamıştır.

Toplanma ve Dernek Kurma Özgürlüğü'nü düzenleyen 11/1. maddeye aşağıdaki gibidir;

"Herkesin barışçı amaçlarla toplanma ve başkalarıyla dernek kurma özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, yine herkesin çıkarlarını korumak amacıyla sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir."

---

12 GÜLMEZ Mesut, Memurlar ve Sendikal Haklar, Ankara, 1990,s.200.

13 GÜLMEZ Mesut, "Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkının Uluslararası İlkeleri ve Türkiye", İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, C.9,1987,s.43.

14 GÜLMEZ, "Sendika Kurma Hakkının...", s.32.

Dernek kurma özgürlüğü, aynı zamanda, Sözleşme'deki ender ekonomik ve sosyal haklardan olan, sendika kurma yahut varolan bir sendikaya katılma hakkını da içermektedir. Türkiye 10 Mart 1954 tarihli yasayla sözleşmeyi uygun bulmuştur.(R.G.19.3.1954,Sayı:8662)[15]

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, Divan'ın ve nihayet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında "dernek kurma" bireylerin **ortak bir amaç** için, **serbest iradeleriyle** gruplaşması, örgütlenmesi olarak ifade edilmiştir. Dernek kurmada "toplanma"dan farklı olarak, daha **şekli ve sürekli bir gruplaşma**, örgütlenme söz konusu olacaktır. Bireylerin serbest iradeleriyle dernek kurabilme özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak, kişilerin bir derneğe üye olmama, üye olmaya zorlanmama hak ve özgürlüğü vardır.[16] Dernek kurma özgürlüğündeki **irade** unsuru, söz konusu özgürlüğün, belki aynı ağırlıktaki negatif yönü yani bir derneğe üye olmaya zorlanamama bağlamında daha büyük önem kazanmaktadır. Divan, Sıgurdur Sıgurjonsson/İzlanda (30.06.1993,A 264,E.H.R.R.16:462) kararında negatif örgütlenme özgürlüğünün yani bir derneğe üye olmama ve istifa etme özgürlüğünün altını çizmiştir.[17]

Dernek kurma hakkı, kişilerin sosyo-ekonomik yararlarını korumak için sendika kurma hakkını da içerir. Derneklere ilişkin ilkeler, kural olarak sendikalar için de geçerlidir. Bireyler bir sendikaya üye olmaya da zorlanamaz. Divan, işçinin işini korumasının, işine devam edebilmesinin bir sendikaya üye olmasına bağlanmasını Sözleşmenin 11. maddesine aykırı bulmuştur.[18] Keza, Mahkeme, Young, James et Webster/İngiltere kararında, sendika kurma hakkına dahil bir kavram olduğuna işaret ettikten sonra; bir özgürlük kullanılırken, belli bir seçim ve tercih olanağına sahip bulunması gereğinin de bizzat özgürlük kavramına dahil bir husus olduğunu hatırlatmıştır. (Young, James et Webster/İngiltere, 13.08.1991, A 44, S.23-24)

Divanın kararlarında belirtildiği gibi, üyelerin mesleki onurunu korumaya,mesleki deontolojiye uyulmasını sağlamaya ve denetlemeye yönelik olarak oluşturulan, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları Sözleşmenin 11.maddesi anlamında dernek niteliğinde değildirler. Mesleğin ifası için bu tür mesleki kuruluşlara üye olma zorunluluğu getirilmesi 11. maddeye aykırı sayılmaz. Bu sebeple 11. madde kapsamında yer almadıkları için, söz konusu meslek odalarına meslek mensuplarının kayıt mecburiyeti, -kendilerinin ayrıca dernek kurabilme haklarının saklı kalmak kaydıyla-,

---

15 SENCER, a.g.e.,s.401.

16 REİSOĞLU Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul, 2001, s.91.

17 DOĞRU Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999, s.364-365.

18 REİSOĞLU, a.g.e., s.91.

11.maddeye aykırı değildir.(*Divan Kararı;Le Compte,Van Leuven et De Meyere/Belçika,23.06.1981 A 43,s.26-27&64-65)*[19]

Örgütlenme özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalara ilişkin düzenleme Sözleşmenin 11. maddesinin 2.fıkrasında düzenlenmiştir:

"Bu hakların kullanılması,demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak milli güvenliğin, amme emniyetinin, nizami muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için ve ancak kanunla tahdide tabi tutulabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, zabıta mensupları ve devlet idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında muhik tahditler konmasına engel değildir."

Görüldüğü gibi İHAS 11/1'de tanınan haklar mutlak değildir. 2.fıkradaki koşulların bulunması halinde gerekli sınırlamalara tabi tutulabileceklerdir. Devletlerin örgütlenme özgürlüğüne getirecekleri sınırlamaların 11.maddeye aykırı düşmemesi için bu sınırlamalar aşağıdaki şartlara uygun biçimde getirilmelidir;

- Getirilen kısıtlayıcı önlemlerin,keyfiliği engeller şekilde, ***ulusal mevzuatça öngörülmüş*** olması gerekir. Resmi makamlara takdir hakkı tanınan hallerde de,bu yetkiyi tanıyan kanunun, söz konusu yetkilerin kapsamını, keyfiliği önler şekilde saptaması gerekir. (*Divan Kararı, Silver et autres/İngiltere, 25.03.1983,A 61,s.33&88)*[20]

- Sınırlamalar fıkrada gösterilen meşru amaçlardan en az birine yönelik olmalıdır. Bunlar;ulusal güvenlik-kamu emniyeti-sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, nizamı muhafaza ve suçların önlenmesi amaçlarıdır.

- Özgürlüğe müdahele niteliğindeki kısıtlayıcı önlemlerin ***demokratik bir toplumda gerekli*** bulunmuş olmaları gerekir. Divan fıkradaki **'gerekli'** sözcüğünün **'bir zorlayıcı toplumsal ihtiyaç'**ı ifade ettiği yorumunu yapmıştır. *(Divan Kararı, Handysıde, 07.12.1976., A 24,s,22)*[21] Divan'a göre "**zorlayıcı toplumsal ihtiyaç"**ın tayin ve takdiri, ilke olarak öncelikle, ülke gerçekleriyle dolaysız ve devamlı temasta olan ulusal mercilere aittir. Fakat ulusal makamların sahip bulundukları bu yetki sınırsız olmayıp Sözleşme uyarınca (m.19)

---

19 GÖLCÜKLÜ Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2.baskı, Ankara, 1998, s.339.

20 GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.295.

21 DOĞRU Osman, İnsan Hakları-Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, İstanbul, 1994, s.66.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divan'ının denetimi altındadır. Başka bir ifade ile "***müdahelenin gerekliliği*** "değerlendirmesinde, devletler Strasbourg organlarının denetiminde bulunan bir takdir marjına sahiptir. Bu marjın aşılıp aşılmadığının değerlendirilmesinde, Divan ***hak ve özgürlüğü sınırlayıcı önlemin güdülen amaçla oranlı olmasını*** aramaktadır. *(Divan Kararı, Young, James et Webster / İngiltere, 13.08.1981,A 44,s.24&50)*[22]

- Sözleşmenin 11. maddesinin 2. fıkrasında toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalara ilişkin olarak "silahlı kuvvetler, güvenlik güçleri ve devlet görevlileri" için özel bir hükme yer vermiştir. Buna göre devletler, silahlı kuvvetler, güvenlik güçleri ve devlet görevlilerinin toplanma, dernek kurma özgürlüklerine, yasayla ***haklı*** sınırlamalar getirebilir. Bu sınırlamaların 2. fıkrada öngörülen amaçlardan birini içermesi ve demokratik toplumda zorunlu olması gerekmez. Devletler sözü geçen dernek kurma hakkını sınırlarken, görevlerin niteliğiyle getirilen kayıklamalar arasında ***"sınırlamayı haklı kılacak"*** bir ilişkinin varlığına özen göstermelidirler. (*Komisyon Kararı, Council of Civil Service Unions et autres / İngiltere, 20.01.1987, no.11603 / 85, DR 50, s.229)*[23]

- Sözleşmenin 17. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi, sözleşme hükümlerinden hiçbirisi bir devlete, topluluğa veya ferde sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin ortadan kaldırılmasına yönelik bir şekilde veya böyle bir amaçla kullanılamaz. Komisyon bu gerekçeyle, faşist eğilimli bir derneği feshin kamu güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olabileceği mütalaasında bulunmuştur. (Komisyon Kararı, X/İtalya, 21.05.1976, no.6741/74, DR 5,s.83)

- Dernek kurma özgürlüğü, sözleşmenin 16.maddesinde belirtildiği üzere, Devletlerin yabancıların siyasal etkinliklerde bulunmasını kayıtlayıcı önlemler almasını engellemez.

- Devletler sözleşmenin 15. maddesi uyarınca ulusal yaşamı tehdit eden savaş veya başka olağanüstü durumlarda, toplanma ve dernek kurma özgürlüğünü-11. madde hükmü ile bağlı kalmaksızın-***durumun gerektirdiği ölçüde*** kayıtlamak hakkına sahiptirler.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruma ve denetim mekanizması, 18.11.1961 tarihinde Torino'da imzalanan **Avrupa Sosyal Şartı** ile gerçek-

---

22 GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.343.

23 GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.343.

leşmiştir. Bir anlamda sözleşmenin ekonomik ve toplumsal haklar alanında karşılığını oluşturan bu düzenlemeyi Türkiye 16.06.1989'da 3581 sayılı yasa ile onay için zorunlu olan sınırın bir madde üzerine çıkarak onaylamıştır. Çalışma hakkı, adil çalışma koşulları hakkı, işçi sağlığı ve güvenliği yanında örgütlenme hakkı konusunda da sözleşme önemli ilklere yer vermiştir.[24]

B. TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL GELİŞİM

1. Osmanlı Anayasal Sisteminde Dernek Kurma Hürriyeti

1839 Tanzimat Fermanı ile Padişah devletin bütün uyrukları için can, mal ve ırz güvenliği vaad etmiştir. Fermanda vergi ve askerlik işlerinin bir düzene bağlanacağı belirtilmiştir. Fermanda dernek kurma hakkına ilişkin düzenleme bir yana birey özgürlüklerine dahi temas edilmemiştir. ***1856 Islahat Fermanı*** ise din farkı gözetmeksizin tüm uyrukların eşit işlem görmesi ilkesini getirmiştir. Burada da ne birey ne de kolektif özgürlükleri düzenlenmiştir. ***1876 Anayasası (Kanun-u Esasi)*** 19.yüzyıla damgasını vuran liberalizmin etkisinde kalarak tüm bireysel özgürlükleri düzenlemiş buna karşılık dernek kurma hakkına veya herhangi bir kolektif hak ve özgürlüğe yer vermemiştir.

Dernek Hakkı ilk kez,1876 Anayasa'sında gerçekleştirilen ***1909 değişiklikleriyle***, Anayasanın 120. maddesinde yer almıştır. Bu dönemden önce Hilal-i Ahmer Cemiyeti ve Cemiyet-i Tedrisiye-i İslamiye gibi daha önceden kurulmuş bir-iki derneğe rastlanmakta ise de, Osmanlı Devleti'nin totaliter niteliği gereği iyilikseverlik dayanan bu dernekler bile çalışamamışlardır.[25]

Söz konusu madde, *"Kanunu mahsusuna tebaiyet şartı ile Osmanlılar hakkı içtimaa maliktir. Devleti Osmaniyenin temamiyeti mülkiyesini ihlal ve şekli meşrutiyet ve hükümeti tagyir ve Kanunu Esasi ahkamı hilafında hareket ve anasırı Osmaniyeyi siyaseten tefrik etmek maksatlarından birine hadim veya ahlak ve adabı umumiyeye mugayir cemiyetler teşkili memnu olduğu gibi alelıtlak hafi cemiyetler teşkili de memnudur"*[26] şeklindeki düzenlemesi ile dernek kurma hakkının genel ilkelerini tespit etmiştir.

03.08.1909 tarihli ***Cemiyetler Kanunu*** ise o dönem için ileri sayılabilecek hükümler içermekteydi. Yasa ana hatları ile derneklerin *serbest kuruluş esasını* benimsemiş, fakat derhal hükümete bildirilmesi ve ilan edilmesi koşulları getirilmiştir. Derneğin kurucuları, ünvan ve amacını, yönetim mer-

---

24 AKAD Mehmet, Sosyal Güvenlik Hakkı, İstanbul, 1992, s.29.

25 AKIN, a.g.e., s.476.

26 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref - KİLİ Suna, Türk Anayasa Metinleri, 2.bası, Ankara, 1982, s.80.

kezi ile yöneticilerin kimlik ve konutlarını gösteren onaylı iki tüzük örneğinin eklendiği bir beyannameyi Dahiliye Bakanlığı'na ya da o yerdeki en büyük mülkiye memuruna vererek ihbar koşulunu yerine getirecektir.[27]

2. 1921 ve 1924 Anayasaları Dönemi

1921 Anayasası'nda dernek kurma hakkına ayrıca yer verilmemiştir. Ancak 15.10.1923 tarihli 335 Sayılı yasanın 1. maddesi 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu'nun 5'nci maddesini; 20.12.1923 tarihli 387 Sayılı yasa ise Cemiyetler Kanunu'nun 18. maddesini değiştirmiştir. İlk değişikliğe göre, bir derneğe üye olabilmek için onsekiz yaşında olmak, cinayet suçundan hüküm giymemek ve medeni haklardan yoksun bulunmamak gerekiyordu. İkinci değişikliğe göre ise yürütme organının her türlü derneğin işlemlerini denetleyebileceği anlamındaydı ki, bu madde ile dernekler yürütme organının kesin bir denetimi altına sokulmuş oluyordu.[28]

1924 Anayasası'nın 'Türkler'in Kamu Hakları' bölümünün 70. maddesine göre; *dernek kurma hakkı ve hürriyeti Türkler'in doğal haklarındandır.* 79. maddeye göre ise *bu hakkın sınırları kanunla çizilecektir.*[29]

1924 Anayasası hürriyetler konusunda Fransız Devriminden beri süregelmekte olan "tabii hak" anlayışını kabul etmiştir. 24 Anayasası hürriyetleri geniş ve ayrıntılı şekilde düzenlememiş, çoğu zaman bunların sadece adını saymakla yetinmiş, sınırlarının çizilmesini kanuna bırakmıştır. Bu sebeple özgürlükleri teminat altına alabilecek bir hukuki düzenleme bulunmamaktaydı.[30]

1926 tarihli Medeni Kanun ise, 1924 Anayasası'na paralel olarak serbest kuruluş sistemini benimsemiştir. Kanun daha önce Cemiyetler Kanunu'na 387 Sayılı yasayla getirilen kayıtlamaları kaldırdı. Yasanın 71. maddesine göre; *idarenin derneklerin denetimi ancak kanuna ve ahlaka aykırılık durumlarında olanaklıdır.*

3512 Sayılı Cemiyetler Kanunu ile bu özgürlükçü anlayış kökünden değişmiştir. Serbestlik sistemi yerini *izin sistemine* bırakmış, idareye gerek izin gerekse denetimde mutlak takdir yetkisi tanınmış, kurulması yasak derneklerin sınırı oldukça geniş tutulmuştur.[31]

---

27 GÜLMEZ Mesut, Türkiye'de Çalışma İlişkileri (1936 öncesi), TODAİE yayını, Ankara, 1983, s.316.

28 AKIN, a.g.e., s.478.

29 GÖZÜBÜYÜK - KİLİ, s.128-130

30 ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 3.baskı, Ankara, 1993, s.11.

31 AKIN, a.g.e., s.478-479.

Demokrasiye geçiş hazırlıklarına paralel olarak, 1946 yılında Cemiyetler Kanunu'nda yapılan değişikliklerle izin sistemi terkedilerek, yeniden serbest kuruluş sistemine dönülmüş, kurulması yasak dernekler listesi daraltılmış, derneklerin işlevlerinden alıkonulması, kapatılması yetkileri yargıçlara bırakılmıştır.[32]

Yasadaki özgürlükçü anlayış 1956 tarih ve ***6761 sayılı "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu"*** yla büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Kanun'un 16. maddesinde "*hükmi şahıslar bu kanunun sebep,maksat ve gayesini veya hükümlerini bertaraf etmek veya tatbikatını aksatmak maksadı ile nizamnamelerinde tadilat icra edemezler. Bunun haricinde yapılacak tadilat Devlet Şurasının iki ay zarfında tasdiki ile mümkündür. Yeni yapılacak nizamnamelerde de bu esaslara riayet edilmesi mecburidir.*" denilerek dernek tüzüğünün Danıştay'ca onaylanması şartını koymakta ve derneklerin serbestçe kurlabilmesini engellemektedir.[33]

3. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası, Dernek Kurma hakkını son derece özgürlükçü biçimde düzenlemiştir. Anayasanın 29. maddesine göre:

"***Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak ancak kamu düzeninini veya genel ahlakı korumak amacı ile kanunla sınırlanabilir.***"

1961 Anayasası, özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için; Sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmasını ve sınırlamanın Kanunla getirilmesi koşullarını aramıştır.(11/1)

Sınırlamanın sınırı ise aynı maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde çizilmiştir: "*Kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz*"

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda 1956 yılında gerçekleştirilen dernek kurmayı zorlaştırıcı değişiklikler, 1963 yılında 171 sayılı yasayla yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu dönemde, Cemiyetler Kanunu derneklerin kurulup tüzel kişilik kazanmaları konusunda çok liberal bir tutum göstermekteydi. "*Dernekler, tüzüklerinde dernek olarak kurulma isteğini açığa vurmakla tüzelkişilik*

---

32 GÜLMEZ, Türkiye'de Çalışma İlişkileri, s.318

33 AKIN, a.g.e., s.479.

sahibi olurlar"(m.1/2) Kanun derneklerin kurulup tüzel kişilik kazanması konusunda liberal bir sistem getirmekle birlikte yasaklar koymak bakımından da oldukça titiz davranmıştır.[34] Derneğin kuruluş döneminde bu yasaklara aykırı hareketler derneğin hukuki kişilik kazanmasına engel olmaktaydı. Bu sınırlamalar özetle şu şekildedir,

Amaç ve konu bakımından; 1. maddenin son fıkrasında genel bir yasak yer almaktaydı. Bu hükme göre, *kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı dernekler kurulamamaktadır.* 9. maddede ise; (a) Devletin mülki bütünlüğünü ve siyasi ve milli birliğini bozma amacı güden (b) Din, mezhep ve tarikat esaslarına dayanan, (c) Aile, cemaat, ırk esasına veya adına dayanan, (d) Gizli tutulan veya gayesini saklayan, derneklerin kurulması yasaklanmıştı.

Uluslararası nitelik bakımından; Cemiyetler Kanunu uluslararası nitelik taşıyan derneklerin Türkiye'de kurulmasını ve kurulu olanların yurt içinde şube açmalarını yasaklamaktaydı. (m.10/1) Ancak, aynı maddenin 2. fıkrasına gore, "milletlerarası beraberlik yapmakta fayda mülahaza edilen" derneklerin kurulmasına ve kurulu olanların yurt içinde şube açmalarına Bakanlar Kurulu kararıyla *izin* verilebilmesi mümkündü. Uluslararası nitelik taşıyan derneklerin kapatılması için Bakanlar Kurulu kararı yeterliydi. (m.10/son f.)

Kurucular ve üyeler bakımından; Medeni haklara sahip ve onsekiz yaşını bitirmiş herkes dernek üyesi ve kurucusu da olma hakkını haizdi.

Derneğe verilecek ad bakımından; *Cumhuriyet* ve *Milli* ünvanları ancak Bakanlar Kurulunun vereceği özel izinli kullanılabiliyordu.(m.16)

Derneğin mal varlığı bakımından; Dernekler, barınmaları ve amaçlarına ulaşabilmeleri için gerekli olandan fazla mal edinemezlerdi. Derneğe, bağışlama ya da miras yoluyla gelen taşınmaz malların da Hükümetin tayin edeceği bir süre içinde paraya çevrilmesi zorunluydu. Bir derneğin ihtiyaçlarını karşılayan miktarı aşan taşınmaz mal mülkiyetine sahip olabilmesi için, Bakanlar Kurulu'ca özel bir müsaade verilmesi gerekmekteydi.[35]

1971'deki Anayasa değişiklikleri, Anayasa'nın özünü tersine çevirerek, bireye karşı devleti korumayı amaçlaması sebebiyle örgütlenme hakkına tepki duyan bir anlayış içermekteydi. Anaysa'nın değişik 29.maddesi *ile devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü ve milli güvenlik de* özel sınırlama nedenleri arasına katılmıştır. Anayasanın 11.maddesinde yapılan değişikliklerle de hem yasa koyucunun özgürlükleri sınırlandırmada kullanacağı sınır taşları

---

34 AKIN, a.g.e., s.481-482.

35 AKIN, a.g.e., 482-486.

çoğaltılmış, hem de bu hükmün anayasadaki bütün özgürlükleri kapsayacağı belirtilmiştir. [36]

1972 tarihli ***1630 sayılı Dernekler Kanunu da***, 71 değişikliklerine koşut bir yaklaşımla, dernek hak ve özgürlüğünü oldukça kısıtlamıştır. Örneğin, önceki yasalarda bildirimde bulunma derneğin kurulması için yeterli iken, yeni yasada dernek tüzüğünün incelenmesi koşulu da getirilmiştir. Ayrıca bir siyasi partinin kapatılmasına neden olan üyeler için beş yıl süre ile dernek kurma yasağı öngörülmüştür. Yasanın kurulmasını yasak ettiği dernekleri kuran veya yöneten kişilerin dernek kurmaları, bir siyasi partiye kayıtlı öğrencilerin öğrenci derneğine üye olmaları yasaklanmıştır. Kişiler açısından getirilen bu yasakların yanısıra amaç ve etkinlik yasakları da yer almıştır.(m.4 ve 35)1972 tarihli kanundaki bu sınırlamalar 1938 ve 1946 tarihli düzenlemelerdeki listeyi hayli aşmıştır.[37]

II. 1982 Anayasası Sisteminde Dernek Kurma Hürriyeti

A. 1982 Anayasasında Dernek Kurma Hurriyetinin Düzenlenişi

1980 sonrasında başka alanlarda olduğu gibi dernek kurma özgürlüğünde de Türk Hukukunun temel verileri açıkça otoriter yönde bir değişime uğramıştır. Bunun normatif temelleri ***Anayasa'nın 33. maddesiyle, 2908 Sayılı Dernekler Kanunu'nda*** bulunabilir.[38] Her ne kadar Türk Medeni Kanunu, 1983 tarihli Dernekler Kanunu'ndan çok daha liberal kurallar içermekteyse de bunlar özel ve sonraki yasa olan Dernekler Kanunu tarafından değiştirilmiştir.

Dernekleşme Hakkı; Bir derneğin kuruluşuna katılma ya da bir derneğe üye olma ve üyelik hakları ile dilediği zaman üyelikten çekilme serbestliğini kapsamına alan dernekleşme hakkı, örgüt olarak dernek özgürlüğünü tamamladığından, Anayasa'nın "Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz" biçimindeki kuralı önem taşımaktadır.(33/3) Bu konuda Anayasa "Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensupları ve görevlerini gerektirdiği ölçüde devlet memurlarının" dernek kurma haklarına sınırlamalar getirilebileceği şeklinde kayıt koymuştur.(33/7) Bu Anayasal düzenlemeye bağlı olarak, Dernekler Kanunu'nun 4. maddesi çok geniş bir kitleyi üyelik kapsamı dışında bırakıyordu. 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinden sonra kabul edilen ***26.03.2002 tarihli 4748 Sayılı***

---

36 KABOĞLU, a.g.e., 205-214

37 KARINCA Eray, Dernek Hak ve Özgürlüğü, Ankara, 1996, s.36-37.

38 TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 2.baskı, İstanbul, 1991, s.24.

Kanun ile yargı mensupları, öğretmenler, MEB personeli vd. dernekleşme hakkına kavuşmuştur.

Derneklerin izin almadan serbestçe kurulabilmesi (Ay.33.m) ilkesi, idarenin dernek tüzüğünün yasaya uygunluğunu denetleme yetkisi ile yıpranmıştır. Çünkü Dernekler Kanunu m.10 idareye geniş bir takdir hakkı, hatta **faaliyeti durdurma** yetkisi vermekte idi.[39] Böylece, uygulamada bildirim sistemi, dolaylı bir izin sistemine dönüşmüştü.

F*aaliyet özgürlüğü*; Kurulan ve tüzüğü onaylanan derneklerin faaliyet alanları da sayısız yasaklarla, faaliyetten alıkonma ya da kapatılma gibi çeşitli engel ve yaptırımlarla çevrilidir. Anayasanın ilk şekli bu konuda çok sıkı kayıtlamalar getirmişti. *Ay.13.m.'deki esaslara uyma, siyasal amaç güdememe ve faaliyette bulunamama, bu doğrultuda sendika, vakıf vb.kuruluşlarla ortak hareket edememe vb...* Bunların tamamı 1995 değişiklikleri ile ortadan kaldırıldı, 1997 tarihinde de Dernekler Kanunu'nda Anayasa değişikliği çerçevesinde değişiklikler yapıldı.

2001 değişiklikleri ile 33. maddedeki sınırlama sebepleri; *Milli Güvenlik-Kamu Düzeni-Suç İşlenmesinin Önlenmesi-Başkalarının Hürrilyetlerinin Korunması-Genel Sağlık-Genel Ahlak şeklinde belirlenerek İHAS* istikametinde bir düzenleme gerçekleştirilmiştir. Anayasanın 13. maddesindeki genel sınırlama sebepleri kaldırılmış, her madde için özel sınırlama sebepleri kabul edilmiştir. Bundan önceki düzenleme, genel-özel, onbir ayrı sınırlama sebebi içermekteydi. 13.maddede gerçekleştirilen değişiklik neticesinde 1961 Anayasası'nda olduğu gibi; temel hak ve hürriyetlerin *özüne dokunulmamak* kaydıyla yukarıdaki sebeplere dayanılarak sınırlandırılabileceği, bu sınırlamaların *kanunla yapılması; Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmaması gerektiği kabul edilmiştir.*

Anayasa'daki değişikliklere koşut olarak çıkarılan 4748 sayılı Kanunun 5.maddesiyle Dernekler Kanunu'nda önemli açılımlar sağlanmıştır. Örneğin, Kanun'un 4.maddesinde yapılan değişiklikle, *dernek kuruculuğuna ilişkin bazı kısıtlamalar* kaldırılmıştır. 5. maddede yapılan değişiklikle, farklı kültürlerin kendisini ifade edebilmesinin önü açılmış, *kurulması yasak derneklerin* kapsamı daraltılmıştır. 6. maddede yapılan değişiklikle bazı ad ve işaretleri kullanma yasağı yeniden düzenlenmiştir. Dernekler Kanunu'nun federasyon ve konfederasyonlara ilişkin 34. maddesi yeniden düzenlenerek Türk Medeni Kanunu'nun derneklerin üst kuruluşlar kurmalarına ilişkin 96. ve 97. maddeleri ile paralellik sağlanmıştır. Kanun'un 38. maddesinde değişiklik yapılarak, yükseköğretim kurumlarında kayıtlı öğrencilerin der-

---

39 TANÖR, a.g.e., s.126.

nek kurma hürriyeti Anayasa'nın 33. ve 34. maddeleri doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir. 43.maddede değişiklik yapılarak, derneklerin, yabancı ülkelerdeki dernek ve kuruluşların üyelerini Türkiye'ye davet edebilmelerini veya yabancı derneklerin ve kuruluşların davetine uyarak üyelerini veya dernek üyesi olma hakkına sahip üçüncü kişileri yurtdışına gönderebilmelerini kolaylaştırıcı hükümler getirilmiştir.

Özetle ifade etmek gerekirse, Avrupa Birliği'ne adaylık sürecinde yapılan Anayasal değişiklikler çerçevesinde 97 maddelik Dernekler Kanunu'nun yarısı değiştirilmiş, hatta bazı maddeleri birkaç kez değiştirilmiştir.

Bu değişikliklere rağmen, Dernekler Kanunu 1982 Anayasası'nın bireye kuşkuyla bakan, otoriter anlayışından bütünüyle sıyrılamamıştır. Nitekim, Kanun yürürlükten kaldırılana kadar, hala ayrıntılı ve kısıtlayıcı hükümler bakımından dolgun bir metin olma özelliğini korumaktaydı. 2908 sayılı Kanun, Milli Güvenlik Konseyi döneminde kabul edildiği için, Anayasa'nın geçici 15. maddesi uyarınca 2001 değişikliğine kadar anayasa yargısına tabii değildi. Anayasa Mahkemesi 1995'te 33. maddede yapılan değişiklikten sonra bile Dernekler Kanunu hakkında açılan bir davayı geçici 15/son hükmünü ileri sürerek ve oybirliğiyle reddetmiştir. Kararın gerekçesi dikkate alındığında, 1982 tarihli Anayasa'da ne kadar değişiklik yapılırsa yapılsın,1980-83 tarihleri arasında çıkarılan yasaların yeni düzenlemelere aykırılığı ileri sürülebilmesi mümkün değildi. (E.1996/6,K.1996/6,14.02.1996)[40]Dernekler İçişleri Bakanlığı'nın ve mülki amirlerin denetimi altındadır. Mali meselelerde *Maliye Bakanlığı*, genelde de *Devlet Denetleme Kurulu* kamuya yararlı derneklerde denetim yapma imkanına sahipti.

Derneklerin kapatılması ya da faaliyetten alıkonabilmesi ilke olarak *hakim kararıyla* mümkündü. Ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde, bir idari mercie de faaliyetten men yetkisi verilebilmesi mümkündü. Bu özel durumlar şu şekilde sınırlanmıştı: *Milli Güvenlik-Kamu Düzeni-Suç İşlenmesini ya da suçun devamını önlemek için ya da yakalamanın gerektirdiği hallerde. (33/5)* Şu var ki, bu yetkiyi kullanan idari merci faaliyetten men kararını 24 saat içinde yargıç onayına sunar.Yargıç da kararını 48 saat içinde bildirir. Bu süre içinde kararın alınamaması halinde, *idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkmaktaydı. (33/5)*

B. 5253 sayılı Dernekler Kanunu

Yukarıda özetlediğimiz tarihsel gelişimin açıkça ortaya koyduğu gibi, Dernekler Kanunu onyıllar içinde otoriter bir yapıdan gittikçe daha özgür-

---

40 TANÖR Bülent - YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 3.baskı, İstanbul, 2002, s.177.

lükçü ve dünya örneklerini esas alan bir yapıya evrilmiştir. Nihayet, 4 Kasım 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5253 sayılı Yeni Dernekler Kanunu ile 2908 sayılı Dernekler Kanunu bütünüyle yürürlükten kaldırılmış, bunun yerine taraf olduğumuz uluslararasındaki sözleşmeleri, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İHAM kararlarını dikkate alan sade, kısa ve özgürlükçü bir metin kabul edilmiştir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu, gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi, dernek kurma ve üyelik konusundaki kısıtlamaların azaltılmasını, dernek faaliyetlerinin serbestliğinin sağlanmasını ve genel olarak derneklerin önündeki bürokratik engellerin azaltılmasını hedeflemiştir.

Yeni Dernekler Kanunu'nda yapılan önemli ve temel deşiklikler özetle şu şekildedir;

- 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 4. maddesinde dernek kurucusu olunmasına ilişkin kısıtlayıcı hükümler bulunmaktayken ve bazı suçları işlemiş kişilerin dernek kurucusu/üyesi olması yasaklanmış iken, 5253 sayılı Yeni Dernekler Kanunu'nun 3. maddesinde Türk Silahli Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri dışındaki herkesin dernek kurucusu ve üyesi olması mümkün kılınmıştır. Böylelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile paralellik sağlanmıştır.
- Kanun'un 3/3,4 ve 5. fıkralarında, Uluslararası Çocuk Haklarına Dair Sözleşme gereğince çocukların dernek kurmasına imkan tanınmıştır.
- Eski Dernekler Kanunu'nun 5. maddesinde Derneklere ilişikin yasaklamalar son derece geniş bir şekilde düzenlenmiş iken, yeni Dernekler Kanunu'nun 30. maddesinde serbestlik ilkesi kabul edilmiş, Anayasa'yla ve Kanun'la açıkça yasaklanan amaçları veya suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla dernek kurulamayacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde, faaliyet alanları bakımından da serbestlik getirilmiştir.
- Derneklerin, benzer amaçlı derneklerden, sendikalardan veya meslek örgütlerinden yardım almasına izin verilmiştir.(m.10/1)
- Derneklerin taşınmaz mal edinmesindeki sınırlamalar kaldırılmıştır. (m.22)
- Yurtdışından yardım alınmasında izin yerine bildirim esası kabul edilmiştir.(m.21)

Özetle ifade etmek gerekirse, Yeni Dernekler Kanunu'nda, zorunlu olanlar dışında yasaklardan kaçınılmış, dernek faaliyetlerinden izne bağlı olan-

ların sayısı asgariye indirilmiş, izne bağlı faaliyetler bildirime tabi tutulmuş, derneklerin tabi olduğu bürokratik işlemler azaltılmış, bu çerçevede tüzük ve genel kurul toplantılarının ilan edilmesi, genel kurul toplantılarında hükümet komiseri bulundurulması, genel kurul toplantılarının izlenmesi gibi uygulamalara yer verilmemiştir.

B. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA DERNEK KURMA HAKKI

Anayasa Mahkemesi kararları'nda dikkat çeken en önemli nokta Yüksek Mahkemenin dernek tanımını oldukça dar tutma eğiliminde olmasıdır. Mahkeme 1995 tarihli bir kararında, Ticaret ve Sanayi Odaları'nın üyelerinin konsey, denetim ve yönetim kurulu üyelerini seçme haklarının Kanun Hükmünde Kararname ile süresiz olarak ertelenmesini Anayasa'nın 33. maddesine aşağıdaki gerekçe ile aykırı bulmamıştır:

"Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları,Sanayi Odaları ve Deniz Ticaret Odaları, üyelerinin ortak gereksinimlerini karşılamak, meslek faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel yararlara uygun olarak gelişmesini sağlamak, üyelerinin birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak üzere meslek disiplinini, ahlak ve dayanışmayı korumak ve 5590 sayılı yasada belirtilen hizmetleri görmek amacı ile kurulmuş tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır.

Anayasa'nın 33. maddesi "Dernek Kurma Hürriyeti"ni düzenlemektedir. Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Deniz Ticaret Odaları 5590 sayılı yasanın 1. maddesinde tanımlanan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olup, bu kuruluşlar Anayasa'nın 135. maddesiyle özel biçimde düzenlenmişlerdir.Bu nedenle konunun Anayasanın 33. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır." (E.1995/39, K.1995/45,19.09.1995) [41]

Anayasa Mahkemesi'nin daha eski tarihli bir kararında, ilkokul öğretmenlerinin sosyal yardımlaşma maksadıyla kurduğu sandık, üyelerinin serbest iradelerine değil kamu gücüne dayandığı gerekçesiyle 33. maddedeki dernekler statüsünde görülmemiştir.

"Hiç şüphesiz, Anayasa Kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde, yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir. İşte "İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı" da bu suretle vücuda getirilmiş bir kamu kurumudur. Üyelerinin serbest irade ve inisiyatiflerinin değildir. Fonksiyonları bakımından kamu gücüne dayanan bir statüye sahiptir. İşlemlerinin kapsam ve sınırı kanunla tayin ve tespit edilmiştir. Taşıdığı bu özellikler

---

41 Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S.32,C.1, s.386-387

nedeniyle tüzelkişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu aşikar bulunan sandığın, Anayasa'nın 33. maddesine konulan derneklerle herhangi bir benzerliği yoktur."(E.1985/7,K.1985/22, 28.11.1985)[42]

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, dernek tanımını oldukça dar yorumlamaktadır. Oysa yukarıda da arz ettiğimiz gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konuyu örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde ele almakta ve özellikle sendikaları da bu çerçeve içinde değerlendirmektedir. Gerçekten, İHAM sendika özgürlüğünü dernek kurma özgürlüğünün bir şekli veya bu özgürlüğün özel bir görünümü olarak görmekte, bu sebeple dernek kurma özgürlüğünde geçerli olan kuralları sendikalar konusunda da uygulamaktadır.(Syndicat National de la Police Belge,27.10.1975, A 19, s.38)[43]

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi dernek organlarının iradeleri dışında bu organların görevlerine son verilmesini Anayasa'nın 33. maddesinde düzenlenen "Dernek Kurma Hürriyetine aykırı bulmaktadır. Mahkeme'nin konuyla ilgili iki önemli kararı bulunmaktadır.

Mahkeme, 13.07.2004 tarih ve 2004/52-94 sayılı Kararında, Türkiye Kızılay Derneği'nin organlarının görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya Bakanlar Kurulu'nu yetkili kılan düzenlemeyi aşağıdaki gerekçeyle iptal etmiştir;

"… Dernekler Kanunu"nun 9. maddesinin birinci fıkrasında, derneklerin kuruluş bildirisini ve eklerini merkezlerinin bulunduğu mahallin en büyük mülki amirliğine vermek suretiyle tüzelkişilik kazanacakları; 19. maddesinde, her dernekte genel kurul, yönetim kurulu ile denetleme kurulunun oluşturulmasının zorunlu olduğu; 26. maddesinde, dernek organlarının seçilmesi, dernek tüzüğünün değiştirilmesi ve derneğin feshedilmesi; 49. maddesinde, dernek genel kurulunun her zaman derneğin feshine karar verebileceği; 50. maddesinde, hangi hallerde mahkeme kararı ile derneğin feshine karar verilebileceği; 51. maddesinde, derneğin ne zaman kendiliğinden dağılmış sayılacağı; 52. maddesinde de derneklerin yasada öngörülen hallerde ancak mahkeme kararıyla kapatılabileceği, faaliyetlerinin yasaklanabileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelerden, dernek tüzelkişiliğinin kurucu unsurlarının derneğin tüzük ve organları olduğu, derneklerin kuruluş sözleşmesi niteliğindeki tüzüklerini kendilerinin oluşturabilecekleri, değiştirilebilecekleri, organlarını belirleyebilecekleri, organlarının iradeleri dışında derneklerin ancak mahkeme kararıyla kapatılabilecekleri anlaşılmaktadır.

---

42 Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S.21, s.249

43 Gözübüyük-Gölcüklü, s.369.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla Türkiye Kızılay Derneği'nin yetkili organlarının iradeleri dışında bu organların görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya yürütmenin yetkili kılınması Anayasa'nın 33. maddesinin güvence altına aldığı dernek kurma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir müdahalenin her şeyden önce Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa, itiraz konusu kural Anayasa'nın 33. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. ve 33. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir…"[44]

Anayasa Mahkemesi 24.12.2003 tarih ve 2002/43 E. ve 2003/103 K. sayılı daha eski bir kararında da, bu defa Türk Hava Kurumu'nun organlarına Bakanlar Kurulu eliyle müdühele edilmesine Anayasa'nın 33. maddesine aykırı bulmuştur;

> *"…İtiraz konusu kurallarla Türk Hava Kurumu'nun yetkili organlarının iradeleri dışında bu organların görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya, tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye yürütmenin yetkili kılınması ve organların görevlerine son verilmesi, Anayasa'nın 33. maddesinin güvence altına aldığı dernek kurma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir müdahalenin her şeyden önce Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 33. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır…"*[45]

Sonuç

Çağımızın sanayileşmiş ve demokratik toplumlarında, sivil toplum örgütleri büyük önem kazanmıştır. Demokrasi kültürü artık seçimden seçime sandık başına gitmekten öte bir anlam taşımaktadır. Günümüz toplumları birbirinden kopuk bireylerden değil, örgütlü insan topluluklarından oluş-

---

44 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

45 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

maktadır. Bu çerçevede, bir grup çatısı altında yer almayan bireyin, kamusal alanda sesini duyurabilmesi son derece güç, hatta neredeyse imkansızdır.

Dernek kurma özgürlüğü de, toplanma özgürlüğü gibi düşünce özgürlüğünün devamı, tamamlayıcısı durumundadır. Demokratik kültürü özümsemiş her insan bilmektedir ki, akla gelebilecek her alandaki gelişme ancak tartışma ile sağlanabilir. Bu sebeple, günümüz insanı, politika ve kültür alanlarında olduğu kadar, sosyal yardımlaşma alanında da örgütlenmek, içine kapanmaktan kurtularak fikirlerini belli bir çevre içinde tartışmak istemektedir. Zira, kurumsal bir çatının altında olgunlaşan fikirlerin topluma malolması, hiç şüphesiz, daha kolay olmaktadır.

Dernekler, üyelerinin toplumsallığını, kişiliğini, vatandaşlık bilincini geliştiren "*demokrasi okulları"*dır. Gerçekten, Dernekler, aynı düşünceyi paylaşan insanların çıkarlarını etkin biçimde savunmalarının yanında çoğulcu demokrasilerin ve özgürlüklerin kökleşmesine büyük katkıda bulunmaktadırlar.

Devletin, dernekleşmeye geneldeki kuşkulu yaklaşımı tartışmaya değer niteliktedir. Siyasal iktidar sahiplerinin iktidarı paylaşmak istememeleri, eşyanın doğası gereğidir. Totaliter sistemler bunun en katı örnekleridir. Demokrasiler ise, siyasal iktidarın çeşitli meşru güçlerce ve bu arada sivil toplum kuruluşlarınca paylaşılması, bu güçlerin birbirlerini dengelemeleri üzerine kurulmuş bir sistemdir.

1982 Anayasası, özgürlükler alanına güvenlik merkezli bakış açısını dernek kurma hakkına da yansıtmıştır. Hatta diyebiliriz ki 82 Anayasası'nın en çok törpülediği alan, kolektif özgürlükler alanıdır. Özellikle Anayasa'nın ilk hali bu hakkı boğacak nitelikte kayıtlamalar içermekteydi. Dernekler Kanunu da Anayasa'ya paralel biçimde otoriter bakış açısıyla hazırlanmıştır. 1995'te gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri neticesinde dayanışma yasakları kaldırılmıştır. 2001 değişiklikleri neticesinde ise dernek kurma hakkını sınırlama sebepleri azaltıldı ve güvenceler güçlendirildi. 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda değişiklik yapan uyum yasası örgütlenme hakkını bir adım daha öteye taşımıştır. Bu yasayla dernekleşme hakkının, derneklerin yurtdışıyla ilişki kurabilmesinin, üst kuruluşlar teşkilinin önündeki engeller kaldırılmıştır. Kanımca en önemli değişiklik, kurulması yasak dernekleri düzenleyen 5. maddenin (6) numaralı bendinde gerçekleştirilmiştir. Eski düzenleme *"Türk dilinden veya kültüründen ayrı dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak suretiyle azınlık yaratmak"* gibi son derece tartışmalı bir ifadeyi içermekte idi. Zira, bu hüküm, uygulamada, folklorik veya antropolojik bir çalışma yapılmasını dahi imkansız hale getirmekteydi. Çok kültürlülüğün zenginlik sayıldığı günümüzde farklı olanı görmezden gelen hatta ezen bu hükmün kaldırılması gerçekten de önemli bir aşamadır.

Nihayet 5253 sayılı Yeni Dernekler Kanunu ile 1982 Anayasası'nın otoriter ruhunun Dernekler Kanunu'nu terk ettiğini söyleyebilmek mümkündür. Bu Kanunda, özetle, örgütlenme özgürlüğüne ve dolayısıyla derneklere kuşkuyla bakan eski anlayış terk edilmiş, güven esasına geçilmiştir. 5253 sayılı Kanun'da üyelik ve faaliyet alanlarına ilişkin yasakların hemen tamamı kaldırılmış, sınırlamalar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabul ettiği ölçüler içinde bırakılmıştır.

Görülmektedir ki dernek hak ve özgürlüğünün gelişimi siyasal yapının demokratikleşmesiyle yakından ilişkilidir. Bunun yanında, diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi burada da ekonomik ve sosyal gelişme de önemli bir rol oynamaktadır. Az gelişmiş ülkelerde dernek kurma özgürlüğünün -ve genel de tüm özgürlüklerin- kayıtlanmasında kullanılan en önemli argüman istikrar olmaktadır. Bu şekilde özgür tartışma ortamı boğulmakta, yeni ve farklı fikirler ortaya çıkmamakta ve neticede sorunlar çözümsüz kalmaktadır. Dolayısıyla, otoriter sistemlerde, demokratik talepler karşılanamadığı gibi, kalkınma da sağlanamamaktadır. Bu sebeple, *"müsademe-i efkardan barikayı hakikat doğar" (fikirlerin çatışmasından hakikat güneşi doğar)* deyiminin bilgi toplumunun düsturu olması gerektiği kanaatindeyim.

Tefecilik Suçu

*Cüneyd ALTIPARMAK**

I. Suça İlişkin Genel Hususlar

Devlet, ekonomik hayatı düzenlemek için vergi mevzuatı, gümrük, sigorta kuralları, piyasa koşulları, temel ihtiyaç malzemeleri, asgari ücret gibi bazı konularda düzenleme yaparak piyasaya müdahale etmektedir. Bunun temel amacı toplumun asgari ekonomik refahını sağlamak görevi ve zorunluluğudur. Bu düzenlemelerin yani ekonomik sistemi denetim altında tutmak ve kayıt dışı ekonomiyi önlemek için en çok müdahaleye maruz kalan bankacılık sektörüdür. Ekonomik hayatın yaygınlaşması, faaliyetlerin artması, iktisadi mevzuatın artışına neden olduğu gibi kural ihlallerini de artmasına neden olmaktadır. Ekonomik yaşamın düzenlenmesine ilişkin düzenlemelerin temel nedeni, toplumun ve bireylerin ekonomik menfaatlerinin korunması suretiyle genel ve ekonomik kamu düzeninin sağlanmasıdır[1]. Bu düzenlemelerin bir parçasında ceza hukuku olagelmiştir.

Ekonomik suçlar, bir kişinin ya da toplumun herhangi bir iktisadi menfaatinin ihlâl edilmesi sonucunda oraya çıkan suçları ifade eden bir kavramdır. Ekonomik suç, belirli bir suç fiilini tanımlayan hukuki bir terim olmayıp, ortak bir özelliğe sahip birden çok suç tipinin oluşturduğu bir suç kategorisini ifade etmek üzere kullanılan kriminolojik bir terim olmaktadır. Ekonomik hayatın ve ekonomik ilişkilerin sürekli olarak gelişmesi ve değişmesi karşısında ekonomik suç kavramının sınırlarının çizilmesi de giderek güçleşmektedir. Bununla birlikte, ekonomik suç tiplerinin ve bunlara ilişkin ceza hükümlerinin ticaret mevzuatı, ceza mevzuatı, vergi mevzuatı gibi birçok farklı düzenleme içinde dağılmış olması da kavram alanını oldukça genişletmektedir. Bu noktada, ticaret mevzuatının genel esaslarından hareket edile-

---

* Hukukçu, cuneydaltiparmak@yahoo.com

1 Tiriyaki, Tercan/ Gürsoy, Türker, "Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi" Sayıştay Dergisi, sayı: 55, s.53-69. s.53 (Tiriyaki/Gürsoy, SD.)

rek ekonomik suç kavramından daha dar kapsamda olmak üzere "ticari suç" kavramına ulaşılmaktadır[2].

Erman'a göre ticari suç hakkında doktrin sahasında bir tarif, şimdiye kadar verilmiş değildir. Ancak, diğer bütün suçlar korumak istedikleri menfaatin niteliğine göre bir takım gruplara ayrıldıklarına göre, ticari suçları da, yine korunan hukuki yarar açısından, diğer suçlardan ayırmanın mümkün olduğu düşünülebilir. Ticaret hayatının hukuka aykırı bir takım davranışlardan korunması, ferdin meşru ticari faaliyet ve kazancının güvence altına alınması ve netice itibariyle ülkenin iktisadi kalkınmasının sağlanması maksadıyla cezalandırılmış olan fiillerin "ticarî suç" adı altında toplanmalarının mümkün olduğu ileri sürülebilir. Ticarî suçların tanımlanmasında en çok uygulanan sistem, bu suçların genel ceza kanunlarına ithal edilmeden, ilgili özel kanunlarda düzenlemesidir. Özellikle ülkemizdeki uygulama bu yönde gelişmiş, hemen her özel kanunun sonuna "ceza hükümleri" başlığını taşıyan bir bölüm eklenerek, bu kanunun kapsamına giren suçları yine aynı kanunda gösterilen cezalarla karşılamak yolu tutulmuştur[3].

Özel kanunlar ile tanımlanan ekonomik suçlar dışında, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren olan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ekonomik suç kapsamında değerlendirilecek suçlar; Kanunun, İkinci Kitap, Üçüncü Kısım, Dokuzuncu Bölümünde, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar olarak sıralanmıştır. Bu bölüm haricinde özelikle Kanun'un İkinci Kitap, İkinci Kısım, Onuncu Bölümünde belirtilen "Malvarlığına Karşı Suçlar" ile "Kamu Güvenine Karşı Suçlar" bölümündeki suçlar, ekonomik faaliyetlerden kaynaklanabilecek suçlardır. Ticaret bir yönüyle kamu düzenine ilişindir bu sürecin, devletin kamusal faaliyetlerinin yürütülmesine ve bunların yürütülmesi sırasındaki kamu görevlilerine olan güvenin sağlanmasına yönelik olarak, hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir.

Tefecilik suçu mahiyeti itibariyle, failin bir başkası üzerinden ticaret argümanlarının ve para politikalarının dışında kendi belirledikleri ve çoğu zaman da mağdurun "sübjektif durumundan" kaynaklı olarak faiz oranlarında para kazanmasının önüne geçilmesini hedeflemektedir. Bu açıdan ekonomik suçlar ile **korunan hukuki yarar**ın bir parçası olmaktadır.

Konuya ilişkin olarak birçok ülkenin ceza mevzuatında düzenlemelere rastlamaktayız.

Kanada Ceza Kanunun "faiz oranı" suçu başlıklı 347. maddesinde benzer bir hükmün düzenlendiğini, yasal faiz oranını aşan şekilde ödünç para verilmesinin yasaklandığını görmekteyiz.

---

2 Tiriyaki/Gürsoy, SD, s.54-55

3 Erman, Sahir Ticari Ceza Hukuku I – Genel Kısım, İstanbul, 1992, s.20. vd.

Amerika'da ise New York Ceza Kanunun tefecilik suçu başlıklı 190.42. maddesinde suçun ele alındığını görmekteyiz. ABD'nin kuzeydoğu kıyısında, New England bölgesinde yer alan Massachusetts eyaletinde cari ceza kanununun 49. bölümünde suçun detaylıca düzenlendiğini görmekteyiz. Suçun cezasını; on yıldan aşağı olmamak üzere hapis ve yine on bin dolardan aşağı olmayacak para cezası olarak tanımlamıştır. Suçun tanımı bizim hukukumuzdakinden daha geniş biçimde düzenleme altına alınmıştır. Bir kimsenin bir para mübadelesi, takası veya ödünç verme esnasında, meblağın toplamında bir faiz meblağının belirlenen oranı aşması halinde suçun oluşacağını belirtilmektedir. Ancak hemen belirtmek isteriz ki, ABD'de bu suçun oluşması için belirlenen oranların üstünden bir oranda faizin uygulanması gerekmektedir.[4]

Arnavutluk ceza kanununun "kanun dışı faiz kullanma" başlıklı 257. maddesinde benzer mahiyette bir suç tanımlandığını görmekteyiz. Buna göre bir dolaylı veya doğrudan yasal olmayacak biçimde faiz kullandırılması yasaklanmıştır. Buna göre kişilere veya tüzel kişi ise yöneticilerine dört yıldan fazla olmak üzere ceza verilmesi gerektiği bildirilmiştir.

Alman Ceza Kanunun 291. bölümünde "tefecilik suçunun" düzenlendiğini görmekteyiz. Burada bir kimsenin aciz bir kimsenin her hangi bir biçimde, bir kimse tarafından faiz kullandırılmasını suç saydığını görmekteyiz[5].

Batıda "beyaz yaka" suçları kapsamında ele alınan bu suçun benzer düzenlemelerini ceza kanunlarında yahut başkaca iktisadi mevzuatlarında görebiliriz. Düzenlemenin bizim hukukumuzdaki yeri -tıpkı Almanya gibi- ceza kanununda olmuştur[6].

II. Suçun İncelenmesi

Kanun Metni

Tefecilik suçu; Türk Ceza Kanunun 241. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: "Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır"

Tefecilik Kavramı

765 s. Türk Ceza Kanununda tefecilik suçuna yer verilmemiştir. Bu alanda ilk kanuni düzenleme 8 Haziran 1933 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan

---

4 Bakınız: "From the 'Lectric Law Library's Stacks State Interest Rates & Usury Limits" http://www.lectlaw.com/files/ban02.htm

5 İngilizce metin için: "Service provided by the Federal Ministry of Justice in cooperation with juris GmbH –" www.juris.de

6 Beyaz yaka suçları hakkında bakınız: "Wrongful Credit Practices and Usury, (2C:21-19)" http://whitecollarcrimenews.com/statutes/wrongful-credit-practices-and-usury-2c21-19/

8.6.1933 tarihli ve 2279 sayılı "*Ödünç Para Verme İşleri Kanunu*"dur. Bu Kanunun 17. maddesinde "*tefecilik suçu*" tanımına yer verilmiştir. Bu düzenlemede, ertelenmesi mümkün olmayacak biçimde ceza verilmesi öngörülmüştür[7]. Ancak bir süre sonra; 30.9.1983 tarihli ve 90 sayılı "*Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*"4 ile 2279 s. Kanun, 17. maddesi hariç olmak üzere, yürürlükten kaldırılmıştır. 90 s. KHK'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasında, bu suçun "*tefeciler 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte 50 bin liradan az olmamak kaydıyla, sağladıkları menfaatlerin 5 katı ağır para cezasıyle cezalandırılır*" biçiminde düzenlendiğini görmekteyiz. Fakat, 90 s. KHK'nın 17. maddesinde, "*tefecilik suçu*"nun tanımlandığı 15. maddenin, bu KHK'nın kanunlaşması üzerine yürürlüğe gireceği ve bu tarihe kadar 2279 s. Kanunun 17. maddesinin uygulanması gerektiği yönünde hüküm bulunmaktadır. 90 s. KHK henüz kanunlaşmamıştır[8].

Tefecilik kavramı, ikrazatçılık kavramı ile yakından ilgilidir. Her iki kavram da 90s. KHK'da tanımlanmıştır. 21/06/1994 tarih ve - 545 Sayılı KHK'nın 3 /a bendinde: İkrazatçı; "devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişiler" olarak tanımlanmaktadır. Buna göre resmi olarak yetkilendirilmiş kişilerin yapacağı para ödünç verme işine ikrazatçı dendiğini söyleyebiliriz. Aynı KHK'nın 9. maddesine göre; Tefecilik; ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve KHK uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde, ödünç para verme işlerine devam edilmesi eylemlerine devam edilmesi hali olarak ifade edilmiştir.

90 s. KHK'nin 16. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 2279 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanunu'nun 14. maddesindeki "1 inci maddeye

---

7 Anılan madde metni şöyledir: *"Tefecilik edenler bir aydan bir seneye kadar hapse ve (500) liradan (10000) liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir. Ayrıca iki seneden beş seneye kadar âmme hizmetlerinden memnuiyetlerine karar verilebilir. Bu cezalar tecil edilmez."*

8 Özgenç, İzzet, "Tefecilik Suçu", *Gazi Ü. H.F.D. C. XIV, 2010/1, s.543-553, (s.544) Ayrıca bakınız: Yüksekkaya, Bayram, "Para İlişkilerinde Kanserli Hücre:Tefecilik" http://www.bayramyuksekkaya.av.tr/docs/004.pdf.* Uğur, Hüsamettin: *Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları ve Uygulama İlkeleri,* Terazi Aylık Hukuk Dergisi, yıl 2, sayı 8, Nisan 2007, sh. 61 vd., 71., Meran, Necati, *Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması,* Terazi Aylık Hukuk Dergisi, yıl 5, sayı 51, Kasım 2010, sh. 103 vd., Tosun, Ayşe Nil, POS Cihazlarının Satış Dışı Kullanılmasının Vergisel Boyutu, Yaklaşım Dergisi, 2010/206.,

göre izin almaya mecbur olan hakiki veya hükmi şahıslardan bu mecburiyete riayet etmeyenlere veya 9 uncu madde hükümlerine göre Bakanlar Kurulunca ittihaz edilecek kararlara aykırı hareket eyleyenlere ve beyannamelerindeki şartları ve faiz hadlerini muvazaa ile gizleyenlere tefeci denir." şeklindeki tümcenin de tefeci kavramı açısından göz önünde tutulması gerektiğin düşünmekteyiz[9].

Bu düzenlemeler ışığında, her ne biçimde olursa olsun ödünç para verme yetkisi olmayan kimselerin veya bu yetkisi ortadan kalkmış kimselerin yaptığı bir eylem olarak algılamamız mümkündür.

Fail, Mağdur ve Suçtan Zarar Gören

Madde metninden de rahatlıkla anlaşılacağı üzere bu suçun faili herkes olabilecektir. Bu anlamda suçun faili gerçek kişiler olabileceği gibi, tüzel kişilerinde olması mümkündür. Buna göre faktoring ve sair ödünç para verme yetkisine sahip olup da sonradan bu yetkisini kaybetse bile ödünç para verme işlemine devam edilmesi halinde fail olabileceği düşünülmelidir.

İzlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır. Bu haliyle, bu suçtan mağdur olan kişi, fail tarafından kendisine ödünç para verilen kişi iken, mağdurun dışında mağdurun düştüğü durumdan olumsuz etkilenen kimseler ise suçtan zarar görendir. Bu haliyle tefeciden ödünç para alan baba mağdur iken, ödeme zorluğu çekmesinden etkilenen ailesi ise suçtan zarar gören konumundadır.

Ancak bu suçun çok faili bir suç olduğunu belirten Özgenç, tefeciden ödünç para alan kimsenin de fail olduğunu ancak madde düzenlemesinde cezalandırılmadığına vurgu yapar ve "Kanımızca, tefecilik suçunun mağduru, toplumu oluşturan ve istikrarlı makro ekonomide yararı bulunan herkestir." şeklinde bir ifadede bulunur[10].

Suçun Konusu

Madde metninde "ödünç para" ifadesi suçun konusunu oluşturur. Bu anlamda para dışındaki misli bir şeyin verilmesi halinde bu suçun oluşmayacağını ileri sürenler olduğu gibi, para yerine ikame olabilecek altın vs.

---

9 Borçlar Kanunu m. 306'da karz sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: "Karz bir akittir ki, onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur."

10 Özgenç, s.551-552

değerlerinden suçun konusu içerisinde telakki edilmesini ileri sürenlerde vardır[11].

Manevi Unsur

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Bu anlamda failin bilerek ve isteyerek davranması yeterlidir. Başkaca bir şart aranmayacaktır.

Maddi Unsur

"Faiz veya başka bir anlamda da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi" suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Buna göre, *"iktisadi hayatımızda, "senet kırdırma" denilen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur*[12]." Esasında bu gibi durumlarda kambiyo senetlerinin ciro edilmesi yahut bir biçimde el değiştirmesinde borçlar ticaret hukuku açısından "**alacağın temliki veya borcun nakli"** söz konusudur. Bilindiği gibi bir kambiyo senedini doğuran ilişki sebepten mücerrettir ancak, bir borç ilişkisine dayanmasa bile, bir kambiyo senedinin el değiştirmesi, aslında bir borç ilişkisine dayanmandan tedavülde olması, "alınıp-satılması" korunan bir durum değildir.

"Uygulamamız göz önünde bulundurulduğunda, bono veya çeke bağlanmış olan bir alacak, alacaklı tarafından; a) **nakit para ihtiyacını karşılamak için**, bononun vadesinden, çekin ise üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce üçüncü bir kişiye ciro edilmesi suretiyle, b) **hukuki yolla tahsilinde güçlükle karşılaşılması sebebiyle**, üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Üçüncü kişi, kendisine devredilen bu alacağın karşılığında, alacaklıya bono veya çek üzerinde yazılı meblağdan daha düşük miktarda bir para ödemektedir. Bu suretle, tefecilik yasağına ilişkin mevzuat hükümleri dolanılmaktadır. Hatta bu yöntem, bir alacağın hukuk dışı yollarla, yani cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle tahsilinde bir araç olarak kullanılmaktadır[13]".

Ayrıca en yaygın bir başka biçimi ise halk arasında "kredi kartı kırdırma" olarak bilinen işlemdir. Bu halde farazi bir alış veriş yapılmakta, mal satılmadan müşteriye malın ederinin altında bir tutar ödenmektedir.

---

11 Özgenç, s.546, YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,* cilt V, Ankara 2010, s. 6715.

12 Maddenin gerekçesinden alınmıştır.

13 Özgenç, s.549

Suça Etkili Haller

İvaz karşılığı ödünç para vermeye yetkili tefecilik suçunun oluşmayacağı açıktır. Bu durumda konuya ilişkin olarak giriş kısmında belirttiğimiz Kanun Hükmünde Kararnamelere atıf yapan açıklamalarımıza göre hareket edilmesi gerekmektedir.

Yaptırım

Söz konusu suçun karşılığında "**iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası**" öngörülmüştür. Ayrıca, **bu suçun konusunu oluşturan paranın ve bu suçun işlenmesi suretiyle elde edilen kazancın** TCK m.54 ve 55 uyarınca eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri çerçevesinde **müsadere kararı verilebileceği açıktır. Ayrıca tüzel kişilere ilişkin yaptırımların da uygulanması mümkündür.**

Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Suça **iştirak** mümkündür. Bu tip suçların örgüt faaliyeti yahut birden fazla kimsenin iştirak iradesi ile işlendiğini söyleyebiliriz.

Failin kazanç elde etmesi maksadı ile hareket etmesi ile suç tamamlanır. Kazanç elde edip etmediğinin madde bağlamında ele alınması mümkün değildir. Bu haliyle **teşebbüse** elverişli değildir.

Başka suçlarla içtimaı hususuna gelince, bu kısımda tefecilik suçuna benzer mahiyet arz eden suçlar ile karşılaştırılmasına yer vermenin uygun olacağını düşünmekteyiz.

1. Karz akdi **ivazlı** olabileceği gibi, **ivazsız** da olabilir. **İvazsız karz akdi**, kamu otoritesinin iznine bağlı değildir. Buna karşılık, **ivazlı ödünç para verme işlemleri**, kamu otoritesinin iznine bağlıdır ve ilgili mevzuatta belirlenen esaslar çerçevesinde yapılabilir. Bu konuda, 19.10.2005 t. ve 5411 s. *Bankacılık Kanunu* ile 90 s. KHK hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır[14].

2. İzinsiz mevduat toplamak yani ivazlı veya ivazsız ödünç para toplamak, 5411 s. Bankacılık Kanununun 150. maddesinde tanımlanan suçu oluşturmaktadır. Buna karşılık, izinsiz olarak ivazlı ödünç para verilmesi, TCK'nın 241. maddesindeki "tefecilik suçu"nu oluşturacaktır[15].

---

14 Özgenç, s.546

15 Özgenç, s.547

3. Türk Ceza Kanunun 148. maddesinin 2. fıkrasında "…*Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi hâlinde de aynı ceza verilir.*" Bu halde ödünç para veren kimsenin, ödünç para verdiği kimseden senedi bu biçimde alması halinde her iki suçun da oluşacağını düşünmekteyiz.

4. Bu suç için alınan bir kambiyo senedinin "şantaj maksatlı" kullanımı halinde yine her iki suçunda ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

5. Kendisine tevdi edilen bir senedi kırdıran kimsenin eyleminin güveni kötüye kullanma suçu kapsamında ele alınması gerekmektedir.

6. Yine aynı şekilde bedelsiz kalmış bir senedin kırdırılması halinde de tefecilik suçu yerine, bu senedi kırdırmaya kalkışan kimse açısından suçun oluşacağını düşünmekteyiz.

III. Yargıtay Uygulaması

Konuya ilişkin olarak açıklamalarımızın ardından, Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin içtihatlarına değinmekte fayda görmekteyiz. Nitekim, bilindiği üzere uygulamanın bazen doktrinden farklı görüşleri ve kararları olmaktadır.

1. "*Tefecilik suçunun oluşması için…; birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para*" verilmesi gerekmektedir: **Yargıtay 7.CD, 31.05.1999, 6012/6456.**

2. "*Tefecilik suçunun oluşabilmesi için, birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi …,* (failin) *birçok kişiye faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağla*ması *ve bu işi meslek haline geti*rmesi gerekmektedir: **Yargıtay 7.CD, 21.06.2006, 2004/36039 2006/12651.**

3. Tefecilik suçu "mütemadi bir suçtur": **Yargıtay 7.CD, 09.11.2009, 2007/3343, 2009/12679.**

4. "Hasan, Hulusi,Aytekin ve Tayfun'un sanıktan faizle borç para aldıkları,ancak çekindikleri için tanıklık yapmak istemedikleri,sanığın tefecilik yaptığının çevrede bilindiğine" dair tespitlerine göre ve aralarında **yakın akrabalık ve iş ilişkisi** bulunmayanlara karşılıksız

borç para verilmesi düşünülemeyeceği de gözetilerek, sanığın 2001 yılında birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir biçimde çıkar karşılığı ödünç para verme eylemini gerçekleştirdiği gözetilerek atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken,dosya kapsamına uymayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm tesisi,hukuka aykıdır: **Yargıtay 7.CD 11.04.2007, 2004/17311, 2007/2525**

5. Sanığın, birden çok kişiye faizle borç para verdiği oluşa uygun olarak kabul edilmesi karşısında verilen cezanın TCY.nın 43/2. maddesi gereğince artırılıp artırılmayacağının tartışılmaması gerekir: **Yargıtay 4.CD 01.12.2010, 2010/14912, 2010/19777**

6. Köylülere, fındık sezonlarından önce döviz ya da Türk parası veren fakat fındık sezonu geldiğinde senetlere fahiş bedeller yazıp nakit ya da fındık ürünü olarak ilgililerden icra yolu dahil tahsil etmeye çalışan ve önemli miktarlarda tahsilatlar da yapan kişinin eylemi tefeciliktir: **Yargıtay 7. CD. 15.12.2005, 2003/14352, 2005/21394**

Organ ve Doku Nakli

*Ömer BAYRAKTAR**

GİRİŞ:

Geçen yüzyılın en büyük olaylarından birini organ nakli teşkil etmektedir. Tıp alanındaki büyük gelişmeler sonucu oluşan bu olayın temeli geçmiş yüzyıllardaki çalışmalara dayanmaktadır.[1] İlk uygulanmaya başlandığı dönemlerde büyük tartışmalara yol açan, günümüzde ise gerekli ve vazgeçilmez tıbbi müdahaleler olarak kabul edilen organ ve doku nakilleri, kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahale çeşidi olarak kabul edilmektedir.[2] Yeni teknolojilerin de ortaya çıkmasıyla beraber organa bağlı hastalığı bulunanların hayatta kalma oranları artmış, söz konusu durum organa olan ihtiyaç ve bu yönde yapılan organ nakillerine olan talebi arttırmıştır.[3] Organ nakillerinin yaygınlaşması ve organa muhtaç olan hastaların ihtiyaçlarını karşılayacak kadar organ bulunamaması sebebiyle bu alanda işlenen suçlar yaygınlaşmış, organ ticareti de artmıştır.[4]

Tıpta yaşanan bu gelişmelere hukuk bilimi yeterince hızlı bir şekilde ayak uyduramamış, organ nakli ile ilgili ilk ulusal yasa 20 Ekim 1947 tarihinde Fransa'da çıkmıştır. 26 Haziran 1967 tarihli İtalyan yasası ise organ naklini ticari yönden ele alan ilk yasa olarak kabul edilmiştir.[5] Ülkemizde bu konudaki ilk düzenleme 29 Mayıs 1979 tarihli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanundur.(ODNK)[6]

---

* Av., Yeditepe Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

1 Bayraktar, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 169

2 Er, Ünal; Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 101

3 Öncel, Öztan; İleri teknoloji Tıbbı ve Hekim-Hasta İlişkisi, İstanbul 2006, s. 165

4 Aydın, Murat; Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 117

5 *İtalyan Yasası, canlı böbrek vericileri için her türlü mükafat ve tazminatı yasaklar.* Öncel, s. 169

6 Yaşar, Osman- Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010, s. 3127

Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu (TCK)'da organ ve doku nakline ilişkin hükümler getirmiştir. Bu çalışmamızda organ ve doku ticareti suçunu daha iyi değerlendirmek amacıyla öncelikle organ ve doku nakli kavramlarını inceleyeceğiz. Bu değerlendirmeyi de takiben organ ve doku ticareti suçuna ilişkin yasa maddelerini açıklayacağız.

I. Organ ve Doku Nakli

Organ nakli, vücutta görevini yerine getiremeyen bir organın yerine, canlı bir vericiden veya ölüden alınan sağlam ve aynı görevi üstlenecek organın aktarılması işlemidir.[7] Buna kısaca "transplasyon" da denmektedir.[8] ODNK' nın 14. maddesi uyarınca, yasanın yayımından itibaren üç ay içerisinde çıkarılacak olan yönetmelik, 1 Haziran 2000 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.[9] 24066 sayılı Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde, " *Organ ve doku nakli; terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli ameliyesini ifade eder* " şeklinde bir tanım yapılmıştır.[10] Organ bağışı ile organ nakli birbirlerinden farklı şeyleri ifade ederler.[11] Organ bağışı, kişinin sağlığında ya da öldükten sonra nakledilmek üzere organlarını bağışlamasıdır. Organ nakli ise, başka bir tıbbi çözüm olmadığı için bilimsel deneyler sonucu sakıncası bulunmadığı saptanan doku veya organların, tedavi amaçlı olarak bir insandan başkasına aktarılmasıdır.[12]

1. Organ ve Doku Naklinin Hukuksal Temeli

Organ nakli ilk olarak 20. yüzyılda göz saydam tabakasının nakli ile başlamış olup; aynı dönemin ikinci yarısında başta böbrek olmak üzere kalp, ilik, akciğer ve pankreas nakli gerçekleştirilmiştir.[13] Organ nakli işlemleri-

---

7 Yıldız, Ali Kemal; Organ Naklinden Kaynaklanan Etik ve Hukuk Sorunları, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, s. 277

8 Yaşar, Gökcan, Artuç; s. 3127

9 Bakıcı, Sedat; 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Ankara 2010, s. 941 *2238 Sayılı ODNK Md.14/5:" Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."*

10 Aydın, Murat; Organ ve Doku Naklinde Verici Açısından Doğabilecek Hukuksal Problemler, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, No.10, Ankara 2009, s. 161

11 Bozoklar, Ata; Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları, İstanbul Barosu A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 281

12 Bakıcı, s. 941

13 Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 424

nin giderek yaygınlaşması, bu alanda özel bir kanuni düzenlemenin yapılması gerekliliğini doğurmuştur. Bu husus ile beraber organ ve doku nakillerinin hukuki niteliği Yargıtay'da da tartışılmış, ölüye müdahalede bulunan doktorun izinsiz olarak organ ve doku nakli için tazminata mahkum olabileceği, müdahalenin 765 sayılı mülga TCK 178/2 madde anlamında suç oluşturmayacağı ve bu konuda kanun koyucu tarafından derhal ayrıntılı bir düzenleme yapılması gerekliliği ortaya konulmuştur.[14] Bu tartışmalar neticesinde 2238 sayılı ODNK düzenlenmiştir.[15] Her ne kadar organ ve doku gibi birbirinden farklı kavramların aynı düzenlemede yer alması eleştirilmiş ise de, günümüzde organ ve doku nakillerine ilişkin temel metin bu yasadır. Yasa, ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 23/3. maddede paralel nitelikte bir düzenlemedir. [16] Organ ve doku nakli bütün yönleriyle 2238 sayılı ODNK ile düzenlenirken, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK da aynı konuya ilişkin üç hüküm getirmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla bugün için, her iki kanunun da ayrı ayrı gözetilmesi gerekliliği söz konusudur.[17] Bu Kanunların yanı sıra Türkiye'nin de imzaladığı ve Anayasa 90/5. maddeye göre kanun hükmünde sayılan bir uluslar arası sözleşme olan Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesinde de organ ve doku nakli hakkında hükümler vardır.[18]

---

14 Çakmut, Özlem Yenere; Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 158, *Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 3.6.1975 tarih ve 1975/2433 E. ve 1975/3150 K. " Dünyanın birçok ülkesinde ve memleketimizde doktorlar insani gayelerle ve acil tıbbi sebeplerle, belki ilgilinin muvafakatini almak imkanını bulamadan organ nakli yapmaktadırlar. Kanun koyucunun bu maksatlarla çalışan doktorları cezalandırmayı düşündüğünü kabul etmek mümkün değildir. Madde fıkrasına dar bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmaları ve fennin ilerlemesini aksatmış oluruz. Yapılması gereken şey kanun vazınca bir an evvel organ nakil hukukuna el atarak gereken kanunu çıkartmak ve organ naklinin şartlarını, hukuki yönlerini tayin ve tespit etmektir. Sonuç: Sosyal sigortalar hastanesinde kanserden ölen bir şahsın gözünü insani ve tıbbi bir gaye ile bir hastaya naklederek görmesini sağlayan doktorların fiil ve hareketlerinde TCK 178/2 (ölünün naşını kısmen veya tamamen almak) deki suçun maddi ve manevi unsurlarını ve suç işlemek kastının bulunmadığı ve eylemlerinin başka bir suç teşkil etmediği sonucuna varılmıştır." 765 sayılı TCK Md.178/2 "Bunların dışında, her kim bir ölünün naaşını tamamen veya kısmen alır veya ruhsat almaksızın bir naaşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa, iki aydan altı aya kadar hapis ve beşbin liradan yirmibeşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır."*

15 Er, s. 101

16 Çakmut, s. 159, Türk Medeni Kanunu Md.23/3 *"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz."*

17 Hakeri, s. 425

18 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 13

2. 2238 Sayılı ODNK Kapsamında Organ ve Doku Nakli

Kanunun hemen başında "genel hükümler" başlığı altında amaç, kapsam ve bazı ilkeler belirtilmiştir. İlk maddeye göre, organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli ancak tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla mümkün olabilecektir. Bayraktar'a göre amaç kapsamında tedavi ve teşhis kavramları ne kadar yerinde kullanılsa da bilimsel amaç kavramı da o ölçüde tehlikelidir. Nitekim insanı sağlığına yeniden kavuşturma amacına dönük olan organ ve doku naklinin, bilimsel gayelerle bu amaçtan uzaklaşma tehlikesi bulunmaktadır.[19] Böyle bir uygulama insan hayatının bilimsel araştırmalar için riske atılması ve kötüye kullanmaların yaşanmasına neden olur diye eleştirilmiştir. [20]

Kanunun 3. maddesi bir bedel ve başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınmasını yasaklamak suretiyle, insan organizmasını oluşturan organ ve doku gibi varlıkların ticari tasarrufa konu olamayacağını kabul etmiştir.[21] Kanunun 4. maddesine göre ise bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı saklı kalmak kaydı ile, organ ve doku verilmesine ilişkin her türlü reklam da yasaktır.[22] İsteyerek organ ve doku bağışlayan kişi, bir başka kişinin yeniden sağlığını kazanmasına yardım etmek amaçlı üstün bir amaç doğrultusunda bu faaliyeti gerçekleştirirken maddi bir karşılık beklemesi hukuka ve ahlaka aykırı olacaktır.[23]

3. Organ ve Doku Nakli Çeşitleri

Kendisinden organ veya doku alınan kişiye veya hayvana "verici" denilmektedir. Verici konumundan bulunan canlı olabileceği gibi ölü de olabilir. Organ veya dokunun aktarıldığı kişiye ise "alıcı" denilmektedir.[24]

---

19 Bayraktar, Köksal; "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun"a İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, cilt 1-sayı 2, İstanbul 1979, s. 15

20 Çakmut, s. 159

21 Akünal, Teoman; 2238 Sayılı " Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun" Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu (Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu), Ankara 1982, s. 20 *2238 sayılı ODNK Md 3 "Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır*."

22 Akünal, s. 20*2238 Sayılı ODNK Md 4 "Bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.*"

23 Çakmut, s. 160

24 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 9

a. Yaşayan Kişilerden Organ ve Doku Alınması

Yaşayan kişilerden organ ve doku alınması, Kanun'un 5 ile 10. maddeleri arasında düzenlenmiştir.[25] Canlılardan yapılan organ nakli, ölülerden yapılan organ nakline nazaran daha az hukuksal problem ile karşılaşılan bir tıbbi müdahaledir.[26] Avrupa ülkelerinde organ nakillerinin %80'i kadavra %20'si canlı insan kaynaklıdır.[27] Nitekim Alman Hukuku'nda yaşayan kişilerden organ ve doku alınabilmesi bakımından ikincillik prensibi söz konusu olup, bu prensip doğrultusunda önceliğin ölülerden nakil olması gerektiği, ancak ölülerden uygun bir organ temin edilemediği hallerde yaşayan kişilerden nakil yapılabileceği kabul edilmektedir.[28] Bu şart hukukumuzda bulunmamakta olup Avrupa ülkelerindeki durumun tam tersi olarak organ nakilleri canlıdan %75, kadavradan ise %25 şeklinde gerçekleşmektedir.[29]

Yaşayan kişi ve canlı demek suretiyle, insan sıfatını kazanmış ve bu sıfatı koruyan varlıklardan bahsedilmektedir. Doğumun tamamlanması ile ancak insan sıfatını kazanan cenin ise, bu kapsamda değerlendirilmemekte ve ceninden organ ve doku alınması, canlılardan organ ve doku alınması kapsamında ele alınmamaktadır. Ceninler için, Kanunumuzda sadece çocuk düşürme suçunun oluşabileceği kabul edilmektedir.[30]

b. Ölüden Organ ve Doku Alınması

Ölüm, kişiye canlılık niteliği kazandıran dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarının kendi başına çalışmalarının durması ve ancak bir takım araçlarla bu fonksiyonlar tekrar faaliyete getirildiğinde kendi başına çalışmaya gücü olmaması hali şeklinde tanımlanabilmektedir.[31] Ölülerden doku alınması durumunda verici cesettir ve canlılardan yapılan nakillere nazaran bilimsel amaçlarla nakil mümkündür. Günümüzde organ veya doku nakli, tıbbi endikasyonun gerektirmesi sebebiyle hastaları iyileştirmek amacına yönelik olarak ölü bağışlayıcılardan organ ve doku nakli şeklinde gerçekleşmektedir. [32] Nitekim dünyada organ nakilleri, canlılardan çok ölülerden

---

25 Çakmut s. 161

26 Hakeri s. 429

27 Yıldız, s. 277

28 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu s. 162

29 Güncel Hukuk Dergisi*, Organ Bekleyen 40 Bin Hayat Çözüm Canlı Nakil Mi, Bağış Mı?*, Temmuz 2007, s. 34

30 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 39

31 Taşkın, s. 117

32 Hakeri, s. 426

gerçekleşmektedir. [33] Ölüden organ veya doku alınmasının gerçekleşmesi için, kişinin ne zaman ölmüş sayılacağının tespiti ile ölen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi konuları önem teşkil etmekte ve çalışmamızın ilerleyen kısımlarında incelenmektedir.

II. Organ ve Doku Nakli ve Ticaretinin Suç Olarak Düzenlenmesi

Mevzuatımızda organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümler ODNK'nın 15.maddesi ile TCK'nın 91. maddesi hükümleridir.[34] TCK'nın 91. maddesi, aynı zamanda 2238 sayılı ODNK'yı düzenleyen hükümleri de kapsamına alan ve kuralların yaptırımının genişletildiği bir içeriğe sahiptir. [35]Ancak organ ve doku nakline ilişkin temel esaslar konusunda uygulanacak olan kanun yine ODNK'dır. [36]

1. 2238 sayılı ODNK'da Organ ve Doku Ticaretinin Düzenlenmesi

2238 sayılı ODNK 15. maddesi, organ ve doku alım satımı yapanlar ile, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar

---

33 Güncel Hukuk Dergisi, s. 34

34 *2238 sayılı ODNK Md. 15"Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerek tirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar adli para cezasına hükmolunur"5237 sayılı TCK .Md.91 "*(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.
(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.
(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.
(8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

35 Parlar, Ali- Hatipoğlu, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s. 1545

36 Hakeri, s. 432

hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile ellibin liradan yüzbin liraya kadar adli para cezasının hükmedileceğini öngörmektedir. Söz konusu düzenleme, insan organizmasını oluşturan organ ve dokuların ticari bir mal haline dönüşmesine karşı duyduğu endişe ve tepkiyi göstermesi bakımından önem teşkil eder.[37] Madde, ceza yaptırımı konusunda yargıca çok geniş takdir yetkisi veren bir torba madde konumundadır.[38] Dolayısıyla, söz konusu madde Kanuna aykırılık durumunda fiilin farklılığına bakmadan hepsi için ortak bir yaptırım belirlemiştir ve suçun ağırlığına göre farklı cezalar uygulamak gerekirken böyle bir yola gidilmesi hatalı olarak değerlendirilmiştir.[39] Bu anlamda suç, seçimlik hareketli suç olarak da nitelendirilebilir, nitekim suçun işlenebilmesi için yasada birkaç hareketin gösterildiği, ancak bunlardan sadece birinin yapılması durumunda neticenin gerçekleşeceğinin kabul edildiği suça seçimlik hareketli suç denir.[40] Suçun bu özelliği Bayraktar'a göre farklı ağırlık ve özelliklere sahip fiillerin aynı müeyyidelere bağlanması anlamında ceza politikası yönünden sakıncalıdır ve her durum için farklı ve suç ve cezaların getirilmesi daha yerinde olacaktır.[41] Taşkın da, farklı ihlallerin aynı kapsamda değerlendirilip tek bir müeyyide ile cezalandırmanın "suça göre ceza" ilkesine uymadığını ve bu nedenle adil olmadığını vurgulamıştır.[42]

2. 5237 sayılı TCK'da Organ ve Doku Ticaretinin Suç Olarak Düzenlenmesi

Kanun koyucu, 2238 sayılı ODNK'da yer alan ceza hükmünü yetersiz bulmuş 5237 sayılı TCK'da ikinci kitabın ikinci kısmında yer alan "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümde 91. ile 93. maddeler arasında organ ve doku nakline ilişkin hükümler getirmiştir.[43] Bu düzenlemelerin karşılığı 765 sayılı eski TCK'da yer almamakta, ancak 201/b maddesinin 1. fıkrasında "insan ticareti" suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerin "vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla" işlenmesi insan ticareti suçu olarak tanımlanmaktaydı.[44]

---

37 Akünal, s. 20

38 Soyaslan,Doğan; Organ Nakilleri, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler,No.1, İstanbul 2007, s. 133

39 Çakmut, s. 168

40 Center, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut,Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş,İstanbul 2008, s. 252

41 Bayraktar, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 22

42 Taşkın, Ahmet; Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 155

43 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 118

44 Parlar-Hatipoğlu, s. 1545 *765 sayılı TCK Md 201/b (Ek madde: 03/08/2002 - 4771 S. K./2. md.)" Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri*

TCK md.91 ile hukuka aykırı olarak kişilerden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiilleri yasaklanmıştır. Organ nakli ile, organı verenin vücudunda bazı işlemler yapılmak suretiyle acı verilmektedir. Dolayısıyla suçun temelinde yaralama yer almaktadır. Ancak failde yaralama ve acı verme kastı olmayıp organ veya dokuyu alma niyetiyle hareket söz konusudur. Bu yüzden yaralama yoluna gidilmeden özel hüküm olan 91. madde uygulanacaktır.[45] Söz konusu düzenleme ile, ODNK' da eleştirilen fiil farklılığına rağmen ortak yaptırım uygulanmasına yönelik sakıncalar da ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.[46] Madde ile 5 tür suç düzenlenmiştir. Buna göre, birinci fıkrada, sağ bir kişiden geçerli rıza olmadan organ ve doku alma; ikinci fıkrada ölmüş olan bir kişiden hukuka aykırı olarak organ ve doku alma, üçüncü fıkrada belli bir maddi menfaat karşılığı organ ve doku alıp satma, aracılık yapma; beşinci fıkrada hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ ve dokuyu saklama, nakletme veya aşılama, altıncı fıkrada da belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam verme veya bunları yayınlama suç olarak düzenlenmiştir.[47] Bu konularda artık ODNK Md.15 değil, TCK hükümleri uygulanacaktır. Ancak, TCK 91. madde, organ ve doku nakillerinin koşullarını belirtmeksizin sadece cezai yaptırıma yer verdiğinden, organ ve doku nakillerinin koşulları konusunda 2238 sayılı ODNK geçerli olacaktır.[48] Bunun yanı sıra ODNK'da düzenlenip, TCK'da yer verilmeyen eylemler konusunda da ODNK md.15 uygulanacaktır. [49]

III. TCK 91. Maddede Yer Alan Organ ve Doku Ticareti Suçu

TCK 91. madde incelendiğinde 8 fıkranın yer aldığı, bunlardan 1,2,3,5,6 ve 8. fıkraların ayrı ceza müeyyidelerini içerdikleri görülmektedir. Bu fıkralarda yer alan fiiller geniş açıdan organ ve doktu ticaretini meydana getirmek ile birlikte her biri birbirlerinden ayrı özelliklere sahiptirler. Bu yönden madde içerisinde yer alan değişik fıkralardaki hareketleri bağımsız, diğerlerinden ayrı suç biçimleri olarak kabul edebilmek mümkündür. Buna karşılık

---

uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla, tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimseye beş yıldan on yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir."

45 Bakıcı, s. 941

46 Hakeri, s. 432

47 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3127

48 Yıldız, s. 279

49 Yıldız, s. 279, ODNK Md.7/e ve Md.10

her bir fıkrada yer alan fiillerin gene de, geniş perspektifte organ veya doku ticaretinin farklı hareketleri olduğu düşünülerek 91. maddenin içindeki değişik hareketler şeklinde de kabul edebilmek mümkündür.

Bu sebepledir ki, çalışmamızda korunan hukuki yararı, suçun konusunu, hukuka aykırılık unsurunu ve manevi unsuru bütün fıkralar için geçerli olmak üzere açıklayacak, buna karşılık maddi unsur içerisinde fıkraları ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. Korunan Hukuki Yarar

Organ ve doku nakli kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir müdahale çeşididir. Bu müdahalede kişi, vücudu üzerinde çoğu zaman başkası lehine tasarrufta bulunmaktadır.[50] Bu durum, esasen kişilik haklarına aykırıdır.[51] Kişi, sırf insan olması sebebiyle dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve özgürlüklere sahiptir. Medeni Kanun 23. maddesinde de belirtildiği üzere, kişi bu haklardan vazgeçemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Yaşama ve vücut bütünlüğünü koruma bu hakların başında gelmektedir.[52] Vücut bütünlüğü bu haklardan biri olarak Anayasa 17. maddesi ile güvence altına alınmaktadır.[53] Anayasanın 5. maddesi ise devletin, vatandaşın sağlık ve yaşam hakkını korumak ve buna uygun bir çevre yaratmakla görevli olduğunu ortaya koyar.[54] Bu düzenlemelerle korunan vücut dokunulmazlığı, organ nakli ile kaldırılmaktadır. Hastalığın tedavisi veya sağlığının korunması için organ nakli yapılmaktadır. [55] Ancak bugün pek çok ülkede ve Türkiye'de kabul edildiği üzere, organ ve doku nakli belli şartlar halinde kişilik haklarına saldırı niteliğinde görülmemiş ve yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir.[56] Bireylerin sağlığının korunması, maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli ortamı sağlayacak olan Devlet, bir kişinin sağlığını korumak, yaşamasını sağlamak için bir başkasına zarar vermemek koşuluyla organ nakline izin vereceği gibi bu konuda yardımcı da olacaktır.[57] Söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması zorunluluğu ODNK ile sağlanmıştır.[58] Kanun, hekimin iyileştirme hakkı ile karşı karşıya gelen kişiye bağlı haklar açısından, bu iki hak-

---

50 Çakmut s. 157

51 Hakeri s. 424

52 Bakıcı, s. 940

53 Soyaslan, s. 123

54 Soyaslan, s. 125

55 Bakıcı, s. 940

56 Çakmut, s. 157

57 Bakıcı, s. 940

58 Hakeri s. 424

kın dengeli bir şekilde korunmasını amaçlamakla beraber, hekimin iyileştirme hakkına üstünlük vermektedir.[59] Nitekim hekimin meslek hakkının icrası olarak kabul edilen organ ve doku naklinin uygun şartlarda yapılması halinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı kabul edilmiştir. [60]

2. Suçun Konusu

Organ ve doku nakil ve ticareti suçunda suçun konusu ikili bir özelliği sahiptir. İlk özellik suçun konusunun bir insanın vücudundan alınan veya bir insanın vücuduna nakledilen organ veya doku olmasıdır. Organ, dokuların bir araya gelerek anatomik ve işlevsel bir bütün oluşturduğu birimdir.[61] Doku ise aynı yapısal özellikleri taşıyan ve aynı işleri yerine getirmek üzere bir araya toplanan hücrelerdir. Çeşitli dokuların bir araya gelmesiyle de organlar oluşur.[62] Organ ve doku arasındaki önemli farkları ortaya koyacak olursak, organın sınırları ve fonksiyonları kesin olarak belirlenebildiği halde, dokuda bu mümkün değildir. Ayrıca, doku olarak kabul edilen vücut kısımlarının bazıları alındıkları zaman vücut tarafından yenilenebildikleri halde, deri hariç organların yenilenebilmesi mümkün değildir.[63] Bu nedenle kanun koyucu, vücudun dokuyu yenileyebilmesi ancak organı yenileme imkanı olmaması nedeniyle doku alınması ile organ alınmasına farklı cezalar öngörmüştür.[64]

2238 sayılı ODNK ve 5237 sayılı TCK, organ ve doku kavramlarının tanımına yer vermemiştir.[65] Ancak 2238 sayılı Kanunun kapsamını ortaya koyan 2/1. maddesinde " *bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır*" denmek suretiyle insan organizmasını oluşturan her türlü vücut parçasının organ ya da doku olarak kabul edileceği benimsenmiştir.[66] Madde, bunlar dışında diğer parçaların nakli ya da saklanması hususunu Kanun kapsamı dışında tutmuştur.[67] Nitekim maddeye göre, oto-grefler,[68] saç ve deri

---

59 Yokuş Sevük, Handan; Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s. 240

60 Çakmut, s. 157

61 Taşkın, s. 1

62 Taşkın, s. 1

63 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3129

64 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3131

65 Bakıcı, s. 941

66 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 4

67 Çakmut, s. 160

68 *Oto- Gref, bir kimsenin kendi dokusunun, vücudunun başka bir yerine nakil ameliyatıdır.*

alınması, aşılanması ile kan transfüzyonu[69] yasanın kapsamı dışındadır.[70] Dolayısıyla, kişinin kendi organlarından yapılan nakil ile hayvanlardan elde edilen organ ve dokuların alınması, saklanması ve aşılanması konuları ve hayvanlardan insanlara yapılacak olan organ aktarımları da bu yasa kapsamı dışında ele alınacaktır.[71] Maddede belirtilenlerin dışında, embriyosal[72] veya cenine ait organ ve dokular da kanun kapsamı dışında yer almaktadır.[73] Ancak, öğretide embriyonun canlı bir doku sayılması nedeniyle bu kanun kapsamında sayılabileceğini iddia eden görüşler de yer almaktadır.[74] Organ ve doku nakline ilişkin düzenlemelerin daha güncel hale gelmesi ve kavram karmaşasının önlenmesi açısından gerekli çalışmalar yapılmakta, bu kapsamda Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Taslağı hazırlanmaktadır.[75] Taslağın birinci maddesi, hücre, kök hücre ve hücre bileşenlerini de kapsamına almıştır.[76]

Suçun konusu yönünden ikinci özellik, organ naklinin üzerinde yapıldığı yaşayan insan vücudu ya da ölünün cesedidir. Organ ya da nakil, hayatta olan bir kişiden yapıldığı gibi ölüden de yapılabildiği için vücut ya da ceset aynı zamanda suçun konusu olmaktadır.

3. Suçun Maddi Unsuru

a. Fail

Suçun faili herkes olabilir. 5237 sayılı TCK'da fail ile ilgili herhangi bir özel hüküm konmamıştır. Dolayısıyla suçun faili, organ işiyle uğraşan kamu

---

69 *Transfüzyon, nakil, aktarma*

70 Er, s. 101

71 Akünal s. 19; Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 10

72 *Embriyo, üreme hücreleri olan yumurta ve spermin birleşmesiyle doğal ya da laboratuar koşullarında birleştirilerek döllenmiş bir canlı varlık.*

73 Hakeri, s. 425

74 Cin, Onursal; Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu, Ankara Barosu 2.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 156

75 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 11

76 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 11; Organ, Doku, Hücre Nakil Hizmetleri Kanun Tasarısı Taslağı Md.1: "*Bu kanunun amacı, tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla organ, doku, kök hücre ve hücre bileşenlerinin temini, bağışlanması, alınması, test edilmesi, işlenmesi, muhafazası, depolanması, taşınması, dağıtımı, aşılanması ve nakli ile bu faaliyetlerle yakın ilişkili diğer işlemlerle ilgili usul ve esasları düzenlemektir. Oto greftler, saç aşılanması ve nakli ile kan ve kan bileşenlerinin transfüzyonu, bu kanun hükümleri kapsamında değildir.*"

görevlileri olabileceği gibi, özel muayenelerde ya da kliniklerde çalışan doktorlar, hemşireler, yardımcı tıp mensupları, vatandaşlar olabileceklerdir.[77] 2238 sayılı ODNK'da "organ alma" suçunun faili sadece hekimler olabilmekte iken TCK md.91 ile organ ve doku alma fiilini hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın gerçekleştiren herhangi bir kişi bu suçun faili olabilmektedir.[78] Ancak organ ve doku alınması bir tıbbi uzmanlık işi olup hekim olmayan kimseler tarafından gerçekleştirilmesi neredeyse imkansıza yakın gibi görünmektedir. Buna rağmen, doktor dışındaki kişilerin fail olmaması için bir neden yoktur.[79]

TCK md.91/3'e göre organ ve doku alınması ile satılması fiillerinde hem alan hem de satan söz konusu olduğu için burada çok failli bir suçun olduğu söylenebilir. Çok faillilik kavramı, kanun hükmü gereğince ya da suçun niteliği gereği birden fazla kişi tarafından işlenen suçlar ifade edilmektedir.Söz konusu suçlar açısından tipikliğin gerçekleşebilmesi için birden fazla failin bulunması şarttır. Bu tür suçlar bir kişi tarafından işlenemez.[80]

TCK md.91/4' e göre, maddenin birinci ve üçüncü fıkralarındaki suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde de 91/4 fıkrasındaki özel hüküm uyarınca failler cezalandırılacaklardır. Örgütün ne şekilde belirleneceği yönünde TCK 6/1-f maddesi dikkate alınacağı gibi, TCK 220. maddedeki unsurlarda göz önünde tutulacaktır. Buna göre, örgüt için bir suç işlemek amacıyla en az 3 kişinin birleşmesi, bu birleşme içinde hiyerarjik bir disiplinin bulunması, örgütün yapısı, araç ve gereç yönünden amaç suçu işlemeye elverişli olması aranacaktır.[81]

TCK. m.91/7'ye göre, maddede belirtilen suçlardan birisi tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bu tüzel kişilere, TCK md.60 doğrultusunda tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Bu durumda, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organların nakledildiği hastanenin izni iptal edilebilecek, bunun yanında müsadere tedbiri de uygulanabilecektir.[82]

---

77 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3128

78 Parlar-Hatipoğlu, s. 1546

79 Gündel, Ahmet; Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara 2009, s. 23

80 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 129 *5237 sayılı TCK Md91/3 "Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.".*

81 *5237 sayılı TCKMd.91/4" Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur"*

82 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 130 5237 sayılı TCK md91/7 "Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."

Ancak söz konusu düzenleme, pratik uygulama açısından fazla bir önemli değildir. Nitekim, TCK Md.60 kamu tüzel kişilerine uygulanamayan, tüzel kişilere para cezası verilemeyen, yalnızca müsadere ve kamudan alınan izinle kurulan bir tüzel kişinin izninin iptaline yönelik yapılmış bir düzenlemedir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği, üçüncü kişilerin eyleminden sorumluluğun olmaması gibi ilkelerin yanı sıra tüzel kişiler hakkında uygulamada üçüncü kişilerin zarar görmemesi amacıyla TCK md.60/3 de düzenlenen hüküm, iznin iptali yaptırımı da olanaksız hale getirmektedir.[83]

b. Mağdur

Suçun konusu bölümünde açıkladığımız gibi organ ve doku ticaretinde, md.91/1'de yer alan suç bakımından organ veya dokusu alınan kimse ile md.91/2'de organı veya dokusu alınan ölünün yakınları suçun mağdurudur. Diğer fıkralar bakımından ise kamu düzeni bozulan devlet, suçun mağdurudur.[84]

c. 5237 sayılı TCK md.91/1 Yönünden Hareket ve Netice

Birinci fıkraya göre, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın, yaşayan kişiden organ ve doku alınması, suç oluşturmaktadır. Suçun hareket ögesi "alma" fiili olup, organ veya dokunun nasıl alındığının bir önemi yoktur. Dolayısıyla serbest hareketli bir suçtur. Bu durumda önemli olan, geçerli bir rıza olmadan alınmanın gerçekleşmesidir.[85]

Suçun hareketini teşkil eden alma, insan vücudu üzerinde yapılacak herhangi bir tıbbi müdahale ile meydana gelebilmektedir. Bugün, bu tıbbi müdahaleden genellikle ameliyatlar ve vücut üzerindeki çeşitli müdahaleler anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK Md.60 (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir. (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır. (3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.

83 Ünver, Yener; Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 102

84 Parlar-Hatipoğlu, s. 1547

85 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3131

2238 sayılı ODNK' nın 8.maddesine göre "vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması" yasaklanmıştır. Hiçbir surette vericinin, alıcı için kendini feda etmesi, kanunun amacı olarak görülemez. Bu nedenle kalp gibi, alındığı takdirde vericinin hayatını sona erdirecek veya tehlikeye sokacak bir organ alınamaz.[86] Çift olan organlardan birinin alınması halinde de vericinin az ya da çok zarar görebileceği kabul edilse de, müdahalenin üstün bir amaç doğrultusunda yapılması eylemi hukuka uygun hale getirmektedir. Söz konusu üstün amaç ise, hayatı organ nakline bağlı birinin bulunması ve nakil yapıldığında bu kimsenin eski sağlığına döndürülebilecek olmasıdır. 2238 sayılı ODNK md. 7/e' de ise hekimlerin insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır.[87]

Hareketi teşkil eden alma, aynı zamanda neticesi harekete bitişik bir özellik taşımaktadır. Failin insan vücudundan organ ya da doku alması ile birlikte netice de meydana gelmektedir. Bu nedenle suçun neticesi harekete bitişik suç olduğunu söylemek mümkündür.

d. 5237 sayılı TCK md.91/2 Yönünden Hareket ve Netice

TCK md.91/2 ye göre, hukuka aykırı olarak ölüden organ ve doku alınması ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu fiili suç olmaktan çıkaran rızanın, hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.[88] Bu durumda da hareketin nasıl gerçekleştiğinin herhangi bir önemi

---

86 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3130 *2238 sayılı ODNK Md 8" Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır."*

87 Parlar-Hatipoğlu, s. 1547
2238 sayılı ODNK Md 7 Organ ve doku alacak hekimler:
a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;
b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;
c) Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;
d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;
e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;
f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; Zorundadırlar.

88 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3131
5237 sayılı TCK Md.91/2 " Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

bulunmamakta ve hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması suçun oluşumu açısından yeterlidir.[89] Hareket icrai olabileceği gibi ihmali de olabilecektir. Nitekim hekimin, bir hastanın rızası olmadan nakli gerçekleştirmesi durumunda icrai suretle gerçekleştirilmiş fiil; bir hastanede başhekimin öteki bir hekimin hukuka aykırı olarak nakil işlemini gerçekleştirdiğini bilip buna göz yumuyorsa ihmali bir fiilden bahsedilir.[90] Ölüden organ veya doku alınması ile md.91/2'de tanımlanan suçun maddi unsuru oluşur.[91]

2238 sayılı ODNK' da 11 ve 14. maddeler arasında ölüden organ ve doku alınması düzenlenmiştir. Bu nakillerde, vericinin hayatını tehlikeye düşürecek nitelikte organ nakillerinin yapılıp yapılmamasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla kalp gibi, insan vücudunda tek olan ve hayati önem taşıyan vücut parçalarının da nakli gerçekleştirilebilecektir.[92] Bunun yanı sıra, canlı vericiden yapılan organ aktarmalarından farklı olarak, bilimsel amaçlarla da organ alınması mümkündür. Genel ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla, ölüden alınabilecek organlar konusunda herhangi bir sınırlama yoktur.[93] Ölülerden organ nakli konusunda iki problem çıkmaktadır. Bunlar ölüm zamanının belirlenmesi ve ölenin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi hususlarıdır.[94]

Ölüm halinin tespiti için ölümün ne olduğunun bilinmesi ve ortaya konacak olan kriterler doğrultusunda da bir kişinin ölü olup olmadığı saptanmalıdır. Bu yapılmadan gerçekleştirilecek bir müdahale ise hukuka aykırı olacak ve ilgililerin sorumluluğuna yol açacaktır.[95]Bunun yanı sıra, organ aktarımının başarısının olumsuz yönde etkilenmemesi için ölüm halinin tespiti önemlidir nitekim nakil yapılacak olan organın hayatiyetini sürdürmesi zorunludur ve bu da organın ölümden hemen sonra çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır.[96]

Ölümün ne zaman gerçekleşeceği konusunda iki farklı görüş söz konusudur. Bunlardan ilki "Biyolojik Ölüm" diğeri ise "Beyinsel Ölüm" dür.[97] Kişinin dolaşım ve solunum gibi temel hayat fonksiyonlarının sona ermesi ile

---

89 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 130

90 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 132

91 Parlar-Hatipoğlu, s. 1552

92 Çakmut, s. 163

93 Ayan, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 21

94 Hakeri, s. 426

95 Çakmut, s. 163

96 Ayan, s. 21

97 Çakmut, s. 164

beraber biyolojik ölümün gerçekleştiği kabul edilir.[98] Beyinsel ölüm ise insana insan olma özelliği veren en önemli organ olan beynin, vücudu yönetme olanak ve yeteneğinin tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesidir.[99] 2238 sayılı ODNK, ölüm halinin saptanması konusunda bir kriter getirmemiştir. Ancak Kanunun 11.maddesine göre tıbbi ölümün dikkate alınacağı ve bu saptamanın ülkedeki bilimin düzey ve verileri ile yapılacağı belirtilmiştir.[100] Hakeri'ye göre bu tanım, bilimsel gelişmelerin önünün kapanmaması açısından doğru bir tanım olarak nitelendirilirken, Bayraktar yeni bulgu ve bilgilerin henüz ülkeye gelmediği durumlarda eski yöntem ve kuralları uygulama haklılığı gibi ters bir durumun çıkacağını söyleyerek maddeyi eleştirmiştir.[101] Günümüzde ölmüş olan kişilerden organ veya doku alınabilmesi için hukukumuzda benimsenen kriter beyin ölümüdür.[102] Nitekim, 1968 tarihli Türk Tabipler Birliği komite Kararı ve 1969 tarihli Yüksek Sağlık Şurası verdikleri kararlarda beyinsel ölümün temel olduğunu ortaya koymuşlardır.[103] Aynı zamanda Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Tasarısı Taslağı'nda beyin ölümü tanımlanmış ve bu kriter benimsenmiştir.[104] Beyin ölümü kriterinin tam olarak anlaşılamaması, ölü yakınlarının organ nakli konusunda çekimser davranmalarını sebep olmakta, hayata geri dönüşün mümkün olduğu bitkisel hayat ile geriye dönüşün mümkün olmadığı beyin ölümü çok net bir şekilde insanlara öğretilmelidir.[105]

Ölüm anının tespiti çok önemli olup, Alman Federal Tabipler Odası, tüm beyin ölümünü belirleyecek hekimlerin, ağır beyin hasarı bulunan hastaların yoğun bakımında uzun yıllara dayanan tecrübesi olan hekimler arasından seçilmesi gerekliliğini kabul etmiştir.[106] Kanunun 11. maddesine göre ölüm hali bir kardiyolog, bir nörolog, bir anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanın-

---

98 Ayan, s. 21

99 Çakmut, s. 165

100 Bayraktar, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 18 *2238 sayılı ODNK Md 11 "Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyolji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır".*

101 Bayraktar, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 19; Hakeri, s. 427

102 Aydın, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, s. 164

103 Çakmut, s. 166

104 Aydın, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, s. 164; Çakmut, s. 166

105 Erdöl, Cevdet; İstanbul Barosu A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 261

106 Yıldız, s. 282

dan oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır.[107] 4 hekimin bulunma şartı, organ ve doku nakline ilişkin pratik hayatta eleştirilen bir düzenlemedir. Beyin ölümünü tespit edecek olan bu 4 doktorun aynı anda bir hastanede, özellikle küçük şehirlerdeki hastanelerde, bulunması oldukça zor olarak görülmekte ve heyetin nörolog ve anestezi uzmanı veya beyin cerrahı ve anestezi uzmanından oluşan iki kişilik bir heyetin yapacağı ve başka bir laboratuar ile teyit edilen bir apne testi ile beyin ölümünü tespit etmeleri gerekliliği vurgulanmıştır.[108] Organ naklini gerçekleştirecek hekim veya hekimlerin aynı zamanda vericinin ölüm halini tesbit etmesi sakıncalı bulunmakta ve organ naklini yapacak doktorun teknik ve mesleki hırs ve ihtiraslarının bu tespitte rol oynayabileceği işaret edilmektedir. Bu görüş ve endişelerin etkisi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda yer almaları ODNK md.12'ye göre yasaklanmıştır.[109]

e. 5237 sayılı TCK md.91/3 Yönünden Hareket ve Netice

Kanunun bu maddesinde organ ve doku ticareti; satın alma, satma ve satıma aracılık etme şeklinde suç olarak tanımlanmıştır. Satın alma, satma ve satıma aracılık etme; suçun hareketleridir. Bunların söz konusu olabilmesi için bir ivaz, bedel, karşılığında organın ya da dokunun alınması, verilmesi veya bu ilişkide aradaki yardımcı kişi rolünün oynanması gerekmektedir. Ticaret, belirli bir ücret, bedel, ivaz karşılığı herhangi bir maddenin el değiştirmesini ifade etmektedir.

2238 sayılı ODNK'nın 3. maddesi de ticari amaçla veya herhangi bir çıkar elde etme amacıyla organ ve dokuların alınması ve satılmasını yasaklamıştır. Nitekim, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21'nci maddesinde, insan bedeni ve parçalarının, kendi başına hiçbir ticari kazanca konu olamayacağı belirtilmiş, Dünya Tabipler Birliği de, 1985 tarihinde yapılan Genel Kurul toplantısında, organ aktarması için insan organlarının satılmasını kınamıştır.[110] Söz konusu suçun oluşumu için, kişiden veya ölüden organ veya dokunun hukuka uygun bir şekilde alınıp alınmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında alım-satıma tabi tutulmasıdır. Suç, çok failli bir suç niteliği taşımakta ve yapılacak olan ödemenin ne zaman yapıldığı veya

---

107 Hakeri, s. 428

108 Erdöl, s. 264

109 Akünal, s. 24
2238 sayılı ODNK Md.12 "Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır."

110 Parlar-Hatipoğlu, s. 1552

yapılıp yapılmadığının bir önemi yoktur.[111] Madde fıkrasında organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişiler yanında, kabul eden kimsenin yer almaması önemli bir eksiklik olarak düşünülmektedir.[112] Fıkrada maddi menfaatten söz edilmemiştir. Ancak ticaretin, alım satımın konusu ekonomik değerlerle ifade edilen karşılıklardır.[113]

Suçun maddi unsuru satın alma, satma ve aracılık etme şeklinde seçimlik olarak sayılmıştır. Organını satan kişi açısından satış yasağı söz konusu olurken; organın sahibi konumundaki kişi haricindekiler için ise ticaret yasağı söz konusudur.[114]

3. fıkradaki suç, organ veya doku alan-satanlar yönünden ağır yaptırımlar içermekte, maddenin 1. fıkrasındaki cezalara atıf yapılmaktadır.[115] Ancak, bu ceza saptanırken maddenin 1. ve 2. fıkralarında iki ayrı ceza miktarının öngörülmesi gereği gözden kaçmış, bu hata sebebiyle 3. fıkrada "satılmasına aracılık eden", 2. fıkradaki "organı ölüden alan" dan daha fazla cezalandırılmıştır. Bu çelişki yaratan durumun düzeltilmesi gerekliliği söz konusudur.[116]

2238 sayılı ODNK' nın 91. maddesi, organ ve doku ticareti başlığı altında yer almaktadır. Ancak maddenin 3.fıkrası itibariyle bu kavram muğlak kalmıştır. Nitekim, fıkrada alım-satımdan bahsedilmiş olunmasına rağmen ticaret, alım satımdan farklıdır. Ticaret kavramı, para kazanmak amacıyla bir işin meslek edinilmesi ve sürekli yapılması anlamında olup alım-satım kavramı ile tam örtüşmez. Paraya ihtiyacı olan birinin, organını satması ve bu durumda ihtiyacı olanın alması durumunda alım-satım olacak ancak ticaret olmayacaktır. Bu itibarla Gündel'e göre madde fıkrasında açıkça ticaret kavramı yer almalıdır.[117]

f. 5237 sayılı TCK md.91/5 Yönünden Hareket ve Netice

Kanunun bu maddesine göre suçun oluşabilmesi açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme ve aşılama

---

111 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3134

112 Ünver, s. 103

113 Gündel, s. 2318

114 *2238 sayılı ODNK Md 3 "Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.* " Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133

115 Gündel, s. 2319

116 Ünver, s. 103

117 Gündel, s. 231

hareketlerinden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. [118] Suçun cezalandırılabilme koşulu, saklanan veya nakledilen veya aşılanan organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olmasıdır.[119] Saklama, organ veya dokuyu her an kullanıma hazır bulundurma eylemidir. Nakil, bir organı alıp alıcıya aktarılması, devri olarak tanımlanabilirken hiçbir şekilde organın bir yerden başka bir yere götürülmesi olarak anlaşılmamalıdır. Aşılama ise bir dokunun alıcıya aktarılması işlemidir. [120] Saklama hareketinin gerçekleşebilmesi için, her şeyden önce organ veya dokuların saklanabilmesinin tıbben mümkün olması gerekir. Sperm, embriyo ve kornea gibi uzun süre saklanabilme imkanına sahip olan organ ve dokuların yanı sıra böbrek gibi en fazla 118 saat saklanabilen organlar da söz konusudur. Saklamanın aynı zamanda imkanları bulunan yerlerde gerçekleşmesi gerekli olup, elverişsiz koşullarda saklanan bir doku veya organın fonksiyonlarını kaybedeceği gerçeğinden yola çıkarak, şartları da varsa ölünün hatırasına hakaret suçu oluşabilir. [121]

g. 5237 sayılı TCK md.91/6 Yönünden Hareket ve Netice

Bu fıkrayla belli bir çıkar karşılığı olarak, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması, ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.[122] Nitekim 2238 sayılı ODNK'nın 4. maddesine göre; bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır. Bu suçun oluşabilmesi için reklam verme veya yayınlama fiillerinin belli bir çıkar karşılığında organ ve doku teminine yönelik olarak işlenmesi gereklidir.[123] Ünver'e göre, bir çıkar sağlamayan ve yetkisi olmayanlar da bu ilanı verememelidirler.[124] Bu hüküm, kanun koyucunun organ veya doku alınması verilmesi işlemlerinin hiçbir aşamasına parayı katmak istememesinin sonucudur. Suçun tamamlanması için ilan veya reklamın yayınlanması gereklidir.[125] Reklam veya ilanların yayınlanması söz konusu olduğu için, yayınlayanların da sorumluluğu söz konusudur. Reklam veya ilanın yayınlandığı yer açısından sınırlama getirilmediği için, günümüzde yaygın olarak kulla-

---

118 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 133

119 Parlar-Hatipoğlu, s. 1553

120 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3134, 3135

121 Parlar-Hatipoğlu, s. 1553
5237 sayılı TCK Md.91/5 "**Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır**".

122 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3135

123 Parlar-Hatipoğlu, s. 1554

124 Ünver, s. 103

125 Yaşar-Gökcan-Artuç. s. 3135

nılan internet ortamında bu reklam veya ilanların yer alması, suçu oluşturacaktır.[126]

4. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK 91 ve 92. maddelerde hukuka aykırılık unsuruna, hukuka uygunluk sebeplerinin belirtilmesi ile özel bir önem verildiği görülmektedir. 91. maddenin 1. fıkrasında "geçerli rızaya dayalı olmaksızın", 2. fıkrasında "hukuka aykırı olarak" şeklindeki belirlemeler ile hukuka aykırılık özel olarak ortaya konulmuş ve bu kavramların aksi hallerinin hukuka uygunluk sebebi olarak ortaya çıkacağı zımnen ifade edilmiştir. Başka bir söyleyiş ile, TCK md.91/1' de geçerli rıza olduğunda fiilin artık hukuka uygun olacağı, dolayısı ile suçun meydana gelmeyeceği ortaya konulmuştur. Aynı şekilde 2. fıkrada hukuka uygun yollardan doku ve organ alınması durumunda da fiilin suç teşkil etmeyeceği gene zımnen belirtilmiştir.

Madde metninde açıkça, rızaya dayalı olmama veya hukuka aykırı yol, hukuka aykırılık unsuru olarak belirtilmiştir. Ceza hukukunda genel kural olan hukuka uygunluk sebebi bulunduğunda, hukuka aykırılığın ortadan kalkması esasına dayanılarak çalışmamızın bu bölümünde TCK 91. maddedeki eylemlerden bazılarının hukuka aykırılığını kaldıran " rızanın bulunması" veya hukuka uygun hal kavramları üzerinde durulacaktır.

a. TCK 91. Maddenin Uygulanmasını Ortadan Kaldıran Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza ve Hukuka Uygun Olma (Hukuka Uygun Yollarla Elde Edilme Halleri)

aa. TCK 91/1'de Yer Alan Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza

Fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hukuken geçerli rıza olması gerekir. Açıklanan rızanın hangi koşullarda hukuken geçerli olacağı ilgili mevzuatta düzenlenmiştir. [127] Söz konusu düzenleme, hayatta bulunan bir kimseden doku ve organ alınmasına ilişkin olup, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ ve doku alan kişi cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla, yaşayan bir kimsenin organ ve dokusunun rızası dışında; yani cebir, şiddet,hile, kandırma gibi yollarla ya da bunların dışında 2238 sayılı ODNK'da gösterilen usule uygun olmayarak alınması suç teşkil edecektir.[128]

---

126 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 134 *5237 sayılı TCK Md.91/6 "Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

127 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3129

128 Gündel, s. 2317

2238 sayılı ODNK' ya uygun bir şekilde organ alınması için geçerli bir rızanın var olması gereklidir. Öncelikle, kendisinden organ veya doku alınacak olan kimse, 18 yaşından büyük ve mümeyyiz olmalıdır. 2238 sayılı Kanunun 5 maddesine göre, 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmaktadır. Her ne kadar Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi 20. madde itibariyle, bazı şartların varlığı halinde bu hak bu kişilere tanınmış dahi olsa; Türkiye, Kanunda yer alan bu 5. madde sebebiyle çekince koymuştur.[129] Doktrinde ise, bu konu üzerinde çekince koymaktan ziyade, iç hukukta yeni düzenlemeler yapılması gerekliliği vurgulanmıştır.[130] Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, 18 yaşından küçüklerin nakil ile psikolojik ve fizyolojik bir takım problemlere maruz kalmamaları, yasal temsilcilerinin görüşlerinin alınması ve alınacak iznin noter ve hekim ya da hekimler tarafından onaylanması gibi hususlar dikkate alınmalıdır.[131] Kanun tasarı taslağının 4. maddesinin 3. fıkrasında da bu şekilde bir düzenlemeye gidilme çalışmaları vardır.[132] Kanunun belirttiği on sekiz yaşının doldurulmuş olması, on dokuz yaşından gün almayı ifade etmekte olup; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişinin medeni hukuk anlamında reşit sayılabildiği evlenme hali ve mahkeme kararı, organ ve doku nakli gerçekleştirmesine imkan tanımaz.[133] Organ vericisinin 18 yaşından küçük veya temyiz kudretinin bulunmadığı durumlarda, bunların yerine veli, vasi veya mahkeme tarafından rıza verilmesi olanağı yoktur.[134] Kişinin serbest iradesi ile organ nakli konusunda rıza verebilmesi için, bu işlemden önce ve kapsamlı bir biçimde aydınlatılması zorunluluğu vardır.[135] Kanunun 7. maddesi, bilgi verme ve araştırma başlığı altında bu hususu vurgulamıştır.[136] Bu mad-

---

129 Hakeri, s. 430

130 Hakeri, s. 162

131 Aydın, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu, s. 162

132 *"…yaş küçüklüğü, zihinsel engellilik, hastalık veya benzeri sebeplerle doku bağışına muvafakat etme yeteneğine sahip bulunmayan kişilerden kemik iliği, gibi kendisini yenileyen dokuları nakli yapılabilir. Bunun için, a) Dokuları uyumlu olan, ergin ve ayırt etme gücüne sahip bir vericinin bulunamaması, b) Alıcının, vericinin kardeşi olması, c) Bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması, d) Vericinin ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla bu işleme karşı olmaması, e) Vericinin yasal temsilcisinin Noter tarafından onaylanmış izninin olması, bu izin belgesinin nakli yapacak hekim ya da hekimler tarafından da onaylanmış olması, zorunludur."*

133 Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, s. 40; Taşkın, s. 98

134 Yıldız, s. 285

135 Er, s. 103

136 *Madde 7 - Organ ve doku alacak hekimler:*

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabile-

deye göre, organ ve doku alacak olan hekimler; vericiye uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek durumunda olup, ayrıca organ ve doku naklinin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında aydınlatmada bulunmalıdırlar. Hekimler aynı zamanda, vericinin evli olması durumunda birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve bir tutanakla bu durumu tespit etmek zorundadırlar. Bu durumda Kanun, vericinin eşinin rızasını aramamakta, sadece hekim açısından ihbar yükümlülüğünü getirmiştir .[137] Hekimler aynı zamanda, akli ve ruhi itibariyle karar veremeyecek durumda bulunanların organ verme taleplerini reddedeceklerdir. [138]

Organ ve doku verecek olan canlının bu konudaki rızası açık olmalı ve serbest iradeye dayanmalıdır.[139] İlgilinin rızasının şekle uygun olması gereklidir. Yasanın 6. maddesine göre, on sekiz yaşını doldurmuş olup temyiz kudretine sahip[140] olan ve gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerin yaratabileceği tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında hekim tarafından aydınlatılan; en az iki tanık önünde açık, bilinçli ve etkiden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve sözlü rızanın varlığı halinde organ ve doku alınabileceği hükme bağlanmıştır.[141] Yaşayan bir insandan diğer bir insana organ ve doku naklinin gerçekleşmesi için, alıcı ve vericinin her ikisinin de rızalarının bulunması şarttır. Yasal temsilcinin rızası ve vericinin örtülü (varsayılan) rızası hukuken geçerli değildir.[142]

---

ceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

c) Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;

d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;

e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;

f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar.

137 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3130

138 Bakıcı, s. 945

139 Er, s. 103

140 *Organ naklinde verici olacak kişinin küçük ve kısıtlı olmaması gerekir. Dolayısıyla, küçükler ve akıl hastaları verici olarak kabul edilemezler*. Er, s. 102

141 Akünal, s. 20

142 Parlar-Hatipoğlu, s. 1548

Alıcı için her ne kadar zaruret halinden söz edilebilirse de verici açısından böyle bir durumu düşünmeye olanak yoktur. Doktrinde; Bayraktar, yaşayan verici açısından tedavi edici nitelik taşımasa da alıcı bakımından geçerli olan tedavi amacının, yaşayan vericiye de uygulanacak müdahaleyi kapsadığı ileri sürmektedir.[143] Çakmut ise bu görüşe katılmamış, verici açısından insancıl düşüncelerle, üstün bir amaç için gerçekleştirilmesi izin verilmiş, kanuni düzenlemelerle olanaklı kılınmış ve hukuka uygunluğu kabul edilmiş bir durumun varlığından söz etmiştir.[144] Dolayısıyla Kanun, hukuk doktrininde "bir kimsenin vücut bütünlüğünün tasarrufa elverişli olmadığı prensibinden hareket edilerek organ nakli konusunda rızanın geçerli olamayacağını savunan görüşe katılmamıştır.[145] Verici ve alıcının rızasının bulunmadığı durumda hekimin sorumluluğu söz konusu olacak ve yapılan müdahale müessir fiil olarak algılanacaktır.[146]

Organ ve doku verecek olan kişi, bu rızasını yazılı ve imzalı olarak verecektir. Madde de sadece yazılı olma koşulu söz konusu olduğu için, bunun el yazısı, daktilo ve resmi dilde olması önem teşkil etmeyecektir.[147] Vericinin bilmesi koşuluyla yabancı dilde de bu beyan yazılıp imzalanabilir.[148] Üçüncü kişilerin yazdıkları yazının sadece imzalanması ya da parmak veya mühür basılması durumunda ne olacağı ise tartışmalı bir konudur.[149] Rıza, yazı ile bildirilmemesine rağmen sözlü de olabilmektedir. Bu durumda iki tanık huzurunda bu tutanak düzenlenmeli ve hekim tarafından da onaylanmalıdır. Ceza yargılaması hukukunda üçüncü kişi durumunda bulunan herkes tanık olabilir.[150] Madde de hekimin niteliği konusunda hiçbir açıklığın olmayışı ve sadece genel bir içeriğin bulunuşu değişik yorumlara yol açabilecektir.[151] Taşkın'a göre bu durumda hekimin organ nakli yapmaya yetkili herhangi bir hekim olması kanunun ruhuna ve amacına uygun olacaktır nitekim hekim, onay anında vericinin bilinçli ve tesirden uzak olup olmadığını araştırıp anlayacak bilgi düzeyinde olmalıdır. Bu nedenle de hekimin konunun uzmanı olmasını

---

143 Çakmut, s. 162

144 Çakmut, s. 163

145 Akünal, s. 21

146 Çakmut, s. 162

147 Bayraktar, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 17

148 Taşkın, s. 101

149 *Bayraktar'a göre bu durum yazılı olma koşulundan ziyade, tutanağın imzalanması biçiminde algılanmalıdır*. Bayraktar, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 17 ; *Taşkın'a göre ise üçüncü kişilerin vericinin muvafakatını daktilo etmeleri ile elleriyle yazmaları arasında bir fark bulmamaktadır*. Taşkın, s. 101

150 Taşkın, s. 105

151 Bayraktar, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 17

beklemek yerinde olacaktır.[152] Verici, ister yazılı, ister sözlü olarak iradesini beyan etsin, her iki durumda da vericinin irade beyanını ortaya koyan belge hekim tarafından onaylanmalıdır. Ancak bu durumda insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve naklinin mümkün olacağı hükme bağlanmış olup, söz konusu durum Kanunun 6. maddesi ve TMK md.23/3 ile uyum içindedir.[153] Organ nakline ilişkin olarak verilen rıza ifaya zorlayıcı değildir. Kendisinden organ alınmasına izin veren kişi, bu izni geri aldıktan sonra kendisine yapılan girişim kişilik hakkına saldırı niteliği kazanır.[154]

bb. TCK 91/2 'de Yer Alan, Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Sebep Olarak Hukuka Uygunluk Hali

Ölülerden organ ve doku alınmasını öngören bu fıkrada, bir önceki fıkranın aksine rızadan söz edilmemekte, hukuka aykırılık üzerinde durulmaktadır. Bu konuda hukuka aykırılığın ne olduğunu anlayabilmek için tıbbi uygulamaları düzenleyen kanunlara, tüzüklere ve yönetmeliklere bakmak gerekecektir. Nitekim, maddede genel olarak "hukuka aykırı olarak" denilmiştir. Hukuka aykırılıktan anlaşılması gereken, kanunlarda ve mevzuatta ölülerden organ ve doku alınmasını düzenleyen şartlara, kurallara aykırılık olmalıdır. Bu konuda da başvurulacak ilk kanunu ODNK teşkil etmektedir. Dolayısıyla, TCK 91/2 ' yi yorumlayabilmek için öncelikle ODNK' yı incelemek gerekmektedir.

Ölüden organ ve doku alınmasının hukuka uygun olması için gereken şartları ikiye ayırmak suretiyle inceleyeceğiz.

aaa. Ölüden Vericinin veya Yakınlarının Rızasıyla Organ ve Doku Alınması

2238 sayılı ODNK'nın 14. maddesi[155] doğrultusunda bir kimsenin, kendi

---

152 Taşkın, s. 102

153 Parlar-Hatipoğlu, s. 1548

154 Taşkın, s. 103

155 ***Madde 14 -*** *Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.*
Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.
Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.
(Değişik fıkra: 21/01/1982 - 2594/1 md.) Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin

geleceğini belirleme hakkı kapsamında ölümünden sonra belirli veya bütün organ ya da dokularının alınmasına müsaade etmesi mümkündür.[156] Verici ergin ve mümeyyiz olmak koşuluyla, sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını TMK md.531 vd. maddelerine göre düzenlenen resmi veya TMK md.538'e göre düzenlenen yazılı bir vasiyetname ile belirtmiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış ise bu kişiler öldükten sonra organ ve dokularının alınması hukuka aykırı olmayacaktır. Kişinin isteği bu durumda sözlü vasiyetname kapsamında sayılmayacak ve TMK md.539'da sayılan olağanüstü koşulların gerçekleşmesi aranmayacaktır.[157] Vasiyetnamenin ehliyet ve biçim koşullarının bulunmaması halinde, organ ve doku alma eylemleri hukuka aykırı olur ve fikradaki suç oluşur. Hukuken geçerli olan vasiyetname ile belli organ ve dokuların alınmasına izin verilmişse, izin verilmeyen organ ve dokuların alınması da hukuka aykırı olacaktır.[158] TMK md.515 doğrultusunda, ölüme bağlı tasarruflar koşullara bağlanabileceği için, vasiyetnamede organ veya doku nakline ilişkin bir koşul, örneğin organ veya doku alınmasının ancak tam teşekküllü bir hastanede olması, yer almışsa buna uyulması gerekir.[159] Ölenin iradesi, çok açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde anlaşılıyorsa, yakınlarının organ ve doku alınmasına itiraz etme imkanları bulunmamaktadır. İtiraz dahi olsa organ ve doku alımı hukuka aykırı olmaz.[160] Bir kimse ölmeden önce kendisinden organ ve doku alınmasını yasaklaması halinde artık bu kişiden organ veya doku alınamaz, aksi taktirde suç oluşur.[161]

---

yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

(Ek fıkra: 21/01/1982 - 2594/1 md.) Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan cesetler aksine bir vesiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

156 Parlar-Hatipoğlu, s. 1550

157 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3133

158 Parlar-Hatipoğlu, s. 1550

159 Parlar-Hatipoğlu, s. 1551

160 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3133

161 Parlar-Hatipoğlu, s. 1551

Ölenin, organ veya dokularının alınması konusunda herhangi bir beyanı veya vasiyeti bulunmuyorsa, sırasıyla yanında bulunan ölenin eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının onayı ile ölüden organ ve doku alınabilir.[162] Bu durumda varsayılan rıza olduğundan hareketle, Kanunumuzun "rıza" sistemini benimsemiş bulunduğunu söylemek mümkündür.[163] Herhangi bir yakın kavramı ile sadece hısımlık bağı ile bağlı olanlar değil aynı zamanda örneğin kişinin birlikte yaşadığı arkadaşı, iş ortağı gibi bağlarla bağlı olan kimseler şeklinde geniş algılamak gereklidir.[164] Bu durumda sıra çok önemli olup, ölüm anında hepsi yanında bulunmak koşuluyla, eşin rızası yoksa anne veya babanın rızası önem taşımaz, ancak eşin rızası varsa anne veya babanın rıza göstermemesi de sonuç doğurmayacaktır. Bu durumda, Kanun bir sıralama yapmış ve önce sayılan kimsenin iradesi üstün tutulmuştur.[165] Öğretide bu durum eleştirilmekte ve ölüm anında yanında bulunan yakınların oy birliğinin aranması gerektiği belirtilmektedir.[166]

Bu hüküm açısından esas olan, ODNK md.1 ve md.14'ün belirttiği üzere, ölüden organ veya dokuların tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için alınması söz konusu olduğundan, bu amaçlar dışında bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alma eylemi TCK 130. maddede düzenlenen "kişinin hatırasına hakaret" suçunu oluşturacaktır.[167]

Görüldüğü gibi Kanunumuz, kişi sağlığında rızasını ortaya koymamış olsa dahi, organ nakline imkan tanımakta ve bu suretle rıza sistemini benimsemiş bulunmaktadır. Ancak, olağanüstü durumlar ve ölünün dış görünüşüne zarar vermeyecek müdahaleler açısından da itiraz modeline yakın bir düzenleme yapmış, itiraz modeline ayrıca itiraz edilmediği takdirde zımnen rızanın bulunduğunu varsaymıştır. Kornea üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular bakımından bu model benimsenmiştir.[168] Kanunun 14/2. maddesine göre, kornea gibi cesette değişiklik yapmayan dokular, ölen ve yakınların rızası olmasa bile alınabilir. Ancak ölü, sağlığında dokuların alınmaması yönünde bir vasiyette bulunmuş ise bu durumda söz konusu dokular, ceset üzerinde değişiklik yapmasa bile alınması hukuka aykırı olacaktır.[169]

---

162 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3133

163 Hakeri, s. 429

164 Parlar-Hatipoğlu, s. 1551

165 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3133

166 Yıldız, s. 282

167 Yıldız, s. 289

168 Hakeri, s. 429

169 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3134

bbb. Ölüden Vericinin veya Yakınlarının Rızası Olmaksızın Organ ve Doku Alınması

Bu husus 2238 sayılı yasada, 21.01.1982 tarihinde yapılan değişiklik ile 14/4. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, bir ölünün vücudundan organ veya doku alınmasının vericinin veya mirasçılarının rızalarına bağlı olduğu kuralının istisnasıdır. Maddeye göre, ölüden organ veya doku alınabilmesi bir takım şartların varlığı halinde mümkün olacaktır. Bir kimse, kaza veya doğal afetler sonucu, vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle ölmüş olmalıdır. Kaza ve doğal afet olmadığı sürece bu hüküm uygulanmayacağı gibi, bunun sonucunda ağır bir harabiyet olmaması da hükmü uygulamaz kılar. Vericinin harabiyet durumunu, organ naklini yapacak olan hekim, tıbbi ölüm durumunu tespit edecek olan ise, 11.maddede tıbbi ölümü tespit edecek hekim heyetidir. Ölen kimsenin kimsesiz olması değil; yanında eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin veya buna benzer yakınlarının bulunmaması gerekir. Diğer türlü bu kişilerin yazılı rızası gerekecektir. Son koşul olarak da hayatı organ veya doku nakline bağlı bir alıcının olması ve naklin yapılmasında ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunmalıdır. Hükmün uygulanması açısından, her biri birbirine bağlı olan bu koşulların hepsi birlikte gerçekleşmelidir.[170] Madde de sözü edilen "zorunluluk" hali ise TCK md.25/2 de sözü edilen zorunluluk hali değildir. Saydığımız koşulların yerine getirilmesi ile birlikte, organ alan ve nakleden hekim, TCK md.24/1 de ortaya konan "kanunun hükmünü yerine getirme" hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaktadır.[171]

Kanunda otopsi gereken ölümlerde otopsiden önce organ alımının yapılıp yapılmayacağı sorunu çıkmaktadır. Öğretide, suç için delil olacak organların alınmaması gerektiği ancak organ nakli ile korunan hukuki yararın otopsiden elde edilecek olan yarara nazaran daha üstün kabul edildiğinden, savcının izni olmaksızın organ alınabileceği kabul edilmektedir.[172] Gerçektende böyle bir durumda en önemli hak olan yaşam hakkının karşısında otopsiden elde edilmesi gereken bulgular söz konusudur. Bu durumda savcılığa hemen haber verilmeli, ancak nakil için de beklenmemelidir.[173] Oldukça tartışmalı olan bu konu üzerinde Danıştay 1. Dairesinin, savcıdan izin alınmayıp sadece aile yakınlarından izin alınarak yapılan organ nakli karşısında suçun oluştuğuna karar vermiştir. Kararda, hekimlerin, ODNK ile TCK' nın "kanuna aykırı organ alınması" ile "görevi kötüye kullanmak" suçlarından yargılanmaları gerektiği belirtilmiş ve " Savcının bu konudaki suç unsurları-

---

170 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3133

171 Parlar-Hatipoğlu, s. 1550

172 Hakeri, s. 428

173 Ünver, Yener; TransplantİSt 2008 Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu, s. 13

nı araştırması gerekir. Bu önemli işlevi nedeniyle ceza soruşturmasının, diğer kamusal yükümlülüklere göre öncelik taşıyacağı tartışmasızdır." açıklamasına yer verilmiştir.[174] Pratikte ise bu hüküm karşısında, organ verici bulmanın zorlukları vurgulanmakta ancak hekimler ile savcıların yaptıkları karşılıklı görüşmeler ile bu sorunun çözüldüğü belirtilmektedir. Nitekim savcıların hekimlerden nerdeyse ciddi bir otopsi mahiyetinde kabul edilebilecek iyi bir ameliyat tutanağı hazırlamaları karşısında organ naklinin yapıldığı belirtilmektedir.[175]

b. TCK 92. Maddede Yer Alan Zorunluluk Hali

TCK' da öngörülen bu hukuka uygunluk sebebi 91/3.madde de yer alan organ ve doku satma suçu yönünden öngörülmüştür. Maddede açıkca " organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların göz önünde tutulacağı belirtilmektedir.

Madde başlığı zorunluluk hali olduğuna göre, belirtilen sosyal ve ekonomik koşulların TCK 25/2. maddenin ağırlığına sahip olması gerekmektedir. Kısaca TCK 25/2 de ifade edilen zorunluluk halinde başka surette korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik koşulları yorumlarken ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulma amacı göz önünde tutulacaktır.

Madde metni incelendiğinde organ veya dokusunu satan kişiye ceza verilmeyeceği belirtilirken gerçek bir zorunluluk hali öngörülmektedir. Bu noktada, önceki paragrafta sözünü ettiğimiz ağır ve muhakkak tehlikenin varlığı gerekmektedir.

Bunun yanı sıra aynı maddede faile verilecek cezada indirimden de söz edilmektedir. Böylece zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi olmaktan çıkıp, cezayı etkileyen hafifletici sebep niteliğini kazanmaktadır.

TCK 92. maddede yer alan ağır sosyal ve ekonomik koşulların somut olayların özelliğine göre hukuka uygunluk sebebi veya suçu etkileyen hafifletici sebep olarak Kanunda dikkate alındığı belirtmek gerekmektedir.

Söz konusu madde, doktrinde oldukça eleştirilmektedir. Nitekim kimi yazarlara göre söz konusu madde, Türkiye'nin belli yörelerinde bulunan yoksul kimselerin organlarını, dokularını satmalarını teşvik eder niteliktedir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme, Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ve 12. madde de düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin doku-

---

174 Yıldız, s. 284.

175 Bozoklar, s. 301.

nulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez olarak sayılan niteliklerine aykırıdır.[176] Bunun yanı sıra öğretide, sosyal ve ekonomik nedenlerin bir cezasızlık nedeni olarak kabul edilemeyeceği, aksi taktirde TCK md.91 de belirtilen hukuka aykırı eylemler ile ilgili mücadelenin etkisizleşeceği ve suç işlemenin nerdeyse cazip hale getirileceği savunulmaktadır. Nitekim TCK md.91/6 'da organ veya doku naklinin belli bir çıkar karşılığına dayandırılması ile çelişki içeren bir düzenleme söz konusudur.[177] Bu zorunluluk halinin satan kimse için vurgulanması karşısında, akla aynı ekonomik, sosyal ve sağlık koşullarına sahip alıcının durumunun ne olacağı gelmekte ve söz konusu çelişkiler ve yanlışlar çoğalmaktadır.[178]

5. Suçun Manevi Unsuru

Suç, kasten işlenebilen bir suçtur. Kişiden organ veya doku alınması, ölüden organ veya doku alınması, organ veya dokunun satın alınması, satılması, satılmasına aracılık edilmesi, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokunun nakledilmesi veya aşılanması ve belirli bir çıkar karşılığında bu eylemlerin reklamlarının yapılması ancak kasten işlenebilir. Kanun'da suçun taksirle işlenebileceği yönünde bir açıklık olmadığı için suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu konuda akla gelebilecek bir ihtimal, suçun olası kastla işlenip işlenememesidir. Nitekim, TCK md.91/1' de "hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın, yaşayan kişiden organ alma" suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, TCK md.91/8' e göre kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından, bu durumda failin olası kastından dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir.[179] TCK 21/2. maddede belirtilen olası kastın söz konusu olabilmesi için failin herhangi bir tıbbi müdahaleyi yaparken mağdurun veya ölünün yakınlarının rızaları olmamasına rağmen organ veya dokuyu alabileceği tehlikesini görmesine rağmen hareketini devam ettirmesi gerekmektedir.

6. Suçun Nitelikli Hali

TCK 91/8. madde'de, aynı maddenin birinci fıkrası ile ilgili netice sebebiyle ağırlaşmış suç hali öngörülmüştür. Buna göre, herhangi bir kişiden organın veya dokunun rızaya dayalı olmaksızın alınmasında, neticede mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükmün uygulanacağı

---

176 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3143.

177 Ünver, s. 104.

178 Ünver, s. 104.

179 Parlar-Hatipoğlu, s. 1554.

açıklanmıştır. TCK 23. maddede netice sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı açıklanmıştır. Bu doğrultuda, failin kastettiği neticeden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi durumunda bu maddenin ve maddede öngörülen hareketin en azından taksir ile işlenmesi şartının gerçekleşmesi gerekmektedir. TCK 91/8'deki fiilin, fail tarafından kasten işlenmesi göz önünde tutulduğunda netice sebebiyle ağırlaşmış suç hali ortaya çıkacaktır.

7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

TCK Md.91'de tanımlanan suçların tamamına teşebbüs mümkündür. Birinci ve ikinci fıkrada, bir kimsenin hukuka aykırı olarak vücudunun açılıp organ veya doku alınmadan faillerin yakalanması, üçüncü fıkrada alım satım pazarlığı yapılırken faillerin yakalanması, beşinci fıkrada nakil için alıcının vücudu açılmış haldeyken failin yakalanması, altıncı fıkrada ilan ve reklam verme suçundan maddi menfaat temin edilip ilan veya reklam yayımlanmadan suçun engellenmesi durumları teşebbüs olarak nitelendirilebilir.[180]

b. İştirak

Bu suçlara ilişkin iştirakin her hali; fail, azmettiren, yardım eden, söz konusu olabilir. TCK Md.91/4' e göre aynı maddenin birinci ile üçüncü fıkralarında arasındaki fiillerin bir örgüt çerçevesinde işlenmesi halinde söz konusu hüküm uygulanacak aynı zamanda failler TCK Md.220' de düzenlenen örgüt suçundan da cezalandırılacaktırlar.[181]

c. İçtima

Organ veya doku nakline ilişkin cezai hükümleri düzenleyen 2238 sayılı ODNK md.15, benzer nitelikte bir hüküm olan 5237 sayılı TCK md.91 ile uygulama kabiliyetini yitirmemiştir. Öncelikle 1 Haziran 2005 tarihli TCK ve diğer kanunlarda, 2238 sayılı ODNK md.15'in yürürlükten kaldırıldığına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda, TCK md.44'de düzenlenen fikri içtima kurallarına gidilecektir. [182] Bu durumda da, her iki yasa hükümleri karşılaştırılacak ve hangi yasa hükümleri daha ağır cezayı gerektiriyorsa o hüküm uygulanacaktır. TCK md.91/2 haricinde yer alan

---

[180] Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3135.

[181] Parlar-Hatipoğlu, s. 1555.

[182] *5237 sayılı TCK Md.44 " İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."*

yaptırımlar, ODNK md.15' e nazaran daha ağır nitelikte olduğu için bu eylemler ile ilgili TCK md.91/2 uygulanacaktır. [183]

8. Etkin Pişmanlık

TCK md.83'de etkin pişmanlık hükmü yer almaktadır.[184] Söz konusu hüküm, TCK kapsamındaki suçlar ile ilgili olarak uygulanacak, buna karşılık ODNK md.15'in uygulama alanı bulduğu hallerde uygulanmayacaktır.[185] Maddede suçun, yetkililer tarafından haber alınıp alınmamasına göre ayrım yapılmıştır. Olayın öğrenilmesinden önce, organ veya dokusunu satan kimsenin durumu yetkililere haber verip faillerin yakalanmasını kolaylaştırması halinde birinci fıkra uyarınca cezaya çarptırılmayacaktır. Söz konusu kişinin, ihbarı yapması yeterli olmayıp, ihbarın resmin makamların olayı öğrenmeden evvel yapmış olması suçluların isim ve adreslerinin verilmesi, yakalanmaları hususunda yardımcı olunması gerekliliği vardır. Yapılmış olan ihbarın samimi olmadığı ve cezadan kurtulmak amacıyla bu yola gidildiği tespit edilirse, kişi bu hükümden yararlanamaz.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, resmi mercilerce suçun işlendiğinin haber alınmasından sonra organ veya dokularını satan şahsın gönüllü olarak başvurup, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardımda bulunmuş olması durumunda da cezada indirim yapılacaktır.[186]

Düzenleme, özellikle sadece organ veya dokusunu satan açısından uygulanabilme imkanı tanıması nedeniyle eleştirilmektedir. Ünver'e göre, maddede sayılan eylemlerin failleri ile organ veya dokusunu satan kişinin eylemine iştirak edenlerin bu hükümden yararlanmaması doğru değildir. Bunun yanı sıra, organını satan kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması halinde, organı veya dokusunu satarak elde ettiği haksız kazanca ilişkin bir düzenlemenin yapılmamış olması da eleştirilmesi gereken bir noktadır.

---

183 Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 3137.

184 *5237 sayılı TCK Md.93, "(1) Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir."*

185 Soyaslan, s. 138.

186 Bakıcı, s. 956-957.

9. Yaptırım

TCK md.91/1'de düzenlenen yaşayan kişilerden rızası olmaksızın zorla organ alınması halinde fail 5 yıldan 9 yıla kadar, doku alınması durumunda ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilmesi ile yaptırım alanında ODNK' ya nazaran yaptırımı en ağırlaştırılan hal budur. Ceza Kanunumuzun bu hükmü ile insan ticaretini düzenleyen TCK md.80/1 fıkrası hükmü aynı olayda söz konusu olabilir ve fail bu taktirde ayrı ayrı cezalandırılır.[187] Hakeri'ye göre, ODNK md.6 da belirtilen rızanın şartlarında bir takım farklılıklar olması halinde bu ağır yaptırımlara gidilmesi doğru değildir. Örnek verilecek olursa, verici tarafından önceden verilen yazılı rızanın iki tanık değil de, bir tanık huzurundan imzalanmış olması durumunda hukuken geçerli olmayan bir rıza söz konusu olacak ve organ alan kimse TCK md.91/1 gereğince 5 yıldan 9 yıla hapis cezası ile cezalandırılabilecekti. Bu adaletsiz durum, hukuken geçerli rıza şartını şekil şartından bağımsız olarak değerlendirme ihtiyacını doğurmaktadır.[188] Yıldız ise, söz konusu koşulların vericinin rızasının bilinçli ve özgür iradesine dayandığının ispatı açısından önemli olduğunu, koşulların bulunmaması halinde organ alımlarının suiistimale açık hale geleceğini belirtmiştir.[189]

Organ ve doku ticaretinde birbirinden farklı hareketler ve fiiller öngörülmekle farklı müeyyidelerin kanunda yer aldığı tespit edilmektedir. Yukarıda açıkladığımız md.91/1. madde'deki yaptırımdan farklı olarak md.91/2' de bir yıla kadar hapis, md.91/5' de iki yıla kadar hapis, md.91/6' da bir yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

Sonuç

Bu çalışmamızda organ ve doku nakillerinin ticaret aracı haline getirilmesinin önlenmesi amacıyla ceza kanunu bünyesi içerisine konulmuş suç incelenmiştir. Suçun çeşitli yönlerinin bulunması nedeniyle madde'de yalnız yaşayan kimseden organ ve doku alınması ya da sağlar arasında organ ve doku nakli yapılması öngörülmemiş, ölülerden de kanuna ve hukuka aykırı bir şekilde organ ya da doku alınması ve yaşayan kişilere bunun nakledilmesi belirlenmiştir. Ayrıca, organ ve dokunun satılması, satın alınması, satışa aracılık edilmesi, eylemin reklamının yapılması gibi fiillerde muhtelif suç biçimleri ya da hareket şekilleri olarak ceza müeyyidesi altına alınmıştır.

---

187 Hakeri, s. 432.

188 Hakeri, s. 433.

189 Yıldız, s. 286.

Ülkemizde organ nakillerinde sağlar arası organ nakillerinin, ölülerden yapılan organ nakillerine göre çok daha fazladır. Toplumumuzda organ ve doku nakli konusunda bir bilinç yerleşmemiştir. Bunun yanı sıra özellikle organ mafyası diye adlandırılan suç örgütleri ile mücadelede eksik kalınması ve bunların tespit edilememesi sonucunda organ bağışında bulunan insanlarımızın sayısı oldukça azalmıştır. Bütün bu etkenlerin sonuçlarının ortaya koyduğu gerçek, organ ticaretinin ya da organ nakillerinin kötüye kullanılmasının günümüzde fazla bir şekilde artmasıdır. Bu nedenle kanuna ve hukuka aykırı nakilleri önleyebilmek amacıyla, TCK'daki düzenleme çok ayrıntılı geniş bir alana yayılmıştır.

TCK' nın yanı sıra ODNK, bu konuyu düzenlemektedir. Bu düzenleme biçimi içerisinde; ölüm halinin tespiti, organ naklinin yapılacağı hastaneler, nakillerin alınan organ ve dokulara göre farklı özellikler taşıması gibi unsurlar her iki Kanunda'da düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla TCK ile birlikte ODNK 'nın tüm nakilleri öngörebilecek bir düzenleme içerisinde, tek bir kanunun çatısı içerisinde toplanması, Türk toplumu ve Türk tıbbının yaşaması ve ilerlemesi için daha yararlı olacaktır.

Teknolojik Araçlardan Elde Edilen Verilerin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

*Burak CANDAN**

I- Giriş

Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle teknolojik cihazlar, insan hayatının vazgeçilmez bir parçası olmuştur. Kişiler, günlük hayatlarını teknolojinin sağladığı bu araçlar sayesinde kolaylaştırmaktadır. Bu araçların başında da bilgisayar ve telefon benzeri teknolojik cihazlar gelmektedir. Bilgisayar ve telefon benzeri cihazlar olarak bahsetmemin sebebi, her geçen gün bu cihazların farklı türevlerinin ortaya çıkması ve farklı isimlendirilmesidir. Telgraf ile başlayan kablolu iletişim gelişerek ev telefonlarına yerini bırakmıştır. Telsizlerin ve daha sonra çağrı cihazlarının ortaya çıkmasıyla insanlar kablolu iletişimden vazgeçmiş yerine kablosuz telefonları kullanmaya başlamıştır. Büyük ve taşınamayan bilgisayarların insanların hayatına daha fazla girmesi, elde taşınabilen bilgisayarların geliştirilmesine neden olmuştur. Daha sonraları ise farklı gereksinimlerin ortaya çıkması da bu cihazların komplike bir biçimde yeniden düzenlenmesine sebebiyet vermiştir. İnsanlar günümüzde bilgisayarlarından uluslararası sesli ve görüntülü görüşmeler yapmakta ya da kişi, nerede olduğu bilmediği alıcılara, yazılı veya görüntülü mesajlar göndermektedir. Teknolojik araçların bu şekilde çok sık ve komplike bir biçimde kullanılması, bu cihazlardan delil elde edilmesi olasılığını arttırmıştır. Gelişen teknoloji, bu cihazların kullanımını nasıl daha kolay hale getirdiyse, bu cihazlardan hukuka aykırı fiillerin gerçekleştirilmesini de o kadar kolaylaştırmıştır. Ancak ilerleyen teknoloji sayesinde bu cihazlardan pek çok farklı biçimde delil elde edebilmesi mümkün olmaktadır. Bunlara örnek olarak bilgisayarlara yüklenen casus programlarla bilgisayardaki tüm işlemlerin izlenebilmesi veya tüm belgelerde değişiklik yapılabilmesi, kişilerin bulunduğu ortamın çeşitli araçlarla dinlenilmesi, görüşmelerinin kişilerin bilgisi olmadan kayda alınabilmesi ve hatta kişilerin yerlerinin tespit edilmesi bunlardan bir kaçıdır.

---

* Avukat, İstanbul Barosu.

Delillerin farklı biçimlerde elde edilmesi delillere olan güvenilirliği de etkilemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu teknolojik cihazlardan elde edilen verilerin ne şekilde değerlendirebileceğine yön vermeye çalışmıştır. Ancak çok hızla gelişen teknoloji karşısında 2005 yılında yürürlüğe giren yasalar ilk günden itibaren çok yetersiz kalmıştır.

II- Ceza Hukuku Mevzuatımızda Yer Alan Düzenlemeler

Türk Hukuku'nda teknolojik araçlara ilişkin düzenlemeler 2005 yılından itibaren ortaya çıkmıştır. Gerek 765 sayılı TCK.'da gerekse 1412 sayılı CMUK.'da bilişim suçları yönünden ya da iletişimin tespiti yönünden hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.'nun 243 ve devamı maddelerinde bilişim suçları gösterilmiş, 5271 sayılı CMK.'nun bazı maddelerinde de teknolojik cihazlardan ne şekilde delil elde edileceği belirtilmiştir. Son olarak 5651 sayılı yasada İnternet'te yer alan suç unsurları ile mücadele yönünde düzenleme yapılmıştır.

Teknolojik araçlarla veri elde edilmesi ve elde edilen bu verilerin Muhakeme Hukukunca ne şekilde değerlendirileceği 5271 sayılı yasa ile tespit edilmiştir. CMK.'da arama ve elkoyma ile ilgili genel düzenlemeler varken teknolojik araçlardan veri elde edilmesinin farklı maddelerde yer alması, bu verilerin önemini vurgulamaktadır. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin 19. maddesinde de "saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması" başlığı altında CMK.'daki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bireye ait bilgisayarda kayıtlı kişisel bilgiler, temel insan hakları arasında yer almakta ve kişilerin özel hayatı ile ilgili sayılmaktadır.[1]

5271 sayılı CMK.'nun 134. maddesinde bilgisayarlarda arama yapabilmek için başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması koşulu getirilmiştir. Bu düzenlemenin bir benzeri CMK.'nun 135. maddesinde belirtilmiştir. Bu madde de kişiler arasındaki iletişimin tespiti ve kayda alınmasının şartları belirlenmiştir. CMK.'nun 135. maddesinin, 134. maddesinden farkı; iletişimin tespiti için kuvvetli suç şüphesinin varlığının gerekmesi ve 135. maddenin sadece bu maddede yer alan suç tiplerine ilişkin bir düzenleme olmasıdır. Oysa 134. maddede düzenlenen tedbire başvurabilmek için basit bir şüphe yeterlidir.[2] Bu durum iletişimin kayda alınmasının daha hassas bir müessese olduğunu göstermektedir. 134. madde ile 135. madde arasındaki diğer bir fark da; 134. maddenin yanlış uygulanması durumunda Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı davranılmış olacak, 135. maddenin yanlış uygulandığı durumlarda

---

1 PARLAR/HATİPOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Ankara, 2008, s. 530

2 CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s. 398.

ise Anayasanın hem 20. maddesi hem de 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyeti ilkesi ihlal edilecektir. Bir başka farklılık da 134. maddenin sadece soruşturma aşamasında değerlendirebileceğidir. Bu hükmün kovuşturma evresi için, yani sanık hakkında da kullanılması, koruma tedbirlerinin kanunilik ilkesine aykırı olup; bunun yapılabilmesi için kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır.[3]

Özetle günlük hayatımızın vazgeçilmez bir parçası olan bu cihazlardan delil elde edilirken çok özenli davranılmalı ve mutlaka kanunun belirlediği esaslara bağlı kalınmalıdır. Bu maddelerde yer alan düzenlemelere aykırı şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılabilmesi mümkün değildir. Bu şekilde elde edilen delillerin derhal dosyadan çıkarılması ve yok edilmesi gereklidir.

CMK.'nun 136. maddesinde ise şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında 135. madde hükmünün uygulanamayacağı belirtilmektedir. Bu hüküm 135. maddenin 2. fıkrasıyla örtüşmektedir. Bu sebeple de 136. madde aslında önemini yitirmiş bir düzenlemedir.[4]

CMK.'nun 137. maddesinde, 135. maddesine göre alınacak kararın ne şekilde yerine getirileceği hususu düzenlenmiştir. Kararın uygulanması sırasında uyulacak usuller, iletişimin tespitini yapan kişilerin dikkat etmesi gereken hususlar, tespit edilen iletişimin metin haline getirilmesi ve Türkçeye çevrilmesi ile bu kayıtların korunması ve imhası düzenlenmektedir.

CMK.'nun 138. maddesinde ise başka bir suçtan dolayı usulüne uygun arama, elkoyma veya iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması sırasında tesadüfen ele geçirilen delillerin değerlendirilme şartları belirtilmektedir. Bu maddede de özellikle dikkat çeken husus, farklı bir soruşturma veya kovuşturma konusu olaya ilişkin iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen ele geçirilen delillin de 135. maddede sayılan suçlardan olması gerektiğidir. Bu sebeple 135. maddede yer almayan suç tiplerine ait delil elde edildiğinde bu delile dayanılarak soruşturma başlatılamayacaktır.[5]

Teknolojinin gelişmesi suçluların ortaya çıkarılmasında farklı methodlar bulunmasına da imkan sağlamıştır. Bunlardan biri de teknik araçlarla izlemedir. Bu yolla şüphelinin bulunduğu ortamdaki tüm sesler kayıt altına alınabilmekte, ya da şüpheliler yüzlerce metre uzaktan görüntülenebilmektedir. Bu tedbir yanlış uygulandığında Anayasa'da düzenlenen pek çok

---

3 ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010, s.412.

4 ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara, 2005, s.382.

5 ŞAHİN, Cumhur, a.g.e., s.387.

özgürlüğü ihlal edebilecek niteliktedir. Bu sebeple CMK.'nun 140. maddesinde bu tedbirin uygulanmasına yönelik kısıtlamalar dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi 135. maddedeki düzenlemeye benzer suç tiplerine yer verilmesidir. Ancak iki madde arasındaki suç tipleri arasındaki farklardan en önemlisi işkence suçuna 140. maddede yer verilmemesidir. 140. maddede kapsamında uyulması gereken kurallardan diğeri hakim kararına ihtiyaç duyulması, bir diğeri ise bu tedbirin süre ile sınırlandırılmasıdır. Bu süre en fazla dört hafta ile sınırlı iken örgüt faaliyetleri çerçevesinde haftalık uzatılmak koşulu dışında başkaca bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Bu maddede düzenlenen en önemli düzenleme ise kişinin konutunda bu madde hükmünün uygulanamamasıdır. Anayasa'nın 21. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı, bu madde de sıkıca korunmuştur. Bu sebeple 140. maddede belirtilen tüm koşullar oluşsa bile şüphelinin aile hayatını devam ettirdiği konutu teknik araçlarla izlenemeyecektir.

CMK.'nun ilgili maddeleri dışında 2005 yılında yürürlüğe giren Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in 12, 13, ve 14. maddelerinde 5271 sayılı CMK.'nun 135. maddesinde yer alan iletişimin tespiti ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. 2007 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in amacı ise 1. maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir;

"Bu Yönetmeliğin amacı, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin talepte bulunulması, kararların alınması ve uygulanmasında uyulacak usul ve esasları belirlemektir."

Sonuç olarak, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemeler dışında hukukumuzda teknolojik cihazlardan elde edilebilecek elektronik verilerin tespitine ve değerlendirilmesine ilişkin yeterli mevzuat bulunmamaktadır. Bu konuda yapılan tüm düzenlemeler ya bilişim alanına giren suçların düzenlenmesine ya da CMK.'nun ilgili maddelerinin uygulanmasına ilişkindir.

III- Uluslararası Alandaki Düzenlemeler

Teknolojik cihazlardan elde edilen verilerin değerlendirilmesi uluslararası alanda farklı biçimlerde düzenlenmiştir. Ancak genel itibariyle devletler bu konuda yeterli çalışmalar yapmamış ve medeni kanunlarında elektronik verilerin ispat kuvvetini tartışmışlardır.

Fransız Medeni Kanunu'nun 1316. maddesinde elektronik verilerin 2 koşulun gerçekleşmesi halinde takdiri delil olarak kabul edilebileceği belirtiliyor. Bu koşullardan ilki elektronik verilerin kaynağının belirlenebilir olması diğeri ise güvenli bir ortamda muhafaza edilmesidir.

Çin Hukukunda ise elektronik verilerin delil olabileceği Çin Elektronik İmza Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kanuna göre elektronik verilerin sadece elektronik ve sanal olmaları delil olamayacaklarını göstermez. Ancak elektronik veriler Çin Yargıtayı tarafından sesli-görsel deliller kategorisine sokularak ispat kuvveti azaltılmaktadır. Maddi delillere kıyasla ispat kuvveti oldukça düşük olan bu gruptaki veriler ancak takdiri delil olarak değerlendirilebilecektir.

Teknolojik araçlardan elde edilen delillere ilişkin en önemli çalışma 1999 yılında düzenlenen The International High-Tech Crime Conference'da gerçekleşmiştir. Bu konferansta alınan karara göre elektronik verinin delil olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle bir elektronik veriye el konulduğunda bu veri değiştirilmemelidir. Diğer koşul ise elektronik veriye ulaşılması gerektiğinde bunu yapacak olan kişinin mutlak suretle yetkili bir bilgisayar uzmanı olması gerektiğidir. Sonuncu ve en önemli koşul ise elektronik veriye yönelik olarak yapılan el koyma, erişim, saklama, transfer gibi her işlem tamamen belgelendirilmeli, saklanmalı ve gözden geçirilmeye hazır olmalıdır. Özellikle son koşulun yerine getirilmesi hem elektronik verinin delil olarak kullanılmasını sağlayacak hem de ispat kuvvetini önemli ölçüde arttıracaktır.

IV- Teknolojik Cihazlardan Elde Edilen Delillerin Tek Başına Hükme Esas Alınamaması

Teknolojik cihazlardan elde edilen delillerin yargılama aşamasında ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususu çok önemlidir. Teknolojinin çok hızlı gelişmesi ve buna bağlı olarak da delil toplanmasında çok farklı methodların ortaya çıkması, Ceza Muhakemesi açısından mutlaka titizlikle üzerinde çalışma yapılması gereken bir konudur. Günümüzde bilgisayardaki dosyaların ve bilgilerin araştırılması, bilgisayar ve telefon üzerinden yapılan görüşmelerin kayda alınması, şüphelinin bulunduğu ortamın görsel ve işitsel kaydının alınması bu methodlardan sadece birkaçıdır. Burada önemli olan, bu methodlarla yapılan tespitlerin ne kadar güvenilir olduğudur. Artık insanlar bilgisayardaki fotoğraflarını istedikleri gibi düzenleyebilmekte, fotoğraflardan istemedikleri kimseleri çıkartabilmekte, bazen de farklı bir ülkede bulunan bir başka bilgisayarı kullanarak işlem yapabilmektedirler. Hatta bilgisayar kullanmayı bilen herkes rahatlıkla bir ses veya video kaydının istediği kısmını kesip kısaltılabilmekte ya da bir başka kaydı ilk kaydın

devamına eklenebilmektedir. İşte bu derece değiştirilebilir bir ortamdan elde edilen delillerin de güvenilirliği oldukça düşüktür.

Kanun koyucu da bu durumu öngördüğünden ve gelişen teknolojinin hızına yetişemeyeceğini bildiğinden, teknolojik cihazlar vasıtasıyla elde edilen delillere ilişkin maddelerinin tümünde "Başkaca delil elde etme imkanının bulunmaması" şartını getirmiştir. CMK.'nun 134, 135 ve 140. maddeleri dikkate alındığında tümünde bu şartın var olduğu görülecektir.

Kanun koyucunun da böyle bir şart getirdiği elektronik veri diye nitelendirebileceğimiz bu delillerin hüküm aşamasında ne şekilde dikkate alınması gerektiği de muhakkak tartışılmalıdır. Elde edilmesi bile şartlara bağlanmış olan bu delillerin, her ne kadar konuyla ilgili açıklayıcı ve netleştirici özelliği olsa da mahkemenin sadece teknolojik delillere dayanarak hüküm vermesi yanlıştır. Örnek vermek gerekirse; müştekiye ait kredi kartı bilgi ve şifresinin sanığın bilgisayarında bulunmasına dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamaz. Çünkü sanığın o bilgileri nasıl ele geçirdiği ve bilgisayarına o bilgilerin ne zaman kim tarafından kaydedildiğinin de tespiti gerekmektedir. Çünkü üçüncü bir şahıs kolaylıkla şüphelinin bilgisayarına girebilir, bazen sanığın bilgisayarını kullanarak bazen de kendi bilgisayarı üzerinden kredi kartı bilgilerini ele geçirebilir ve kendisinin yakalanmaması için sanığın bilgisayarında bu bilgileri rahatlıkla depolayabilir. Ayrıca sanığın bu işlemi yapabilecek bilgisinin olup olmadığı da muhakkak araştırılmalıdır. Sadece mevcut durumu ve delilleri değerlendirerek şüpheliyi cezalandırmak doğru olmayacaktır.

Günlük hayatımızda daha çok karşılaştığımız diğer bir durum da IP numarasının tespit edilerek, suça konu olayla ilgisi bulunmayan kişiler hakkında dava açılması ve hatta mahkumiyet hükmü verilmesidir. Burada da sadece suça karışan IP numarasının sahibi tespit edilerek başkaca delil olmasa bile mahkumiyet hükmü verilmesi hatalıdır. Günümüzde banka sistemlerine hukuka aykırı olarak girebilen birçok kişi, yerinin ve kimliğinin tespit edilmemesi için IP numaralarını değiştirmektedir. Bu değiştirme sonucu yeni oluşturdukları IP numarasının gerçek sahibi ise suçla hiçbir ilgisi olmamasına rağmen sanık olarak yargılanmaktadır.

Teknolojik delillerin bir türü de ses kayıtlarıdır. Özellikle CMK.'nun 135. maddesi kapsamında yapılan kayıtlar CMK.'nun 137. maddesi gereğince yazıya çevrilmek zorundadır. Tam da bu noktada iyi niyetli veya kötü niyetli hataların olması mümkündür. Yazıya çevrilen kayıtların bir kopyasının yargılamanın taraflarına verilmemesi, metnin asıl kayıtla uyumlu olup olmadığının kontrol edilememesine neden olmaktadır. Bu metinlerde yapılacak küçük bir yanlışlık sanık aleyhine sonuçlanabileceğinden tespit edilen kayıtlarının davanın taraflarına verilmesi zaruridir. Mevcut durumda metindeki

hataların tespitinin zor veya imkansız olması nedeniyle sadece metinlere dayanılarak hüküm verilmesi doğru olmayacaktır.

Nitekim Yargıtay da iletişimin tespiti kayıtları dışında veya bu kayıtları doğrulayan nitelikte deliller bulunmadığı zaman, sanığın suçu işlemiş olduğu gerekçesiyle mahkumiyet kararı verilemeyeceği kanısındadır.[6] Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 02.11.2007 tarihli 2007/11806 E. Ve 2007/12471 K. Numaralı ilamında "Kendisinde uyuşturucu madde ele geçirilemeyen sanığın, iletişim tespit tutanaklarında ve beyanlarında diğer sanığa verdiği kabul edilen uyuşturucu maddenin elde edilememesi ve teknik yöntemle uyuşturucu madde olup olmadığının saptanamamış olması karşısında; suçu işlediğine dair diğer sanığın sonradan döndüğü beyan dışında delil bulunmadığından beraatı gerekir." denilerek, elektronik verilere dayanılarak mahkumiyet hükmü verilemeyeceği belirtilmiştir.

Özetle teknolojik cihazlardan elde edilen delillerin tek başlarına ispat kuvveti bulunmamaktadır. Bu deliller her ne kadar bir olayı açıklar nitelikte olsa da ne zaman ve ne şekilde oluşturuldukları çoğu zaman tespit edilemediğinden, tespit edildiği durumlarda da mutlak gerçeği yansıtmadığından, bu delillere dayanılarak hükmü verilmesi hatalıdır.

V- Bilgisayar Kaynaklı Suçlarda Delillerin Değerlendirilmesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243, 244, 245 ve 246. maddelerinde bilişim alanındaki suçlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu bölümde tanımlanan suçlar mutlaka bir bilgisayar veya benzeri bir aracın kullanılması suretiyle gerçekleşebilecek suçlardır. Bu durumda bu suçlara ilişkin delil elde etme imkanı da çok sınırlı olacaktır. Bu suçlara ilişkin soruşturmada öncelikle IP numarası ve adresi tespiti ile CMK.'nun 134. maddesi kapsamında şüphelinin bilgisayarlarında arama, el koyma tedbiri uygulanmaktadır. Ancak bu tedbirler her zaman yeterli değildir. Yukarıda da açıklandığı üzere IP numarası her zaman suça karışan kişiyi göstermeyecektir. Bu durumda CMK.'nun 134. maddesi kapsamında yapılacak olan arama da yeterli olmayacaktır.

Bilgisayarlar üzerinden gerçekleşen suçların gelişen teknoloji ile beraber soruşturmasında büyük zorluklarla karşılaşılacağı muhakkaktır. Suça karışan kişi veya kişilerin tespiti pek çok zaman mümkün olmayacak, bu durumda suç işleyen kişiler de cezasız kalacaktır. Teknolojik cihazlardan elde edilen delillerin ispat kuvvetinin de düşük olduğu dikkate alındığında suça karışan kişi tespit bile edilse mahkumiyete hükmetmek çok zor olacaktır. Bu durumun hukuken çözüme kavuşturulması sadece uzmanlaşmak ve güveni-

---

6 ÜNVER/HAKERİ, a.g.e., s.441.

lirliği arttırmakla mümkün olacaktır. Sadece bilişim hukuku üzerine çalışan bir kurumun olması, bu alandaki suçlarla mücadelede önem taşıyacaktır. Ancak ve mutlaka bu kurumun soruşturmayı yürüten kurumlardan bağımsız, özerk bir kurum olması gerekmektedir. Ayrıca teknolojik araçlardan ele geçirilen delillerin ne şekilde ele geçirildiğine dair bilgilerin ve hatta bunlara ilişkin kayıtların yargılama aşamasında taraflarca incelenebilmesi de büyük önem taşımaktadır. Deliller ve bu delillere ilişkin tutanaklar yargılamanın taraflarınca incelenebildiğinde ispat kuvvetini de arttırmış olacaktır. Çünkü serbestçe incelenebilecek olan bu delillerin aksi veya usulüne uygun olmayan şekilde ele geçirildiği kanıtlanamazsa delillerin de ispat kuvveti artacaktır.

VI- Elektronik İmzanın Delil Değerlendirmesindeki Önemi

2004 yılında yürürlüğe giren 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile Türk Hukukuna yepyeni bir kavram girmiştir. Bu kanuna göre kişiler internet üzerinden gönderdiği belgeleri, belirli kuruluşların hizmetini verebildiği, elektronik imzalarla imzalayabileceklerdi. Tabi burada amaçlanan kişilere zaman kazandırmak ve bilgisayarın güvensiz, değişebilir dünyasında bazı belgelerin geçerliliğini sağlayabilmekti. 5070 sayılı yasanın 4. ve 5. maddelerinde elektronik imzanın geçerliliği düzenlenmiştir. Özellikle 5. maddede "Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. (2) Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez." denilerek elektronik imza ile gönderilen bir belgenin geçerliliğinin yüksek olduğu belirtilmektedir. Ayrıca Elektronik İmza Kanunu'nun 16. ve 17. maddelerinde, elektronik imza il ilgili yapılan sahtekarlıkların veya izinsiz kullanımların hapis cezası ile cezalandırılacağının belirtilmesi de elektronik imzanın önemini vurgulamaktadır.

Elektronik imza ile ilgili yapılan düzenlemeler de dikkate alındığında elektronik imza ile imzalanarak gönderilen bir belgenin ispat kuvvetinin sıradan gönderilmiş bir belgeden çok daha fazla olacağı apaçıktır. Ancak her şeye rağmen elektronik ortamdaki imzalanmış bir belgenin kesin delil gibi değerlendirilmemesi gerekmektedir.

VII- Sonuç ve Değerlendirme

Gelişen teknoloji ile beraber bilgisayar ve benzeri araçların suç işlemek amacıyla kullanılması, bu cihazlardan elde edilecek verilerin önemini de arttırmaktadır. Yapılan düzenlemelerin yetersiz oluşu ile uygulamada bu verilerin elde edilmesinin ve elde edilen verilerin hukuka uygunluk kontrolünün aynı kişiler tarafından yapılması, yargılamanın taraflarına tespit edilen kayıt asıllarının örneğinin verilmemesi, bu verilerin yargılama aşamasında

ispat gücünü yitirmesine sebebiyet vermektedir. Özellikle bilişim alanına giren suçlarda teknolojik cihazlardan elde edilecek verinin öneminin ne kadar büyük olduğu göz önüne alınırsa, bu suçlarla mücadele de elektronik verilerin değeri daha iyi anlaşılacaktır.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'ni henüz imzalamayan ülkemizin bir an önce bu sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. Bilişim suçlarının uluslararası özelliği de dikkate alındığında bu suçlarla mücadele için diğer ülkelerle iş birliği yapmanın zorunluluğu görülecektir.

Mevcut haliyle yetersiz olan düzenlemelerin bir an önce geliştirilmesi ve yenilenmesi gerekmektedir. Ayrıca elektronik delillerin ispat kuvvetinin arttırılmasına yönelik çalışmaların yapılması da zorunludur.

Türk Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Korunması

*Aysun DALKILIÇ**

"Vigilantisbus et non dormientibus jura subveniunt"

"Hukuk, onun bilincinde olanlara
ferahlık verir ve yardım eder,
yoksa haklarının üstüne yatıp
uyuyanlara değil".

GİRİŞ:

Ceza adalet sistemi, bir suç işlenmesi halinde devreye giren ve bu suçun soruşturulması, suçu işleyenlerin yargılanması ve yargılama sonunda mahkûm olan fail veya faillerin almış oldukları cezaların infaz edilmesi ile ilgili işlemleri yerine getiren mekanizmadır[1].

Ceza adalet sisteminin nasıl olması gerektiği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. 1964 yılında Herbert L. Parker tarafından "Suçla Mücadele" ve "Usulü Haklar" modelleri ortaya konulmuştur[2]. Packer'in ortaya koyduğu bu modeller suçun mağduru hakkında hiç görüş belirtmemesi sebebiyle eleştirilmiş ve "Mağdur Hakları" modeli üzerinde durulmuştur. "Mağdur Hakları" modelinde ceza adaletinin temel hedefi; mağdurun menfaatlerini güvence altına almak olarak belirlenmektedir [3].

---

* Av., Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

1 Mehmet Arıcan, **Ceza Adaleti Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi**, Ankara, 2009, s. 27.

2 1964 yılında Herbert L. Parker tarafından yazılan "Two Models of the Criminal Proces" başlıklı makalede "Suçla Mücadele" ve "Usulü Haklar" modelleri ortaya konulmuştur. Suçla mücadele modeli, suç faillerinin yakalanarak mahkûm edilmelerini temel felsefe olarak benimserken, usulü haklar modeli ise bu felsefenin karşısında durur; kişi hak ve özgürlüklerinden hiçbir şekilde taviz verilmesini onaylamaz. Bkz: Arıcan, **a.g.e**., s. 33 ve devamı.

3 Mustafa Tören Yücel, **Türkiye'de Yargının Etkinliği**, Ankara, 2008, TBB, s. 108.

Mağdur hakları modeli, ceza adalet sisteminin fail odaklı bakıştan çıkarılarak, mağdurun da korunduğu bir sistem haline getirilmesi bakımından önem taşımaktadır.

İdeal bir ceza adaleti sistemi hem suçla mücadelede başarılı olmak, hem de şüpheli, sanık ve mağdur haklarını gözetmek zorundadır[4]. Bu sebeple "onarıcı adalet" kavramı modern ceza hukukunda önemli bir yere sahip olmalıdır. Zira, onarıcı adaletin temel hedefi, bir taraftan suç mağduruna ceza adalet sistemi tarafından sahip çıkılmasını temin etmek, diğer taraftan da suçun failine kendi davranışlarının sorumluluğunu üstlenme fırsatı vererek faili topluma yeniden kazandırmaktır[5].

Ceza hukukunun varlık nedeni suç mağduru olup, her suçun mağdurunun devlet olduğu varsayımının ötesinde, hemen her suçta bir insan da mağdur olmaktadır[6]. Yasalar korunan hukuki değeri esas alan tasnifler yapmakla birlikte, mağdurun sıfatının ve suçun mağdur üzerindeki etkilerinin de dikkate alınmaması mümkün değildir[7].

Devlete göre suç ceza kanununun ihlali olduğu halde mağdura göre suç ise kişisel bir sorun olup, onarılması gereken duygusal ve maddi zararlara yol açmıştır[8]. Geleneksel mağdur haklarında ceza yargılamasında kamu davasına katılma gibi haklar verilmiştir. Mağdur soruşturmanın ve kovuşturmanın çeşitli aşamalarında mağdur ortaya çıkmak zorunda kalmakta ve oldukça hırpalanmaktadır[9].

Çağdaş ceza adaleti içinde mağdurların talepleri şu şekildedir[10]:

- Daha çok söz hakkı
- Yargılamaya daha fazla katılmak ve gidişatı ve sonuçları hakkında daha bilgi sahibi olmak
- Saygı gösterilmesi ve adil davranılması
- Kaybettiklerinin hem maddi hem de manevi olarak geri verilmesi ve özür dilenmesi

---

4 Turgut Tarhanlı, **Onarıcı Adalet**, Onarıcı Adalet, Mağdur- Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 12.

5 UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, New York.

6 Füsun Sokullu- Akıncı, **Viktimoloji,** İstanbul, 2008, s. 27.

7 Sokullu- Akıncı, **a.g.e**., s. 28.

8 Heather Strang, Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice, Oxford, 2002

9 Sokullu- Akıncı, **a.g.e**., s. 310.

10 Strang, s. 9, Naklen Sokullu- Akıncı, **a.g.e**., s. 310.

Karşılaştırmalı hukuku incelediğimizde, taraflara dayanan çelişmeli yargılamanın (adverserial) kabul edildiği sistemlerde, mağdurun menfaatlerinin etkili olarak gerçekleştirilmesine önem verildiğini ve ceza hukukunda suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin bağımsız bir ceza ya da cezanın yerine alabilen bir yaptırım olarak kabul edildiğini görmekteyiz[11]. Ancak, itham sistemlerinde (inquisitorial) de mağdurun gitgide önem kazandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bugün artık, ceza hukukunda mağdurun korunması kabul edilen bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza hukukunda mağdurun korunması, mağdur haklarını, mağdurun kişiliğinin korunmasını ve suçtan doğan mağduriyetin giderilmesini kapsar[12].

Bu çalışmamızda 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile mağdurun korunması için ne gibi düzenlemeler yapıldığı ve bu düzenlemelerin uygulamaya nasıl yansıdığı üzerinde duracak ve bu konuda önerilerimizi ortaya koyacağız.

I. MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER

01.06.2005 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte, mağdurun mağduriyetinin giderilmesi olanakları getirilmiştir: kısa süreli seçenek yaptırımlar, erteleme, uzlaşma, etkin pişmanlık ile mağdurun zararının giderilmesine önem verilmiştir. Şu hususu belirtmek isteriz ki, mağdurların uğradıkları zararları ceza mahkemesinde talep etmeleri mümkün olmayıp, bunun için hukuk mahkemelerinde ayrıca dava açmaları gerekmektedir. Ancak ceza hukukunda etkin pişmanlık, erteleme gibi kurumlarda mağdurun zararının giderilmesi aranarak fail mağdurun zararını gidermeye teşvik edebilir. İşte, Türk Ceza Kanunu ile de bu yol benimsenmiş ve çeşitli kurumların uygulanması mağdurun zararının giderilmesine bağlı kılınmıştır.

Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. ve 239. maddeleri ile mağdurun ceza yargılamasında etkin olmasını sağlayacak önemli haklar tanınmıştır. Bu düzenlemelerin yanı sıra, özel kanunlarda da kadınlar, çocuklar, terör mağduru gibi bir kısım mağdur gruplarının korunmasına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır.

A) Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gerek genel hükümler kısmında

---

11 Veli Özer Özbek, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Ankara, s. 162.

12 Özbek, **a.g.e.**, s. 19.

gerekse özel hükümler kısmında mağdurun korunmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.

1- Genel Hükümler:

a. Şikâyet hakkı:

Şikâyete bağlı suçlarda şikâyette bulunma yetkisi, mağdura tanınmıştır. TCK'nin 73. maddesinde hükme bağlanan ve muhakeme şartı olan şikâyet, TCK'nin özel kısmında şikâyete bağlı olduğu belirtilen suçlar bakımından, bu şart gerçekleşmeden soruşturma ve kovuşturma yapılamaması sonucunu doğurur.

Şikâyetten vazgeçme veya bunun geri alınması yine şikâyette bulunma hakkı olan suçun mağduruna aittir. Öyle ki birden fazla mağdur bulunması halinde mağdurların her biri bu hakkı diğerlerinden bağımsız olarak kullanma yetkisine sahiptir. Bununla birlikte suçların takibinin şikâyete bağlanması bazı durumlarda mağdurun mağduriyetinin giderilmesine olanak tanınması amacıyla yapılmaktadır.

İcra İflas Kanunu'nun ticari işletmede yöneticinin cezai sorumluluğu ile ilgili 333a maddesinin son fıkrasında bu maddede yazılı suçların takibinin alacaklının şikâyetine bağlı olduğu belirtilmiş ve madde gerekçesinde şikâyetten vazgeçme veya şikâyetin geri alınmasının, ahlâka aykırı olmamak kaydıyla şarta bağlanabileceği ifade edilerek; vazgeçme veya geri almanın mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanmasının ahlâka aykırılık teşkil etmeyeceği açıklanmıştır.

b. Mağdurun zararının giderilmesine yönelik düzenlemeler:

Türk Ceza Kanunu'nda mağduriyetin giderilmiş olması bazı kurumların uygulanması için ön şart olarak kabul edilmiştir:

aa.Kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde: (TCK m.50/1-b)

Mağdurun zararının giderilmesi konusunda genel hükümler içerisindeki ilk düzenleme "kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" başlığı altında TCK'nin 50. maddesinde yer almaktadır. Ceza Kanunu, bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirmiş (m.49/2); kısa süreli hapis cezasının sakıncalarını gidermek ve böylece hükümlülerin zorunluluk olmadıkça cezaevine konulmalarını önlemek amacıyla kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek bazı müeyyideler öngörmüştür[13].Kısa

---

13 Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku**, Ankara 2005, s. 275.

süreli hapis cezası uygulaması cezaların ıslah ve önleme amacını gerçekleştirmek hususunda yetersiz kalmakta; kısa süre için de olsa cezaevine giren kişi toplum tarafından dışlanabilmekte veya cezaevinde mükerrer suçluluğa yönelebilmektedir. Bu amaçla kısa süreli hapis cezası yerine geçecek bir takım yaptırımların kabul edilmesi zorunlu bulunmaktadır. Böylece sanık bakımından doğabilecek mağduriyetlerin önüne geçilirken 50. maddede kısa süreli hapis cezasının, seçenek yaptırımlardan biri olarak öngörülen mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine çevrilebilmesi imkânı mağdurun uğradığı zararın giderilmesini de sağlayacaktır.

bb. Hapis cezasının ertelenmesi: (TCK m.51/2)

Mağdurun zararının giderilmesini teşvik eden önemli düzenlemelerden biri TCK m.51/2'dir. Söz konusu maddeye göre;

"Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir."

Bu düzenlemeye göre, Mahkeme hapis cezasının ertelenmesini mağdurun zararının giderilmesine bağlı tutabilir. Zararın giderilmesi, aynen iade, eski hale getirme veya tazminat şeklinde olabilir. Bu düzenleme ile "tutulabilir" denilmek suretiyle hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.

Maddede zararın kimin tarafından ödeneceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Burada asıl amaç mağdurun suçtan doğan mağduriyetinin giderilmesi olduğundan, kimin tarafından giderildiğinin bir önemi olmamalıdır[14].

cc. Uzlaşma: (TCK m.73/8)

TCK'de genel hükümler içerisinde mağduriyetin giderilmesine ilişkin bir başka düzenleme uzlaşmaya ilişkin 73. maddenin 8. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre;

"Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu

---

14 Özbek, **a.g.e.** s. 237.

husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir".

TCK'nin şikâyete tabi suçlar bakımından kabul ettiği uzlaşma kurumunun uygulanmasının ilk şartı olan failin suçu kabul etmesinden sonra, verdiği zararı ödemesi veya gidermesi aşamasına geçilir. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi açısından önem arz eden koşul budur. Zararın giderilmesiyle kastedilen sadece maddi zarar olmayıp manevi zararlar da bu kapsama girer. Bu husus CMK'nun 253. maddesinin 2. fıkrasında açıkça belirtildiği gibi TCK'nun 73. maddesinin 8. fıkrasında da meydana gelen zarar hususunda bir ayrım yapılmamıştır. Zararın giderilmesi suçtan önceki hale getirme veya aynen iade şeklinde olabileceği gibi tazmin şeklinde de olabilir.

TCK'nin 74. maddesinde kamu davasının düşmesinin malların geri alınması ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemeyeceği öngörmektedir. Uzlaşma aşam asında zararın tamamen giderilmiş olması halinde ise artık bunun için hukuk mahkemesinde tazminat davası açılamaz; çünkü ortada tazminat davasına konu olabilecek bir zarar bulunmamaktadır.

dd. Özel Hükümler:

TCK'nin genel hükümlerinin dışında özel hükümler içerisinde de birtakım düzenlemeler yapılarak mağduriyetin giderilmesi imkânı getirilmiştir. 5237 sayılı TCK'de suçun tamamlanmasından sonra bunun zararlı veya tehlikeli etkilerini ortadan kaldırmak veya hafifletmek için aktif bir çaba içine girmeyi ifade eden etkin pişmanlık hükümleri, özel hükümlerdeki kimi suç tiplerine ilişkin olarak öngörülmüştür. Bu hükümlerin bir kısmı suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi amacına yöneliktir. Örneğin, TCK'nin "malvarlığına karşı suçlar" bölümü içerisinde düzenlenen 168. maddesi hükmü bu maddede belirtilen hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları bakımından failin etkin pişmanlığını göstererek mağdurun zararını aynen iade veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halini cezanın hafifletici nedeni olarak düzenlemiştir. Failin sözü edilen zararın bir kısmını gidermesi halinde bu hafifletici nedenden yararlanabilmesi mağdurun rızasına tabi tutulmuştur. Böylece fail etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmek istiyorsa mağdurun zararını tamamen giderme yoluna gitmek durumundadır.

B) Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenlemeler:

Ceza Muhakemesinde mağdurun da etkin bir biçimde yer alması için mağdura çeşitli haklar verilmiştir. Eski Ceza Muhakemesi Yasası'nın aksine,

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda mağdur ile şikâyetçinin soruşturma ve kovuşturma evresindeki hakları genişletilmiş ve muhakemede daha fazla söz sahibi olmaları sağlanmıştır[15]. Ceza muhakemesinde mağdur haklarını, soruşturma ve kovuşturma evresinde mağdura tanınan haklar ve ceza yargılamasında mağdurun kişiliğinin korunmasına yönelik düzenlenen diğer haklar olarak gruplandırmak mümkündür.

1. Soruşturma Evresinde Mağdur Hakları:

Mağdurun soruşturma evresindeki hakları CMK m.234/ 1-a'da düzenlenmiştir. Buna göre mağdur kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen soruşturma evresinde şüpheli gibi delillerin toplanmasını, belge örneği verilmesini, kendisine avukat atanmasını, soruşturma dosyasını incelemeyi isteyebilir. Ayrıca mağdurun kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz etme ve haklarını öğrenme hakkı bulunmaktadır.

a. Delillerin toplanmasını isteme:

Mağdur delillerinin toplanmasına yönelik talebini soruşturma aşamasında yetkili olan Cumhuriyet Savcısına veya kolluğa bildirebilir. Ayrıca Sulh Ceza Hâkiminin de Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine (CMK m.162) veya talep olmaksızın suçüstü ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması veya olayın kapsamlı olması halinde (CMK m.163) soruşturma yapması mümkündür.

b. Belge örneği isteme:

Mağdurun soruşturmanın gizliliğini ve amacını bozmamak koşuluyla belge örneği isteme hakkı bulunmaktadır. Mağdurun bu hakkı, Bilgi Edinme Hakkı Yasası ile de güvence altına alınmıştır[16].

c. Avukat isteme:

Mağdur, vekili yoksa Baro tarafından kendisine bir avukat gönderilmesini isteyebilir. Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, ağır veya dilsiz ya da istediğini anlatamayacak derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın, Baro aracılığıyla kendisine bir vekil atanır (CMK m. 234/ 3). Mağdur hakları bakımından getirilen en önemli yenilik budur.

---

15 Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2006, s. 729.

16 Centel-Zafer, **a.g.e.,** s. 730.

d. Soruşturma dosyasını inceleme:

Mağdur, vekil aracılığıyla soruşturma belgelerini ve elkonularak koruma altına alınan eşyayı incelemek isteyebilir. (CMK m.153/5, 234/1-a-4)

e. İtiraz hakkı:

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı mağdurun itiraz hakkı bulunmaktadır. (CMK m. 173)

f. Haklarının bildirilmesi:

Mağdurun, haklarını öğrenme hakkı vardır. Mağdura bütün bu hakları anlatılıp, açıklanarak tutanağa yazılır.(CMK m.234/3)

2. Kovuşturma Evresinde Mağdur Hakları:

İddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen kovuşturma evresinde mağdurun hakları CMK m. 234/1-b maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre mağdur, kamu davasına katılmamış olsa bile duruşmadan haberdar edilecek, tutanak ve belgelerden vekili aracılığıyla örnek alabilecek ve tanıkların davetini isteyebilecektir. Ayrıca mağdurun vekili bulunmaması halinde cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.

Mağdur, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında, hüküm verilinceye kadar kamu davasına katılabilir. Ayrıca mağdurun duruşmaya katılması halinde sanığa soru sorma hakkı bulunmaktadır (CMK m.201). Mağdurun kanun yoluna başvurabilmesi için kamu davasına katılmış olması şartı aranmıştır.

Kovuşturma evresinde mağdurun korunması bakımından önemli bir diğer düzenlemeye de CMK 183. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile adli işlemlerin icrası sırasında ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı getirilmiştir. CMK'nın 52. maddesinde de mağdur olan çocukların korunması bakımından bunların tanıklığında görüntü veya seslerinin kayda alınması zorunluluğu öngörülmüştür. Böylece ilk halde mağdurun kamuoyunda lanse edilmesi önlenecek ; ikinci halde ise mağdur çocukların suç nedeniyle meydana gelen mağduriyetlerinin dışında muhakeme sırasında da ayrıca mağdur duruma gelmemeleri sağlanacaktır. Mağdurun bu alanda korunmasına yönelik olarak bir diğer düzenleme de Basın Kanunu'ndaki yayın yasağıdır (m.19-21).

C) Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'daki Düzenleme:

Mağdura, muhakeme safhasında birtakım hakların tanınması yanında bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması sırasında yeniden mağdur duruma gelmemesi sorunu uluslararası alanda da çalışmalar yapılmasını gerektirmiştir. Bu konuda özellikle Avrupa Konseyinin tavsiye kararları dikkat çekmektedir[17]. Türk mevzuatında Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 104. maddesinde uluslararası alanda yapılan bu çalışmalara benzer şekilde, denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının oluşturulması öngörülmüş ve madde gerekçesinde bu merkezlerin görevlerinden birinin de suç mağdurlarına yardım edilmesi olduğu ifade edilmiştir[18].

II. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SONUÇLAR

2005 yılında Türk Ceza Sisteminde yapılan değişikliklerle birlikte mağdurlara birçok haklar tanındığını, mağdurların zararının giderilmesine teşvik edilen düzenlemelere yer verildiğini görüyoruz. Ancak bu hakların ne kadar kullanılabilir olduğunun tespit edilmesi önem taşımaktadır. Öncelikle şu hususu belirtmek isteriz ki, ceza hukuku alanında sadece mağdurlara ilişkin yapılmış çalışmalar oldukça az sayıdadır. Bununla birlikte bugüne kadar yapılan alan araştırmalarından sistemin mağdurlar açısından ne kadar işler olduğunu ortaya koyabilmek mümkündür.

Ceza hukuku alanındaki ilk istatistiksel araştırmalardan İstanbul Üniversitesi Türk Kriminoloji Enstitüsü'nün 1948 tarihli "Türkiye'de Adam Öldürme Cürmü Mahkumları Hakkında Kriminolojik İstatik" adlı eserinin III. Kısmının mağdura ayrıldığını görmekteyiz. Ancak buradaki tespitler, mağdurların korunması ile ilgili olmayıp daha çok, hükümlülerle mağdurlar arasındaki ilişkiye ilişkindir [19].

1998 yılın Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği hakkında yapılan bir diğer araştırma da mağdurların zararının giderilmesine ilişkin tespitler bulmak mümkündür[20].Yapılan araştırmada, 1117 dosyadan genel olarak %3,4'ünde

---

17 Sokullu- Akıncı, **a.g.e**., s. 15 vd.

18 Mustafa Tırtır, **Mükerrerlere Özgü İnfaz Rejimi,** Suç ve Ceza(Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını), C.II, İstanbul, 2008, s. 44.

19 **Türkiye'de Adam Öldürme Cürmü Mahkumları Hakkında Kriminolojik İstatik**, İstanbul Üniversitesi Türk Kriminoloji Enstitüsü, 1948, s. 132-133.

20 Sulhi Dönmezer, Feridun Yenisey, **Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği** 1998, İstanbul, 2000.

mağdurun zararının tamamen giderildiği, %12,7'sinde mağdurun zararının kısmen giderildiği tespit edilmiştir[21].

Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, Türkiye genelinde farklı kesimlerden gelen insanların mahkemelerin işleyişine ve genel olarak yargılama sürecine ilişkin olarak ne düşündükleri ve ne gibi deneyimleri olduğunu anlamayı amaçlayan Adalet Barometresi isimli anket çalışması yapılmıştır. Bu çalışma mağdurlara ilişkin önemli tespitler içermektedir.

Yapılan bu çalışmada, mağdurlar hem genel olarak mahkemelerden hem de dava sonucundan en az memnun kalan grup olarak tespit edilmiştir[22]. Ayrıca aynı çalışmada, en düşük memnuniyet oranlarına sahip olan mağdurlar aynı zamanda mahkeme deneyimi sonucunda mahkemelere olan güveni en çok azalan grup olarak belirlenmiştir[23]. Mağdurların yarısından azının avukatı bulunmaktadır[24]. Avukattan en az memnun olan grup mağdurlardır[25].

Araştırmada özellikle suç mağdurlarının yargılama sürecinden şikâyetçi oldukları sonucuna varılmaktadır[26]. Bu memnuniyetsizliğin en önemli sebebinin mağdurlarının rolünün sınırlı olması olarak ortaya konulmakta ve yargılama sonucunda suç işleyen kişiyle ilgili bir karar verilmemesinin ve sistemin mağdurun iddialarına şüpheci yaklaşmasının etkiliği olduğu belirtilmektedir[27]. Yapılan bu araştırmada dava sürecinin yanı sıra sonuçtan en memnun kalmayan kesimin suç mağdurları olduğu tespit edilmiştir. İstatistiklere göre, memnun kalmayan oranı %44.6 iken memnun kalan oranı % 9'dur[28].

Bu araştırma kapsamında mağdurlara hâkim ve mahkeme personelinin davranışlarından ne kadar memnun kaldıkları sorulmuş ve hâkimlerden, mağdurların %30'nun memnun kaldığı, %60'a yakını memnun kalmadığı sonucuna varılmıştır[29]. Bu sayılar mahkeme personeli için ise, yaklaşık %30'u memnun kalmaz iken, memnun kalan oranı yaklaşık % 60'dır.

---

21 s. 140.

22 Seda Kalem, Gamla S. Jahic, İdil Elveriş, **Adalet Barometresi: Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri,** İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 5.

23 Adalet Barometresi, s. 5.

24 Adalet Barometresi, s. 5.

25 Adalet Barometresi, s. 5.

26 Adalet Barometresi, s. 8.

27 Adalet Barometresi, s. 8.

28 Adalet Barometresi, s. 9.

29 Adalet Barometresi, s. 10.

Araştırmaya katılan kişilere mahkemelere ne kadar güvendikleri sorulmuş ve 1- 5 puan arasında (1= Hiç Güvenmiyorum) 2.97 ile mahkemelere en az güvenen kesim suç mağdurları olarak tespit edilmiştir.

Mahkeme deneyimi, mahkemeye güveni nasıl etkiler tespiti için yapılan anket çalışmasında mahkeme deneyimi sonucunda mahkemeye güveni en çok azalan kesim olarak mağdurlar tespit edilmiştir[30]. Mahkeme deneyimi sonucunda mağdurların yaklaşık %50'sinin mahkemeye güveni azalmış, %30'unun değişmemiş, %23'ün ise artmıştır[31].

Avukattan yararlanma oranı incelendiğinde, mağdurların %58,1'nin özel avukatı olduğu, %8,1'ine Baro'dan avukat atandığı, %38,1'inin de avukatı olmadığı tespit edilmiştir[32]. Mağdurların avukattan memnuniyet oranları %56'dır[33].

Bu kapsamda yapılan bir diğer proje de Adalet Gözet projesidir.[34] Bu proje ile adaletin de sağlık gibi, eğitim gibi, güvenlik gibi öncelikli olarak bir kamu hizmeti olarak algılanmasının ve vatandaşın da bu hizmetin bir numaralı yararlanıcısının olduğunun anlaşılmasının bir adalet politikası oluşturma açısından önemini ortaya koymaya çalışılmıştır[35]. Adalet Gözet Projesi, toplam 3000 kişi üzerinde, Ağustos 2006, Ocak- Mart 2007 ve Haziran- Temmuz 2007 tarihlerinde yapılan araştırmalara dayanmaktadır. Yapılan bu araştırmada katılımcılardan % 3.7 suç mağduru olarak mahkemede bulunmuşlardır[36]. Bu oran mahkeme deneyimi olanların % 12,6'sını oluşturmaktadır[37].

Yapılan araştırma neticesinde, gözlem yapılan adliyelerin hiçbirinde bilgi bankosu olmadığı, bilgi sağlama işinin kapıdaki güvenlik memuru ya da polisler tarafından mecburen üstlenildiği tespit edilmiştir[38]. Yeni yapılan adliyelerden araştırmanın tamamlanmasından sonra açılmış bulunan

---

30 Adalet Barometresi, s. 14.

31 Adalet Barometresi, s. 14.

32 Adalet Barometresi, s. 20.

33 Adalet Barometresi, s. 22.

34 "Bu araştırmada, kamu politikalarının değerlendirilme ve geliştirilmesine yönelik olarak, bu politikaların muhatabı olan sıradan vatandaşların gözünden adalet sisteminin nasıl çalıştığı betimlenmeye çalışılıyor", Ali Çarkoğlu, Derleyen: Seda Kalem, **Adalet Gözet, Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 20.

35 Adalet Gözet, s. 17.

36 Adalet Gözet, s. 45.

37 Adalet Gözet, s. 45.

38 Elveriş, Adalet Gözet, s. 90.

Bakırköy Adliyesinde veya Çağlayan Adliyesi'nde bu hizmeti veren yerler bulunmamaktadır. Çağlayan Adliyesi'nde girişte danışma bulunmakla beraber sadece mahkemelerin yerlerinin bulunması konusunda yardım edebilmektedirler.

III. ÖNERİLER

Yapılan bu araştırmalar her ne kadar düzenlemeler ile mağdurlara birçok hak tanınmış olsa da uygulamada mağdurların çok iyileşmediğini ortaya koymaktadır.

Mağdurun ilk karşılaştığı kişi polistir. Bu sebeple Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları A.1'de yer alan "Polis memurları mağdurlara anlayışlı, yapıcı ve güven verici bir şekilde davranmak üzere eğitilmelidirler" düzenlemesi büyük önem taşır. Emniyet ve adli makamların mağdura yapılacak muamele hakkında yetiştirilmeleri gerekir.

Mağdurun haklarını kullanabilmesi için öncelikle bilgilendirilmesi gerekir. Bu bilgilendirme birçok konuyu kapsar.

Mağdurun bilgilendirilme hakkı aktüel değil, potansiyel olmalıdır. Yücel'e göre, suçun önlenmesinde alınacak tedbir ve uygulanacak proje içinde ilk olarak mağdura yönelik bilgilendirme kampanyaları düzenlenmesi, daha sonra komşuların bilgilenmesi ve nihayet zararın devletçe tazmini, mağdura destek, barınak sağlanması ve cinsel saldırıya uğrayanlara yardım merkezleri gelir[39].

Mağdurun yargılanma sürecine ilişkin bilgilendirilmesi adli makamlarla ilk temasından itibaren hemen ve etkin bir şekilde yapılmalıdır. Bu bilgilendirme, mağduriyetin giderilmesi için hangi yasal olanakların bulunduğu ve bunları kullanmak için hangi yollara başvurabileceğine, dava dosyasını inceleme hakkının bulunduğuna ve avukat yardımından yararlanabileceğine ilişkin olmalıdır. Mağdurun haklarının sözlü olarak bildirilmesinin yanı sıra, anlayıp anlamayacağı sorununu ortadan kaldırmak üzere kendisine haklarının yanı sıra, bu konuda yardım sağlayabilecek kişilerin ve kuruluşların yer aldığı bir broşürün verilmesi uygun olabilir[40].

Mağdurun zararın tespit edilmesi ve zararının giderilmesi gerekir. Yargılama makamlarına verilen her türlü resmi bilgi ve raporda, mağdurun maruz kaldığı zarar ve kayıpları mümkün olduğu kadar açık ve tam olarak belirtilmelidir. CMK'da sadece mağdurun zararının sanık tarafından gideril-

---

39 M.T. Yücel, **Türkiye'de Suç Bilimine Doğru**, TBBD, 1995/3, s. 430.

40 Özbek, s. 300, dn. 245.

mesi öngörülmüştür. Oysa ki Devlet, ceza verme yetkisini tekeline aldığına göre, bir suç nedeni ile olan giderime hükmetmeyi de üstlenmelidir zira, bu noktada, devlet destek ve güvencesi çok önemlidir[41]. Terör olaylarında malı zarar görmüş olanlara ve sigortalı olmayan kişilere devlet tazminat vermektedir.(TMK m.22) Çağdaş hukukta suçtan zarar görenin zararının giderilmesi insan haklarına dayandırılmakta ve sosyal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğe sahip olmanın devlet tarafından temini gerektiği düşüncesine dayanmaktadır[42]. Bu amaçla devlet tarafından mağdurların zararlarının giderilebilmesi için para cezalarından, müsadere edilen malların satışından vb. usullerden elde edilen paraların toplanacağı bir fon oluşturulabilir[43]. 2918 sayılı KTK m. 108 "Garanti Fonu" bu şekildeki fonlardandır.

Ayrıca mağdurun soruşturma ve kovuşturma evresinde ve hatta sonrasında da korunması gerekir. Mağdurun korunması, adresinin gizli tutulması, duruşmada veya sorguda hazır bulunmaktan muaf tutulması, yayınlar yapılmaması, duruşmaların gizli yapılması şeklinde olabileceği gibi, bizzat devlet güvenlik güçleri tarafından aktif olarak güvenliğinin sağlanması şeklinde de olmalıdır.

Mağdurun suç sonrası kişisel sorunlarını benlik sorunu, ilişki sorunları, cinsel yaşam sorunları, topluma karşı tutumlardaki sorunlar, kişilik bozukları, mağdurun geliştirdiği savunma mekanizmaları, aile içi şiddete maruz kalan kadınlardaki sorunlar şeklinde sıralamak mümkündür[44]. Bu sorunlar sebebiyle mağdura psikolojik desteğin sağlanması gerekir. Bu amaca hizmet eden mağdur yardım organizasyonlarının kurulması ve etkin bir şekilde işler hale getirilmesi önem taşımaktadır.

Ceza hukukunda suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi samimi olarak isteniyorsa, bunun alt yapısı olarak niteleyebileceğimiz mağdurun özellikle mağduriyetin giderilmesine ilişkin hakları ve bu hakların öğretilmesi, muhakeme organlarından muhakemenin gidişatı hakkında bilgi alma, mağdura avukat atama zorunluluğu ve bu avukatın ücretinin devletçe karşılanması gibi konularda uygulamanın iyileştirilmesi gerekmektedir.

---

41 Sokullu- Akıncı, 360.

42 Duygun Yarsuvat, **Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması**, İnan Kıraç'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara, 1994, s. 335.

43 Özbek, s. 312.

44 Sokullu- Akıncı, s. 289 vd.

Kaynakça

Arıcan, Mehmet, *Ceza Adaleti Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi,* Ankara, 2009

Centel, Nur, Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* İstanbul, 2006

Dönmezer, Sulhi, Yenisey, Feridun, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği* 1998, İstanbul, 2000

Heather Strang, Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice, Oxford, 2002

Kalem, Seda, Jahic, Gamla S., Elveriş, İdil, *Adalet Barometresi: Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri,* İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008

Kalem, Seda (Derleyen), *Adalet Gözet, Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme,* İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları

Özbek, Veli Özer, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi,* Ankara

Sokullu- Akıncı, Füsun, *Viktimoloji,* İstanbul, 2008

Tarhanlı, Turgut, *Onarıcı Adalet, Onarıcı Adalet, Mağdur- Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı,* İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları

Tırtır, Mustafa, *Mükerrerlere Özgü İnfaz Rejimi,* Suç ve Ceza (Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını), C.II, İstanbul, 2008

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku,* Ankara 2005

Türkiye'de Adam Öldürme Cürmü Mahkumları Hakkında Kriminolojik İstatik, İstanbul Üniversitesi Türk Kriminoloji Enstitüsü, 1948,

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, New York

Yarsuvat, Duygun, *Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması,* İnan Kıraç'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara, 1994

Yücel, Mustafa Tören, *Türkiye'de Yargının Etkinliği,* Ankara, 2008, TBB

Doping

*Kısmet ERKİNER**

Genel Bilgiler - TARİHİ GELİŞİM :

Dünyada doping hakkında araştırılma yapılması önerisi ilk kez, 1960 Roma Olimpiyatları sırasında cereyan eden Psiko-Ergo-Farmakoloji Uluslararası Kongresinde ortaya atılmış, ve 1962'de organize edilen iki yuvarlak masa toplantısı sonrasında, 26-27 Ocak 1963'de Fransa'da toplanan bir bilimsel Kongrede Doping'in ilk tanımının yapılmasına çalışılmıştır. Bu ilk tanıma göre :

> « **Doping bir sporcunun fizyolojik hazırlanması değildir. Bu hazırlanma yaşamsal önemdedir ve tıbbi kontrol altında yapılmalıdır. Bir yarışma hedeflenerek veya bir yarışma sırasında, verimi arttırmaya yönelik, spor etiğine aykırı ve sporcunun beden veya ruh sağlığına zarar verebilecek, her türlü madde veya yöntem uygulamaları DOPİNG addedilir.** »

Bu ilk tanım, halen geçerli olan Doping tanımının da bütün unsurlarını içermektedir. Bununla birlikte Avrupa Konseyi'nin Kasım 1963'de Starsbourg ve Madrid'de yaptığı iki toplantıda yeniden ele alınmış ve geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu toplantıda sırası ile Avusturya, Danimarka, İspanya, İtalya, Hollanda ve İngiltere kendilerine uygun gelen Doping tanımlarını tartışmaya sunmuşlardır. Bu toplantıda ülkemiz açısından bize ilginç gelen nokta, daha 1963 yılında doping hakkında organize edilen bu ilk diplomatik nitelikteki kongreye Türkiye kendi DOPİNG tanımını sunmak suretiyle aktif katılımda bulunmuş olduğudur. Avrupa Konseyi arşiv kayıtlarına göre **Türkiye'nin 1963 yılında DOPİNG hakkındaki tanımı şu şekildedir**:

---

* Avukat, İstanbul Barosu, Spor Hukuku Enstitüsü Başkanı Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) Üyesi Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi (TMOK) Üyesi Türkiye Milli Paralimpik Komitesi (TMPK) Hukuk Kurulu Başkanı

DOPİNG MADDESİ, PERFORMANSI YÜKSELTEN BİR TÜR FARMAKOLOJİK UYARICIDIR.

Uzun tartışmalardan sonra Avrupa Konseyi, devletlerin sundukları birbirlerine yakın veya uzak tanımları değerlendirerek doping hakkında şu tanımı karara bağlamıştır :

« **Doping, bireyin bir yarışmaya katılımı nedeniyle ve yapay ve haksız şekilde performansını arttırmak amacıyla, organizmaya yabancı fizyolojik maddelerin, herhangi bir yöntemle yüksek dozda ve anormal yollardan, sağlıklı bir kişiye uygulanması veya kendisi tarafından kullanılmasıdır.** »

1964'de Tokyo Olimpiyatları münasebetiyle toplanan bilimsel kongre yukarıdaki tanıma şu paragrafı ilave etmek gereğine karar vermiştir:

« **Bir yarışmaya katılım sırasında, niteliği, dozajı veya uygulama şekliyle, bir sporcunun yapay ve haksız şekilde performansını arttıracak bir tıbbi müdahale zorunluluğu doğarsa, bu dahi doping addedilmelidir.** »

Sonrasında, 1965 yılından itibaren Devletler ilk yasal doping tanımlarını yapmaya başlarlar. Diğer bir ifade ile « doping ile mücadele ulusal yasalarını » kabul ederler. Bu bağlamda Belçika : Nisan 1965, Fransa : Haziran 1965'de doping ile mücadeleyi yasal düzenleme altına almıştır. Bu kanunların çıkartılması, ve özellikle bunlara bağlı yönetmeliklerin ve ekli yasak madde – ilaç listelerinin kabulü ile doping kavramı, tanımı akademik kongre çalışmalarını aşarak somutlaşmış ve yasaklar ile cezalar içeren bir hukuk düzenine kavuşmuştur.

Ancak bir yandan doping ile mücadele yasal bir düzenlemeye ulaştırılırken, hemen karşısında bu mücadelenin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne aykırı olduğunu iddia eden zıt görüşlüler de ortaya çıkmıştır. Bu karşıt görüşlere ve doping ile mücadelenin yersiz olduğunu ileri sürenlere rağmen 1967'de Uluslararası Bisiklet Federasyonu kendi doping tanımını ve yasaklı maddeler listesini tanzim eden ilk uluslararası teşkilat olmuştur.

1970'li yılların sonunda sağlık meslek erbabı, spor dünyası ve diğer teşekküller tarafından oluşturulmuş yüze yakın doping tanımı birbirleri ile kesişmekte, birbirlerini tamamlamakta ve bazen de birbirlerine zıtlıklar ortaya koyar hale gelmişlerdi. Bu durum karşısında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1984 yılında dopingin basitleştirilmiş bir tanımını yapmak ihtiyacını duymuştur. Avrupa Konseyi'nin bu tanımına göre:

« Sporda doping, yetkili spor teşkilatlarının kurallarına aykırı şekilde, bunların yasaklamış olduğu madde veya madde sınıflarını kullanmaktır. »

Bu tanımlamadan iki yıl sonra Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) de nihayet şimdiye kadar yapılmış tanımlamalara oldukça yakın, kendi tanım ve yasaklı maddeler listesini kabul etmiştir. Aynı dönemlerde Uluslararası Amatör Atletizm Federasyonu (IAAF) gibi sporun çok önemli kuruluşları da kendi doping tanım ve yasaklı maddeler listelerini saptayarak bu alanda etkin bir mücadeleye girişmişlerdir.

Fakat bu kez de ortaya çok farklı yasaklı maddeler listeleri ortaya çıkmış ve uygulanır olmuştur. Bu durum da farklı disiplinlerdeki sporcular arasında bir haksızlık, adaletsizlik duygusu yaratmıştır ; zira bir sporda doping olarak nitelenen ve cezalandırılan bir madde bir başka sporda serbest kalmıştır. Bu duruma bir örnek vermek gerekirse ABD'de NBA'de dopingli bir sporcu çok ağır bir cezaya çarptırılmakta : hayat boyu ihraç edilmekte ve fakat bu cezaya maruz yasaklı madde listesi de o denli kısa tutulmaktaydı : sadece kokain ve eroin.

Zaman içerisinde Devletler doping ile mücadeledeki yasal düzenlemelerini yeniden, günün şartlarına uygun şekilde ele almışlar ve örneğin Fransa 1965 tarihli kanununu 1989'da yenilemiştir. Yine 1989'da Avrupa Konseyi de doping tanımını yeniden ele almıştır. Bu yeni düzenlemesinde doping şöyle tanımlanmaktaydı :

Bu sözleşme uyarınca :

a) Sporda dopingden anlaşılan, sporculara uygulanan veya bunlarca kullanılan farmakolojik madde sınıfları veya yöntemleridir;

b) Farmakolojik madde sınıfları veya yöntemlerinden anlaşılan, yetkili uluslararası spor teşkilatlarınca yasaklanmış ve bu alanda tanzim edilen listelerde bulunan farmakolojik madde sınıfları veya yöntemleridir;

c) Sporcudan anlaşılan, organize spor faaliyetlerine düzenli şekilde katılan her iki cinsiyetten bireylerdir. »

Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC)de tanımını geliştirmek ihtiyacını duymuş ve 1999'da Lozan'da toplanan [Sporda Doping Dünya Konferansı (2-4 Şubat 1999)]'ndan şu yeni tanım çıkmıştır:

1. Sporcunun sağlığı için tehlikeli olabilecek ve/veya performansını iyileştirebilecek bir madde veya metodun kullanılması,

2. Sporcunun organizmasında, bu KOD'a aykırı bir maddenin bulunması veya bir metodun uygulandığının saptanması doping olarak nitelenir. »

Günümüze kadar geniş bir kabul görmüş hiçbir doping tanımına ulaşılamamıştır. Bununla beraber mevcut bütün tanımların iki müşterek noktası bulunmaktadır:

- Sporculara uygulanır (antrenmanda veya yarışmada)
- Bir yasak maddeler ve metodlar listesi ile somutlaşmıştır.

Neden dopingin tanımı ve maddeler listesi üzerinde bu kadar durulmaktadır sorusuna verilebilecek cevap, doping ile mücadelenin etkin silahı ceza olduğuna göre Ceza hukukunun temel kuralı olan suç tanımının çok açık şekilde yapılması zorunluluğudur.

Halen yürürlükte bulunan doping tanımlamalarında birinci müşterek, SPORCULARA uygulandığıdır. Bu durumda sporcunun tanımının açık şekilde yapılması gerekir. Bunun olası olması için ise SPOR'un tanımının eksiksiz ve doğru yapılması şarttır. Söz konusu olan beden hareketleri midir, beden eğitimi midir, toplu yapılan faaliyetler midir, yarışmalar mıdır, kişisel oyunlar mıdır yoksa takım oyunları mıdır? Ayrıca kastedilen kitle sporu mudur, amatör spor mudur, elit sporu mudur, dinlence sporları mıdır, okullarda yapılan spor mudur ?

Sporun var olduğu bütün bu tanımlamalarda, dopingi bunlardan sadece bir tek kategorisine odaklamak diğerlerini bu mücadelenin dışında bırakır. Bir diğer deyişle halen benimsenmiş olan tanımlamalarla sadece **"organize spor yarışmalarına katılan sporculara uygulanır"** ve diğer bütün kategoriler bu mücadelenin dışında bırakılmaktadır.

Dopingle mücadelenin ikinci unsuru **yasak maddeler ve yöntemler listesidir.** Bir diğer ifade ile bu listede bulunmayan bir farmasötik madde bu tanım icabı yasak değildir**. Genelde benimsenen liste IOC listesidir.** Ancak bunun dışında kendi yasaklar listesine farklı maddeleri ilave eden Federasyonlar bulunduğu gibi bunlardan bazılarını hariç tutan çok dar yasak maddeler listeleri bulunan bazı uluslararası federasyonlar ve bazı özel sporlarda ulusal federasyonlar ve hatta lig organizasyonları (özelikle ABD'de bazı profesyonel organizasyonlarda) vardır.

Yukarıdaki hususa örnek vermek gerekirse: Uluslararası Okçuluk Federasyonu IOC listesine "anksiolitik'leri, antipsikotik'leri, antidepresan'ları, hipernotik'leri ve antihistaminik'leri ilave eder; Uluslararası Trampolin federasyonu bazı doğal bitki preparatlarını (ma-huang gibi) ilave eder; buna karşın Profesyonel Tenis Federasyonu (ATP) betablokan'ları hariç tutar.

Uluslararası Halter Federasyonu yarışmalarda IOC listesini kullanır ve fakat antrenmanlarda (içinde ne uyarıcıların, ne betablokanların, ne narkotiklerin, ne lokal anasteziklerin ne de kortikoidlerin bulunduğu) kendi listesini uygular. ABD'de daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi Ulusal Basketbol Federasyonu (NBA) yasaklı madde olarak sadece kokain ve eroini arar. Buna karşılık Beyzbol Birinci Ligi (Major League Base-Ball) kokaini, marijuana'yı, amfetaminleri, sert steroidleri, afyon türevlerini ve fensiklidin'i yasak maddeler listesine almıştır. Bazı spor teşkilatları belirsiz yasak listelerine sahiptirler: Örneğin, Ulusal Hokey Ligi'nin "resmen yasa dışı olan bütün maddeler" ifadesindeki ne anlama geldiği belli olmayan tanımında olduğu gibi. Bazı ülkelerde sporcu, ikamet ettiği yere göre farklı yasak listelerine muhatap olabilmektedir. Örneğin iki toplumlu olan Belçika'da Fransız Toplumu ile Flaman Toplumu farklı iki yasak maddeler listesine sahiptirler. Burada sadece Fransız toplumu kodein, thiroid hormonu, theofilin ve türevlerinin kullanımını yasaklamaktadır. Nihayet bir ülkenin farklı sporlardaki federasyonlarının belli bir maddeye karşı tutumları da farklı olabilmektedir. Örneğin Fransa'da 1996'da 29 Federasyonu ilgilendiren 58 marijuana kontrolünde 21 farklı ceza uygulaması yapıldığı tespit edilmiştir.

Oysa sporda, yasaklı madde olup, kullanımının suç oluşturduğu maddeler, başka alanlarda serbestçe kulllanılmakta, hatta Devlet tarafından kullanıldırılmaktadır. Örneğin, yazarın kokaine, öğrencinin anfetaminlere, yöneticinin uyarıcılara, sorunlu kişinin antidepresyon ilaçlarına, Amerikalı ve Rus astronot ve kozmonotların en sofistike askeri doping müstahzarlarına, nihayet sokaktaki adamın Viagra'ya sarılması, bu kişilerin daha yüksek performansa ulaşma ve kendilerini aşma arzusundan ileri gelmektedir. Doping kullanımında alınan müstahzarların % 95'i, asıl tedavi alanlarından saptırılmaktadır: Astım ilacı "efedrin", sür'at koşucularının depara tepki süresini kısaltarak harekete geçişini çabuklaştırmaktadır; pediatride kullanılan "büyüme hormonu", haltercinin adele ağırlığını, dolayısı ile gücünü arttırmaktadır; depresyon ilacı "prozac", maratoncunun acıya direncini güçlendirmektedir; kansızlığa karşı tedavi ilacı "eritropoetin yani EPO", kandaki oksijen dolaşımını artırarak bisikletçinin dayanıklılığını artırmaktadır; Alzheimer hastalığında kullanılan "tachrine", Formüla 1 pilotunun veya golf oyuncusunun kat edeceği yolu daha iyi hatırlamasını sağlamaktadır; damarda yüksek tansiyonu düşürücü bir "beta-bloker" atıcının titremesini azaltır; uyku halini tedavi eden "modafinil", Körfez savaşı sırasında askerler tarafından kullanılmış, sporda ise, tek başına uzun yelken yarışlarına katılanlarca kullanılmaktadır. Bu örnekleri çok artırmamız mümkündür.

Bütün bu tespitlerin ışığında bu konuda varabileceğimiz sonuç, günümüzdeki doping hakkındaki tanımlamaların konuya farklı prensiplerle yaklaşan bilim dallarının farklı sonuçlara vardıkları-

dır. Bu bağlamda hukuki, tıbbi, etik ve sosyal tanım ve sonuçlar farklıdır.

Devletlerin ve tabii ki **Türkiye**'nin dopingle mücadelede yapmaları gereken yasal düzenlemelere değinirken, kaçınılmaz olarak, bunlara esin kaynağı olan ve tarihsel önceliği bulunan uluslararası düzenlemeleri vurgulamamız gerekmektedir. Tarihsel gelişim ve doping tanımlarını verirken bahsettiğimiz Avrupa Konseyi düzenlemeleri, bunun ana kaynağını oluşturmuştur. Avrupa Konseyi'nin (1967) spor hakkında kabul etmiş olduğu ilk düzenleme doping hakkında olmuştur. Aynı yıl IOC doping kontrolü hakkında ilk düzenlemelerini kabul ederek 1968 Olimpiyatları'nda uygulamaya geçirmiştir. Bu düzenlemeler, o tarihte mevcudiyeti dahi bilinmeyen (kan dopingi gibi) birtakım doping yöntemlerini dahi ileride kucaklayacak şekilde soyut ve geniş tutulmuştur. Bu dönemlerde birtakım ülkeler dopinge karşı ilk yasal düzenlemelerini kabul etmişlerdir; bunlardan Belçika ve Fransa 1965'de, **Türkiye 1971'de (yabancı kaynaklar her ne kadar Türkiye'nin dopingle mücadelede bir kanunu olduğunu yazarlarsa da söz konusu hukuk belgesinin 17.5.1971 tarih ve 13839 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Sportif Dopinglerle Mücadele Yönetmeliği" olduğunu belirtmek isteriz)**, İtalya ve Yunanistan 1975'de, Portekiz 1979'da, İspanya 1980'de, çeşitli tarihlerde de Polonya, Rusya, Arnavutluk, Bosna-Hersek, Gürcistan, Litvanya, San Marino, Slovenya, Ukrayna, Bulgaristan, Makedonya, Romanya hukuki düzenleme ve tedbirlerini yürürlüğe koyan ülkelere örnek olarak belirtilebilir. Avrupa dışından da örnek vermemiz gerekirse 1969'da Uruguay ve 1970'de Kolombiya'yı zikredebiliriz. Fransa 1965 tarihli Kanun'unu 2000 yılında, İsviçre ise 1972 tarihli Kanun'unu 2002 yılında yeni düzenlemelerle değiştirmişlerdir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gelişmelere koşut olarak, doping ile mücadele uzmanları ve özelikle kontrol laboratuarları yöneticileri 1981'de Avrupa Konseyi Sporu Geliştirme Direktörler Komitesi (CDDS)'nden bir "Sporda Dopingle Mücadele Sözleşmesi" hazırlamasını talep etmişlerdir. "Sporda Doping ile Mücadele Avrupa Şartı" bu talep sonrasında doğmuştur. 1984'de Uluslararası Spor Federasyonları Birliği ve IOC bu Şart'ı destekleyen kararlar alırlar ve Avrupa Ulusal Olimpiyat Komiteleri Birliği de 1985 yılında benzer bir karar alır.

Dopingle Mücadele Şartı kısa adıyla anılan bu uluslararası hukuk belgesi Avrupa Birliği Komisyonu, Dünya Sağlık Teşkilatı, UNESCO gibi kuruluşların da konuya ait referans metni olmuştur. Devletlerin çoğu da ulusal düzenlemelerini bu Şart'a uyum içerisinde gerçekleştirmişlerdir. Şartın kabulünden kısa bir süre sonra, 1986 yılında Spor Bakanları toplantısında Şart'a katılan ülkeler çevresinin genişletilmesi ve Avrupa dışı ülkelerinde katılımını sağlamaya yönelik bir karar alınmış ve bunun ışığında ilk Avrupa

dışı katılım aynı yıl Kanada'dan ve sonraki yıllarda Avustralya, Güney Afrika, 2002'de Tunus gelmiştir. A.B.D. Şart'ın hazırlıklarında aktif rol oynamış olmasına rağmen Devlet olarak ne imzalamış ne de onaylamıştır. Bu sıralarda, sosyalist devletler spor teşkilatları yöneticileri, 1988'de Budapeşte'de yaptıkları bir toplantıda IOC'den uluslararası düzeyde doping kontrollerinin yapılması çağrısında bulunurlar.

Avrupa Konseyi bünyesinde çıkartılan ilk Şart'tan sonra da çalışmalar sürdürülmüş ve 1989 yılında "Dopingle Mücadele Sözleşmesi" Devletlerin imzasına açılmıştır. **Bu sözleşmeyi Türkiye, çıktığı 16.11.1989 tarihinde hemen imzalamış ve 22.11.1993 tarihinde TBMM'de onaylayarak 01.01.1994 tarihinde bir iç hukuk belgesi olarak yürürlüğe koymuştur.**

Doping ile mücadelede birçok başka çok taraflı ve ikili uluslararası sözleşmenin de bulunduğunu belirtmeliyiz. Bunlar arasında; Uluslararası Dopingle Mücadele Sözleşmesi (IADA)'ni, Balkan Ülkeleri Dopingle Mücadele Konvansiyonu'nu, Çin Olimpiyat Komitesi ile Avustralya Spor İlaçları Ajansı (ASDA) arasındaki İşbirliği Anlaşması'nı, Avustralya ile Yeni Zellanda Hükümetleri arasındaki İkili İşbirliği Anlaşması'nı, Avustralya Spor İlaçları Ajansı (ASDA) – Amerika Birleşik Devletleri Olimpiyat Komitesi (USOC) – Kanada Sporda Etik Merkezi (CCES) arasındaki üçlü anlaşmayı, Dopingle Mücadele Kuzey Ülkeleri Konvansiyonu'nu örnek verebiliriz.

Avrupa Konseyi'nce oluşturulan "**Dopingle Mücadele Sözleşmesi**", özellikle doping maddelerinin dolaşımını azaltıcı tedbirlerin ahenkleştirilmesini öngören tedbirler içermekte; dopingle mücadele kontrollerini güçlendirecek, bulgulama tekniklerini ve eğitim programlarını geliştirecek, kullanıcı ve diğer sorumlulara uygulanacak cezaların etkinliğini arttıracak tedbir hükümleri içermektedir. Bu Sözleşmenin bir özelliği de Avrupa Konseyi bünyesinde "İzleme Grubu" adını taşıyan bir organa sahip olmasıdır. Siyasi nitelikte olan bu organ Sözleşmeye taraf olan bütün Devlet temsilcilerini ve Ulusal Olimpiyat Komiteleri temsilcilerini bir araya getirmekte, Sözleşmeyi devamlı gözden geçirmekte, uygulamalarını gözetmekte, yasaklı maddeler listelerini kabul etmekte ve sair gerekli kararları almaktadır.

Avrupa Birliği Komisyonu, dopingle mücadele alanında zorlayıcı yasal metinler kabul etmeye yetkisi bulunmadığı görüşündedir; bununla beraber, 3 Aralık 1990'da dopingle mücadelede Topluluk politikası ve 8 Şubat 1992'de sporda dopinge karşı bir davranışlar Kod'u kabul etmiştir. Bu Kod, çevreyi eğitmek, sağlık personelinin sorumluluklarını belirlemek, laboratuarları standardize etme ve kamu oyunu bilgilendirmek hususlarını içeren on madde tespit etmiştir. Ayrıca Avrupa Parlamentosu da sporda doping konusunda 27 Nisan 1994 bir Rapor ve 6 Mayıs 1994 ile 17 Aralık 1998 tarihlerinde Kararlar almıştır. 1994 yılı kararı ile Avrupa Birliği Komisyonu ve

Konseyi, Birliğin doping konusunda mücadele sorumluluğu bulunduğunu ve bu sorumluluğu nasıl bir politika ile yerine getireceğini belirlemektedir. 1998 Kararı ile ise Birlik, üyesi Devletlerin dopingle mücadele politikalarını nasıl ahenkleştireceklerini düzenleyen tavsiyelerde bulunmaktadır.

Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi birlikte geliştirdikleri bir çalışmanın sonucunda EUROPACK adlı bir eğitim programı oluşturmuşlar; bir de "Temiz Spor Kılavuzu" adlı belge çıkartmışlardır.

UNESCO yakın zamana kadar Avrupa Konseyi'nin Sözleşme ve diğer çalışmalarını kendisi için de yeterli görürken, bu sözleşmenin dünyanın bütün ülkelerine açık olmasına rağmen bir türlü Avrupa dışı üyeliklerini istenilen sayıda artıramadığı görüldüğünden, yeni bir Evrensel Dopingle Mücadele Sözleşmesi yaratılmasında öncülük etmiştir. Ancak bundan önce de sporda etik prensipler ve eğitimsel değerlerini içeren "Beden Eğitimi ve Spor Uluslararası Şartı" (1978) ile UNESCO Spor ve Beden Eğitimi Bakanlar Konferansının 1988 Moskova toplantısında aldıkları "5 sayılı Tavsiye Kararı"nı belirtmemiz gerekir.

Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) spor dünyasında kaynak – referans teşkilat olarak gösterilir. Bu husus doping ile mücadelede de, Devletlerin yasal düzenlemeleri dışındaki, spor dünyasının özgün düzenlemelerinin kaynağıdır. IOC Anayasası konumunda olan Olimpik Şartı'nın 48.1 maddesinde bulunan "Dünya Dopingle Mücadele Kod'u bütün olimpik hareket için mecburidir" hükmünden başlayarak, IOC'nin yasak madde ve yöntemler listesi hemen bütün uluslararası federasyonlar, olimpik olmayanlar da dahil, tarafından benimsenmiştir. "Olimpik Hareketin Dopingle Mücadele Kodu" 1 Ocak 2000 tarihinde, eski IOC Medikal Kodunun üzerine inşa edilerek kabul edilmiştir. Uluslararası bir federasyon, IOC tarafından tanınmak için bu kodu da uygulamayı kabul etmeli ve etkin, yarışma dışı kontroller uygulamalıdır.

Söz konusu Dopingle Mücadele Kodu, sporun bütün katılımcılarına uygulanacağını belirtir. Katılımcıdan anlaşılması gereken: sporcu, antrenör, yönetici, sağlık personeli, sporcularla çalışan paramedikal personel ve sporcuların yarışmalara hazırlanmalarında rol alan, yardımcı olan bütün kişilerdir. Kod'un uygulanma alanı. Olimpiyat Oyunları, IOC'nin patronaj ve destek verdiği bütün yarışmalar, bir Uluslararası Federasyon veya Ulusal Olimpiyat Komitesi yönetiminde yapılan bütün yarışma ve etkinliklerdir.

Doping yapmak yasak olduğu kadar, tavsiye etmek, teklif etmek, onaylamak, izin vermek, göz yummak, kolaylaştırmak da yasaktır. Aynı şekilde doping maddesi satışı, dağıtımı, pazarlanması, kaçakçılığı, da yasaktır.

Her ne kadar IOC Kodu amir nitelikte olma iddiasında olsa da uluslararası federasyonların da doping ile mücadelede kendi kuralları, talimatları bulunuyor. Bunların bazıları çok teferruatlı ve geniş bazısı ise sadece ana prensiplerle donatılmış durumda; örneğin, Uluslararası bisiklet Federasyonu (UCI) Dopingle Mücadele Talimatı 212 madde ve 12 ekden oluşurken, Uluslararası Yüzme Federasyonu (FINA)'nınki sadece 12 maddedir. Ancak yine de IOC Olimpik Şart hükümleri ile, tanıdığı uluslararası federasyonlara Dopingle Mücadele Kodu'nu uygulama mecburiyetini yükler. Bu durumda uygulamayanların tanınmışlığını geri alması gereken IOC yine de özgün talimatlarının bulunmasına göz yummaktadır..

Ulusal spor federasyonlarına gelince, bunlar ise organize ettikleri uluslararası yarışmalarda bağlı oldukları uluslararası federasyonun, ulusal yarışmalardaysa kendi talimatlarını uygulamaktadırlar.

Bütün bu bilgilerin ışığında durumu özetlememiz gerekirse, geçmişte ve hatta kısmen şimdi de, ne Devletler ve spor teşkilatları arasında, ne spor federasyonlarının biri birleri arasında bir kurallar ve yasak madde ve yöntemler tam bir liste birliği bulunmaktadır. Genelde IOC listesi referans rolü oynamaktaysa da federasyonların kendi listeleri de bulunmaktadır.

1998 yılında Fransa Bisiklet Turunda yaşanan, neredeyse örgütlü suç boyutundaki, bir doping skandalı (Festina takımının Tur'dan ihracı) sonrasında IOC bir dopingle mücadele dünya konferansı toplamaya karar verir. **Konferans 2-4 Şubat 1999 tarihlerinde, aynı zamanda IOC merkezinin de bulunduğu, İsviçre'nin Lozan kentinde toplanır**. Katılımcıları: IOC, ulusal olimpiyat komiteleri, uluslararası federasyonlar, sporcu temsilcileri, devletlerin delegasyonları, uluslararası teşkilatlar temsilcileri (Avrupa Konseyi, AB, UNESCO gibi), bilim ve spor dünyasının ilgili teşekküllerinin temsilcileridir. Konferansta ele alınan konular başlıca dört ana temadadır:

1) Sporcuların korunması,

2) Dopingin hukuki ve siyasal boyutları,

3) Önleme yöntemleri = etik, eğitim ve iletişim,

4) Son olarak da konunun mali boyutu.

İki gün boyu süren müzakereler sonucunda altı noktada toplanan kararlar alınır; bunlara göre:

1. **Yeni, bağımsız bir "Dünya Dopingle Mücadele Ajansı" kurulacaktır (W.A.D.A. = World Anti-Doping Agency – Agence Mondiale Antidopage = A.M.A.) ve kuruluşu 2000 yılı Sydney Olimpiyatlarından önce gerçekleştirilecektir**. Ajansın başlıca altı hedefi bulunacaktır:

Sporda;

1) Etik değerleri geliştirmek ve sağlığı korumak,
2) Yasak maddeler ve yöntemler hakkında müşterek bir liste hazırlamak,
3) Yarışma dışı kontrolleri geliştirmek,
4) Kontrol yöntemlerini, disiplin kovuşturma usullerini ve cezalarını ahenkleştirmek,
5) Eğitim ve iletişim programlarını geliştirmek,
6) Doping ile mücadele konusundaki araştırmaları koordine etmek ve geliştirmek

2. WADA, sporcuların eğitimi, korunması ve hakları konularında çalışmalar yapacaktır. Bu bağlamda antrenörler ve diğer yöneticiler de dürüstlük, etik ve fair-play'e uygun davranacaklarına dair "olimpik yemin"de bulunacaklardır.

3. Olimpik hareketin Dopingle Mücadele Kodu, doping karşı savaşta temel rol oynamaktadır

4. Yarışmalar sırasında veya dışında yapılan kontrollerde elde edilen pozitif sonuçlara uygulanacak cezalar saptanacaktır.

5. WADA, diğer uluslararası teşkilatlarla, hükümetlerle, kamu kuruluşlarıyla, ve kendisini dopingle mücadeleye vakfetmiş diğer kamu ve özel hukuk kuruluşlarıyla işbirliği yapacaktır.

6. IOC, uluslararası federasyonlar, ulusal olimpiyat komiteleri ve CAS – TAS (Spor Tahkim Mahkemesi) yetki ve bağımsızlıklarını korumaktadırlar; ancak, WADA ile işbirliği yapacaklardır.

WADA'nın kurulmasında kabul edilen Statüsü'nün 4. maddesi yukarıda belirttiğimiz, kuruluş konferansında alınan kararlara sadık kalmıştır. WADA hukuki tüzel kişilik olarak bir "İsviçre özel hukuk" kuruluşu, diğer bir ifade ile bir dernek niteliğinde olup İsviçre İçişleri bakanlığının denetimi altındadır. Merkezi İsviçre'de olabileceği gibi başka bir ülkeye de taşınabilir olduğundan 21 Ağustos 2001'de WADA Kurucular Kurulu'nda yapılan bir oylama sonucunda 17'ye karşı 15 oyla Kanada'nın Montreal kentine taşınmıştır. Bunda Kanada hükümetinin beş yıl için WADA'ya bir takım vergi avantajları ve bazı giderlerini karşılama vaadinin etkili olmuş olduğu ileri sürülmektedir.

Türkiye, WADA'ya karşı, ekonomik bakımdan kendisinden çok daha gelişmiş ülkelere nazaran çok önemli bir mali mükellefiyeti muntazam şekilde yerine getirmektedir; ancak, henüz WADA'dan gereğince yararlanabileceği bir politika geliştirememiştir. Ajans'ın hiç bir organında yer almamakta ve araştırma projeleri bütçelerinden yararlanmamaktadır.

WADA kuruluşunun hemen ertesinde bir "**Dopingle Mücadele Kodu**" hazırlanmasına kendisini odaklamıştır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve UNESCO ile çok ciddi ve sıkı işbirliğine girmiş ve 2-3 Mart 2003 tarihinde Danimarka'nın başkenti Kopenhag'da toplanan bir konferansta "KOD"u ülkelerin hükümet temsilcilerinin imzasına açmıştır. Kopenhag'da 51 Devlet Kod'u kabul ettiklerine dair deklarasyonu imza etmişlerdir. Bu imza sadece devletlere değil Uluslararası Federasyonlara, Ulusal Olimpiyat Komitelerine ve diğer spor teşkilatlarına da açık tutulmuştur; bunlardan da çok büyük bir kısmı zaman içerisinde hem hükümetler olarak, hem de ulusal olimpiyat komiteleri ve ulusal dopingle mücadele kuruluşları (NADO'lar) WADA KOD'u tanıdıklarını beyan etmişlerdir. Bu bağlamda, **Türkiye hem hükümet olarak (GSGM), hem de spor teşkilatları olarak. TMOK ve Türkiye Doping Kontrol Merkezi gerekli işlemlerini yerine getirmişlerdir.**

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi **WADA Kod 2003'te kabul edilmiş ve 2004'te yürürlüğe girmiştir**. Ancak Kod, zaman içerisindeki uyugulamaları değerlendirilerek WADA Yönetim Organınca (WADA Foundation Board) tarafından **gözden geçirilmiş ve 17 Kasım 2007'de yeni şekli kabul edilmiştir. Bu yenilenmiş WADA Kod 1 Ocak 2009'da yürürlüğe girmiştir.**

7 Temmuz 2007'den beri yürürlükte bulunan Olimpik Şart ve 19 Ekim 2005 tarihinde Paris'te kabul edilip 1 Şubat 2007'de yürürlüğe girmiş olan "**UNESCO SPORDA DOPİNGE KARŞI ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ**", her ikisi de, dopingin önlenmesi ve dopingle mücadelenin Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin misyonunun ana unsurlarından olduğunu belirtirler ve WADA Kod'un bu konuda temel rol oynadığını vurgulamaktadırlar.

Türkiye, "UNESCO SPORDA DOPİNGE KARŞI ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ"ne katılmamızı 10 Aralık 2007 tarihinde 5721 sayılı Kanun ile uygun bulmuştur.

TÜRKİYE'NİN DOPİNGLE MÜCADELEDE POZİSYONU:

Türkiye'nin dopingle mücadeledeki pozisyonunu iki şekilde incelemek mümkündür. Bunlardan birincisi, bu konuda elinde bulunan enstrümanların neler olduğuna bakmak, ikincisi ise bu enstrümanları nasıl kullandığını belirlemektir.

Türkiye'nin dopingle mücadele enstrümanları, öncelikle bu konuda yetkili ve/veya görevli kurum ve kuruluşlardır, ikincil olarak da bu kurum ve kuruluşların çıkartmış oldukları, ve uygulamalarına dayanak oluşturan hukuki metinlerdir.

Anayasa'nın 59. Maddesi şu şekilde idi:

B. Sporun Geliştirilmesi

Madde 59: Devlet her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.

Devlet başarılı sporcuyu korur.

Bu maddeye 17.03.2001 tarihinde 6214 sayılı Kanun ile şu yeni fıkra eklenmiştir,(Madde başlığı şu şekilde değiştirilmiştir: "**B. Sporun geliştirilmesi ve tahkim**")

"Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz."

Ülkemizin dopingle mücadelede yetkili ve/veya görevli teşkilat ve kurumlarını şöyle sıralayabiliriz:

- **Başbakanlık GENÇLİK VE SPOR GENEL MÜDÜRLÜĞÜ (GSGM)**
- **GSGM hizmet birimi konumunda olan, henüz özerk olmayan Spor Federasyonları (az sayıda)**
- **Özerk (yeni düzende BAĞIMSIZ olan) SPOR FEDERASYONLARI (halen 60 kadar)** **(Spor federasyonları 3289 saılı GSGM Kanunu'nun Ek 9. Maddesi ile "Özerk" iken, 29.3.2011 tarih ve 6215 sayılı Kanun ile "BAĞIMSIZ"lık statüsüne kavuşturulmuşlardır.)*
- **TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU (TFF) (özel Kanunu vardır)**
- **TÜRKİYE MİLLİ OLİMPİYAT KOMİTESİ (TMOK)**
- **TÜRKİYE MİLLİ PARALİMPİK KOMİTESİ (TMPK)**
- **TÜRKİYE DOPİNG KONTROL MERKEZİ (WADA tarafından akredite Laboratuar)**
- **TÜRKİYE ANTİ DOPİNG AJANSI (TADA) (henüz yasası çıkmamış olduğundan kurulamamıştır)**

Bu kurum ve kuruluşların uygulamalarına dayanak olan yasal metinler ise:

- **Avrupa Konseyi "DOPİNGLE MÜCADELE SÖZLEŞMESİ"**

- **UNESCO "SPORDA DOPİNGE KARŞI ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ"**
- **DÜNYA ANTİ DOPİNG AJANSI (WADA) YASASI (KOD'u)**
- **Uluslararası Olimpiyat Komitesi Şart'ı**
- **Uluslararası spor federasyonlarının Tüzük ve dopingle mücadele Talimatları**
- **GSGM Dopingle Mücadele Yönetmeliği**
- **GSGM Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği**
- **GSGM Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsü (**Anayasa Mahkemesi tarafından 19 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girecek şekilde iptal edilmiştir; ancak 6215 sayılı Kanun ile spor federasyonları özerklikten bağımsızlığı geçirilmişler ve Çerçeve Statü kaldırılarak, bu statüde GSGM'nin öngördüğü başlıca hususlar Kanun içeriği haline getirilmişlerdir.**)**
- **Özerk Spor federasyonlarının ANA STATÜLERİ ve Dopingle Mücadele Talimatları (***Yazımızın redakte edildiği tarihte 6215 sayılı kanun henüz çok yeni olduğundan federasyonların ana statüleri ve onlara dayanacak olan talimatlarda, henüz gerekli değişiklik ve uyumlaştırılmamalar yapılamıştır.)*
- **GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği (***Henüz 6214 ve 6215 sayılı Kanunlara uyumlu hale getirlmesi için gerekli değişiklikleri yapılmamıştır).*
- **Hacettepe Üniversitesi TÜRKİYE DOPİNG KONTROL MERKEZİ (Laboratuar) Yönetmeliği**
- **Türkiye Futbol Federasyonu Futbol Disiplin Talimatı**
- **Türkiye Futbol Federasyonu Futbolda Dopingle Mücadele Talimatı**
- **Türkiye Futbol Federasyonu Doping Kontrol İşlemleri İç Talimatı**
- **Türkiye Futbol Federasyonu Yasaklı Maddelerin Kullanım İzni Verilme İç Talimatı**

Bu metinlere dayanarak alınan kararların içtihat oluşturması:

- **GSGM Ceza Kurullarının dopingle ilgili kararları**

- **GSGM Genel Müdürlük Ceza Kurulu'nun Doping Suçları ile ilgili kararları**
- **GSGM Merkez Ceza Kurulu'nun Dopingle ilgili kararları**
- **GSGM Tahkim Kurulu'nun dopingle ilgili kararları**
- **Özerk Federasyonların Disiplin veya Ceza Kurullarının dopingle ilgili kararları (Tahkim Kurulu'nda itiraza açık şekilde)**
- **TFF Tahkim Kurulu kararları**
- **Uulslararası federasyonların kararları, CAS kararları, İsviçre federal Mahkemesi kararları**

Henüz kanunlaşmamış tasarılardaki dopingle ilgili hükümler:

- **TADA Kanun Tasarısı**
- **SPOR MÜSABAKALARINDA ŞİDDET VE DÜZENSİZLİĞİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN (***5149 sayılı)'a ilavesi tasarlanan ve Dopingi KRİMİNALİZE etmeyi amaçlayan Tasarıyı, daha sonra Kanundan (6222) çıkartılmış olmasına rağmen, açıklayacağımız nedenlerle yine de incelemeyi yararlı bulmaktayız)..*

Şimdi yukarıda belirtmiş olduğumuz enstrümanların bazılarını daha yakından inceleyelim:

Türkiye, dopingle mücadelede öncü ülkelerden birisi olduğunu daha önce belirtmiş olduğumuz üzere, henüz 1963'te Avrupa Konseyi'nin bu alanda başlattığı ilk çalışmalar sırasında bile doping hakkındaki tanımını vermiştir. 1963'de Türkiye Doping: "**Doping maddesi, performansı yükselten bir tür farmakolojik uyarıcıdır"** şeklinde tanımlanmıştır.

Daha sonra Türkiye Dünyada, dopingle mücadele dayanağını oluşturacak yazılı kural koyan ilk ülkelerden birisi olmuş ve 1971 yılında çıkartmış olduğu "**SPORTİF DOPİNGLERLE MÜCADELE YÖNETMELİĞİ" (halen artık yürürlükte değildir)** ile dopingi bir kez daha tanımlamıştır. Bu yönetmeliğin 1. maddesine göre doping şu şekilde tanımlanmıştır:

"Doping, müsabakadan önce veya müsabaka esnasında her türlü sporcunun performansını sun'i olarak artırmak amacıyla doping maddelerinin o şahıs tarafından kullanılması veya hangi yolla olursa olsun fizyolojik maddelerin anormal miktarlarda kullanılmasıdır."

Avrupa Konseyi'ne göre, Türkiye, 16/11/1989 tarihinde imzalamış olduğu "**Dopingle Mücadele Sözleşmesi"**ni 22/11/1993 tarihinde, 3885 sayılı

Kanun'la onaylamış ve 01/01/1994'de yürürlüğe koymuştur. "Burada tarihlerle ilgili bir çelişkiyi belirtmek istiyorum. Avrupa Konseyi kayıtlarında Türkiye'nin Sözleşmeyi onay tarihi olarak 21.11.1993 gösterilmektedir. Oysa 3885 sayılı "DOPİNGLE MÜCADELE SÖZLEŞMESİNİN ONAYLANMASININ UYGUN BULUNDUĞUNA DAİR KANUN"un Kabul tarihi 11.03.1993'dür. 21531 sayı ve 21 Mart 1993 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Diğer yandan Avrupa Konseyi, Türkiye'nin Sözleşmeyi 01.01.1994'de yürürlüğe koyduğunu kayıtlarında ifade etmektedir. Oysa, Onay Kanunu'na göre "yayımı tarihinde" yani 21 Mart 1993'de yürürlüğe girmiş olması gerekir."

Avrupa Konseyi Dopingle mücadele Sözleşmesi'nin bir iç hukuk belgesi haline gelişi Anayasa'nın 90. maddesine dayanmaktadır. Bu maddenin burada bizi ilgilendiren birinci ve sonuncu fıkraları şu şekildedir:

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI madde 90:

Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

.....

.....

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir...

Bu suretle Türkiye'nin bir iç hukuk mevzuat belgesi haline gelmiş olan bu Sözleşmenin 2. maddesi dopingi şu şekilde tarif etmiştir:

"Sporda doping, yetkililerce yasaklanmış doping maddesinin farmakolojik özelliklerini erkek veya kadın sporculara verilmesi veya onlar tarafından kullanılmasını ifade eder"

Nihayet, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün 26 ağustos 1993 tarih ve 21680 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış olan "**GSGM Dopingle Mücadele Yönetmeliği"**ni belirtmemiz gerekir. Bu Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde doping şu şekilde tarif edilmiştir:

"Sporda doping: sporculara farmakolojik sınıflama içinde yer alan doping maddelerinin verilmesini ve doping metodları uygulamasını veya maddeler ve metodların sporcular tarafından kullanılmasını ... ifade eder".

Ülkemizde yürürlükte bulunan DOPİNG tanımlarını belirtirken; ifade

edilmesi gereken bir diğer doping tanımı Türkiye Futbol Federasyonu (TFF)'nun **"Futbolda Dopingle Mücadele Talimatı"**dır.

"Futbolda doping, organizmaya fizyolojik veya yabancı bir maddenin hangi yoldan olursa olsun anormal miktarda veya anormal bir yolla verilerek futbolcunun karşılaşma sırasında biyolojik veya ruhsal kapasite üstü performansını artırmak amacıyla uygulanmasını ... ifade eder."

Görüldüğü gibi ne zaman içerisinde, ne de aynı zaman kesitinde uygulanan dopingle mücadele mevzuatlarında doping hakkında henüz bir tanım birliğine varılmamıştır. Bu durum uluslararası düzeyde böyle olduğu gibi ülkemiz bakımından da farklılıklar arz etmektedir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz doping hakkındaki doğrudan düzenleme metinleri yanında Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ve ona bağlı bütün spor federasyonları için geçerli olmak üzere "**GSGM Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği"**nin (7.1.1993 tarih ve 21458 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır) 48. maddesi "DOPİNG" hakkındadır.

GSGM Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği uyarınca, ceza müeyyidelerini uygulamaya yetkili üç çeşit ceza kurulu mevcuttur: Merkez Ceza Kurulu, Genel Müdürlük Ceza Kurulu, İl ve İlçe Ceza Kurulları. Bunlardan Merkez Ceza Kurulu bir üst kurul niteliğindedir ve diğer kurullarda verilen kararların inceleme ve itiraz mercii niteliğindedir.

GSGM Kanunu'na, federasyonlara özerklik veren 5105 sayılı Kanun ile eklenen "Ek 9. Madde) ile de GGSGM Tahkim Kurul ihdas edilmiştir. Tahkim Kurulu özerk spor federasyonları disiplin ve ceza kurllarının temyiz mercii niteliğindedir.

G.S. G.M. Genel Müdürlük Ceza Kurulu ile Merkez Ceza Kurulu ve Tahkim Kurulu'nun doping kararları hakkında genel değerlendirmemiz:

Doping suçtur, sporun en ağır suçlarından birisidir; bütün hukuk düzenlerinde cezalandırılmaktadır, cezalandırılmalıdır. Ancak bu cezalandırmanın adil, anlaşılır, gerekçeli ve hukuka dayalı olması şarttır. Başlıkta belirtmiş olduğumuz GSGM kurullarının incelemiş olduğumuz kararlarının hiç birisi hukuk oluşturan, içtihat teşkil edecek, emsal olarak değerlendirilebilecek içeriğe sahip değildir.

Bir çok halde iç mevzuatımızı da göz ardı ettiği gibi, uluslararası spor hukuku kurallarını, her sporun uluslararası federasyonunun kurallarını, sporcuların haklarını, genel olarak savunmanın kısıtlanamayacağını ve

savunmaların değerlendirilerek, hukuki gerekçelerle çürütüldükten veya haklı görüldükten sonra karar verilmesi gerekliliğini göz ardı etmektedir. Ancak bu noktada Tahkim kurulu kararları bir iyileşme göstermektedir.

Bu kararlar iç hukukumuz açısından kesindir; ancak her sporun bağlı olduğu uluslararası mevzuat, sporcuya, özellikle de elit sporculara Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)'a başvuru hakkı vermektedir.

Her Türk sporcusu, ulusal federasyonunun bağlı olduğu ve bu nedenle de kurallarına uymayı taahhüt etmiş olduğu uluslararası federasyonun mevzuatının vermiş olduğu hakla belli kurallara, usul hükümlerine bağlı kalarak, belli konularda, ki Doping bunların başında gelmektedir, "Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi" CAS'a başvuru hakkına sahiptir.

Türkiye Futbol Federasyonunun DOPİNGLE MÜCADELESİ:

Diğer taraftan, Türkiye Futbol Federasyonu da kendisine özgü bir Dopingle Mücadele Talimatına (son şekli Ağustos 2009 tarihlidir) sahiptir; ve, bu talimatın çıkartılmasına hukuki dayanak olarak önceleri 3813 sayılı TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca çıkartılmış olan TFF'nun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Ana Statü (ilk şekli 22.6.1993 tarih ve 21615 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış olup), daha sonra da, incelemeye aldığımız 2009 tarihli 5894 sayılı Kanuna uygun şekilde çıkartılan yeni, 2009 tarihli TFF Statüsü'dür.) Bu Statü'nün 45. maddesinde TFF'nin Sağlı Kurulu altında bir Alt kurul olarak "Dopingle Mücadele Kurulu" oluşturmasını öngörmüştür. TFF Futbol Disiplin Talimatı'nın (Temmuz 2009 şekliyle) 60. Maddesi: "Doping ve dopingle mücadele ile ilgili hususlar ve bunlara uygulanacak disiplin cezaları konusunda (TFF) Dopingle Mücadele Talimatı hükümleri uygulanır." demektedir.

TFF dopingle mücadelesinde testlerini 2002 yılına kadar Almanya Köln laboratuvarında yaptırmış, 2003 yılından itibaren yeni kurulan Türkiye Doping Kontrol Merkezi laboratuvarında yollamaya başlamıştır. 3813 nolu yasa ile özerk olan TFF Dopingle Mücadele Kurulu'nun ne Türkiye Dopingle Mücadele Kurulu ile ne de Gençlik ve Spor Bakanlığı Genel Müdürlüğü ile idari bir alakası yoktur.

TFF Dopingle Mücadele Yöntemlerini aşağıdaki şekilde sınıflandırmaktadır:

1- Eğitim

a) Kongreler, seminerler organize etmek.

b) Sporcuları ve kulüpleri genel hijyen, sağlık ve dopinng konularında bilgilendirme toplatılar yapmak.

c) Kitap ve broşürler bastırmak.

d) Külüplerin doktor, masör, fizyoterepist ve fizik tedavi uzmanlarına doping konusunda yenilikler hakkında bilgi nakletmek.

2- Bütün bunların göz önününe alarak Dopingle mücadele talimatları hazırlamak veya dünyadaki bu tip mücadele talimatlarını izleyerek yenilemek.

3- Caydırıcı olmak amacı ile dünya standartlarına uygun doping kontrolleri yapmak.

4- Doping konusundaki bilimsel, idari gelişmeleri ulusal ve uluslararası düzeyde izlemek

TFF'nin "**FUTBOLDA DOPİNGLE MÜCADELE TALİMATI**"nın 1. Maddesi talimatın amacını kapsamını ve hukuki dayanaklarını şu şekilde tanımlamaktadır:

MADDE 1: AMAÇ

Bu talimatın amacı;

a) Futbolcuların bedensel sağlığının ve zihinsel bütünlüğünün korunmasını,bedensel ve zihinsel eğitiminin uluslararası anlayış içinde yapılmasını sağlamak,

b) Futbolda doping kullanımının önlenmesi için dopingle mücadeleyi gerçekleştirmekle görevli ve yetkili DopingleMücadele Kurulu'nun kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usulleri belirlemek

c) Yasaklanmış maddelerin veya yöntemlerin futbolcular tarafından kullanılmasını önlemek, bu yolla futbolcuların sağlıklı, spor ahlak ve dürüstlüğüne yakışır ve spor dalı kurallarına uygun biçimde, eşit şansa sahip olarak yarışmalarını sağlamak ve belirtilen amaçlara aykırı biçimde doping yapan futbolcular ile ilgilileri cezalandırmaktır.

MADDE 2: KAPSAM

Bu talimat, futbolda faaliyet gösteren kulüpleri, futbolcuları, yöneticileri, doktorları, masörleri, kulüp sağlık ekibi içindeki diğer bütün bireyleri ve dopingle mücadele çerçevesinde görev yapan ilgili kişi, kurum ve kuruluşları kapsar.

MADDE 3: DAYANAK

Bu talimat, 5894 sayılı Kanun ile buna dayanılarak çıkarılan TFF Statüsü hükümleri ve 3885 sayılı Avrupa Konseyi Dopingle Mücadele Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 5721 sayılı UNESCO Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun hükümlerine, Dünya Dopingle Mücadele Kuralları, Dünya Dopingle Mücadele Ajansı (WADA) Uluslararası Standartları, FIFA ve UEFA talimatlarına dayanılarak hazırlanmıştır.

GSGM'nin **"DOPİNGLE MÜCADELE YÖNETMELİĞİ"** ise aynı kavramları şu şekilde vermektedir:

MADDE 1: AMAÇ

Madde 1-Bu Yönetmeliğin amacı sporun ve sporcu sağlığının korunması, beden ve moral eğitiminin uluslararası anlayış içinde yapılması, sporda doping kullanımının ortadan kaldırılması için dopingle mücadelenin esas ve usullerini belirlemektir.

MADDE 2: KAPSAM

Madde 2-Bu Yönetmelik, bütün spor dallarında profesyonel ve profesyonel olmayan lisanslı sporcu, yarış hayvanı, teknik direktör, antrenör, çalıştırıcı, tıp doktoru, eczacı, veteriner hekim, fizyoterapist, beslenme uzmanı, masör ve sporda dopingle ilgili kişi, kurum ve kuruluşları kapsar.

MADDE 3: DAYANAK

Madde 3-Bu Yönetmelik, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile bu Kanunda değişiklik yapan 3703 sayılı Kanun ve 3885 sayılı Avrupa Konseyi Dopingle Mücadele Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun hükümlerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Görüldüğü üzere GSGM Dopingle Mücadele Talimatı 1993 tarihli olduğu ve güncelleştirilmemiş olduğu için DAYANAK maddesinde ne UNESCO Sözleşmesine ne de WADA'ya atıfta bulunmamaktadır. Ancak Talimattaki bu eksiklik uygulamada bu mevzuata da uyulması mecburiyetini zedelememektedir.

GSGM'nin özerklik vermiş olduğu Spor Federasyonları kendi mevzuatlarında bir kaç madde ile yüzeysel şekilde veya bazıları ise bağlı oldukları

Uluslararası Federasyonun dopingle mücadele mevzuatını dikkate alarak kapsamlı talimatlarla Dopingle Mücadele konusuna kurallara bağlamışlardır. Bu federasyonların her birinde bulunan Ceza veya Disiplin Kurulları sporcularının ve yardımcı / destek personelinin doping suçu işlemesi durumunda ilk inceleme ve yargılamayı yaparak ceza vermektedir. Bu ceza, ilgili(ler) tarafından GSGM Tahkim Kurul'nda temyiz edilebilmektedir.

Bahse konu **GENÇLİK VE SPOR GENEL MÜDÜRLÜĞÜ TAHKİM KURULU**'nun bu konudaki özel **YÖNETMELİĞİ** bu Tahkim Kurulu'nun amaç ve kapsamını şu şekilde tanımlamaktadır:

"Amaç ve Kapsam

Madde 1- Bu Yönetmeliğin amacı, spor federasyonlarının iş ve işleyişleri ile ilgili olarak federasyon ile kulüpler, federasyon ile hakemler, federasyon ile teknik direktör, antrenör ve idareciler, kulüpler ile oyuncular, kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilâflar hakkında federasyon yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını ilgililerin itirazı üzerine inceleyip kesin karara bağlamak üzere Genel Müdürlük bünyesinde kurulan Tahkim Kurulunun görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir."

Ancak 6214 ve 6215 sayılı Kanunlar ile Spor Tahkim Kurulları (biri GSGM diğeri TFF) birer Anayasal kurul haline gelmişlerdir. Şöyle ki, Anayasa'nın 59. Maddesine eklenen fıkra ile "ZORUNLU TAHKİM KURULU" ihdas olunmuş ve kararlarının kesinliği Anayasa hükmü haline getirilmiştir. Kararları "sporda alınan yönetsel ve disiplin kararları"nın yargılanması sonunda alınacak olup 6215 sayılı kanuna konulan hüküm ile "İLAM NİTELİĞİNDE" olacaktır. Ancak eskisinin aksine bu Tahkim Kurulları parasal ihtilaflar hakkında kararlar veremeyeceklerdir. Bu durumda TFF Uyuşmazlıkları Çözüm Kurulu (UÇK) kararlarına karşı, eskiden olduğu gibi, sadece TFF Tahkim Kurulunda itirazda bulunabilme durumu,, artık kalkmış gib gözükmektedir. Ancak bu husus henüz aydınlığa kavuşmuş gözükmemektedir. Yeni düzenleme ve/veya uygulama durumu aydınlatacaktır.

Tahkim Kurulu hakkında, Anayasa hükmü dışında, asıl kapsamlı dayanaklarını ortaya koyan 6215 sayılı Kanun ile 3289 sayılı Kanuna eklenen aşağıdaki "ek madde" dir:

"Tahkim Kurulunun çalışma usul ve esasları

EK MADDE 9/A- Tahkim Kurulu, **en az beş üyenin katılımıyla toplanır** ve oy çokluğuyla karar alır. Oyların eşitliği halinde Başkanın kullandığı oyun tarafı çoğunluk sayılır.

Kurulun görev alanına giren konularda başvurular, ilgili kişiler ile kulüp başkanları veya yetkili kılınan idarecileri tarafından, Tahkim Kurulu Başkanlığına hitaben yazılmış dilekçeyle yapılır. Dilekçeler, doğrudan Kurula verilebileceği gibi posta ile de iadeli taahhütlü gönderilebilir. Başvuruların teslim veya postaya verilişi, başvuru tarihi olarak kabul edilir. Kurula başvuru ücreti; sporcular için (2.000) gösterge, diğer başvurularda ise (4.000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunan tutardaki meblağ, Genel Müdürlük bütçesine gelir kaydedilir. İtirazın kabulü halinde başvuru ücretleri iade edilir. Kurulun sekretarya hizmetleri Genel Müdürlük tarafından yürütülür. Kurul ihtiyaçları için her yıl Genel Müdürlük bütçesine gerekli ödenek konulur.

Kurula başvuru süresi, federasyon yönetim kurulu kararı ile disiplin veya ceza kurulu kararının yazılı bildiriminden itibaren on gündür. Başvuru sahibi dilekçesinde; tarafları, konuyu, hukuki sebepler ile dayanılan delilleri ve taleplerini belirtmek zorundadır. **Başvuru tarihinden itibaren en geç beş gün içerisinde başvuru ücreti ile diğer giderlerin yatırıldığına ilişkin** makbuzun ibraz edilmemesi halinde itiraz yapılmamış sayılır.

Başvuru dilekçeleri, Kurul evrakına kayıt sırasına göre ve varsa ivedilik durumları da dikkate alınarak incelenir. Başkanın uygun görmesi halinde bir üye dosyayı; görev, merci atlanması, ehliyet, menfaat, süre aşımı konularında ve esastan inceleyerek görüşünü en geç beş gün içinde bildirir. Başkan, Kurul üyesi olmayan ancak konusunda uzman kişi veya kişileri ücretini de belirlemek suretiyle bilirkişi olarak görevlendirebilir.

Kurul, merci atlanması halinde dilekçeyi gerekli işlem için ilgili yere gönderir ve başvuru sahibine de bildirimde bulunur. İlk incelemede herhangi bir aykırılık görülmemesi halinde veya biçimsel eksikliklerin giderilmesi üzerine dilekçe, karşı tarafa ve ihbarı gerekli görülen diğer kişilere tebliğ olunur. **Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren en geç on gün içinde cevap dilekçesini vermek zorundadır**. Dilekçede, maddî ve hukukî açıklamalar ile deliller ve talepler yer alır ve bunlara ilişkin belgeler eklenir.

Tamamlanan dosya, dosyayı inceleyen üyenin düşüncesi veya bilirkişi raporu ile birlikte Kurula sevk edilir. Kurul, incelemesini evrak üzerinde yapabileceği gibi tarafların sözlü açıklamalarına da başvurabilir.

Kurula başvuru icra ve infazı durdurmaz. Ancak; Kurul, ivedi durumlarda, ilgilinin talepte bulunması koşuluyla, başvuru veya itiraz konusu kararda hukuka açıkça aykırılık bulunması halinde ve yargılamanın seyrini dikkate alarak, icra veya infazın durdurulmasına karar verebilir. Kurul, haklı ve gerektirici nedenlerin bulunması halinde ihtilafla doğrudan ilgili konularda ihtiyati tedbir kararı verebilir.

Kurul kararını; kanun, ulusal ve uluslararası federasyonların kuralları, kanunların usule ilişkin hükümleri ile dosya münderecatı, tanık beyanları, bilirkişi incelemesi ve her türlü delile göre adalet ve nasafet esasları dairesinde tesis eder**. Zorunlu haller dışında sportif faaliyetlere ilişkin iş ve işlemlerde en geç on iş günü, diğer hususlarda ise en geç üç ay içerisinde kararını verir. Kurul; itirazın reddine, kabulüne veya itiraz konusu kararın değiştirilerek karara bağlanmasına hükmedebilir. Kararlar gerekçeli olur.** Varsa muhalefet şerhleri eklenir.

Kısa karar, ilgiliye ve federasyon başkanlığına faks ve internet üzerinden derhal bildirilir ve federasyon ile ilgililer tarafından uygulanmaya başlanır. Gerekçeli karar daha sonra tebliğ olunur. Kararlar, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi hükmü uyarınca <u>ilam mahiyetinde</u> sayılır.**

Taraflar, kararın tebliğ tarihinden itibaren <u>on gün</u> içinde verilen karara karşı karar düzeltme yoluna başvurabilirler. 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun **kararların açıklanması, maddî hataların düzeltilmesi veya yargılamanın yenilenmesi halleri dışında Kurul aynı konuda tekrar karar veremez."**

Türkiye, önceleri IOC, kuruluşundan ve yetkilendirilmesinden beri de WADA tarafından akredite edilmiş bir Doping Analiz Laboratuvarı'na sahiptir. Hacettepe Üniversitesi bünyesinde bulunan bu laborutuvar "**<u>TÜRKİYE DOPİNG KONTROL MERKEZİ</u>** adını taşımakta olup özel Yönetmeliğinde "amacı şu şekilde tanımlanmıştır:

Amaç

Madde 1 - Hacettepe Üniversitesi'ne bağlı bir birim olan Türkiye Doping Kontrol Merkezi (TDKM)'nin amacı; Başbakanlık Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile imzalanan protokol hükümleri çerçevesinde Üniversitenin alanla ilgili Fakülte, Enstitü, Yüksekokul ve Uygulama-Araştırma Merkezlerinin işbirliği ile Ülkemizde gençliğin sağlıklı spor yapabilmesini sağlamak ve sporda haksız rekabeti önlemek, doping ve diğer kimyasal analizleri yapmak, temel ve uygulamalı araştırmalar ve projeler yapmak, bu alanda yeni teknikler geliştirmek, amaçları doğrultusunda bilgi toplamak, bilgi depolamak ve danışmanlık hizmetleri vermek, uluslararası kabul görmüş standartlarca akredite olmayı ve bu akreditasyonların sürekliliğini sağlamaya yönelik çalışmalarda bulunmak ve amaçları doğrultusunda ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmaktır.

Laboratuarın "**Faaliyet Alanları" ise yine aynı Yönetmelik'te şöyle belirlenmiştir:**

Madde 4 - Türkiye Doping Kontrol Merkezi, amacı doğrultusunda aşağıdaki alanlarda çalışmalarım yürütür:

a) Sporcuların haksız rekabetini önlemek, sağlıklı bir şekilde spor yapmalarım sağlamak ve dopingi kontrol etmek için haberli ve habersiz olarak alınan doping kontrol numunelerinin analizinin ve dopingle etkin mücadele çalışmaların yapılmasını sağlamak,

b) Doping değerlendirmesi ve diğer kimyasal analizler konusunda araştırma-inceleme-geliştirme ve uygulama projeleri yapmak, yaptırmak, bu konudaki çalışmalara katılmak ve desteklemek,

c) Spordan sorumlu Devlet Bakanlığına bağlı kurumlardan ve yurtiçi ve yurt dışındaki bu nitelikte veya bu amaca yönelik kişi, kurum ve kuruluşlardan gelecek doping kontrol numunelerinin kimyasal analizlerini yapmak, yaptırmak,

d) İhtiyaca yönelik olarak tanımlanacak araştırmaları yapmak, teşvik etmek, eşgüdümünü sağlamak, danışmanlık hizmeti vermek,

e) Yurtdışında ve yurtiçinde doping kontrolü ile ilgili gelişmeleri izlemek ve bu gelişmeleri ülkemize aktarmak ve bu konulara ilişkin yayınlar hazırlamak,

f) Kamuoyunu doping konusunda aydınlatmak amacıyla ulusal ve uluslararası nitelikteki panel, kongre, konferans ve bunun gibi toplantılar düzenlemek, temsilci ve/veya konuşmacı getirmek ve yollamak,

g) Hacettepe Üniversitesinin ilgili Fakülte, Enstitü, Yüksekokul ve Uygulama-Araştırma Merkezleri ile Üniversite dışındaki kurum ve kuruluşlar ile işbirliği yaparak doping ve diğer kimyasal analizler ile ilgili tüm konularda her düzeyde öğrenci, öğretim eleman ve diğer personelin eğitiminde yardımcı olmak, bu amaçla uluslararası düzeyde sertifikaya yönelik eğitim ve öğretim programları düzenlemek,

h) Yurtiçi ve yurtdışındaki ilgili kişi, kurum ve kuruluşlarla işbirliği halinde çalışmak.

DOPİNGİN KRİMİNALİZE EDİLMESİ

Türkiye'nin dopingle mücadelede pozisyonunu belirlerken değinmek istediğimiz ve son Tasarıdan kanunlaşırken çıkartılmış olan, DOPİNGİN KRİMİNALİZE EDİLMESİ (yani Ceza Hukuku çerçevesinde suç sayılması ve buna göre cezalandırılması meselesidir.

28 Nisan 2004 tarih ve 5149 sayılı "SPOR MUSABAKALARINDA ŞİDDET VE DÜZENSİZLİĞİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN TASARISI", ki 31.3.2011

tarih ve 6222 sayılı Kanun ile yasalaşmıştır, Hükümet, Sporda işlenen bazı suçları Ceza Hukuku kapsamına almak istemişdir. Bunlar spora ait üç yeni suç ihdası anlamına gelmekteydi. Bu şekilde ihdas edilmek istene suçlardan birisi de "DOPİNG" idi.

İncelemeye girmeden önce, bir açıklamada bulunmayı yararlı görmekteyiz.: Kanunlaşmamış bir taslağı neden ele alıp inceliyoruz. Bunun nedeni,bugün kanunlaşmamış bir yaklaşımın, ileride, her zaman tekrar gündeme getirilip yasalaştırılmak istenebileceği ihtimalinin mevcudiyetidir. Dolayisi ile bu konudaki görüşümüzü, şimdiden, tarihe kayıt düşmek istiyoruz.

Bu Kanun Tasarısı'nın 3. maddesinin 7. fıkrası (kanunlaşırken çıkartılmıştır) dopingi şu şekilde tanımlamaktadır:

"Doping: doğal olmayan, sporcunun sağlığı için zararlı madde ve yöntemlerin kullanılması ve/veya performanslarını artırabilecek madde ve yöntemlerin kullanımı/kullandırılması veya doping analizi için numune verme sürecinin ihlal edilmesini."

Bu tasarıdaki doping tanımı, yukarıda, Türkiye'nin de taraf olduğu birçok uluslararası Sözleşmede bulunan veya sporu yöneten, yönlendiren uluslararası kuruluşun yapmış olduğu "doping" tanımlarına, Türk spor mevzuatında birçok Talimatta ve Yönetmeliklerde bulunan "doping" tanımlarına bir yenisini daha ilave etmekteydi. Üstelik bunu Ceza hukuku için yapmaktaydı. Diğer bir deyişle "doping" suçunun tanımını yaparak bu suçun unsurlarını ve de suçu işleyebileceek kişileri belirlemekteydi. Böyle bir tanımla bir takım doping eylem ve eylemcilerinin, kanun kapsamı dışında oldukları savunması ile cezadan kurtulmaya çalışacaklarını, şimdiden görmekteyiz.

Teklif edilen taslaktaki maddede dopingin tanımı yapılmıştır. Veya diğer bir ifade ile, zaten, nerede ise yüzlerce doping tanımına bir tane de Türk Ceza Hukuku açısından eklenmek istenmiştir. Ancak bu tanım daha başından eksik ve yanlıştır; zira, bu Kanun tasarı taslağı Madde hükmünün bu hali ile sadece "**doğal olmayan performans artırıcıları" doping saymakta, doğal madde ve yöntemlerle performans arttırılmasını, dolayısıyla doping yapılmasını suç olarak tanımlamamaktaydı.**

Ayrıca, Maddenin devamında "**sporcunun sağlığı için zararlı madde ve yöntemlerin kullanılması"** " diyerek "**yasaklı madde"** kavramını yok saymış ve de ilk aşamada bunların performansı artırıp artırmadığına bakılmaksızın doping olarak nitelemişti. Maddede hükmü bu hali ile açık değildi. Bir madde belli miktarda kullanıldığında sağlığa zarar vermeksizin doping oluşturabilir veya tersi de olabilir. Ayıca zarar ve doping eşikleri kişiden kişiye, sporcunun kitle ağırlıklarına ve kadın veya erkek olmasına göre değişiklikler de arz etmektedir. Dolayısı ile bu maddede yer alan doping tanımı hem

eksik, hem hatalı, hem de uygulamada büyük sorunlara neden olabilecek şekilde redakte edilmiş idi.

Diğer yandan, Dünyada "doping maddesi" denince, artık sadece zararlı ve/veya performans artırıcı maddeler kasdedilmemektedir. Sağlığa hiç bir zararı olmayan, perforans artırıcı etkisi de bulunmayan bazı madde ve ilaçlar da, doping testlerinde tespit edildiklerinde sporcu "pozitif" olarak nitelenmektedir. Bunlar, başta WADA olmak üzere tüm anti doping kuruluşlarınca "**maskeleyici**" veya "**silici**" olarak nitelenen maddelerin kullanımının tespitidir. Kanun tasarısı doping suçunu tanımlarken bu gibi maddelerin kullanımını suç tanımı dışında bırakmıştır. Bu da, bu Kanun ile güdülmek istenen, dopingle etkin mücadele amacına tamamen ters düşmekteydi.

Kanun Tasarısı Taslağı'nın 8. Maddesi şu şekilde başlamaktaydı:

"Madde 8: 5149 sayılı Kanunun "Ceza Hükümleri" başlıklı Dördüncü Bölümüne 25. Maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki maddeler eklenmiştir.

Şike ve teşvik primi:

Madde 25/A .....

Doping:

Madde 25/B – Spor müsabakalarında doping yaptığı veya doping analizi için numune verme sürecini ihlal ettiği tespit edilen sporcular ile yasaklı maddeleri kullandıran veya numune verme sürecini ihlal eden masör, antrenör veya idareciler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Doping suçunun uluslararası müsabakalarda işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır."

Bu Kanun Tasarısı Taslağı'nın 3. Madde gerekçesinde: "**..... bu Kanunda ilk defa düzenlenen ..... ve doping tanımları yapılarak Kanunun uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır."** denilmekteydi. Ancak acaba gerçekten tereddütlerin önüne geçebilecek bir tanım mı yapılmıştı; yoksa yeni tereddütler mi yaratılmaktaydı.

25/B maddesi gerekçesi ise şu şekildeydi: "**25/B maddesi ile, mevzuatta suç olarak vasıflandırılmayan "doping" konusunda da düzenleme yapılarak, spor müsabakalarında doping yaptığı veya doping analizi için numune verme sürecini ihlal ettiği tespit edilen sporcular ile yasaklı maddeleri kullandıran veya numune verme sürecini ihlal**

eden masör, antrenör veya idareciler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı, uluslararası müsabakalarda doping suçunun işlenmesi halinde ise verilecek ceza yarı oranında artırılacağı esası getirilerek dopingle daha etkin mücadele edilmesi amaçlanmştır."

Bir kere, hemen söyleyelim, maddelerin gerekçeleri, madde metinlerini tekrarlamaktan öte hiç bir şey söylememekte, bu halleri ile maddelerin anlaşılmasına yardımcı olmaktan uzak gözükmektedirler. **25/B maddesi "doping yapmayı veya doping analizi için numune verme sürecini ihlal etmeyi" maddenin başındaki "Spor müsabakalarında" ifadesi ile yarışma dışı kontrollerde aynı eylemlerin tesbit edilmesine uygulamayı hariç tutmuş gözükmekteydi.**

Diğer taraftan bu suçta sanık olabilecek kişileri "yapan ve ihlal ettiği tespit edilen …. SPORCULAR … olarak belirlemekle suça karışabilecek diğer sporcuları hariç tutmakta, yine bu suçta sanık olabilecek sporcular dışındaki kişileri "MASÖR, ANTRENÖR VEYA İDARECİLER olarak saymış olmakla ve "GİBİ – VESAİRE – İLGİLİ DİĞER KİŞİLER" sözcüklerini maddede kullanmamış olmakla, aynı suçta asli veya fer'i fail olabilecek, azmettirici olabilecek diğer kişileri, örneğin "SPOR HEKİMLERİNİ, TEKNİK DİREKTÖRLERİ, ÇALIŞTIRICILARI, TIP DOKTORLARINI, ECZACILARI, VETERİNER HEKİMLERİ FİZYOTERAPİSTLERİ, BESLENME UZMANLARINI", (eylemin binicilik sporuda işlenmesi halinde ise at sahiplerini, seyislerini) hariç bırakmaktaydı.

Suçun eylemlerini ise "doping yapmak" ve "numune verme sürecini ihlal etmek"le sınırlayarak, **"doping maddesi satışını, dağıtımını, pazarlanmasını, kaçakçılığını"** bu suçu oluşturabilecek eylemler dışında bırakmaktaydı. Yine aynı şekilde, reşit olmayan **küçük yaştaki sporculara** doping maddesi kullandıran veya kullanmaya mecbur bırakan, velayet veya vesayet yetkisine sahip kişilerin bu suçu işleyebilecekleri tamamen göz ardı edilmekteydi. Oysa bize göre asıl Ceza hukukuna göre suç sayılması, **hem de ağırlaştırılmış suç sayılması** gereken eylemler bunlar olmalıdır. 25/B maddesini dar ve sadece sözel olarak yorumladığımızda doping suçunun üçüncü eylemini teşkil eden "numune vermekten kaçmak, kaçınmak, vermemekte direnmek" eylemlerinin de madde kapsamı dışında bırakılmış oldukları ileri sürülebilir.

Diğer yandan bu suçu işleyebilecek kişilerin uyrukları açısından hiç bir tanımda bulunmayarak, Türkiye'ye bireysel veya takım sporlarında bir Türk kulübünden lisans çıkartmış olan yabancı sporcuları ve Türkiye'de bir uluslararası turnuvaya, karşılaşmaya katılmak için gelmiş olan yabancı sporcuları da, kontroller sonucunda "pozitif" çıkmaları veya "diğer doping eylemlerinden" suçlanmaları halinde bu madde hükümlerine göre CEZA

MAHKEMELERİNDE yargılanır hale getirmekteydi. Bu durum, gerek yabancıların Türk Kulüplerinde – takımlarında profesyonel olarak spor yapmaları ve de Türkiye'de uluslararası şampiyonalar, Avrupa – Dünya Kupaları, Olimpiyatlar organizasyonunda, bu hükümler yürürlükte olduğu sürece, bu karşılaşmaları Türkiye'ye vermekte yetkili karar organlarını nasıl etkileyeceğini çok iyi değerlendirmek gerekir.

Bu Kanun Tasarı Tasağı hükümlerinin bir gün kanunlaşması halinde, Türkiye'deki yabancıları kapsamıyacağı yolunda bir istisna da "kanun önünde eşitlik" ilkesini ihlal edeceğinden, hem Anayasamıza aykırı olacağı, dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'nce iptal talebinin ileri sürülmesine neden olacağı, hem de Türkiye'nin zaten kabarık olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) davalarına yeni bir kategori dava ilave edeceği kanaatını taşıdığımıza da ayrıca işaret etmek isteriz..

25/B maddesinin son fıkrası: **"Doping suçunun uluslararası müsabakalarda işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır" şeklindeydi. Hemen belirtmeliyiz ki bu hükmün haklılığını anlamakta zorlanmaktayız. Zira bu yolla, madde gerekçesinde açıklandığı şekilde "daha etkin olarak mücadele edileceği" savına katılamamaktayız. Her ne kadar "suçun uluslararası müsabakalarda işlenmesi halinde" denmekte ise de, buradaki olgu, uluslararası müsabakalarda doping yapıldığının ortaya çıkmasıdır. Kişi pekala dopingi daha önceden de yapıyor fakat ulusal müsabakalarda kontrole alınmamış olduğundan, yakalanmamış olabilir. Ayrıca bu hüküm ile, bir kez daha müsabaka dışı kontrollerde doping tesbitinin bu madde hükmüne göre suç sayılmayacağı teyid edilirken, aynı eyleme aynı ceza ilkesi de ihlal edilmektedir. Tamamen, "ülkeyi küçük düşürme, ülke imajını zedeleme" gibi duygusal nedenlere dayalı bu yaklaşımı, dünyanın içinde bulunduğu globalleşme çağında yanlış ve ceza hukuku açısından geçersiz görmekteyiz. Bir suç nerede işlenirse işlesin, aynı cezayı almalıdır.**

Bu, Dopingi kriminalize etmek, hem de yanlış şekilde kriminalize etmek isteyen tasarının zihniyeti, meseleyi her zaman tekrar gündeme getirebilir. Bu bakımdan içerdiği yanlış yaklaşımları ve ifadeleri belirtmek istedik.

Aslında, Doping maddelerinin ticaretinin, kaçakçılığınnın, reşit olmayanlara kullandırılmasının, kişilere zorla, tehdit, şantaj yolları ile kullandırılmasının Kriminalize edilmesine biz de taraftarız; ancak kullananların genel olarak ve hiç bir tanımlama yapılmaksızın ceza hukuku kapsamına alınmasına, yukarıda açıkladığımız sakıncalarından ötürü karşıyız.

Türkiye Anti-Doping Ajansı - Türkiye Dopingle Mücadele Kurumu

WADA bütün ülkelerin birer NADO, yani "National Anti-Doping Organization – Ulusal Dopingle Mücadele Teşkilatı" kurmasını ön görmekte, bunu şart koşmaktadır. Hatta Ulusal Dopingle Mücadele teşkilatı'nın nasıl olması, nelerle uğraşması gerektiği konusunda ISO (Uluslararası Standartlar Teşkilatı <**ISO/PAS 18873>"DOPİNG KONTROLÜNDE ULUSLARARASI PROTOKOL"ü ile ULUSLARARASI DOPİNGLE MÜCADELE TEŞKİLATLARI STANDARDI'nı yayınlamıştır. Türkiye bu Teşkilatı kurmak için teşebbüse geçmiş ve senelerdir çalışmalar yapmaktadır.**

Bu bağlamda yıllar önce GSGM bir Komisyon oluşturarak (bizim de üyesi olmuş olduğumuz) ilk tasarısını hazırlatmıştır. Ancak daha sonra başka tasarı taslakları, hatta bir takım hizip projeleri dahi ortaya konmuştur. Nihayet, Hükümet 16.02 2007 tarihinde Dopingle Mücadele Kanun Tasarısı başlığı ile TBMM'ne bir kanun tasarısı sunmuştur. Ancak sevkedildiği yasama döneminde görüşülmediği için hükümsüz sayılmış; 09.042008 tarihinde Başbakanlıkça tasarı aynı içerikle TBMM nezdinde yenilenmiştir.

TADA'nın kurulmasını öngören bu Kanun Tasarısı 8 maddeden oluşmaktadır. Madde başlıkları sırası ile şöyledir:

1. Amaç ve Kapsam

2. Tanımlar ve Kısaltmalar

3. Türkiye Anti Doping Ajansı

4. TADA'nın Görevleri

5. Yönetim Kurlu Görev ve Yetkileri

6. TADA'nın Gelir ve Giderleri

7. BADNAG

8. Spor Fedeasyonlarının Yükümlülüğü

Ba Tasarının bazı maddelerindeki ifadelere daha yakından bakacak olurak, 1. maddede Kanun'un amacı şöyle ifade edilmiştir:

"Bu Kanun'un amacı: sporda yasaklı madde kullanımını ortadan kaldırmak, sporcunun ve spor yarışmalarında kullanılan yarış hayvanlarının sağlığını korumak, eşit şartlarda ve rekabet ortamında spor yapılmasını sağlamakla görevli ve yetkili Türkiye Anti-Doping Ajansının kurulması ile bu Ajansa bağlı olarak görev yapan diğer kurulların görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları belirlemektir."

Aynı madde 2. Fıkrasında Kanun'un kapsamını vermektedir. Buna göre:

"Bu Kanun: sporcu, antrenör, hakem, idareci, kulüp ve diğer spor elemanları ile yarış hayvanı sahip ve sorumlularını kapsamaktadır."

Tasarı 2. Maddesinde Tanımları verirken,bir kere daha Doping'in tanımını yapmıştır: Bu hükme göre:

"Doping: doğal olmayan, sporcununveya yarış hayvanının sağlığı için zararlı madde ve yöntemlerin kullanılması ve/veya performanslarını artırabilecek madde ve yöntemlerin kullanımı/kullandırılması."

şeklinde tanımlanmıştır. Burada belirtmek istediğimiz bir husus, yukarıda, yine Tasarı olan Doping'i bir ceza hukuku suçu haline getirmek isteyen tasarı ile bu tasarıdaki Doping tanımlarının farklı olduğudur. Türkiye artık tek bir Doping tanımı üzerinde fikir birliği etmelidir.

Tasarının 3. Maddesi TADA nın hukuki niteliğini belirlemektedir. Buna göre TADA:

"TADA, tüzel kişiliğe sahip özel hukuk hükümlerine tabi bağımsız bir kuruluştur."

Tasarı sonraki maddelerinde, TADA'nın organlarının neler olduğu, nasıl oluşacakları; Ajansın görev ve yetkilerinin neler olduğu, Yönetim Kurulu'nun oluşum şekli ile görev ve yetkileri sayılmış; tüzel kişiliğin gelr ve giderleri belirlenmiştir. Kısaca **BADNAG olarak isimlendirilen organı ise "Bağımsız Doping Kontrol Numune Alıcıları Kurulu"nu ifade etmektedir. Nihayet, son maddesinde de Spor Federasyonlarının TADA faliyetlerine uymak ve gerekli yardım ve kolaylığı göstermek zorunda oldukları belirtilmiştir.**

ANTİ-DOPİNG KURAL İHLALLERİ

(*TEK SUÇ - FARKLI EYLEMLER*)

(WADA Kod / Yasa'daki anlatımları ile, Doping suçunu oluşturan eylemler: Sporcular ve diğer Kişiler, neyin anti-doping kural ihlali olup olmadığını ve Yasaklı Maddeler Listesinde hangi maddeler ve yöntemlerin olduğunu bilmekten sorumludurlar. Aşağıdaki eylemler, Anti-Doping Kural İhlallerini yani DOPİNG suçunu oluştururlar:

- **Yasaklı Maddelerin veya Metabolitlerinin veya Belirtilerinin Sporcunun Numunesinde Varolması :** Yasaklı bir maddeyi vücuduna almamak her Sporcunun kişisel sorumluluğundadır. Sporcular herhangi bir Yasaklı Maddenin veya ilgili metabolitlerinin veya belirtilerinin vücutlarında

bulunmasından kendileri sorumludurlar. Buna dayanarak bir Anti-Doping kuralının ihlalinin meydana gelmesi için Sporcu tarafından yasaklı maddenin kullanılmaya niyet edilmesi, hatalı veya ihmal sonucu olarak veya bilerek kullanılmış olmasının gösterilmesi önemli değildir. Anti-Doping Kural İhlalinin yeterli bir şekilde ispat edilebilmesi müteakip hususların birinin varlığı ile mümkündür; sporcu B numunesinin açılmasından feragat ederse ve B numunesinin analiz edilemediği yerde; yada sporcunun B numunesinin analiz edilmesi ve Sporcudan alınan B numunesinde A numunesinde bulunan Yasaklı Maddeler veya Metabolitler veya bunların belirtilerinin varolması. Yasaklı maddeler listesinde eşik miktarı özel olarak tanımlanmış maddeler hariç herhangi miktarda bir yasaklı maddenin veya metabolitinin veya belirtisinin Sporcudan alınan numunede bulunması Anti-Doping kural ihlalinin meydana gelmesi demektir. Genel kuralına bir istisna olarak Yasaklı Maddeler Listesi vücut tarafından (endojen olarak) üretilen yasaklanmış maddelerin değerlendirilmesi için özel koşullar oluşturabilir.

- **Yasaklı Bir Maddenin veya Yöntemin Sporcu tarafından Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi :** Yasaklı bir maddenin vücuduna girmemesi, her Sporcunun kişisel sorumluluğundadır. Buna göre, bir Anti-Doping Kural ihlalinin meydana gelmesi için yasaklı maddenin kullanılmaya niyet edilmesi, hatalı veya ihmal sonucu olarak veya bilerek kullanılmış olmasının Sporcu tarafından açıklanması gerekli değildir. Yasaklı bir Maddenin veya Yöntemin kullanılmasındaki başarı veya başarısızlık önemli değildir. Anti-Doping kural ihlalinin meydana gelmesi için Yasaklanmış Maddenin veya Yöntemin kullanılmış olması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi yeterlidir.

- **Geçerli Anti-Doping kurallarında belirtilen yetkiye göre bildirim yapıldıktan sonra, haklı nedenler sunmadan numune alma işlemini reddetmek veya yaptırmamak veya kaçınmak.**

- **Sporcunun Yarışma Dışı test için hazır olmasına ilişkin uygulamadaki gerekliliklerin ihlali. Buna, yer bilgilerini iletme ve Uluslararası test Standardına dayalı olarak deklare edilmiş kaçırılmış testler dahildir.**

- **Sporcu üzerinde yargılama yetkisine sahip Anti-Doping Kurumları tarafından belirlenecek On sekiz (18) ay süre içerisinde herhangi üç adet testin kaçırılması ve/veya bildirme hatası Anti-Doping Kural ihlali olarak kabul edilecektir.**

- **Doping Kontrolünün Herhangi Bir Kısmını Bozmaya Teşebbüs Etmek veya Bozmak. Yasaklı Maddelere ve Yöntemlere**

Sahip Olmak. Sporcu sahip olduğu maddenin veya kullandığı Yöntemin [Tedavi amaçlı kullanım] veya diğer kabul edilebilir gerekçelere uygun olarak istisna oluşturduğunu ispat etmedikçe, herhangi bir Yarışma içi Yasaklı Maddeye veya Yasaklı Yönteme veya Yarışma dışı Yasaklı Maddeye veya Yönteme sahip olması. Sporcunun veya Sporcu Destek Personelinin, sahip olunan maddenin ve Kullanılan yöntemin sporcuya has tedavi amaçlı kullanıma veya diğer makul gerekçelere dayandığını ispat etmedikçe, Yarışmalarda veya Antrenman esnasında Sporcu Destek personeli tarafından Yarışma içi Yasaklanmış Maddeye sahip olunması veya Yöntemin Kullanılması veya Yarışma Dışı olarak Sporcu Destek personeli tarafından Yarışma dışı Yasaklanmış Maddeye sahip olunması veya Yöntemin Kullanılması.

- **Herhangi bir Yasaklı Maddenin veya Yöntemin Ticaretini Yapmak veya Ticaretini Yapmaya Teşebbüs.**
- **Herhangi Bir Sporcuya Yarışma içi Yasaklı Bir Maddenin veya Yöntemin Uygulanması veya Uygulanma Girişimi veya Herhangi Bir Sporcuya Yarışma dışı Yasaklı Bir Maddenin veya Yöntemin Uygulanması veya Uygulanma Girişimi yada Bir Anti-Doping Kural İhlalini veya İhlal Girişimini İçeren Diğer Suç Ortaklığı Unsurunu Örtbas Etme, Kışkırtma, Yardımcı Olma, Teşvik Etme veya Destekleme.**

Önemle belirtmek istediğimiz bir husus, ki ülkemizde yanlış algılanmıştır, yukarıda belirtilen eylemler birden çok DOPİNG suçunu oluşturmaka olmayıp, tek bir DOPİNG suçunun farklı eylemlerle gerçekleştirilmesi, ya da gerçekleştirilmeye teşebbüs edilmesidir.

Bu algının doğru olmasının önemi, suç tekrarının saptanması sırasında belirir. Nitekim, Türkiye'de GSGM Tahkim Kurulu, yukarıda belirtilen her bir eylemi, ayrı bir doping suçu olarak algılamış olduğundan, suçun tekrarının ancak aynı eylemin tekrarı halinde sözkonusu olduğuna karar vermiş, ve sporcunun ikinci eylemini, ilk suç olarak niteleyerek "geçici men cezası" vermiştir. Oysa, ilgili uluslararası federasyon, bu kararın temyiz edilmesi sonrasında, açılmış olan CAS davasında, sporcunun farklı eylemlerinin tek bir doping suçunun tekerrürünü oluşturduğunu ileri sürmüş ve CAS Tahkim Kurulu'da GSGM Tahkim Kurulu kararını iptal ederek, sporcuya, ikinci kez doping suçu işlemiş olmaktan (iki suç farklı eylemlerle gerçekleştirilmiş olsa da) ömür boyu men cezası vermiştir. Sporcunun bu karara itirazen açmış olduğu İsviçre Federal Mahkemesi davası sonunda da Federal Mahkeme itirazı reddetmiş ve CAS kararını onamıştır. (bakınız: GSGM Tahkim Kurulu E.2008/9, K.2008/54, Karar Tarihi: 30.05.2008 – CAS 2008/A/1586 Karar tarihi: 10.11.2009 – İsv. Fed. Mhk. 4A_624/2009, Karar Tarihi: 12.04.2010).

DOPİNG SUÇUNUN YAPTIRIMLARI:

Doping suçunun yaptırımları suçu işleyenin sporcu, sporcuya destek personeli, sporcunun takımı olmasına göre farklı yaptırımlara (cezalara) muhatap olurlar. Aşağıda kısaca bunları belirteceğiz.

A) BİREYLER ÜZERİNDE YAPTIRIMLAR

Anti- Doping Kural İhlalinin Meydana Geldiği Bir Yarışmada Sonuçların Geçersiz Sayılması

Bir yarışmayla ilgili olarak veya yarışma sırasında anti-doping kural ihlalinin meydana gelmesi, adı geçen yarışmanın yönetim organının kararına bağlı olarak Sporcunun o yarışmada elde ettiği tüm ferdi sonuçların geçersiz sayılması yanında tüm madalyaların, puanların ve ödüllerin ceza olarak geri alınmasına yol açar. Eğer sporcu ihlale ilişkin herhangi hatası veya ihmali olmadığını kanıtlarsa, anti-doping kuralının meydana geldiği yarışma dışındaki diğer yarışmalarda Sporcu tarafından elde edilen sonuçların, meydana gelen anti-doping kural ihlalinden etkileneceği ihtimali olmadıkça, Sporcunun diğer yarışmalardaki ferdi sonuçları geçersiz sayılmayacaktır.

Yasaklı Maddeler ve Yöntemlerin Bulundurulması, Kullanımı ve Kullanılmasına Teşebbüs İçin Men Cezasının Uygulanması

Men dönemini azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik şartlar yada men dönemini arttıran şartlar karşılanmadıkça, (yasaklı maddenin veya metabolitlerinin veya belirtilerinin varlığı), (yasaklı maddenin veya yöntemin kullanılması veya kullanıma teşebbüs edilmesi), ve (yasaklı maddelerin ve yöntemlerin bulundurulması) kurallarının ihlallerine ilişkin Men süresi aşağıdaki gibidir;

- İlk ihlal için: **2 yıl** süreli Men

Diğer Anti-Doping Kural İhlalleri İçin Men Cezası

Yukarıda bahsi geçenler dışında meydana gelen anti-doping kural ihlalleri için men dönemi aşağıdaki şekilde olacaktır:

- Numune alımını reddetme veya numune vermeme, yada doping kontrolüne müdahale etme için **men dönemi 2 yıl olacaktır**.

- Yasaklı madde ticareti yada buna teşebbüs veya yasaklı maddelerin veya yöntemlerin uygulanması yada buna teşebbüs ihlali için men dönemi **4 yıl ile ömür boyu** arasındadır. Yaşı küçük bir sporcunun dahil olduğu anti-doping kural ihlali Belirlenmiş Maddeleri kapsamıyorsa, özellikle ciddi bir ihlal olarak değerlendirilecektir ve bu ihlal

eğer sporcu destek personeli tarafından yapıldı ise, adı geçen Sporcu destek personelinin ömür boyu men cezası alması ile sonuçlanacaktır. Ayrıca, ciddi ihlalleri aynı zamanda spora yönelik olmayan yasa ve yönetmeliklerin de ihlali olarak ele alındığı için yetkili idari, profesyonel ve hukuki otoritelere de rapor edilebilir.

- Yer Bildirimi hataları ve/veya Kaçırılmış Testler için men süreci, Sporcunun hata derecesine göre **en az 1 yıl en fazla 2 yıl olacaktır**.

- İstisnai Durumlara Dayanarak Men Süresinin Belirlenmiş Maddeler için Ortadan Kaldırılması veya Azaltılması.

- Sporcu yada diğer kişi Belirlenmiş Maddenin vücuduna nasıl girdiğini yada kendisinde nasıl bulunduğunu ortaya koyabilir. Eğer bu Belirlenmiş Madde Sporcunun performansını arttırmıyor yada performans arttırıcı maddeyi silmiyorsa, men cezaları aşağıdaki şekilde değiştirilir: İlk ihlal: Minimum ceza men olmaksızın uyarı, maksimum ceza iki yıl mendir. Cezayı kaldırmayı yada düşürmeyi mazur göstermek için Sporcu yada diğer Kişi, kullanılan maddenin performans arttırmadığına yada başka maddeyi silmediğine dair sözlü ifadesinin yanında destekleyici kanıt sunmalıdır. Sporcu yada diğer Kişinin hata derecesi Men ceza süresinin düşürülmesi değerlendirilirken kriter olacaktır.

İstisnai Durumlara Dayalı Olarak Men Döneminin Ortadan Kaldırılması yada Azaltılması :

- **Hata ya da İhmal Olmaması**.

Eğer bir Sporcu, bir vakada herhangi Hatası veya İhmalinin olmadığını kanıtlarsa, aksi taktirde uygulanacak men cezası ortadan kaldırılır. Yasaklı Maddenin mevcudiyeti halinde Sporcunun vücudunda Yasaklı madde, metaboliti yada belirtisi tespit edilirse, men döneminin ortadan kalkması için Sporcu bu maddenin vücut sistemine nasıl girdiğini ispat etmelidir. Bu Madde uygulandığı ve Men cezası ortadan kalktığı zaman bu vaka, anti-doping kural ihlali kapsamında birden fazla ihlalde Men süresini belirleyecek olan sınırlı karar verme için ihlal olarak dikkate alınmayacaktır.

- Önemli Bir Hatanın veya İhmalin Olmaması

Eğer bir Sporcu yada diğer Kişi ferdi bir vakada meydana gelen ihlalle ilgili hata veya ihmalinin olmadığını ispat ederse, aksi durumda uygulanacak Men süresi azaltılabilir, fakat azaltılmış olan bu süre aksi takdirde uygulanabilir olan **minimum Men süresinin yarısından az olamaz**. Eğer aksi takdirde uygulanabilir olan **Men süresi ömür boyu ise**, bu madde altındaki

azaltılmış olan süre 8 yıldan az olamaz. Yasaklı Maddenin mevcudiyeti, bir Sporcunun numunelerinde yasaklı madde veya metabolitleri veya belirtileri bulunduğu zaman, Men süresinin kısaltılması için Sporcu aynı zamanda yasaklanmış maddenin sistemine nasıl dahil olduğunu ispat etmek zorundadır.

Anti-Doping Kural İhlalinin İspat Edilmesinde veya Ortaya Çıkarılmasında Sporcunun Verdiği Somut Destek

Anti-Doping Kurumunun Sporcu yada diğer Kişi tarafından işlenen anti-doping kural ihlalini ortaya koyduğu yada Ceza Kurulunun cezai bir suçu ortaya koyduğu yada Sporcu veya diğer Kişi tarafından profesyonel kuralların ihlal edildiği ancak Sporcu veya diğer Kişinin Anti-Doping Kurumuna somut destek verdiği durumda, bir anti-doping kural ihlalinde sonuç yönetimi sorumluluğuna sahip Anti- Doping Kurumu nihai temyiz kararından önce veya temyiz için son tarihten önce ferdi vakaya uygulanan men cezasının bir bölümünü kaldırabilir. Nihai temyiz kararından sonra yada temyiz için son tarihten sonra bir Anti-Doping Kurumu aksi taktirde uygulanacak Men cezası süresinin bir kısmını ancak WADA veya mevcut Uluslararası Federasyon onayı ile kaldırabilir. Aksi taktirde uygulanacak Men cezası süresinin kaldırılma oranı, sporcu yada diğer Kişi tarafından işlenen anti-doping kural ihlalinin önemine ve sporcu yada diğer Kişi tarafından sağlanan somut desteğin önemine bağlıdır. Aksi taktirde uygulanacak Men cezası süresinin dörtte üçünden fazlası kaldırılamaz. Eğer aksi taktirde uygulanacak Men cezası süresi ömür boyu ise, bu Madde altında iptal edilmeyen/kaldırılmayan süre 8 yıldan az olamaz. Eğer Anti-Doping Kurumu bu madde kapsamında aksi taktirde uygulanacak Men cezası süresinin herhangi bir kısmını iptal ederse, Anti-Doping Kurumu, karara itiraz etme hakkına sahip tüm Anti-Doping Kurumlarına derhal kararın gerekçesini açıklayan yazılı bir bildiride bulunmalıdır. Eğer Sporcu yada diğer Kişinin beklenen somut desteği vermemesinden dolayı Anti-Doping Kurumu akabinde iptal edilmiş Men süresini geri iade ederse, Sporcu yada diğer Kişi geri iadeye itiraz edebilir.

Başka Kanıtların Bulunmaması Durumunda Anti-Doping Kural İhlalinin Kabulü/İtirafı

Bir Sporcu yada diğer Kişi, Numune alımının tebliği eline geçmeden önce gönüllü olarak anti-doping kural ihlalinde bulunduğunu itiraf ederse ve itiraf o esnada tek güvenilir kanıt ise, o zaman Men dönemi kısaltılabilir ancak aksi taktirde uygulanacak Men cezasının yarısının altına inemez.

Sporcu yada diğer Kişinin, bu Maddenin birden fazla şartı altında cezada indirim hakkı olduğunu ortaya koyması

Bu maddeler kapsamında cezanın azaltılması yada askıya alınması için başvurmadan önce, aksi taktirde uygulanacak olan Men, ilgili maddeler kap-

samında tespit edilmelidir. Eğer Sporcu bu maddelerin iki yada daha fazlasından Men döneminin azaltılması veya askıya alınması hakkı olduğunu ortaya koyarsa, o zaman Men dönemi azaltılabilir yada askıya alınabilir ancak aksi taktirde uygulanacak cezanın ¼ ünün altına inemez.

Men Süresini Arttırabilecek Ağırlaştırılmış Durumlar

Eğer Anti-Doping Kurumu, bir bireysel davada, Yasaklı madde ticareti ve buna teşebbüs ve yasaklı madde uygulama veya buna teşebbüs dışında ağırlaştırıcı sebeplerin bulunduğu bir anti-doping kural ihlali tespit ettiyse, bu da standart cezanın üzerinde bir cezayı haklı gösteriyorsa, Sporcu yada diğer Kişi ihlali bilerek işlemediğini kanıtlayamadığı sürece aksi durumda verilecek Men cezası 4 yıla kadar çıkartılabilir. Sporcu yada diğer Kişi, bir Anti-Doping Kurumu tarafından anti-doping kural ihlali ile karşılaşmasını müteakip derhal anti-doping kural ihlalinde bulunduğunu itiraf ederse bu maddenin uygulanmasını önleyebilir.

Çoklu İhlaller

İkinci Anti-Doping Kural İhlali

Sporcu yada diğer Kişinin ilk anti-doping kural ihlalinde Men dönemi indirilebilir yada arttırılabilir.

İkinci Anti-Doping Kural İhlallerine Uygulanması: Sporcu yada diğer Kişi, ikinci anti-doping kural ihlalinde bulunmuşsa Men döneminin azaltılması veya askıya alınması hakkı olduğunu ortaya koymuşsa, Ceza Kurulu önce aksi taktirde verilecek Men cezasının aralığını tespit eder, sonra Men döneminin uygun şekilde indirilmesi yada askıya alınmasına karar verir. Herhangi bir indirim yada askıya alımdan sonra Men döneminin kalan kısmı aksi taktirde uygulanacak Men cezasının en az dörtte biri olabilir.

Üçüncü Anti-Doping Kural İhlali

Üçüncü anti-doping kural ihlali, eğer men döneminin ortadan kaldırılması yada indirilmesi şartlarını karşılamıyorsa yada ihlalini içermiyorsa, daima ömür boyu Men ile sonuçlanır. Bu özel durumlarda ceza 8 yıl ile ömür boyu arasında tespit edilir.

Kesin Potansiyel Çoklu İhlaller için Ek Kurallar

Bu Madde kapsamında ceza uygulanması için, bir Anti-Doping Kural ihlali ancak şu durumda ikinci ihlal olarak kabul edilir: Anti-Doping Kurumu Sporcu yada diğer Kişinin (**Sonuç Yönetimi**) kapsamında tebliğ almasını

müteakip ikinci bir ihlalde bulunduğunu ortaya koyabildiyse yada Anti-Doping Kurumu 1. Anti-Doping Kural ihlaline dair ihtarda bulunmak için gerekli çabayı göstermişse; eğer Anti-Doping Kurumu bunu ortaya koyamazsa ihlaller tek bir ihlal olarak ele alınır ve ceza daha ağır olan ihlal üzerinden verilir; ancak çoklu ihlallerin oluşması ağırlaştırıcı sebeplerin varlığına dair bir etken olarak düşünülebilir .

Eğer, ilk anti-doping kural ihlali kararından sonra ve karar sporcuya tebliğ edilmeden önce bir Anti-Doping Kurumu, Sporcunun anti-doping kural ihlali içeren olaylara karıştığını ortaya çıkarırsa, o zaman anti-doping kurumu iki ihlalin aynı anda yargılanacağını farz ederek ek ceza uygulayacaktır.

İlgili Madde uyarınca, tüm yarışmalarda alınan sonuçlar, önceden işlenen anti-doping kural ihlallerine kadar iptal edilecektir. Önceden işlenmiş ancak sonradan ortaya çıkan kural ihlallerinden dolayı ağırlaştırılmış ceza almayı önlemek için Sporcu yada diğer Kişi ilk suçlandığı ihlalin tebliğini alır almaz zamanında gönüllü olarak anti-doping kural ihlalinde bulunduğunu itiraf etmelidir. Aynı kural, Anti-Doping Kurumunun ikinci anti-doping kural ihlalinin kararından sonra önceden işlenmiş başka bir ihlali ortaya çıkarması durumunda da uygulanır.

Sekiz Yıllık Dönem içinde Çoklu Anti-Doping Kural İhlalleri

Her anti-doping kural ihlali çoklu ihlal kabul edilmesi için 8 yıllık dönem içinde gerçekleşmiş olmaları gerekmektedir.

Müsabakalarda numune alınmasını veya anti doping kural ihlalini müteakip sonuçların geçersiz sayılması

Madde 9 kapsamında pozitif sonuca dayanan otomatik geçersiz sayılmaya ek olarak (Ferdi sonuçların otomatik olarak geçersiz sayılması) pozitif numunenin alınma tarihinden itibaren tüm diğer sonuçlar yada (yarışma içi ve dışı) vuku bulan diğer anti doping ihlalleri Uzaklaştırma veya Men döneminin başlamasına kadar, adalet aksini gerektirmediği sürece, madalya, puan ve ödüllerin geri verilmesi dahil geçersiz sayılacaktır.

- Anti doping kural ihlalinde bulunduktan sonra katılabilmeyi hak etmenin şartı olarak Sporcu, tüm ödüllerini bu madde kapsamında geri vermelidir.

- Kaybedilmiş hak olan ödül parasının yeniden tahsis edilmesi. Uluslararası Federasyonun kuralları, kaybedilmiş hak olan ödül parasının diğer Sporculara yeniden tahsis edilmesini öngörmedikçe, önce Anti Doping Kurumuna ödül parasını geri almak için uyguladığı gerekli adımlar için yaptığı masraflar ödenir, daha sonra eğer Uluslararası

Federasyon kurallarına göre tahsis edilmiş bir miktar varsa sonuç yönetiminden sorumlu Anti doping Kurumuna ödenir.

Men Döneminin Başlaması

Men dönemi, duruşma kararının tarihi itibariyle ya da eğer duruşmadan vazgeçilmiş ise Men cezasının kabul edildiği ya da uygulanmaya başladığı tarih itibari ile başlar. Herhangi bir geçici uzaklaştırma süresi (uygulamaya tabi olan veya gönüllü olarak kabul edilen) geçirilecek olan toplam Men süresine karşı dikkate alınacaktır.

- **Sporcuya veya diğer Kişilere isnat olunmayan ertelemeler**

Duruşma sürecinde yada Sporcu veya diğer Kişiye isnat olunmayan Doping Kontrolünün diğer yönlerinde gecikme olduğunda, cezayı uygulayan birim Men süresini numune alım tarihinden yada en son anti-doping kural ihlalinin oluştuğu tarihten itibaren başlatabilir.

- **Zamanında itiraf**

Sporcunun veya diğer Kişinin, Anti-Doping kurumu tarafından anti-doping ihlali ortaya çıkarılır çıkarılmaz derhal (sporcu tekrar yarışmadan önce) Anti doping kural ihlalini itiraf ederse, Men süresi numune alma veya en son ihlalin yapıldığı tarihten başlayabilir. Bu maddenin uygulandığı her durumda, Sporcu veya diğer Kişi Men süresinin en az yarısını dava bitiminden ve kararın uygulanmaya başlamasından sonra geçireceklerdir.

- Eğer Geçici Uzaklaştırma Sporcuya uygulandı ise ve Sporcu bunu kabul ettiyse, daha sonraki Men dönemine karşı Sporcu bu geçici süre için bir kredi kazanır.
- Eğer bir sporcu Geçici Uzaklaştırmayı kabul ettiğini yazılı bir şekilde Anti doping Kurumuna bildirdi ise, ileride olabilecek Men cezalarında kullanılmak üzere Sporcu bu geçici süre için bir kredi kazanır. Sporcunun Geçici Uzaklaştırmayı gönüllü kabulü, ilgili taraflara Madde 14.1 kapsamında potansiyel anti-doping kural ihlalinin tebliği şeklinde bildirilir.
- Sporcunun yarışmamayı tercih etmesi veya takımı tarafından yarıştırılmamasına bakılmaksızın, Geçici Uzaklaştırmanın başlama tarihinden önce ya da gönüllü Geçici Uzaklaştırmadan önce Men dönemine kredi uygulanmaz.

Men Döneminde Durum

- **Men Döneminde katılım Yasağı**

Men cezası almış olan Sporcu ya da diğer Kişi Men süreci içinde (onay-

lanmış anti-doping eğitimi veya rehabilitasyon programı dışında) herhangi bir şekilde İmza Sahibi Tarafından imza sahibinin üye kurumu, kulübü ya da diğer bağlı kurumlar veya bir profesyonel lig veya ulusal-uluslararası düzeyde düzenlenen faaliyetlere katılamaz.

Dört yıldan daha fazla Men cezası alan bir Sporcu yada diğer Kişi, bu dört yıllık Men sürecini tamamladıktan sonra, anti-doping kural ihlali yaptığı spor dalının dışındaki dallarda yerel yarışmalara katılabilir fakat, bu yerel yarışmalar Sporcuyu direkt olarak bir milli şampiyonaya veya Uluslararası Yarışmaya katılmak için elemeler veya Sporcunun puan toplaması şeklinde olmayacaktır.

Men cezasına maruz kalan bir Sporcu veya diğer Kişi teste tabi olmaya devam edecektir.

- **Men Döneminde Katılım Yasağının İhlali**

  Önceeki Madde kapsamında Men cezası almış olan Sporcu veya diğer Kişi, Men esnasında katılım yasağını ihlal ederse aldığı sonuçlar iptal edilir. Men süreleri ihlal tarihinden itibaren başlayacaktır. Sporcu ya da diğer Kişi, herhangi bir hatası ya da ihmali olmadığını kanıtlarsa yeni Men süresi azaltılabilir. Sporcu yada diğer Kişinin katılım yasağını ihlal ettiğinin tespiti ve indirimin uygun olup olmadığı önceki Men cezasını veren Anti-Doping Kurumu tarafından belirlenir.

- **Men Döneminde Mali Desteğin Çekilmesi**

  Buna ek olarak, Belirlenmiş Madde için indirimli ceza içermeyen herhangi anti-doping kural ihlali için, imza sahipleri ve İmza Sahiplerine bağlı üye kurumlar ve hükümetler, kişinin almış olduğu spor bağlantılı mali desteğin tamamını ya da bir kısmını ve diğer spor bağlantılı avantajlarını geri çeker.

Yarışmalara Yeniden Katılım için Test

Belirlenen men süresinin sonunda katılabilme hakkını yeniden kazanmak için şart olarak bir Sporcu, herhangi bir geçici uzaklaştırma veya Men dönemi içinde kendisini test etme yetkisine sahip olan herhangi bir Anti-Doping Kurumu tarafından yapılacak yarışma dışı test için uygun hale gelmeli ve eğer kendisinden talep edilirse o anki bulunduğu yere ilişkin kesin ve doğru bilgi sağlamak zorundadır. Men sürecine maruz kalmış bir Sporcu spordan çekilmiş ve yarışma dışı test havuzundan çıkarılmış ise ve sonra yeniden geri dönüş isterse, Sporcu ilgili anti-doping kurumunu bilgilendirmedikçe ve Sporcu spordan çekildiği tarihten itibaren geriye kalan Men sürecine eşit süre için yarışma dışı teste maruz kalmadıkça yeniden katılım hakkı olmaz.

Mali Yaptırımların Uygulanması

Anti doping kurumları kendi kuralları içinde anti doping kural ihlaline dayalı mali yaptırımlar getirebilir. Bununla beraber hiçbir mali yaptırım men süresinin ya da Yasa kapsamında aksi taktirde uygulanacak diğer cezaların kısaltılması için taban oluşturamaz.

B) TAKIMLARIN AKIBETİ

Takım Sporlarında Test Etme

Bir yarışmada takım sporu yapan sporcuların birden fazlasının muhtemel bir anti-doping kural ihlali yaptıkları ihbar edilirse, Yarışma yöneticisi yarışma boyunca takıma Hedef Test uygular.

Takım Sporlarının Akıbeti

Eğer yarışma esnasında bir takımın ikiden fazla üyesinin anti-doping kural ihlalinde bulunduğu tespit edilirse,Yarışma yöneticisi anti-doping kural ihlalinde bulunan Sporculara verilecek cezanın yanı sıra takıma da uygun ceza uygulayacaktır (örneğin, puan kaybı, bir yarış yada müsabakadan diskalifiye gibi).

Müsabaka Yöneten Birim, Takım Sporları İçin Katı Yaptırımlar Koyabilir

Müsabakayı yöneten birim, ilgili müsabaka için madde 11.2'de belirtilenden daha katı kurallar uygulayabilir.

C) SPOR KURULUŞLARINA KARŞI YAPTIRIMLAR

Yasadaki hiçbir şey Yasayı kabul eden hükümetler ve İmza Sahibi Tarafları, yetkisi dahilinde olan diğer spor kurumu üzerinde yaptırım uygulama amacıyla kendi kurallarını yürürlüğe koymaktan alıkoyamaz.

SONUÇ:

Doping suçu, doğru algılama ve mücadelesinde örgütlenme istemektedir, Türkiye'nin halen bu alandaki ulusal eksikliği bu örgütlenmeyi tamamlayamamış olmasıdır.

Türkiye Dopingle mücadeleyi önemsemektedir, hatta bu konuda fazlası ile iyi niyetlidir. Bütün dopingle mücadele kuruluşlarında gerek kamu, gerekse özel hukuk spor kuruluşlarıyla (GSGM – TMOK)

yer almış, belgelerini onaylamıştır. Ancak henüz bir NADO'sunun (TADA) bulunmaması bu alandaki en büyük eksikliğidir.

Dopingle mücadelede gerekli yargılama kuruluş ve mevzuatına sahiptir. Ancak bu konuda gerekli bilgi ve bilinç eksiği vardır. Her ne kadar Dünyada akredite analiz laboratuvarına sahip azınlık ülkelerinden biri ise de, sporcularının maruz kaldıkları yerli veya yabancı test sonuçlarında savunma bilirkişiliği yapabilecek uzmanlarından büyük oranda yoksundur.

Doping alanında savunmaları üstlenebilecek uzman Avukatları hemen hiç yoktur. Hele bu alanda mukayeseli hukuk yapan, bir doping davasında ilgili sporun uluslararası mevzuatına bihakkın vakıf, o kuruluşun yargılama mekanizmalarını bilen, içtihatlarından emsal gösterebilecek, üst yargı organı Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) içtihatlarını bilen hukukçuları henüz yeterince yoktur. Bu durum, yabancı merciler önündeki davalarda, yabancı avukatların angaje edilmesi ile kısmen çözülebilirken, bilhassa iç hukuk doping davalarında büyük sakıncalar doğurmaktadır. Türk insanının bir de bu konuda yabancı dil bilme (İngilizce veya Fransızca, hatta yabancı meslektaşlarımızın çoğunun sahip olduğu her ikisini birden bilme) hendikapı bulunmaktadır.

Bu eksiklik, iç hukumuzda karar verici durumda olan kurulların üyelerinin de yabancı dil sorunlarında çarpıcı şekilde ortaya çıkmaktadır. Uygulamak durumunda oldukları yabancı mevzuatı tercümeleri üzerinden değerlendirmek durumunda kaldıklarında, yakın zamanda bazı Doping davalarımızda görülmüş olduğu üzere, daha sonra yabancı – uluslararası spor yargı organlarınca (yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi) bozulan kararlar vermektedirler.

Son olarak belirtmek istediğimiz, Türkiye'de dopingle mücadele konusunda bir meslekler çatışması bulunduğudur. Tıp doktorlarının, dopingle ilgilenenleri, bu alanı kendi mesleki inhisarlarında görmektedirler. Oysa, bize göre doping hukuki bir meseledir, bir dava türüdür. Tıp doktorlarının bu alanda önleyici fonksiyonları inkar edilemez. Sporculara nelerin zararlı olabileceğini, neleri hiç kullanmamaları, ya da ne miktarda almaları gerektiğini anlatmak onların mesleki konusudur. Hatta, Dünyada maalesef görüldüğü gibi, doping yapılmasını da yönetmenin bu mesleğin bazı Hipokrat yeminlerini unutmuş mensuplarının işi olduğu bilinmektedir. Ancak doping test işlemlerinin düzenlenmesinden, sonuçlarının cezalandırma veya savunma pozisyonunda değerlendirilmesi hukukçuların işidir. Tıp doktorları, eczacılar, kimyacılar, özellikle farmakologlar,

analiz eksperleridir. Rolleri, tıpkı bir cinayet davasında adli tıp uzmanının tespitleri seviyesinde, doping maddesini belirlemek aşamasındadır. Ondan ötesi tamamen hukukçuların işidir.

Bu bakımdan hukukçularımızın, ister akademisyen, ister yargıç - savcı ya da avukat olsunlar doping olgusu ile daha yakından ilgilenmeleri ve bu alanda uzmanlaşmaları hem ülkemiz, hem sporumuz hem de sporcularımız açısından yararlı, hatta kanımızca elzemdir.

Doping suçu yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi son derece girift, birden çok eylemle gerçekleştirilebilir, yaptırımları da bir o kadar karmaşık bir suçtur; ancak bütün bu kuralları evrensel hale gelmiştir.

7 Temmuz 2007 tarihinden itibaren yürürlükte olan Olimpik Şart (Antlaşma) ve 19 Ekim 2005 tarihinde Paris'te kabul edilen UNESCO Sözleşmesi, Uluslararası Olimpiyat Komitesi ve UNESCO'nun görevlerinin en kritik bölümünün sporda doping ile mücadele ve dopingin önlenmesi olduğunu ve **YASA = WADA Kod**'un bu konudaki başlıca rolünü kabul etmişlerdir

Her Anti-Doping Kurumunun kuralları içine maddi değişiklikler olmadan dahil edilecek olan Yasada belirtilmiştir. *Örneğin, tüm İmza Sahibi Tarafların kararlarını aynı Anti-Doping kural ihlallerine, aynı ispat etme yükümlülüğüne dayandırması ve aynı Anti-Doping kurallarının ihlallerinde aynı sonuçları çıkarması için gerekli olan uyum çok önemlidir.* Uluslararası bir Federasyon nezdinde Ulusal seviyede veya CAS nezdinde bir duruşma yapıldığı zaman sürekliliği olan kurallar aynı olmalıdır. Yasada listelenmemiş olan Şartları, bir Anti-Doping Kurumu tarafından harfiyen kendi kurallarına dahil edilmese de bu şartlara uyulması zorunludur. Bu Şartlar genel olarak iki kategoriye ayrılırlar. Birinci olarak bazı şartlar Anti-Doping Kurumunu kesin tedbirler almaya yöneltirler fakat bu gibi şartları Anti-Doping Kurumunun Anti-Doping Kuralları içine yerleştirmeye gerek yoktur. *İkinci olarak; bazı kurallar maddi olarak zorunludur fakat her Anti-Doping Kurumuna Yasada belirtilen prensiplerin uygulanmasında esneklik sağlamaktadırlar.* Buna örnek olarak tüm İmza Sahibi Tarafları tek bir sonuç değerlendirmesi ve duruşma süreci için zorlamak etkili bir uyum için gerekli değildir.

Şu anda, farklı Uluslararası Federasyonlar ve Ulusal Kurumlar bünyesinde pek çok farklı ve bir o kadar da etkili sonuç değerlendirmesi ve duruşma süreci vardır. Yasa sonuç değerlendirmesi ve duruşma işlemleri konusunda mutlak bir benzerlik gerektirmemektedir, fakat İmza Sahibi Tarafların muhtelif yaklaşımlarının Yasada belirtilen prensipleri ve şartları karşılaması gerekmektedir.

Spor Müsabakalarına katılmak ile Sporcular, katıldıkları spor dalının rekabete dayanan kuralları ile bağlanmış olurlar. Aynı şekilde Sporcular ve Destek Personelleri, Yasaya bağlı olarak üyelikleri, akreditasyonları veya spor yarışmalarına ve organizasyonlarına katılımları gereği anlaşmalarından dolayı Yasanın 2. maddesine dayanan Anti-Doping Kurallarına bağlıdırlar. Ancak her İmza Sahibi Taraf, yetkileri altındaki Sporcu ve Sporcu Destek Personelinin ilgili Anti-Doping Kurumunun Anti-Doping Kurallarına uymaları ve bağlı olmaları için gerekli tedbirleri alacaktır

Yasaklı maddenin [veya metabolitlerinin veya belirtilerinin] varlığını içeren Anti-doping kural ihlalleri için Yasa, OMADC (Olimpiyat Hareketi Anti-Doping Yasası) ve varolan anti-doping kurallarının büyük çoğunluğunda bulunan kesin yükümlülük kuralını uygular. Kesin yükümlülük prensibi altında her ne şekilde ve her ne zaman Sporcunun numunesinde yasaklı bir madde bulunsa bir Anti-Doping kuralı ihlal edilmiş olur. Bir Sporcu kasıtlı veya kasıtsız olarak veya ihmali sonucunda veya hatası sonucu Yasaklı bir Maddeyi kullandıysa Kural ihlali meydana gelir. Eğer pozitif sonuç yarışma içi testte ortaya çıkarsa, adı geçen yarışmanın sonuçları otomatik olarak geçersiz sayılır. Ancak, Sporcu hatalı olmadığını veya belirli şartlar altında spor performansını arttırmaya niyet etmediğini ispat ederse, yaptırımların derecesi azaltılabilir veya yaptırım uygulanmayabilir. Yaptırımların Özel kıstaslara dayanarak değiştirilebileceği olasılığı ile birlikte Sporcudan alınan numunede Yasaklı Maddelerin çıkması durumunda uygulanan kesin bağlayıcılık kuralı, Yasaklı bir Maddenin Sporcunun sistemine hatası, ihmali olmadan girdiği istisnai durumlardaki hakkaniyet ve tüm "temiz" Sporcuların çıkarları ile etkili Anti-Doping uygulamaları arasında uygun bir denge sağlar. Bir Anti-Doping Kural ihlalinin kesin bağlayıcı kurallara dayanıp dayanmadığı araştırılırken, belirlenen men süresinin otomatik olarak uygulanmadığının belirtilmesi oldukça önemlidir. Yasada belirtilen Kesin Yükümlülük prensibi Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) kararlarında tutarlı bir şekilde desteklenerek belirtilmiştir

Yaptırımların uyumlu hale getirilmesi öteden beri anti-dopingin en fazla tartışılan konularından biri olmuştur. Uyumlu hale getirme, her vakada aynı olayların değerlendirilmesinde aynı kriterlerin ve kuralların uygulanması anlamına gelir. Yaptırımların uyumlu hale getirilmesine karşı ortaya koyulan argümanlar sporlar arasındaki aşağıda farklara dayanmaktadır: Bazı sporlarda Sporcular spordan hatırı sayılır bir gelir elde edebilen profesyoneller olmakta, diğerleri ise gerçek amatörler olmaktadır. Sporcunun kariyerinin kısa süreli olduğu durumlarda [örneğin: artistik cimnastik] iki yıl süre ile yarışmalardan uzaklaştırma cezası almak Sporcuyu daha uzun süreli sporlara kıyasla [binicilik, atıcılık gibi] çok daha fazla etkilemektedir. Ferdi sporlarda, Sporcu men aldığı dönem süresince kendi rekabetçi becerilerini takım halin-

de pratik yapılması gereken spor dallarına göre daha iyi bir şekilde muhafaza edebilir. Uyumlu hale getirmenin lehine olan temel bir argüman da aynı ülkeden iki Sporcunun yasaklanmış olan aynı maddenin kullanımı nedeniyle sırf farklı spor dallarında yer almaları sebebiyle farklı yaptırımlara maruz kalmalarıdır. Buna ek olarak, yaptırımları uygulamada esneklik, genel olarak bazı spor otoritelerince doping yapanlara tanınan kabul edilemez bir fırsat olarak görülmüştür. Yaptırımların uyumlu hale getirilmesindeki eksiklik sık sık Uluslararası Federasyonlar ile Ulusal Anti-Doping Kurumları arasında hukuki itilafların kaynağı olmuştur.

Sporculara doping uygulayanlar ve dopingi gizleyenler, doping testinde pozitif sonuç veren Sporcuların aldıklarından daha şiddetli cezalara maruz kalırlar. Spor Kurumlarının yetkisi, belgelerin yetersizliği, üyelik ve diğer spor tazminatları ile sınırlı olduğu için, Sporcu destek personelini yetkililere rapor etme dopingde caydırıcılık konusunda önemli bir adımdır.

Doping sadece spora mahsus bir suç olup, aynı eylemler başka alanlarda yapıldığında, yani aynı kimyevi maddeler veya müstahzarlar başka mesleklerde bulunan insanlarca kullanıldıklarında, en azından halen, her hangi bir suç olarak algılanmamakta, nitelenmemektedir.

DOPİNG, yukarıda belirtmeye çalışmış olduğumuz gibi sporun en ağır suçunu ve sadece spora özgü bir suçu oluşturmaktadır. Tıpkı toplum yaşamında, HIRSIZLIĞIN, TECAVÜZÜN, VATANA İHANETİN en ağır suçları oluşturduğu gibi.

Hiç bir toplumun yaşamında, ceza hukukunda yukarıdaki üç suçu ifade eden sözcüklerin, başka, olumlu anlamları yoktur ve olamaz da. Ancak, "DOPİNG""in gerek sözcük, gerekse kavram olarak, bir suçu, hem de ağır bir suçu ifade ettiği algılanmaksızın, sanki bir suç değil de bir bir marifet imiş gibi, spor dışında olumlu kullanılmaya, sunulmaya çalışıldığını görmekteyiz. Nasıl mı ? İfade edelim: "İhracata doping", "**Vergi dopingi**", "**Turizme doping**", "İnşaatçılara doping", "**Borsada doping**" hatta "**Sporda prim dopingi**". Bunlar yetmiyormuş gibi, bir de "**DOPİNG ADSL**" diye hizmet ürünü markası icad ettik.

Bu ifadeler hep basınımızın manşet ifadeleridir. Bu durumda, toplum bütün alanlarda "DOPİNG" sözcüğünü faydalı, olumlu bir kavram olarak algılarken, kendisine öyle sunulurken, sporda zararlı birşey olduğunu nasıl anlasın, kavrasın. Biraz üzerinde düşünün …, düşünelim, bu kullanımların müellifleri ve mucitleri, Sayın görsel ve yazılı ve de sözlü Medya mensupları …!

Dünyadaki Jüri Sistemleri

Valerie P. HANS
*Çeviren: Elif GÖKŞEN**

GİRİŞ:

Jüri sistemi dünya çapında uygulanmaktadır. Britanya ve İngiliz Milletler Topluluğu ülkelerinde olduğu gibi bazı jüri sistemlerinin uzun bir tarihi geçmişi vardır. Diğerleri son yüzyıldaki siyasi ve hukuki gelişmelerden etkilenme ile son dönemde çıkmışlardır. Günümüzün jüri sistemleri değerlendirildiğinde, bir ikilemle karşılaşılır. Hukuki kısıtlamalar, dava masrafları, suç ikrarı ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin artmasından dolayı hukukçu olmayan jüri üyeleri tarafından karar verilen dava oranında önemli ölçüde bir gerileme olmasına rağmen (Galanter 2004, Smith 2005), son on yılda çarpıcı sayıda ülke, sıradan vatandaşları karar verici olarak kendi hukuk sistemlerine içine katmanın yeni yöntemlerini ciddi olarak tartışmakta ya da kabul etmektedir. Arjantin (Bergoglio 2003, 2008; Hendler 2006), Japonya (Maruta 2006, Wilson 2007), Kore (Soe 2007, Hoffmeister 2008, Park et al. 2006), Rusya (Thaman 1995), İspanya (Jimeno-Bulnes 2007) ve Venezuella'nın (Thaman 2002a) da dahil olduğu muhtelif ülkelerin hepsi yakın geçmişte münhasıran hukukçu olmayan kişilerden oluşan geleneksel jürileri ya da jürinin profesyonel hukukçularla birlikte karar verdiği karma kuruluşları benimseyerek, sıradan vatandaşları dahil etmek için hukuk sistemlerini değiştirmişlerdir.

Giderek artan biçimde karmaşık ve uzmanların kontrolünde olan dünya çapındaki hukuk sistemlerine vatandaşın katılmasındaki ısrarcı tutum, söz konusu durumun kalıcı bir albenisi olacağını ileri sürmektedir. Vatandaş katılımının taraftarı olanlar bunun sağlam delil bulmak için önemli olduğunu savunmaktadırlar (Lembert 2001-2002, Vidmar & Hans 2007) . Bu durumun yetkisiz, yolsuz ya da dokunulmaz hakimlerin gücünü kıracağı söylenmektedir (Kutnjak Ivkovic 1999, Thaman 2002b). Jüriler, hukuki sonuçların

---

* Stajyer Avukat, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

adalet ve hakkaniyet hakkındaki yerel düşüncelere uygunluğunun sağlanmasına yardımcı olarak mahkeme salonlarında toplumu temsil eder (Finkel 1995, Langbein 1981). Jüriler, aynı zamanda, hakimi rağbet görmeyen kararlara ilişkin toplumun menfi karşılıklarından izole eder ve müdafiye bir tampon sağlar (Marder 2005). Geniş amaçlar da belirtilmelidir: Vatandaşları hukuki kavramlar ve hukuki usuller hakkında eğitmek, usuli adalet duygusu uyandırmak, adalet sistemini meşrulaştırmak ve sivil katılımı arttırmak (Gastil et al. 2002, Kutnjak Ivkovic 1999).

Her şeye rağmen, jüri üyelerinin hukuki karar verici olarak kullanılmaları sert bir şekilde eleştirilmiştir. Kanıtla çelişkili gözüken bireysel jüri kararları halkın öfkesini arttırmıştır (Vidmar&Hans 2007). Amerika Birleşik Devletleri'nde, davacılara fazlasıyla cömert olduğu ve karmaşık davaları çözmekte yetersiz olduğu düşünülen sivil jüriye karşı sistematik suçlamalar yöneltilmiştir (Haltom&McCann 2004, Hans 2000). Rusya ve İspanya'da yeni oluşturulan jüri sistemleri halkın destek vermediği beraat kararlarıyla ihtilaf oluşturmuştur(Thaman 2000). Sıradan vatandaşların davayı profesyonel hakimlerle birlikte çözdüğü karma mahkemeler, jüri üyelerinin genellikle profesyonel hakimlerle aynı görüşte olmaları sebebiyle "sallabaş" olarak alaya alınmış ve aciz bir yaklaşım olarak şiddetle eleştirilmiştir (Machura 2003, Kovalev 2004).

Geçtiğimiz on yılda, jüri katılımının şaşırtıcı bir şekilde tekrar gündeme gelmesi, onların başlangıç, faaliyet ve etkisinin akademik analizini harekete geçirmiştir. Aynı zamanda, varolan jüri sistemleri kapsamlı reformlar geçirmiş olup, bunlardan bazıları sıradan vatandaşların kullanımına getirilen eleştirilerin karşılığıdır. Bazı ülkelerdeki yeni jüri katılımı sistemleri hakkındaki araştırmalar (Bergoglio 2008, Thaman 2007a) ve diğer ülkelerdeki reformların etkisi (Am. Bar Assoc. 2005, Ellsworth 1999, Munsterman et al. 2006) artmıştır. Buna karşın, çok çeşitli sistemler ve onların farklı özellikleri, hukukun ve sosyal bilimler ilminin düzensiz gelişmeleriyle birlikte, bu büyüleyici hukuki fenomene kapsamlı bir değerlendirme geliştirmeyi ilgi çekici olarak yapmıştır.

Bu yazı jüri sistemleri üzerindeki güncel literatürü ve dünya çapındaki diğer jüri katılımı türlerini, şu anda bilinenleri ve sosyo-hukukçu akademisyenlerin hangi araştırma sorularını iredelemeleri gerektiğini belirtecek bir gözle özetlemektedir. Karşılaştırmalı perspektif, hukuka vatandaşın katılmının kültürel, sosyal ve politik destek kaynaklarının iyi anlaşılması için yararlı bir içerik sağlar; tüm bunlar jüri katılımı sistemlerinin pratikte nasıl uygulandığını şekillendirir.

Bilhassa Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere şimdiye kadar ki pek çok jüri araştırması bir tek ülkede jüri sisteminin uygulamasına odaklanmış-

tır. Diamond & Rose'un gerçek jüriler üzerindeki mükemmel ve kapsamlı literatür taraması sadece ABD'deki araştırmaları ele almıştır, çünkü jüri üyeleriyle araştırma yapmak diğer pek çok ülkede sınırlanmıştır. Benzer şekilde, diğer güncel jüri araştırmaları da dahil edilirse Devine ve diğerleri (2001) (gerçek ve deneysel jürileri içeren) müzakere eden jüriler hakkındaki 45 senelik araştırma anketi gibi bir çalışma neredeyse Amerikan jürisi hakkındaki tek çalışmadır. Azımsanmayacak sayıda kitap Amerikan jüri araştırmalarını özetler (Abbott & Batt 1999, Feigenson 2000, Finkel 1995, Greene & Bornstein 2003, Hans 2006, Hastie 1993, Marder 2005, Vidmar & Hans 2007). Büyük Britanya'daki jüri araştırmaları (Lloyd-Bostock & Thomas 2000, Zander & Henderson 1993) ve jüri yargılamasına ilişkin uzun geçmişleri olan her bir İngiliz Milletler Topluluğu ülkesi (Avusturalya, Kanada, İrlanda, İskoçya ve Yeni Zelanda'daki sistemlere genel bakış için sırasıyla bakınız Chesterman 2000, Vidmar 2000a, Jackson et al. 2000, Duff 2000 ve Goodman-Delahunty & Tait 2006) hakkında faydalı analizler vardır. Buna rağmen, jüri ve sıradan vatandaşın katılımını içeren diğer şekillerin açıkça karşılaştırmalı analizleri nadirdir.

Sıradan kişilerin hukuki karar verici olarak istihdam edildikleri farklı yollara kapsamlı bir şekilde bakmak için ilk ciddi çaba Profesör Stephan Thaman (2002b) tarafından organize edilen Sirakuza, İtalya'daki 1999 uluslararası toplantıda ortaya çıkmıştır. "21. yüzyılda Ceza Davalarına Jüri Katılımı" başlıklı Sirakuza konferansında, 28'den fazla ülkeden gelen akademisyen, hakim ve avukatlar dünya çapında ceza adaletinde karar alımına vatandaşın katılımı hakkında bilgi alışverişinde bulunmuşlardır. Konferans sunumları sonradan birçok satış yerinde yayınlanmıştır (Maier et al. 2000; Thaman 2001, 2002b). İlerleyen zamanlardaki bilimsel görüş alışverişi, hukuki karar almada jüri katılımına ayrılmış ortak araştırma ağının düzenli toplantıları tarafından kolaylaştırılmıştır (Hans 2003, 2007; Thaman 2002b). Bu temel üzerine inşa edilen yeni düzenlenmiş iki kitap (Kaplan & Martin 2006, Vidmar 2000b) çeşitli ülkelerde farklı jüri sistemlerinin uygulamasının değerlendirmesi özelliğini taşır.

Dünyadaki jüri sistemleri ve diğer sıradan vatandaşın katılımı sistemleri üzerine karşılaştırmalı çalışma, başlangıç aşamasında bile olsa, önemli bir gelecek vadetmektedir. Bu araştırmalar sıradan vatandaşın katılımının demokrasiye, hukuki şuura ve hukuki karar alımına getirdikleri benzersiz bakış açısına ve katkılarına etkisi hakkında uzun soluklu sorulara değinebilirler. Bilimsel bir mesele olarak, bu araştırmaların bir çoğu uzun süreli dava uygulaması ve jüri uygulamasına ilişkin oturmuş bir kamu ve elit davranışından yoksundur. Var olan bir jüri sistemini çalışmanın sınırlandırılmış olmasından bu soruların bir çoğuna cevap vermek güçtür. Ülkeler arası karşılaştırmalar, doğal bir tecrübeye benzeyen farklı ülkelerdeki mevcut çeşitlilikten yararlanmamıza imkan sağlar (Shadish et al. 2003). Aynı şekilde,

ülkeler arası karşıtlıklar sıradan vatandaşların kullanımında farklı yaklaşımların etkilerini belirlemede ve değerlendirmede bize yardım edebilir. Tüm bunlar bir yana, çeşitli milletlerin politik, hukuki ve kültürel farklılıkları sebebiyle bu, entellektüel çaba gerektiren bir meseledir.

Bu nevi bir karşılaştırmalı çalışmada ortaya çıkabilecek –ve tek ülke çalışmalarında keşfedilmesi imkansız olmasa bile çok güç olan- bazı sorular jüri sistemini toplumsal seviyedeki etkileriyle ilgli iddiaları içermektedir. Karar verici olarak katılma imkanı vatandaşları ve onların devletle olan ilişkilerini nasıl etkiler? Bazı akademisyen ve siyasi düşünürlerin iddia ettikleri gibi, jüri demokratik şevki destekler, halkı hukuk hakkında eğitir, hukuk sistemini meşrulaştırır ve vatandaşı devletine karşı daha sıkı bağlar mı? Buna ek olarak, farklı hukuki, sosyal ve politik çevreler sıradan vatandaşın katılımını nasıl etkiler? Özellikle, demokratik bir devlet biçimi gerekli midir?

Burada aynı zamanda dünya çapında karar alma sistemlerinde sıradan hakimlerin gücüne ilişkin bir analizin geliştirilmesinde önem vardır (Lempert 2007). Böylesi bir çalışma, hukuki yapılanmanın farklı jüri sistemlerini destekleyen ve bu farklı yaklaşımların bağımsız karar alımına nasıl potensiyel sağladığının bir incelemesi olan resmi tanımını içermelidir. Vatandaş gücüne ilişkin araştırma hem kitaplardaki hukuku hem de uygulamadaki hukuku dikkate almalıdır (Pound 1910). Farklı sistemlerin işleyişi uygulamada bağımsız karar alımını ve vatandaş gücünü nasıl kolaylaştırır ya da engeller? Farklı davalarda, jüri üyesiyle profesyonel hakim arasındaki gerçek denge nedir?

Jüri sistemlerine ilişkin bazı sorular karşılaştırmalı hukuktaki uzun süreli tartışmalara değinmiştir. Akademisyenler bir ülkede gelişen hukuki kurumların başka bir ülkeye naklinin[1] çekiciliğini ve muhtemel etkilerini tartışmaktadırlar (Chase 2002, Merry 2006, Munger 2007). Jüriler genellikle, dosya incelemesine dayalı davaların olduğu Kıta Avrupası hukuku geleneğiyle keskin bir karşıtlık oluşturan,şahitlerin sözlü ifadelerinin delil göstermede baskın bir yöntem olduğu mücadeleci Anglo-Sakson hukuku ile ilişkilendirilmiştir. Mücadeleci yaklaşım pasif karar vericiler isterken, Kıta Avrupası yaklaşımı delillerin gelişmesinde karar vericilerin aktif katılımını destekler (Hans 2002, van Koppen & Penrod 2003). Bazı gözlemciler jüri gibi Anglo-Sakson hukukuna ait bir unsurun nasıl başarılı bir şekilde Kıta Avrupası hukuk sistemlerine nakledilebileceğini merak ederler (Chase 2005).

Nakledilecek olan ülkenin kültürel, sosyal ve politik karakteristikleri de konuyla ilgilidir. Munger (2007),burada ayrıt edici gelenekler ve Asya millet-

---

1 **Hukuki nakil:** Bir başka ülkenin hukuk sistemine alınmış bir ülkenin hukuki bir uygulaması ya da kurumu.

lerinin sosyalleşme uygulamaları ve hukuki karar alımına vatandaş katılımı arasında bir yanlış eşleştirme olabileceğini iddia eder. Munger, jüri sistemlerinin, insanları başkalarıyla olan kendi kişisel bağlarından koparıp onları resmi olarak eşit olduğu yabancıların karar alıcıları yaptığını belirtir. Bu durum, Tayland gibi bazı Asya milletlerinin tipik sosyal etkileşim düzeni ile çelişir.

Hukuki nakil meselelerinin önemi artmaktadır çünkü jüri günümüzde en geniş kapsamlı olarak ABD'de uygulanmaktadır.Amerikan hukuku ve kültürünün kendine özgü özellikleri karşılaştırmalı çalışan akademisyenlerin aklına ABD'den gelişen batılı kurumların başka hukuki çevrelere kolayca uyarlanamayacağının gelmesine yol açmıştır (Chase 2005, Kagan 2007). Avrupa hukuk kültürü bürokratik idealleri yansıtsa da, Kagan (2007) Amerikan hukuk kültürünün devlet ve hukuki otorite hakkında şüphecilik ile karakterize edildiğini ve güçlü hukuki savunma ve tarafların çekişmesini desteklediğini gözlemlemiştir. Uzman olmayan vatandaşların karar verici olarak istihdam edilmeleri, hukuki otoriteyi onurlandıran bir kültürün tam tersine böylesi bir otoriteye kuşkucu bakan bir hukuki kültürle daha iyi uyuşmaktadır.

SIRADAN VATANDAŞIN YARGIYA KATILIMI SİSTEMLERİNİN TÜRLERİ

Her ne kadar sıradan insanların kullanıldığı sistemler önemli ölçüde değişse de, birçok ülke hukuki karar alımına katılan her sıradan vatandaş için jüri üyesi terimini kullanır. Jackson & Kovaley'in Avrupa Konseyine üye ülkelerdeki jüri katılımı araştırmasında (2006/2007) jürinin hukuki karar alımını beş farklı yaklaşıma faydalı bir şekide ayırmıştır. Bunlar ülkelerin sıradan vatandaşları hukuki karar alımında nasıl kullandıklarının farklılıklarını belirttikleri için, bu beş modeli tanımlayarak incelememize başlamakta fayda vardır.

Jackson & Kovalev ilk yaklaşımı, jüriye müdafiin suçlu olduğunu belirlemede geniş kapsamlı bir yetki tahsis eden, tamamı vatandaşlardan oluşan İngiliz geleneklerine dayanan kıtasal jüri modeli olarak adlandırılır. Büyük Britanya, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda ve diğer 40'da fazla millet genel nüfustan oluşturulan, davalara kolektif olarak karar veren vatandaşların jürisini istihdam eder (Vidmar 2002). Bir dönem İngiltere İmparatorluğunun parçası olmuş birçok ülke jürisiyle birlikte İngiliz hukuk sistemini miras olarak almıştır. İngiltere'den bağımsızlıklarını kazandıklarında, önceki kolonilerin bir kısmı jürinin baskıcı emperyal bir rejimi çağrıştırması yüzünden bu sistemden vazgeçse, diğerleri onu muhafaza ederek hukuk sisteminin daimi bir unsuru yapmışlardır (Vogler 2001). Jüriler daha sıklıkla Anglo-Sakson hukuk sisteminde görülse de, İspanya ve

Avusturya gibi bazı Kıta Avrupası ülkeleri de tamamen sıradan vatandaştan oluşan jürileri kullanmaktadır. Ceza davalarının jürileri tipik olarak sadece jüri kararını belirler (fakat Amerikan yargılamasındaki az sayıda jürinin cezalandırma hükmüne ilişkin tartışma için bakınız King 2004). En büyük istisnası Amerikan ölüm cezası davalarıdır. Bunlar için jüri anayasal olarak en azından suçun ölüm cezasına uygun olup olmadığını belirlemek zorundadır (Weisberg 2005). Müzakere sırasında jüri hakimden özenle ayrı tutulsa da, hakimler hala jüri yargılamasına başkanlık etmede, delillerin kabuledilebilirliğine karar vermede, jüri için hukuki kuralları sağlamada ve bazı yargılamalarda kanıtları değerlendirerek ya da özel kararlar vererek bilgi toplanmasına yol göstermede önemli bir rol oynar.

Kıta Avrupası ülkeleri, karakteristik olarak karma bir şekilde, karar verici sıradan vatandaşlar ve hukuk eğitimli hakimleri davaya karar vermek üzere istihdam eder (Kutjnak Ivkovic 1999, Jackson & Kovalev 2006/2007). Genellikle bu yapıya karma mahkeme ya da karma jüriler denir; Jackson & Kovalev (2006/2007) bunu işbirlikçi mahkeme[2] modeli olarak adlandırır. Genellikle, karma mahkemeler ceza davalarında hem suçluluğa hem de cezaya karar verir.

Jackson & Kovalev işbirlikçi mahkemeleri üç farklı türe ayırmıştır. Klasik Alman ya da *Schöffen* işbirlikçi mahkeme modeli, sayı ve düzenleme davanın ve muhtemel cezanın ciddiyetine göre değişse de, profesyonel bir hakim ve iki sıradan vatandaştan oluşur. Fransız işbirlikçi mahkeme modeli profesyonel hakimlerin davalara vatandaşlarla birlikte karar vermesini de içerir fakat, sıradan vatandaşın profesyonel hakime oranı Alman modelinden daha fazladır. Örnek olarak, ağır ceza davalarına bakan Fransız *cour d'assises*'de, üç profesyonel hakim dokuz jüri üyesiyle birlikte yargılananın suçunu saptamak için müzakere ederler. Önemli biçimde, Fransız jüri temyiz mahkemesinde, *cour d'assises d'appel*, 12 jüri üyesi ve 3 profesyonel hakimle birlikte yeni başlatılmıştır (McKillop 2006). Çoğunluk ilkesine göre çalışan temyiz mahkemesi jürileri, davadaki kanıtın taze bir incelemesini yürütür.

Alman ve Fransız modelleri jüri üyelerinin seçimi ve değerlendirmelerinde farklılaşır. Alman modelinde, vatandaşlar mahkemenin üyesi olarak atanır ve profesyonel hakimle birlikte mahkeme salonunun başında oturur (Machura 2001). Tam tersi olarak, Fransa'da sıradan vatandaş katılımcılar jüri olmak üzere toplumdan tesadüfi olarak seçilirler. Alman *Schöffen*'de olduğu gibi mahkemenin üyesi olmazlar. Görev süreleri boyunca, Fransız jüri üyeleri hakimlerden ayrı otururlar, müzakerede bir araya gelirler (Jackson & Kovalev 2006/2007, McKillop 2006).

---

2 **İşbirlikçi Mahkeme:** Bir karma mahkeme; bir hukuki davanın sonucuna beraber karar veren sıradan vatandaşlar ve profesyonel hakimlerden oluşan karma bir grup.

Karma mahkemelere bir diğer yaklaşım Jackson & Kovalev (2006/2007) tarafından belirtilen ilginç bir tür olan bilirkişinin denetlediği işbirlikçi mahkeme modelidir. Burada bir davayla alakalı oldukları düşünülen, uzmanlık sahibi topluluk üyeleri, sonuca karar vermek için bir ya da daha fazla hukuk eğitimli hakimle birlikte oturur. Örneğin, Hırvatistan'da, çocuk sanıkların davalarına bakılan karma mahkemelerde jüri üyeleri öğretmen, profesör ya da çocuk eğitimiyle ilgili olmalıdır (Kutnjak Ivkovic 2007).

Bilirkişi denetimindeki işbirlikçi mahkeme ile, ilgili altyapı ve uzmanlıktan gelen vatandaşların toplumdan seçilip davaya karar verdikleri özel jüri arasında bir paralellik belirtilebilir (Oldham 2006). Eski İngiliz ve Amerikan mahkemelerinde tümü kadınlardan oluşan özel "kadınefendiler jürisi" hizmet ederdi. Avusturalya'daki ilk eski jürinin kadınefendi jürileri olduğu belirtilir (Goodman-Delahunty & Tait 2006). Ölüm cezasıyla karşı karşıya olan bir kadın hamile olduğunu iddia edebilir ve çocuk doğana kadar infazda gecikme isteyerek "karnını ileri sürebilir". Kadınefendiler jürisi sanığı inceler ve kendi kişisel bilgilerini kullanarak iddianın doğruluğunu ve infazda gecikmenin haklı olup olmadığını saptarlar (Oldham 2006). Bu uygulama hamilelik iddialarını değerlendirme görevini tıbbi uzmanlığın üstlenmesiyle azalmıştır.

Eskiden, özel jüriler büyük sosyal ve politik öneme sahip davalarda da kullanılırdı. Bazen, jüri üyelerinin belirli uzmanlık alanlarına sahip olmaları gerekirdi, ama daha sıklıkla bu basitçe jüri üyelerinin malvarlığı fazla olan ya da yüksek eğitimi olanlar gibi, toplumun elitlerinden seçildikleri anlamına geliyordu.Temsilci jüri fikrinin 20. yüzyılın son yarısında yükseliş kazanmış olmasına rağmen, özel jürinin kullanılması aksine düşmüştür (Vidmar & Hans 2007). Herşeye rağmen, jüri üyelerini özel uzmanlıklarının olduğu topluluk üyelerinden seçme fikri taraftar çekmeye devam eder, tıbbi mahkemelere yönelik ilginin artması örneğinde olduğu gibi (Struve 2004).

Bilirkişili işbirlikçi mahkemenin, vatandaşın hukuka katılımı geleneğinin kuvvetli olmadığı ülkelerde bile bir albenisi vardır. Örneğin, Munger'in (2007) belirttiği üzere, jüri katılımı geçmişi olmayan, ağırlıklı olarak Kıta Avrupası hukuku ülkesi olan Tayland'da, üç uzmanlık mahkemesinde mahkemenin çalışma alanında uzmanlıkları olan jüri üyeleri davalara profesyonel hakimlerle birlikte karar verirler (Munger 2007).

Jackson & Kovalev tarafından tanımlanan son yaklaşım saf jüri modelidir. Burada resmi hukuk eğitimi olmayan meslek dışı hakimler bireysel olarak ya da küçük gruplarla oturur ve davaların sonuçlarına karar verir. Birçok ülkede meslekten olmayan hakimler, sulh hakimleri ya da meslek dışı sulh hakimleri olarak çalışırlar (Jackson & Kovalev 2006/2007). Meslek dışı hakimler daha sıklıkla alt mahkemeler ve küçük davalarda kullanılır. Mes-

lek dışı hakimler işlerini, bir uğraş ya da mühim hizmet süreleri boyunca icra ederler. Jackson & Kovalev'in meslek dışı hakimler tanımlaması bizim çalışmamıza bütünlük sağlaması amacıyla ilave edilmiştir ancak mevcut değerlendirme öncelikli olarak tamamı vatandaşlardan oluşan jüriler ve karma mahkemeler yaklaşımına odaklanacaktır.

Jackson & Kovalev'in çalışması güncel jüri katılım sistemlerinin farklı türlerinin sistematik bir kategorizasyonunu içeren birkaç girişimden biridir; onların hevesli projesi Avrupa Konseyi üyesi ülkeleri içerir ama Avrupa dışı milletlere genişletilmeyi de hak eder. Vidmar (2000b, 2002) da jürilerin kullanımını ve Asya, Afrika, Karayipler, Avrupa ve Latin Amerika milletleri de dahil İngiliz Milletler Topluluğunun bir parçası olmuş ya da olan 50'den fazla ülkede sıradan vatandaşın katılımının diğer şekillerini özetlemiştir. Sirakuza konferansından gelen yayınlar farklı ülkelerde jürilerin kullanımının ve sıradan vatandaşın katılımının diğer formlarının derlemesini oluşturmuştur (Thaman 2002b). Buna rağmen, kapsamlı araştırma yapan ve dünya çapında tüm vatandaş katılımı sistemlerini tanımlayan tek bir kaynak yoktur. Bu doğrudan açıklayıcı görev karşılaştırmalı analizler için önemli bir ilk basamak olup vatandaşın hukuki karar alımına katılması fenomeni için zaman içinde zengin bir anlayış oluşturacaktır.

HUKUKİ KARAR ALIMINA VATANDAŞ KATILIMI İÇİN DESTEK

Sıradan karar alıcılar havuzunu bütün vatandaşlar oluşturduklarından vatandaşların görüşlerini anlamak hukuki karar alımına jüri katılımı için önemlidir ve müşterek kamu sisteminin başarılı işlemesini gerektirir. Kamu desteği hukuki kararlara yerleştirilmiş topluluk düşüncelerinin değerini yansıtır ve jüri sisteminin başarılı bir şekilde adalet sistemini meşrulaştırdığını da işaret edebilir (Tyler 2006). Jürileri tercih etmek, aynı zamanda jüriler için en olası alternatif olan hakimlerden memnuniyetsizliği gösterebilir.

Jüri kullanan ülkelerde, kullanımın devam etmesi yönünde güçlü bir destek vardır. Jürinin doğduğu yer olan Büyük Britanya'da, günümüzde jüri yargılamasının sayısı azalsa da, jüri demografik gruplar arasında fazlaca rağbet görür. Roberts & Hough (2007) İngiltere ve Galler'de 11.000'in üzerinde katılımcı ile yapılan yedi araştırmayı özetlemiş ve kamunun jüriye önemli derecede güven ve itimat gösterdiği sonucuna varmıştır. Jüri yargılaması garantisi, siyasi protesto hakkı ya da özel hayatın gizliliği gibi önemli birçok hakka sahip olmaktan daha önemli olarak sınıflandırılmıştır. Ayrıca, İngiltere ve Galler'deki halk jüriye hakimlerden, duruşmaya çıkan avukatlardan ve devlet bakanlarından daha çok güvendiklerini belirtmişlerdir. Onlara cezayı gerektiren bir suçtan yargılandıkları takdirde jüri mi hakim mi seçecekleri sorulduğunda, bu araştırmadaki katılımcılar bütük bir çoğunlukla jüriyi hakime veya sulh hakimine tercih etmişlerdir (Bar Council 2002).

Kuzey İrlanda'da, sadece hakimin olduğu Diplock mahkemeleri, Kuzey İrlanda'daki terörist faaliyetleri içeren davalarda jürinin tehdit edilmesi, sindirilmesi ve korkutulması dikkate alınarak jüriyi baypas etmek için 1973'de kurulmuştur (Jackson & Doran 1995). Bu özel mahkemeler 2007'de aşamalı olarak bitirilimiştir. Bununla birlikte, önemli çoğunlukların jürinin ceza adalet sisteminin adilliğine katkı sağladığı hakkında güven ifade etmesi ile vatandaş jürisi, Kuzey İrlanda'daki devamlı kamu desteğinden yararlanmıştır. Buna rağmen, Kuzey İrlandalılar, İngiliz ve Galli emsalleri kadar oybirliği içinde değillerdir; onlara önemli suçlardan yargılanan insanların her zaman jüri yargılaması hakkının olması gerekip gerekmediği sorulduğunda, Kuzey İrlanda'daki yarıya yakın katılımcı karşıt fikir beyan etmiştir (Roberts & Hough 2007).

Jüri sistemleri olan diğer İngiliz Milletler Topluluğu ülkelerindeki fikir araştırmaları da önemli kamu desteği olduğunu göstermektedir. Bir Kanada anketi (Doob 1979) birçok katılımcının hakimin ve jürinin doğru ve haklı hükümlere ulaşmakta eşit şanslı olduğunu düşündüğünü, ancak onlar arasında ayrım yapanların büyük çoğunlukla jüriyi daha iyi bir tercih olarak seçtiklerini ortaya koymuştur. Jüri olarak hizmet veren ve jüri hizmetini yerine getirenleri bilen Kanadalılar büyük ihtimalle jüriyi en adil ve doğru karar alıcı olarak onaylamıştır. Kanadalı hakimler de, jüri yargılamasını desteklemişlerdir. Ancak, jürinin toplumun görüşlerini yansıtma kabiliyetini, jürinin delil bulma konusunda profesyonel hakimlere sağladığı avantajlardan daha değerli bulmuşlardır.

1999'da ve 2006'da yapılan iki Yeni Zelanda araştırmasına göre, çoğunluk jürinin performansını mükemmel ya da iyi olarak oylamış, jüri tıpkı polis gibi ve hakimlerden, ceza avukatlarından ve gözetim memurlarından daha iyi olarak değerlendirilmiştir (Robert & Hough 2007). Birçok Avusturya yargılamasında, Goodman-Delahunty ve meslektaşları (2008), hem bir davaya karar vermemiş jüri görevi için çağırılanları hem de jüri üyesi olarak hizmet verenleri kapsayan 6000'in üzeride kamu üyesini incelemiştir. Tüm gruplarda çoğunluk jürinin önemli bir vatandaşlık görevi olduğuna; "her kesimden insanın adaletin yönetilmesine katılması gerektiğine"; jüri görevinin öğretici ve ilginç olduğuna; ve jürilerin adalet sisteminin sorumlu tutulabilmesini sağladığına katılmaktadır (Goodman-Delahunty ve diğerleri 2008).

Özellikle jüri havuzundaki ve jüri olarak hizmet vermiş olan Avustralyalılar, jüri denemesi olmayan diğer toplum üyelerine göre jüri sisteminden çok daha emindirler. Biraz jüri deneyimi olan Avustralyalılar jüri seçiminin ve jüri yargılamasının hakkaniyeti ve etkinliğinde toplum üyelerinin iki katı kadar güven ifade etmiştir. Onlar ayrıca jüri deneyimi olmayan topluluk üyelerine kıyasla biraz daha büyük olasılıkla jüriyi tek hakimli yargılamaya tercih etmişlerdir.

Amerika Birleşik Devletlerinde, jüri yargılaması için kamu güçlü ve kararlı bir destek gösterir. Kayıtlı seçmenlerin olduğu bir ulusal örnekte, dörtte üçlük kısım "Amerika Birleşik Devletleri'ndeki çoğunluk jüri yargılamalarının adil hükümlere vardıklarına" oldukça ya da çok güvenmektedir (Fox News/Opinion Dynamics 2003). Bir diğer araştırmanın (Harris Interactive 2004) sonuçlarına göre; %84 jüri hizmetinin zahmetli olsa da yerine getirilmesi gereken bir vatandaşlık görevi olduğuna katılmaktadır, ve %75 bir yargılamanın katılanı oldukları halde jüriyi hakime tercih edeceklerini ifade etmişlerdir.

Diğer birçok ülkede olduğu gibi, jürilerde hizmet verenler arasında Amerikan jüri sistemine destek daha kuvvetlidir (Harris Interactive 2004, Diamond 1993). Yargılama sonrası jüri üyeleriyle yapılan araştırmalar rutin olarak ortaya koymaktadır ki, jüri üyeleri hizmetlerinden sonra öncesine göre mahkemeler ve jüri sistemi hakkında daha olumlu olmaktadırlar. 16 tane federal ve devlet mahkemesinde hizmet vermiş 8000 jüri üyesiyle yapılan bir ulusal araştırmada, çoğunluk jüri görevi ve mahkemeler hakkındaki izlenimlerinin hizmetten sonra daha olumlu olduğunu belirtmiştir (Diamond 1993). Rose ve diğerleri (2008),üyeleri jürinin görece daha az tutkunları olan ırksal ve etnik gruplarda bile jüri deneyiminin jüri yargılaması için azınlık desteği açısından önemli bir etkisi olduğunu bulmuştur.

MacCoun & Tyler (1998) anket katılımcılarının birçoğunun ağırlıklı olarak jüriyi hakime tercih ettiklerini saptamıştır. İkiye bir ara ile, insanlar jüryiyi daha adil, daha kesin, azınlıkları temsilde daha iyi ve önyargıyı azlatmakta daha iyi görmüşlerdir. Ancak jüri daha pahalı görülmüştür. Farklı büyüklüklerde jüriler ve karar alma şartları sorulduğunda anket katılımcıları 12 kişilik oybirliği ile karar alan jüriyi en doğru, en eksiksiz, adil, azınlıkları temsilde en iyi, önyargıları azlatmakta en uygun ve anlaşmazlıkları dinlemede en iyi olarak görmüşlerdir. 12 kişilik, oybirliği ile karar alan jüri cinayet gibi ciddi suçlarda tercih edilmiştir, buna karşın dükkan hırsızlığı gibi küçük davalarda daha küçük oybirliği olmayan jüriler tercih edilmiştir.

İngiliz ve Amerikalı vatandaşlar başlıca bir alanda jüriler hakkında tereddüt gösterirler: Terörizm davaları. 2002 ve 2005'de iki farklı ankette, İngiliz örnekler jüri yargılaması hakkının reddedilmesinin terörist tehlike ile mücadelede "ödenmesi gereken bedel" olduğuna katılıp katılmamak olarak neredeyse ikiye bölünmüştür (Roberts & Hough 2007). Amerika Birleşik Devletlerine karşı terörist saldırılardan şüphelenen insanlarla mücadelede Amerikalılar da, jüri yargılamasını (%49) askeri mahkemelere (%46) göre biraz daha tercih ederek bölünmüştür (CBS News/ New York Times 2006). Bir araştırmanın zekice düzenlemesi terörizm bağlamının önemini göstermiştir. Bir anketteki Amerikalı katılımcıların yarısına geçmişte "Amerika Birleşik Devletleri'nin ceza mahkemelerindeki şüpheli katilleri bir jüri gerektirerek,

bir oybirliği kararı ve bir sivil hakim ile yargılamış" olduğu söylenmiştir (CBS News/ New York Times 2001). Onlara bunun şüphelilerle mücadelede doğru bir yöntem olup olmadığı sorulmuştur. Tamamen %82'si cezai jüri yargılamasını onaylamıştır. Sorunun anlatım biçimi öteki yarı için biraz değiştirilmiş, yargılananların şüpheli teröristler olduğu söylendiğinde sadece %53'ü bunun doğru bir yol olduğuna katılmıştır. Scheppele (2006) terörist saldırıların anayasal hakların kırılgan olduğu bir ortam yarattığını gözlemler.Jüri yargılaması hakkının istisnası yoktur.

Bugüne kadar birçok kamuoyu yoklaması cezai jüriler hakkında sorular içermiştir; hukuki jüriler ABD dışında seyrek kullanılır. Hukuki jüriler hakkındaki Amerikan araştırmaları hukuki jüri yargılaması sonuçları ve özellikle jüri kararları hakkında bazı algıları su yüzüne çıkarmıştır (özetler için bkz. Hans 1993, 2000; Kritzer 2001). Örneğin, kamunun önemli bir kesimi hukuki jüri kararlarının "lüzumsuz" ve "çok geniş" olduğunu ileri sürmektedir. Katılımcılar jüri kararlarının "kontrol dışı" ya da "genel olarak makul" olup olmadığı hakkında hemen hemen eşit bölünmüştür (Kritzer 2001). Kritzer (2001), yerel yada ulusal siyasi haberleri yakından takip edenlerin ulusal siyasi haberlere karşı daha az duyarlı olanlara kıyasla tipik hukuki jüri kararlarına daha fazla değer verdiklerini belirtir. Genellikle yüksek jüri kararlarının fazla temsil edildiği medyada yer alan haberlerle (Bailis & MacCoun 1996, MacCoun 2006, Haltom & McCann 2004) birlikte davacı avukat reklamı ve haksız fiil reformu kampanyaları tipik jüri yargılaması sonuçları hakkında abartılı düşüncelerin ortaya çıktığı izlenimini uyandırmaktadır (Hans 2000).

Jüri üyelerinin karar almalarına ilişkin demografik ve diğer faktörlerin etkileri üzerinde önemli araştırmalar olsa da (Vidmar & Hans 2007), az sayıda araştırmacı jüri lehinde demografik farklılıların olup olmadığına odaklanmıştır. Rose ve meslektaşları (2008), Afrikalı Amerikalılar, İspanyollar ve Hispanik beyazlar jüriyi yargıca tercih ederken, jüri tercihinin Hispanik beyazlar arasında daha kuvvetli olduğunu bulmuştur. Irksal azınlıklar bu konuda daha az hevesli olabilirler çünkü sembolik olarak jüri bütün vatandaşların tam katılımına dayansa da, devlet aktörleri ve devlet faaliyetleri tarafından oluşturulmuş, tarihsel olarak ırksal ve etnik azınlıkları az temsil etmiş ve ırkçı kararlarla ilişkilendirilmiştir.

Ayrıca, ırksal ve etnik azınlıkların jüri üzerindeki deneyimi çoğunluğa kıyasla daha az olumlu olabilir. Antonio & Hans (2001), hukuki jüri üyesi olarak hizmet veren Hispanik olmayan beyazların, ırksal ve etnik jüri üyelerine göre müzakerelerinde çok daha memnun olduğunu fark etmiştir. Rose ve meslektaşlarının etkileyici bir bulgusu şudur ki, kültürel anlamda Amerika Birleşik Devletleri'nde daha az asimile edilmiş olan Hispanik – Teksas incelemeleri İngilizce yerine İspanyolca yapmış olanlar ve Amerikan vatandaşı

olmamış olanlar- tüm diğer grupların aksine hakimi jüriye net olarak tercih ettiklerini gösterirler. Rose ve onun yardımcı yazarları, bu kültürel anlamda daha az asimile edilmiş Hispaniklerin en çok jürinin ayrımcılığından endişe edebileceklerini; fakat daha da temel olarak, onların genellikle jürileri kullanmayan (Meksika) hukuk sistemine daha alışkın olduklarını açıklarlar.

Bu bulgulara göre Amerika Birleşik Devletleri, Büyük Britanya ve İngiliz Milletler Topluluğu ülkelerinde jüriler büyük kamu desteğinden faydalanabilmektedir çünkü onlar Anglo-Sakson hukuku ülkelerinin uzun süredir kabul edilmiş politik ve hukuki tabiatı olmuştur. Burada jürilerle doğrudan ve dolaylı deneyimler vardır ve insanlar sıradan vatandaşın adaletinden memnundurlar.

Daha yakın zamanlarda Kıta Avrupası hukuku ülkelerine uyarlanmış jüri sistemlerine sonra ne olur? Franco'nun totaliter rejiminin devrilmesini takiben jürinin demokratik reformlarla getirildiği İspanya'da, İspanyol halkı yeni jüri sistemlerine karşı kararsızlık göstermektedir (Martin & Kaplan 2006). Birçok İspanyol akademisyen, profesyonel hakimler ve bazı politik gruplar sıradan vatandaş ve profesyonel hakimlerin karma mahkeme sistemini jüriye tercih etmektedir.

Roberts & Hough (2007) İspanyol toplumundaki birçok araştırmanın sonuçlarını toplamışlardır. Jürinin takdiminden bir sene sonra 1996'da, İspanyol halkı, %14'ü bir tercihte bulunmayarak, hakimdense (%37) jüri (%49) tarafından yargılanmak istediklerini söylemiştir. Buna karşın, iki polis memurunu öldürmekle yargılanan bir kişiyi suçsuz bulan tartışmalı bir jüri kararından hemen sonra, jüriye destek aniden düşmüştür. Sonra, katılımcıların yarısından fazlası hakim tarafından yargılanmak istediklerini söylemişlerdir ve sadece %32'si jüriyi tercih etmiştir. "Günlük hayatın sorunlarında daha iyi deneyimi ile kamu üyelerinden oluşan bir jürinin bir hakimden daha adil bir karara daha iyi varabileceği" görüşüne katılan oran 1996'da %46'dan 1997'de %37'ye düşmüştür. Belirli jüri kararlarında yaygın eleştiriler olsa bile halk desteğinin uzun soluklu ve kuvvetli bir birikiminin olduğu yerlerin aksine, alışılmamış bir kurum olduğunda jüri hakkındaki kamu oyu geçici olabilir.

Thaman (2007b), jürinin 1993'de yeniden ortaya çıktığı ve 2002-2003'de neredeyse tüm Rusya'ya yayıldığı Rusya'da, yeni jüri sisteminin uygunluğu hakkında bölünmüş görüşler olduğunu belirtir. Bir araştırmada, neredeyse nüfusun üçte biri jürinin getirilmesinin olumlu bir gelişme olduğu görüşündeydi ve jüri tarafından yargılanma Rusya için uygun bulunuyordu. Yüzde otuz dokuz bunun uygun olmadığını düşünüyordu. Sorulanların yarısı jüriler için objektif olmanın zor olduğunu dikkate almıştır ve benzer oranda kişi birinin kolayca jüri üyelerini korkutup ya da rüşvetle satın alacağında aynı fikirde olmuştur.

Güney Kore'de hukuki değişimlerin gerçekleşebileceği düşüncesiyle, başkanlık reform komisyonu kanaat önderlerinin, Koreli kamu üyelerinin ve cezaevi mahkumlarının bile vatandaş katılımı hakkında düşüncelerini sorarak araştırma yapmıştır (Park et al. 2006). Kanaat önderleri, hakimler, savcılar, avukatlar, dini liderler, işletme yöneticileri ve milli meclisin üyeleri de dahil olmak üzere üçte ikisi sıradan vatandaşlar karar alıcı olarak dahil edildiğinde hukuk sisteminin daha demokratik ve şeffaf olacağına katılmışlardır. Benzer bir oran böyle bir reformun Kore'de dürüstlüğü ve akılcılığı yükselteceğine katılmıştır. Kore halkının yüzde doksanı, birçoğu sosyal adaleti sağlamanın bir metodu olarak görerek, jüri yargılamasını onaylamıştır. Bazıları yanlışlar yapılmasından, önyargılı olunmasından ya da tehditlerden korkulmasından ya da davranışların etkilenmesinden çabucak endişe etmiştir. Cezaevi mahkumlarının görüşleri çok önemli görülmüştür, çünkü yeni Kore sisteminde, sanıklar jüri ya da hakim yargılamasını seçebilmektedir. Koreli sanıklar, bunu daha adil ve sanık haklarına daha iyi koruma gelineceğini görerek şiddetle jüri sistemini savunmuşlardır.

Japon anket araştırmaları, öte yandan, 2009'un başında oturtulan yeni Japon *saibon-in seido*[3] sistemine katılım hakkında halk içindeki endişeleri gösterir (Anderson & Nolan 2004, Bloom 2006, Wilson 2007). Kamuoyu yoklamaları bazı Japonların yeni sisteme katılım hakkında endişelendiklerini ortaya çıkarır (*Kyodo News* 2005, Onishi 2007, Nagano 2007). Japon vatandaşları bir başka insanı yargılama noktasında tereddüt göstermekte ve bir sanığın suçlu olup olmadığına karar vermede zorluklar öngörmektedirler (*Kyodo News* 2005).

Japonya'da Fukurai'nin araştırması (2007), *saiban-in seido* ile doğrudan deneyim ihtimalinin Japonların ona gösterdiği mevcut soğuk muameleyi rahatlatabileceğini ileri sürer. Fukurai, Japon Savcılık İnceleme Komisyonu'na (PRC) katılanlardan dava açılmamış savcı iddianamelerini gözden geçirmeleri istenen rastgele seçilen Japon Vatandaşları ankete tabi tutmuştur. Bu vatandaşların bir kısmı PRC'nin bir parçası olarak bilfiil müzakere etmiş buna karşın diğerleri müzakerelere katılmamışlardır. Birçoğu başta kurula katılmakta tereddüt ettiklerini bildirseler de, her iki PRC grubu da bu deneyimleri hakkında fazlasıyla olumlu görüş bildirmişlerdir. Sıradan vatandaşın katılımının çok ısrarlı adli tatbikatı ve hatta gelecekteki suçları önleyebileceği görüşüne katılmışlardır. PRC üyeleri, eğer sanık olarak yargılanıyor olsalardı jüri yargılamasını hakim yargılamasına tercih edeceklerini söylemişlerdir. Benzer bir şekilde, bilfiil müzakere edenler etmeyenlere göre jüri kurumuyla ilgili ve tekrar hizmet etmekle ilgili çok daha hevesli bir tutum takınmışlardır.

---

3 **Saiban-in seido:** 2009'dan beri ciddi cezai davalara karar veren altı sıradan vatandaş ve üç profesyonel hakimden oluşan Japon karma karar alma organı.

İlgi çekici hale gelen doğrudan deneyimle ilgili ülkeler arası bulgular, bir topluma yeni bir sıradan vatandaşın katılımı sisteminin faydalarını tanıtmak, bunlar hakkında o toplumu eğitmek ve buna ikna etmek için en etkili yolun onunla önemli sayıda doğrudan deneyim sağlanması olduğunu belirtir. Japonya bu yaklaşımı *saiban-in seido*'nun tanıtılmasına yol açan süreçte, şimdiye kadarki birçok *saiban-in* davasını yürüterek kullanmıştır. Onun toplumsal bir katkı ve görev olduğunu vurgulamak da önemli olabilir. Fukurai (2007) rapor eder ki, jüri üyesi olarak hizmet verme istekleri sorulduğunda, müzakere eden PRC üyelerinin %58'i ve müzakere etmeyenlerin %49'u evet demiştir. Buna karşın, ihtiyaç olduğunda jüri üyesi olarak hizmet etmenin onların bir görevi olması hali sorulduğunda, anlaşma aniden iki grup için de sırasıyla %91 ve %89'a çıkar.

Karma mahkemeler hakkında görece pek az sistematik araştırma yapılmıştır (Kutnjak Ivkovic 2003, Machura 2007). Machura (2007), birçok batı Almanyalı katılımcının sıradan vatandaşın katılımı için genel olarak destekte bulunduğunu bildirmiştir. Buna rağmen, onlara karma mahkemelerin jüri üyesi olarak hizmet etme istekleri sorulduğunda, katılımcıların çoğunluğu istekli olmamıştır. Machura, buna karşın bir kere jüri denetçileri hizmet ettiğinde, büyük çoğunluğun tekrar katılmak istediğinden emin olduğunu belirtir (S. Machura, kişisel mülakat).

Kutnjak Ivkovic'in (1999) Hırvatistan'daki karma mahkemeler hakkındaki dikkatli çalışması, karma mahkemelerin profesyonel hakimlerini, avukatlarını ve jüri üyelerini araştırmıştır. Ülkenin farklı bölgelerine ve mahkemenin özel türüne göre bazı farklılıklar olsa da katılımcıların çoğunluğu karma mahkemeler hakkında olumlu düşüncelere sahipti. Sıradan vatandaş katılımcılar en istekli gruptu. İlginç olarak, karma mahkemeler hakkında olumlu görüşlerde olan hakimler ve avukatlar yargılamada jüri sorularının çok sıklıkla olduğunu bildirmiş ve jürilerin sorularının daha olumsuz yaklaşımları olan profesyonel hukukçulara göre çok daha önemli olduğunu söylemişlerdir. Bu durum işbirlikçi mahkemelere etkili vatandaş katılımına hukuki desteğin kritik önemini akla getirmiştir.

Sonuçta, jüriler ve sıradan vatandaşın katılımına dair diğer türler hakkındaki görüşler önemlidir ve devamlı akademik dikkati hak eder. Bu fikirler, katılacak vatandaşların isteği, sıradan katılımcılara verilen önem ve devlet kurumlarının fark edilen meşruluğuyla ilgilidir. Bizim makalemiz, jüri tarafından yargılanma için kuvvetli kamusal ve toplumsal destek gösteren jürilerin uzun yıllardır varolduğu ülkelerle, daha karma değişimlerin olduğu sıradan vatandaşları adalet sistemine yeni tanıtmış ya da öngörmüş olan ülkeleri ortaya koymaktadır. Bu alandaki araştırmayı, bir sonraki aşamaya taşımak için akademisyenler farklı sistemlere ve ülke gruplarına

yöneltilebilecek ortak sorular geliştirmeli ve zaman içinde bu sorulara verilen cevapları takip etmelidir.

VATANDAŞ KATILIMI VE SİVİL KATILIM

Ülkeler arasında, jürilere ya da sıradan vatandaşın katılımı sistemlerine ilişkin diğer türlere katılan vatandaşlar sıradan karar alıcıların kullanılması ve hukuk sistemi hakkında daha olumlu hale gelmektedir. Bu nevi deneyimler diğer alanlarda da toplumsal duyarlılığı arttırır mı?

Anlamlı grup tartışmalarına katılma bilgilendirici ve davranışsal değişimlerin güçlü bir kuvveti olarak ortaya çıkar (Diamond 1993). Siyaset bilimciler ve siyasete yön verenler arasındaki müzakereci demokrasi[4] akımı siyasi seçimler ve kararlar hakkında vatandaş müzakeresinin önemini vurgular (Gastil & Levine 2005, Gutmann & Thompson 2004). Müzakereci demokrasi teoristleri vatandaşların, kendi içlerinde anlamlı, tartışmalarının da sivil katılımda önemli artışlar sağladığını savunurlar. Gastil ve ortakları (Gastil et al. 2002, 2008; Gastil & Weiser 2006) cezai jüri üyeliği ile siyasi katılımın diğer türlerindeki artış arasında bir bağ olduğunu doğrulamıştır. Onların çalışması katılımcıların önceki oy geçmişlerini de dikkate almıştır çünkü bu gelecek oylamaların olasılığıyla kuvvetle ilişkilidir. Bölge seviyesinde yapılan bir çalışmada, cezai jürilerde hizmet etmiş ve bir hükme varmış hakimlerin, azledilen, dönüşümlü olan ya da oybirliğine ulaşamayarak bir hükme varamayan hakimlere kıyasla birbirini takip eden seçimlerde daha sıklıkla oy kullandıkları tespit edilmiştir (Gastil et al. 2002). Bir ikinci çalışma, yedi ek ABD bölgesinde cezai ve hukuki davalarda görev yapan 13.000'in üzerindeki jüri üyesinin mahkemelerini ve oylama kayıtlarını incelemiştir (Gastil et al. 2008). İstikrarlı oylama geçmişi olanlar jüri görevlerinden sonra da değişmemişlerdir. Buna karşın, daha önceden seyrek olarak oyvermiş ve müzakere eden bir cezai jüride hizmet etmiş –jüri bir karara varmış ya da oybirliğine varamadığını ilan etmiş olsa da- olanlar büyük bir olasılıkla jüri hizmetlerinden sonra oy vermişlerdir. Deneyimlerinin başlangıçtaki beklentilerini geçtiğini söyleyen jüri üyeleri geniş çeşitlilikte siyasi davranışlara daha meyillidir (Gastil & Weiser 2006).

Hayret verirci bir durum şudur ki jüri hizmeti ve oy verme arasındaki bağ sadece cezai davalarda bulunmuştur. Hukuki yargılamalarda jüri hizmeti ve oy verme alakalı değildir. Bu farklılık birkaç muhtemel açıklamayı akla getirir. Büyüklük ve oybirliği gibi cezai ve hukuki jüriler arasındaki yapısal farklılıklara ek olarak, tipik ceza yargılaması devleti sanıkla mücadeleye

---

4 **Müzakereci Demokrasi:** Demokratik öz yönetimin bir parçası olarak siyasi seçimler hakkında vatandaşların müzakeresinin önemini vurgulayan bir siyasi teori.

sokar. Anlamlı bir topluluk hareketine katılma düşüncesi hukuki yargılamanın aksine ceza yargılamasında daha mühim olabilir. Ayrıca, gene de, ceza davaları sanığı reddederken ve cezalandırırken jüri üyelerinin kendi topluluk değerlerini desteklemek için birarada kalmalarını sağlayabilir.

Buraya kadar jüri katılımı ve toplumsal duyarlılığın öteki türleri arasındaki bağ öncelikli olarak ABD'de gösterilmiştir. Jüri üyelerinin ve öteki sistemlerdeki sıradan katılımcıların hizmetlerinden sonra daha olumlu oldukları hakkındaki ortak bulgular Amerikan araştırmalarla aynı doğrultudadır ve sivil katılımın etkilerinin diğer ülkelerde de ortaya çıkacağı hakkında kışkırtıcı bir söz vermektedir, ancak bu durum henüz kanıtlanmayı beklemektedir. Sıradan vatandaşın hukuki karar alımına katılımına ilişkin yeni sistemlerin ortaya çıkması bu konuyu ele almak için tam zamanında bir fırsat sunmaktadır.

Bir cezbedici soru da, sivil katılım etkisinin karma mahkemelerde ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Müzakereci demokrasi teorisinin temel bir ilkesi de vatandaşların eşit olarak müzakere etmeleridir. Karma mahkeme sistemlerinde şekilsel bir eşitlik olsa da, profesyonel ve meslek dışı hakimlerin rolleri açıkça ayırt edilebilir. Sivil katılımın etkilerinin meydana çıkması, oradakarşılıklı bir saygı ortamı bulunmasına, hakimlerin gerçek gayretlerine, jüri üyelerinin anlamlı katılımlarına ve çetin tartışmalara bağlıdır (Landsman 2003).

JÜRİNİN BİLGİ TOPLAMASI: VATANDAŞ KARAR ALICILARIN SÖZÜ VE GERÇEĞİ

Sıradan vatandaşın katılımının meşruluğa etkisinin yanında, birçok akademisyen vatandaş katılımının doğru hukuki karar alımına önemli ölçüde katkı sağladığını savunur (Marder 2005, Vidmar & Hans 2007). Topluluktan temsil edici bir grubun alınması özellikle etkili bilgi toplanması için değerli olarak tanımlanmıştır. Bakış açılarının farklılıkları ve birlikte müzakere etme imkanı tam delil değerlendirmesini destekler (Ellsworth 1989, Sommers 2006). Jürinin bilgi toplama yetkisi konusu Amerikan bağlamında kapsamlı sosyal bilim araştırmaları üretmiştir ve başka bir yerde gözden geçirilmiştir, böylece bu değerlendirme tüm bu kapsamlı çalışmaların sadece ana sonuçlarını özetler. Amerikan bağlamında jüri yetkilerini çalışan birçok akademisyen,pek çok jüri kararının mahkeme delillerine sağlamca oturtulduğunu bularak genellikle olumlu sonuçlara ulaşır. Davadaki delilin kuvveti – değerlendirmesi jüri üyeleri ya da hakimler tarfından yapılsa da- jüri kararlarının başlıca belirleyici etkenidir (Garvey ve diğerleri 2004, Eisenberg ve diğerleri 2005, Hans ve diğerleri 2003, Diamond & Rose 2005).

Amerikan jürilerinin mevcut kararları ile diğer mahkeme süjelerinin dava değerlendirmelerini karşılaştıran bir dizi araştırma kendi çapında ilgi

çekici olup, karma mahkeme bağlamında da uygulanabilirliği bulunmaktadır. Bu çalışmada, 50 yıl dikkatle ölçülerek, yargılama sonrası anketleri hakimler tarafından doldurulmuş, avukatlar ve jüri üyelerine tercih ettikleri kararlar dahil edilerek dava hakkında görüşleri sorulmuştur (Hans ve diğerleri 2003, Heuer & Penrod 1988, 1989; Kalven & Zeilsel 1966). Hakimin farazi kararı ile jürinin mevcut kararı karşılaştırıldığında, araştırmacılar düzenli olarak, hakimlerin jüri kararıyla davaların önemli bir çoğunluğunda aynı fikirde olduklarını bulurlar (anlaşma oranları yaklaşık %64 ile %80 arasında değişmektedir). Jüri ve hakim cezai davalarda uyuşmazlığa düştüğünde, jüri üyelerinin sanığı suçsuz bulması hakimlerden çok daha olasıdır. Hukuki davalar da benzer oranlar üretir, fakat bir uyuşmazlık olduğunda burada ceza davalarında olduğu gibi jüri ve hakim kararı arasında asimetrik bir tercih yoktur. Hukuki jüri kararları, adli karar tercihlerinden bir şekilde ayrılmaya meyillidir.

Hem düşük hem de yüksek karmaşıklıktaki davalarda anlaşmazlığın aynı seviyelerde seyretmesi, hüküm verme noktasında hakimin fikrinden ayrılmanın jürinin delil bulmadaki başarısızlığından kaynaklanmadığını göstermektedir (Heise 2004, Heuer & Penrod 1994, Eisenberg ve diğerleri 2005). Bunun yerine, jüri üyeleri ikna olmak için hakimlerden daha çok kanıta ihtiyaç duyar gibi görünmektedir (Eisenberg ve diğerleri 2005). Jüri üyelerinin düşünceleri adalet ve hakkaniyet hakkındaki düşünceleri de jüri üyelerini hakimlerden farklı sonuçları tercih etmeye sürükler (Hannaford & Hans 2003, Kalven & Zeisel 1966).

Baldwin & McConville (1979) Londra ve Birmingham'daki jüri kararlarını hakimlerin ve diğer hukuk süjelerinin düşünceleri ile karşılaştırmışlardır. İngiliz proje metodolojisi Amerikan araştırmalarıyla tam anlamıyla karşılaştırılabilir olmasa da, bazı çarpıcı benzerlikler vardır (Baldwin & McConville 1979). İngiliz hakimler jüri kararlarının çoğunluğundan hiç şüphe olmadan gönüllü olmuş ve yargılama delilinin kuvveti karar için en önemli belirleyici etken olduğunu belirtmişlerdir. A.B.D araştırmalarında olduğu gibi, hakimler büyük çoğunlukla jürinin beraatlerine mahkumiyetleri kadar katılmamışlardır. Hakimlerin düşüncesinde, bazı davalarda jüri kararları hakkaniyet, sempati ve eşitlik kaygılarından etkilenmektedir.

Ceza Mahkemesi Çalışması 1992'de İngiltere ve Galler'de iki haftalık bir süre içinde jüri üyeleri de dahil tüm davalarda yargılamaya katılanları incelemiştir (Zander & Henderson 1993). Jüri üyelerinin büyük bir çoğunluğu - %90'ın üzerinde delili anlamada ya da hatırlamada ve hakimin hukuki açıklamalarını takip etmede hiç zorluk çekmediklerini belirtmişlerdir. Ortalama beş jüri üyesinden biri, sonuçta hakimin davanın vakıalarını özetlememesi halinde kararın çok daha zor olacağını söylemiştir; uzun yargılamaların jüri

üyeleri kısa yargılamaların jüri üyelerinin aksine büyük çoğunlukla böyle söylemiştir (Lloyd-Bostock & Thomas 2000, Zander & Henderson 1993).

Örnek olay çalışmaları, yargılama sonrası görüşmeler ve laboratuvar deneyleri de Amerika Birleşik Devletleri'nde ve jüri kullanan diğer ülkelerde jürinin karar alımını incelemek için benimsenmiştir (Lempert 1993, Vidmar & Hans 2007). Yargılama sonrası görüşmeler ve anketler, bireysel davalar seviyesinde jürinin karar alımına derinlemesine bakmayı sağlar, oysaki deneysel çalışma araştırmacılara davanın bakış açılarını çeşitlendirmelerini ve her ne kadar temsili jüriler olsa da etkilerini değerlendirmelerini sağlar. Bu metodlar genellikle jüri üyelerine karşı delilin önemini güçlendirmektedir ancak aynı zamanda da ön duruşmanın aleniyeti (Steblay et al. 1999), bilirkişi delili (Vidmar & Diamond 2001), istatistiksel ve deneysel tanıklık (Kaye et al. 2007) ve ölüm cezası yargılamaları (Vidmar & Hans 2007) gibi sorunlu alanları da teşhis etmektedir. Ayrıca bazı jüri üyeleri hukuktaki adli açıklamaları idrak etmektenin zorluğunu deneyim ederler (Diamond & Rose 2005).

Yargılama reformlarının, jüri üyelerine, zorlu kanıtlarla ve talimatlarla başa çıkmaları konusunda yardımcı olup olmadığı deneysel olarak çalışılmıştır (Am. Bar Assoc. 2005, Ellsworth 1999, Munsterman et al. 2006, Vidmar & Hans 2007). Araştırmacılar farklı jüri büyüklüklerinin ve karar alma kurallarının etkisini;not tutan, soru soran ve yargılamada tartışan jüri üyelerinin etkilerini; ve jüri üyelerine hukuku öğretmek için farklı yaklaşımların faydalarını incelemiştir (önemli bulguları incelemek için bkz Diamond & Rose 2005, Munsterman et al. 2006).

Amerika Birleşik Devletleri'nde jürinin seçimi, duruşma jürisi üyelerinin seçiminde aynı derecede serbestlik tanımayan diğer ülkelere kıyasla daha kapsamlı olarak çalışılmıştır (Vidmar & Hans 2007). Amerika Birleşik Devletleri'nin, İngiltere'nin, Kanada'nın, Avusturalya'nın ve Yeni Zelanda'nın hukuki ortamlarının çarpıcı farklılıklarına rağmen, bu ülkelerin her biri sansasyonel yargılamalarda görülen ve büyük çapta ön duruşmanın aleniyetinden kaynaklanan jürinin tarafsızlığı sorunuyla uğraşmaktadır. Araştırmacılar, bu milletlerdeki mahkemeler tarafından kabul edilen farklı yaklaşımları kıyaslamanın ve karılaştırmanın verimli sürecine yeni başlamışlardır. Vidmar (2000b), karşılaştırmalı çalışmanın ön duruşmaya ilişkin önyargı sorununun en iyi nasıl idare edileceği hakkındaki siyasi görüşmelere katkıda bulunabileceğini belirtir.

Diğer milletlerde daha az kapsamlı çalışmalar vardır. Bunun bir sebebi, jürinin yetkisini inceleyen araştırma metodlarından bazılarına –yargılama sonrası görüşmeler ve anketlerde olduğu gibi gerçek jürileri kapsayan metodlar- diğer ülkelerde izin verilmemektedir. Kanada hukuku jüri üyeleri-

nin yargılamadan sonra deneyimleri hakkında konuşmalarını yasaklar. İngiltere'de, Mahkemeye İtaatsizlik Yasası jüri üyelerini ve mahkemenin diğer aktörlerini inceleyen araştırmacıların, jüri üyelerinin cevaplarını dava hakkındaki diğer bilgilerle eşleştirme imkanından yoksun bırakmada kullanılırdı (Lloyd Bostock & Thomas 2000, Zander & Henderson 1993). Avusturalya'daki (Fordham 2006) ve Yeni Zelanda'daki (Cameron ve diğerleri 2000) araşmacılar bu ülkelerde gerçek jüri üyeleriyle çalışmalar yürütebilmek için araştırma istisnalarına sahip olmak zorundalardı. Sıradan katılımcıların deneyimlerini tanımlamadaki yasaklar – Japonya'daki *saiban-in seido*'yu etkileyeceği gibi- sistemi değerlendirmeyi zorlaştıracaklardır. Bazı ülkelerdeki jüri araştırmaları üzerindeki sınırlandırmalar jüri katılımı sistemleri arasındaki önemli farklılıklar çalışılabilecek müdaheleleri zorlaştırsa da, akademisyenlerin ağırlıklı olarak araştırmaların daha büyük bir serbestlikle yürütüldüğü ülkelere dayanmalarına sebep olmaktadır.

Bununla birlikte, sıradan karar alıcıların kullanımıyla ilgili geniş çeşitlilikte usüller deneyen ülkeler, kışkırtıcı fikri tecrübeler sunar. Jüri üyeleri için uygun karar seçeneklerinin sayısının artmasının etkileri nelerdir? Geleneksel suçlu ya da suçlu değil kararının yanı sıra "ispatlanamamış" kararına da izin veren İskoç jüri sistemini göz önüne alın (Duff 2000, Hope ve diğerleri 2008). Üyelerinin kararları için yazılı gerekçelendirme vermek zorunda oldukları Rus ve İspanyol jürilerinin tecrübelerini incelemek, sorgu sorularının nasıl sorulduğu ve özel kararların istenmesinin jürinin karar alımı görevini nasıl etkileyebildiği hakkında delil öne sürebilir (Martin & Kaplan 2006).

JÜRİ ÜZERİNDEKİ VATANDAŞ GÜCÜ

Jüri tarafından yargılanmanın duygusal değerleri pervasız bir toplum sesi tasavvur eder. Karma mahkemelerin oluşumunda olduğu gibi, jüri üyeleri hakimle müzakere etmeseler bile, tamamı vatandaşlardan oluşan jüri yargılamasının hukuki içeriği önemli kısıtlamalar öne sürer. Jüri yargılamaları hakkındaki tarihsel kayıtlar, jürinin vakıaları saptama gücünün ve hukukun farklı tarihi dönemlerde değiştiğini gösterir. İngiltere'nin ilk jürileri hem hukuku hem de vakıaları buldular (Meyler 2006). Hukuk mesleği ilk önce İngiltere'de sonra Amerika Birleşik Devletleri'nde olgunlaştığı ve profesyonel hakimler sayıca çoğaldığı için, vatandaşın karar alımıyla ilgili istek ve özellikle de sıradan vatandaşın hukuki yorumu zamanla azalmıştır. Hakimlerin hukuku sağlaması, jürinin de vakıalara karar vermesi suretiyle "hukuk" ve "vakıalar" arasındaki fark ortaya çıkmıştır (Meyler 2006). Bugün, sadece çok az sayıda Amerikan eyaleti jüriye hukukla birlikte vakıaları da belirlemenin resmi yetkisini vermektedir (Hannaford & Hans 2003).

Anglo-Sakson hukuku hakimlerinin kabul edilebilirlik kararları da jürinin rolünü kısıtlar. Delil kuralları esasen muhtemel olarak eğitimsiz bir

jüriden yayılan ön yargılarla mücadele etmek için geliştirilmiştir ve bu kurallar bugün hala hangi delillerin jüri tarafından değerlendirilebileceği yönünde önemli sınırlamalar getirir (Shauer 2006). (İlginç olarak, Avrupalı karma mahkemelerin jüri üyeleri İngiliz ve Amerikan jürilerinden saklanan türdeki delilleri görebilir.)

İngiltere ve Galler'de, yargılamanın kapanışında hakimler özet bölümünde deliller ve tanıklar hakkında yorum yapabilirler (Lloyd-Bostock & Thomas 2000). İngiliz hakimlere verilen geniş serbestlik jüri üyelerinin hakimlerin özetlerinden fazla etkilendikleri kanaatini arttırır. Bu tarz hukuki etkilenmeleri mevcut jüri üyeleriyle çalışmak güçtür, ancak Ceza Mahkemesi Çalışması (Zander & Henderson 1993) jüri üyelerine hakimin özetinin yanlı olup olmadığını ve eğer öyleyse bu yanın delillerle doğrulanıp doğrulanmadığını sormuştur. Jüri üyelerinin üçte ikisi hukuki görüşlerin yanlı olmadığını belirtmiştir. Yanlı olduğunu hissedenlerin çoğunluğu bu tarafın delillerle doğrulandığında hem fikirdir. Hukuki yorumların etkisiyle delillerin kendi etkisini birbirinden ayırmak mümkün olmasa da jüri üyelerinin pek çoğu davaya belirtilen hukuki taraf doğrultusunda karar vermiştir.

Thaman'nın (1995, 2007a, b) Rus jürileri hakkındaki dikkatli vakıa çalışması sosyal ve siyasi kuvvetlerin jüri gücünü nasıl dikkat çekici biçimde azaltabileceğini gösterir. Sovyetler Birliği'nin dağılmaya başladığında diğer demokratik ve hukuki reformlarla birlikte jüri Rusya'ya 1993 yılında yeniden getirilmiştir. Sovyet dönemi yargılama mahkemeleri, bir profesyonel hakimin davayı iki vatandaş denetçi ile birlikte karar verdiği karma mahkeme sistemini benimsemiştir. O halde, profesyonel hakim, düzenli olarak parti ya da hükümet görevlileri tarafından karar tavsiyeleri ile yaklaşılmış, hazırlık soruşturmalarına dayanan savcının sonuçlarını sıklıkla kabul etmiştir (Thaman 1995). Vakıaların ve delillerin taraflarca getirildiği jüri yargılaması sistemi vatandaşın hukuk sistemine dahil edilmesinin daha etkili ve bağımsız bir metodu olarak görülmüştür.

Fakat uygulamada, yeni Rus jüri sistemi zayıflatılmaktadır (Thaman 2007a). Aktif bir jüri yargılamasının ortasında olunsa bile, yargılama hakimleri mahkumiyet için yetersiz görünen davaları savcıya daha fazla soruşturulması için geri gönderebilirler. Genel kararlar açıklamaktansa, Rus jürilerinin topladıkları bilgiler hakkında hususi ve sıklıkla karmaşık soruları yanıtlamaları beklenir, ve yanlış yaparlarsa, yargılama iptal edilebilir. Temyiz hakimleri çoğunlukla jürinin beraat kararlarını bozar ve davalar yeni bir jüriyle yeniden görülür. Adli sistemin yargılama sırasında jüriden davayı alma, yapısal sorularla jürinin söz hakkını kontrol etme ve jürinin mahkumiyet ve beraatlerini temyizde bozma kabiliyeti Rusya'da zayıf bir jüri yargılamasına hizmet eder. Rusya'nın profesyonel hakimleri vatandaş katılımının en bağımsız görünen türü olan bu durumda bile hala güçlüdürler. Ayrıca

bulgular etkili bir vatandaş katılımı için siyasi, ekonomik ve sosyal kavramları anlamanın kritik önemini gösterir.

KARMA MAHKEMELERDE BİLGİ TOPLAMA VE VATANDAŞ GÜCÜ

Bir karma mahkemenin yapısı kuvvetli bilgi toplamayı kolaylaştıracağa benzemektedir, çünkü karma mahkeme profesyonel hakimlerin hukuki bilgi ve tecrübesiyle meslek dışı hakimlerin farkı geçmiş deneyimleri ve önemli topluluk bilgilerini birleştirir. Vatandaşlar toplum kuralları ve değerlerinde bilgisiz olan profesyonel hakimleri eğitebilir. Benzer şekilde, karma mahkemelerdeki jüri katılımcılar hukuk hakkında bilgisizler ya da jüri kararlarını tutku ya da önyargıya dayandırırlar, karma mahkemelerin hukuk eğitimli üyeleri onları bilgilendirebilir ve yönlendirebilir.

Ancak meslek dışı ve hukuk eğitimli hakimleri bir karar alıcı kurumda birleştirmek bir diğer içsel sorunu ortaya çıkarır: Hukuki uzmanlar tarafından muhtemel hakimiyet. Eğer bu doğrultuda eğilimleri varsa, bir dizi usüli özellikler profesyonel hakimlere işbirlikçi mahkemeleri yönlendirme izinini verir (Kutnjak Ivkovic 1999, 2007). Profesyonel duruşma hakimi sanığı çağırma, tanığı çağırma ve soru sorma ve bilirkişileri atama da dahil, genellikle dava dosyasına ulaşmayı ve duruşmayı yönetmeyi kontrol eder. Rennig (2001) bir diğer avantajı belirtir: Profesyonel hakim jüri üyeleri tarafından daha fazla oy almış olsa da, hakimin kendisi mahkemenin yargılamasının alt nedenlerini yazar.

Kutnjak Ivkovic (1999, 2007), bu usuli avantajlarla birlikte hukukun ilgili yönlerini kapsayan durum farklılıklarının, karma mahkemelerdeki profesyonel hakimlerin kuvvetli etkilerini açıklamada yardımcı olduğunu iddia eder. Grup üyeleri, katılımcıların katkıları hakkında, özellikle de bilgi toplama göreviyle ilgili olanlar hakkında, beklentiler geliştirir. İlgili statü özellikleri[5] yüksek seviyede olanlar daha konuşma ve konuştuklarında daha fazla tepki alma fırsatını elde ederler (Kutnjak Ivkovic 2007). Hukuki eğitim ve hukuki bilgi toplama deneyimi ile ilgili statü özellikleri profesyonel hakimlere karma mahkemelerde bir diğer önemli avantaj sağlar.

Hukuk eğitimli hakim usülleri ve müzakereleri kontrol ediyor ve jüri katılımını desteklemiyorsa, farklı bir karar alıcı kurumun muhtemel bilgi toplama avantajını azaltır. Vatandaşın katılımı, hiçbir anlamlı katkıya müsade etmeyen adaletsizce hukuki sistemin meşruluğunu arttıran bir göz boyamaya dönüşebilir ya da, profesyonel hakimin yönlendirmesi yaygın olarak biliniyorsa ya da tahmin ediliyorsa da mahkemenin meşruluğu zarar görür.

---

5 **Statü özellikleri teorisi:** Grup üyelerinin davranışlarının ya da statü özelliklerini onların sosyal etkileşimlerini şekillendirdiğini öne süren teori.

Karma mahkemeler üzerindeki araştırmalar jüriler üzerindeki çalışmalar kadar kapsamlı değildir. Müzakereler ve oylamalar genellikle gizlidir (Rennig 2001). Bununla birlikte, araştırmacılar profesyonel ve meslek dışı hakimlerin deneyimlerinden toplamaktadırlar. bu araştırmada elde edilen tutarlı bir bulgu, beklendiği gibi, meslek dışı hakimler tarafından en az seviyede katılım ve profesyonel hakimler tarafından yönlendirmedir (Kutnjak Ivkovic 2007; Machura 2001, 2003; Rennig 2001). Karma mahkemelerdeki meslek dışı hakimler yargılamayı yakından izlemeye eğilimli değillerdir. Onlar genellikle çok az soru sorarlar ve yargılamanın müzakerelerine sadece tevazu ile katkı sağlarlar. Meslek dışı hakimler genellikle profesyonel hakimlerle aynı fikirde olurlar ve aynı fikirde olmadıklarında da fikrini değiştiren çoğunlukla profesyonel hakimdense meslek dışı hakimdir. Birçok karar oybirliği kararıdır.

Kutnjak Ivkovic'in (1999) Hırvat karma mahkemeler çalışması hem profesyonel hem de meslek dışı hakimlerin görüşlerini karşılaştırırmış ve jüri üyelerinin katkılarındaki çeşitli bakış açılarını ortaya çıkarmıştır. Pekçok profesyonel hakimin gözünde, meslek dışı hakimlerin katkısı nadir ve sadece kısmen önemlidir.Buna rağmen, meslek dışı hakimler çok sık yorum yaptıklarını ileri sürmüşlerdir. İki grubun da büyük çoğunluğu profesyonel ve meslek dışı hakimler arasındaki uyuşmazlıkların çoğunlukla sadece az sayıda davada ortaya çıktığını söylemişlerdir. Karma mahkemeler hakkındaki diğer çalışmalar çok az uyuşmazlık oranı gösterir. Örneğin, İsveç'te meslek dışı ve profesyonel hakimler tüm ceza davalarının sadece %1'i ile %3'ü arasında uyuşmazlığa düşmektedirler (Kutnjak Ivkovic 2007). Machura (2001)iki Alman yargılamasından jüri denetçileri gözlemlemiştir. Pekçoğu soru sormak için yeterli ve adil imkanlarının olduğu söylemiştir. Fakat, beşte birden daha az jüri üyesi müzakereler sırasında çeşitli düşünceler bildirebildiklerini söylemiştir (Machura 2001).

Bu kısıtlı ve tutarlı bilgiler profesyonel hakimler için dominant bir role işaret eder. Bununla birlikte, Amerikan ve İngiliz jüri çalışmalarında az önce belirtilen yüksek hakim-jüri anlaşması oranı, yargılamanın müzakerelerinde profesyonel hakim vatandaş karar alıcılar üzerinde hiçbir etki ortaya koymasa da, büyük olasılıkla temel noktalarda hem fikir olacaklarını akla getirir. Tipik hakim-jüri anlaşma oranları %64-%80 aralığındadır. Bu iki oran arasındaki fark mahkeme üyelerinin birbiri üzerindeki müzakere etkisini en iyi tahminimiz olabilir.

Toplanan araştırmalar meslek dışı hakimlerin dahiliyetini nasıl azami seviyeye getirilebileceği hakkında bazı ölçülebilir önerile sunmaktadır. Aktif olarak iyi karşılayan ve tartışmaları kolaylaştıran destekleyici hakimler çok önemli görünmektedir. Önemli sayıda jüri üyesi ve elverişli bir jüri-hakim oranı ile büyük mahkemeler de -Fransız işbirlikçi mahkemeleri modeli özel-

liğinde- daha etkili bir jüri katılımını destekleyebilir. Sıradan katılımcıları anlamlı bir yargılama katılımına hazırlamak için, bu meslek dışı hakimlere dava dosyasının bir kısmını ya da tamamını duruşma öncesinde incelemek için yeterli zaman verilmesi göz önüne alınmalıdır (inceleyip inceleyememesine göre başlar). Buna rağmen, dava dosyaları genellikle muhtemel olarak yargılama öncesi bilgileri açısından sanığın sabıka kaydını ve polis raporlarını içerir. Önyargı ihtimali dava dosyası incelemesinin bilgisel avantajlarıyla ağır basabilir.

Sistematik olarak çalışılmamış bir konu, karma mahkemelerde jüri üyelerinin mevcudiyetinin hakimlerin düşüncelerini ya da hakimlerin mevcudiyetinin jüri üyelerinin düşüncelerini nasıl değiştirdiğidir. Bir davada başka hakimlerle karar veren bir hakimle bir diğer davada jüri üyeleriyle karar veren hakimin dava hakkındaki düşünceleri ve davaya yaklaşımı kısmen farklıdır. Jüri çeşitleri (Sommers 2006) ve sağlık kurullarının halktan olan üyeleri (Horowitz 2008) üzerindeki bazı araştırmalar, karma bir grupta müzakere beklemek ve bir grup tartışmasında diğerlerinin mevcudiyetinin davaya yaklaşımı değiştirebileceğini öne sürer. Beklentisel etkilerin ihtimali incelemeye değerdir.

Karar alımını geliştirici yolları incelemek için sahte jüri araştırmalarının benimsendiği gibi sahte yargılama metodu da kullanılabilir. İlk kez karşılaştıklarında vatandaşların yeni ve karmaşık hukuki terimleri nasıl anladıklarını incelemek (Fujita 2006) ve profesyonel ve meslek dışı hakimlerin bir karma duruşmanın müzakeresinde nasıl iletişim kurduklarını incelemek için (Kim 2006) Kore ve Japonya'daki projeler bu yaklaşımı benimsemiştir.

JÜRİ KATILIMI SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMASI İÇİN BİR ARAŞTIRMA GÜNDEMİ

Bu makale hukuki karar alımına vatandaşın katılımı fenomeni hakkında anlayış geliştirmek için gerekli olan bazı teorik ve ampirik soruları tanımlayarak sonuçlanacaktır.

Karşılaştırmalı İçerik

Vatandaş katılımı farklı ülkelerde kültürel, siyasi, ekonomik ve hukuki geleneklerle nasıl etkileşime girer? Jüri katılımının iyi olabileceği ülkeler, bu işin sorumluluklarını anlayabilen ve genellikle hukukla aynı fikirde olacak eğitimli bir halkı olan, sistemin masraflarını karşılayabilecek yeterli kaynakları olan ve destekleyici bir hukuk ve siyasi kültürü olan ülkelerdir (Vidmar 2002). Irksal, kültürel, dilsel ve dinsel homojenlik de aynı zamanda başarılı sistemler için önemli ön şartlar olarak belirtilmektedir. Etnik olarak ve ırksal olarak çeşitlilik gösteren Amerika Birleşik Devletleri'ndeki jüri

sisteminin sağlamlaştırması dikkate alındığında ırksal homojenlik sorgulanabilir bir etken olarak görünmektedir. Fakat, arka planında ırksal içeriği olan davalar Amerikan jüri sisteminde büyük sorunlar oluşturur.

Demokratik olmayan sistemlerde jürilerin ve sıradan vatandaş denetçilerin bulunması sadece demokratik ve açık devletlerin mi gerçek jüri katılımına yeterliliği olup olmadığı sorusunu doğurur (Lempert 2007). Çin'in az çalışılmış jüri denetçiler sistemi son yıllarda önemli ölçüde genişletilmiştir (Landsman & Zhang 2008). Sosyalist ve demokrat jüri katılımı sistemlerinin karşılaştırmalı analizi bu siyasi sistemlerde sıradan vatandaşın hukuki karar alımını karşılaştırmak için bir şans oluşturur. Etkili vatandaş katılımını destekleyen ve sınırlayan toplumsal koşulları onaylamak karşılaştırmalı çalışma için önemli bir önceliktir.

Jüri Yetkisi

Lempert (2007) jüri yetkisinin küresel bir tasnifinin gelişimini savunur. Bizler henüz tamamlanmış bir resme ulaşabilmiş değiliz ama temel çerçeveler belirlenebilir. Belli hukuki çerçeveye bağlı olarak, sıradan vatandaşların bağımsızca müzakere ettikleri ve bağlayıcı kararlar verdikleri (özellikle mahkeme ya da temyiz yargıcı tarafından kolayca bozulamayan kararlar) sistemler en çok yetkiyi hak eder gibi gözükür. Sıradan vatandaşların profesyonel hakimlerle karar verdikleri karma mahkemeler sıradan vatandaşlara en zayıf platformu verir gibi görünmektedir. Bilirkişi denetçili işbirlikçi mahkemelere katılan vatandaşlar şahsi uzmanlıklarından çok etkilenebilirler, fakat bu temelde seçildikleri için, karma mahkemelerin jürileri ve sıradan vatandaş üyelerinde olduğu kadar toplum davranışlarının tam görünümünü temsil etmezler (Horowitz 2008). Gerçekte, her iki sistemde de hakimlerin pek çok yetkisi vardır. Buna rağmen, birçok jüri sisteminde jüri ve hakim arasındaki iletişim incelemeye açık olsa da karma mahkeme sisteminde hakimlerin etkisi saklanmıştır. Resmi roller ve usüllerdeki farklılıkların jüri yetkisini nasıl etkilediği sistematik analizi hak eder.

Yeni Jüri Katılımı Sistemlerinin Tanıtımı

Bütün vatandaşların katılım için en iyi nasıl hazırlanacağı düşünülürken çok ilginç sorular ortaya çıkmaktadır. Kore, Japonya ve Arjantin bu sorunla çok yakında yüzleşmiş ülkeler arasındadır. Burada betimlenen araştırma, hukuki bilgi toplama ile doğrudan tecrübeyi desteklemenin başarılı bir yaklaşım olabileceğini işaret eder. Jüri hizmeti sistem sayesinde düzenli olarak gelişir ve bazı şartlar altında daha kapsamlı tali yararları da vardır. Yapay *saiban-in seido* yargılamaları, ancak ilgili katılımcılarla, Japonya'nın yeni sistemi hakkında dahi daha olumlu görüşler geliştirmiştir (Fukurai 2007). Böylece, vatandaş katılımının yeni bir sistemini tanıtma

aşamasında olan ülkeler vatandaşlarını bu gibi uygulamalara davet etmelidir. Katılımcıların cevaplarının dikkatli bir incelemesi siyasete yön verenlerin vatandaş katılımını daha iyi desteklemek için usuli özellikleri ayarlamalarına izin verir.

Sivil Katılımın Etkileri

Araştırmacıların jüri hizmetinin oyverme ihtimalini arttırdığını bulduğu Amerika Birleşik Devletleri bağlamında bile, bizler henüz tam olarak jüri katılımının sivil katılımı arttırdığı mekanizmayı tamamen anlamış durumda değiliz. Sivil katılımı teşvik etmek için vatandaş katılımının hangi özellikleri esastır? Bu Amerika Birleşik Devletleri'ne mi özgüdür, yoksa Fukurai'nin (2007) ileri sürdüğü gibi Japonya'da ve başka bir yerde muhtemelen ortaya çıkar mı? Elit ve güçlü hakimlerle müzakere etmek toplumun diğer üyeleriyle müzakere etmekle aynı etkileri mi oluşturur? Karma mahkemelerin işleyişi ve etkileri hakkında keşifler müzakereci demokrasi üzerinden teorik tartışmalara katkı sağlayabilir.

Metodolojik Meseleler

Farklı jüri sistemlerini ele alan çalışmalar arasında sistematik karşılaştırmalar zorlayıcıdır, çünkü farklı sistemler hakkındaki araştırma projeleri genellikle kendine has teorik sorularla başlar ve farklı metodolojik yaklaşımlar benimser. Gelecekte aynı ya da benzer metodlarla aynı soruları soran milletlerarası çalışmalara bariz biçimde ihtiyaç vardır. Eğer gizlilik meseleleri çözülebilirse, Amerikan ve İngiliz araştırma çalışmalarında kullanılan hakim-jüri anlaşması yaklaşımı faydalı bir şekilde başka yerlerde de benimsenebilir. Örneğin, Kore'de, yeni jüri sistemi beş yıllık deneme aşamasında sadece danışma kararları verecektir. Bu süreç içinde, hususi davalarda hakimlerin verdikleri asıl kararlar jüri tarafından verilen danışma kararlarıyla çelişebilir. Japonya (Fujita 2006) ve Kore'deki (Kim 2006) devam eden deneysel araştırmalar sahte karma mahkemelerde iletişim biçimini inceler. Karma mahkemelerde jüriler ve diğer küçük gruplara kıyasla iletişim nasıldır?

Fakat, karşılaştırmalı jüri katılımı sistemleri hakkındaki birinci sınıf çalışmalar geleneksel jüri çalışmaları metodlarının dışına çıkılmasını önerecektir. Jürinin işleyişi hakkındaki birçok ampirik araştırma sosyal psikologların laboratuvarlarında yapılmıştır. Farklı ülkelerdeki jüri katılımı uygulamasının yüksek kalitedeki çalışmaları, diğer araştırma vasıflarını ve yaklaşımlarını talep eder ve kültürel ve siyasi kavramların, tek milletli çalışmalarda normal olarak belli olmayan faktörlerin anlaşılmasını ister. Jüri sisteminin sonuçlarını yorumlamak farklı hukuki kuralları ve dava taraflarının hareketleri ve sıradan vatandaşın karar alımı için hangi davaların seçileceğine karar veren onların hukukçularını da dikkate almayı gerektirir (Cler-

mont & Eisenberg 1992). Kısaca, karşılaştırmalı araştırma metodlarına jüri çalışmalarının geleneksel yaklaşımlarını dahil etmek gerekli olacaktır.

Sıradan Vatandaşın Katılımı ve İnsan Hakları

Bir asır önce, hukuk teorisyeni Roscoe Pound "[j]ürinin hukuksuzluğunun kendi asli idaresi içinde hukukun en iyi ıslah edicisi" olduğunu bildirmiştir (Pound 1910, p.18). Roscoe Pound, dava bünyesinde hukukun katı uygulamasının uygun ya da adil olmadığında jürinin davayı toplum duygularına göre karar verebilmesine atıf yapar. Bununla birlikte, onun övdüğü bu bakış açısının karanlık bir tarafı vardır. Sıradan vatandaş karar alıcılara tanınan serbestlik toplum ön yargılarının jüri kararlarında ortaya çıkmasına izin verir. Jüriyi etkisiz hale getirmek hakkındaki Amerikan çalışması tamamen etkisizleştirmenin nadir olduğunu belirtir. Jüri üyeleri işlerini ciddiye alırlar. Toplum duyguları, en büyük etkiyi kanıt açık olmadığında ve karar her şekilde doğrulanabilir olduğunda yapar. Bununla birlikte, Jackson & Kovalev (2006/2007), kararların gerekçesini istemekten imtina eden geleneksel jüri sisteminin bir gün insan haklarına aykırı olmasından yargılanabileceği gibi önemli bir konuyu gündeme getirmiştir. Dünya çapındaki vatandaş katılımı sistemlerinin yeni karşılaştırmalı çalışmasına başlarken en önemli sorulardan birisi, vatandaşların hukuk sistemine karar alıcı olarak dahil edilmelerinin adaletin sağlanmasına yol açıp açmayacağı ve bunu nasıl yapacağıdır?

Alkollü Araç Kullanmak Ve Taksir

*Dilek HELVACI**

5237 sayılı TCK'nun 22.maddesinin ikinci fıkrasında "Taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi" olarak tanımlanmış ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında " kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana geldiği hallerde "Bilinçli Taksir" halinin söz konusu olduğu" belirtilmiştir. Bilinçli taksir halinde, taksirli suçlara ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır. TCK'nun 50.maddesinin dördüncü fıkrasında ise "Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa, bu ceza diğer koşulların varlığı halinde birinci fıkranın (a) bendine göre, adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz" şeklinde düzenlenmiştir.

Alkollü halde araç kullanan kişilerin trafik kurallarına uymamak suretiyle ölüme veya yaralanmaya sebebiyet vermeleri halinde sorumluluğun kast mı, yoksa taksir çerçevesinde mi değerlendirilmesi gerektiği doktrinde halen daha tartışılan bir konudur. Bununla birlikte, yerleşik Yargıtay İçtihatlarına baktığımızda, alkollü araç kullanmak ile ölüm ya da yaralanma neticesi arasında uygun bir illiyet bağının bulunduğu durumlarda, bilinçli taksirin varlığının kabul edildiği görülmektedir. Ancak, şu hususu da önemle belirtmek isteriz ki, sadece alkollü araç kullanmak, neticeye etkisi olmadığı sürece başlı başına kusur teşkil eden bir hal değildir. Nitekim, Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin emsal kararında; "Ancak, yüksek dozda alkol alan ve bu nedenle güvenli araç sürme yeteneği azalan veya kaybolan kişinin araç kullanması halinde bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması gerektiği" şöyle ifade edilmiştir: "Aşırı alkol alarak, uykusuz ve trafik kurallarını dikkate almadan araç kullanan ve karşı şeride geçerek ölümlü kazaya sebebiyet veren sanığın eyleminin bilinçli taksir suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmektedir." [1] denilmektedir.

---

* Avukat, İstanbul Barosu

1 Yargıtay 9.Ceza Dairesi-26.09.2002, 3763 E/6440 K

Buna karşılık, alkol alan bir kişi, şayet yol kusuru ya da karşı tarafın kusurlu davranışı neticesinde, kazaya karışmış ise, bu durumda salt alkollü olmasından hareketle hakkında derhal bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması mı gerekir? Kanaatimizce, aynı yol ve hava şartları altında, hiç alkol almayan bir kişinin de, aynı kazayı yapmasının teknik olarak mümkün olduğu hallerde, doğrudan bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Bilinçli taksir bakımından, somut olayın kendi içerisinde bir değerlendirme yapılarak, sonuca varmak gerekir. Mesela, ehliyetsiz araç kullanan ya da alkollü bir şekilde araç kullanan bir kişinin eylemi salt bu nedenlerden dolayı bilinçli taksir olarak değerlendirilmemekte, somut olayın özelliği dikkate alınarak kusurun türü tespit edilmektedir [2].

Gerçekten, failin alkollü olduğu her durumda, bilinçli taksirin varlığını kabul ettiğimiz takdirde, objektif sorumluluğu kabul etmiş oluruz ki, modern ceza hukukunda böyle bir görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Bu nedenle, her olayın kendi içerisinde ayrıntılı bir biçimde değerlendirmeye tabi tutularak, bilinçli taksir hükümlerinin uygulanıp, uygulanmayacağına karar verilmesi gerekir. Alkol ile kaza arasında uygun illiyet bağının bulunup, bulunmadığının tespiti için, kazanın oluş şekli de göz önünde bulundurularak, sürücünün öncelikle nörolojik tetkike tabi tutulması ve kaza sonrasında dışa yansıyan davranışlarına bakılarak, alkolün etkisiyle araç sevk ve idare edemeyecek halde olup olmadığının nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konularında uzman bilirkişi heyetince belirlenmesi gerekmektedir.

Şayet, kişi alkollü araç kullanmasına rağmen, alkol ile kaza arasında uygun illiyet bağı yoksa, kanaatimizce, bu durum sürücü açısından sadece 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48.maddesi uyarınca idari müeyyideyi gerektiren bir hal teşkil edecektir. Söz gelimi, alkollü bir araç sürücüsü, trafik kurallarına harfiyen riayet etmesine rağmen, arkadan gelen diğer bir aracın tam kusurlu olarak, bu araca çarpması halinde, öndeki araç sürücüsünün, salt alkollü olduğundan bahisle meydana gelen kazada kusurlu kabul edilerek, bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması hukuken mümkün değildir. Bu durumda, sürücünün sadece alkollü araç kullanmaktan dolayı idari müeyyideye maruz kalması düşünülebilir.

Nitekim, yerleşik Yargıtay İçtihatları da, kişinin sadece alkollü araç kullanmasının, kazanın mutlaka alkolün etkisi ile gerçekleştiği sonucunu doğurmadığı yönündedir. Yargıtay 2.Ceza Dairesi'nin 19.02.2008 tarihli ve 2007/17868 E-2008/2857 K.No'lu kararında:" Sanığın trafik kontrolü sırasında belirlenen alkol oranının bilimsel verilere göre güvenli araç kullanma

---

2 Düzgün- Elmacı-OLASI KAST, BİLİNÇLİ TAKSİR VE TAKSİRLE İŞLENEN SUÇLAR-Ankara-2009-sh. 84

yeteneğini ortadan kaldırıp, kaldırmadığına ilişkin Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alınıp karar verilmesi gerektiği" ifade edilmiştir.

Aynı şekilde, Yargıtay 2.Ceza Dairesi'nin 03.05.2007 tarihli ve 2007/2649 E-6201 K.No'lu kararında "Trafik kontrolü sırasında alkollü olduğu tespit edilen sürücü ile ilgili olay ve ceza tutanağının bulunmaması nedeniyle, sanığın alkollü olduğunu tespit eden görevlilerin dinlenerek, sanığın aldığı alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk idare edecek durumda olup olmadığının tespiti gerektiği" belirtilmiştir.

Bu hususlar tetkik edilmeden, sadece sürücünün söz gelimi 100 mg/dl promilin üzerinde alkol aldığından hareketle, olayda mutlaka bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar verilmesi Kanun'un ruhuna aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü, kullanılan alkol miktarı aynı olmasına rağmen, doğurduğu etkinin, cinsiyete, vücuttaki dağılıma ve alkol toleransına bağlı olarak, kişiden kişiye değiştiği bilimsel açıdan yadsınamaz bir gerçektir.

Meydana gelen bir trafik kazası sonucu başlatılan adli süreçte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 67/son maddesi uyarınca Adli Tıp ve Adli Bilimler Uzmanı İ.Ü.Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Öğretim Üyelerinden Prof.Dr.Gökhan Oral, İ.Ü.Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Nöroloji Ana Bilim Dalı Öğretim Üyelerinden Doç.Dr.Mehmet Ali Akalın ile İ.Ü.Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Öğretim Üyelerinden Doç. Dr. Coşkun Yorulmaz tarafından hazırlanan 14.04.2009 tarihli "Bilimsel Mütalaada":

- Sanık…'dan alınan kan örneğinde, kazadan 3 gün sonra Adli Tıp Kurumu'nda yapılan alkol analizinde bulunduğu belirtilen kan alkol seviyesinin (1,1 promil) ile dosya verileri ve tıbbi kayıtlarda bulunan nörolojik bulguların uyumsuz olduğu ;

- Sanık ...'nın olay sonrası tıbbi muayenelerinde, aracı güvenli sevk edebilmek için gerekli dikkat düzeyinde azalma ve refleks aktivite hızında düşme, doğru karar verebilme yeteneğinde ve psikomotor koordinasyon kapasitesinde azalma düşündürecek nörolojik bulguların saptanmadığı;

- Sanık …'da saptandığı belirtilen alkol oranının, olay sonrası nörolojik bulguları ve trafik kazasının nedenleri arasında gösterilen bilirkişi tespitlerinde yer alan teknik kusurlar ile birlikte değerlendirildiğinde, tek başına kazanın meydana gelişinde etkili olmadığı" belirtilmiştir.

Tüm bu açıklamalarımıza ilaveten, ülkemizde kan alkol düzeyinin tespitinde alınan kan numunelerinin muhafazası ile ilgili olarak da büyük prob-

lemler yaşanmakta ve bu durum, test sonuçlarının güvenilirliği ile ilgili, uygulamada ciddi tereddütler yaratmaktadır. Gerçekten, kanda alkol düzeyi tespit analizinin, kan örnek alımını takiben en kısa sürede yapılması ve alımdan itibaren analize kadar kan örneklerinin tamamen steril ortamda muhafazası esastır. Örnek alımından, analize kadar belli bir zaman geçmesi ve / veya örneklerin analiz yapılacak başka bir yere sevk edilmesi halinde, kan örneğinin, ağzı hava dahi almayacak (sealed) şekilde kapatılmış ve analize kadar kesinlikle açılmayacak koruma katkılı tüpte muhafaza edilmesi ve nakledilmesi adli-tıbbi açıdan zaruret arz etmektedir.

Adli Tıp literatüründe yapılan tüm değerlendirmeler, bu vazgeçilmez temel varsayımdan hareket edilerek ortaya konulmaktadır. Bu çerçevede, kan-alkol düzeyinin tespitinde, kanda, bakteri üretimini önleyen gri kapaklı ve sodyum florid içeren tüplerin kullanılması zorunludur. Ancak, ülkemizde, kan-alkol testi için alınan kan örneklerinin, genellikle hastanelerde kolayca temin edilen mavi kapaklı ve içerisinde sodyum sitrat maddesinin bulunduğu tüplere konularak, uygun olmayan koşullarda muhafaza edilmeye çalışıldığı da yadsınımaz bir gerçektir. Oysa ki, mavi kapaklı tüplerde, koruyucu sodyum florid maddesi bulunmadığı için, kanda canlı bakterilerin, glikozu fermante ederek alkol üretimine yol açması engellenememekte ve bu durum, kanda artmış düzeyde alkol saptanmasına yol açabilmektedir.

Aynı şekilde, kan numunesinin alınması ya da yaraya dikiş atılması sırasında dezenfektan madde olarak "povidon iyot" yerine "alkol" kullanılması da, kandaki alkol düzeyinde anlamlı oranda artışa sebebiyet verebilmektedir. Çoğu zaman, kaza mahallinden toz-toprak içerisinde yaralı olarak çıkartılan sürücülere ilk müdahalede bulunulduğu ya da kan numunesi alındığı sırada, dezenfektan madde olarak yaygın biçimde alkol kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, hiç alkol almamış bir kişinin dahi kanında alkol tespit edilebilmesi mümkündür. Çünkü, kan almak için kullanılan enjektörün iğne ucuna bir damla dahi alkolün bulaşması, kanda yüksek oranda alkol değerine ulaşılmasına sebebiyet verebilir.

Nitekim, CMK'nun 67/son maddesi uyarınca Prof.Dr.Gürsel Çetin, Prof. Dr. Fatih Yavuz ve Uz.Dr.Yüksel Özman tarafından düzenlenen 07.01.2008 tarihli "Bilimsel Mütalaa'da"; "Kanda bakteri üremesi, canlı bakterilerin glikozu fermante ederek alkol üretimine yol açacağından, inceleme sonucunda, kanda artmış düzeyde alkol saptanmasına yol açabileceği;

- Mavi kapaklı tüplerde sodyum sitrat maddesinin bulunduğu; bu maddenin, bakterilerin alkol oluşturmasını önleyebilen koruyucu bir özelliğinin bulunmadığı;

- Adli tıp uygulamasında, kan-alkol düzeyinin belirleneceği kan örneğinin konulduğu tüplerin gri kapaklı ve sodyum florid içeren tüpler

olduğu; gri kapaklı tüplerin içerisinde bulunan sodyum floridin, koruyucu madde olarak kanda bakteri ve alkol üremesini engellediği;

- Laboratuar incelemesinin, sodyum florid içermeyen tüplerdeki kanlarda örneğin alımından üç gün sonra gerçekleştirilmesi durumunda, örneğin uygun koşullarda taşınmaması ve saklanmaması süreye bağlı olarak kanda alkol oluşmasına veya var olan alkol düzeyinin artışına yol açabileceği;

- Kan-alkol düzeyi araştırması yapılacak olan kan örneğinin alınması sırasında cilt yüzeyinin etil alkol içermeyen bir dezenfektan ile silinmesinin gerekli olduğu; vücuttan kan alınırken, kolun bol miktarda etil alkol ile silinmesi durumunda, küçük bir miktar olan 1,8 mililitrelik tüp içerisindeki kanın bu alkol ile kontamine olabileceği ve dışarıdan bulaşan alkolün, kan alkol düzeyini anlamlı biçimde arttırabileceği;

- Adli toksikolojik değerlendirmelerde, gerek toksik maddelerin vücuda dağılımı, vücut yapısı, cinsiyet, alkole tolerans, örneklerin olaydan sonra ortam koşullarına bağlı olarak etkileşimi gibi çok farklı nedenlerle sonucun zaman zaman klinik durumu yansıtamayabileceğinin bilinmesi, gerekse incelemeyi yapan laboratuarın dışında alınan ve gerek kolun alkol ile silinmesinden, gerekse kanın koruyucu madde içermeyen mavi kapaklı tüplerde laboratuara teslim edilmesinden kaynaklanabilecek nedenlerden incelenen kan örneğinde alkol düzeyinin gerçek değeri göstermeme olasılığının mevcut olduğu; bu nedenle, kişinin olayın hemen sonrasında özellikle nörolojik ve psikiyatrik muayene bulgularını içeren klinik açıdan değerlendirilmesinin göz önünde bulundurulması gerektiği" ifade edilmiştir.

Aynı şekilde, yine bir trafik kazası ile ilgili olarak yargılama sürecinde, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyelerinden Doç. Dr.Gürcan Altun tarafından CMK'nun 67/son maddesi uyarınca düzenlenen 05.06.2009 tarihli "Bilimsel Mütalaa'da",

- Koruyucu madde olarak sodyum florid içermeyen mavi tüpe konulan ve uygun muhafaza koşullarında saklanmayan kan örneklerinde, bakterinin ürediği ve bu durumun alkol oranında, anlamlı bir artışa sebebiyet verebileceği;

- Hatta, hiç alkol almamış kişiden alınan kan örneğinin dahi sodyum floridli gri tüp yerine sodyum sitratlı mavi tüpe konulması halinde üreyen bakterilerin, kendiliğinden alkol oluşmasına sebebiyet verebileceği;

- Aynı şekilde, kan alınacak bölgenin bol alkolle dezenfekte edilmesi halinde, hiç alkol almamış bir kişide dahi yüksek oranda alkolün tespit edilebileceği;

- Bu nedenle, kan numunesinin alınacağı bölgenin alkol içermeyen dezenfektan madde ile temizlenmesi gerektiği " belirtilmiştir.

Sonuç olarak, fail hakkında bilinçli taksir hükümlerinin uygulanıp, uygulanmayacağının tespiti için her olayın kendi içerisinde ayrıntılı biçimde tetkike tabi tutulması ve bu çerçevede, alkol ile kaza arasında uygun illiyet bağının bulunup, bulunmadığının tespiti için, kazanın oluş şekli de göz önünde bulundurularak, sürücünün öncelikle nörolojik tetkike tabi tutulması ve varsa, görgü tanıklarının beyanlarına başvurularak, sürücünün kaza sonrasında dışa yansıyan davranışlarına bakılarak, alkolün etkisiyle araç sevk ve idare edemeyecek halde olup olmadığının nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konularında uzman bilirkişi heyeti tarafından mahallinde inceleme yapıldıktan sonra belirlenmesi ehemmiyet arz etmektedir.

Ülkemizde her yıl alkollü araç kullanmaktan kaynaklanan trafik kazaları neticesinde yüzlerce kişinin yaşamını yitirdiği göz önünde bulundurulduğunda, Kanun Koyucu'nun yasal düzenlemelerle alkol kullanımını azaltmak için ağır müeyyideler öngörmesi gerektiği tartışılmaz bir gerçektir. Buna karşılık, salt alkollü araç kullanımını caydırmak adına, her ferdin AY ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği ile özel hayatına müdahale teşkil edebilecek uygulamalardan da özellikle kaçınılarak, bilinçli taksir kapsamını yorum yoluyla genişletilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, bu hassas dengeyi tutturmaya çalışırken, her sürücünün, direksiyonun başına geçmeden önce merhum Refik Halit Karay'ın söylediği "**İçki, Korkağı Cesur; Cesuru Küstah Eder"** özdeyişini de akıllarından çıkartmamaları gereklidir.

5187 Sayılı Basın Yasasında İdari İşlemler

*Kürşat KAYRAL**

1. GİRİŞ

TBMM'nin 22.Dönem 2.Yasama Yılının 99. birleşiminde kabul edilerek 26.06.2004 günlü 25504 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5187 Sayılı Basın Yasası Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Sözleşmelere uygun, basın ve düşünce özgürlüğünün sağlanmaya çalışıldığı, mülga yasaya nazaran daha demokratik ve yenilikçi bir yasadır.

15.07.1950 tarihli ve 5680 Sayılı mülga Basın Yasasının on yedi kez değişikliğe uğrayarak, bütünlüğü ve sistematiğinin bozulmuş olmasından sonra yürürlüğe giren yeni Basın Yasasında, en önemli yasal değişikliklerden biri; "süreli yayınların hayata geçirilmesi ile ilgili Emniyet birimlerinde olan görev ve yetkilerin, Cumhuriyet Başsavcılıklarına devrini içeren düzenlemelerdir."

Bu düzenlemeyle, süreli ve süresiz yayınların yönetim, basım, yayımı işlemlerinin başvuru ve denetimleri adli makamlara devri sonrasında, bu alanda deneyim ve geçmiş uygulamaları bulunmayan Cumhuriyet Savcılıkları farklı yorum ve işlemlerle yasayı uygulamaya başlanmışlardır.

2. İDARİ İŞLEMLERLE İLGİLİ ANA DÜZENLEMELER

İdari işlemlerle ilgili düzenlemeler Basın Yasasının yasanın 4 ile 9.maddeleri arasında yer almaktadır.

Yasada belirlenen sıralama doğrultusunda yapılan incelemede;

Yasanın 4. maddesinde; *"basılı eserlerde bulunması gereken künye bilgilerine"* yer verilmiştir. Buna göre;

---

* Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Bürosu Cumhuriyet Savcısı

"Her basılmış eserde, basıldığı yer ve tarih, basımcının ve varsa yayımcının adları, varsa ticari unvanları ve işyeri adresleri gösterilir. İlan, tarife, sirküler ve benzerleri hakkında bu hüküm uygulanmaz.

Haber ajansı yayınları hariç, her türlü süreli yayında, ayrıca yönetim yeri, sahibinin, varsa temsilcisinin, sorumlu müdürün adları ve yayının türü gösterilir."

İki fıkradan ibaret düzenlenmede; yayınlar süreli ve süresiz yayınlar olarak ayrılarak, birinci fıkra içeriğinde; *"yayının türü kıstası ele alınmadan, her türlü basılmış eserde bulunması gereken zorunlu bilgilerin; basıldığı yer ve tarih, basımcının ve varsa yayımcının adları, varsa ticari unvanları ve işyeri adreslerinin mutlaka bulunması"* kriteri getirilmiştir. Fıkranın 2. cümlesi; *"duyuru, açıkça bildirme (notice) anlamlarında yer alan ilan, fiyatları gösteren çizelge niteliğinde tarife ve genelge, tamim ile yazılı çağrı anlamlarını içeren sirkülerler hakkında bu hükmün uygulanmayacağını"* açıkça belirtmiştir. Bu cümle içerisinde yer alan **"benzer"** kavramı ile de çerçevenin genişletilmesine olanak sağlanmış, nitelik, görünüş ve yapısal bakımdan ilan, tarife ve sirküler benzerleri de kapsama alınarak, süreli ve süresiz yayın haricinde olup, ancak eser niteliğinde olmayan basımlarda zorunlu kriterlerin aranmayacağı hususunda tereddütlerin giderilmesi sağlanmıştır.

Maddenin 2. fıkrasında; "-yurt ve dünya olaylarını toplayıp yayınlayan kuruluşlar olan haber ajansları (Anadolu Ajansı-Anka Haber Ajansı-Cihan Haber Ajansı gibi) ayrı tutularak- *her türlü süreli yayında, birinci fıkrada belirlenen zorunlu bilgilerin yanında,süreli yayının yönetim yeri, sahibi, varsa temsilcisi, sorumlu müdürün adı ve yayının türü kavramlarının da yayının künyesinde yer alması istenmiştir*.

Bu bilgiler ışığında;

Her basılmış eserde, -örneğin bir kitapta-,

Künye bilgileri olarak,

- Basıldığı tarih,
- Basımcının ve varsa yayımcının adları,
- Basıldığı yer,
- Basımcı ve yayımcının ticari ünvanı ve işyeri adresleri mutlaka bulunması zorunlu bilgilerdir.

Her süreli yayında; örneğin gazete veya dergide;

- Basıldığı yer,
- Basıldığı tarih,
- Basımcının adı,
- Basımcının ticari ünvanı
- Basımcının işyeri adresi,
- Yayının sahibi,
- Yayının yönetim yeri,
- Sorumlu Müdürün adı
- Yayının türü bilgileri mutlaka yayının künyesinde bulunması gereken zorunlu bilgilerdir.

Bu düzenlemeyle, süreli yayınların künyelerinde daha çok bilgiye yer verilmesi amaçlanmış ve yayınlarla işlenen suçlarda yasanın 11.maddesinde düzenlenen cezai sorumluluğun belirlenmesine yardımcı olunması öngörülmüştür.

3. YAYIN SAHİBİ- SORUMLU MÜDÜR VE KAVRAMLAR

Yasanın 4. maddesinde yer alan, "yayın sahibi ve sorumlu müdür" kavramları aynı yasanın 5 ve 6.maddelerinde nitelikleri belirtilerek tanımlanmıştır. Maddeler içeriklerinde yer alan belirlemeler, aynı zamanda, sorumlu müdür ve yayın sahibi olabilmenin nitelikleridir.

a) Sorumlu Müdür;

Sorumlu müdür, yayın bildirim işlemlerinde, "*özellikle sorumlu müdür olduğu belirtilen*" gerçek kişidir. Yayınlarda birden fazla (haber müdürü-reklam müdürü-spor müdürü gibi) makamlar bulunsa da bir müdürün özellikle sorumlu müdür olduğu yayın künyesinde mutlaka açıklanmalıdır.

b) Yayın Sahibi;

Yayının sahibi; *"süreli yayının yönetim yerinin bulunduğu yerel Cumhuriyet Başsavcılığı kayıtlarında, yayını ilk sahip olarak kaydettiren, devir alan gerçek kişi veya tüzel kişilik adına temsil yetkisine sahip olarak karar alınan kişidir."*

Yasada, tüzel kişilikler ile kamu kurum ve kuruluşlarının yayın sahibi olabilecekleri belirlenmiş ise de; genelde Cumhuriyet Başsavcılıklarınca

yayının bildirim işlemleri sırasında, yayının sahibi olarak tüzel kişilik göründüğü takdirde, tüzel kişiliği temsile yetkili kişiye ait noterden düzenlenmiş belge veya imza sirküleri, şirketlerde ise, bu konuda alınmış yönetim kurulu kararı aranmaktadır. Kamu Kurum ve Kuruluşlarına ait süreli yayınlarda da yayın sahibi olarak kurum veya kuruluşu temsile yetkili veya görevlendirilmiş gerçek kişi uygulaması yapılmaktadır.

c) Yayının Yönetim Yeri;

Yayının yönetim yeri; *"yayına ait değişik illerde şubeler veya temsilcilikler bulunsa da merkez olarak belirlenen ve yapılan bildirimde gösterilen yerdir."*

d) Yayının Türü;

Yayının türü bölümü, yasanın 2. maddesinin d-e-f-g bentlerinde belirlenen şekilde künyede bulunması gerekmekte, günlük gazeteler için bu ayrım birebir uygulansa da aralıklarla yayınlanan gazete ve dergiler açısında bu hususta yayının haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayınlanmasında yayınlanan bölgeler açısından tereddütler yaşanmaktadır. Ancak 2. maddenin f bendinde yasa koyucunun haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayınlanan yaygın ve bölgesel yayınların tümünü yerel süreli yayın olarak kabul ettiği açıkça belirlenmekle bu nitelikte çıkan yayınların tümünü gazete-dergi ayrımı olmaksızın yerel süreli yayın olarak kabul etmek doğru yaklaşımdır. Yasanın gerekçesinde bu hususun ayrıntılarına girilmemiş ise de, maddi zorluklar içerisinde yayın hayatında bulunan gazete ve dergiler açısından yasanın cezai yaptırımlar bölümünde yerel süreli yayınlara ait para cezalarının uygulanmasında lehe sonuç doğurmaktadır.

e) Basımcı Bilgileri;

Yayınların künyelerinde yer alması gereken en önemli bölümlerden biri de basımcıya ait bilgilerdir.

Basımcının adı, ticari ünvanı (A.Ş. – Ltd. Şti. gibi) ve açık adresi ile ulaşımı kolaylaştıracak telefon, faks numaraları veya e-posta adresi gösterilmelidir.

Künye içeriğinde: yayının basıldığı tarihin yer alması, yasanın 10. maddesinde belirlenen 17. maddesinde yaptırım altına alınan ve 5681 Sayılı Matbaalar Yasasının 4/1. maddesinde belirtilen hususlarda basımcının bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını, dağıtım veya yayımın yapıldığı gün yerel Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmesinin denetimi açısından önemli bir kavramdır.

Uygulamada genelde, künyede yer alan basım tarihi bilgisi, basımcıda yapılacak işlemlerin gecikmesi (vb.) nedenleriyle yerel Cumhuriyet Başsav-

cılıklarına teslim tarihi ile çelişki doğurduğunda, basımcılar 5187 Sayılı Basın Yasasının 17. maddesinde yaptırım altına alınan suçun şüphelisi kavramına düşmektedirler. Bu çelişkinin giderilmesinin en pratik yolu, Cumhuriyet Başsavcılıklarına teslim edilen eserlerin ön kapak içerisine veya künyesinin yanına – yasanın 4.maddesinde belirtilen dağıtım veya yayım tarihi – tanımlamalarına uygun olarak, basımcıdan asıl çıkış tarihini içeren, dağıtım-tarih veya yayım-tarih bilgisini içeren küçük bir kaşe vurulmasıdır.

f) Yayının Dili;

Süreli ve süresiz yayınların tamamen Türkçe dışında bir dilde yayınlanması durumunda künyede yer alması gereken, hiç olmazsa zorunlu bilgilerin, denetime imkân verecek derecede Türkçe veya Türkçe-Yabancı dil olarak belirlenmesi gerekmektedir. Yayınların kısmen Türkçe, kısmen başka bir dille ortak olarak yayınlanması durumunda da aynı hususların geçerli olması doğaldır.

g) Diğer Bilgiler;

Genellikle süreli yayınlarda, zorunlu bilgiler dışında genel yayın yönetmeni, yayın kurulu, danışma kurulu, grafik tasarım, baskıya hazırlama, hukuk danışmanı, reklâm müdürü, görsel sanat yönetmeni gibi belirlemelere künyelerde yer verilse de, bu tanımlamalar Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından yapılan incelemelerde göz önüne alınmamaktadır.

4. BEYANNAME VERME

Yasanın "Beyanname Verilmesi" başlıklı 7.maddesi; yasa tasarısının Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metninde, sadece 7.maddenin 2. fıkrasında "… Sorumlu müdürün ve varsa yardımcısının ad ve adresleri…" şeklinde düzenlemedeki "varsa yardımcısının" ibaresinin kaldırılarak, TBMM'ne sevk edilmesi ve Adalet Komisyonunda kabul edilen 7.madde metninin aynen yasalaşması ile yürürlüğe girmiştir.

Sistematik içerisinde, sorumlu müdür yardımcısı gibi bir kavram bulunmadığından ve hukuki ve cezai yaptırımlar açısından bu makam hakkında bir düzenleme getirilmediğinden bu değişiklik olumlu olmuştur.

Yasanın 7.maddesi; "***Süreli yayınların çıkarılması için, kaydedilmek üzere yönetim yerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına bir beyanname verilmesi yeterlidir. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen kayıtlar alenidir.***

Kayıt için verilen ve yayın sahibi, sahibin küçük veya tüzel kişi olması halinde temsilcisi ile sorumlu müdür tarafından imzalanan

beyannamede yayının adı ve mahiyeti, hangi aralıklarla yayımlanacağı, yönetim yeri, sahibinin, varsa temsilcisinin, sorumlu müdürün ad ve adresleri ile yayının türü gösterilir.

Beyannameye, 5inci ve 6ncı maddelerde yazılı şartların varlığını gösteren belgeler ile yayın sahibi tüzel kişi ise tüzüğünün veya ana sözleşmesinin veya vakıf senedinin bir sureti eklenir.

Cumhuriyet Başsavcılığı tarafında beyanname ve eklerinin teslim edildiğini gösteren bir alındı belgesi verilir." şeklindedir

Bu düzenlemeden, -özetle-; Süreli yayınların yönetim yeri adreslerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılıklarına başvurulması gerektiği,bu başvurunun bir izin müessesini içermeyip salt beyan olduğu, tüm bu kayıtların isteyen kişilerce incelenebileceği(aleniyet), beyanname içeriğinde en az hangi bilgiler olması gerekip, beyannamenin kimler tarafından imzalanmasını içerdiği ve beyannameye eklenecek belgelerin neler olduğu yasanın 5 ve 6'ncı maddelerine atıf yaparak belirterek bu belgeler usulüne uygun olarak teslim edildiğinde, teslimi içeren bir alındı belgesinin Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenip, verileceği anlaşılmaktadır.

Alındı Belgesinin tesliminin, yayının artık bir süreli yayın olduğunu belgelemek yanında, en önemli özelliği, *"5681 Sayılı Matbaalar Yasasının 5.maddesinde belirlenen, bu belgenin görülmeden matbaalarca süreli yayının basılmasının yasak olması ve bu hususa riayet edilmemesinin yaptırımının 6.madde de belirtilen, Cumhuriyet Savcısı tarafından idari para cezası verilmesidir*."

5. BASIN SAVCILIKLARI KAYITLARI ve UYGULAMA

Cumhuriyet Başsavcılıkları Basın Bürolarında, her süreli yayın için birden başlayarak çoğalan yayın numaralarını içeren yayın dosyaları tutulur. Bu dosyalar içerisinde yayına ait beyanname aslı, alındı belgesi ve ekleri ile devam eden süreçte yayına ait tüm değişiklikleri içeren bilgi ve belgeler bulundurulur. Yayın sayılarının çok miktarda bulunduğu merkezlerde bu kayıtların digital ortamlarda veri tabanları hazırlanarak tutulması da metotlardan biridir.(Örnek olarak- Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Bürosunda,fiziki ortamda tutulan dosyalar yanında, hazırlanan özel bir bilgisayar yazılımı ile aynı bilgilerin dijital ortamda da tutulması gerçekleştirilmiş ve bu işlemlerin Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) kapsamında devam etmesi için çalışmalar yürütülmektedir.)

Cumhuriyet Başsavcılıkları Basın Büroları tarafından düzenlenen ve özel bir şekil şartı ile yasada belirlenmiş basılı örneği bulunmayan "Beyanname ve Alındı Belgesi" içerikleri farklılıklar arz etse de genelde;

- Beyanname içeriğinde; Gazete veya derginin adı,sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürünün adı, soyadı, TC Kimlik numarası, iş adresi. telefon numarası, ikametgah adresi,yayının idare merkezi adresi, telefon ve faks numaraları,yayının türü (Yaygın-Bölgesel-Yerel), yayın aralığı (Günlük, haftalık, aylık, yıllık gibi), Yayın dili (Türkçe-İngilizce vs)

- Alındı Belgesi içeriğinde; Yayın adı, Türü, Şekli (Yerel-Türkçe gibi), sahibi, sorumlu yazı işleri müdürü ve yayının idare merkezi bölümleri bulunmaktadır.

- Cumhuriyet Başsavcılığına sunulacak beyanname eklerinde; Süreli yayının sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürüne ait belgeler 5187 Sayılı Basın Yasn 5. ve 6 ncı maddelerinde tek tek sayılan nitelikleri içeren belgelerdir.

- Beyannameye eklenecek belgeler arasında sayılmasa da; 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasasının, "Mal Bildiriminde Bulunacaklar" başlıklı 2.maddesinin (g) bendinde belirlenen düzenleme ışığında "gazete sahibi gerçek kişiler ile gazete sahibi şirketlerin yönetim ve denetim kurulu üyeleri, sorumlu müdürleri, başyazarları ve fıkra yazarları" mal bildiriminde bulunmak zorundadırlar hükmü gereğince sorumlu müdür ve süreli yayın sahipleri hakkında mal beyanı alınması gerekmektedir.

a) Sorumlu Müdürlerle İlgili Uygulama;

Süreli yayınlarda sorumlu müdür olabilmek için (madde:5),18 yaşını bitirmek (Nüfus Müdürlüğünden alınmış belge), Türkiye'de yerleşim yeri sahibi olmak ve devamlı oturmak (ikametgâh yeri muhtarlığı-Mernis belge), en az orta öğretim veya dengi bir eğitim kurumundan mezun olmak (8 yıllık ilköğretim diploması veya üzeri belge suretleri-Ortaokul, lise, fakülte, yüksekokul diploma suretleri veya çıkış belgeleri), kısıtlı veya kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak, yüz kızartıcı suçlardan mahkum olmamak (Adli Sicil kaydı), Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayanlar için karşılıklılık koşulu (başvurucunun vatandaşı olduğu ülkede Türk vatandaşlarına aynı hakların tanınıp, tanınmadığı hususunda Dışişleri Bakanlığından alınacak belge) belgeleri aranmaktadır.

Bu maddenin (e) bendinde yer alan yüz kızartıcı suçlardan mahkûm olmamak kuralında, en önemli nokta yüz kızartıcı suçların neler olduğunun tespitidir. Zira yasalarımızda yüz kızartıcı suçların neler olduğu hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Konuya en benzer hükümler 657 Sayılı Devlet Memurları Yasasının 48/A5, 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Yasasının 11. maddesi (f) birinci fıkrası,2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasasının

8.madde (h) maddesi ve 4458 Sayılı Gümrük Yasasının 227/d maddesindeki belirlemelerdir. Nitelikleri ve dolayısıyla içerikleri kesin olarak saptanmamış ve özel yasalarda memuriyet şartı olarak getirilmiş hükümlerin sivil vatandaşlara nasıl uygulanacağı konusunda tereddütler devam etmekte ve konu uygulamanın gidişine bırakılmaktadır.

Sorumlu müdürün TBMM üyesi olması için ise ayrı bir düzenleme yasanın 5.maddesinin son fıkrasında belirlenerek bu halde sorumlu müdürlük görevini üstlenmek üzere bir müdür yardımcısının tayini ve bu kişide yasada belirtilen sorumlu müdür olabilme şartlarını taşıma kıstası getirilmiştir.

b) Yayın Sahipleriyle İlgili Uygulama;

Süreli yayınların sahibi açısından yasanın 6.maddesi, verilecek beyanname eklerinde, 5.madde de belirlenen sorumlu müdürde aranan belgeleri ve şartları aynen aramaktadır.

Uygulamada karşılaşılan özel hallerde ise;

- Yayın sahibinin tüzel kişilik olması halinde şirket veya vakıf kuruluş sözleşmesi veya dernek tüzüğünde süreli yayın çıkartılmasına dair açık veya örtülü bir hüküm, yayın çıkartılması konusunda yayının adı, tüzel kişi temsilcisinin ve sorumlu müdürün kimler olacağını içeren yönetim kurulu kararı aranmakta,
- Süreli yayınlarda yayın sahibi ile sorumlu müdürün aynı kişi olarak belirlenmesinde yasal bir aykırılık bulunmamakta, birden fazla müdürlük makamı ihdas edildiği takdirde birinin sorumlu müdür olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. 18 yaşından küçük olunması veya kısıtlı olunması halinde kanuni temsilci ile tüzel kişilik temsilcisinin de Yasanın 5 ve 6.maddelerinde belirlenen şartları taşıyan kişiler olması şarttır.

c) Yönetim Yeriyle İlgili Uygulama;

Yönetim yerinin tapu kaydı veya kira kontrat belgesi veya üçüncü kişilerce, süreli yayının yönetim yeri merkezi olarak kabul edildiğine dair özel bir izni içeren belge istenmekte,

d) Yayının Diliyle İlgili Uygulama;

Süreli yayının Türkçe dışında bir dille yayınlanacağı veya değişik dillerde ortak bir yayında bulunulacağı hususunun beyannamede şerhi,

e) Beyanname İşlemleri;

Beyannamenin Cumhuriyet Başsavcılığına teslimi işleminde, beyannamede imzası bulunanlardan yayın sahibi veya sorumlu müdürden birinin

mutlaka bulunması gerekip, bulunmadığı takdirde, bu konuda özel yetkiyi içeren bir vekâletname veya kamu kurum ve kuruluşlarından beyannameyi getiren kişinin bu görevle yetkilendirildiğine dair kurum üst yetkilisi tarafından bir belge düzenlenmesi,

Beyannameye eklenecek, kamu kuruluşlarından alınan belgelerin en az son 6 ay içerisinde düzenlenmiş olması, asılları verilemediği takdirde noter tasdikli suretleri istenmek suretiyle, işlemler gerçekleştirilmektedir.

Beyanname verildikten sonra yayın hayatına geçen süreli yayında sahibin, sorumlu müdürün, yönetim yeri adresinin, yayın türü ile aralığının veya yayın dilinin değişmesi hallerinde bu hususun yeniden düzenlenecek beyanname ve sadece değişikliğe ait belgeler ile yönetim yeri Cumhuriyet Başsavcılığına verilmesi gerekmektedir.

5187 Sayılı Basın Yasasında, mülga 5680 Sayılı Yasadan ayrılarak düzenlenen bir konuda, mülga yasada kamu kurum ve kuruluşlarınca çıkartılan süreli yayınların beyanname zorunluluğunun olmaması hükmünün yeni düzenlemede yayın çıkartan her makamın beyanname verme zorunluluğunda bulunmasıdır.

Son olarak beyanname içeriğinde geçen yayının türü kavramında tereddüde düşülen "yerel süreli" yayının açıklanmasında; Basın Yasasının, Tanımlar başlıklı 2.maddesinde, yaygın süreli ve bölgesel süreli yayınların neler olduğunu açıkça yazıldığı, günlük gazeteler dışında ve hafta da bir veya daha uzun süreli dergiler açısından ise beyanname verenler tarafından özellikle yapılan hatanın, yayınların dağıtımda bulunulduğu coğrafi bölgeler açısından değerlendirilme yapılarak derginin yaygın veya bölgesel nitelendirilmesi olduğudur. Buradaki kıstas haftada bir veya daha uzun sürelerle yayımlanan tüm süreli yayınların dağıtım ve basım kıstaslarına bakılmayarak tümünün yerel süreli yayın olarak nitelendirilmesi yasanın yazım tekniğine en uygun düşünce tarzıdır.

6. YASANIN 8. MADDESİ UYGULAMASI

5187 Sayılı Basın Yasasının 8. maddesi;

"Beyannamenin ve eklerinin gerekli veya gerçek bilgileri içermemesi veya yayın sahibinin veya temsilcisinin veya sorumlu müdürün 5 inci ve 6 ncı maddelerde yazılı şartlara sahip olmaması halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı beyannamenin verilmesinden itibaren iki hafta içinde eksikliğin giderilmesini veya gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesini yayın sahibinden ister. Bu istemin tebliği tarihinden itibaren iki hafta içerisinde yerine getirilmemesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı yayımın durdurulmasını asliye ceza mahkemesinden

talep eder. Mahkeme en geç iki hafta içinde karar verir. Bu karara karşı acele itiraz yoluna başvurulabilir.

Beyanname içeriğinde meydana gelen her değişiklik, iki hafta içinde gerekli belgelerle birlikte yeni bir beyanname ile aynı makama bildirilir.

Birinci fıkra hükmü, değişikliğe ilişkin beyannameler hakkında da uygulanır.

Sorumlu müdürün bu görevden ayrılması halinde, yenisi tayin edilinceye kadar sorumluluk yayın sahibine veya temsilcisine aittir." şeklindedir.

Yasanın mevcut düzenlemesiyle; "süreli yayın sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürü tarafından, süreli yayının yayın hayatına geçirilmesini sağlayan bilgileri içeren, beyan usulü ve ekleri ile verilen evrakın, yayının yönetim yerinin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından incelenmesi,eksikliklerin giderilmesi, gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesi ile yayının durdurulması hususlarında genel bir idari işlemlerin belirlendiği" görülmektedir.

Yasanın 5 ve 6.maddelerinde belirlenen esaslar içerisinde düzenlenen, 7.maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığına verilen beyanname, Cumhuriyet Başsavcılığının, görevli Cumhuriyet Savcı veya Savcılarından kurulu Basın Bürosu tarafından şekil, içerik ve bilgilerin doğruluğu açısından incelenir.

Beyannamenin şekli ve içeriğinde bulunması gereken bilgiler açısından, yasada açık bir şekil şartı veya form örneği belirtilmemiş olmakla bu konu Cumhuriyet Başsavcılıklarınca düzenlenen form örneklerinde değişiklikler arz etmektedir.

26.6.2004 günlü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5187 Sayılı Basın Yasasının idari işlemlerinin, Emniyet Müdürlüklerinden Cumhuriyet Başsavcılıklarına devri prosedürünün tamamlanmasını takiben Cumhuriyet Başsavcılıkları bugüne kadar devam eden süreçte, hazır bilgilerin toplanıp arşivlenmesi yanında, süreli yayınların bilgi ve işlemlerinin takibi konusunda, ayrıntılı beyanname örnekleri ve dijital bilgiler ile geçmişte takip edilmeyen basımcı bilgilerini de talep etmektedirler.

Yayınların takibi,denetimi ve yayın ile sorumlularına ulaşılabilmesini sağlayan, web site ve e-posta adresleri, yayının içeriği (haber-bilim-sanat-ekonomi gibi), basım yeri ve tirajı, basım yeri adresi ve telefon numarası şeklinde bilgilerdir.

7. SORUŞTURMA USULÜ-KOVUŞTURMA AŞAMASI ve CEZAİ İŞLEMLER

Cumhuriyet Başsavcılıkları Basın Bürosu Cumhuriyet Savcıları, kendilerine verilen yukarıda belirtilen bilgiler ışığında, -yasanın 10.maddesinde belirlenen, 17.madde de yaptırım altına alınan teslim yükümlülüğü doğrultusunda-, Cumhuriyet Başsavcılıklarına, basımcılar tarafından alındı belgesi karşılığı teslim edilen yayınlar, künye bilgileriyle yayının dosyasındaki bilgiler karşılaştırılmak suretiyle değişen bilgilerin olup, olmadığını takip etmektedirler.

Beyannamenin 8.madde gereğince incelenmesi, beyanname içeriğinde yazılı bilgiler ile beyannameye eklenen evrakın incelenip, öncelikle eksik bilgi veya belgenin olup olmadığı, belgelerin resmi veya onaylı olmalarının kontrolü ile tereddüt edilen konularda yazışmalar yapılarak doğruluğunun tespiti aşaması şeklindedir.

Yasa metnine uygun olarak, beyanname ve eklerinin gerekli veya gerçek bilgileri içermediğinin Cumhuriyet Başsavcılığınca belirlenmesi üzerine, yayın sahibinden bu konuların düzeltilmesi istenir. Madde metninde "beyannamenin verilmesinden itibaren iki hafta içerisinde" ibaresi kullanılmış ise de, uygulamada bu belirleme, eksiklik veya gerçek dışı bilgilerin tespitini içeren, Cumhuriyet Savcısı tarafından imzalanmış,iki haftalık süreyi özellikle belirten belgenin, yayın sahibine tebligat yoluyla ulaştırılması şeklinde oluşup, maddenin 2.cümlesinde daha açık şekilde belirtilmiş haliyle, istemin iki hafta içerisinde yerine getirilmesi talep edilmektedir.

Cumhuriyet Başsavcılıklarınca düzenlenen form beyanname içeriklerinde, süreli yayınların takibi ve yasal incelemelerinin yapılmasına olanak sağlayacak, yasanın 7.maddesinin 2.fıkrasında belirlenen beyanlar ile 3.fıkrasında belirlenen belgeler yanında başkaca bilgi ve belgeler talep edilse dahi yaptırıma konu olacak, giderilmesi gereken eksiklikler ile düzeltilmesi gereken bilgi ve belgeler yasanın 5.maddesi ile 7.maddesinde sayılan olmazsa olmaz bilgi ve belgelerdir.

Cumhuriyet Başsavcılığınca yayın sahibine yapılan geçerli tebligat üzerine, iki hafta içerisinde talep edilen hususların yerine getirilmemesi halinde, yayının yönetim yeri Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yayının durdurulması Asliye Ceza Mahkemesinden talep edilir.

Belirtilen yetkili mahkeme, yasanın 16.maddesinde 8.maddeye göre yapılan işlemlere rağmen yayına devam eden yetkililere cezai yaptırım düzenlenmiş olması nedeniyle ve yaptırım ağır cezalık suçlardan olmadığından, 27.madde de belirtilen şekliyle yerel Asliye Ceza Mahkemesi veya birden fazla Asliye Ceza Mahkemesi bulunan yerlerde 2 numaralı Asliye Ceza Mahkemesidir.

Cumhuriyet Başsavcılığınca yayının durdurulması istemi, iddianame şeklinde olmayıp, henüz bir soruşturma aşaması başlamadığından ve bir suç isnadı olmadığından, yayına ait beyanname ve eklerinin bulunduğu ve devamında Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan inceleme veya yazışmaları içeren dosyanın üst yazı ile ilgili mahkemeye hitaben yazılmış talebini içeren müzekkere şeklinde oluşur ve varsa Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Bürosunun bu işlemlere ayrılmış muhabere numarasını taşır.

Talep, yetkili Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 8.maddenin 1.fıkrası son cümlesi uyarınca yasada belirtilen "en geç iki haftalık" karar verme amir hükmü gereğince incelenerek, mahkemenin değişik iş numarası altında karara bağlanır. Mahkemece incelenen talep ve dosya içeriğine göre talebin reddine veya süreli yayının basım yeri de belirtilerek "yayımının durdurulmasına" karar verilmek suretiyle, dosya Cumhuriyet Başsavcılığına, ilgililerine tebliği hususunda iade edilir.

Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edilen karar, bu makamca yayımı durdurulan süreli yayının sahibi ve süreli yayının basımını yapan basımcı/matbaa'ya usulüne uygun tebligat ile bildirilir.

Mahkemenin kararına karşı,yasanın 8.madde 1.fıkrası son cümlesi uyarınca, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasasının 267 ve devam eden maddelerinde belirtilen itiraz yoluna gidilmesinin mümkün bulunduğu, metinde "acele itiraz" başvurusu olarak belirlemede bulunulmuş ise de, bu hususun 5187 Sayılı Basın Yasasının 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasasından önce yürürlüğe girmiş olmasından kaynaklandığı, itiraz haklarını kullanacak tarafların Cumhuriyet Başsavcılığı ve yayın sahibi olduğunun açık bulunduğu, Ceza Muhakemesi Yasası uyarınca kararı veren mahkemeye yapılan itirazın reddi halinde, yetkili üst mahkemenin ise, birden fazla Ağır Ceza Mahkemesinin bulunduğu yerlerde yine yasanın 27/2 maddesi gereğince 2 numaralı Ağır Ceza Mahkemesi olduğudur.

8. DEĞİŞİKLİKLERİ BİLDİRME ZORUNLULUĞU ve USULÜ

Süreli yayınlarda, yayın hayatına başlanmasından sonra beyanname içeriğinde meydana gelen, yasanın 5 ve 7.maddelerinde zorunlu bilgiler olarak belirlenen her değişiklik yayın sahibi ve sorumlu müdür tarafından iki hafta içerisinde resen yeni bir beyanname düzenlenerek, yayın dosyasının bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Bu bildirim karşısında yayın ile ilgili yeni bir alındı belgesi düzenlenir. Değişiklik bilgileri ve yeni alındı belgesi dosyada muhafaza edilir.

Değişikliğe ilişkin beyannameler de, içerdiği bilgi ve belgeler açısından 8.maddenin 1.fıkrasında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde Cumhuriyet

Başsavcılığının incelemesine tabi bulunup, yeni bir tebligat ve yayın durdurmaya konu olabilirler.

Yasanın 8.maddesi gereğince, mahkeme kararı ile durdurulan yayında, yayın sahibi tarafından gerekli düzeltmelerin yapılması veya eksikliklerin giderilmesi ve bu hususların yeni bir beyanname ile 9.maddenin 1.fıkrasında belirlenen üç yıllık "yayımlamadan sonra verilen ara hükümleri uyarınca" başvurulması halinde, yasada bu konuda açık bir düzenleme yapılmamış olsa dahi aynı yayın numarası ve dosyası üzerinden yayının devam edeceği ve son dönem yasalarının düzenlemeleri çerçevesinde (5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Yasanın 8.madde 9.fıkrasında belirlenen, mahkeme kararıyla erişimin engellemesinde, içeriğin yayından çıkarılması halinde Cumhuriyet Savcısına tanınan kararın kaldırılması yetkisi gibi) ayrıca mahkemeden "yayımın durdurulması" kararının kaldırılması talebinde bulunulmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.

Ayrıca 8.madde son fıkrasında yayın hayatının devam ettiği sürece,yayının sorumlu müdürünün bu görevden herhangi bir şekilde ayrılması halinde, yeni bir sorumlu müdür ataması yapılana kadar, idari işlemler ve cezai yaptırımlar açısından doğabilecek boşlukları doldurmak üzere, bu dönem içerisinde sorumlu müdüre ait sorumlulukların yayın sahibi veya temsilcisine ait olduğu hususu amir hüküm olarak belirlenmiştir.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Beyanname ve eklerinin incelenmesi, bilgilerin doğruluğunun tespiti ile bunların giderilmesi, Basın Yasası hükümlerine göre yapılan soruşturma ve kovuşturmalar ile hukuk mahkemelerinde açılan tazminat davaları açısından Yasanın 11 ve 13.maddelerinde belirlenen cezai ve hukuki sorumluların tespiti açısından büyük önem arz etmektedir.

Mahkeme kararıyla durdurulan yayına, gerekli düzeltmeler yapılıp, usulüne uygun beyanname verilmeden, basımı suretiyle devam edilmesi halinde, yasanın 16.maddesinde belirlenen, yayın sahibi, sorumlu müdür ve varsa sorumlu müdürün bağlı bulunduğu yetkili hakkında; yayının, yerel, bölgesel ve yaygın süreli olması şekliyle 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasının 75.maddesinde yapılan düzenleme uyarınca, ön ödeme para cezası usulüyle yaptırım uygulanmasının, yapılacak yasa değişikliklerinde, kendisine mahkeme kararı tebligatı yapılan ve 5681 Sayılı Matbaalar Yasasının 5.maddesi gereğince yeni alındı belgesi suretini görmeden basım işlemini gerçekleştiren basımcıya da yöneltilmesi uygun olacaktır.

5941 5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu

*İlkan KOYUNCU**

1. Giriş

5941 sayılı Çek Kanunu 20.12.2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, bu Kanunun 9. maddesi ile 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.Kanun yürürlüğe girdikten sonra geçen zaman zarfında düşünülenin ve tasarlananın aksine problemler çözülmemiş, yeni problemler ortaya çıkmıştır.

Öncelikle 5941 sayılı Çek Kanunu'nun gerekçesini ve Kanun Koyucu tarafından tespit edilen "yeni bir Kanunu gerekli kılan sebepleri" irdelemek gerekmektedir.

Kanun Koyucunun ön plana çıkardığı gerekçelerin başında; çekin güvenli bir ödeme aracı olarak itibar kazanması ve nakit ödemelerin yerini alması gerekliliği gelmektedir. Karşılıksız çek keşide etme suçu için öngörülen ağır hapis cezasına rağmen söz konusu suçun işlenmesi önlenememektedir. Bununla beraber, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na uyum sağlanması ve kara paranın aklanmasının önlenmesi ile terörün finansmanında çekin rol oynamasına engel olunması yeni Kanunu gerekli kılan sebeplerdendir.[1]

Yukarıda arz edilen sebepler ışığında düzenlenen Kanunda öne çıkan değişikler kısaca irdelendiğinde birçok değişiklik ve bu değişikliklerin yol açtığı problemler göze çarpmaktadır:

---

* Avukat, İstanbul Barosu.

1 Bkz. Kanunun Gerekçesi, http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0710.pdf (Son görüntülenme tarihi: 08.08.2011).

2. Karşılıksız çek keşide etme suçunun tanımı

Yeni Kanunla birlikte suçun tanımında önemli değişiklik yapılmıştır. 3167 sayılı Kanunda karşılıksız çek keşide etmek ve yararına çek keşide edilmek, suç olarak tanımlanmakta, suçun failinin 80.000 TL'den fazla olmamak kaydı ile çek bedeli tutarında adli para cezası ile cezalandırılması öngörülmekte idi. Tekerrür halinde ise bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası söz konusu olmaktaydı.[2]

5941 Sayılı Çek Kanunu'nda ise köklü bir değişiklik yapılarak çekle ilgili "karşılıksızdır" işlemi yapılmasına sebebiyet vermek suç olarak tanımlanmıştır. Ayrıca üzerinde yazılı keşide tarihinden önce bankaya ibraz edilen çeklerle ilgili suçun oluşmayacağı yine Kanun maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Yeni Çek Kanununda her bir çekle ilgili olarak bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunmaktadır. Hükmedilen para cezası ise çekin ödenmeyen miktarından az olamamaktadır. [3]

3. Suçun faili

3167 sayılı Kanuna göre suçun faili karşılıksız çek keşide eden gerçek kişi ve lehine çek keşide edilen gerçek ya da tüzel kişidir.

5941 sayılı Çek Kanununa göre ise suçun faili; çekin karşılığını bankada hazır bulundurmakla yükümlü gerçek kişidir. Çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişi, çek hesabı sahibidir. Çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması hâlinde, bu tüzel kişinin malî işlerini yürüt-

---

2 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası aynen şu şekildedir: "Üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksenmilyar liradan fazla olamaz. Bu miktar, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ek 2 nci maddesine göre her yıl artırılır. Bu suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir."

3 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrası aynen şu şekildedir: "Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adlî para cezası, çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Bu davalar, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür".

mekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlüdür.

4. Uygulanabilecek Güvenlik Tedbirleri

5941 sayılı Çek Kanunu cezai müeyyidelerin yanı sıra içinde barındırdığı koruma ve güvenlik tedbirleriyle de dikkat çekmektedir.

Kanunun 5. maddesinde düzenlenen güvenlik tedbirleri TCK'nun 53. maddesinde düzenlenen güvenlik tedbirlerinden farklılık göstermektedir. Çek Kanununda yer alan tedbirler mahkumiyetin kanuni sonucu değildir. Şayet güvenlik tedbirine hükmedilecek ise bu husus verilecek kararda açıkça yer almalıdır.

5941 sayılı Çek Kanununun beşinci maddesinin birinci fıkrasında güvenlik tedbiri ile ilgili ifadeler aynen şu şekildedir:

"Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Bu davalar, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür."

Bu fıkrada yer alan güvenlik tedbirleri çek ile ilgili karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren gerçek kişi hakkında uygulanabilmektedir. Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise güvenlik tedbirinin uygulama alanını genişletmektedir.

Söz konusu fıkra aynen şu şekildedir:

"Karşılıksız çek düzenleyen, adına karşılıksız çek düzenlenen ve ileri düzenleme tarihli çek üzerinde yazılı tarihe göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmayan gerçek ve tüzel kişi hakkında, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde resen mahkeme tarafından, karşılıksız çıkan her bir çekle ilgili olarak, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilir."[4]

Kanunun 7. maddesi uyarınca hakkında güvenlik tedbiri uygulanan kişi, hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olmasına rağmen çek düzenlerse, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluştur-

---

4 ERALP, Tayyar Cem, "5941 Sayılı. Yasa Karşılıksız İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Vermek ve Karşılıksız Çek Düzenleme Suçları", http://hukukro.wordpress.com/page/14/ (Son görüntülenme tarihi: 08.08.2011).

madığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

5. Eski ve Yeni Kanunun kıyaslanması

Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddesi uyarınca *"suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."* Buna göre 20 Aralık 2009 tarihinden önce işlenen karşılıksız çek keşide etme suçlarında hangi Kanunun failin lehine olduğunun tespiti gerekir.

Suçun faili eğer kısmi bir ödeme yapmış ise Yeni Kanun daha lehedir. Yeni Kanuna göre çekin ödenmeyen kısmı, yani karşılıksız kalan bedel kadar adli para cezasına hükmolunabilir. Eski Kanuna göre ise adli para cezası çek bedelinden az olamamaktadır. Ancak kısmi ödeme yoksa güvenlik tedbirleri de göz önünde tutularak Eski Kanunun lehe olduğu düşünülebilir.

80.000 TL'nin üzerindeki çekler için ise Eski Kanun daha lehedir. Zira, 3167 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca verilecek adli para cezası 80.000 TL'den fazla olamamaktadır.

Çek keşide etme suçunun tekrar işlenmesi durumunda Eski Kanun bir seneden beş seneye hapis cezası ön görmekteyken Yeni Kanun yalnız adli para cezası öngörmektedir. Suçun mükerrer olması halinde Yeni Kanun daha lehedir.

Karşılıksız çek keşide etme suçlarında yargılamayı yapmakla görevli asliye ceza mahkemeleri yerine Yeni Kanunla beraber bu görev sulh ceza mahkemelerine devredilmiştir.

İki kanun arasındaki en önemli farklardan biri de Yeni Kanunda ileri tarihli çeklerin, üzerinde yazan keşide tarihinden önce ibrazı halinde karşılıksız çek keşide etmek suçunun oluşmayacağı hususudur. Eski Kanuna göre vadesi gelmeyen çek dahi karşılıksız olarak addedilebilmektedir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu istikrarlı kararlarda, erken ibraz halinde karşılıksız çek keşide etme suçun oluşmadığını ve ceza verilemeyeceğini ifade etmektedir.[5]

---

5 Yargıtay 10. Ceza Dairesi 01.03.2011 tarih 2011/2995-2764 K. sayılı kararı aynen şu şekildedir: "12.09.2008, 12.07.2008, 10.08.2008 keşide tarihli suça konu çeklerin 20.05.2008 tarihlerinde ibraz edildiğinin anlaşılması karşısında, 20.12.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak aynı gün yürürlüğe giren ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunu yürürlükten kaldıran 5941 sayılı Çek Kanunu'nun Geçici 1. maddesinin 5. fıkrası ile 5237 sayılı TCK'nun 2 ve 7. maddeleri uyarınca üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihlerine göre kanuni ibraz süresinden önce ibraz edilen suça konu

Ayrıca, cezanın infazı aşamasında da yeniden hüküm tesis edilmelidir.

İnfaz Kanunu'nun 98. maddesi uyarınca:

"Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir".

Karşılıksız çek keşide etme suçundan verilen her mahkumiyet kararı için hükmü veren mahkemenin ek karar vererek yeniden hüküm kurması gerekmektedir. Bunun temel nedeni, Yeni Kanunun bankaların ödemekle yükümlü olduğu miktarda getirmiş olduğu yeniliktir. 3167 sayılı Kanun, bankalara her karşılıksızdır işlemi yapılan çek başına 300 TL ödeme yükümlülüğü getirirken, 5941 sayılı Kanun, bankaların ödemekle yükümlü olduğu miktarı 600 TL olarak belirlemiştir. Bu durumda "çektirilecek cezanın hesabında" değişiklik olduğundan yeniden hüküm tesisi zorunludur.

3167 sayılı Kanunun 16. maddesi ile ilgili olarak 08.03.2003 tarihinde 4814 sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun "maznunun evvelce mazbut ifadesinin okunabileceği haller" başlıklı 225. maddesinin uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu maddeye göre; *"suç gerek yalnız ve gerek birlikte olarak para cezasını, hafif hapis ve müsadere cezalarını müstelzim ise maznun gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hallerde maznuna gönderilecek celpnamede kendisi gelmese dahi duruşmanın yapılabileceği yazılır."* [6]

5941 sayılı Çek Kanunu'nda bu uygulamadan vazgeçilmiş ve Kanun metninde sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Karşılıksız çek keşide etme suçunun faili, Kanuna göre muhakkak ifade vermek durumundadır. Burada tartışılması gereken husus, sanık ifade vermeksizin kesinleşen karşılıksız çek keşide etme suçlarında, sanık lehine uyarlama yargılaması yapılıp yapılmayacağıdır. İnfaz Kanunu 98. maddeye göre *"mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa"* yeniden hüküm tesis etmek gerekir. Oysa

---

çekler nedeniyle sanık hakkında yaptırım uygulanmasına olanak kalmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması…nedeniyle hükmün bozulmasına…oy birliğiyle karar verilmiştir".

6 Aynı hüküm, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "sanığın yokluğunda duruşma" başlığı altında 195. maddede de düzenlenmiştir.

burada söz konusu olan usuli bir işlemdir ve yeniden hüküm tesis etmek gerekmemektedir.[7]

6. 5941 Sayılı Kanunda etkin pişmanlık

5941 Sayılı Çek Kanunun 6. maddesi uyarınca karşılıksız kalan çek bedelini yasal faizi ile birlikte ödeyenler için veya şikayete bağlı bir suç olduğundan şikayetten vazgeçilmesi halinde soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında davanın düşmesine, infaz aşamasında ise hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilmektedir.

Yapılan düzenleme ile, 3167 Sayılı Kanun'da yer alan karşılıksız çek keşide etme suçundan doğan tazminattan vazgeçilmiştir ancak temerrüt faizi uygulaması geçerliliğini sürdürmektedir.

7. Kanunun Geçici 2. maddesinin irdelenmesi

5941 Sayılı Çek Kanununun geçici 2. maddesi kısmi af niteliğindedir.[8] Bu maddeye göre suçun faili ve şikayetçi, gerek soruşturma gerek kovuşturma gerekse de infaz aşamasında belirledikleri miktarın belirli vadelerde ödenmesi hususunda anlaşmaya varma hakkına sahiplerdir. Böyle bir anlaşmaya varıldığı takdirde soruşturma veya kovuşturmanın durmasına, infazın ise ertelenmesine karar verilir. Anlaşmaya varılmış olması şikayetçi için feragat anlamını taşımamaktadır.

Taraflar arasında anlaşma olmasa dahi suçun faili borcunu iki yıl içerisinde ödeyeceğine dair bir taahhütname imzalayıp yetkili makama ibraz

---

7 Yargıtay 10. Ceza Dairesi 20.09.2010 tarih 2009/2057 E. 2010/8699 K. sayılı kararında bozma gerekçesi olarak şu ifadelere yer vermiştir: "Sanığın 5271 sayılı CMK'nın 195. maddesinde belirtilen açıklamayı içerir davetiyenin tebliğ edilmesi halinde, yokluğunda karar verilebileceği gözetilmeksizin, söz konusu maddede belirtilen açıklamayı içermeyen davetiyenin tebliği ile yetinilerek, yokluğunda karar verilmesi suretiyle, sanığın savunma hakkının kısıtlanmış olduğunun gözetilmemesi ve hükümden sonra yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu'na göre sanığın sorgusunun yapılmasında zorunluluk bulunması".

8 TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun 23. Dönem 4. Yasama Yılı Faaliyet Raporu'nda Yeni Çek Kanunu ile ilgili şu değerlendirmede bulunulmaktadır: "14/12/2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu ile, karşılıksız çek keşide etme suçunu işleyenlere yönelik kısmi af anlamına gelen düzenleme yapılmıştır. Bilindiği gibi Anayasa'nın 38'inci maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin IV nolu Protokolünde sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemekten dolayı hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Düzenleme her ne kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı tamamen kaldırmasa da, umut verici bir değişiklik olarak değerlendirilebilir".

ederse taraflar arasında bir anlaşma varmış gibi karar verilir. **(Bu taahhütname yalnızca 01.04.2010 tarihine kadar verilebilmekte idi)**. Ayrıca taahhütnamede suçun faili, borcunu yasal faizi ile birlikte iki yıl içinde ve ilk yıl borcunun en az 1/3'ünü ödeyeceğini taahhüt etmek zorundadır.

Taahhütnamenin verilmesi ile soruşturma ve kovuşturmada durma kararı verilmekte ve dava zamanaşımı işlememektedir. Hükmün infazı ise ertelenmekte, yine ceza zamanaşımı kesilmektedir.

Suçun faili tarafından anlaşmaya uyulur ise kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine; infaz aşamasında ise hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilmektedir.

Anlaşmaya uyulmadığı takdirde **şikayetçinin başvurusu üzerine** soruşturmaya, kovuşturmaya veya hükmün infazına devam edilir.

Suçun mağduru, iki yılı beklemeksizin, taahhütnamenin ilk yılının dolması ile birlikte kendisine ödenmesi gereken tutar kısmen veya tamamen ödenmediği takdirde mahkemeye başvurarak şikayetçi olabilmektedir.

Taahhütnamenin hukuki durumu hakkında belirsizlik mevcuttur. Özellikle infaz aşamasında, cezaevinde bu taahhütnameyi imzalayanların durumu ayrıca tartışılmalıdır. Türk Medeni Kanununun 407. maddesine göre:

"Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanır."

Türk Medeni Kanunun 16. maddesi uyarınca:

"Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler."

Kanundan da anlaşılacağı üzere, bir yıldan uzun bir süre hapis cezasına mahkum olmuş bir kişinin kanuni temsilcisinin izni olmadan borçlandırıcı bir işlem yapması halinde o işlem geçersiz sayılmaktadır. Taahhütnamenin borçlandırıcı bir işlem sayılmaması gerektiği, zaten var olan bir borcu bir nevi taksitlendirdiği, yeni bir borç doğurmadığı iddia edilebilir. Ancak taahhütnamenin bir borcu ortadan kaldırıp, yeni bir borç doğurduğunu, dolayısıyla borçlandırıcı bir işlem sayılması gerektiğini kabul etmek daha yerinde olacaktır. Kaldı ki, taahhütnamede borcun temerrüt faizinin de ödeneceği ayrıca yer almaktadır. Sırf bu nedenle dahi borçlandırıcı bir işlem olarak değerlendirmek gerekir. O halde cezaevinde taahhütname imzalayanların bu borçlandırıcı işlemleri de geçersiz sayılmalıdır.

Taahhütname ile ilgili tartışılması gereken bir diğer husus Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmediğidir. Anayasa'nın 48. maddesi "herkesin, dilediği

alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğunu" belirtmektedir. 5941 sayılı Çek Kanununun Geçici 2. maddesine göre karşılıksız çek keşide eden kişi, borcunu yasal faizi ile birlikte iki sene içinde ödeyeceğini taahhüt ettiği takdirde **alacaklı kişinin rızası aranmadan** yürümekte olan yasal prosedür durmaktadır. Başka bir deyişle, devlet iki kişi arasındaki borç ilişkisine müdahale etmekte, bir tarafa borcunu taksitlendirme imkanı tanımaktadır. Bir an için devletin iki kişinin arasındaki borç ilişkisine karışmadığı, karşılıksız çek keşide etme suçunun cezai müeyyidesi olan adli para cezasına karıştığı düşünülebilir. Ancak ödemenin alacaklı kişiye yapılacak olması nedeniyle söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 48. maddesine aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.

8. Adli Para Cezası

5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5/1. maddesi uyarınca karşılıksız işlemi yapılan her bir çekle ilgili olarak bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca adli para cezası, aksine hüküm bulunmayan hallerde beş günden az ve yedi yüz otuz günden fazla olmamak kaydı ile hükümlü tarafından Devlet Hazinesi'ne ödenmektedir.

Failin ekonomik durumu göz önüne alınarak bir gün karşılığı en az 20 TL en çok 100 TL olarak takdir edilmektedir. Hakim mahkum olunan adli para cezasının ödenmesi için bir yıldan çok olmamak üzere mehil verebilir ya da iki yılı geçmemek ve dörtten az olmamak üzere taksitler halinde ödenmesine karar verebilir. Ödenmeyen adli para cezası hapis cezasına çevrilmektedir.

5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5/1. maddesi, TCK'nun 52. maddesinin aksine bin beş yüz güne kadar adli para cezası öngörmektedir.

Adli para cezasının ödenmemesi halinde verilecek hapis cezası tazyik hapsidir. Bu nedenle hükümlü, para cezasını ödediği takdirde serbest bırakılacak, ödeme yapmaz ise belirlenen gün kadar hapis yatmaya devam edecektir. [9]

9. Sonuç ve Değerlendirme

Bankacılık sektörünün ve Kanun Koyucunun bir noktada uzlaşması gerekmektedir. İstenilen husus, hem çekin ticari hayatta kolaylıkla kullanılması hem de güvenli ve itibarlı bir vasıta olmasıdır. Oysa istenilen bu iki husus birbiriyle çelişmektedir. Çekin kolaylıkla kullanılabilmesi için yaygın-

---

9 YALTI, Başar, "5941 sayılı Yeni Çek Yasası", http://www.basaryalti.av.tr/makaleoku.aspx?id=63, (Son görüntülenme tarihi: 07.08. 2011).

laşması ve tacir tarafından rahatlıkla elde edilebilmesi gerekmektedir. Ancak bu durum, çekin itibarını ve güvenliğini zedelemektedir.

Karşılıksız çek keşide etme suçunun tüm tedbirlere karşın önlenememesi, kanun koyucunun yeni bir Çek Kanunu yapmasını gerektiren sebeplerden biridir.

Yaşanan hukuki problemlerin ilki mahkemelerin benzer durumlar karşısında vermiş oldukları farklı kararlardır. Bir fail yargılanmakta olduğu karşılıksız çek keşide etme suçundan beraat ederken, bir başka mahkemeden aynı durumda bulunan çeki için mahkum olabilmektedir.

Kuşkusuz hiçbir ilk derece mahkeme, bir diğer ilk derece mahkemenin kararıyla bağlı değildir. Ancak sıklıkla yaşanan bu taban tabana zıt kararlar toplumdaki adalet duygusunu zedelemektedir. Bu hususta çok kısa bir süre içerisinde Yargıtay'ımızın istikrarlı kararlar vererek bir içtihat yaratması gerekmektedir.[10]

---

[10] Şişli 11. Asliye Ceza Mahkemesi (İstanbul 34. Asliye Ceza Mahkemesi) "Öncelikle 5237 sayılı yeni TCK'nın özel kanunlarla ilişkisini düzenleyen 5. maddesinde "Bu kanunun hükümlerinin, özel kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı" hükme bağlanmıştır. TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki 5252 sayılı yasanın 5560 sayılı yasayla değişik geçici 1. maddesinde ise "Diğer kanunların. 5237 sayılı TCK'nın birinci kitabında (Genel Hükümler) yer alan düzenlemelere aykırı hükümlerin ilgili kanunlarda değişiklik yapılıncaya ve en geç 31.12.2008 tarihine kadar uygulanmasına devam edileceği" belirtilmek suretiyle 3167 sayılı yasanın**, TCK'nın genel hükümlerine** aykırılık içeren kısımları süreye tabi tutularak bu tarihten sonra aykırı düzenlemelerin artık uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir.
Yasama Organı tarafından birçok yasada TCK'nın genel hükümlerine uygun düzenleme yapıldığı halde, 31.12.2008 tarihine kadar 3167 sayılı çek yasası bakımından böyle bir düzenleme yapılmamıştır.
3167 sayılı yasa bakımından da 01/01/2009 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yasanın genel hükümleri içerisinde nisbi adli para cezası bulunmamaktadır. Oysa 3167 sayılı yasanın 16/1 maddesinde karşılıksız çek keşide etmek suçu için öngörülen ceza ise nisbi nitelikte adli para cazasıdır. Dolayısıyla söz konusu yaptırım TCK'nın genel hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.
5237 sayılı TCK'nın özel hükümlere ilişkin ikinci kitabında nisbi nitelikte adli para cezasını gerektiren suçlara (örneğin TCK 158/1-son) yer verilmiş olması, bu düzenleme özel hükümlerde yer aldığı için karşı örnek olarak ileri sürülmeyecektir. Çünkü 5252 sayılı yasanın geçici 1. maddesinde genel hükümlere aykırılıktan bahsedilmiş olduğundan ve yine TCK'nın 2/3 maddesine göre de kıyas yasağı bulunduğundan bu tür örnekler karşılıksız çek suçlarına nisbi para cezası verilmesine emsal teşkil etmeyecektir,
5941 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştirilen karşılıksız çek keşide etme eylemlerine TCK'nın genel hükümleri yürürlüğe girmemiş gibi 01.01.2009 tarihinden itibaren, çek bedeli kadar adli para cezası verilmesi, TCK'nın 5. maddesiyle 5252 sayılı yasanın geçici 1. maddesini anlamsız hale getirecektir. Bir başka deyişle ceza içeren diğer özel yasalar bakımından TCK'nın

genel hükümlerinin yürürlüğe girdiğini kabul edip, sadece 3167 sayılı yasa bakımından yürürlüğe girmediğini ileri sürmek böyle bir istisnai düzenleme olmadığı için mümkün değildir.
Ayrıca tüzel kişilere ceza verilemeyeceğine ilişkin lehe olan TCK'nın 20/2 maddesinin 01.01.2009 tarihinden itibaren 3167 sayılı yasa bakımından da geçerli olduğunu kabul edip, TCK'nın genel hükümlerinde yer alan diğer hususların ise 3167 sayılı çek yasası bakımından geçerli olmadığını ileri sürmek de kendi içinde tutarsızlık oluşturacak ve TCK ile 3167 sayılı yasanın genel nitelikteki hükümlerinin karma uygulamasına yol açacaktır.
3167 sayılı çek yasası bakımından da 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren ve genel hükümler içinde yer alan TCK'nın 52/3. maddesinde ise **adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarın kararda ayrı ayrı gösterileceği** belirtilmiş, dolayısıyla 3167 sayılı yasada olduğu gibi çek bedeline bağlı adli para cezası uygulaması son bulmuştur.
Ayrıca cezanın belirlenmesine ilişkin genel hükümlerde yer alan TCK'nın 61/8 maddesinde ise **adli para cezasında artırım ve indirim yapılırken hesaplamanın gün üzerinden yapılması öngörülmüştür.** Bu durumda çek miktarına bağlı olup gün hesabıyla tespiti mümkün olmayan karşılıksız çek suçuna ilişkin adli para cezasına örneğin TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenlerini uygulama imkanı da kalmamış ve sonuç olarak 3167 sayılı yasadaki yaptırım yasal süre içinde TCK'nın genel hükümlerine uygun hale getirilmediği için 01.01.2009 tarihinden itibaren zımnen yürürlükten kaldırılmıştır.
4814 Sayılı yasayla 3167 sayılı yasada değişiklik yapılmasından sonra her bir çek yaprağı ayrı suç oluşturduğundan karşılıksız çek keşide edenler hakkında teselsül hükümlerini uygulama imkanın kalmamış, ancak ceza içeren özel yasalar bakımından 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerindeki 43. maddeye göre lehe kanun uygulaması nedeniyle belirli şartların varlığı halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması tekrar mümkün hale gelmiştir. Bu durumda da gün hesabına göre tespiti mümkün olmayan 3167 sayılı yasadaki yaptırımı TCK'nın 61/8. maddesindeki düzenleme nedeniyle teselsülden dolayı arttırma imkanı kalmamıştır.
Ayrıca yürürlüğe giren TCK'nın genel hükümleri karşısında, karşılıksız çek keşide etmek suçları yönünden tekerrür, şikayetten vazgeçme, çek hesabı açtırmaktan yasaklanmaya ilişkin 3167 sayılı yasadaki düzenlemeler de TCK'nın genel hükümlerine aykırı hale gelmiştir.
3167 Sayılı yasanın 16/1 maddesindeki cezanın miktarına ilişkin 'çek bedeli tutarı kadar' ibaresi, TCK'nın yürürlüğe giren genel hükümleri karşısında zımmen yürürlükten kalktığından madde karşılıksız çek keşide edenlerin adli para cezası ile cezalandırılacakları şekline dönüşmüştür. Bu durumda ise TCK'nın 52. maddesine giderek yaptırımı belirlemek imkanı da kalmamıştır. Çünkü genel düzenleme içinde yer alan ve cezaların sınırlarını gösteren maddeler, suç olarak kabul edilen eylemlere yaptırım olsun diye değil, sadece cezaların alt ve üst sınırlarını belirtmek amacıyla konulmuş hükümlerdir. Benzer durum 4814 sayılı yasaya yapılan değişiklikten önce, bu tür suçlar hapis cezasını gerektirirken söz konusu olsaydı o zaman TCK'nın genel hükümlerinde yer alan 49. maddeye giderek karşılıksız çek keşide edenlere 1 aydan 20 yıla kadar hapis cezası verilmesi ve buna bağlı olarak görevsizlik kararı verilip dosyasının Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesi mi kabul edilecekti?
Anayasanın 38. maddesinde ifadesini bulan "suçtan ve cezada kanunilik " ilke-

Bir diğer problem ise usul hukuku yönünden yaşanmakta, taahhütname ibraz edilen dosyalar ile ilgili mahkemelerin gerekli kararları vermemesinden kaynaklanmaktadır. Yukarıda da arz ettiğimiz gibi, süresi içinde usulüne uygun ibraz edilen taahhütnameler karşısında mahkemelerin durma kararı vermesi gerekir. Ancak, birçok mahkeme, duruşmalar arasında uzun bir süre olması nedeniyle ilk taahhüdün yerine getirilmeme ihtimalini göz önüne alarak durma kararı vermemiştir. Karar vermek yerine müştekiye davetiye çağırarak taahhüdün yerine getirilip getirilmediği hususunu sormayı tercih etmiştir. İlk bakışta bu uygulama usul ekonomisi ya da pratik bir çözüm olarak görülebilir, lakin durma kararı vermek, daha sonra taahhüdün yerine getirilmemesi halinde şikayet üzerine yeniden karar vermek meşakkatli bir işlem olarak düşünülebilir. Ancak Kanunda açıkça yer alan hükmü uygula-

---

sinin doğal sonucu olarak, yasama organı suç olarak benimsendiği bir eylemin cezasının türünü ve miktarını ilgili maddede belirtmek durumumdadır. Zaten bu nedenle ceza kanunlarında her bir suç yönünden ilgili maddede cezanın türü ve sınırları gösterilmiş, genel hükümler içinde yer alıp cezanın sınırlarını gösteren maddelerle yerinmek yolu benimsenmemiştir. Çünkü hangi eylemin kamu düzenini daha çok bozduğu ve bu nedenle daha fazla cezalandırılması gerektiği konusundaki tercih, suç ve ceza siyasetiyle ilgili olup siyasi sorumluluğu gerektiren ve Yasama Organının mutlak takdirinde olan bir husustur. Ancak bu durumun, belirli bir ceza makası aralığında cezanın bireyselleştirilmesi için mahkemeye tanınan takdir hakkıyla karıştırılmaması gerekmektedir.

31.12.2008 Tarihine kadar karşılıksız çek keşide edenlere çek bedeli kadar adli para cezası verilmesinin o dönem için yasaya uygun olduğu ve dolayısıyla infazının gerektiği ileri sürülebilir ise de bu tarihten sonra gün hesabına göre adli para cezası belirtmek zorunlu hale gelmiş ve buna uygun bir düzenleme yapılmadığı için de eylemin yaptırımsız kaldığı sonucuna varılmış, dolayısıyla meydana gelen ve lehe olan bu durumdan henüz cezaları infaz edilmeyen kişilerinde yararlanması yolu açılmıştır.

5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine uygun hale getirilmediği için yaptırımsız kalan ve suç olmaktan çıkan, 5941 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 20/12/2009 tarihinden önce gerçekleştirilen karşılıksız çek keşide etmek eylemlerini, 5941 sayılı yeni çek yasasının geçici 1 ve 2 maddeleri de açıkça suç olarak düzenlememiş, zaten oluşan bu boşluğun geçmişe yürür şekilde 5941 sayılı yasayla doldurulup 3167 sayılı yasanın 16. maddesindeki suçun yeniden ihya edildiğini kabul etmek de Anayasa'nın 38/1. maddesi karşısında mümkün görülmemiştir.

Sonuç olarak karşılıksız çek keşide etmek suçu için 3167 sayılı yasada öngörülen yaptırımda, 31.12.2008 tarihine kadar TCK'nın genel hükümlerine uygun bir düzenleme yapılmadığından 3167 sayılı yasadaki mevcut yaptırımı fiilen uygulama imkanının kalmadığı, ayrıca ceza miktarını TCK'nın 52. maddesine göre tayin imkanı da olmadığı, dolayısıyla çek yasasındaki mevcut yaptırımın zımnen yürürlükten kalktığı sonucuna varılmış, yaptırımı kalmayan bir eylemi de suç olarak kabul etmek mümkün olmadığı için aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir." gerekçesiyle tüm karşılıksız çek keşide etme suçları için BERAAT kararı vermektedir.

Diğer taraftan, birçok mahkeme yalnızca ibraz tarihinden önce bankaya ibraz edilerek karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerle ilgili olarak beraat kararı vermektedir.

mamak birçok probleme sebebiyet vermektedir. Öncelikle, bu tutum mahkemenin tarafsızlığını zedelemektedir. Çünkü; mahkeme durma kararı vermiş olsa müşteki yeniden şikayetçi olmak durumunda kalacaktır ki Kanunun gereği budur. Aksi uygulamada, müşteki davet edilerek şüpheli ya da sanık aleyhine hareket edilmekte, hatta müşteki için keyfi bir hak olan şikayet hakkına müdahale edilmektedir.

5941 Sayılı Çek Kanunu genel olarak değerlendirildiğinde, değişikliği gerekli kılan sebeplerin yerinde olduğu, ancak yapılan değişikliklerin öngörüleri karşılamadığı düşüncesi ağır basmaktadır.

Organ ve Doku Ticareti Suçu

*Serdar MERMUT**

GİRİŞ

İnsan hayatı ve vücut bütünlüğü, ceza hukuku tarafından korunan değerlerin başında gelmektedir. Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku ticaretinin suç olarak tanımlanması ile korunmak istenilen hukuksal yarar, kişilerin en temel hakları olan ve Anayasanın 15/2 ve 17/2. maddelerinde güvence altına alınan yaşama hakkı ve buna bağlı olarak vücut bütünlüğünün korunması olarak ortaya çıkar. Bu bakımdan yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişinin irade hürriyeti ve insan onuru Türk Ceza Kanunu ile koruma altına alınmıştır. Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alınması, ölenin yakınlarının şahsiyet haklarını ihlal eden bir eylem olması nedeniyle bu haksızlık içeriğinden dolayı suç olarak tanımlanmıştır.[1]

Yaşama hakkı ve vücut bütünlüğünün yanında kişinin irade hürriyeti de bu suçlar ile korunmak istenmiştir. Gerek halen yürürlükte olan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da (ONHK) gerekse Türk Ceza Kanunu'nda kişinin aydınlatılmış rızası ön plana çıkarılmıştır. İnsan onuru da korunan hukuksal yarar olarak amaçlanmıştır. İnsan onuru bu gün kültürler arası ve ulusal toplumsal değerler üstü bir nitelik taşımaktadır. Son olarak, kişilerin ekonomik çaresizliği de engellenmek istenmiştir.[2]

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. Organ ve Doku Naklinin Tanımı

Organ, vücudun, belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, uzuv olarak adlandırılmıştır. Doku ise vücudun veya bir

---

* Avukat, İstanbul Barosu.

1 **KANICI**, Murat, Organ ve Doku Nakli Amaçlı Organ Temininde Yaşanan Zorluklar, Yasal Sıkıntılar, Bu Kapsamda Ortaya Çıkan Suçlar, İstanbul, 2009, s. 35, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

2 **KANICI**, a.g.e., s. 35.

organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü olarak tanımlanmıştır.[3]

Konu ile ilgili ONHK'da[4] ayrıntılı bir tanımlama yapılmamakla beraber, Kanunun "Kapsam" başlıklı ikinci maddesinde Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminin "insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları" olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak kapsam maddesinin hemen ikinci fıkrasında kanun kapsamındaki işlemlere istisnai bazı ameliyeler getirilmiş ve oto-grefler[5], saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonunun[6] bu kanun hükümlerine tabi olmadığı ifade edilmiştir.

Ayrıca Medeni Kanunu'n 23. maddesinde "insan kökenli biyolojik madde" teriminden de bahsedilmektedir ki, bu terimin organ ve doku tanımlarından daha geniş bir alanı kapsadığı ve yine kavram birliğini sağladığı belirtilerek kullanılmasının daha doğru olacağı belirtilmektedir.[7]

Bu kapsamda insan kökenli biyolojik madde nakli[8], basit bir tanımla bir vericiden bir alıcıya organ veya dokunun nakledilmesidir. Daha kapsamlı bir açıklama ile organ nakli, yaşayan veya ölü bir insandan bir başkasına veya insanın kendi vücudundan yine kendisine, hücre, doku ya da organ aktarılması olarak tanımlanabilir.[9] Ancak nakil kapsamı içerisinde biyolojik maddenin alınması, aşılanması ve saklanması da yer almaktadır. Nitekim Kanunun 1. maddesinde organ ve doku alınmasından, saklanmasından, aşılanmasından bahsedilmektedir. Bu bağlamda teşhis amacıyla yapılacak biyopsi işlemleri de bu kanunun kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak uygulamada gözlemlenen biyopsi işleminin bu kanun kapsamında değerlendirilmediğidir.[10]

Nakil kavramı içerisinde ortaya çıkan diğer bir belirleme de bu işlemlerin hangi amaçla yapılacağına ilişkindir. Kanunun 1. maddesinde yukarıda

---

3 www.tdk.gov.tr (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

4 3 Haziran 1979 tarih ve 16655 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 29 Mayıs 1979 tarih ve 2238 sayılı Kanun.

5 Aynı kişiden bir başka bölgesinden alınıp başka bir bölgeye aktarılan doku.

6 Kan veya bir kan ürününün doğrudan bir canlının dolaşım sistemine verilmesidir. http://tr.wikipedia.org/wiki/Kan_nakli (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

7 **AKINCI**, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, 1996, s. 13.

8 Çalışmamızın dar kapsamlı oluşu ve diğer bazı biyolojik maddelere ilişkin bölümleri kapsamaması sebebiyle "organ nakli" terimi kullanılacaktır.

9 **AKINCI**, a.g.e., s. 1.

10 **VATANOĞLU**, Emine Elif, Türkiye'de Yasal Ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 27.

belirttiğimiz işlemlerin tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yapılması halinde belirtilen kanun kapsamında olacağı hüküm altına alınmış, 3. maddede de, bir bedel veya başkaca bir çıkar karşılığı bu işlemlerin yapılmasının yasak olduğu belirtilmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 11. maddesi "tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir deney yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki ve biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez" hükmünü getirmektedir. Bu bakımdan kişiyi kobay olarak kullanmaya yönelik olan ve tedavi amacı taşımayan bilimsel amaçlı girişimleri kişilik haklarına saldırı kabul etmek gerekmektedir.[11]

Organ ve doku naklinde yapılan işlemin hukuka veya ahlaka aykırılığı konusu ancak kendisinden organ alınan kişi açısından gündeme gelebilecektir. Buna karşılık, kendisine organ nakledilen kişi bakımından ortada açık bir iyileştirme amacı bulunduğundan, işlemin bu bölümü tamamen tıbbi müdahalelerin genel koşullarına tabi bulunacaktır. Bir kişiden organ alınması ise, bedensel bütünlüğe yönelik doğrudan, ağır ve geri dönülemez sonuçlar doğuran bir eylem olduğundan, kural olarak ağır müessir fiil olarak görülmesi ve bu değerin kişinin tasarruf alanı dışında bulunduğu gerekçesi ile hukuka aykırı sayılması gerekmektedir. Ancak bu eylem, organ alıcısının yaşamının veya sağlığının kurtarılması için gerçekleştirildiğinde, iki bireyin fiziksel bütünlüğü birlikte ele alınmakta ve bu işlemin iyileştirici niteliğinin organ vericisi açısından da kabul edilmesini sağlamaktadır. Bu durum, Türk öğretisinde "…organlarından birinin alınmasına, transplantasyon zorunluluğu ve bir yasamın kurtarılması için rıza gösteren kişi, burada toplum yararına ve düzenine aykırı hareket etmiş değildir" seklinde ifade edilmiştir.[12]

Organ ve doku nakilleri, vericinin iyileşmesine yönelik olmadığından, bu gibi durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün en geniş kapsamla ele alınması gerekmektedir. Zira yapılan operasyonunun niteliği gereği vericinin tüm yönleriyle bilgilendirilmesi ve olabilecek tüm sonuçlar konusunda bilgi sahibi olması gerekmektedir. Vericinin kararını etkileyebilecek her şey bildirilmeli ve hiçbir şey saklanmamalıdır. Buna karşılık organ alıcısında aydınlatma yükümlülüğü olağan sınırlar içinde geçerli olabilecek ve müdahalenin acilliği ya da hastanın psikolojik durumu gibi nedenlerle sınırlanabilecektir.[13]

İmmünoloji (Tıbbın bağışıklık ve farklı organizmaların bağışıklık sistemleri ile ilgilenen alt dalı) ve cerrahideki gelişmelere bağlı olarak doku ve

---

11 **VATANOĞLU**, a.g.e., s. 28.

12 **VATANOĞLU**, a.g.e., s. 16.

13 **VATANOĞLU**, a.g.e., s. 22.

organ naklinde ilerlemeler sağlanmış ve günümüz tıbbında önemli bir tedavi şekli olarak yerini almıştır.

Organ nakli aynı insan üzerinde ve alıcı-vericinin farklı olduğu kişiler üzerinde olmak üzere iki ana başlık altında ele alınabilir. Yine alıcı ve vericinin farklı olduğu nakiller de, ölü vericiden ve canlı vericiden olmak üzere ayrılabilir.

2238 sayılı Kanun'un 2/2. maddesinde yer alan düzenleme alıcı ve vericinin aynı kişi olduğu durumlarda, diğer bir anlatımla bir insanın vücudunun belli bir bölümünden elde edilen doku, organ veya hücrenin yine aynı insanın vücudunun başka bir bölümün naklinin yani "ototransplantasyon"un söz konusu olduğu durumlarda bu kanun hükümlerinin uygulanamayacağını ortaya koymaktadır.[14]

TCK'nın 91. maddesinin baslığı organ ve doku ticareti olarak belirlenmişse de, madde başlığı içerisinde tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasına dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Ancak madde metni incelendiğinde organ ticaretinin yanı sıra organ alım ve muhafazası da cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, baslığın madde metni ile uyuşmadığını belirtmek gerekmektedir.[15]

Bu tanımlar ve belirlemeler çerçevesinde öncelikle mukayeseli hukukta bazı düzenlemeleri belirttikten sonra, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde yer alan Organ veya Doku Ticareti suçunu unsurları yönünden ele alacağız.

II. Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler:

1. Amerika Birleşik Devletleri:

ABD'de organ nakli, ulusal bulgularla ilişkili uluslarüstü bir suç olarak düzenlenmiştir Kamu Sağlığı'na ilişkin düzenlemenin 42. maddesinde, insan organının ticari amaçla (para karşılığında) nakledilmesinin yasak olduğu, buna aykırı işlemler halinde failin 50.000 $ ve/veya 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir[16]

---

14 **ÖZGÜL**, Mehmet Emin, Yeni Tıbbı Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010, s. 106.

15 **AYDIN**, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Konya, 2008, s. 147.

16 Title 42, The Public Health And Welfare, Chapter 6a, Subchapter II, Part H, § 274e. Prohibition Of Organ Purchases, a – b. http://www.law.cornell.edu/uscode/42/usc_sec_42_00000274---e000-.html (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

2. Singapur:

Singapur'daki düzenlemede neticenin meydana gelip gelmemesine göre bir ayırım yapılmış ve buna göre cezaların miktarı belirlenmiştir. Kişinin, organını belirli bir değer üzerinden satmak konusunda anlaşması veya organın satın alınması konusunda verici ile anlaşma sağlanması ve fakat buna ilişkin işlemlerin yapılmaması halinde, fail 12 aya kadar hapis cezası ve/veya 10.000 Singapur Doları Para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Kişinin organını satması veya bir başkasının organ satın alması ve buna ilişkin ameliyelerin tamamlanması halinde ise fail, 10 yıla kadar hapis cezası veya 100.000 Singapur Doları Para cezası ile cezalandırılmaktadır.[17]

3. Birleşik Krallık:

Birleşik Krallık'ta, söz konusu maddenin daha ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Buna göre insani materyaller (doku, organ, kan vb) üzerine ticari bir anlaşma yapılması, para veya ödül konması ve ilan veya reklam verilmesi hallerinde fail, 3 yıla kadar hapis cezası ve/veya para cezası ile cezalandırılmaktadır. [18]

4. Macaristan:

Macaristan Ceza Kanunu/nda İnsan Vücudunun Yasadışı Kullanımı başlıklı 173/I – 1, 2, 3. maddelere göre, organını (gen, doku, organ, kadavra vb.) satan, kazanç elde eden kişi 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Fiilin sağlık çalışanı tarafından işlenmesi halinde cezanın 5 yıla kadar çıkabileceği belirtilmektedir. Yine fiilin bir işletme haline dönmesi ya da bir gizli anlaşma/organizasyon içerisinde olması durumunda da 2 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası verilebileceği hüküm altına alınmıştır.[19]

---

17 Human Organ Transplant Act, Chapter 131a, Part IV, Prohibition Of Trading In Organs And Blood Buying Or Selling Of Organs Or Blood Prohibited And Void, 14 – 1, 2, 2a. http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-131A&doctitle=HUMAN%20ORGAN%20TRANSPLANT%20ACT%0a&date=latest&method=part&sl=1 (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

18 Human Tissue Act 2004, Section 32. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/section/32 (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

19 Act IV of 1978 on the Criminal Code. http://legislationline.org/download/action/download/id/1679/file/84d98ff3242b74e606dcb1da83aa.pdf (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

5. Fransa:

Fransa Ceza Kanunu'nun 511. maddesinde, başkasının organından (organ, doku, hücre) ödeme karşılığı yarar sağlama ya da aracı olma durumunda 5 yıla kadar hapis cezası ve 75.000 € para cezası öngörülmektedir. Ayrıca organları ithal ya da ihraç eden kişinin ise 5 yıla kadar hapis cezası ve 30.000€ para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.[20]

İKİNCİ BÖLÜM

I. ORGAN VE DOKU TİCARETİ SUÇU:

1. Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın organ veya doku alınması

(91/1. Madde)[21]

TCK 91/1. maddesinde düzenlenen bu suçta, "hukuken geçerli olmayan rızaya" dayalı olarak organ veya doku alan kişinin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Hukuka aykırı olarak alınan biyolojik maddenin organ veya doku olması durumunda faile verilecek ceza değişmekte ise de maddi unsur yönünden bir farklılık olmaması sebebiyle organ ve doku alma fiili birlikte değerlendirilecektir.

Fıkra içerisinde ortaya çıkan unsurlar, "rıza" ve "alma" halleridir. Her iki başlığında ayrı ayrı ele alınması konunun anlaşılabilmesi ve uygulanabilirliği bakımından önem taşımaktadır.

A- Rıza

91/1. maddede yazılı fiili suç olmaktan çıkartan unsur, hukuken geçerli olan rızadır. Açıklanan rızanın hukuken hangi koşullarda geçerli olacağı ile ilgili olan bu konu 2238 sayılı Kanunda düzenlenmiştir.

Madde metninde yer alan "rıza"nın tespiti bakımından ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Zira, söz konusu organ veya dokunun ölüden veya yaşanan kişiden alınması halinde rızanın kimden ve nasıl alınacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Yaşayan bir kişiden organ veya doku alınabilmesi açı-

---

20 Penal Code. http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

21 Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

sından önemli olan husus böyle bir irade beyanında bulunmaya yetkili olup olmadığına ve gösterilen rızanın geçerliliğine bağlıdır. Aynı durum ölüden alınacak organ ve doku alınması halinde de ortaya çıkacaktır.

Yaşayan kişinin rızasına ilişkin şartları iki başlık altında toplamak gerekmektedir. Buna göre vericiye ve sağlık kuruluşuna ilişkin şartları ayrı ayrı belirtmek yerinde olacaktır.

a- Yaşayan Vericiye İlişkin Şartlar

Yaşayan bir vericiden organ veya doku alınabilmesi için **birinci şart,** kişinin rızasıdır. Kanunun kapsamı dikkate alındığında, kişinin rızasının geçerli olabilmesi için öncelikle kişinin 18 yaşından büyük ve mümeyyiz olması gerekmektedir. 2238 sayılı Kanunun 5. maddesinde bu yönde açık bir hüküm bulunmakta, onsekiz yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kişiden organ ve doku alınması yasaklanmaktadır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, kişi, mümeyyiz olsa bile 18 yaşını doldurmamış ise nakil yasaktır. Yine kişinin 18 yaşını doldurmuş ancak akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri bir sebeple akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olması durumunda da mümeyyiz olma şartı gerçekleşmediği için alınan rıza hukuken geçersiz olacaktır.[22]

Rızanın geçerli olabilmesi için **ikinci şart,** alınacak organın, alındığı takdirde vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye düşürecek nitelikte olmamasıdır. 2238 sayılı Kanunun 8. maddesinde bu şarta yer verilmiştir.[23] Söz konusu organın verilmesinden sonra vericinin hayatta kalma şansı az ise, bu durumda ölçülülük ilkesine aykırılık hali söz konusu olacaktır. Bir başka ifade ile alıcı için beklenen fayda ile vericinin uğrayacağı zarar arasında büyük bir orantısızlık varsa ve yapılan müdahale bu açıdan önemsenmeyecek durumda değilse geçerli bir rızadan bahsedilemeyecektir.[24]

Rızanın geçerliliği bakımından **diğer bir şart,** bilgi verme ve konunun bilinip bilinmediğine ilişkin araştırma yükümlülüğüdür. 2238 sayılı Kanunun 7. maddesi ile hekimlere vericiyi bilgilendirme ve aydınlatma sorumluluğu getirilmektedir. Maddeye göre, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ve buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçlar hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Maddede yer alan

---

22 **YAŞAR**, Osman **- GÖKCAN**, Hasan Tahsin - **ARTUÇ**, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, c. III, Ankara, 2010, s. 3130.

23 Madde 8: "Vericinin yaşamının mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır."

24 Atıflar ve ayrıntılı açıklama için bkz. **AKINCI**, a.g.e., s. 172.

"uygun bir biçimde ve ayrıntıda" ifadesi tam bir açıklık taşımaması bakımından sorun teşkil edebilecek bir özelliğe sahip bulunmaktadır. Maddenin b fıkrasında yine bilgilendirme yükümlülüğü altında alıcının sağlayacağı yararlarının da vericiye bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Hekimin bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü, vericiyi operasyon hakkında aydınlatmaya yöneliktir. Vericinin organının alınmasında hukuken geçerli bir rızasından söz edebilmek için, hastanın hekim tarafından, hem 2238 sayılı kanundaki ve hem de diğer yasalardaki sekliyle aydınlatılması gerekir. Aydınlatma, resmi ehliyetli kişilerden hekimin, hastasına, gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve risklerinin yanı sıra; böyle bir tıbbi müdahale gerçekleştirilmediği taktirde, onu, tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirecek bilgilerle donatmasıdır[25]

Aydınlatma yükümlülüğü şartı altında belirtilmesi gereken bir unsur da organ veya doku verenin alıcıya sağlayacağı yararlar altında vericinin aydınlatılmasıdır. Buna göre verici, özellikle söz konusu nakilden sonra alıcının ne durumda olacağı, sağlıklı olup olmayacağı, nakil işleminin faydasının ne olacağı konusunda bilgilendirilmelidir.

Nakil yapılmadan alıcı ve verici üzerinde tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması, ayrıca, naklin yapılabilmesi için gerekli olurluluk raporunun hekim tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun olurluluk raporunun hangi hekim tarafından saptanacağı hususunda herhangi bir açıklılık getirmemiştir. Doktrinde ağır basan görüşe göre, olurluluk raporu nakli gerçekleştirecek olan hekim tarafından düzenlenmesi, hangi hekimin sorumluluğuna gidilebileceği açısından uygun olacaktır[26].

Bu başlık altında üzerinde önemle durulması gereken ve belki de en çok tartışılan fıkra, vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin organ veya doku verileceği konusunda haberinin olup olmadığının araştırılması ve bu durumun bir tutanakla tespit edilmesidir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, organ veya dokunun verilmesi konusunda vericinin rızasının olup olmadığı değil, bu konudan haberdar olup olmadığı araştırılmaktadır. Vericinin eşinin rızasının bulunup bulunmadığının bu madde yönünden bir önemi bulunmamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi vericinin eşinin haberdar olması veya haberdar olmaması halinde de bu halin araştırılıp araştırılmadığı hususunun tutanakla tespit edilip edilmediği hukuken geçerli rıza için belirlenmesi gereken noktadır. Buradaki yükümlülük bir ihbar yükümlülü-

---

25 **VATANOĞLU**, a.g.e., s. 34.

26 **VATANOĞLU**, a.g.e., s. 36.

ğüdür.[27] Kanunun 7/d fıkrasında vericinin eşinin verme kararından haberdar olup olmadığının araştırılması ve "öğrendiğinin" bir tutanakla tespit edilmesi gerekliliğinden bahsedilmesi karşısında, vericinin eşinin bu durumdan haberinin olmaması karşısında organ ve doku alınmaması gerekmektedir.[28]

Bu fıkra bakımından tespit edilmesi gereken diğer bir husus, "birlikte yaşadığı eş" ifadesinin tanımlanmasıdır. Buna göre tarafların evli olmalarına rağmen, hukuken boşanmamış olmaları durumunda ayrı yaşayan eşin rızasının alınıp alınmayacağı konusu çözümü gerektirmektedir. Doktrinde her ne sebeple olursa olsun karı-koca birlikte yaşamıyorlarsa artık diğer eşin bu konuda bilgisinin araştırılmaması gerektiği belirtilmiştir.[29] Ancak he ne kadar kanun maddesinde birlikte yaşayan eş tabiri kullanılmışsa da taraflar arasında Medeni Kanunun aradığı anlamda bir boşanma durumu söz konusu değilse, bu durumda da ayrı yaşayan eşin bilgilendirilmesi ve bu durumun tutanakla tespiti gerekmektedir. Zira kanunun evlilik birliğine bağladığı sonuçlar bakımından vericinin durumu önem taşımaktadır.

Kanunun 7. maddesinin, nakil işlemini yapacak hekimlere getirdiği yükümlülüklerden biri de akıl ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ veya dokuları almayı reddetmektir.

Maddenin "c" fıkrasında yer alan bu yükümlülüğe ek olarak e fıkrasıyla getirilen diğer bir yükümlülük hekimlerin bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ veya dokuyu almamaktır.

Maddenin f fıkrasında da belirli durumlar dışında alıcının ve vericinin adlarının açıklanmaması yükümlülüğü söz konusudur. Eğer kişiler arasında kan ve sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişki söz konusu değilse alıcı ve vericinin adları açıklanamayacaktır.

Rıza bakımından **en önemli şartlardan** bir diğeri ise, irade beyanın şekline ilişkin olanıdır. İlgili kişinin şekle uygun olarak rızasının alınmış olması gerekmektedir. 2238 sayılı Kanunun "Muvafakat" başlıklı 6.maddesinde aynen şu hükme yer verilmiştir:

---

27 **YAŞAR – GÖKCAN - ARTUÇ,** s. 3130.

28 Aynı görüş için bkz. **AKÜNAL**, Teoman, "2238 sayılı Organ ve Doku alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakil hakkında Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk hukukundaki yeni Gelişmeler, V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, 1983, s. 21."

29 **AKINCI**, a.g.e., s. 1852.

"Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur."

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, öncelikle organ ve doku nakline ilişkin rızanın bu işlemlerden önce verilmesi gerekmektedir. Bu işlemler sırasında veya sonradan verilen rıza rızayı geçerli hale getirmeyecektir. Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan vericinin bilincinin yerinde olması, her türlü etkiden uzakta bulunması, herhangi bir şekilde tesir altında bulunmaması gerekmektedir.

İradenin herhangi bir baskı altında verilmemiş olmasının tespiti büyük önem taşımaktadır. Bu durumun çok net bir biçimde tespit edilmesi ve buna göre hareket edilmesi gerekmektedir. Zira vericilerin bir çoğunun bu tür durumlarda farklı sebeplerle organ veya dokularını verdikleri ve bu durumun ancak yapılan bir soruşturmada ortaya çıktığı görülmektedir.

Vericinin rızasını iki tanık huzurunda önce sözlü olarak beyan etmesi sonra buna ilişkin tutanağı imzalaması gerekmektedir. Vericiye bu şekilde önce sözlü beyanda bulunması şeklindeki bir imkanın tanınması okuma yazma bilmeyen kişiler bakımından büyük bir kolaylık sağlamaktadır. Her ne kadar kanun irade beyanına ilişkin tutanağın imzalanması gerektiğini belirtmişse de, okuma yazma bilmeyen veya imza atamayan kişiler bakımından söz konusu tutanağa parmak basılması halinde de beyanın geçerli olduğunu kabul etmek doğru olacaktır. Aksi halde belirtilen özellikteki kişilerin bu yöndeki arzu ve fedakarlıklarının önü kesilmiş olacaktır ki, bu durum da kanunun amacına aykırı bir durum teşkil edecektir.[30]

Söz konusu tutanağın imzalanmasından sonra, tutanağın hekim tarafından onaylanması zorunluluğu bulunmaktadır. Söz konusu tutanağın hekim huzurunda imzalanıp imzalanmayacağı, yine tutanak imzalandıktan sonra hekimin onay vermesinin yeterli olup olmayacağı hususları madde metninden tam olarak anlaşılamamaktadır. Ancak vericinin beyanının ve yine rızasının sıkı şartlara bağlanmış olması karşısında, söz konusu beyanın iki tanık huzurunda bir doktorun hazır olduğu halde tutanağa geçirilmesi gerekmektedir. Aksini kabul etmek vericiyi koruma amacı taşıyan maddenin içeriğine ters bir yaklaşım olacaktır. Bu bakımdan iki tanık huzurunda beyan edilen ve yine imzalanan tutanağın hekimin gözetiminde yapılması gerekmektedir.

---

30 **AKINCI**, a.g.e., s. 182**.**

b- Nakil İşlemini Yapacak Olan Sağlık Kuruluşuna İlişkin Şartlar

2238 sayılı Kanunun 10. maddesinde organ nakli yapılacak kurumun bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Kanun metni içerisindeki bu genel belirlemenin ayrıntıları Organ Nakli Merkezleri Yönergesi'nde belirtilmiştir.[31] Bu yönergeye göre Kalp, Kalp-Akciğer ve Homogreft, Akciğer, Karaciğer ve Böbrek nakil merkezleri için ayrı ayrı şartlar belirtilmiş ve her merkezde olması gerekenler ayrı ayrı tespit edilmiştir. Yönergenin 17. maddesine göre organ nakli merkezlerinin kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından, bunlara ait genel ve özel hastaneler bünyesinde bir ünite biçiminde kurulabileceği, bu merkezlerin faaliyete geçebilmesi için Bakanlıktan açılma izin belgesi alınması zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

B- Organ Alma

TCK'nın 91/1. fıkrasında tanımlanan suçun hareket öğesi "alma"dır. Serbest hareketli bir suç tipi olması sebebiyle alma fiilinin nasıl gerçekleştirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır.[32] Burada önemli olan husus, izinsiz ve rıza olmaksızın organ veya dokunun alınmasıdır. Kanun koyucu organ ve doku alınması bakımından bir ayırım gözetmiş ve doku alınması halini daha az cezai yaptırıma bağlamıştır. Kanun koyucunun bu yaklaşımını yerinde olduğu, zira dokunun kendini yenileyerek oluşabileceği, ancak organ bakımından böyle bir durumun olmadığı ifade edilmiştir.[33]

91/1. maddedeki suç, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanunun aradığı rızaya dayalı olmaksızın organ veya dokunu alınması halinde oluşacaktır. Yukarıda I no'lu başlık altında hukuken geçerli bir rızanın şartlarının neler olduğu, hangi şartlarda geçerli rızadan bahsedileceğini tüm yönleriyle belirtilmiştir. Bu kapsamda hukuken geçerli olmayan rıza ile organ ve doku alınması halinde 91/1. maddedeki suç oluşacaktır.

Fiili suç olmaktan çıkaran rızanın hukuken geçerli olabilmesi için yukarıda ortaya koyduğumuz gibi geçerli bir rıza olması gerekir. Dolayısıyla kanunda belirtilen şartlara aykırı olarak elde edilen rıza ile "alma" filinin gerçekleştirilmesi halinde suç tamamlanmış olacaktır.

---

31 Yönerge için bkz. http://www.saglik.gov.tr/TR/dosya/1-71976/h/organnakliyonerge.doc (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

32 **YAŞAR – GÖKCAN - ARTUÇ**, a.g.e., s. 3131.

33 **YAŞAR – GÖKCAN - ARTUÇ**, a.g.e., s. 3131.

2. Hukuka Aykırı Olarak Ölüden Organ Ve Doku Alınması

(91/2. madde)[34]

Maddenin 1. fıkrasında yaşayan kişiden rıza almadan organ ve doku alınması düzenlenmişken, ikinci fıkrada ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınmasına ilişkin hükme yer verilmiştir. Hukuka aykırılık ise Organ ve Doku Nakli Kanunu çerçevesinde belirlenecektir. Doktrinde hukuka aykırı olarak ifadesi, tam bir belirlilik içermediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Örneğin Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 12. maddesi "Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, asılanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır" hükmünü içermektedir bu yasağa aykırı davranılması durumunda hekim TCK m.91/2 gereğince cezalandırılabilip cezalandırılamayacağı sorusu ile karşı karşıya kalınabilir. Bu durumda kanun hükmü ele alındığında organ veya dokunun alınmasını, saklanmasını, asılanmasını ve naklini gerçekleştirecek hekimin ölüm halini saptayacak hekimler kurulunda yer alması durumunda cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşılacaktır. Ancak hakim burada tipik olan bir eylemi önemsiz hareket olarak değerlendirip cezalandırmayabilecektir.[35]

Bu konuda, ONHK.m. 14'de/I'de "*Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Birinci fıkrada olduğu gibi burada da önem teşkil eden husus "rıza"dır.

Ölüden alınacak organ ve dokuda vericinin ölmeden önceki beyanı ile öldükten sonra yakınlarının irade beyanlarının suçun oluşumu bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu beyanın ölmeden önce verilmesi ile ilgili şartlar ayrı ve daha sıkı iken, öldükten sonra ölünün yakınlarından alınacak beyanın daha farklı ve bağlanan şartlar bakımından bu sıkılığın olmadığını belirtmek gerekmektedir.

Ölü ile ilgili yapılacak işlemler ile ilgili rızayı iki başlık altında değerlendirmek gerekmektedir. Bunlardan birincisi, ölünün ölmeden önce açıkladığı rızası, diğer ise ölümden sonra yakınlarının bu işlemlerdeki rızasına ilişkindir.[36]

---

34 Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

35 Ayrıntılı açıklama ve atıflar için bkz. **AYDIN**, a.g.e., s. 151.

36 **AKINCI**, a.g.e., s. 135.

A- Ölmeden önce açıklanan rıza

Kural olarak belirtmek gerekir ki, herkesin kendi geleceğini belirleme hakkı bulunmaktadır. Bu çerçevede, kişi, öldükten sonra cesedinden organ veya doku alınmasına izin verip vermeme konusunda tamamen serbesttir. Kişinin bu yönde iradesini açıklamış olması karşısında buna müdahale mümkün değildir.

Kişinin, ölümden önce nakil konusunda açıkladığı beyanının sarih olması gerekmektedir. Kişinin tüm organlarını bağışlaması mümkün olduğu gibi sadece belirli bir veya birden fazla organını da bağışlaması mümkündür. Bu bakımdan kişinin rıza gösterdiği organ veya doku dışında herhangi bir şekilde cesede müdahale edilmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir.

2238 sayılı Kanunun 14. maddesinde kişinin sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için **resmi veya yazılı bir vasiyetname** ile bırakabileceğini hüküm altına almıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 532. maddesine göre resmi vasiyetname iki tanığın katılmasıyla resmi memur (Resmi memur, sulh hakimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir) tarafından düzenlenir. Yine TMK'nın 538. maddesinde yazılı vasiyetnamenin de, yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunlu olduğu belirtilmiş ve bu şartları taşıyan bir vasiyetnamenin geçerli olacağı belirtilmiştir. TMK'nın tanımladığı resmi ve yazılı vasiyetnameye uygun olmayan irade beyanları geçerli olmayacaktır. Bu Kanunda iradenin resmî şekilde açıklanmasından kastedilenin resmî vasiyetname, yazılı olarak açıklanmasından kastedilenin yazılı vasiyetname olduğu, iradenin iki tanık huzurunda açıklanmasından kastedilenin ise sözlü vasiyeti belirttiği ifade edilmiştir.[37]

Kanunun 14. maddesinde ayrıca beyanın iki tanık huzurunda da açıklanmasını yeterli görmüştür ki, bu durum bizce sakıncalı bir hali oluşturmaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan ve yine işlemleri de çok sıkı şartlara bağlanan organ nakli işleminin basit bir şekilde iki tanık huzurunda beyan edilmesi ile geçerli olacağı kabulünün mevcut şartlar da dikkate alındığında yeterli olmadığı tespit edilecektir. Ancak bu konu ile ilgili olarak TMK'nın 539 ve 540. maddelerinde yazılı hallerinde dikkate alınması ve bu işlemlerin yapılması halinde irade beyanının geçerli olacağının kabul edilmesi gerekmektedir. [38]

---

[37] http://www.sahinakinci.com/teblig4.htm (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

[38] Sözlü vasiyet:
a. Son arzuları anlatma
Madde 539: Miras bırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmi veya el yazılı vasiyetname yapa-

B- Ölünün Yakınlarının Rızası

a- Tıbbi Ölüm Hali

Ölünün yakınlarının rızasında önce belirlenmesi gereken husus, ölüm halinin saptanmasıdır. 2238 sayılı Kanunun 11. maddesinde "ölüm halinin saptanması" başlığı altında tıbbi ölüm halinin ne şekilde belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddede uluslararası isimlendirmeye uymayarak literatürde olmayan yeni bir kavram olan "tıbbi ölüm" terimi kullanılmıştır. Ancak uygulamada beyin ölümü kriterleri esas alınmıştır. Doktrinde bu düzenlemenin eksik ve çok hatalı olduğu ileri sürülmektedir. Kanun'da "tıbbi ölüm" halinin tanımı yer almamaktadır. Tıbbi ölüm muhtemelen "biyolojik ölüm" ve "beyin ölümü" biçimlerini kapsayacak biçimde düşünülmüş bir tanımdır. Ancak tanımın ikisini kapsaması teknik olarak olanaksızdır. Çünkü birini kabul etmek diğerini kabul etmemeyi gerektirir.[39]

Kanunun 11. maddesinde, tıbbi ölüm halinin, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, bir kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanacağı belirtilmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi aynı Kanunun 12. maddesinde, "*Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları*" yasaklanmıştır.

---

mıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir.
Bunun için miras bırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler.
Resmi vasiyetname düzenlenmesinde okur yazar olma koşulu dışında, tanıklara ilişkin yasaklar, sözlü vasiyetteki tanıklar için de geçerlidir.
b. Belgeleme
Madde 540: Miras bırakan tarafından görevlendirilen tanıklardan biri, kendilerine beyan edilen son arzuları, yer, yıl, ay ve günü de belirterek hemen yazar, bu belgeyi imzalar ve diğer tanığa imzalatır. Yazılan belgeyi ikisi birlikte vakit geçirmeksizin bir sulh veya asliye mahkemesine verirler ve miras bırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini, onun son arzularını olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını hakime beyan ederler.
Tanıklar, daha önce bir belge düzenlemek yerine, vakit geçirmeksizin mahkemeye başvurup yukarıdaki hususları beyan ederek miras bırakanın son arzularını bir tutanağa geçirtebilirler.
Sözlü vasiyet yoluna başvuran kimse askerlik hizmetinde bulunuyorsa, teğmen veya daha yüksek rütbeli bir subay; ülke sınırları dışında seyreden bir ulaşım aracında bulunuyorsa, o aracın sorumlu yöneticisi; sağlık kurumlarında tedavi edilmekteyse, sağlık kurumunun en yetkili yöneticisi hakim yerine geçer.

39 **VATANOĞLU**, a.g.e., s. 37.

Kanun maddesinde, alıcının müdavi hekimi ile organ naklini gerçekleştirecek hekimin, ölüm halini saptayacak kurulda yer alması yasaklanmaktadır ki, bu düzenleme bu açıdan çağdaş düşünce ve düzenlemelere tamamen uygundur.[40]

Yine ONHK'nin 13.maddesinde, "*11 inci maddeye göre ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorundadırlar. Bu tutanak ve ekleri ilgili sağlık kurumunda on yıl süre ile saklanır.*" hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıdaki maddeler çerçevesinde, ölü vericiden yapılan nakilde, nakil sebebiyle vericinin ölümüne yol açılmaması ve organ naklinin başarısı bakımından ölüm anının tespitinin doğru yapılması gerekir.[41]

Ölüm konusunda biyolojik ölüm ve beyin ölümü olmak üzere iki farklı görüş bulunmakta, klasik ölüm olarak adlandırılan biyolojik ölümün, nefes alıp vermenin, kan dolaşımının ve buna bağlı olarak kalbin durmasına bağlı olduğu; beyin ölümün ise öncelikle beynin bütününün tamamen geriye döndürülemez şekilde işlevini yitirdiği anlamını ifade ettiği belirtilmiştir.[42]

Beyin ölümü gerçekleşen bir kimsenin yeniden canlandırılma imkânı bulunmamaktadır. Sun'i cihazlarla kalp atışı, kan dolaşımı ve solunum bir süre daha devam ettirilebilir ve fakat bu durum uzun süreli olmaz. Ayrıca cihaz olmaksızın solunumu, dolaşımı ve kalp atışını devam ettirmek mümkün değildir. Bu nedenle, gelişmiş ülkelerin pek çoğunda olduğu gibi Türkiye'de de beyin ölümü gerçek ölüm olarak kabul edilmiştir.[43]

Beyin ölümünün gerçekleşmemesi halinde yapılacak müdahale hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle mesela komada bulunan kişiden organ veya doku alınması 91/1. madde kapsamında ele alınacaktır. Çünkü bitkisel hayat halinde bulunan kişi hala canlı olarak değerlendirilmekte ve bu durumda bulunan kişilerin uzun zamandan sonra tekrar hayata döndükleri görülmektedir.[44]

Kanun maddesinde kesin bir tanımlama yapılmamakla beraber, 1 Haziran 2000 tarih ve 24066 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Organ Ve

---

40 **VATANOĞLU**, a.g.e., s. 37.

41 Atıf ve ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZGÜL**, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010, s. 107.

42 **ÖZGÜL**, a.g.e., s. 108.

43 **AKINCI**, Şahin, Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları. http://www.sahinakinci.com/teblig4.htm (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

44 **AYDIN**, s. 150.

Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek-1. maddesinde[45] beyin ölümü kri-

---

[45] **Beyin Ölüm Kriterleri**
Tanım: Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.
İrreversibl komanın temel bulguları:
I) Beyin ölümüne karar vermek için komanın aşağıdaki nedenlere bağlı olmaması,
a) Primer hipotermi,
b) Hipovolemik ya da hipotansif şok,
c) Geriye dönüşüm sağlayabilecek intoksikasyonlar (barbitürat ve diğer sedatifler, depresan ve narkotik ilaçlar) ile metabolik ve endokrin bozukluklar,
II) Bilincin tam kaybı,
III) Spontan hareketin bulunmaması. Aşağıda bulunan durumlar beyin ölümü tanısını ekarte ettirmez.
a) Derin tendon reflekslerinin alınması,
b) Yüzeyel reflekslerin alınması,
c) Babinski refleksi alınması,
d) Solunum benzeri hareketler alınması, (omuz elevasyon ve adduksiyonu, önemli tidal volum değişikliği olmaksızın interkostal genişleme)
e) Patolojik fleksiyon ve ekştensiyon cevabı dışındaki spontan ekstremite hareketleri,
IV) Ağrılı uyaranlara serebral-motor cevap alınamaması,
V) Spontan solunum bulunmaması,
VI) Beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybolması,
a) Beyin ölümünde pupiller parlak ışığa yanıtsız ve dilatedir (4-9 mm)
b) Kornea refleksi yokluğu,
c) Vestibulo-oküler refleks yokluğu,
d) Okülosefalik refleks yokluğu,
e) Feringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu,
VII) Apne testi:
Apne testi uygulanabilmesi için, Arterial pO2 ve pCO2 değerleri normal olmalıdır (pCO2 40 mmHg ve üzerinde). Bu koşullarda hasta 10-30 dakika süre ile %100 oksijen ile ventile edilerek arteriyel oksijen basıncının 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak trakea içerisine en az 8-10 dakika süre ile 6 lt. dakikada oksijen uygulanmalıdır. Bu uygulamalara rağmen spontan soluma yoksa apne veya kan gazlarında pCO2 basıncı 60 mmHg veya üzerinde ise spontan soluma hareketi yoksa apne testi pozitiftir.
Beyin ölümü tanısı konan hastalarda
* Daha önce tanısı konulmuş bir nedenle hasta irreversibl koma tablosuna girmişse en az 12 saat, etyolojisi bilinmeden gelişen tablolarda en az 24 saat bu koşulların değişmeden devamlılığı gözlenmelidir.
* Klinik beyin ölümü tanısı almış hastalarda, hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemiyle beyin ölümü teyid edilmelidir.
* Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra hastaya uygulanan tıbbi destekler kesilebilir.
* Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra yaşam desteğinin kesildiği durumlar:
1- Hastanın organ veya organlarının transplantasyon için kullanılmasına hasta yakınının izin vermesi, 2- Hasta yakınlarının yaşam desteğinin kesilmesine izin vermesidir.

terlerine yer verilmek suretiyle tıbbi ölüm olarak beyin ölümünün kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

b- Rızanın Alınacağı Yakınlar

2238 sayılı Kanunun 14. maddesinde kişinin belirtilen şartlarda bir beyanının olmadığı durumlarda beyanın kim veya kimler tarafından ne şekilde açıklanacağına da yer verilmiştir. Buna göre, kişinin organ veya doku alınması yönünde herhangi bir beyanı yoksa, 14. maddede yer alan yakınlarının izni ile organ veya doku alınması mümkündür.

Kişinin ölüm anında yanında bulunan sırasıyla eşi, reşit çocukları, anne veya babası veya kardeşlerinden birisi, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.

Kanunda 'sırasıyla' ibaresinin kullanılması sebebiyle rızası tespit edilecek ilk kişi ölenin eşidir. Ölenin eşinin rıza göstermemesi halinde diğer kişilerin rızasını araştırmak gerekmeyecektir. Eş rıza göstermişse, diğerleri karşı çıksa bile cesetten organ alınabilecektir.

İkinci sırada reşit çocuklara yer verilmiş ve fakat çocuklardan birinin muvafakati yeterli görülmüştür. Dolayısıyla birden fazla çocuk olması halinde, diğerlerinin izni olmasa dahi birinin muvafakati ile organ ya da doku almak mümkündür. Bu hükmün isabetli olmadığı belirtilmiştir. Çocuklardan biri ya da birkaçının muvafakat etmesi ve fakat bazılarının rıza göstermemesi halinde rıza göstermeyenlerin şahsiyet haklarının ihlâl edilmiş olacağı bu nedenle, en azından ölüm anında ölünün yanında bulunan çocuklarının oybirliğinin aranması gerektiği bu düşünceye gerekçe olarak gösterilmiştir.[46]

Kanun üçüncü sırada, ölenin kardeşleriyle birlikte anne – babayı saymıştır. Burada anne veya baba yahut kardeşlerden bir tanesinin rızası yeterli görülmüştür. Kanunun bu sıralamayı yakınlık derecesini esas alarak yaptığı ve fakat eşi ilk sırada, çocukları ikinci sırada saymasının doğru bir yaklaşım olmadığı, bunların aynı grupta bulunmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir.[47]

Burada tespit edilmesi gereken kavramlardan diğeri, "herhangi bir yakın" ifadesidir. Doktrinde ölünün hatırasına saygı gösterilmesi ve onun vücut bütünlüğünün ihlal edilmemesi konusunda yakınlarının da korunmaya değer haklarının bulunduğu kabul edilmiş ve bu nedenle kişiye aile huku-

---

46 **AKINCI**, a.g.m, s. 6.
http://www.sahinakinci.com/teblig4.htm (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

47 AKINCI, a.g.m, s. 6.
http://www.sahinakinci.com/teblig4.htm (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

ku bağlarıyla bağlı olan ve hatta vericiye karşı özel bir yakınlık duyan herkesin "yakın" kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.[48] Ancak özellikle herhangi bir yakının beyanda bulunması, vericinin sağlığında sıkı şartlara bağlanan iradesinin, ölümü ile bu kadar serbest bırakıldığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Madde metnindeki bu belirsizlik bizce de, vericinin kişilik haklarına saygısızlık anlamını taşımaktadır.[49] Her ne kadar kanun koyucu bu düzenleme ile bu nitelikte işlemleri kolaylaştırmak istemişse de, bu nitelikteki bir müdahaleyi bu kadar basit bir beyan ile meşrulaştırmak vericinin kişilik haklarının ihlali olacaktır ki bu durum kabul edilemeyecektir. Bu bakımdan aynı derecede yakınlar arasında bir kişinin iradesine itibar edilmemesi, yanında bulunan yakınların oybirliğinin aranması gerektiği ifade edilmiştir.[50]

Ölünün yakınlarının irade beyanlarının ne şekilde olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, beyanın yazılı veya sözlü olması mümkündür. Tabidir ki, herhangi bir irade çelişkisine sebebiyet verilmemesi bakımından bu beyanın tutanakla tespit edilmesinde yarar bulunmaktadır.

c- Ölenin veya yakınlarının rızasının alınmasına gerek olmayan haller

2238 sayılı Kanunun 14. maddesinin 2. ve 4. fıkralarında ölenin veya yakınlarının rızası olmaksızın organ veya doku alınabileceğine ilişkin haller düzenlenmiştir.

Maddenin 2. fıkrada kanunun amacı ile bağdaşmayan son derece geniş bir düzenlemeye yer verilmektedir. Buna göre, herhangi bir tıbbi zorunluluk veya ivedi bir durum bulunmaması ve yine aksine bir beyan veya vasiyet olmaması hallerinde, herhangi bir irade beyanına gerek olmaksızın ceset üzerinden "doku" alınabileceği hükme bağlanmıştır. Bu yazılış şekli, kişilik haklarına aykırı olduğu gibi, "vericide rıza aranır" kuralını "rıza aranmaz" haline getirmektedir. Fıkranın, kişilik hakları yönünden ve insanın amaç olması kuralına aykırılığı yönünden kanun amacını saptırdığı ifade edilmiştir.[51]

Maddenin 4. fıkrasında da rıza bakımından istisnai bir hükme yer verilmiştir. Buna göre kaza veya doğal âfetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda

---

48 Ayrıntılı bili için bkz. **AKINCI**, a.g.e., s. 157.

49 Aynı görüş için bkz. **BAYRAKTAR**, Köksal, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'a ilişkin Düşünceler", İ:Ü Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Dergisi, Yıl:1979, c. I, Sayı 2'den ayrı basım, s. 20.

50 **AKINCI**, a.g.e., s. 159.

51 **BAYRAKTAR**, a.g.e., s. 21.

belirtmiş olduğumuz kişilerden birinin bulunmaması halinde, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek takdirde yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabileceği belirtilmiştir.

Bu maddenin uygulanabilmesi için vericinin kaza veya doğal afet sonucunda vücudunda ağır bir harabiyet olması gerekmektedir. Kanun içerisindeki belirsizliklerin bu maddede devam ettiğini görebilmek mümkündür.[52] Nitekim tıp literatüründe "ağır harabiyet nedeniyle yaşamın sona ermesi" gibi bir hal bulunmamaktadır. Bu ifadenin biyolojik ölüm ve merkezi sinir sisteminin işleyişinin hiç iyileşmeyecek biçimde bozulması şeklinde olması ve bu şekilde maddeye netlik kazandırılması yerinde olacaktır.

Fıkrada birkaç halin birlikte arandığı tespit edilmektedir. Buna göre, öncelikle yukarıda da belirttiğimiz gibi vericinin kaza veya doğal afet sonucunda vücudunda uğradığı ağır bir harabiyet olması, tıbbi ölüm halinin alınacak organ ve dokulara bağlı olmaması, alıcının yaşamının organ ve doku nakline bağlı olması ve yapılacak işlemlerde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunması gerekmektedir.

Dolayısıyla ONHK. m. 14'e göre bir kimseden organ veya doku alınabilmesi için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, ivedilik ve tıbbî zorunluluk, ölen kişinin kaza veya tabiî afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucunda hayatını kaybetmiş olması, ölenin yanında yakınlarının bulunmaması ve tıbbî ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığının hekimler kurulu raporuyla belgelenmesi şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir.

Kanundaki "yakınlarının bulunamaması halinde" ifadesi ile kastedilen, ölen kişinin kimsesiz olması değildir. Ölüm anında yakınlardan hiç birinin ölenin yanında bulunmaması kastedilmektedir. Bu durumda hekimin, ölen kişinin yakınları olup olmadığını ya da yakınları varsa bunların nerede olduğunu araştırması gerekmemektedir. Önemli olan, ölüm esnasında yakınların orada olup olmamasıdır. Bu da hastane içinde yapılacak basit bir araştırma ile anlaşılabilir. Ancak bu durumda da bizce tutanak tutulması ve birlikte imza altına alınması gerekmektedir. Eğer yakınlar bulunamamışsa hekim organ ya da dokuyu almaya yetkilidir.[53]

---

52 **BAYRAKTAR**, a.g.e., s. 20.

53 **AKINCI**, a.g.m, s. 7.

Maddedeki bu halin Türk Ceza Hukuku anlamında bir zorunluluk hali olduğunu belirtebilmek mümkündür. Bu halde yapılan işlem rıza olmamasına rağmen hukuka uygun hale gelmektedir.[54] Ancak buradaki zaruret halinin olayın özelliklerine göre açık bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir. Hayatını diyaliz makinesinde geçirebilecek bir kimse için meydana gelen bir olay sonrasında hemen nakil için böbrek alınması zaruret hali kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu bakımdan zaruret halinin nakil yapılmaz ise hayati bir tehlikeye maruz kalacak hastalar için kabulü gerekmektedir.[55]

Maddenin 3. fıkrasında zaruret hali olmasına rağmen, organ ve doku alınamayacak durum da belirtilmiştir. Bu fıkraya göre ölüm, sağlığında ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse, artık bu kişiden organ ve doku alınamayacaktır.

TCK'nın 91/1. Maddesine ilişkin yaptığımız açıklamaların burada da geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Ancak her ne kadar 91/1. maddede organ ve dokular için cezaların miktarı bakımından bir ayrım yapılmışsa da, 91/2. maddede bu ayrıma gidilmediğini görmekteyiz. Kanun koyucunun cezaların miktarı bakımından bu şekilde bir farklılık oluşturmamasını, 91/1. maddede belirtilen gerekçe ile yerinde bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Zira organ veya dokunun oluşumu ve yenilemesi bakımından kişinin ölmüş olması sebebiyle bir ayrım yapmak hatalı olacaktır.

3. Organ ve Doku Satın Alınması, Satılması ve Satılmasına Aracılık Edilmesi

(TCK 91/3. Madde)[56]

Maddenin bu fıkrasında organ ve doku ticareti suç olarak nitelendirilmiştir. Suçun oluşumu bakımından söz konusu organ veya dokunun hukuka uygun veya hukuka aykırı yollardan alınmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle organ veya dokunun yaşayan bir kimseden hukuken geçerli veya geçersiz bir rızaya dayalı olarak veya ölüden, hukuka uygun veya aykırı olarak alınmış olup olmamasının suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır.[57] Kanunkoyucu, yaşayan kişi veya ölü arasında bir ayırım yapmamış her iki halin de birinci fıkra hükmü uyarınca cezalandırılaca-

---

54 **BAYRAKTAR**, a.g.e., s. 21.

55 **AKINCI,** a.g.e., s. 134.

56 Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.

57 **PARLAR**, Ali - **HATİPOĞLU**, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. II, Ankara, 2008, s. 1552.

ğını belirtmiştir.[58] Bu fıkradaki suçun oluşumu bakımından önem arz eden husus, organ veya dokunun para veya başka bir menfaat karşılığında tedavüle sokulmasıdır.[59]

"Satın Alma", organ veya dokunun bir bedel karşılığında temin edilmesidir. Organ veya dokunun bir bedel karşılığında bir başka kimseye verilmesi ise **satma** fiilini oluşturur. **Satılmasına aracılık etme**, organ veya doku talebinde bulunan kişi ile vericiyi buluşturup tanıştırmak, sözleriyle onların uzlaşmalarına yardımcı olmak olarak tanımlanabilir. Organ ve doku naklinde yer alan aracılık etmek terimi organ vericisi- organ alıcısı ve organ alma ve nakletme işlemini yapan kişiler arasındaki hukuk dışı ilişkileri düzenlemek, rol almak anlamında kullanılmış ve aracılık etmek terimine olumsuz bir anlam yüklenmiştir.[60]

Aracılık etme fiili bakımından satış anlaşmasının olmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Ancak satın alma ve satma fiilleri ise bu konuda anlaşmanın sağlanması ile tamamlanacaktır. Bu bakımdan paranın veya diğer menfaatin sağlanıp sağlanmamasının suçun oluşumuna etkisi yoktur.[61] Ancak taraflar, organ veya doku naklinden önce veya nakil sırasında maddi menfaat sağlanması hususunda bir görüşme veya anlaşma yapmamış olmasına rağmen, alıcının daha sonra kendi iradesi ve isteğiyle verici veya aracı kişiye bir menfaat sağlamışsa, bu durumda suçun oluşmayacağı belirtilmiş, konunu sadece ahlaki açıdan değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Hatta bu halin bir vefa borcu olarak kabul edilebileceği de belirtilmektedir.[62]

Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, suç, bu yönüyle çok failli bir suç özelliğini taşımaktadır. Bu suçlar açısından tipikliğin gerçekleşebilmesi için birden fazla failin bulunması şarttır. Bu tür suçlar bir kişi tarafından işlenemez. Çok failli suçlar birleşme ve karşılaşma şeklinde ortaya çıkabilir. Birden fazla fail aynı yönde birleşip suç işliyorlarsa birleşme söz konusu olacaktır. Birden fazla fail, aynı suçta değişik nedenlerle karşılaşıyorsa bu durumda da karşılaşma suretiyle çok failli suç karşımıza çıkmaktadır. Organ veya doku alım satımında da karşılaşma şeklinde çok failli suç söz konusu olacaktır.[63]

ONHK'nın 3. maddesinde benzer bir düzenleme yer almış ve "Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır"

---

58 **ŞEN**, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, İstanbul, 2006, s. 319.

59 **YAŞAR - GÖKCAN-ARTUÇ**, a.g.e., s. 3134.

60 **VATANOĞLU**, a.g.e., s. 16.

61 **PARLAR - HATİPOĞLU**, a.g.e., s. 1553.

62 **ŞEN**, a.g.e., s. 319.

63 **AYDIN**, a.g.e., s. 149.

hükmü ile organ ve doku ticareti yasak hale getirilmiştir. Kanunun yasak eylemler başlıklı 15. maddesinde de bu yasağa yer verilmiş ve organ ve doku alım ve satımını yapanlar ile, buna aracılık edenler ve komisyonculuk yapanların iki yıldan dört yıla kadar hapis ve ayrıca adli para cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 7/e maddesinde de hekimler için getiren yükümlülükler içerisinde "bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, hekimlerin belirtilen nedenlerle bir organın veya dokunun alındığını fark etmeleri halinde bunu reddetmeleri gerektiği belirtilmiştir. Bu bakımdan bu durumu bilerek hareket eden bir hekimin fiili, diğer unsurların da bulunması halinde "aracılık" kapsamında değerlendirilebilecektir.

Doktrinde kanundaki bu yasağa rağmen organ veya doku naklini gerçekleştirdiği taktirde hekimin iki türlü sorumluluğunun düşünülebileceği ifade edilmiştir. İlkin ONHK 15. maddesi gereğince söz konusu kanuna aykırı şekilde organ ve doku aldığı ve naklettiği için iki yıldan dört yıla kadar cezalandırılabilir. TCK 91/5. maddesi gereğince ise, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, ONHK'nın 15. maddesinde yer alan "fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde" deyimi karşısında 15. maddenin yardımcı norm niteliğinde bulunması sebebiyle öngörülen cezaya göre uygulama yapılacaktır. Yine aynı şekilde hekim kendisine organ nakledilecek kişinin, organı satın aldığını bilerek organ naklini gerçekleştirse yine TCK'n 91/5. maddesi ile cezalandırılacaktır.183 Ancak satın aldığını bilmiyorsa yani organının hukuka aykırı elde edildiğini bilmiyorsa yukarıda bahsedildiği gibi TCK 30/1. maddesi uyarınca 91/5. maddeden sorumlu olmaz.[64]

Uluslararası düzenlemelerin başında gelen "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", biyolojik ve tıbbî gelişmelerin suiistimaline karşı bir dizi temel esas ve yasaklamalar getirerek insan haysiyetini, haklarını ve özgürlüklerini korumak amacıyla düzenlenmiştir.

Yasal bağlayıcılığı olan ve bu alandaki uluslararası ilk metin olma özelliğini taşıyan sözleşmenin 21. maddesinde de bu konu düzenlenmiş ve "insan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanmasına konu olamaz" hükmüne yer verilmiştir.

---

64 **KANICI**, a.g.e., s. 39.

Dünya Sağlık Örgütü İnsan Organ Nakli Yol Gösterici Taslak Prensipleri'nin 5. Yol Gösterici Prensibi'ne göre de insan vücudu ve organları ticaretin konusu olamaz. Bu prensip içerisinde organ nakli için para vermenin veya almanın yasaklanması gerektiği açıklıkla belirtilmiştir.[65]

Yine Birleşmiş Milletler İnsan, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretini Bastırmak, Önlemek ve Cezalandırmak için Uluslarüstü Organize Suçluluğa Karşı Konvansiyonu'na Yardımcı Protokolun 3. Maddesi'ne göre organların çıkarılması ve ticaretin konusu olması bu kapsamda değerlendirilmiştir.

4- Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Olan Organ veya Dokunun Saklanması, Nakledilmesi veya Aşılanması (TCK 91/5. madde)[66]

Maddenin beşinci fıkrasında hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılanması cezalandırılmaktadır. Suçun hareket öğeleri fıkra metninde de açıkça belirtildiği üzere saklama, nakil ve aşılamadır. Ancak suçun oluşumu bakımından belirtilen unsurların yaşayan kişilerden veya ölüden hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması gerekir. Yukarıda ayrıntıları ile arz ettiğimiz gibi 2238 sayılı Kanun kapsamında belirtilen unsurlara aykırı olarak organ veya dokunu elde edilmesi halinde hukuka aykırılıktan bahsedilecektir. Suç madde metninde yer alan filer yönünden seçimlik hareketli bir suç niteliğini taşımaktadır.[67]

Madde metinde yer alan **"saklama"**, organ veya dokunun her an kullanıma hazır bulundurulması halidir.[68] Bu halde de, vericinin bu yönde açık bir rızasının bulunması gerekmektedir.

Nakil, bir organın veya dokunun alınıp başka bir alıcıya aktarılması, devri olarak tanımlanabilecektir.[69] Bu bakımdan nakil işlemi, organ veya dokunun bir yerden bir başka yere transferi, taşınması veya götürülmesi olarak algılanmamalıdır. Fıkra yönünden söz konusu olan organ veya dokunun cerrahi bir operasyonla ile alıcıya nakledilmesidir. [70]

Aşılama ise, bir dokunun alıcıya aktarılması işlemi olarak nitelendirilebilir. Burada önemli olan husus yapılacak tetkikler sonucunda doğru alıcının

---

65 Draft guiding principles on human organ transplantation. http://www.who.int/ethics/topics/transplantation_guiding_principles/en/index1.html (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

66 Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

67 **ŞEN,** a.g.e., s. 325.

68 **YAŞAR – GÖKCAN - ARTUÇ,** a.g.e., s. 3134.

69 **YAŞAR – GÖKCAN - ARTUÇ**, a.g.e., s. 3135.

70 **ŞEN**, a.g.e., s. 325.

seçilmesi ve buna göre işlem yapılmasıdır. Ayrıca söz konusu tıbbi müdahalenin de tedavi edici nitelikte olması gerekmektedir.[71]

Kanunkoyucu, birinci ve ikinci fıkralarda hukuka aykırı olarak organ ve doku alınmasını suç olarak düzenlemiş ve bu bakımdan nakil, saklama veya aşılama işlemlerinden birinin gerçekleştirilmiş olmasını aramamıştır. Kanunkoyucu buna ilişkin düzenlemeye bu fıkrada yer vermiş ve belirtilen fiilleri bağımsız bir suç olarak hükme bağlamıştır.

5- Belli Bir Çıkar Karşılığında Organ veya Doku Teminine Yönelik İlan veya Reklam Verilmesi veya Yayınlanması (TCK 91/6.madde)[72]

Bu fıkra ile belli bir maddi veya ekonomik çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek, bunları yayınlamak suç olarak düzenlenmiştir. Kanunkoyucu, bu fıkra ile organ veya doku nakil işlemlerinin hiçbir aşamasında maddi bir değerlendirme yapılmamasını sağlamayı ve yine bu aşamalarda herhangi bir çıkar ilişkisinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Madde metninde yer alan "çıkar" kavramı maddi bir menfaati temin etmeye yönelik olarak değerlendirilmelidir.[73]

Doktrinde, kanunun her türlü ilan veya reklam verilmesini veya yayınlanmasını değil, sadece çıkar amaçlı ilan, reklam verilmesini ve yayınlanmasını cezalandırdığı belirtilmiş, bu şekilde ihtiyacı olan kişilerin maddi bir çıkar sağlamaksızın, kamuoyuna müracaatının engellenmediği, sadece ticari ilanların yaptırım altına alındığı ifade edilmiştir.[74] Verici veya alıcı tarafından ilan verilebileceği gibi bu kişiler dışında nakil işlemlerine aracılık edenlerin de reklam veya ilan vermeleri halinde suç oluşacaktır. Tabiidir ki bu hususları bilerek ilan veya reklam yayını ve ya yayımı yapan kişilerin de sorumluluğuna gidilebilecektir.[75]

II. Suçun Manevi Unsuru

TCK'nın 91. maddesinde düzenlenen bu suçun manevi unsuru genel kasttır. Suçun taksirli halinin düzenlenmemiş olması sebebiyle bu şekilde taksirle işlenmesi mümkün değildir.

---

71 Ayrıntılı açıklama ve atıflar için bkz. **AKINCI**, a.g.e., s. 187.

72 Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

73 **ŞEN,** a.g.e., s. 326.

74 **HAKERİ**, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin, 2007, s. 434.

75 **ŞEN**, a.g.e., s. 326.

Maddenin 8. fıkrası, suçun manevi unsuru yönünden farklı bir özellik taşımaktadır. Zira hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın organ ve doku alınması neticesinde mağdurun ölümüne sebep olunursa, burada olası kast hükümlerinin uygulanabilirliğinden söz edilebilecektir. Gerekçede, aslında bu durumda netice sebebiyle ağırlaşmış suç hâlinin söz konusu olduğu, ancak, bu tür fiilleri gerçekleştiren kişinin meydana gelen ölüm neticesi açısından en azından olası kastla hareket edebileceğinin düşünüldüğü belirtilmiştir. Doktrinde bu şekilde bir varsayım yerine veya bu varsayıma rağmen, ölüm sonucunun meydana gelmesi halinde ağırlaşan netice bakımından her olayda ayrıca araştırma yapılması gerektiği belirtilmiştir.[76]

Eğer failde hata durumu söz konucu ise TCK 30. maddedeki hükümler uygulanacağı, tabiidir ki, hakimin bu tür durumlarda failin hatasının kaçınılmaz bir hata olup olmadığını her olayın özelliklerine göre değerlendireceği ve sonucuna göre karar vereceği belirtilmiştir. Mesela fail organ ya da doku aldığı kişinin geçerli bir rızası olduğunu düşünerek fiili gerçekleştirmişse, yine organ ve doku alınacak kişi karıştırılmış ise ya da kişinin böbreği yerine dalağı alınmış ise hata durumu söz konusu olacağı belirtilmiştir.[77] Zira 30/1-son cümlede hata dolayısıyla taksirli halin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu durumda işi, operasyon aşamasında nakil veya aşılama veya diğer ameliyeler olan doktorun yukarıda belirtilen bir şekilde hareket etmesi halinde dikkatsizlik ve özensizlik halinden bahsedilebilecektir. Ancak kanunda bu fiilin taksirli halinin düzenlenmemiş olması karşısında doktorun bu eyleminin suç olarak kabul edilmemesi düşünülmektedir.

III. Suça Etki Eden Sebepler

1- Ağırlaştırıcı Neden

Maddenin 4. fıkrasında[78] 1. ve 3. fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde cezanın daha fazla olacağı belirtilmektedir. Her ne kadar fıkradaki ifade şeklinden, ikinci fıkranın kapsam dışı kaldığı izlenimi oluşuyorsa da gerekçede "bir ila üçüncü fıkralarda tanımlanan suçlar" denilerek, önceki fıkraların hepsinin bu kapsamda olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan kanun metninin yanlış yazıldığını, bu çelişkinin giderilebilmesi bakımından doğru ifade biçiminin, "yukarıdaki fıkralarda" şeklinde değiştirilmesi gerektiğini belirtmek gerekmektedir.

---

76 Bkz. http://www.cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/tiphukuku/organ-bagisinda-modeller.doc (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

77 **KANICI**, a.g.e., s. 36.

78 Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

Kanun metninde yer alan "örgüt" temrinden ne anlaşılması gerektiğinin tespiti bakımından TCK'nın 220/1. maddesine ve yine aynı Kanunun 6/j. maddesine bakmak gerekmektedir.[79] Madde gerekçesi incelendiğinde failin ayrıca suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek veya üye olmak suçlarından da cezalandırılabileceğine yer verilmektedir.

2- Zorunluluk Hali

TCK'nın 92. maddesinde[80] "zorunluluk hali" başlığı altında vericinin, içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlar sebebiyle 91/3. maddede yer alan satım fiili gerçekleştirmesi halinde cezasından indirim yapılabileceği ve hatta ceza verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Genel olarak, "zorunluluk hali" başlığı taşıyan bu maddede organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlar, bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. **Bayraktar,** 92.maddede öngörülen "Zorunluluk Hali"nin, son derece ağır yaptırımlara bağlandığını, bu halin, tüm düzenlemeyi yıkacak nitelikte olduğunu, zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu anımsandığında, bu maddede belirtilen halin ne olduğu konusunda kuşkular uyanacağını belirtmiştir.[81]

Bu maddeye göre vericinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik zorluklar sebebiyle organ veya dokusunu satması halinde failin bu durumu, zorunluluk hali içerisinde değerlendirilecek ve buna göre indirim yapılacak veya ceza verilmeyecektir. Hakim, failin bu durumda olduğunu olayın ve tabi ki failin içinde bulunduğu tüm şartları gözeterek tespit edecektir.

Önemli hukuksal ve etik tartışmalara da neden olan bu düzenlemenin insan bedeninin ticarete konu olamayacağına ilişkin benimsenmiş ve sözleşmelere de yansıtılmış kurala bütünüyle aykırı olduğu önemle vurgulanmakta, ayrıca böyle bir düzenlemenin örgütlü suçluluğu artıracağı ileri sürül-

---

79 Madde 6/j: Örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi,
Madde 220: (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

80 Madde 92: (1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

81 **BAYRAKTAR**, Köksal, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2, S. 5, Nisan 2005, s. 223.

mektedir. Bu hükmün yürürlüğe girmesiyle birlikte internet ortamında reklâm yapılmak suretiyle adeta organların açık arttırmaya tabi tutulduğuna da dikkat çekilmektedir.[82] 92. maddede yer alan bu düzenleme, özellikle maddi menfaat sebebiyle organ ve dokusunu satmak isteyenlerin sayısını arttıracağı, bu yönde teşvik edeceği ve kabul edilemez bir piyasa oluşturacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.[83]

92. maddede verici için belirlenen zorunluluk hali gibi düzenlemeye alıcı bakımından yer verilmemiştir. Bu bakımdan içinde bulunduğu yaşam tehlikesinden kurtulmak ve sağlığına kavuşmak için vericinin de içinde bulunduğu mecburiyetle organ veya doku alan kişi cezalandırılacaktır. Bu fiil bakımından TCK'nın 25. maddesindeki zorunluluk halinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Doktrinde bu görüş eleştirilmiştir. **Aydın**, eserinde şu gerekçelere yer vermiştir: "Organ ve doku alınması zaten kişilerin hayatlarını kurtarmak amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bunun içinde verici konumundaki kişinin rızasının alınarak organ veya dokusunun alınması gerekmektedir. Kanunda 92. maddede açık olarak zorunluluk halinin işleyebileceği durum olan vericinin zor durumda bulunmasını düzenlemiştir. Bu durum organ ve doku ticareti suçu için getirilmiş özel bir zorunluluk halidir. Bunun dışındaki hareketler açısından bir zorunluluk halinden bahsetmek suçun işlenmesine teşvik niteliği taşıması ve organ ve doku ticaretiyle mücadeleyle bağdaşmaması nedenleriyle yerinde olmayacaktır."[84]

Bu maddenin düzenlenmesine, yasadığı maddi sıkıntılar nedeniyle organını satma noktasına gelmiş kişiye ceza vermenin vicdani olmadığı düşüncesi egemen olmuştur. Bu suçun işlenmesi durumunda, hakime kişinin durumuna göre cezasında indirim yapabilmek ya da ceza vermekten vazgeçmek konusunda takdir hakkı tanınarak da hukuk ve vicdan arasında denge sağlanmaya çalışılmıştır.[85]

3- Etkin Pişmanlık

TCK'nın 91. maddesinde yer alan bu suçla ilgili olarak, ayın Kanunun 93. maddesinde[86] etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir. Madde metni

---

82 http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/tiphukuku/organ-bagisinda-modeller.doc (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

83 **ŞEN**, a.g.e., s. 327.

84 **AYDIN**, a.g.e., s. 158.

85 **HALICI**, Türkan, Türk Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku Nakline İlişkin Suçlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 107.

86 Madde 93: (1) Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.

incelendiğinde etkin pişmanlık hükümlerinin sadece 91/3. madde içerisinde satan kişiye yönelik olduğu, diğer fiiller bakımından bir etkin pişmanlık hükmü bulunmadığı tespit edilmektedir. Maddede sadece verici bakımından bir cezasızlık veya indirim sebebi düzenlenmektedir.[87] Maddenin 1.fıkrasında "cezasızlık sebebi", 2.fıkrasında ise "cezada indirim sebebi" düzenlenmiştir.

Maddenin 1. fıkrasında yer alan cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için failin, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, durumu merciine haber vermesi ve suçluların yakalanmalarını kolaylaştırması gerekmektedir. Tabidir ki, madde metninde de belirtildiği üzere organ ve dokularını satan kişi bakımından etkin pişmanlık hükümleri söz konusu olacaktır. Dolayısıyla madde hükmüne göre, etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilecek kişi, "Organ veya Doku Satma" suçunu işlemiş olmalıdır. Organ veya doku, maddi bir çıkar karşılığı satılmış, el değiştirmiş, yani tamamlanmış olmalıdır. Zira, etkin pişmanlık hükmü sadece tamamlanmış suçlar bakımından söz konusudur Amaç, insanın kendi organ ve dokularını satmasını önlemek olduğu için başkalarının organ veya dokularını maddi menfaat elde etmek için satan kişinin bu hükümden faydalanma imkanı bulunmamaktadır. Kanunkoyucu bu madde ile organ ve doku alım satımını, önlemeyi, bireyin vücut bütünlüğünü korumayı ve özellikle vericinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik zorluktan faydalanarak menfaat sağlamayı ve buna bağlı olarak eylemlerin bireysel ve örgüt halinde işlenmesi durumunda bu kişileri yakalamayı hedeflemiştir.

Madde metninde ikili bir ayırım yapıldığı, buna göre resmi makamlardan haber alınmadan önce durumun ortaya çıkarılması halinde ceza verilmeyeceği, haber alındıktan sonra yardım halinde ise yardımın niteliğine göre bir indirim yapılacağı belirtilmiştir. Maddede belirtilen "resmi makamlar" ibaresinden anlaşılması gereken, bir suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapmakla yetkili adli ve idari mercilerdir. 5271 Sayılı CMK m.158'de suça ilişkin ihbar ve şikâyetlerin hangi mercilere yapılabileceği açıkça belirtilmiştir.

Doktrinde etkin pişmanlık hükümlerinin sadece verici-satıcı bakımından kabul edilmesi eleştirilmiş, naklin yapılacağı kişinin de madde kapsamına dahil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, bu düşünce yerindedir. Zira alıcının da madde kapsamına dahil edilmesi ile kanunkoyucunun

---

(2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir.

87 **ŞEN**, a.g.e., s. 328.

ulaşmayı hedeflediği amacı daha geniş bir alanda uygulama fırsatını ortaya koyacaktır. Alıcıya da ihbar etme imkânının sağlanması özellikle örgüt aracılığıyla organ bulan kişiler bakımından örgütün ortaya çıkarılmasını kolaylaştırabilecektir.

Failin, maddenin 2.fıkrasında yer alan etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilmesi için, suçun ortaya çıkması ve suçluların yakalanmasına, özgür iradesiyle, gönüllü olarak yardım etmesi gerekmektedir. Ayrıca, kendi organ veya dokularını satan failin verdiği bilgilerle diğer suçluların yakalanmalarının kolaylaştırılmış olması gerekmektedir. Maddenin 2. fıkrasında, cezanın indirim miktarının yardım ve hizmetin niteliğine göre değişeceği de belirtilmiştir.

TCK'nın 93. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükmünün 36. maddede yer alan gönüllü vazgeçmeden farklı olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Zira 93. madde de fiilin tamamlanmasından sonra bir pişmanlık söz konusu olmaktadır. Oysa 36. madde de icra hareketlerine başlayan ve fakat kendi isteği ile neticenin gerçekleşmesini önleyen failin durumu söz konusudur ki, bu durum 93. maddedeki etkin pişmanlık hükümlerinden ayrıdır. Doktrinde, madde metninden tamamlanmış eylem bakımından pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna ulaşıldığı, bu sebeple suçun tamamlanmaması halinde TCK m.36'da düzenlenmiş bulunan "gönüllü vazgeçme" kapsamında hükümleri uygulanabileceği belirtilmiştir.[88]

IV. Suçun Özel Görünüş Biçimleri:

1- Teşebbüs

Maddenin 3. fıkrasının teşebbüs açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. 3. fıkradaki suçun hangi anda tamamlandığının tespiti teşebbüs ve içtima bakımından önem taşımaktadır. 3. fıkradaki suçun satın alma, satma ve aracılık etme konusunda anlaşma olarak kabulün halinde ayrıca failin cezalandırılması için organ veya doku naklinin gerçekleşmesinin aranıp aranmayacağı tartışılacaktır. Eğer suç anlaşma ile tamamlanmış ise bu durumda anlaşmaya konu organ veya dokunun naklinin ayrı bir suçu oluşturup oluşturmayacağı sorusu ortaya çıkacaktır. Kanun maddesindeki belirleme dikkate alındığında ve yine ceza hukukunun temel prensiplerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bu durumda alım satım konusunda görüşmeler yapılmasının icra hareketi olarak kabul edilmesi hukuken hatalı olacaktır. Bu sebeple 3. fıkradaki suçun ani hareketli suç olarak kabulü gerekmektedir.[89]

---

88 **HALICI**, a.g.e., s. 108.

89 Aynı görüş için bkz. **ŞEN**, a.g.e., s. 321.

2- İştirak

TCK'nın 91. maddede yer alan bu suç, iştirak yönünden bir özellik taşımamaktadır. Dolayısıyla bu suçta iştirakin her hali mümkündür.

TCK 91/5. fıkra yönünden organ veya dokunun bir yerden başka bir yere nakledilmesini bilerek ve isteyerek sağlayan kişi isi 39. madde delaletiyle "yardım eden" olarak sorumlu tutulacaktır.[90]

3- İçtima

Suçun, bir kişiye karşı (birden fazla doku alınması) işlenmesi halinde, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Maddenin 8. fıkrasında[91] yapılan ameliyeler sırasında mağdurun ölmesi halinde kasten öldürmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda aslında netice sebebiyle ağırlaşmış suç halinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Birinci fıkradaki suçun işlenmesi sırasında, özellikle de doku alımı sırasında mağdurun yaralanması halinde yaralamadan hüküm kurulması gerektiği, ancak organ alma sırasında bir uzuv tatilinin de söz konusu olması sebebiyle yaralamadan değil, organ alma suçundan hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir. [92] 91/8 maddede belirtilen "birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi" ifadesinden tamamlanmış suç bakımından hükmün uygulanacağı, teşebbüs durumunda mağdurun ölmesi durumunda durumun ne olacağının belirsiz olduğu, bu durumda genel hükümlere göre faili TCK 87/4. maddeden sorumlu tutmak gerekeceği belirtilmiştir.[93]

Bu başlık altında belirtilmesi gereken diğer bir husus, 2238 sayılı Kanunun 15. maddesinde[94] yasak eylemler başlığı altında kanuna aykırı şekilde maddede yer alan eylemleri gerçekleştirenlerin cezalandırılacağına ilişkin hükümdür. Bu düzenleme, iki açıdan eleştirilmiştir. Birincisi özellikle organ ve doku nakli bakımından toplu bir biçimde kanunun diğer hükümlerine belli belirsiz atıf yapılarak düzenleme yapılması, ikincisi ise birbirinden

---

90 **ŞEN**, a.g.e., s. 325.

91 Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

92 **YAŞAR – GÖKCAN - ARTUÇ**, a.g.e., s. 3136.

93 **AYDIN**, a.g.e., s. 141.

94 Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde **iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para** cezasına hükmolunur.

gerek nitelik gerekse ağırlık olarak farklı bu eylemler arasında herhangi bir fark gözetmeksizin aynı yaptırımın öngörülmesidir.[95]

ONHK'nın 15. maddesine benzer düzenlemeye TCK'nın 91. maddesinde de yer verilmesi sebebiyle hangi maddenin uygulanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda TCK'nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima kuralları değerlendirilecek ve en ağır cezaya ilişkin hüküm uygulanacaktır. Yine Bu durumda, ONHK'nın 15. maddesinde yer alan "fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde" deyimi karşısında 15. maddenin yardımcı norm niteliğinde bulunması sebebiyle öngörülen cezaya göre uygulama yapılacaktır

TCK'nın 91/2. maddesi dışındaki eylemler 2238 sayılı Kanundan daha ağır cezalar gerektirdiği için bu hallerde TCK hükümleri, 91/2. maddedeki fiillerin varlığı halinde 2238 sayılı Kanunun 15. maddesi uygulanacaktır.

Organ ve doku ticareti suçu bakımından 80/1. maddenin[96] de değerlendirilmesi gerekmektedir. Suçun TCK m.80/1 ile bir araya gelmesi halinde nasıl bir uygulama yapılacağı ayrı bir sorun teşkil etmektedir. TCK m. 80/1'de "… *vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimse"*nin cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Burada failin amacını oluşturan organ ve doku alma fiili ayrıca suç teşkil ettiği için fail hem m.80'den hem de m. 91'den sorumlu tutulacak ve her ikisinden de ayrı ayrı cezalandırılacaktır.[97]

Kanun maddesi bakımından değinilmesi gereken diğer bir noktanın failin önce organ alıp daha sonra da doku alması durumu olduğu belirtilmiş ve eylemin cezalandırılmayan fiil kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, zira önceki fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan hukuka aykırı durumun daha sonra

---

95 http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/tiphukuku/organ-bagisinda-modeller.doc (Son görüntülenme tarihi 05.09.2011).

96 Madde 80/1: 1) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.

97 **KOCA**, Mahmut, "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu", AÜHFD, C. 52, S. 2, 2003, s. 163.

gerçekleşen fiilleri de kapsadığı, bu şekilde, ilk fiili düzenleyen normun daha sonra gerçeklesen fiili düzenleyen normu tükettiği ve bu sebeple failin artık sadece ağır olan ve ilk fiili teşkil eden hareketin olan organ alınmasından sorumlu tutulacak ayrıca doku alınmasından dolayı ceza almayacağı ifade edilmiştir. Yorum yoluyla ulaşılan bu sonucun kanunun hatalı düzenlemesinden kaynaklandığı bu sebeple yapılacak yeni düzenleme ile hem organ hem doku alınması halinin failin cezasını arttıracak bir nitelikli hal olarak belirlenmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir.[98]

VI. Tüzel Kişilerin Sorumluluğu

TCK 91. maddenin 7. fıkrasına göre, bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Tüzel kişiler için güvenlik tedbirleri TCK 60. maddede[99] düzenlenmiştir.

TCK. 60.maddeye göre güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için, olayda kasıtlı bir suçun varlığı, suçun kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle işlenmesi veya kamu kurumunun verdiği izinden kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, mahkumiyet kararı verilmesi ve "tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanır" tarzında ilgili kanun metninde bir açıklık bulunması gerekmektedir.

Maddenin son fıkrasındaki "kanunun belirtildiği" hallerden birisi de 91/7. maddesidir. Özellikle hastanenin organ nakli iznin iptali, suç konusu eşya ve malzemelerin müsaderesi gibi durumlar söz konusu olabilecektir.

---

98 **AYDIN**, a.g.e., s. 169.

99 1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.
2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.
3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.
4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.

Zorunluluk Hali

*Aydın METİN**

TCK'nın 25.maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Kimi yazarlar zorunluluk halinin, hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali ve kusurluluğu etkileyen zorunluluk hali olmak üzere iki yönü bulunmakla birlikte; TCK'daki düzenleniş şekli ile zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunurlarken[1], bazı yazarlar da kanunda düzenlenen zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir sebep olduğu görüşündedirler[2]. Bir kısım yazarlara göre de zorunluluk halinin Alman CK 'da düzenlendiği üzere hem hukuka uygunluk hem de mazeret sebebi olma özelliği vardır. En temel ayrımla eğer tehlikeden korunmak istenen hukuki değer açıkça zarar verilen hukuki değerden **üstünse** fiil herkes için hukuka uygundur. Ancak eşit hukuki değerler söz konusu ise sadece failin durumu mazur görülebilir olduğundan mazeret sebebi olan zorunluluk hali söz konusudur. TCK ile CMK m.223 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde TCK'da yer alan düzenleme şeklinin mazeret sebebi olarak kusurluluğu etkilediğinin kabulü gerekir. Maddenin gerekçesindeyse zorunluluk halinin 'kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olduğu"açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Borçlar Kanunun 52. maddesinin 2. fıkrası da zorunluluk halinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, zorunluluk hali nedeni ile başkasına zarar veren kişinin fiilinin haksızlık teşkil ettiği kabul edilerek sorumluluk öngörülmüştür. Hukuk düzeninin bütünselliği prensibi gereğince bir fiil bir hukuk dalında hukuka uygun, diğerinde hukuka aykırı olamayacağına göre, Borçlar Kanununun kendisine yaptırım bağladığı bir fiili hukuka uygun olarak nitelendirmek mümkün değildir[3]. Tüm bu düzenlemeler birlikte değer-

---

* Avukat, İstanbul Barosu.

1 Öztürk/Erdem, (8). S.148, kn.221; Özbek, TCK, İzmir Şerhi, (3), S. 356; Yener Ünver, (YTCK'da Kusurluluk), CHD, Yıl:1, sayı: 1, Ekim 2006, S.59; Soyaslan, Genel Hükümler, (3), S.356; Centel/Zafer/Çakmut, (4) S. 312.

2 Artuk/Gökçen/Yenidünya Genel Hükümler, (3), S.641; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, (2), S.374; Hakeri, Ceza Hukuku, (5), S.261, ; Koca, Hukuka Uygunluk Sebepleri, S.129. Ayrıca Bkz. Erem/Danışman/Artuk, S.584.

3 Hakeri, Ceza Hukuku, (5), S.260.

lendirildiğinde, hukukumuz bakımından zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi teşkil ettiğini kabul etmek yerinde olacaktır.

TCK'nın zorunluluk haline ilişkin 25. maddesinin 2. fıkrası genel hüküm niteliğindedir. Prensip olarak bütün suçlar bakımından geçerli bir mazeret nedeni oluşturmaktadır. Bununla birlikte kanunda öngörülmüş bazı suçlar bakımından zorunluluk hali ayrıca düzenlenmiştir. Bu tür zorunluluk hallerine yer verilmiş suçlar bakımından 25. maddenin 2. fıkrasındaki koşulların değil, ilgili suça ilişkin özel düzenlemedeki koşulların gerçekleşmesi aranacaktır. Örneğin TCK 'nın 91. maddesine göre organ veya dokunun maddi menfaat karşılığı satılması, satın alınması suç teşkil etmektedir. Ancak kanunun zorunluluk hali başlıklı 92/1. maddesinde "organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durumlar göz önünde bulundurularak hakkında verilecek cezada indirim yapılacağı gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir"denilmektedir. Görüldüğü gibi özel zorunluluk hallerinde, failin kusur yeteneğinin ortadan kalkıp kalkmadığını hâkimin araştırması gerekmektedir. Şayet bu tür olaylarda failin içinde bulunduğu şartlar nedeniyle irade kabiliyeti gerçekten ortadan kalkmışsa hiç ceza verilmeyecek; buna mukabil şartlar failin irade kabiliyetini etkilemişse failin cezasında indirime gidilecektir. Yine kanunun 303. maddesinde düzenlenen "düşmanla işbirliği yapmak"suçunu; 'savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaşın işlemesi halinde, vatandaş hakkında bu nedenle cezaya hükmolunmayacaktır. Burada da özel bir zorunluluk hali bulunmaktadır'[4].

ŞARTLARI

A. Tehlikeye İlişkin Şartlar

Zorunluluk halinden söz edilebilmesi için öncelikle bir tehlikenin varlığı gerekir. Tehlike bir kimsenin veya şeyin varlığını, güvenliğini tehdit eden ve bir zarar olasılığı ortaya koyan durumdur[5]**.** Esasen zorunluluk halinde, tehlikenin doğurabileceği zararı önleme düşüncesinin, kişinin irade yeteneğini etkileyebileceği varsayılarak, işlenen fiil mazur görülmektedir. Bu itibarla tehlikenin zarar aşamasına geçmemiş olmaması yani zararın gerçekleşmeye henüz başlamamış veya başlamış olmakla birlikte tamamlanmamış olması gerekir. Tehlike artık zarara dönüşmüşse zorunluluk halinden bahsedilemez[6].

---

4 Hakeri, Ceza Hukuku, (5), S.262.

5 Öztürk/Erdem, (8), S.149, kn.223.

6 Nevzat Toroslu, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, S.96; Hakeri, Ceza Hukuku, (5), S.263.

Tehlikenin zorunluluk haline yol açabilmesi için ağır ve muhakkak olması gerekir. Tehlikenin ağır olmasından maksat, tehlikenin kişiye ilişkin hak bakımından ağır bir zarar meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Bu nedenle açlıktan ölmemek için ekmek çalmak veya soğuktan donmamak için başkasının konutuna girmek zorunluluk haline girebilirse de, keyif verici bir madde (örneğin; sigara) çalmak zorunluluk haline girmez. Tehlikenin ağır olması yeterli değildir, aynı zamanda muhakkak da olmalıdır. Bu itibarla o anda mevcut olmamakla birlikte, çok yakın bir gelecekte gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olan tehlikeleri de "muhakkak "saymak gerekir[7]. Bir başka deyişle derhal korunma hareketi yapılmadığı takdirde, tehlikede olan yararın, zarara uğrama olasılığı yüksek olmalıdır. Ancak tehlikenin muhakkak sayılması için, zararın yakınlığı şart değildir.

Ağır ve muhakkak tehlike değişik nedenlerden kaynaklanabilir. Örneğin; tehlike doğal olaylardan (sel baskını, deprem, yangın), insan psikolojisi veya biyolojisinin gereksinimlerinden (açlık, susuzluk), hayvan hareketlerinden (köpek veya kızgın bir boğanın saldırısı gibi), doğabilir.

Tehlikenin kişinin gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olması gerekir. Kanunda, 765 sayılı eski TCK 'nın aksine, tehlikenin yönelebileceği kişiye ait değerler arasında bir sınırlama yapılmamıştır. Bu itibarla kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, özgürlüğüne ve cinsel dokunulmazlığına, şerefine, mal varlığına, özel hayatının gizliliğine vs. yönelik tehlikelere karşı zorunluluk hali mümkün olabilecektir. Tehlikenin kişinin kendisine ait değerlerine yönelmesi gerekmez. Başkasına ait değerlere yönelik tehlikeden bu kişileri kurtarmak zorunluluğu ile suç işleyen kişi de zorunluluk halinden yararlanır. Bu itibarla gebelik, ananın hayatı için tehlikeli bir nitelik gösterdiği takdirde anne, çocuğun doğmasını ve kendi hayatının feda edilmesini istese dahi, bunu yapmayıp çocuğu düşürten ve anayı kurtaran doktor zorunluluk halinde bulunmuş sayılır[8]. Tehlikeye ilişkin bir koşul da tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla zorunluluk halinin söz konusu olabilmesi için, tehlikeden korunmak isteyen kişinin bu tehlikeye bilerek neden olmaması gerekir. Bu itibarla tehlikeye doğrudan kastla, olası kastla veya bilinçli taksirle neden olan kimse zorunluluk halinden yararlanamaz[9]. Örneğin; bir kimsenin evini kasten ateşe veren ve daha sonra alevlerden kurtulmak isterken bir başkasını yaralayan kimse zorunluluk halinde bulunduğunu iddia edemez. Buna karşılık misafir olarak gittiği evde elinde sigarası olduğu takdirde uyuya kalan ve bu suretle yangına

---

7 Centel/Zafer/Çakmut, (4), S.315. Erem/ Danışman/Artuk, S.584.

8 Hakeri, Ceza Hukuku, (5), S.270; Dönmezer/Erman, II, (12, n.136).

9 Toroslu, Genel Kısım, S.112; Centel/Zafer/Çakmut, (4), S.316; Özbek; TCK İzmir Şerhi, (3), S.356-357-358.

neden olan kimse yangından kurtulmak için evin kapısını kırarsa zorunluluk halinden yararlanabilecektir.

Bunun dışında madde metninde aranmasa da, tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmamasının da zorunluluk halinin koşullarından birisi olduğunu kabul eden yazarlar da vardır. Buna göre bir kimsenin zorunluluk halinden faydalanabilmesi için tehlikeye karşı koymak; onu bertaraf etmek bakımından hukuki bir yükümlülüğünün olmaması gerekir[10].

B. Korunmaya İlişkin Şartlar

Zorunluluk halinin korunmaya ilişkin şartlarından biri; kişinin kendisinin veya başkasının hakkına yönelik ağır ve mutlak bir tehlikeden başka suretle korunma olanağının bulunmamasıdır. Şayet tehlikeden başkasının hakkına zarar vermeksizin korunmanın başka yolları varsa; zorunluluk halinin varlığından söz edilemez. Zorunluluk halinde, tehlikenin kaynağı ile hiçbir ilgisi bulunmayan, tamamen masum üçüncü kişilerin haklarına da zarar verilebildiği için, "tehlikeden başka yollarla kurtulma olanağının bulunmaması" ifadesini dar yorumlamak gerekir. Acilen ilaç alması gereken bir kimse, eczanelerin kapalı olduğu pazar günü nöbetçi eczaneye gitmeyip bir eczanenin camını kırarak ilaç alırsa zorunluluk hali yoktur[11].

Korunmaya ilişkin bir diğer koşul da tehlike ile konu ve kullanılan vasıta arasında bir orantının bulunmasıdır. Bu durumda ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarma zorunluluğu ile işlenen her fiilde zorunluluk halinin varlığı ileri sürülmeyecektir. Şayet değerler mukayese edildiğinde korunan değer, feda edilen değerden üstün değilse veya en azından ikisi birbirine eşit değilse zorunluluk halinden söz edilemeyecektir.

Zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde sınırının kapsamı ve uygulanacak hüküm tartışılmalıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinden meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeni ile aşılması (TCK m.27/2) kusurluluğu etkileyen özel bir hal olarak kabul edilmiştir. Burada kişi meşru savunmada bulunması gereken saldırı ile savunma arasındaki orantıda sınırı, heyecan, korku ve telaştan dolayı aşmaktadır (intensiver Notwehrexzess). Faalin saldırıyı bir yumrukla savuşturmasının mümkün olduğu olayda, olayın gerçekleştiriliş biçiminden kaynaklanan korkuyla silahına sarılması ve ateş etmesi durumunda olduğu gibi. Tabi ki, her türlü telaş korku veya heyecan değil faalin işlemiş olduğu fiilden

---

10 Bkz. Toroslu:Zorunluluk hali: s.138; Öztürk/Erdem; s.150; kn.226 Artuk/Gökcen/Yenidünya; Genel Hükümler, (3), s.648

11 Artuk/Gökcen/Yenidünya; Genel Hükümler, (3), s.647

dolayı kınanabilirliğini kaldıracak düzeydeki haller mazur görülecektir. Saldırıdan kaynaklanan öfke ve gazabın etkisi ile sınırları aştığında faile haksız tahrik hükmü uygulanacaktır[12]. Meşru savunmanın sınırı ortada mevcut bir saldırı olmadığı halde mazur görülebilecek korku, telaş veya heyecandan dolayı zaman yönünden aşılmış olabilir[13]. Buna göre henüz başlamış bir saldırı bulunmamasına veya bitmiş saldırı olmasına rağmen mazur görülebilecek bir korku, telaş veya heyecan yüzünden saldırının başladığı veya bitmediği düşüncesiyle gerekmediği halde savunma niteliğindeki hareketler gerçekleştirilmektedir. Meşru savunmanın şartları hususunda korku, heyecan veya telaştan kaynaklanan nedenlerle sınırın aşılmasını hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira 27/2.maddesinin uygulanabilmesi için meşru savunmada bulunulmasını gerektiren bir saldırının varlığı şarttır. Böyle bir saldırı bulunmadıkça gerçekleştirilen savunmanın sınırının aşılmasından da söz edilemez. Dolayısıyla bu hatanın 30/1. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir[14]. Diğer bir ihtimalde ise faalin somut olayda meşru savunmada bulunulmasını gerektiren haksız bir saldırının bulunduğu düşüncesi ile gerçekleştirmiş olduğu savunma niteliğindeki hareketlerde sınırı aşmış olmasıdır. Dolayısıyla bu yanılgı çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu fiiller bakımından kişinin kastının varlığından söz edilemeyecektir. Buna karşılık eğer taksirli sorumluluğu gündeme gelebiliyorsa, yani yanılarak gerçekleştirmiş olduğu savunma niteliğindeki hareketler taksirle işlendiğinde de cezalandırılabilen bir suçu oluşturuyorsa cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu nedenle m.27/2, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata neticesinde gerçekleştirilen meşru savunmanın sınırının aşımı hallerinde uygulanamayacaktır.

---

12 Yarg.CGK.26.02.2008, 281/37(Şirin ve diğerleri, s.90)

13 "Sanığın kardeşine 2-3 metre mesafeden birden çok ateş eden ve halen silahlı saldırısına devam eden maktule meşru savunma koşulları içinde hareket edip mazur görülebilecek bir korku, heyecan, telaştan dolayı 10 kez ateş ederek meşru savunma sınırını aştığının anlaşılmasına göre, 5237 sayılı TCK'nın 27/2 maddesi uyarınca sanığa ceza verilmemesi gerekir". Yargıtay 1.CD. 09.04.07; 2005-4811/2007-2535(YKD., C.:33, 2007/&, s. 1177-1178). Bu karara muhalif kalan üyeler söz konusu olayda sanığın öldürme suçunun meşru savunmanın sınırını aşarak işlediğinin kabul edilmesi gerektiğini, yani söz konusu olayda yerel mahkemenin 27/1 'den yaptığı uygulamanın yerinde olduğunu savunmuşlardır. Görüldüğü üzere de olayda sanık, kardeşine ateş eden maktule yönelik saldırının sınırını kasten aşmıştır. Bu nedenle söz konusu olayda 27/1in uygulanması mümkün değildir. Çünkü 27/1 meşru savunma sınırının ancak taksirle aşıldığı hallerde uygulanacak bir hükümdür.

14 Özgenç, Türk Ceza Hukuk, s. 393, dpn.698.

C. Cebir Ve Tehdit Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

Kusuru etkileyen bir diğer durum failin cebir ve şiddet altında kalarak suç teşkil eden fiili işlemesidir. Failin işlediği fiilin suç olduğu konusunda kastı mevcuttur. Kusur, failin başka türlü davranma imkânı var iken haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştirmesini ifade etmektedir. Cebir; şiddet, korkutma veya tehdidinin etkisinde kalarak suç teşkil eden bir fiili işleyen kişinin ise, irade yeteneği etkilenmiş olduğundan başka türlü davranma imkânının varlığından söz edilemeyecektir. Bu gibi hallerde cebir ve tehdidi kullanarak başkasına suç işleten kişi, işlenen bu suç nedeni ile dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır[15]. Tehdit halinde kişi, bir saldırının, kötülüğün ileride gerçekleştirileceğinin beyanı ile korkutularak, belli bir davranışta bulunmaya zorlanacaktır. Tehdit altında suç işleyen kişi fiili iradi olarak ve dolayısıyla kasten gerçekleştirdiği halde fiili işlemek bakımından içinde bulunduğu korku nedeni ile kişinin davranışı mazur görülmektedir.

Cebir, vis absoluta (mutlak kuvvet) ve vis compulsiva (zorlayıcı kuvvet) olmak üzere ikiye ayrılır. Ceza hukuku bakımından önem taşıyan cebir, esasen zorlayıcı kuvvet şeklinde icra edilendir. Böyle bir davranışın hukuki anlamda fiil olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ceza hukukunda bir davranışın fiil vasfını haiz olabilmesi için iradi olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Oysa mutlak kuvvetin etkisi ile suç işletilen kişinin davranışı iradi bir davranış olarak nitelendirilemez. Mutlak kuvvet uygulanmak suretiyle işlenen suçun doğrudan faili, mutlak kuvveti uygulayan şahıstır[16]. Örneğin; bir kimsenin elinin silahın tetiğinin üzerine konularak üzerine bastırılması suretiyle bir kişinin öldürtülmesi, mağazanın vitrininin önünden geçmekte olan yolcunun aniden ve hızlı bir şekilde vitrine itilmesi suretiyle camların kırdırılması[17] hallerinde kişinin belli bir amaca yönelik olarak iradesiyle hakim olduğu bir davranıştan bahsetmek mümkün değildir. TCK m.108 'e göre, cebir kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde ezici bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisi ile belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, cebir kavramı kişinin iradesi üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getiren fiziki güç kullanmayı ifade etmektedir[18].Cebir halinde suç işleyen kişinin iradi karar verme ve hareket etme özgürlüğünden bahsedilemez. Bununla birlikte, cebir altında bulunan kişinin gerçekleştirdiği davra-

---

15 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Mahmutoğlu/Ünver/Sözüer, SuçTeorisi, (2), s.280.

16 Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.375.

17 Dönmezer/Erman, II, (12), n.1036

18 Üzülmez; Tehdit; Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.45vd

nış, hukuki anlamda fiil niteliğine sahiptir ve cebre maruz kalan kişi, işlediği fiil bakımından kasten hareket etmektedir[19]. Ancak bu kişi kendisine halen uygulanmakta olan cebirden kurtulmak için böyle bir fiili işlemek mecburiyetinde bırakıldığı için hakkında kınama yargısında bulunmak mümkün değildir. Cebir veya tehdidin etkisi altında işlediği suçtan dolayı kişinin kusursuz sayılabilmesi için, maruz kaldığı bu cebir veya tehdidin belli bir ağırlığa ulaşması gerekir. Cebir ve tehdidin ağırlığı, TCK'ya göre karşı konulması veya kurtulması mümkün olmayacak boyutta olmalıdır. Tehdidin ise muhakkak ve ağır olması gerekir. Bu anlamda zorunluluk halinde mevcut olması gereken, ağır ve muhakkak bir tehlike kavramına paralellik bulunmasıdır. Tehdidin muhakkak olmasındaki belirleme deneysel bir yöntemle değil normatif olarak, yani değerlendirme yöntemi ile gerçekleştirilecektir. Buna göre, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin daha önemli hukuki değerini korumak için bundan daha önemsiz veya en azından eşit derecedeki hukuki değeri feda etmesi söz konusu olmuşsa, cebir veya tehdidin irade özgürlüğünü bertaraf edecek boyuta ulaştığını kabul etmek gerekir. Örneğin; öldürüleceği tehdidi ile kasadaki paraları soyguncuya veren banka veznedarı, tercihini mal varlığı hukuki değerini korumak yerine yaşam hakkını korumak yönünde kullanmışsa; veznedarın böyle bir tercihi yapmak mecburiyetinde kaldığını kabul etmek gerekecektir[20].

---

19 Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.375.

20 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Mahmutoğlu/Ünver/Sözüer,SuçTeorisi,(2),s.282.

CMK M.134 Uygulamasında Verilerin MD5 Algoritmasi İle "Hash" Değerlerinin Alınmasında Çakışma (Collision) Sorunu

*Ali Osman ÖZDİLEK**

Hukuk uygulamamızda artık geniş bir alanda bilişim sistemlerinden elde edilen deliller çok önemli bir rol oynamaya başlamıştır. Hemen her gün gazetelerde bilişim delillerinin işin içinde olduğu adli vakalara ilişkin haberler yer almaktadır. Bilişim sistemlerinden delil toplanması denildiği zaman ise öncelikle hukukumuzda bunu düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesi akla gelmektedir.

CMK 134. maddeye göre:

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere el konulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, el konulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

(3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.

(4) İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

(5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır."

---

* Av., İstanbul Barosu

Maddede, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması halinde bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanaatimizce CMK m.134 kapsamında uygulama yapan kolluk kuvvetlerinin bilgisayarlara doğrudan el koyma hakkı bulunmamaktadır. Kolluk kuvvetleri ancak çözülemeyen bir şifre var ise bilgisayara el koyup götürebilirler. Dolayısıyla hem başka surette delil elde etme imkanının bulunup bulunmadığı ele alınmadan hem de doğrudan bilgisayarlara el konularak ve de el konulan bilgisayarların birer kopyası şüpheliye verilmeden yapılan arama ve el koyma işlemlerinin hukuken geçerli olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Madde ve maddenin uygulanması ile ilgili çeşitli sorunlar bugün tüm uygulayıcıların önünde durmaktadır. Bunlardan bir kısmı yukarıda belirttiğimiz hususları, bir kısmı yapılacak kopayalamalarda gerekli araç gerecin kimin tarafından nasıl temin edileceği, bir kısmı şüpheli veya vekili bir kopya istemediyse verilerin kopyasının verilip verilmeyeceği gibi sorunları kapsamaktadır.

Bu yazıda ise bugüne kadar ele alınmadığını düşündüğümüz öncelikli olarak teknik olan bir konuyu ele alacağız.

Maddenin (3) numaralı bendinde "*Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.*" denilmektedir. Bu hükmün yegane amacı, bilişim suçlarında çoğunlukla tek delil bulunabilecek olan bilgisayar sistemindeki delillerin kaybolmasını, bozulmasını veya değiştirilmesini engelleyerek adaletin tecelli etmesinin sağlanmasıdır. Bilgisayarlardaki veriler çok hassas verilerdir. Nasıl ki bir cinayet mahallindeki DNA'lar en ufak bir kirlenme sebebiyle tesbit edilemez hale geliyorsa elektronik deliller de aynı şekilde ufak bir hareket, enerji kaybı vb. gibi bir sebepten çabucak bozulabilir. Bu gerçeğin farkında olan Kanunkoyucu bu sebeple 3. bend hükmünü getirmiştir.

Bu bendin hemen altında yer alan ve bu bentle doğrudan ilgisi bulunan 4. bendde ise, "*İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.*" denilmektedir. Bu hükmün de amacı adaletin tecelli etmesine imkan tanımaktır. Hakim vicdani kanaate ulaşabilmek için sanığın bilgisayarından elde edilen kopyalar ile sanığın veya vekilinin eline bırakılan kopyaların birebir aynı olduğunu, herhangi bir değişikliğin, bozulmanın, müdahalenin söz konusu olmadığını mahkeme dosyasında görmelidir. Bilgisayarlar alınıp götürüldükten sonra artık o bilgisayarlar üzerinde ne gibi işlemler yapıldığını denetlemeye imkan bulunmamaktadır. Veriler kasten değiştirilebileceği gibi ihmalle de değiştirilebilir.

Bunu kontrol etmenin bir yolu aynı imaj kopyanın hash değeri de alınarak şüpheliye verilmesi ve bu kopya da dikkate alınarak karşılaştırmanın yapılmasıdır, kaldı ki bu dahi sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için yeterli değildir. Önemle belirtmek gerekir ki maddede sadece yedeklerin alınacağından bahsedilmekte ancak alınan bu verilerin ne şekilde bozulmadan mahkeme önüne getirileceğine ilikin bir düzenleme veya atıf yapılmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında aşağıda ele alacağımız konunun zaten yasal bir düzenleme alanı içinde olmadığından bahisle hukuken ele alınması gerekmeyen bir konu olduğu ileri sürülebilir ise de bu tür bir yorum hem işin teknik doğasına hem de Kanun'un ruhuna aykırı bir yorum olacaktır.

Bu yazıda amaç "verilerin hashlenmesi" denilen konuda delillerin geçerliliğini etkileyebilecek önemli bir teknik soruna işaret etmektir. Bu nedenle yazının devamında "Hash analizi ve MD5 Hash algoritması" hakkında açıklamalar yapılacaktır.

Hash'lemek veya bir verinin hash'ini almak tabiri, kriptografi bilimine ait bir terimdir ve bir spesifik içerikten matematiksel olarak üretilen bir parmak izi olarak tanımlanabilir.

İyi bir hash algoritması iki özelliğe sahiptir: tek yönlüdür ve çok az sayıda çatışmaya (collision) yol açar.

Tek yönlü olma, sabit bir girdi verilerek sabit bir sonuç üretmekte kullanılan, ancak orijinal girdilerin tersine mühendislik yöntemleriyle doğru bir biçimde geri getirilemediği bir algoritmaya sahip olmak demektir. Bunun en yaygın örneği ise Exclusive-Münhasır Or (XOR) fonksiyonudur. XOR fonksiyonu iki adet ikili sayı düzenindeki girdiyi alır, eğer tek girdi 1 ise o zaman sonuç 1 olur, aksi durumda ise 0 olur. Eğer çıktı biliniyorsa (1 veya 0) girdilerin kesin olarak ne olduğunu bilmenin bir yolu yoktur.

Çatışma (collision) ise, hash fonksiyonu içinde ortaya çıkan ve delilerin bütünlüğünü ve doğruluğunu doğrudan etkileyen konulardan biridir. Çatışma aynı hash değeriyle sonuçlanan iki farklı verinin ortaya çıkması durumudur. Ülkemizde kolluk kuvvetlerinin CMK m.134 kapsamında yaptıkları uygulamalarda yaygın olarak kullandıkları MD5 algoritmasının bu tür çatışmaları içinde barındırdığı tespit edilmiştir.

MD5, 1994 yılında kriptograf Ron Rivest tarafından MD4 versiyonunun güçlendirilmiş hali olarak geliştirilmiş olunan bir hash fonksiyonudur. MD5 bir dosyayı 512 bit input bloklarına böler. Her blok her biri benzersiz 128 bitlik hash değeri üreten bir fonksiyonlar serisi şeklinde çalışır.

2004 yılında Çin Halk Cumhuriyeti Shandong Üniversitesi'nden Xiaoyun Wang ve Hongbo Yu, Çin Bilimler Akademisi'nden Dengguo Feng, Şangay Jiaotong Üniversitesi'nden Xuejia Lai yayınladıkları makalelerinde aynı hash değerine sahip 128 bitlik iki farklı seriyi bulan bir algoritma yayınlamışlardır.

ABD Ulusal Güvenlik Departmanı da VU#836068 sayılı güvenlik zaafiyeti notunda MD5 algoritmasının çatışmalara açık olduğunu ve bu zayıflıktan faydalanılarak gerçek gibi görünen belgeler üretilebileceğini açıklayarak tüm ilgilileri uyarmıştır.[2]

Bu tür çatışmaya aşağıdakiler örnek olarak verilebilir:

Message 1	1st Block	02DD31D1 C4EEE6C5 069A3D69 5CF9AF98 **87**B5CA2F AB7E4612 3E580440 897FFBB8 0634AD55 02B3F409 8388E483 5A41**71**25 E8255108 9FC9CDF7 **F2**BD1DD9 5B3C3780
	2nd Block	D11D0B96 9C7B41DC F497D8E4 D555655A **C7**9A7335 0CFDEBF0 66F12930 8FB109D1 797F2775 EB5CD530 BAADE822 5C15**CC**79 DDCB74ED 6DD3C55F **D8**0A9BB1 E3A7CC35
Message 2	1st Block	02DD31D1 C4EEE6C5 069A3D69 5CF9AF98 **07**B5CA2F AB7E4612 3E580440 897FFBB8 0634AD55 02B3F409 8388E483 5A41**F1**25 E8255108 9FC9CDF7 **72**BD1DD9 5B3C3780
	2nd Block	D11D0B96 9C7B41DC F497D8E4 D555655A **47**9A7335 0CFDEBF0 66F12930 8FB109D1 797F2775 EB5CD530 BAADE822 5C15**4C**79 DDCB74ED 6DD3C55F **58**0A9BB1 E3A7CC35
MD5 Hash		8D5E7019 6324C015 715D6B58 61804E08

3

d131dd02c5e6eec4693d9a0698aff95c 2fcab58712467eab4004583eb8fb7f89
55ad340609f4b30283e488832571415a 085125e8f7cdc99fd91dbdf280373c5b
d8823e3156348f5bae6dacd436c919c6 dd53e2b487da03fd02396306d248cda0
e99f33420f577ee8ce54b67080a80d1e c69821bcb6a8839396f9652b6ff72a70

ve

d131dd02c5e6eec4693d9a0698aff95c 2fcab50712467eab4004583eb8fb7f89
55ad340609f4b30283e4888325f1415a 085125e8f7cdc99fd91dbd7280373c5b
d8823e3156348f5bae6dacd436c919c6 dd53e23487da03fd02396306d248cda0
e99f33420f577ee8ce54b67080280d1e c69821bcb6a8839396f965ab6ff72a70

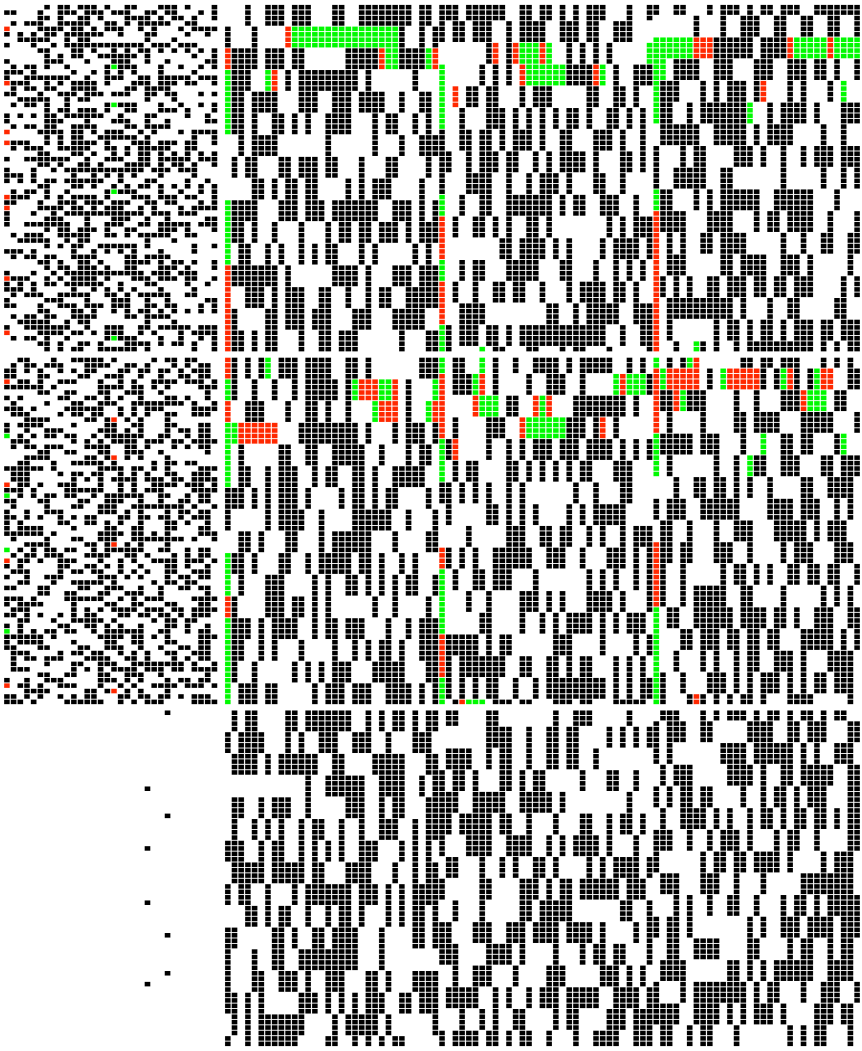
4

2 Uyarının metnine http://www.kb.cert.org/vuls/id/836068 adresinden ulaşılabilir.

3 http://accessdata.com/media/en_us/print/papers/wp.MD5_Collisions.en_us.pdf

4 http://www.links.org/?p=6

Bu çatışmanın görselleştirilmiş hali ise aşağıdadır:



[5]

Bu durum bize MD5 algoritmasının verilerin bütünlüğünü ve delil değerini kanıtlama konusunda şüphe yaratan bir delil gücüne sahip olduğunu göstermektedir. Bu nedenle MD5 yerine SHA-0 ve SHA-1 algoritmaları geliştirilmiş ancak bunların da bugün için çok düşük ihtimallerde de olsa çatışmaya açık oldukları tespit edilmiştir.

---

[5] http://www.links.org/?p=6

Bunun yanısıra belirtilmesi gereken bir diğer husus ise dijital delilin elde edilmesi ve bütünlüğünün korunmasının yanısıra bir dosya sistemi üzerinde uygulanan hash uygulamasında "pozitif karşılaştırma" ve "negatif karşılaştırma"nın da yapılmasının gerekliliğidir. Pozitif karşılaştırmada, dosyaların bilinen bir hash değeriyle eşleşmesine bakılır, negatif karşılaştırmada ise bilinen bir hash değeriyle eşleşmemesine bakılır.

Ülkemizde yapılan "hash" uygulamasında genellikle bilinen hash setleri ile bilgisayarda pozitif ve negatif karşılaştırma yöntemi ile bir inceleme yapılmamaktadır.

Netice olarak, kanaatimizce bugün için MD5 algoritması hash değerleri ile oynanmasına imkan veren bir algoritmadır ve bu nedenle CMK m.134 kapsamında yapılacak uygulamalarda kullanılması durumunda sanığın bu hususu mahkeme önüne getirmesine gerek olmadan mahkemece re'sen gözönüne alınması gereken bir husustur. Davayı gören hakim teknik bilgiye sahip olmasa da en azından bilirkişilere verilerin yedeklenmesinin ve hash değerlerinin alınmasının bugün için güvenilir bir endüstri standardı olan bir yöntemle alınıp alınmadığını yani delillerin mahkeme önüne gelmesindeki zincirde bir kopukluk olup olmadığını sormalı, MD5 algoritmasının kullanıldığı bir dosyadaki verileri ise delil olarak kabul etmemelidir. Bu konuda ABD'de yayınlandığı şekilde her ne isim altında olursa olsun bilgilendirici ve bağlayıcı bir bildirimin de yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- STEEL Chad, "Windows Forensics, The Field Guide for Conducting Corporate Computer Investigations", Wiley Publishing, Inc., Indianapolis/USA, 2006
- AccessData White Paper, "MD5 Collisions The Effect on Computer Forensics, April 2006
- Xiaoyun Wang, Hongbo Yu, Dengguo Feng, Xuejia Lai, "Collisions for Hash Functions, MD4, MD5, HAVAL- 128 and RIPEMD", August 2004
- www.mcsc.dal.ca
- http://www.links.org/?p=6
- http://www.kb.cert.org/vuls/id/836068

*Elektronik Haberleşme Endüstrisinde Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri**

*Dilek SALMAN KARADENİZLİ**

I. GİRİŞ

Teknolojinin hızlı gelişim ve değişim süreci klasik haberleşme yöntemlerini de değiştirmiş, dünyanın her bir noktasını her an ulaşılabilir bir haberleşme noktası haline getirmiştir. Ülkemiz insanının arama yapmak istediği noktaya bağlanmak için saatlerce beklediği günler çok gerilerde kaldı. 2000'li yılların başlarında cep telefonu tüketicilerin hayatına bir lüks olarak girmişken bugün yaşlısından gencine, varlıklısından yoksuluna hemen hemen herkes cep telefonu kullanmaktadır. Dial-up (çevirmeli ağ) internet bağlantısı ile düşük bağlantı hızları ile internet üzerindeki göreceli olarak bugüne oran ile daha az sayıda bilgiye ulaşılırken bugün saniyede 1000 Mbit hıza ulaşan fiber optik altyapılar üzerinden milyonlarca bilgi ve belgeye ulaşmak ve sosyal ağlar üzerinden paylaşımlarda bulunmak, dünyanın herhangi bir yerinde kurulu sunucular üzerinde bulundurulan oyunları oynamak, İnternet'e giren herhangi bir haberi anında okumak, videoyu izlemek ya da kaçırılan bir dizi filmi ya da canlı yayın TV hizmetlerini internet üzerinden anında izlemek bugün artık bir lüks değil, bir ihtiyaç haline gelmiştir.

Bu makale ile öncelikle; elektronik haberleşme, regülasyon ve rekabet kavramlarına değinilecek, bu endüstri alanında neden bir düzenleyici kuruma ihtiyaç duyulduğu hususlarına yer verilecek ardından elektronik haberleşme endüstrisinin Türkiyede deregülasyonu ve yeni işletmecilerin yetkilendirilmesi ile birlikte yoğun rekabet sorunlarının yaşandığı yetkilendirme alanlarına, hakim durum kavramı ve elektronik haberleşme endüstrisinde hakim durumun özel görünümü olan etkin piyasa gücü kavramına ve hakim durumun kötüye kullanılması halleri örnekler üzerinden incelenecektir.

II. Elektronik Haberleşme Endüstrisi ve İlgili Kavramlar

A. Elektronik Haberleşme

Elektronik Haberleşme Kanunu(EHK)'nun[1] 3(f) maddesinde elektronik haberleşme; *"Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol,*

---

* Av., LLM, İstanbul Barosu

1 10.11.2008 tarih ve 27050 sayılı Resmi Gazete.

ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması" olarak tanımlanmaktadır. EHK'da, 406 sayılı Kanunu'nda[2] kullanılan "telekomünikasyon" ifadesi yerine "elektronik haberleşme" ifadesi kullanılması mehaz AB düzenlemeleri ile uyum sağlanması amacıyla tercih edilmiştir.

Mevzuatta elektronik haberleşme ile bağlantılı başkaca kavramlar da bulunmaktadır. Söz konusu kavramlar; hem elektronik haberleşme endüstrisinin işleyişi hem de hukuki ihtilafların çözümünde anahtar kavramlar olduğundan, çalışmamızda bu kavramların anlamı da aşağıda açıklanacaktır.

Bu kavramlardan ilki; "şebeke" kavramıdır. Bilindiği üzere, her türlü işaret, sembol, görüntü, ses ve verinin iletilebilmesi için elektronik haberleşmede kullanılacak cihaz ve sistemlere ihtiyaç duyulmaktadır. Anahtarlama ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü şebeke birimleri, ilgili tesisler ve bunların bütünleyici parçaları elektronik haberleşme altyapısının birimlerini oluşturmaktadır. Şebeke; kavramı da; *"iki veya daha fazla nokta arasında haberleşmeyi sağlamak için bu noktalar arası bağlantıyı teşkil eden anahtarlama ekipmanları ve hatlar dahil olmak üzere her türlü iletim sistemleri ağı"nı ifade etmektedir."* Şebeke ile ilgili bir kavram olan "arabağlantı" ise; birden fazla şebekenin birbirleri ile haberleşmesini sağlayan ve EHK'da kabul edilen erişim metodlarından biridir. Arabağlantı, EHK'nın 3(e) maddesinde; *"Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısı"* olarak tanımlanmıştır.

Altyapı birimleri biraraya gelerek şebekeleri oluşturmakta, şebekeler fiziksel ve mantıksal bağlantılar ile irtibatlanmakta, bu altyapılar bileşkesi üzerinden de toptan ve perakende elektronik haberleşme hizmetleri sunulmaktadır.

Elektronik haberleşme hizmetlerini; temel hizmetler ve katma değerli hizmetler olarak iki kategoride toplamak mümkündür. Temel hizmetler; terminal cihazları ve bu cihazların birbirleri ile iletişimini sağlayan ana omurga bileşenleri üzerinden iletilen hizmetler, katma değerli hizmetler ise *ses, veri, temel hizmeti biçim, içerik, protokol veya diğer yönleriyle bir işleme tabi tutan, bilgisayar uygulamaları ile birleştiren veya aboneye ilave, farklı veya yeniden şekillendirilmiş bilgi sunan ya da abone ile stoklanmış bilgi arasında karşılıklı ilişkiyi sağlayan bilgi yoğun hizmetlerdir*.

---

2 21.02.1924 tarih ve 59 sayılı Resmi Gazete.

B. Rekabet ve Regülasyon

Genel olarak tüm piyasalarda, piyasaya girişler ile başlayacak en önemli olgu rekabettir. Rekabet terimi, herhangi bir etkinlik alanında ayrı ayrı kişi ya da gruplar arasında sürdürülen üstün olma mücadelesi[3] olarak tanımlanmaktadır. Devletler süreklilik arzeden piyasa aksaklıklarının giderilmesi için regülasyonu kullanırlar[4]. En salt anlatımı ile düzenleme anlamına gelen regülasyon faaliyetleri; ekonomik, sosyal ve idari regülasyon olarak üç faaliyet alanı olarak ayrılabilir. Devlet, ekonomik regülasyon ile piyasada mevcut aktörlerin arasında yeterli düzeyde rekabetin oluşmasını sağlayarak piyasaları etkin kılmayı, sosyal regülasyon ile devletin toplumun haklarının korunmasını ve refahın artırılmasını, idari regülasyon ile de devletin dahil olduğu işlemlerin ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin kuralları oluşturmayı amaçlamaktadır[5]. Diğer bir deyişle; regülasyon, devletlerin piyasaya müdahale ederek, piyasadaki kısıtlayıcı kuralları ortadan kaldırmaları ya da azaltmaları anlamına gelmektedir[6]. Devletin piyasalara müdahalesinin en temel gerekçeleri; piyasada oluşan aksaklıkların giderilerek; kaynak kullanımında ve kaynakların tahsisinde etkinliğin, piyasaların etkin çalışmasının ve tüketici refahında artışın sağlanmasıdır. *Düzenlenen piyasalarda müdahale ile piyasa aksaklığının giderilmesi neticesinde oluşturulacak fayda, müdahale sonucunda oluşan aksaklılar ve müdahalenin maliyetinden daha fazla olmalıdır*[7].

Elektronik haberleşme endüstrisi üzerindeki devlet tekelinin kaldırılarak piyasaların serbestleştirilmesi ile bu piyasalarda rekabetin kurulması ve devamının sağlanması ve piyasanın düzenlenmesi en önemli sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Elektronik haberleşme endüstrisinin rekabet ortamının kurulmasının işleyişini zorlaştıran, kendine has zorlukları bulunmaktadır. Öncelikle; altyapıya bağımlı bir faaliyetin, ülke düzeyinde tüm alt yapıya hakim tek bir şirketin piyasadaki üstün konumuna rağmen eşit ve rekabet koşulları içinde sunulması son derece zordur. Hakim durumdaki şirketin, altyapı tesislerin-

---

3 Türk Dil Kurumu, Bilim Sanat Terimler Sözlüğü, 2004.

4 Şahin Ardıyok, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2002, s. 21.

5 Serpil Ağcakaya, Nadide Sevil Halıcı, Bir İktisat Aracı Olarak Regülasyon Politikası, Telekomünikasyon ve Regülasyon Dergisi, Ankara 2005, Yıl 1, sy. 2, s. 101.

6 Ali Arıöz, Telekomünikasyon Sektöründe Deregülasyon Süreci, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Ankara 2005, s. 18.

7 Recep Çakal, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, İktisadi Endüstriler ve Koordinasyon DPT Genel Müdürlüğü Sektör Programları Dairesi, Ankara 1996, s. 18.

den ortak yararlanma konusundaki isteksizliği de piyasa aktörleri açısından işleri zorlaştıran bir başka unsurdur. Alt yapı tesisinin son derece masraflı ve uzun zaman gerektiren yatırım olması da piyasada rekabetin oluşmasını geciktirmektedir. Bu durum aynı zamanda, bu piyasada faaliyet gösteren şirket sayısını da son derece azaltmaktadır. Zira hem mali hem de hukuki ve idari zoruluklar girişimcileri bu alanda faaliyette bulunma konusunda olumsuz etkilemektedir. .

Elektronik haberleşme endüstrisinde regülasyon da son derece önem taşımaktadır. Regülasyon bu piyasadaki faaliyetlerin sunumunun düzenli ve evrensel hizmet sunumuna ilişkin temel ilkelere uygun şekilde yürütülmesini sağlamasının yanısıra rekabet ortamının oluşması ve korunmasını da amaçlar. Rekabet ortamının oluşması için idare, regülasyonu etkin bir araç olarak kullanabilmelidir. Regülasyondaki aksaklıkların veya idarenin bu konulardaki çekingenliğinin ya da piyasadaki belli aktörleri koruyucu düzenlemelerinin rekabetin oluşmasını zorlaştıracağı açıktır.

C. Düzenleyici Kurum İhtiyacı

Devletler piyasalara müdahalelerini düzenleyici kurumlar vasıtası ile yapmaktadırlar. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin önce batı daha sonra dünyanın kalan kısmında kurumsallaşması ve yerleşik hale gelmesi ile merkezi planlamacı devlet modeli yerini düzenleyici devlet modeline bırakmıştır. Devletin düzenleyici rolünde bürokratik yapının yerini de günümüz dünyasında Ulusal Düzenleme Kurumları (UDK'lar) almışlardır. Devletler, UDK'ların etkin bir şekilde faaliyet gösterebilmeleri için önemli ölçüde yetki devri yapmaktadırlar. Ekonomi bakımından çok önemli endüstri alanları UDK'lar tarafından düzenlenmekte, bu alanlarda UDK'lar devletin politikalarını sadece icra eden değil, aynı zamanda da belirleyen birimler olarak da kabul görmektedirler[8].

Ulusal rekabet kurumları (URK) ise; endüstri ayrımı yapmaksızın rekabetin korunması için faaliyet göstermektedirler. Türkiye'de Rekabet Kurumu (RK), *"ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla kurulan ve iktisadi kolluk yetkilerini kullanan bir kamu kurumudur"*[9]. Regülasyon ve rekabet kuralları, düzenlenen endüstrilerde rekabeti gerçekleştirmek için alternatif yollar sunarlar. Rekabet ve regülasyon kurallarının birbirini tamamlayıcı etkileri sosyal refahı artırmaktadır, fakat uygulamada regülasyon ile rekabet

---

8 Tamer Çetin, Regülasyon Sürecinin Yeni Aktörleri Politik İktisat Perspektifinden Bağımsız Düzenleyici Kurumlar, Rekabet Dergisi, sy. 29, s. 4.

9 Ahmet Eğerci, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara 2004, s.89.

kurallarını birbirlerinin yerine uygulamak politik olarak daha çok gündeme gelmektedir[10].

Türkiye'de de elektronik haberleşme endüstrisinde serbestleşme süreci ile bu endüstri alanında Devletin rolünü yeniden tanımlama ihtiyacı belirmiş ve 4502 sayılı Kanun'un[11] 2813 sayılı Kanun'da[12] gerçekleştirdiği değişiklik ile BTK (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) kurulmuştur. 4502 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde BTK'nın kuruluş amacı; *"...öncelikle fiyatlandırma, ara bağlantı ve hizmet kalitesi gibi konularda teknik nitelikli yönetmelikler ve diğer idarî düzenleme ve işlemleri yapmaya, görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatları ve genel izinlerin şartlarına uyulmasını denetlemeye ve bazı malî yaptırımları uygulamaya yetkili kılınmış, bu şekilde hem sektörün siyasî müdahalelerden arındırılması, hem uluslararası gelişimlere uygun olarak işletmeci ile düzenlemecinin ayrılması ve birbirinden bağımsızlaşması, hem de gereken teknik yeterliliğin bir uzman kurumda toplanması"*olarak belirlenmiştir.

Elektronik haberleşme alanında regülasyon ihtiyacının dünyada da UDK'lar tarafından ya da bu konudaki yetkilerin Bakanlıklar ile UDK'lar arasında paylaştırılarak karşılandığı gözlemlenmektedir[13]. Kamu tüzel kişiliğine ve idari ve mali özerkliği haiz olan ve özel bütçeli olarak kurulan BTK'nın ilişkili olduğu Bakanlık, Ulaştırma Bakanlığı'dır.

BTK; hukuk müşavirliği, daire başkanlıkları ve müdürlükler danışma ve yardımcı hizmet birimleri olarak teşkilatlanmış ana hizmet birimi ile bölge müdürlükleri şeklinde yapılanmıştır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim (BTİ) Kurulu, BTK'nın karar organıdır. Kurul, biri başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur. Kurul Başkanı BTK'nın da başkanıdır.

EHK'nın 6'ıncı maddesi kapsamına bakıldığında BTK'nın elektronik haberleşme endüstrisinde düzenleme, denetleme, yaptırım yetkileri bulunmaktadır. Elektronik haberleşme endüstrisinde piyasa aksaklıklarının tespit edilerek gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir[14]. Piyasa aksaklıklarının tespit edilmesi ve giderilebilmesi için öncelikle piyasanın tanımlanması ve

---

10 Şahin Ardıyok, Fuat Oğuz, Competition law and regulation in the Turkish telecommunications industry: Friends or foes? Telecommunications Policy (2009), doi:10.1016/j.telpol.2009.10.002, s. 5.

11 29.1.2000 tarih ve 23948 sayılı Resmi Gazete.

12 7.4.1983 tarih ve 18011 sayılı Resmi Gazete.

13 Ali Ulusoy, Telekomünikasyon Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 161.

14 Şahin Ardıyok, Yerel Telekomünikasyon Hizmetlerinde Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara 2004, s.12.

bu piyasalardaki aksaklıkların nasıl giderileceğine ilişkin öncül düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

III. Türkiye'de Deregülasyon ve Yetkilendirme Süreci

Herhangi bir faaliyetin devletten izin alınarak yapılması piyasalara hukuki giriş engeli olarak tanımlanmaktadır[15]. Türkiye'de elektronik haberleşme endüstrisinde piyasaya girişler yetkilendirme rejimine tabidir, dolayısı ile piyasaya hukuki giriş engelleri bulunmaktadır.

Bu durum; idare hukuku açısından ise, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yöntemi olarak kabul edilebilir. Zira bilindiği üzere, kamu hizmeti niteliğinde bulunan, bu nedenle de idarenin yakın denetim ve gözetimi altında yürütülmesi gereken bazı kamu hizmetlerinin "ruhsat" usulü ile özel hukuk kişilerine gördürülmesi mümkündür. EHK ile özel hukuk kişilerinin elektronik haberleşme hizmetlerini, bir çeşit ruhsat olan "yetkilendirme" ile yürütmeleri mümkün hale gelmiştir.

Elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebekesi veya altyapısı kurup işletmek isteyen işletmeciler, faaliyete başlamadan önce BTK'ya bildirimde bulunurlar. Bildirimde bulunan işletmeciler, kaynak tahsisine ihtiyaç duymaları halinde BTK'dan kullanım hakkı almaları kaydı ile, bildirim ile birlikte yetkilendirilmiş sayılırlar.

Halihazırda 21.02.2011 tarihi itibariyle elektronik haberleşme endüstrisinde yetkilendirilmiş 459 işletmeci faaliyet göstermektedir[16].

A. SABİT TELEFON HİZMETLERİ

406 sayılı Kanun kapsamında 1.7.1994 tarihine kadar posta, telgraf ve telefon hizmetleri; PTT tarafından 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)[17] kapsamında birlikte sunulmuştur. Telefon hizmetlerinin teknoloji yoğun bir yapıya ulaşması, posta hizmetlerinin ise işgücü yoğun yapısını korumuş olması dolayısı ile bu hizmetler kapsam ekonomisine[18] sahip iki

---

15 Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 254.

16 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2010 yılı 4. Çeyrek Raporları. http://www.btk.gov.tr/Yayin/Yayinlar.htm Erişim Tarihi : 1.3.2011.

17 18.6.1984 tarih ve 18435 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2680 sayılı Kanuna dayanılarak yayınlanan 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı KHK.

18 Birden fazla mal veya hizmet üreten bir firmanın bu mal veya hizmetlerden birisinin üretimini artırması diğer malın maliyetini düşürüyorsa, bu iki ürün bakımından kapsam ekonomisi söz konusudur.

faaliyet alanı olmaktan çıkmış[19] ve 1994 yılından itibaren 4000 sayılı Kanun[20] ile telefon hizmetleri TTAŞ tarafından yürütülmeye başlanmıştır.

406 sayılı Kanun'nda elektronik haberleşme endüstrisi bakımından önemli değişiklikler, 4502 sayılı Kanun ile 2000 yılında yapılmıştır. Bu önemli değişikliklerden biri; sabit elektronik haberleşme şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerinin, 31.12.2003 tarihine kadar TTAŞ tarafından; Ulaştırma Bakanlığı ile TTAŞ'ın imzalayacağı görev sözleşmesine uygun şekilde tekel olarak yürütülmesine ilişkindir. Bu düzenleme ile TTAŞ'ın Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) olma niteliği ortadan kaldırılmış ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olduğu hüküm altına alınmıştır. 31.12.2003 tarihinden evvel TTAŞ'da kamu payının %50'nin altına düşmesi durumunda da TTAŞ'ın tekel hakkının ortadan kalkacağı yapılan değişiklikler arasındadır. 31.12.2003 tarihine kadar TTAŞ'daki kamu payında bir değişiklik olmadığından TTAŞ'ın tekel hakkı 31.12.2003 tarihinde sona ermiştir.

Sabit telefon hizmeleri bakımından şehiriçi sabit telefon hizmetleri hariç olmak üzere uluslararararası ve şehirlerarası sabit telefon hizmetleri pazarında faaliyet göstermek üzere 17 işletmeciye UMTH (Uzak Mesafe Telefon Hizmeti) lisansı verilerek; 17.5.2004 tarihinde UMTH pazarı rekabete açılmıştır.

Daha sonra, 2004 yılında TTAŞ'ın özelleştirilmesine karar verilmiştir. Kararın uygulanmasına geçilmeden, Özelleştirme İdaresi tarafından Rekabet Kurulu'ndan görüş istenmiştir. Rekabet Kurulu, 2.9.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında TTAŞ.'ın özelleştirilmesine ilişkin olarak, ileride daha rekabetçi piyasa yapısının oluşmasının sağlanması yönünden yararlı olacağı düşüncesi ile dört ana başlık altında oluşturduğu görüşünü Özelleştirme İdaresi ile paylaşmıştır. Bu başlıklar; Kablo TV altyapısının, bu altyapıya ilişkin mülkiyet ve işletime dair tüm haklar ile birlikte en geç TTAŞ'ın devir işlemini takip eden bir yıllık süre zarfında tamamlanmak üzere TTAŞ'tan ayrı bir tüzel kişilik haline getirilmesi, TTNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin, en geç TTAŞ'ın devir tarihini takip eden altı aylık süre zarfında tamamlanmak üzere diğer iş birimlerden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması, GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olan teşebbüsün[21] tek başına ihaleye katılmasına izin verilmemesi, özel iletişim vergisi nedeniyle TTAŞ ile diğer işletmeciler arasındaki eşitsizliğin devir öncesinde giderilmesi gerekliliklerine ilişkindir.

---

19 Çakal, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, s. 115.

20 10.6.1994 tarih ve 21964 sayılı Resmi Gazete.

21 Burada kastetilen hakim durumdaki firma Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'dir.

Rekabet Kurumu'nun yukarıda anılan görüşü doğrultusunda, Kablo TV şebekesi, 5335 sayılı Kanun'la[22] ile TTAŞ'den Türksat A.Ş.'ye devredilmiştir. İhalede en yüksek teklifi veren iki ortak girişim grubu da[23], İhale Şartnamesi'nde yer verilen Rekabet Kurulu'nun görüşüne paralel olarak, TTNET A.Ş. (TTNET) internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin, en geç TTAŞ'ın devir tarihini takip eden altı aylık süre zarfında tamamlanmak üzere diğer iş birimlerden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulacağını yazılı olarak beyan etmişlerdir. Ayrıca, Türkiye'de GSM mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında hakim durumda olan teşebbüsün[24] tek başına ihaleye katılamayacakları da şartnamede açık bir şekilde yer almıştır. İhalede en yüksek teklifi veren konsorsiyum içinde GSM hizmetleri piyasasında hakim durumda bulunan firma yer almamıştır.

Tüm hisseleri Hazine Müsteşarlığı'na ait TTAŞ'ın, %55 oranında hissesinin blok satış yöntemi ile özelleştirme ihalesinde en yüksek teklifi veren Oger Telecoms OGG, Saudi Oger Ltd. tarafından devralınmasına; Rekabet Kurulu'nun dört başlık altında Özelleştirme İdaresi'ne sunduğu görüşlerinin tamamının dikkate alınmış olması, bu devralma işleminin 4054 sayılı RKHK kapsamında hakim durum yaratmaya veya hakim durumu güçlendirmeye yönelik olarak, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağından dolayı izin verilmiştir[25]. Daha sonra; TTAŞ hisselerinin % 15'lik payı halka arz edilerek, 15 Mayıs 2008 tarihinden itibaren de İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda bu hisseler işlem görmeye başlamıştır[26].

Özelleştirme sonrasında TTAŞ, sabit telefon hizmetleri pazarında bir özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyet gösterirken, 2004 yılından itibariyle UMTH hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiş işletmeciler, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin[27] değişmesi üzerine numara tahsis durumlarına göre sabit telefon hizmetine (STH) yönelik BTK'ya bildirimde bulunmuş ya da BTK'dan kullanım hakkı almış sayılarak birer STH İşletmecisi'ne dönüşmüşlerdir. Bu şekilde 2009 yılı itibariyle STH pazarında faaliyet gösteren TTAŞ ve BTK nezdindeki yetkilendirilmiş işletmecilerden oluşan ve teoride rekabete açık bir pazar ortaya çıkmıştır.

---

22 21.4.2005 tarih ve 25798 sayılı Resmi Gazete.

23 Birinci en yüksek teklif veren Oger Telecoms Ortak Girişim Grubu ve ikinci en yüksek teklif veren Etisalat Ortak 100 Girişim Grubu.

24 GSM mobil hizmetler piyasasında hakim durumda bulunan firma ifadesi ile Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. kastedilmektedir.

25 Rekabet Kurulu'nun 21.7.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı Kararı.

26 http://www.turktelekom.com.tr/tt/portal/YatirimciIliskileri/Hakkimizda/Halka-Arz Erişim Tarihi: 06.03.2011.

27 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmi Gazete.

Sabit Telefon Hizmeti (STH); teknoloji sınırlaması olmaksızın sabit karasal telefon şebekesi üzerinden kullanıcılara/abonelere temel ve katma değerli telefon hizmetlerinin sunulması olarak tanımlanmaktadır. STH işletmecileri tarafından iki türlü yetkilendirme ile sunulmaktadır: bildirim kapsamında sunulan ve kaynak tahsisi içermeyen STH halihazırda 100[28], sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı kapsamında sunulan kaynak tahsisi içeren sabit telefon hizmetleri de 22[29]. Her iki yöntemle hizmet STH işletmecileri; kullanıcılara sabit karasal telefon şebekesi üzerinden il içi, iller arası ve uluslararası telefon hizmetleri de dâhil olmak üzere tüm temel telefon hizmetlerini ve sesli veya kısa mesaj, faks, görüntülü telefon, geri arama ve benzeri tüm katma değerli telefon hizmetlerini sunma hakkına sahiptirler. STH piyasasında çok sayıda işletmenin faaliyet gösteriyor olmasına rağmen, TTAŞ'ın hala çok yüksek pazar payları bulunmaktadır. 2010 yılı 4'üncü çeyreğinde şehiriçi ses hizmetlerinin trafik miktarlarının dağılımı çarpıcıdır. Şehiriçi toplam trafiğin %95,1'i TTAŞ'a, kalan %4,9'u STH sunan işletmecilere aittir. Şehirlerarası trafik miktarı bakımından dağılıma bakıldığında %90 oranında TTAŞ'ın, %10 oranında da sabit telefon işletmecilerinin payı olduğu görülmektedir. Şehiriçi telefon hizmetlerinin Mayıs 2009'da rekabete açıldığı düşünüldüğünde henüz gelişim aşamasında olan bir pazardan bahsedildiği düşünülse de; şehirlerarası telefon hizmetleri Mayıs 2005'de rekabete açılmıştır ve bu oranlar başta umulanın çok altındadır. STH işletmecilerinin gelirlerine bakıldığında; STH işletmecilerinin %11, TTAŞ'ın da %89 pazar payı bulunduğu görülmektedir[30].

Sabit numara taşınabilirliği, 11.09.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş bir uygulama olmasına rağmen halihazırda 37199 adet numaranın taşınabilmiş olması dikkat çekicidir[31]. 2010 yılına ait AB İlerleme Raporunda; *"sabit hatlı telefon hizmetleri rekabete açılmıştır. Bununla birlikte, alternatif operatörlerin payı sınırlı kalmıştır. Sabit hatlarda numara taşınabilirliği konusunda ilerleme kaydedilmemiştir."*[32] ifadesi de son derece önemli bir soruna işaret etmektedir. Tüketicinin hizmet numarasını değiştirmeden, işletmeciyi değiştirebilmesini sağlayan, böylece tüketicinin diğer tüketicilerle olan ilişkisinde

---

28 http://www.tk.gov.tr/doc/lisans/sabit-telefon-hizmeti-bildirim.htm Erişim Tarihi 26.02.2011.

29 http://www.tk.gov.tr/doc/lisans/sabit-telefon-hizmeti-kullanım.htm Erişim Tarihi 26.02.2011.

30 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2010 yılı 4. Çeyrek Raporu, s.20, 21, 25 http://www.btk.gov.tr/Yayin/Yayinlar.htm Erişim Tarihi : 1.3.2011

31 http://www.nts.gov.tr/ Erişim Tarihi: 26.02.2011.

32 http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf Erişim Tarihi: 8.3.2011.

herhangi bir değişiklik yapmadan, hizmet kalitesi ve fiyat gibi nitelikleri değerlendirerek doğrudan hizmet talep edeceği işletmeciyi seçmesi imkanını içeren numara taşınabilirliği uygulamasının mobil numara taşınabilirliği bakımından yakaladığı başarıyı sabit telefon hizmetleri bakımından yakaladığını söylemek mümkün değildir.

B. GSM HİZMETLERİ

Türkiye Cumhuriyeti'nde GSM[33] hizmetlerinin verilmesi 1994 yılında TTAŞ ile Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) [34] arasında yapılan gelir paylaşımı anlaşması ile başlamıştır. Bu işletmeciler ile Ulaştırma Bakanlığı arasında 27.4.1998 tarihinde 25 yıl süreli imtiyaz sözleşmeleri imzalanmıştır. GSM hizmetleri, 28.05.2009 tarihli "Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri" başlıklı ekinde sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı kapsamında sunulan kaynak tahsisi içeren hizmetler başlığı altında "*GSM Mobil Telefon Hizmeti, ETSI[35]'nin GSM Mobil Telefon şebekelerine ilişkin standartlarına uygun olarak, bir GSM şebekesi kurulması ve işletilmesine ilişkin hizmetlerin verilmesi"* olarak tanımlanmıştır. GSM işletmecilerinin yükümlülüklerine ilgili mevzuat kapsamında aşağıda yer verilmiş olmakla birlikte; GSM İşletmecilerinin BTK ile imzalamış olduğu imtiyaz sözleşmeleri kamunun incelemesine açık olmadığından bu sözleşmeler ile tarafların ne gibi hak ve yükümlülüklere sahip oldukları da bilinememektedir.

GSM İşletmecisi; kendisine tahsisli frekanslar üzerinden GSM Mobil telefon hizmetlerini sunduğu abonelere; imtiyaz sözleşmesi kapsamında bu hizmetleri sunmak için kablosuz yerel internet erişim sistemini kullanabileceği gibi kendisi de kurup kullanabilecektir. Mobil internet abone sayısı hızla artmaktadır. 2010 yılının sayısal verilerine bakıldığında; 2010 yılının 1'inci. çeyreğinde 640.580, 2'inci çeyreğinde 832.321, 3'üncü çeyreğinde 1.158.866 4. çeyreğinde 1.448.020 adete ulaşmıştır. 2010 yılında mobil internet abonelerinin artış oranı %265,3'dür[36]. GSM işletmecilerinin kablosuz yerel internet

---

33 Global System for Mobile Communications/ Mobil İletişim için Global Sistem.

34 24 Mayıs 2006 tarihi itibari ile Vodafone tarafından satın alınmış ve unvanı Vodafone Telekomünikasyon A.Ş. olmuştur.

35 Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü; sabit, mobil, radyo, yayın ve internet teknolojileri gibi bilgi ve iletişim teknolojileri alanında tüm dünya üzerinde uygulanabilir standartlar belirlemektedir.

36 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2010 yılı 1. Çeyrek, 2. Çeyrek, 3. Çeyrek ve 4. Çeyrek Raporları http://www.btk.gov.tr/Yayin/Yayinlar.htm Erişim Tarihi:26.2.2011.

erişim sistemi üzerinden hizmet verdiği alanlar, kapsama alanına[37] ilişkin hesaplamalarda dikkate alınmamaktadır. GSM işletmecileri; imtiyaz sözleşmesi kapsamında verilen hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi standartları, söz konusu hizmetlerin kablosuz yerel internet erişim sisteminin kullanılması durumunda da sağlanmak zorundadırlar.

GSM işletmecileri arasında mobil numara taşınabilirliğinin[38] uygulamaya geçmesinden sonra her yöne tarifeleri ile kıyasıya bir fiyat rekabeti başlamıştır. Turkcell'in 2009 yılı 1'inci çeyreğinde 36.40 milyon olan abone sayısı, 2010 yılı 4'üncü çeyreğinde 33.47 milyona düşmüş; Vodafone İletişim Hizmetleri A.Ş. (Vodafone) 2009 yılı 1'inci çeyreğinde 15.40 milyon olan abone sayısı, 2010 yılı 4'üncü çeyreğinde 16,68 milyona çıkmış, Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (Avea) da 2009 yılı 1'inci çeyreğinde abone sayısı 12.60 milyon iken 2010 yılı 4'üncü çeyreğinde 11.62 milyona düşmüştür. GSM işletmecilerinin 2010 yılı 4'üncü çeyreğindeki abone sayıları dikkate alındığında Turkcell %54.19 oranı ile pazar lideri, Vodafone %27.01 oranı ile ikinci sırada, Avea da % 18.80 oranı ile üçüncü sırada konumlanmışlardır[39]. Mobil numara taşınabilirliği hayata geçtikten sonra 26.330.093 adet abone mobil numara GSM şirketleri arasında taşınmıştır.[40] Bu veriler dikkate alındığında; 2009'un 1'inci çeyreğinde 64.4 milyon olan abone sayısı, 2010'un 4'üncü çeyreğinde 61.77 milyona gerilemiştir. Bu azalmanın nedeni iki hususa ilişkindir. Birincisi; abonelerin uzun süredir kullanmakta oldukları GSM numaralarını kaybetmek istememeleri sebebi ile hatlarını iptal ettirmemeleri, ikincisi ise birden fazla işletmeciden hizmet alarak bu işletmecilerin şebeke içi indirimli tarifelerinden istifade ederek bu işletmecilerin aboneleri ile iletişimlerini sağlamalarıydı. Numara taşınabilirliğinin hayata geçmesi ve GSM işletmecilerinin kıyasıya fiyat rekabetine girişmelerinin akabinde, aboneler diğer

---

37 Kapsama alanı, bir mobil ağ sisteminde baz istasyonları tarafından yayın yapılan alandır. Sadece bu alanın içinde hizmetlerden yararlanılabilmektedir. http://tr.wikipedia.org/wiki/Kapsama_alan%C4%B1 Erişim Tarihi:26.2.2011.

38 Numara taşınabilirliği ise kullanıcının sahip olduğu numarayı değiştirmeden hizmet aldığı mobil operatörü değiştirebilmesi anlamına gelmektedir. Mobil numara taşınabilirliği kapsamında sadece GSM işletmecileri arasında numara taınabilirliği sözkonusu olmaktadır. Aralık 2010 itibariyle Türkiye'de %85,1 penetrasyon oranına karşılık gelen toplam 61,8 milyon mobil abone bulunmaktadır. Daha önceki dönemlerde sürekli artış eğiliminde olan mobil abone sayısı ve penetrasyon oranının 2009 yılı başından itibaren artış eğiliminin durduğu görülmektedir. Artış eğiliminin durmasının numara taşınabilirliği ile birlikte işletmeciler tarafından sunulan, her yöne tarifeleri nedeni ile kullanıcıların ikinci aboneliklerini iptal ettirmesi sonucu gerçekleştiği değerlendirilmektedir.

39 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2010 yılı 4. Çeyrek Raporu, s.41 http://www.btk.gov.tr/Yayin/Yayinlar.htm Erişim Tarihi: 1.3.2011.

40 www.nts.gov.tr Erişim Tarihi: 05.03.2011.

işletmecilerde sonlanacak aramaları bakımından daha avantajlı tarife seçenekleri sunan işletmecilere numaralarını taşımışlar ve şebeke içi indirimli fiyatlardan istifade etmek için sahip oldukları GSM hatlarını iptal ettirmişlerdir.

C. ALTYAPI İŞLETMECİLİĞİ HİZMETİ

31.12.2003 tarihinde TTAŞ'ın telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerine ilişkin tekel hakkı ortadan kalkmış olmakla birlikte tekel kapsamına dahil olan tüm telekomünikasyon altyapısının kurulması ve işletilmesine ilişkin altyapı tekeli yürürlükte kalmıştır. 406 sayılı Kanun'un 2'inci maddesi uyarınca; kişisel telekomünikasyon tesisleri[41] ve kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunlar uyarınca kurdukları elektronik haberleşme tesisleri[42] TTAŞ'ın altyapı tekelinin kapsamında değildi. Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde 07.09.2005 tarihinde yapılan düzenleme "altyapı işletmeciliği hizmeti" düzenleme ile yetkilendirme alanları arasına girmiştir. Bu alanda ilk yetkilendirmeler 10.03.2006 tarihinde yapılmıştır. İlk aşamada mevzuat uyarınca yedi coğrafi bölge ayrımı dikkate alarak işletmeciler talep ettikleri coğrafi bölgelerde yetkilendirilmişlerdir. 28.05.2009 tarihli Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği ile işletmecilerin bölgesel yetkilendirme usulü ortadan kalkmış, ulusal çapta yetkilendirilmeye başlamışlardır.

Altyapı işletmeciliği hizmetlerinde TTAŞ ile BTK tarafından yetkilendirilmiş işletmeciler arasındaki etkin rekabetin tesisi bakımından BTİ Kurulu'nun önemli kararlarından biri; Turkcell, Avea ile arasındaki arabağlantı devrelerini, TTAŞ'dan bağımsız olarak Türkiye çapında fiber optik altyapı tesis ederek hizmet veren Tellcom İletişim Hizmetleri A.Ş.'den[43] (Tellcom) tedarik etmek istemiş, bu talebi Avea tarafından çok sayıda belge istenerek geciktirilmiş ve karşılanmamış olmasına ilişkindir. Tellcom tarafından BTK'ya yapılan başvuru neticesinde BTİ Kurulu tarafından bu konuda bir

---

41 Bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dahilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan,münhasır olarak şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir telekomünikasyon hizmeti verilmesinde kullanılmayan kişisel telekomünikasyon tesisleri.

42 Kendisine ait Fiber Optik altyapısı olan Kamu Kuruluşları:Türkiye Elektrik İletim A.Ş.(TEİAŞ), Boru Hatları İle Petrol Taşıma A.Ş.(BOTAŞ), Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD).

43 31.12.2010 tarihinden itibaren unvanı Superonline İletişim Hizmetleri A.Ş. olarak tadil edilmiştir.

karar alınmıştır[44]. Bu Kararda; rekabet ortamının tesisi ve korunmasını teminen tüm altyapı sunan işletmecilerden eşit koşullarda talepte bulunmanın zaruri olduğu, objektif olarak aksi makul gerekçeler ile kanıtlanabilen durumlar hariç olmak üzere işletmeciler arasında ayrım gözetilmemesi, Turkcell'in altyapı ihtiyacını Tellcom üzerinden karşılamayı talep etmesi halinde talebi izleyen bir ay içinde Tellcom'un sağlayacağı altyapının Avea şebekesi ile irtibatlandırılmasına yönelik bir sözleşmenin imzalanarak BTK'ya sunulması gerektiği belirtilmiştir.

Halihazırda 62[45] İşletmeci bildirim kapsamında 7[46] İşletmeci de sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı kapsamında altyapı işletmeciliği hizmeti sunmaktadır. *2010 yılı sonu itibariyle alternatif işletmecilerin sahip olduğu fiber optik kablo uzunluğu 37.709 km'dir. Türk Telekom'un ise 2009 yılı sonu itibariyle 128.150 km fiber optik altyapısı bulunmakta olup bunun 16.932 km'si erişim amaçlı kullanılmaktadır*[47] .

Altyapı Hizmetleri İşletmeciliği alanında faaliyet gösteren Superonline tarafından Türkiye genelinde 20.000 km fiber optik altyapı tesis etmiştir. Superonline tarafından evlere kadar fiber uygulaması ile abonelerine 1000 Mbit hızına kadar internet erişim hizmetleri sağlanmaktadır. Yüksek hızlı internet erişimi ile aboneler internet üzerinden uygulamada üçlü oyun[48] olarak adlandırılan internet, ses ve görüntü hizmetlerinden aynı anda ve yüksek hızda yararlanabilmektedirler. Avrupa Evlere Kadar Fiber Konseyi (FTTH Council) tarafından yapılan çalışmada, Superonline İletişim Hizmetleri A.Ş. (Superonline) tarafından yapılan evlere kadar fiber çalışması ile Türkiye 8'inci sırada yer almıştır.[49] Bu durum karşısında halihazırda son kullanıcıya erişimi bakır kablolar üzerinden sağlayan; TTAŞ evlere fiber projelerini gündeme almıştır. [50]. Superonline tarafından yapılan uygulama,

---

44 BTİ Kurulu'nun 6.8.2009 tarih ve 2009/DK-10/396 sayılı Kararı.

45 http://www.tk.gov.tr/doc/lisans/Kismialtyapi_giris_bildirim.htm Erişim Tarihi: 26.02.2011.

46 http://www.tk.gov.tr/doc/lisans/Kismialtyapi_giris_kullanım_hakkı.htmErişim Tarihi:26.02.2011.

47 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2010 yılı 4. Çeyrek Raporu, s.66 http://www.btk.gov.tr/Yayin/Yayinlar.htm. Erişim Tarihi: 1.3.2011.

48 Dünya genelinde; "Triple Play" olarak adlandırılmaktadır.

49 http://www.ftthcouncil.eu/documents/press_release/2011/PR2011_Turkey_joins_Ranking_FINAL.pdf Erişim Tarihi:6.3.2011.

50 BTİ Kurul kararı ile 01.01.2012 itibariyle TTAŞ son kullanıcılara internet hizmeti verebilecektir, http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/dosyalar/2011%20DK-10-511.pdf Erişim tarihi 12.10.2011.

ilk başlarda piyasa oyuncuları arasında neredeyse çoğu haneye ulaşan TTAŞ'ın bakır kabloları üzerinden hizmet vermek yerine yeni bir şebeke ihdas edilmesi şebeke düplikasyonuna yol açacak şeklinde değerlendirilmiş olsa da; bugün gelinen noktada görülen odur ki; Türkiye'nin de değişen ve gelişen teknolojiye bir an evvel ayak uydurması ve kullanıcıların da daha hızlı, daha kaliteli, daha makul fiyat ile elektronik haberleşme hizmetinden istifade etmesi için altyapı yatırımlarının yapılması gerekmektedir.

D. İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILIĞI HİZMETLERİ

Internet; *IP(Internet Protokolü) kullanarak birbirine paket gönderen bilgisayar kümesi veya tüm dünya üzerine yayılmış olan çok geniş bir bilgisayar ağı olarak tanımlanabilir*[51]. İnternet hizmeti almak isteyen abone ve kullanıcılar bu ağa İSS'ler üzerinden dahil olurlar. Bu işletmeciler, kablolu ve kablosuz internet hizmetleri sağlayabilmektedirler.

Halihazırda 119[52] işletmeci bildirim kapsamında internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunmaktadır. 2010 yılının 4. çeyreğinde internet abone sayısı 8,5 milyonu aşmıştır. 2010 yılı 3. çeyreğindeki abone sayısında %6,3'lük artış gerçekleşmiş olup; bu artış özellikle fiber, mobil ve kablo internet abonelerinin artmasından kaynaklanmaktadır. 2010 yılı toplam internet abone sayılarının yıllık büyüme oranı ise %27,9 olarak gerçekleşmiştir[53].

IV. Hakim Durum ve Etkin Piyasa Gücü Kavramları

A. HAKİM DURUM KAVRAMI

Hakim durum kavramı AB mevzuatında açıkca tanımlanmamıştır. AB mevzuatında hakim durum kıstas alınarak yapılan bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerle birlikte AB uygulaması bakımından Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) kararları da hakim durumun tanımlanması bakımından önem arzetmektedir. ATAD, United Brands Kararında[54] hakim durumu; bir teşebbüsün rakiplerinden, müşterilerinden ve dahi tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız davranarak ilgili pazarda etkin rekabetin sürdürülmesini engellemeye yetecek derecede ekonomik bir güce sahip olmak, şeklinde tanımlamıştır. Yine ATAD, Hoffmann-La Roche Kararında[55];

---

51 Ali Osman Özdilek, Internet ve Hukuk, İstanbul 2001, s. 13.

52 http://www.tk.gov.tr/doc/lisans/ISS_bildirim_giris.htm Erişim Tarihi:26.2.2011.

53 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2010 yılı 4. Çeyrek Raporu, s.26 http://www.btk.gov.tr/Yayin/Yayinlar.htm Erişim Tarihi:26.02.2011.

54 Case 27/76 United Brands v Commission (1978).

55 Case 102/77 Hoffmann-La Roche v Centrafarm/Commission (1978).

bir teşebbüs tarafından, bir süre boyunca sürdürülen yüksek pazar payının, bu teşebbüsün ilgili pazarda kaçınılmaz ticari taraf olmasına imkan verdiği, bunun ise hakim durumun tespitinde[56] önemli bir kriter olan teşebbüsün davranışlarında bağımsız olmasına yol açtıgını belirtmiştir[57]. ATAD'ın kararlarına bakıldığında hakim durum tanımlaması yaparken iki unsurun öne çıktığı görülmektedir. Bunlardan ilki; söz konusu piyasada rekabeti önleyebilecek pazar gücüne sahip olmak, ikincisi de hakim durumdaki teşebbüsün kararlarını; rakipleri, müşterileri ve tüketicileri dikkate almadan alabilmesi yani onlardan bağımsız hareket edebilmesidir.

AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA)'nın 102'inci maddesinde; bir veya birden fazla teşebbüsün, ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde sahip oldukları hakim durumlarını kötüye kullanmaları, üye devletler arasındaki ticarete zarar verebileceği ölçüde ortak pazar ile bağdaşmayacağından yasaklanmıştır.

Hiçbir firma müşterilerinden, tüketicilerden bağımsız olarak fiyat belirleyemeyeceği gibi, tekeller dahi fiyat artışlarında müşteri kaybedeceklerini bilirler. Bağımsız davranma kavramı mutlak bir bağımsızlık değil, belirli bir derecede bağımsız davranabilmektir. Bir firma kararlarını alırken; rakiplerinin, müşterilerinin ve de tüketicilerinin tutum ve karşı tutumlarına belirli bir seviyeye kadar duyarsız kalabiliyorsa o firma hakim durumdadır. Duyarsızlık ekonomide genellikle elastikiyet ile ölçülmektedir. Buradaki elastikiyet; hakim durumdaki firmanın fiyatını %1 artırması halinde, rakiplerin satış fiyatları ve miktarlarındaki yüzde değişimleri ile ölçülmektedir. Eğer, rakiplerin fiyat ve miktar elastikiyetleri düşükse, firma, fiyatlarını rakiplerden farkedilebilir ölçüde bağımsız olarak belirleyebilmektedir. Aynı durumda, müşterilerin talep elastikiyetleri düşükse firma müşterilerinden bağımsız davranabilme gücüne sahip olduğu söylenebilecektir. Hakim durumun hukuki tanımı ekonomik bir kavram olan pazar gücü kavramıyla yakın ilişkili olup, pazar gücü ise; rekabetin önemli parametrelerini etkileyebilme gücüdür. Hakim durumun tespitinde firmanın anlamlı bir pazar gücüne sahip olması gerekmektedir[58]. Görüleceği üzere; hakim durum hukuki bir

---

56 Rekabet kurallarının ihlali şüphesi olduğunda, ilgili pazar ilk olarak dikkate alınacak husustur. İlgili pazar; rekabet kurallarını kısıtlayıcı uygulamalar ve hakim durumun kötüye kullanılması halinde 1/2003 EC sayılı Konsey Tüzüğü, birleşme düzenlemeleri bakımından ise 139/2004 EC sayılı Konsey Tüzüğü düzenleme ihtiva etmektedir.

57 Rekabet Kurulu'nun 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı Kararı.

58 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control, European Commission, January 22, 2006. http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/new_substantive_test.pdf Erişim Tarihi: 15.1.2011.

kavram olmakla birlikte hakim durum değerlendirmesi nihai ve ağırlıklı olarak ekonomik bir bakış açısının sonucudur.

ATAD, Roche[59] davasında, Roche'un ayrı ayrı pazarlar oluşturan çeşitli vitamin pazarlarında, %93, %84, %75 ve %65 olan pazar paylarını, Roche'un ilgili pazarlarda hakim durumda olduğuna dair önemli bir gösterge olarak kabul etmiştir. United Brands[60] davasında ise, United Brands'in ortalama %45 olan pazar payının, pazardaki rakiplerin sayısı ve bu rakiplerin pazar payları da dikkate alındığında, hakim durumda olduğuna önemli bir gösterge olduğu sonucuna varmıştır. Bu örneklerden de görüleceği üzere, ATAD, her somut olayda, farklı büyüklükteki pazar paylarını, ilgili olayın şartları çerçevesinde değerlendirerek bu sonuçlara varmıştır[61]. ATAD'ın Compagnie Maritime SA v Commission[62] kararındaki Savcı Fennelly'nin görüşünde; tekel ya da yarı tekel firmaların sahip olduğu gücü ifade etmek için kullanılan süper hakim durum ifadesi de yaklaşık %90'dan fazla olan ve uzun süre devam eden dolayısı ile tekele yaklaşan pazar gücü ile ilişkilendirilmiş bir kavram olarak literatüre girmiştir[63].

Ekonomik yaklaşım hakim durumun seviyeleri arasında ayrım gözetmemektedir. Gerçekten de bir teşebbüs uzun dönem rekabetçi seviyenin üstünde fiyatlama yaparken bir başka teşebbüs bunu sadece kısa bir dönem için yapabilir. Ekonomik bakış açısıyla bunun gibi değişken bir ölçek sorun yaratmayacaktır. Pazar gücü, anlık değil sürdürülebilir bir durum olarak anlaşılmalıdır. Bu sebeplerle; esaslı bir pazar gücüne sahip hakim durumdaki teşebbüs düşünüldüğünde, esaslı ifadesinin farklı seviyeleri ifade edeceği gerçeğinde mantıksal bir zorlama bulunmadığı açıktır[64].

AB Rekabet Hukukuna yön veren ATAD kararlarından Michelin I kararında[65] hakim durumda bulunan firmanın özel bir sorumluluğu olduğuna değinilmektedir. Bu özel sorumluluk, hâkim durumdaki teşebbüslere sahip

---

59 Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979).

60 Case 27/76 United Brands v EC Commission (1978).

61 Gamze Aşcıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku'nda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s.125.

62 Compagnie Maritime Belge Transport SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafra-Lines A/S v Commission, 2000 ECR I-1365.

63 Şerife Demet Kaya, Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açıdan Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu uzmanlık Tezleri, Ankara 2008, s. 28.

64 Geradin-Hofer, Louis-Petit-Walker, The Concept of Dominance in EC Competition Law Research Paper on the Modernization of Article 82, College Of Europe, Bruge 2005, s.7 www.coleurope.eu.

65 Case 322/81, Michelin v Commission (1983).

oldukları ekonomik güç nedeniyle, davranışlarının pazardaki rekabetçi sürece zarar vermesine izin vermemelerine ilişkindir. Kararda; hakim durumda bulunan firmanın rekabetin engellenmesine sebep olacak hareketlerden kaçınma yükümlülüğü olduğundan bahsedilmektedir[66]. Bu nedenle teşebbüsün davranışlarından dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olma şartı aranmadığı söylenebilecektir[67].

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) 3'üncü maddesi ile hakim durum kavramı *"Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü"* olarak tanımlanmıştır. Tanımda öne çıkan iki ana unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki teşebbüsün faaliyet gösterdiği ilgili pazar ikincisi de teşebbüsün rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız davranabilmesini sağlayan ekonomik güce sahip olmasıdır. Teşebbüsün fiyatı belirleme yeteneği pazar gücü ile orantılıdır. *Pazar gücü teşebbüse mal veya hizmet arzını kısarak fiyatı marjinal maliyetin üzerinde tutma ve böylece ekonomik kârın üzerinde kâr elde etme olanağı sağlamaktadır*[68]. RKHK'nın 1'inci maddesi ile bu kanunun uygulama alanı mal ve hizmet piyasaları olarak belirlenmiştir. Şu halde hakim durumun tespitinde; öncelikli olarak davranışı incelenen teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarın tespit edilmesi, ikinci olarak; teşebbüsün ilgili pazarda ekonomik parametreleri bağımsız olarak belirleyebilme gücü yani pazar payı, ardından da pazara giriş engellerinin olup olmadığı tespit edilmelidir.

B. ETKİN PİYASA GÜCÜ KAVRAMI

RKHK bakımından piyasa aktörleri teşebbüsler,[69] EHK bakımından ise usulüne uygun şekilde BTK'dan yetkilendirme alarak piyasada faaliyet gösteren işletmelerdir. RKHK'nın 3'üncü maddesinde teşebbüs kavramı; piyasa-

---

66 Massimiliano Vatiero, Power in the Market : On the Dominant Position, s. 4. .http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/005.pdf.

67 Zeynep Madan, Roma Anlaşması'nın 82. Maddesindeki Reform Çalışmaları ve Eşit Enkinlikteki Firma Testi, Rekabet Dergisi, sy. 32, s. 8.

68 Alper Karakurt, Küresel Yarışta Rakibin Maliyetini Artırma, Rekabet Dergisi, sy.20, dp. 4.

69 Kavramın en önemli özelliği; ekonomide faaliyet gösterme ve ekonomik anlamda bağımsız olarak faaliyet göstermedir. Türk Rekabet Kanununda bulunan teşebbüs tanımı Türk hukukuna tek ekonomik birim ilkesi ile ekonomik bir bütün oluşturma ve piyasada bağımsız olarak faaliyet gösteren birimler tanımını getirmiştir. Hukuki statüsü ve finans modeline bakılmaksızın ekonomide faaliyet gösteren birimlere teşebbüs adı verilmektedir. RKHK'un 3. maddesinde teşebbüs kavramı tanımlanmaktadır.

da mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak tanımlanmıştır. EHK ve ilgili mevzuatta yer alan işletmeci ise ancak elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve altyapısını işleten anonim veya limited şirket olarak faaliyet gösteren tüzel kişilerdir[70].

1998 tarihli AB elektronik haberleşme endüstrisi Düzenleyici Çerçevesi 2002 yılında hızlı bir değişim sürecinde olan elektronik haberleşme endüstrisinin ihtiyaçlarına paralel uzun bir çalışma sürecinin sonrasında güncellenmiştir. 2002 Düzenleyici Çerçevesi kapsamında Yetkilendirme Yönergesi, Evrensel Hizmet Yönergesi, Erişim ve Arabağlantı Yönergesi, Rekabet Yönergesi, Kişisel Bilgilerin Korunması ile ilgili Yönerge düzenlenmiştir.

Hızlı gelişen teknoloji ve rekabetin tek pazara yönelik daha etkin düzenlemeler ihtiyacı sürekli kendini hissettirmekte olduğundan değişim ve gelişim süreci içerisinde AB Elektronik Haberleşme Düzenleyici Çerçevesi bakımından pek çok çalışma yapılmıştır. Bu konuda; bir Çalışma Metni 29.06.2006 tarihinde görüşe açılmış ve elektronik haberleşme altyapıları ve hizmetlerine ilişkin düzenlemeleri ihtiva eden 2002 Düzenleyici Çerçevesinin güncellenmesi çalışması başlatılmıştır[71]. Komisyon, tarafından AB'nin 2002 Düzenleyici Çerçevesi'nin revizyon ihtiyacı; daha fazla rekabetin teşvik edilmesi, AB elektronik haberleşme endüstrisinin tek pazar hedefine uygun olarak konsolidasyonu ile birlikte tüketici ve kullanıcıların menfaatlerinin korunması olarak belirtilmiştir. Ayrıca, çalışma ile teknolojik kaynaklı değişimlerden bağımsız olarak elektronik haberleşme endüstrisinde piyasa tanımlarının arz ve talep durumları dikkate alınarak rekabet hukuku kurallarına göre yapılmakta olduğu yanısıra düzenleyici çerçevenin rekabet tesis edildiğinde aşamalı olarak düzenlemelerin ortadan kaldırılmasına yani deregülasyona olanak sağlayacağı ve tüm bu yaklaşımlar bakımından düzenleyici çerçevenin değişen teknoloji ve piyasa koşullarına uygun olarak revizyona müsait olduğu belirtilmektedir.

2000 yılında Lizbon Zirvesinde[72] üye ülkelerin Devlet Başkanları reka-

---

70 28.5.2009 tarih ve 27241 sayılı RG'de yayımlanarak yürülüğe giren; Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin, yetkilendirme başvuru şartları başlıklı 7. maddesi BTK'ya yetkilendime başvurusu yapan işletmelerin taşıması gereken şartları sıralamıştır.

71 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services SEC(2006)816/ SEC(2006) 817 /COM/2006/0334 final.

72 Dış Ticaret Müsteşarlığı, Lizbon Stratejisi'nin Gelişimi ve Halihazırda Bulunduğu Aşama, www.dtm.gov.tr Erişim Tarihi: 6.3.2011.

bet gücü yüksek bilgi toplumu olma hedefini sağlayacak, ekonomik ve sosyal reformları gerçekleştirme kararı almışlar ve bu karara uygun olarak yapılan reform çalışmaları kapsamında 2009 Düzenleyici Çerçevesi[73] kapsamında 2009/1211/EC sayılı Avrupa Elektronik Haberleşme Düzenleyici Kurumunun (BEREC) Kuruluşuna[74] İlişkin Yönerge, 2009/136/EC sayılı 2002/22/EC sayılı Evrensel Hizmet ve 2002/58/EC sayılı Kişisel Bilgilerin Korunması ile ilgili Yönergelerin ve 2006/2004 sayılı Ulusal Düzenleyici Otoriteler Arasındaki Koordinasyonun Sağlanmasına İlişkin Düzenlemelerin Tadiline İlişkin Yönerge, 2009/140/EC sayılı 2002/21/EC sayılı Çerçeve Yönerge, 2002/19/EC sayılı Erişim ve Arabağlantı Yönergesi, ve 2002/20/EC Yetkilendirme Yönergesinin Tadiline ilişkin Yönerge yayımlanmıştır:

1998 Düzenleyici Çerçevesi içinde yer alan; 97/33/EC sayılı Arabağlantı Yönergesinin 4/3. maddesinde herhangi bir elektronik haberleşme pazarında %25 veya daha fazlası pazar payına sahip olan işletmeciler EPG olarak tanımlanmaktayken, Komisyon tarafından 2000 yılının Temmuz ayında bir Çerçeve Yönerge Teklifi yayımlanmıştır. Bu teklifin amacı yakınsamanın hızla geliştiği elektronik haberleşme endüstrisinin düzenlenmesi ve AB tek pazarını oluşturmaktır. 2002/21/EC sayı ile yürülüğe giren bu Yönerge'nin 14/2'inci maddesinde; bir teşebbüs, tek başına ya da diğerleriyle birlikte, hakimiyete eşit bir konuma, bir başka ifadeyle tüketicilerden, müşterilerden ve rakiplerden önemli ölçüde bağımsız davranma imkanı veren ekonomik güce, sahipse bu teşebbüsün etkin piyasa gücüne sahip olduğu varsayılacağı düzenlenmiştir. 2002/21/EC sayılı Çerçeve Yönerge'nin 14/2'inci maddesi ile 1998 Düzenleyici Çerçeve'ye nazaran önemli bir değişiklik yapılarak EPG kavramını Rekabet Hukukunda kullanılan hakim durum kavramı ile eşitlemiştir[75]. Bu yeni yaklaşım ile, AB rekabet kuralları ile elektronik haberleşme endüstrisini düzenleyen mevzuatın uyumlu hale getirilmesini hedeflenmiştir. 2009 Düzenleyici Çerçeve kapsamında yürürlüğe giren, 2009/140/EC sayılı Yönerge ile EPG tanımında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır[76]. 2002//21/EC sayılı Çerçeve Yönerge metninde EPG ifadesi yerine neden hakim durum ifadesi kullanılmamıştır? Rekabet Hukukunda hakim durum her vakıa bazında ilgili pazar, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar kapsamında incelenir. Oysa ki; şebeke endüstrilerinin regülasyonu söz konusu olduğunda ürünler ve hizmetler öncül olarak tanımlanmaktadır. Çünkü;

---

73 OJ L 337, 18.12.2009.

74 AB üyesi ülkelerin UDK'ların başkanlarından oluşan 27 üyeli BEREC 18 Aralık 2009 tarihinde kurulmuştur.

75 Ali Demiröz, Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü, Rekabet Dergisi, sy.15, s. 25.

76 OJ L 337, 18.12.2009, s. 37.

öncül düzenleme ile hukuki belirlik sağlanmaktadır. 2002/21/EC sayılı Çerçeve Yönerge ile EPG'nin yeni tanımı pazar gücünden daha farklı varsayımlara ve beklentilere dayandığı için öncül, bu gücün kötüye kullanımı halinde ise ardıl nitelik taşımaktadır.

EHK'nın 3(r) maddesi ile etkin piyasa gücü (EPG) kavramı *"işletmecinin ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkan sağlayan ekonomik güç"* olarak tanımlanmıştır. EPG tanımı ve özü itibari ile RKHK'nın 3'üncü maddesinde tanımlanan hakim durum kavramı ile birebir benzerlik taşımaktadır. Esasen, bu iki ifade de aynı anlamı taşımakta olup, anlaşılması gereken şey aynı olup disiplinler arası terminoloji farkı olarak değerlendirilmelidir.

EHK'nın 6'ıncı maddesi ile; *elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmek ve korumak, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeler yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda EPG'ye sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak*, BTK'ya verilen görevler arasında sayılmaktadır.

BTK, Elektronik Haberleşme Sektöründe Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin İle Bu İşletmecilere Getirilecek Yükümlülüklerin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik[77] kapsamında hareket ederek öncül düzenleme niteliğinde pazar analizleri yapmaktadır. BTK, ilgili pazar[78] tespitini yaparken ilgili ürün pazarı,[79] ilgili coğrafi pazar[80] kavramlarından hareket etmektedir. BTK, öncül bir düzenleme niteliğinde re'sen ya da en az bir işletmecinin gerekçeli talebi üzerine pazar analizi yapılarak ilgili pazarın düzenleme gereksinimini incelemektedir. EHK bakımından pazar analizlerinin yapılmasındaki amaç; ilgili pazarın düzenlenme gereksiniminin incelenerek bu pazardaki rekabet seviyesinin analiz edilmesi ve bu pazarda EPG'ne sahip teşebbüslerin belirlenmesi ve bu İşletmecilere getirilecek yükümlülüklerin belirlenmesidir. BTK tarafından EPG tespit etmek amacıyla pazar analizleri

---

77 01.09.2009 tarih ve 27336 sayılı Resmî Gazete.

78 Ülkenin tümünde veya bir bölümünde sunulmakta olan belirli bir elektronik haberleşme hizmeti ve onunla yüksek derecede ikame edilebilen diğer elektronik haberleşme hizmetlerinden oluşan pazar.

79 Fiyatları, kullanım amaçları ve işlevsel özellikleri ile rekabet koşulları veya arz talep yapısı açısından birbirleriyle değiştirilebilir ya da ikame edilebilir ürün ve hizmetlerin pazarı.

80 İlgili işletmecilerin ürün veya hizmetlerine ilişkin arz ve talebin gerçekleştiği, rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu ve komşu alanlardaki söz konusu şartların yeterli derecede farklı olması nedeni ile ayırt edilebilir nitelikte olduğu alan.

yapılırken; mehaz AB mevzuatından, ilgili Yönetmelik metnine aynen aktarılan üçlü önermenin birlikte gerçekleşip gerçekleşmediği hususları birlikte değerlendirerek hareket edilmektedir: BTK tarafından yapılan piyasa analizlerinde öncül düzenleme gereksinimi bu üçlü önerme üzerinden incelenmekte ve üçlü önermenin koşullarının birlikte gerçekleştiği hallerde ilgili piyasada düzenleme gerekliliğinin varlığı sonucuna ulaşılmaktadır[81].

İlgili piyasa analiz edilirken, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenmesinde, işletmecilerin sahip olduğu pazar payları öncelikli kriterdir. İlgili Yönetmeliğin 9'uncu maddesi uyarınca; ilgili pazarda rekabet seviyesinin analizi yapılırken; pazar paylarının tespitinde ilgili pazarın özelliklerine göre; gelir, abone sayısı, kullanıcı sayısı, trafik miktarı, iletim kapasitesi, iletim hattı sayısı gibi veriler uygun ve mevcut olduğu ölçüde kullanılmaktadır. Bu verilerin yanısıra kolayca tekrarlanamayan altyapıların kontrolü, teknolojik avantajlar veya teknolojik üstünlük, dengeleyici alıcı gücünün düşüklüğü veya olmaması, finansal kaynaklara veya sermaye piyasalarına kolay ve ayrıcalıklı erişim imkânı, ürün veya hizmet çeşitliliği, ölçek ekonomisi, kapsam ekonomisi, dikey bütünleşme, gelişmiş dağıtım ve satış ağları, potansiyel rekabetin olmaması, genişleme önündeki engeller de rekabet seviyesinin analizinde kullanılabilecektir.

BTK tarafından ilgili piyasa analizlerinin yapılması ve ilgili piyasada etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin varlığının tespit edilmesi halinde bu işletmeciler düzenleyici kurum BTK tarafından EPG ilan edilmekte ve öncül nitelik taşıyan bazı yükümlülüklerle donatılmaktadırlar.

EPG ilan edilen ve öncül yükümlülüklerle donatılan işletmecilerin yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde bu işletmecilere Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik[82] hükümleri uygulanmakta olup henüz EPG ilan edilen bir işletmeciye yükümlülüklerini ihlalden dolayı verilmiş bir ceza bulunmamaktadır.

EHK uyarınca; EPG tespiti ise öncül bir düzenleme niteliğinde yükümlülüklerin tespiti ile söz konusu olmaktadır. Örneğin; TTAŞ sabit şebekede çağrı başlatma piyasasında EPG'ye sahip işletmeci olarak belirlenmiş ve bu

---

81 Türkiye'de BTK tarafından düzenlenen piyasalar; Sabit Şebekede Çağrı Taşıma Piyasası, Sabit Telefon Şebekesine Erişim Piyasası, Sabit Şebekede Çağrı Başlatma Piyasası, Fiziksel Şebeke Altyapısına Erişim Piyasası, Toptan Kiralık Devreler Piyasası, Veri Akış Erişimini İçeren Toptan Genişbant Erişim Piyasası, Mobil Çağrı Sonlandırma Pazarı, Mobil Şebekelere Erişim ve Çağrı Başlatma Pazarı, Sabit Şebekede Çağrı Sonlandırma Piyasası, Sabit Şebeke Üzerinden Arama Pazarı.

82 5.9.2004 tarih ve 25574 sayılı Resmî Gazete.

işletmeciye arabağlantı sağlama, taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi, ayrım gözetmeme, şeffaflık, referans erişim teklifi hazırlama ve yayımlama, tarife kontrolüne tabi olma yani maliyet esaslı tarife belirleme, hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüğü ve ortak yerleşim ve tesis paylaşımı sağlama yükümlülükleri getirilmiştir[83].

Çağrı sonlandırma piyasası bakımından; BTK tarafından yetkilendirilen GSM işletmecileri, TTAŞ, Sanal Mobil Şebeke Hizmeti sunan işletmeciler, Sabit Telefon Hizmeti sunan işletmecileri şebekelerinde sonlandırılacak çağrılar bakımından EPG ilan edilmişlerdir. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin[84] 9'uncu maddesi uyarınca; BTK, bir işletmecinin arabağlantıya izin vermemesinin ve/veya aynı sonucu doğuracak şekilde makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engellediğine veya ortaya çıkacak durumun son kullanıcıların aleyhine olduğuna karar vermesi hâlinde, söz konusu işletmeciyi arabağlantı yükümlüsü olarak belirleyebilecektir. Tüm işletmeciler, talep gelmesi halinde birbirleriyle arabağlantı müzakerelerinde bulunmakla yükümlüdürler. Çağrı sonlandırılacak şebekeler bakımından BTK tarafından çağrı sonlandırma ücretleri de düzenlenmektedir[85].

BTİ Kurulu, EPG ilan ettiği işletmecilere arabağlantı yükümlülüğü getirmiş olsa da işletmeciler genellikle makul olmayan koşullar ileri sürerek, anlaşmanın imzalanmasını geciktirmektedirler. STH işletmecileri kendi şebekelerinde çağrı sonlandırabilmek ve belirli bir ölçeğe ulaşabilmek amacı ile kendi şebekelerinde çağrı sonlandırmak konusunda son derece istekli bir şekilde büyük ölçeğe sahip TTAŞ, Turkcell, Vodafone ve Avea'dan başlayan ses trafiğinin kendi şebekelerinde sonlandırılabilmek için arabağlantı sözleşmesi imzalayabilme çabasına[86] girmişlerdir. Elektronik haberleşme endüstrisinde telefon hizmeti alınan bir işletmecinin diğer işletmecilerin şebekesindeki kullanıcılar ile telefon görüşmesi sağlayamaması, kullanıcılar bakımından tercih edilecek bir husus değildir.

Arabağlantı sözleşmeleri bakımında makul olmayan koşullar ileri süren işletmeciler ile talep eden işletmeciler arasında BTK nezdinde yürütülen

---

83 Bilgi Teknoloji ve İletişim Kurulu'nun 07.01.2010 tarihli ve 2010/DK – 10/9 sayılı Kararı.

84 8.09.2009 tarih ve 27343 sayılı Resmi Gazete.

85 BTİ Kurulu tarafından; vergiler hariç net çağrı sonlandırma ücretleri Turkcell, TTAŞ, Vodafone ve Avea için 10.02.2010 tarih ve 2010/DK–07/88 sayılı ile; Sabit Telefon Hizmeti sunan işletmeciler için de 26.08.2009 tarih ve 2009/DK–07/440 sayılı Kurul Kararları ile belirlenmiştir.

86 Türkiye'de Sabit Telefon Hizmetleri işletmecilerinde sonlanan trafik miktarının çok düşük olması sebebi ile uygulamada transit arabağlantı uygulaması yaygındır. BTİ Kurulunun 20.1.2011 tarih ve 2011/DK-07/25 sayılı kararı transit uygulamalar bakımından önemlidir..

uzlaşma başvurularının sonucunda sözleşmeler imzalanmakta ve/veya yeni makul olmayan koşullar ile karşılaşılmaktadır[87]. Hal böyle olunca arabağlantı sözleşmelerinin imzalanamaması işletmecilerin hizmet verememelerine neden olmaktadır. BTK bugüne kadar; arabağlantı sözleşmesi imzalama sürecini uzatarak, bu uygulamayı bir davranış biçimine dönüştüren ve yeni işletmecilerin piyasaya girişlerine engel olan ya da geciktiren işletmeciler aleyhine hiçbir yaptırım uygulamamıştır. Uygulamada bu sebeplerle işletmeciler etkin bir karar alabilmek amacı ile RK'na başvurmaktadırlar. Örneğin; NetAnkara Telekomünikasyon Elektronik ve Bilgisayar Teknolojileri A.Ş. BTK'dan yetkilendirme aldığı alanlarda[88] faaliyet gösteren bir işletmecidir. Bu işletmeci, BTK tarafından yayımlanan Referans Arabağlantı Teklifleri çerçevesinde anlaşma imzalamak üzere Turkcell ve Vodafone'a başvurdukları, fakat yapılan yazışmalar ve toplantılar sonucunda sözleşmelerin imzalanamadığı, bu sebeple konunun BTK'ya iletildiği ve sonuç olarak da; Turkcell ve Vodafone'dan çağrı sonlandırma hizmeti alamadıkları için yetkilendirildikleri alanda hizmet veremedikleri dolayısıyla, elektronik haberleşme endüstrisinde rekabetin kısıtlandığı iddiası ile RK'na başvurmuştur[89], Rekabet Kurulu sonuç olarak; erişim ve arabağlantı anlaşmalarının koşullarının, EHK ve ilgili mevzuat çerçevesinde BTK tarafından belirlendiği, onaylandığı ve uzlaştırıldığı dikkate alınarak işlem tesis edilmemesi yönünde kanaate varmıştır. Erişim ve arabağlantı sözleşmeleri bakımından üst pazar erişim ve arabağlantının sağlanması gereken şebekeler alt pazar ise bu şebekeler üzerinden yeni işletmelerin sunacakları elektronik haberleşme hizmetleridir. Bu şebekelerden yeni işletmecilerin girdi sağlayamaması durumunda, bu işletmecilerin alt pazarda da faaliyet gösterme ihtimallerinin bulunmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

V. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

A. KAVRAM

Hakim durumun tespiti RKHK kapsamında rekabetin ihlal edilme şüphesi üzerine RK tarafından yapılan bir inceleme veya birleşme ve devralma işlemlerinde izin alınmak üzere RK'ya yapılan başvurular kapsamında yapılmaktadır.

---

87 BTİ Kurulu Kararlarına konu olan bu hususta kararların hepsi www.btk.gov.tr adresinde yayımlanmamıştır.

88 Sabit Telefon Hizmetleri Yetkilendirmesi, Sanal Mobil Şebeke Hizmetleri Yetkilendirmesi, İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmetleri Yetkilendirmesi.

89 Rekabet Kurulu'nun 17.6.2010 tarih ve 10-44/768-251 sayılı Kararı.

B. AB MEVZUATI VE RKHK KAPSAMINDA KÖTÜYE KULLANMA KAVRAMI

Piyasada önemli ölçüde pazar gücüne sahip olan firmaların, pazardaki rekabet koşullarını rakiplerine kıyasla daha kolay bir şekilde etkilemeleri mümkündür. Hakim durumda bulunan firmaların sahip oldukları bu gücü, pazardaki rekabeti kısıtlayacak şekilde kötüye kullanmaları RHK'nın 6'ıncı maddesi kapsamında yasaktır. Bu madde uygulamalarında öne çıkan husus hakim durumun değil, bu durumun rekabeti kısıtlama amacıyla kötüye kullanılmasının yasaklanmış olmasıdır. Bir teşebbüsün pazar gücü, teknolojik üstünlük, verimlilik ya da kaliteli ürün/hizmet gibi unsurlardan kaynaklanıyor olabilir. Bu nedenle hakim durumda olma hali 6'ıncı madde çerçevesinde bir ihlal teşkil etmemektedir[90].

Öte yandan; RKHK'nın, 6'ıncı maddesi, haksız rekabet, hakkın kötüye kullanılması ve gabin gibi, saf ahlaki temellere dayanan ve rakip veya tüketiciler gibi kişi menfaatlerinin korunmasını amaçlayan bir hukuk kuralı değildir. Ayrıca 6. maddede her ne kadar açıkça ifade edilmiyorsa da[91], bu hükmün temel amacı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, bu ekonomik gücünün sağladığı avantajları, serbest rekabet düzeninin aleyhinde kullanmasının önüne geçilmesidir. Bu nedenle, kötüye kullanma kavramı, etik normlara değil, ekonomik realitelere bağlı olarak dar yoruma tabi tutulmalı ve ticari etik, rekabet kavramı ile bağdaştırılmalıdır[92].

ABİDA'nın 102'inci maddesi ile de hakim durumun kötüye kullanılmasının yasak olduğu ve hangi koşulların hakim durumu kötüye kullanma olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre bir veya birden fazla teşebbüsün, ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde sahip oldukları hakim durumlarını kötüye kullanmaları, üye devletler arasındaki ticarete zarar verebileceği ölçüde ortak pazar ile bağdaşmayacağından yasaktır. Bu kötüye kullanmalar aşağıdaki gibidir:

a. Dolaylı veya dolaysız şekilde adil olmayan alış ve satış fiyatı veya benzeri haksız ticari koşullar,

---

90 Rekabet Kurumu, Rekabet Hukukunun Esasları, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması. www.rekabet.gov.tr

91 RKHK.'nun 4. maddesinin aksine, 6. maddede, rekabetin kısıtlanması, engellenmesi veya bozulmasına ilişkin herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Kanımızca böyle bir ibarenin bulunmaması, kötüye kullanmanın, rekabetin kısıtlamanın özel bir görünümü olduğu yolundaki yoruma engel değildir. 4. maddeyle her bakımdan paralel olan bu iki düzenleme arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi de, böyle bir yorumu gerektirir. Kaldı ki, rekabetin korunması amacını güden bu hükmü başka türlü yorumlamak da zordur.

92 Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 259.

b. Tüketicinin zararına olacak bir şekilde üretimin, piyasaların ya da teknik gelişmenin sınırandırılması,

c. Eşdeğer anlaşmalarda, diğer taraflara, onları rekabet açısından dezavantajlı hale getirecek şekilde farklı şartların uygulanması,

d. Sözleşmelere, ticari teamül veya nitelikleri gereğince bu tür sözleşmelerin konusu ile ilgili olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartının getirilmesi.

Hakim durumun kötüye kullanım halleri RKHK'nın 6/1'inci maddesinde; *bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar yoluyla kötüye kullanması yasak* şeklinde düzenlenmiş ve 6'ıncı maddesinin 2'inci bendinde kötüye kullanma halleri örnekler halinde sayılmıştır. Bu kötüye kullanma halleri tahdidi değildir.

a. Ticari faaliyet alanına baska bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b. Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,

c. Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettigi bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d. Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e. Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.

RKHK'nın 6'ıncı ve ABİDA'nın 102'inci maddesinden de görüleceği üzere hakim durumda bulunmak değil, hakim durumda bulunan işletmecinin bu gücünü kötüye kullanması yasaklanmaktadır.

Hakim durumdaki teşebbüs, çeşitli uygulamalar ile bu durumunu kötüye kullanarak pazardaki rekabeti kısıtlamayı amaçlayabilir. Bu uygulamalara; rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, pazara yeni girmek isteyen teşebbüslerin engellenmesi, bir mal ile birlikte başka bir malın da

alımının şart koşulması (bağlama anlaşmaları), yıkıcı fiyat, fiyat sıkıştırması, bir pazardaki hakim gücün başka bir pazarda kullanılması halleri hakim durumun kötüye kullanım hallerine örnek olarak verilebilecektir.

Hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti bozucu, engelleyici, kısıtlayıcı hareketlerden kaçınma yükümlülüğünün bulunduğuna Rekabet Kurulu kararlarında da atıflar yapılmıştır. Rekabet Kurulu'nun bir kararında[93] hakim durumu kötüye kullanmanın objektif bir kavram olarak değerlendirildiği dolayısıyla, hakim durumda olan teşebbüsün mutlaka rekabeti kısıtlama niyetinin olmasının aranmadığı, ilgili eylem ya da işlemin rekabetin kısıtlanması etkisini doğurması halinde sözkonusu davranışın yasaklanması için yeterli olduğunu belirtilmektedir. Diğer bir deyişle; bir teşebbüs ister yasal bir düzenleme sonucu isterse de kendi iç etkinliği sonucu hakim duruma gelmiş olsun, eylem ve işlemlerinin ilgili ürün pazarındaki rekabet üzerinde ortaya çıkan etkisini öngörebilmesi ve davranışlarını bu çerçevede kontrol altında tutabilmesi gerekmektedir.

Kötüye kullanma uygulamaları eylem, işlem, davranış, anlaşma gibi pek çok şekilde ortaya çıkabilmektedir. Kötüye kullanma hallerini dışlayıcı ve sömürücü kötüye kullanmalar olarak iki ana başlık altında toplamak mümkündür[94]. Bu ayrım, kötüye kullanma eyleminin kimi hedeflediği esas alınarak yapılmıştır. Rekabet karşıtı kötüye kullanım halinde hedef rekabet, sömürücü kötüye kullanma hallerinde ise tüketicilerdir[95].

---

93 Rekabet Kurulu'nun 1.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı Kararı.

94 Rekabet Kurulu'nun 4.11.2009 tarih ve 09-52/1246-315 sayılı Kararında geçen ifadeler ile; tüketici refahında doğrudan bir kayba yol açan sömürücü davranışlarda hâkim durumdaki teşebbüs pazar gücünün avantajını kullanarak fiyatlama ya da diğer uygulamalar yoluyla, belirli düzeyde pazar gücüne sahip olmayan bir teşebbüsün elde edemeyeceği şekilde tüketicilerden rant elde etmektedir. Dışlayıcı davranışlarda ise rakiplere yöneltilen ancak dolaylı olarak tüketici refahını da azaltan, rakiplerin rekabet etme yeteneğini kanuna aykırı şekilde sınırlayan davranışlar söz konusudur. Örneğin; ABD Rekabet Hukuku bakımından aşırı fiyatlama davranışı bir hukuka aykırılık teşkil etmemekte iken, AB Rekabet Hukuku'nda yasaklanmış bir eylem olarak ortaya çıkmaktadır. AB rekabet hukukunda aşırı fiyatlama bir ihlal olarak kabul edilmekle birlikte, aşırı fiyatlamanın kötüye kullanma olarak kabul edildiği AB Komisyonu ve ATAD kararları oldukça sınırlı sayıdadır ki, bu da Komisyonun aşırı fiyatlamayı istisnai durumlarda rekabet hukuku kapsamında kabul etme politikasının bir göstergesidir. Komisyon bu sınırlı vakalarda yaptığı değerlendirmelerde ekonomik değer testini kullanmaktadır.

95 Seda Ulaş Kısa, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, Ankara 2004, s. 28.

İ. SÖZLEŞME YAPMAYI REDDETME

Tek taraflı dışlayıcı kötüye kullanmalar arasında sayılan; sözleşme yapmayı ve mal vermeyi reddetme uygulamaları elektronik haberleşme endüstrisinde sıklıkla gündeme gelmektedir.

Herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu T.C. Anayasası'nın 48'inci maddesinde açıkca ifade edilmiştir. Sözleşme yapma özgürlüğü içinde sözleşme yapmama özgürlüğünü de barındırmaktadır. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, sözleşme serbestisi ilkesinin bir başka boyutudur.[96] Herkesin özel teşebbüs kurmakta serbest olduğu da yine T.C. Anayasanın anılan maddesinde ifade edilmektedir. Maddi ve gayrimaddi varlıklar bütününden oluşan teşebbüsler üzerinde bu teşebbüsleri kuranların tartışmasız mülkiyet hakları bulunmaktadır. T.C. Anayasası'nın 35'inci maddesinde; herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği belirtilmektedir.

Sözleşme yapmayı reddetmenin kavramsal çerçevesine bakıldığında; bir teşebbüsün hangi üç şekilde sözleşme yapmayı reddedebileceğinden bahsetmekte yarar bulunmaktadır. Bu haller arasında; alt pazardaki rakiplerden en az birisiyle sözleşme yapılmışken başka bir rakip ile sözleşme yapılmaması, mevcut bir sözleşmenin devam etmesinin veya ilk kez bir sözleşme yapılması talebinin kabul edilmemesi[97], fikri mülkiyet lisanslamasının, birlikte işlerlik bilgilerinin sağlanması, Bu hususlar zorunlu unsura veya şebekeye erişimin engellenmesi örnek olarak sayılabilecektir[98.] Dışlayıcı kötüye kullanmaya örnek bu davranışlar, teşebbüslerce tek taraflı olarak veya birlikte, potansiyel ya da mevcut müşterilere yönelik olabilecektir.

Bu başlık altında, zorunlu unsur doktrinine de değinmek gerekmektedir. ABD'de uzun bir uygulama geçmişine dayanan ve belirli uygulama esasları olan zorunlu unsur doktrini, AB Rekabet Hukuku bakımından oldukça yeni bir uygulama alanıdır. Rekabet Kurulu'nun da zorunlu unsur doktrinini esas alarak verdiği kararlar bulunmaktadır.

Erişimin zorunlu olduğu altyapılara veya bazı unsurlara erişim sorunu ihlalleri için kullanılabilecek Rekabet Hukuku aracı zorunlu unsur doktrinidir. *Bu doktrin; teşebbüslerin mülkiyetlerinde bulunan ve alt veya komşu*

---

96 Aslan, Rekabet Hukuku, s. 476.

97 Ali Demiröz, Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 2009 s. 15.

98 Ece Fatma Aslan, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl 4, sy. 16, s. 867.

pazarlardaki başkaca teşebbüslerin piyasaya girişleri veya faaliyetlerinin devamı için olmazsa olmaz nitelikteki bir unsurun/varlığın rakip teşebbüslerin kullanımına açılması durumu olarak tanımlanmaktadır [99].

Bu noktada zorunlu unsur doktrinin elektronik haberleşme endüstrisinde ne ölçüde uygulanabileceğinin netleştirilmesi de gerekmektedir. Elektronik haberleşme endüstrisinde BTİ Kurulu tarafından EPG ilan edilen işletmecilere zorunlu unsura erişim uygulamasını içeren yükümlülükler getirilebilmektedir.

Rekabet Kurulu tarafından elektronik haberleşme endüstrisinde sözleşme yapmanın reddi ve zorunlu unsur doktrini uygulamasıyla ilgili olarak verilen kararlar incelendiğinde; zorunlu unsur doktrini esas alınarak Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan ulusal dolaşım kararı detaylı bir inceleme olması bakımından dikkate değerdir. İş-TİM Ulaştırma Bakanlığı ile imzaladığı imtiyaz sözleşmesi kapsamında 27.10.2000 tarihinde GSM mobil pazarda faaliyette bulunma hakkını elde eden bir işletmecidir. Bu işletmecinin sözleşmenin imza tarihinden itibaren 2 yıl içinde nüfusu 10.000'den fazla olan yerleşim birimlerinin %50'sini, 5 yıl içinde ise %90'ını kapsama alanına alması imtiyaz sözleşmesiyle zorunlu tutulmuştur. İŞ-TİM, Turkcell ve Telsim'den ulasal dolaşım talep etmiş fakat bu talep işletmeciler tarafından kabul edilmemiştir[100].

Ulusal dolaşım, 406 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde; *"Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkân sağlayan sistemler arası dolaşımı"* olarak tanımlanmıştır. Yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan ve vakıanın gerçekleştiği dönemde yürürlükte bulunan Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin[101] 5'inci maddesinde *"Mobil telekomünikasyon, data veya Kurumun belirleyeceği diğer hizmet ve altyapı işletmecileri ilgili mevzuata, görev ve imtiyaz sözleşmelerine, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izinlere ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak koşulu ile kendi aralarında serbestçe Ulusal Dolaşım anlaşması yapabilirler. Ancak, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum'un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki Ulusal Dolaşım taleplerini*

---

99 Hakan Suat Ölmez, Internet Üzerinden Telefon Hizmeti Sunulması(VoIP) ve Regülasyon Sorunları; Türkiye İçin Çıkarımlar, sy. 19, s. 49.

100 Rekabet Kurulu'nun 9.6.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kararı.

101 8.3.2002 tarih ve 24689 sayılı Resmi Gazete.

karşılamakla yükümlü" olduğu hususu düzenlenmektedir. Aynı Yönetmeliğin 6'ıncı maddesinde; *tarafların kendi aralarında Ulusal Dolaşım anlaşması tesis edememeleri halinde Talep Eden İşletmecinin başvurusu üzerine Kurum tarafından bu Yönetmelikte düzenlenmiş olan usul ve esaslar uygulanacağı* ve hatta Yönetmeliğin 17'inci maddesinde *ulusal dolaşım yükümlülüğünü Yönetmeliğin 13'üncü maddesinde belirtilen Kurul kararında belirlenmiş süre ve koşullar dahilinde yerine getirmeyen İşletmeciye bir önceki takvim yılındaki cirosunun %1'inden (yüzde bir) aşağı olmamak ve %3'ünü (yüzde üç) aşmamak kaydıyla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu tarafından belirlenecek oranda idari para cezası uygulanacağı* hususu da düzenlenmiştir. Endüstriyel mevzuatta uzlaşmazlığın çözüm yeri BTK olarak belirlenmişken, İş-TİM RK'ya başvurmuş ve Rekabet Kurulu'da; *ulusal dolaşımın piyasaya yeni giren teşebbüsler için zorunlu unsur olarak kabul edilmiş olduğu hususu dikkate alarak; Turkcell ve Telsim'in Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği şartlar çerçevesinde ulusal dolaşım anlaşmasını yapmaktan imtina ettikleri ve bu şekilde RKHK'nın 6'ıncı maddesi çerçevesinde bir ihlal oluştuğu iddialarının soruşturma açmak için ciddi ve yeterli olduğu kanısına vararak; RKHK'nın 40'ıncı maddesi uyarınca soruşturma açılmasına ve geçici tedbir alınmasına yönelik talebin soruşturma aşamasında değerlendirilmesine karar vermiştir*. RKHK'nın 6'ıncı maddesine göre; *"Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması"* kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek davranışlardan olduğundan Rekabet Kurulu tarafından İş-TİM'in şikayeti rakibin piyasaya girişi için zorunlu olan mal ve hizmetin sağlanmasının reddedilmesi sebebi ile zorunlu unsur doktrini çerçevesinde incelenmiştir. Rekabet Kurulu Kararı'nda GSM altyapı hizmetleri ve bu altyapılar üzerinden sağlanan GSM hizmetleri iki ayrı pazar olarak değerlendirilmiştir. *GSM hizmeti sunmayı düşünen bir teşebbüsün teorik olarak üç tercihi bulunduğu belirtilmiştir: 1. Bizzat bu altyapıyı kurmak (üst pazarda da faaliyet göstermek) 2. Üst pazarda faaliyet gösterenlerden bu girdiyi satın almak. 3. Altyapıyı kurma aşamasında bu girdiyi satın almak.* Bu tercihler bakımından; GSM altyapısı üzerinden sunulan ulusal dolaşım hizmetinin sağlanabilmesi için 2'inci ve 3'üncü tercihlerin hayata geçirilmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak; Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) sınırları içinde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacını hedefleyen RKHK'nın kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her piyasada olduğu gibi telekomünikasyon pazarında da Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili bulunduğu, Turkcell ve Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda bulundukları, bu altyapıların, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında zorunlu unsur niteliğinde olduğu, İŞ-TİM'in bu altyapıdan

ulusal dolaşım yoluyla yararlanma talebini reddettikleri ve bunun objektif gerekçelere dayanmadığı, hakim durumlarını kötüye kullanmaları nedeniyle GSM hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel olan eylemleriyle, RKHK'nın 6'ıncı maddesini ihlal etmiş olmaları sebebi ile RKHK'nın 16'ıncı maddesi 2'inci fıkrası uyarınca para cezası verilmesine karar verilmiştir.

Tüm Internet Servis Sağlayıcılar Derneği (TİSSAD) ve bazı İSS'ler tarafından *TTAŞ aleyhine internet altyapı sağlama pazarında TTAŞ'ın hakim durumda olduğu, TTAŞ'ın İSS'lere, başvuru tutarının %25'ini ödemelerine rağmen, talep ettikleri Primary Rate Interface*[102] *(PRI) hatlarını vermediği, TTAŞ'ın bu şekilde İSS'leri, TTNET adı altında kurulan Sanal Erişim Noktaları altyapısını kiralamaya ve neredeyse birer satış ve pazarlama organizasyonu haline dönüşmeye zorladığı..."* iddiaları ile TİSSAD ve bazı İSS'ler Rekabet Kurumu'na başvurmuştur. Rekabet Kurulu[103] hem bu başvuruları dikkate alarak hem de res'en *"...PRI hattı almak isteyen servis sağlayıcılarının talebini karşılamadığı..."* gerekçesi ile soruşturma başlatmıştır. Kurul, soruşturma neticesinde; TTAŞ'ın *(i)kurumsal kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarda,(ii) yerel kullanıcılara dar bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarda ve (iii) yerel kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarda* hakim durumda olduğunu tespit etmiştir. Rekabet Kurulu; TTAŞ'ın sahip olduğu yerel telefon şebekesi*, yerel kullanıcılara dar bant internet erişimi sunmak isteyen teşebbüsler açısından zorunlu unsur niteliği göstermekte olduğundan ve rakibin bu altyapıları kurmasının imkansızlığı* nedeniyle TTAŞ[104] aleyhine idari para cezasına hükmetmiştir.

İİ. FİYAT SIKIŞTIRMASI

Fiyat sıkıştırması genel olarak, dikey bütünleşik teşebbüs tarafından uygulanan toptan ve parekende fiyatlar arasında marjın etkin hizmet sunan rakip teşebbüslerin perakende pazarda makul kâr elde etmeleri için yeterli

---

102 PRI 30 adet ses kanalı içeren dijital ses arayüzüdür.

103 TTAŞ'ın internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarlarda hakim durumunu ve bu pazarlar ve internet erişim hizmetleri pazarlarında kötüye kullandığı iddiasının yeniden değerlendirilmesi üzerine Rekabet Kurulu 5.1.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı Kararı almıştır.

104 Rekabet Kurulu'nun bu kararı verdiği dönemde; TTAŞ Ulaştırma Bakanlığı ile 28.2.2001 tarihli ve 25 yıl süreli olarak imzaladığı; "Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Görev Sözleşmesi" kapsamında faaliyet göstermekte ve 406 sayılı Kanun'un 2/c maddesi uyarınca da "*...diğer işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullanan şahısların ana telekomünikasyon şebekesine arabağlantı talepleri ve telekomünikasyon altyapı tesislerinden yararlanma ihtiyaçlarını tekel süresince sağlamakla..*" görevlendirilmişti.

olmaması durumudur.[105] Üretim zincirindeki iki komşu pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüsün, rakiplerinin perakende pazarda hizmet sunmaları için zorunlu olarak kullanmaları gereken girdi üzerinde kontrol sahibi olduğu ve bu zorunlu girdinin rakip işletmecilerle aynı perakende pazarda rekabet etmek için kullanıldığı durumlarda fiyat sıkıştırması ortaya çıkabilmektedir[106].

Perakende pazarda faaliyet göstermeleri zorunlu bir girdiye bağlı olan teşebbüsler; toptan seviyede zorunlu girdiyi sağlayan teşebbüs ile aynı zamanda perakende seviyede de rekabet ediyorlar ise marjda oluşan daralma ile kar marjları sıkışmaktadır. Teşebbüs toptan seviyede fiyatını yükselterek, perakende seviyede de fiyatını düşürerek fiyat şıkıştırmasına yol açabilmektedir[107]. Fiyat sıkıştırması özetle; bir teşebbüsün üst pazardaki gücünü alt pazarda mevcut ve potansiyel rakiplerini dışlamak amacıyla kullandığı bir stratejidir. Üst pazardaki gücün alt pazara aktarılması suretiyle gerçekleştirilen rekabet karşıtı bu strateji dikey aktarma olarak da ifade edilmektedir[108]. Dolayısıyla; fiyat sıkıştırması ihlali dikey ilişkinin olduğu iki pazardaki fiyatların etkileşimi ile ortaya çıkmaktadır[109].

Bu konuda AB uygulamasındaki ilk örnek; Komisyon tarafından Almanya'da yerleşik işletmeci olarak faaliyet gösteren ve ülke genelinde yerel telefon şebekesine tek başına sahip olan Deutsche Telekom A.G.'nin (Deutsche Telekom) hakim durumunu kötüye kullanarak fiyat sıkıştırması yaptığının tespitine ilişkin kararıdır. Deutsche Telekom 1998 yılından itibaren rakiplerine altyapı sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Deutsche Telekom rakiplerine girdi sağladığı altyapı erişim pazarında yani üst pazarda hakim durumda olduğu gibi; son kullanıcıya internet erişim hizmetlerinin sunulduğu alt pazarda da %95 oranında pazar payına sahip olarak rakipleri ile rekabet halindeyken; fiyat şıkıştırması suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile alt pazara yeni giriş yapan işletmeciler tarafından Komisyon'a şikayet edilmiştir. Komisyon'un soruşturma raporunda; Deutsche Telekom'un, 1998-2001 yılları arasında, toptan seviyedeki fiyatlamasını maliyetlerinin üzerinde, perakende pazarda ise fiyatlarını rakiplerinden daha düşük belirleyerek rakiplerini fiyat sıkıştırmasına maruz bıraktığı tespit edilmiştir. Bu tespitte; Deutsche Telekom'un hem üst hem de alt pazarda faaliyet gösteren dikey bir yapı içinde olması, yerel şebekeye erişim bakımından hakim

---

105 Kaya, Fiyat Sıkıştırması, s. 4.

106 Bengü Karabacak, Telekomünikasyon Hizmetleri Pazarında Fiyat Düzenlemeleri: Fiyat Sıkıştırması Sorunu, BTK Uzmanlık Tezi, Ankara 2007, s. 33.

107 Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı Kararı.

108 Kaya, Fiyat Sıkıştırması, s. 5.

109 Rekabet Kurulu'nun 08-65/1055-411 sayı ve 19.11.2008 tarihli Kararı.

durumda olması, zorunlu girdinin ikamesinin bulunmaması ve marj sıkıştırmasına yol açması ve dolayısı ile bu durumun hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle rekabete aykırı etkilerine yer verilmiştir. 21.05.2003 tarihinde Komisyon, Almanya'da Deutsche Telekom'a hakim durumda bulunduğu yerel şebekeye erişimi adil olmayan ücretlerle karşılaması ve fiyat şıkıştırması yapmak suretiye hakim durumunu kötüye kullanarak ABİDA'nın 82(102)'inci maddesini ihlal etmesinden dolayı 12.6 milyon Avro para cezası vermiştir[110].

AB uygulaması bakımından diğer önemli örnek ise; Komisyon'un İspanya'da yerleşik işletmeci olarak faaliyet gösteren Telefonica'nın hakim durumunu kötüye kullanarak fiyat sıkıştırması yaptığının tespitine ilişkindir. Telefonica, piyasada faaliyet gösteren ISS'lere toptan seviyede altyapıya erişim hizmetleri ve perakende seviyede internet erişim hizmetleri sağlamakta olan bir işletmecidir. İspanya'da faaliyet gösteren France Telekom İspanya 11.7.2003 tarihinde, Telefonica'yı genişbant internet erişim pazarında fiyat sıkıştırması yaptığı gerekçesi ile Komisyon'a şikayet etmiştir. Komisyon, Telefonica'nın Eylül 2001 ile Aralık 2006 döneminde toptan erişim fiyatları ile perakende seviyede son kullanıcıya sunduğu fiyatlar arasında fiyat sıkıştırması yaptığı dolayısıyla; ABİDA'nın 82(102)'inci maddesine aykırı olarak hakim durumunu kötüye kullandığına hükmederek, 151.875.000 Avro para cezası ile cezalandırmıştır[111]. Komisyon'un kararına göre Telefonica'nın perakende seviyedeki fiyatları ile toptan seviyede erişim sağlamak için talep ettiği fiyatlar arasında marj bulunmadığından; bu alanda faaliyet göstermeye çalışan firmalar ya zarar etmeyi göze almış ya da bu pazardan çıkmak zorunda kalmışlardır. Komisyon tarafından diğer vakıalardan daha yüksek para cezası uygulanmasının sebebi; Telefonica'nın hem toptan hem de perakende seviyede fiyatlarını olması gerekenin çok üstünde belirleyerek; genişbant pazarının tüketiciler, son kullanıcılar, tüzel kişiler aleyhine olarak gelişmesine, bu pazara yeni girişlere engel olmasıdır[112].

---

110 Komisyon'un C-280/08 P sayılı Deutsche Telekom Kararı, Toptan seviye'de erişim ücretleri Almanya BDK'sı RegTP tarafından düzenlenmekte, perakende seviyede fiyatlar ise tavan fiyat uygulamasına tabi olarak belirlenmekteydi. Deutsche Telekom RegTP tarafından ulusal seviyede yapılan düzenlemelere Komisyon'un müdahale hakkı olmadığı iddasi ile Komisyon'un Kararının iptalini talep etmiş ve talebi Birinci Derece Mahkemesinin T-271/03 sayılı kararı ile reddedilmiştir. Daha sonra ATAD'a yapılan temyiz başvurusu da C-280/08 sayılı karar ile reddedilmiştir.

111 Case COMP/38.784 — Wanadoo España vs. Telefónica.

112 Tüm bu sebeplerden ötürü zayıflayan perakende seviyedeki rekabet, İspanya'daki internet erişiminden faydalanan son kullanıcıların AB 15 üye ülkesinin ortalamasından yaklaşık olarak %20 daha fazla bedel ödemesi ile sonuçlanmış ve İspanya genişbant erişim hizmetleri pazarının AB-15 pazarından %20 seviyede düşük kalması ile sonuçlanmıştır. Ayrıca genişbant internet penetrasyonu hızı

Rekabet Kurulu bir kararında;[113] fiyat sıkıştırmasına ilişkin bir şikayet söz konusu olduğunda; AB Rekabet Hukuku içtihatlarında da genel kabul görmüş bazı kriterlerin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kriterler; (i)üst pazarda faaliyet gösteren işletmecinin hakim durumda olması, (ii) rakiplerine sağlayacağı girdinin alt pazarda kendisi ve rakipleri için zorunlu bir girdi olup olmadığı, (ii) alt ve üst pazar arasındaki marjın kendisi veya kendisi kadar etkin bir rakibin kar elde edemeyeceği kadar düşük belirlenip belirlenmediği, (iii) fiyat sıkıştırması işlemi ile; alt pazarda rakiplerin dışlanıp dışlanmadığı, pazara yeni girişlere engel olunup olunmadığı, (iv) tüketici refahına zarar verecek rekabet karşıtı etkilerin doğup doğmadığı ya da muhtemel olup olmadığı, (v) hakim durumdaki işletmecinin fiyat sıkıştırmasına neden olan fiyat politikasına ilişkin objektif gerekçeleri olup olmadığıdır. Bu kriterlerden bir ya da birkaçının sağlanamadığı durumlarda fiyat sıkıştırmasının rekabete zarar veren bir davranış olarak nitelendirilmesini güçleşmektedir.

Fiyat sıkıştırması iddialarının Rekabet Hukuku bakımından incelemesinde işletmecinin üst pazarda hakim durumda olması koşulu aranırken aynı koşulun alt pazar içinde aranıp aranmayacağı ne literatürde ve ne de konuya ilişkin kararlarda açıklığa kavuşturulmamıştır. Üst pazarda hakim durumda bulunan işletmecinin aynı zamanda alt pazarda da hakim durumda bulunması halinde; rakiplerini dışlaması ve tüketici zararına işlemler yapması daha kolay olacakken, üst pazardaki hakim durumunu alt pazara aktararak fiyat sıkıştırması yapan işletmecinin alt pazarda da hakim durumda olması koşul olarak aranmamaktadır. Nitekim, fiyat sıkıştırması; üst pazarda hakim durumda olan işletmenin rakiplerine sağladığı zorunlu

---

da AB 15 ülkeleri ortalamasının %30 altında kalmıştır. Nitekim; kötüye kullanımdan tamamen Telefonica sorumludur. İspanya BDK'sı CMT sadece bölgesel olarak toptan genişbant erişimini düzenlemiştir. Bu da 2006 kararlarına göre toptan fiyatlarının toplamının sadece %30una denk gelmektedir. CMT, Telefonica'nın ulusal toptan fiyatlarını ve perakende fiyatlarına belirlemiştir. Bölgesel fiyatlarla perakende fiyatların marj sıkıştırması için incelenmesi için CMT komisyondan farklı veriler kullanmıştır, çünkü CMT, tasarım olarak öncül olarak fiyatları belirlemektedir. Ayrıca pazar tespiti ve maliyet seviyesindeki girdileri Telefonica'dan aldığı öngörülere dayandırarak hareket etmektedir. Bu nedenle CMT konmisyonla benzer bir metodoloji kullanmasına rağmen farklı veriler kullanmakta ve farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Telefonica CMT'nin yaptığı tahminlerin kendi iş planı ile ve gerçek maliyetleri ile örtüşmeyeceğini bilebilirdi. Telefonica'nın iç yazışmalarından anlaşıldığı üzere, Telefonica marj şıkıştırması yaptığının farkındaydı ve toptan seviye fiyatlarını düşürerek istediği zaman bu şıkıştırmayı sona erdirebilirdi. CMT tarafından belirlenen bölgesel toptan fiyatlar için CMT tarafından azami fiyalar belirlenmişti, daha sonra Aralık 2006'da CMT inisiyatif alarak toptan fiyatları düzenlemiş ve fiyat şıkıştırmasına son vermiştir. Bu sebeplerden ötürü, kötüye kullanımdan tamamen Telefonica sorumludur.

113 Rekabet Kurulu'nun 27.6.2008 tarih ve 08-41/556-209 sayılı Kararı.

girdi üzerindeki hakim durumunu kötüye kullanmasına dayanmaktadır[114]. TTNET ve TTAŞ'ın, genişbant internet erişim pazarında faaliyet gösteren İSS'ler ve Tüm İnternet Derneği (TİD) tarafından genişbant internet erişim hizmetleri pazarında hakim durumlarını kötüye kullandıkları iddiası ile Rekabet Kurulu'na şikayet edilmişlerdir[115]. TTAŞ, Türkiye genelinde yerel telefon şebekesine sahip yerleşik işletmecidir. ISS'lere toptan seviyede girdi temin etmekte, perakende seviyede ise iştiraki TTNET üzerinden faaliyet göstermektedir. TTAŞ'nin toptan seviyede genişbant internet erişim hizmetleri pazarında, TTNET'in de perakende genişbant internet erişim pazarında hakim durumda bulundukları; toptan genişbant erişim hizmetleri pazarında ve perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki rekabeti fiyat sıkıştırması yoluyla bozdukları gerekçesi ile TTNET ve TTAŞ ekonomik bütünlüğüne 12.394.781,16 TL para cezası verilmiştir.

İİİ. YIKICI FİYAT

Yıkıcı fiyat kavramı rekabetin elimine edilmediği veya en azından kısıtlanmadığı durumda, kârlı olmayan fiyat olarak ifade edilmektedir[116]. Bir eylemin yıkıcı fiyatlandırma olarak nitelendirilebilmesi için dört unsurun varlığı aranmaktadır[117]. Bunlar; (i) ihlali yapan teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması, (ii) bu teşebbüsün maliyetinin altında fiyatlama yapması, (iii) fiyatlama politikasının diğer teşebbüsleri piyasa dışına çıkaracak bir etki yaratması ve (iv) rakip teşebbüslerin piyasa dışına çıkarılması halinde fiyatı artırarak normal üstü bir kar elde etmesi imkanının bulunması olarak sayılabilecektir.

Hasat amaçlı stratejilerde en çok kullanılan yöntem, yıkıcı fiyat uygulamasıdır. Bu uygulamada firmanın rakiplerini etkisiz hale getirinceye kadar maliyetinin altında satış yaparak zarar etmesi söz konusudur. Bu strateji daha çok fiyat esnekliği düşük mal ve hizmetler ve tüketici mobilitesinin yüksek olduğu hallerde uygulanmaktadır. Çünkü fiyat esnekliğinin yüksek olması durumunda fiyat artırımı yoluyla hasadın yapılması mümkün olmayacaktır. Bu stratejiye ilaveten teşebbüslerin yüksek maliyetlere katlanarak ve zarar etmeyi göze alarak kaliteyi arttırmak yoluyla rakiplerini etkisiz hale getirmeleri de mümkündür. Sonuç itibariyle burada da kârdan önemli ölçüde fedakârlık etmek veya zarara katlanmak söz konusu olmaktadır[118].

---

114 Kaya, Fiyat Sıkıştırması, s. 55.

115 Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı Kararı.

116 Rekabet Kurulu'nun 6.5.2009 tarih ve 09-21/447-112 sayılı Kararı.

117 Rekabet Kurulu'nun 27.6.2008 tarih ve 08-41/568-216 sayılı Kararı.

118 Erdal Türkkan, Hasat Amaçlı Rekabet Stratejileri Ne Kadar Rayonel?, Rekabet Kurumu Online Yayınlar, http://www.rekabet.gov.tr/index.php? Sayfa=sayfahtml&Id=1035

Yıkıcı fiyat uygulamasının nihai amacı, fiyatların düşürülerek rakipleri etkinsizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltmektir. Piyasadaki aktörlerin rasyonel davranışlarda bulunacağı varsayımından hareketle, bir teşebbüsün uygulama sonrası kayıplarını telafi edebilecek uzun vadeli kazançlar elde edebileceği durumda yıkıcı fiyat uygulaması gerçekleştireceği kabul edilmektedir. Aksi takdirde maliyetin altında yapılan satışlar makul gerekçelerle açıklanabilecek, dolayısıyla yıkıcı fiyat olarak nitelendirilemeyecektir[119].

Rekabet Kurumu'na sıklıkla yıkıcı fiyat iddiası ile başvurular yapılmaktadır. Bunlardan birisi; TTAŞ'ın, TTNET markası ile hizmet sunduğu internet servis sağlayıcılığı pazarında yıkıcı fiyat uyguladığı iddiası ile Rekabet Kurumu'na yapılan şikayetler üzere Rekabet Kurulu TTAŞ aleyhine re'sen soruşturma yapmıştır[120]. TTAŞ, TTNET markası ile son kullanıcılara sağladığı çevirmeli (dial-up) internet erişim hizmeti verirken, aynı zamanda kendi son kullanıcılarına hizmet vermeye çalışan ISS'lere zorunlu girdi olarak kiralık hatları da sağlamakta ve bu hatların da fiyatlarını belirlemektedir. İnceleme neticesinde TTAŞ'ın kendi dial-up abonelerine uyguladıgı tarifelerle, TTAŞ'dan kiralık hat kullanarak dial-up abonelerine hizmet veren ISS'lere uyguladıgı tarifeler arasında, ISS'ler aleyhine çok büyük farklar olduğu tespit edilmiştir. TTAŞ, TTNET markası ile kendi son kullanıcılarına darbant internet erişim hizmetleri de sunmaktadır. Darbant erişim hizmetlerinde fiyatlarını maliyetin altında belirleyerek, rakip teşebbüslerin piyasada faaliyetlerini güçleştirerek RKHK'nın 6'ıncı maddesi kapsamında hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir.

Avea'nın Tüm İş+Ofis tarifesi kapsamında sabit hatlara doğru yapılan aramalar için TTAŞ'a çağrı sonlandırma ücretlerinin dahi altında fiyatlandırma yaptığı iddiası ile Rekabet Kurumuna yapılan başvuruya[121] ilişkin kararda yıkıcı fiyatlamanın oluşması için aranan koşulların var olup olmadığı incelenmiştir. İnceleme sonucunda; Avea'nın TümİŞ+Ofis tarifesi kapsamında, Avea'dan hizmet alan kurumsal müşterilerden elde edilen gelirin tüm kurumsal müşterilerinden elde edilen gelirler içinde oldukça düşük olduğu tespit edilmiştir. Sözkonusu tarife paketi ve yıkıcı fiyatlama politikası ile rakiplerin pazara itilmesinin amaçlanmasının söz konusu olmadığı ve böyle bir etkinin de ortaya çıkmasının muhtemel olmaması sebebi ile başvuru reddedilmiştir.

Rekabet Kurumu'na yapılan bir diğer şikayet Vodafone tarafından yine yerleşik işletmeci TTAŞ ve iştiraki Avea aleyhine yapılmıştır. Şikayetçi tara-

---

119 Rekabet Kurulu'nun 14.8.2003 tarih ve 03-56/655-301 sayılı Kararı.

120 Rekabet Kurulu'nun 2.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı Kararı.

121 Rekabet Kurulu'nun 6.5.2009 tarih ve 09-21/447-112 sayılı Kararı.

fından; Avea'nın Her Yöne Sınırsız[122] isimli tarifesi ile talep ettiği ücretin maliyetinin altında olduğu, yıkıcı fiyatlama içerdiği iddia edilen bu tarifenin TTAŞ tarafından çapraz sübvansiyon ile finanse edildiği iddia edilmektedir. Kararda[123]; *TTAŞ'ın herhangi başka bir pazarda hakim durumda olduğu ve bu Pazar ile GSM hizmetleri pazarının ilişkili olduğu varsayılarak, GSM hizmetleri pazarında gerçekleştirilen uygulamaların yıkıcı fiyatlama olup olmadığının değerlendirileceği,* çapraz sübvansiyonun ihlal olarak kabul edilebilmesinin ancak; çapraz sübvansiyonun yıkıcı fiyatlamanın finansmanında kullanıldığının gösterilmesi ile mümkün olduğu belirtilmiştir. Sübvanse edilmesi gereken uygulamanın yani yıkıcı fiyatlamanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Tarifenin dışlayıcı etkisi bakımından sayısal değerlendirme yapıldığında; Avea tarafından sunulan Her Yöne Sınırsız tarifesi çağrının sonlanacağı işletmeci ayrımı yapmaksızın 10.000 dakika bedava konuşma hakkı verdiği, 2009 yılı Ağustos ayından itibaren Her Yöne Sınırsız tarifesinin koşullarının değiştirilerek sabit ücretin 77 TL'ye yükseltilmiş olduğu ve bu bedel karşılığında bedava konuşma süresinin 3000 dakika sınırlandırıldığı ve kullanıcıya 75 farklı numara ile görüşme olanağı tanındığı tespit edilmiştir. Avea'nın niyeti bakımından yapılan tespit ise 9.11.2008 tarihinde başlayan mobil numara taşınabilirliği kapsamında Avea'nın bu tarife ile Turkcell'in sahip olduğı müşteri tabanının bir kısmını fiyatlama stratejileri ile elde ederek, müşteri portföyünü genişletmek ve sonucunda da gelirlerini artırmak olduğu anlaşılmıştır. Bu tarife ile Avea'nın Turkcell ve Vodafone'dan aldığı müşteri adedine bakılarak sayının çok düşük olduğu tespit edilmiştir. Avea'nın bu tarifesi ile hasat ihtimali de bulunmadığı anlaşılmıştır. Turkcell ve Vodafone'un benzer tarifeleri değerlendirmeye alınmış ve rakiplerin birbirlerinin hareketlerine çok hızlıca aynı etkide karşı hareket geliştirebilmeleri sebebi ile Avea ve TTAŞ aleyhine soruşturma açılmamasına karar verilmiştir.

Bu konudaki önemli örneklerden biri; Komisyon'un, Fransa'da faaliyet gösteren yerleşik işletmeci France Telekom'un iştiraki Wanadoo aleyhine, yıkıcı fiyatlama ile Fransa genelindeki hakim durumunu kötüye kullanarak, ADSL genişbant internet pazarının gelişmesine engel olması sebebi ile 10.35 milyon Avro para cezasına hükmetmesine ilişkindir[124]. Komisyonun tespitlerine göre; France Telekom, Wanadoo'nun ADSL hizmetini Mart 2001 de pazarlamaya başlamıştır. Son kullanıcı fiyatları Mart 2001 ile Ağustos 2001 arasında değişken maliyetlerin çok altında belirlenmiş, Eylül 2001 ile Ekim

---

122 Her Yöne Sınırsız tarifesi; bireysel ve kurumsal müşterilere aylık sabit vergiler dahil 66,5 TL karsılığında şebeke içi, sabit hat ve diğer işletmecilere toplam 10.000 dakika bedava konuşma olanağı tanımaktadır.

123 Rekabet Kurulu'nun 04.11.2009 tarih ve 09-52/1253-318 sayılı Kararı.

124 COMP/38.233 Wanadoo Interactive.

2002 arasında ise değişken maliyetlere eşit ama ortalama toplam maliyetten daha düşük olarak uygulanmıştır. Böylece, Ocak 2001 ile Eylül 2002 arasında Wanadoo'nun pazar payı %46dan %72ye yükselmiştir. Wanadoo'nun rakipleri arasında pazarda %10'un üzerinde paya sahip olan bir işletme bulunmadığı bu rakiplerin Wanadoo'nun 2002 sonuna kadar uyguladığı fiyatlardan ötürü önemli oranda zarar etmiştir. Bu durum Wanadoo ve France Telekom'un yetkilileri arasındaki yazışmalarda da tespit edilmiştir. Wanadoo, Komisyon'un tespitine göre, stratejik bir pazar olan genişbant internet erişim pazarını diğerlerinden önce ele geçirme amacını gütmüştür. Wanadoo bir yanda önemli ölçüde zarar ederken, rakipleri piyasadan çekilmiş öte yandan toptan seviyede internet erişim pazarının %100'üne sahip olan France Telecom yüksek oranda kar elde etmiştir. France Telekom, toptan fiyatlarında Ekim 2002 döneminde %30 indirim yapmış olduğu için kötüye kullanma halinin de bu tarih itibarıyla sona erdiği tespit edilmiştir. Komisyon tarafından verilen cezanın iptali için AB İlk Derece Mahkemesinde dava açan France Telecom, Komisyon'un hasat niyeti tespit etmeden hüküm verildiğini iddia etmiş, AB İlk Derece Mahkemesi Kararında; Komisyon'un Karar verirken Akzo vakıasını emsal almasının doğru olduğunu belirterek France Telekom'un iptal talebini reddetmiştir[125]. İlk derece Mahkemesi, Kararında Akzo[126] kararına atıf yaparak, fiyatın ortalama değişken maliyetin altında olması halinde; bu fiyat politikasının rakibin piyasadan elenmesi için tasarlandığı, fiyatın ortalama değişken maliyetlerin üzerinde ancak ortalama toplam maliyetin altında olması durumunun rakibin piyasa dışına itilmesi ile ilgili bir planın parçası olarak tespit edilmesi halinde ise; kötüye kullanım olarak tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. France Telecom bu kararı temyiz etmiş; ATAD, 2.4.2009 tarihinde France Telecom'un talebini reddetmiştir[127].

İV. BİR PAZARDAKİ HAKİM DURUMUN DİĞER PAZARDA KÖTÜYE KULLANILMASI

Tek taraflı dışlayıcı eylemlerden olan bir pazardaki hakim durumun diğer pazarda kötüye kullanılması çapraz sübvansiyon yöntemi ile gerçekleşmektedir. Bu yöntem ile teşebbüsler; bir piyasadan elde ettikleri karları,

---

125 Court of First Instance of the European Communities of 30 January 2007 in Case T-340/03 *France Télécom* v *Commission.*

126 Case I-3359 Akzo Chemie BV v Commission(1991). ATAD, Akzo Davası'nda, ortalama toplam maliyetin altında ancak ortalama değişken maliyetin üzerinde olacak şekilde belirlenen fiyatları, bir rakibi dışlama amacıyla oluşturulan bir plan içinde yer almaları koşuluyla yıkıcı fiyat olarak değerlendirmiştir. Bunun temel gerekçesi de, en az hakim durumdaki firma kadar etkin olan firmaların finansal kaynaklarının yeterli olmaması nedeniyle piyasa dışına itilme riski ile karşı karşıya kalmalarıdır.

127 Case-202/07 P France Télécom v. Commission.

diğer piyasadaki faaliyetlerinde kullanmak üzere kaynak transferi yapmakta ve kaynak transferi yapılan piyasada güç elde etmeye çalışmaktadırlar[128]. Çapraz sübvansiyon yöntemi ile ihlalin söz konusu olması için; teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlardan en az birinde hakim durumda olması gerekmektedir[129].

Tekel nitelikli piyasalarda faaliyet gösteren işletmeci evrensel hizmet yükümlülüğünü yerine getirmek amacı ile çapraz sübvansiyon metodunu uygulayabilecektir. Böylelikle, işletmeci bir pazardan elde ettiği gelir ile diğer pazardaki hizmetlerini finanse edebilir. Hizmetin, kırsal ve kentsel alanlarda sağlanma maliyetinin aşırı farklılıklar göstermesi halinde, tekel işletmelerin, yatırım maliyetlerini düşük maliyetli tüketici gruplarına yükleyerek bütçe dengesine ulaştıkları varsayılmaktadır[130]. TTAŞ, tekel olarak hizmet sağladığı dönemlerde kırsal bölgelere hizmet götürmek amacı ile kentsel bölge kullanıcılarından elde ettiği gelirleri kullanmaktaydı. Deregülasyon sürecinin hayata geçmesi ile TTAŞ'ın şehiriçi, şehirlerarası ve uluslararası görüşmeler arasında uyguladığı çapraz-sübvansiyonun düzeltmesi gerekliliğine sıklıkla vurgu yapılmıştır[131].

Rekabet Kurumu'na yerleşik işletmeci TTAŞ'ın çapraz sübvansiyon yaptığına dair bazı başvurular olmuştur. Bunlardan ilki; Telsim ve Turkcell tarafından yerleşik işletmeci TTAŞ ve iştiraki Aycell aleyhine yapılan şikayettir. Şikayetçi Turkcell; GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren iştiraki Aycell'in kuruluş sermayesini, lisans ücretini; personel ve faaliyete başlamak için gerekli her türlü altyapısının TTAŞ tarafından karşılandığı, iki işletme arasındaki bu bağın organik ve fonksiyonel birlikteliğin süreklilik arzettiği, Aycell'in TTAŞ'ın sunduğu hizmetleri bedelsiz ve/veya çok düşük ücretlerle temin ettiği dolayısı ile TTAŞ'ın Aycell'i çapraz sübvanse ettiği iddiasında bulunmuştur. Önaraştırma kapsamında; Aycell'in hizmet sunabilmek için TTAŞ'den almak zorunda olduğu kiralık hatlara ödediği bedellerin diğer GSM işletmecilerinden farklı olmadığı, TTAŞ'ın santrallerinde Aycell'e uygulanan kiralama bedellerinin diğer GSM işletmecilerine uygulanan kira bedellerinin baz alınarak belirlendiği, Aycell'in faturalarının TTAŞ tarafından ücreti mukabilinde gönderilmesinin TTAŞ Yönetim Kurulu tarafından karara bağlandığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak Rekabet Kurulu; TTAŞ'ın yasal tekelinin bulunduğu alanlardan elde ettiği gücünü ve avantajlarını rekabete açık GSM hizmetleri piyasasında Aycell lehine kullanarak rekabet

---

128 Kulaksızoğlu, Yatay Birleşmeler, Antirekabetçi Etkiler, s. 11.

129 Rekabet Kurulu'nun 04.11.2009 tarih ve 09-52/1253-318 sayılı Kararı.

130 Karakurt, Rekabet Dergisi, sy. 21. s.13.

131 Kamil Yılmaz, Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme Ve Deregülasyon, Perşembe Konferansları, Ankara 2007, s. 24.

koşullarını bozduğu yönündeki iddiaların yerinde olmaması sebebi ile soruşturma açılmamasına karar vermiştir[132].

Turkcell tarafından yerleşik işletmeci TTAŞ ve iştiraki Aycell aleyhine yapılan şikayette; 31.12.2003 tarihine kadar yasal tekel olarak görev yapan TTAŞ'ın tekel olarak faaliyet gösterdiği alanlardan kaynaklanan gücünü Aycell'in faaliyet gösterdiği GSM hizmetleri pazarındaki rekabet koşullarını bozmak suretiyle kötüye kullandığı ve Aycell'in GSM hizmetleri piyasasında yıkıcı fiyat uyguladığı iddia edilmiştir. Kararın, yıkıcı fiyatlama ile ilgili kısımlarına; hakim durumun yıkıcı fiyatlama ile kötüye kullanılmasına ilişkin başlık altında değinildiğinden bu kısımda sadece çapraz sübvansiyon iddialarına ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun yaptığı tespitlere yer verilmiştir. Buna göre; Aycell'in, 31.5.2003 tarihi itibarıyle; satıcılara 57 trilyon, TTAŞ'a da 157 trilyon kısa vadeli borcu bulunmaktadır. Aycell 122 trilyon TL zarar açıklamıştır. Gelirlerinin 8 (sekiz) katı maliyet yükü bulunan Aycell bir önceki finansal yılı da 385 trilyon TL zarar ile kapatmıştır. Aycell satıcılara olan borçlarını ödemesi için TTAŞ'a yazılı olarak başvurmuş; TTAŞ'da Aycell'in hesabına borç kaydederek ödemeleri yapmıştır. Bu vesile ile Aycell'in yürütmekte olduğu faaliyete ilişkin giderlerin TTAŞ tarafından karşılandığı yani TTAŞ'ın diğer hizmetlerinden elde ettiği gelirlerle Aycell'e kaynak aktardığı; bu suretle Aycell'in uğramakta olduğu zararı karşıladığı; yani çapraz sübvansiyon ile Aycell'i finanse ettiği anlaşılmıştır. Rekabet Kurulu Kararı'nda; TTAŞ'ın çapraz sübvansiyon yöntemi ile GSM pazarındaki rekabeti kısıtladığının iddia edilebileceğine yer verilmiş olmakla birlikte; TTAŞ ve Aycell aleyhine çapraz sübvansiyondan kaynaklanan bir yaptırıma hükmedilmemiştir[133].

Çapraz sübvansiyon yönteminde; rekabetin yoğun olmadığı piyasadaki mal veya hizmetin fiyatının yükseltilmesi ve bu yolla elde edilen gelirin, rekabetin güçlü olduğu diğer piyasada düşük fiyat ile satılan mal ve hizmetin maliyetini karşılamakta kullanılması söz konusudur[134]. Çapraz sübvansiyon, yıkıcı ve seçici fiyatlama gibi kötü niyetli fiyat uygulamalarını kolaylaştırabilecektir. Bu durum; çapraz sübvansiyonun tek başına hakim durumun kötüye kullanılması hali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Elektronik haberleşme endüstrisine ilişkin olarak; Rekabet Kurumu'na yapılan şikayetlerde genellikle yıkıcı fiyatlamanın sübvanse edildiği iddiaları bulunmaktadır.

Rekabet Kurallarının Posta Endüstrisinde Uygulanmasına İlişkin Bildiri'nin 3.3'üncü maddesinde tekel durumunda olan posta işletmelerinin

---

132 Rekabet Kurulu'nun 7.5.2002 tarih ve 02-27/291-119 sayılı Kararı.

133 Rekabet Kurulu'nun 14.8.2003 tarih ve 03-56/655-301 sayılı Kararı.

134 Kısa, Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemler, s. 106.

rekabete açık alanlardaki masraflarını diğer alanlara dağıtmak suretiyle yapacakları sübvansiyon uygulamalarının kötüye kullanma olacağı belirtilmişse de, Komisyon ya da AB yargı mercilerinin çapraz sübvansiyonun tek başına hakim durumun kötüye kullanılması hali olarak değerlendirildiği herhangi bir karar bulunmamaktadır[135]. Komisyon ilk kez Deutsche Post AG (Deutsche Post) davasında çapraz sübvansiyonu açıkca ele almıştır. Komisyon bu kararında Deutsche Post'un posta havalesi işlerini mektup gönderimindeki tekelini kullanarak sübvanse ettiği sonucuna ulaşmıştır. Komisyon ayrıca Deutsche Post'un çapraz sübvansiyon yapmasında tek başına bir sorun bulunmadığı, maliyet altı yıkıcı fiyatlama eyleminin bu olayda kötüye kullanma hali olduğu ve çapraz sübvansiyonun yıkıcı fiyatlamanın yapılmasında araç olarak kullanıldığını tespit etmiştir[136]. Bu yaklaşım Rekabet Kurulu'nun Vodafone'un, TTAŞ ve Avea aleyhine yapmış olduğu şikayet kapsamında da benimsemiş; *"çapraz sübvansiyonun ihlal olarak kabul edilmesi için, çapraz sübvansiyon yoluyla hakim durumun kötüye kullanıldığının gösterilmesi gerektiğine, ve bu uygulamanın ancak Rekabet Hukuku'nca yasaklanmış davranışları gerçekleştirmek amacıyla kullanılan bir araç haline gelmesi durumunda ihlal niteliği kazanacağı"* ifade edilmiştir[137].

V. BAĞLAMA ANLAŞMALARI

Bağlama anlaşmaları; RKHK'nın 4(f) maddesinde *anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi* şeklinde tanımlanmaktadır.

Satıcının bir ürünün satışını, alıcının başka bir ürünü de satın alması koşuluna bağlayan bu anlaşmalar ile; alıcı tarafından esas olarak talep edilen ürüne bağlayıcı ya da bağlayan ürün, birlikte alımı zorunlu kılınan bağlanan ya da bağlı ürün adı verilmektedir. Bağlayıcı ya da bağlanan ürünün mal, hizmet, arsa ve patent gibi maddi ya da maddi olmayan bir ekonomik varlık olması mümkündür. Rekabet Kurulu bir kararında; bir anlaşmanın bağlayıcılık unsuru içerip içermedigini anlamak için anlaşmanın; iki ayrı ürünün varlığını içermesini, ürünlerin birbirine bağlanmasını, satıcının bir

---

135 Richard Whish, Competition Law, Oxford University Press, 2005, 5. Baskı, s. 709, 710.

136 Alison Jones& Brenda Suffrin, EC Competition Law, Oxford Univesity Press, 3. Baskı, s. 459.

137 Rekabet Kurulu'nun 4.11.2009 tarih ve 09-52/1253-318 sayılı Kararı.

ürüne ilişkin ekonomik gücünü diğer ürüne aktarma gücünün bulunmasını, anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurması gerektiğini belirtmektedir[138]. Bağlama anlaşmaları bağlamanın niteliğine göre çok çeşitli şekillerde gerçekleşebilirler. Bu anlaşmalar genellikle teşebbüslerin ticari faaliyetleri bakımından izledikleri stratejinin bir parçasıdır[139]. ATAD, Tetra Pak davasında verdiği kararda; objektif ve haklı gerekçeler olmaksızın iki ürünün arasındaki ticari veya doğal bir bağlantı gerekçesi ile birlikte satın alınması koşulunu kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir[140].

TTAŞ tarafından ADSL[141] internet erişim hizmetlerinin sabit hat aboneliğinin satın alınmasına bağlanması sebebi ile tüketiciler tarafından Rekabet Kurulu'na yoğun şikayetler yapılmıştır. Şikayetlerde; TTNET veya diğer ISS'lerden adsl internet erişim hizmeti almak istemesi halinde TTAŞ bayilerine giderek önce sabit hat almak zorunda oldukları; bu şekilde TTAŞ ADSL satışını sabit hat aboneliğine bağlamakta olduğuna ilişkindir. Bu uygulamadan en çok zarar gören; aylık sabit hat abonesi olmaya zorlanarak, bu hattın sabit ücretini ödemek zorunda kalan tüketicilerdir. Bu tüketiciler sabit hat satın alarak ADSL abonesi olduklarında sabit hattı iptal ettirip, sadece ADSL ürününden de istifade edememektedirler. Öte yandan; sabit hat aboneliği için TTAŞ bayilerine giden tüketiciler, bu bayilerin TTNET hizmetlerini de satıyor olmalarından dolayı zaman kaybetmemek ve benzeri sebeplerle TTNET'e abone kaydını da yapmaktadır. ISS'ler için ortaya çıkan işlem maliyeti TTAŞ'ın iştiraki TTNET için söz konusu olmamaktadır. Rekabet Kurulu, RKHK'nın 9/3. maddesi uyarınca; yalın/çıplak DSL[142] olarak da anılan; ADSL internet erişim hizmetlerinin sabit hat aboneliğine bağlanması uygulamasına son verilmesi TTAŞ tarafından yalın ADSL uygulamasının başlatılması ve bu suretle şikayet konusu uygulamaya son verilmesini teminen üç ay içerisinde BTK'na gerekli başvuru yapılmasının RK'na tevsik edilmesi hususlarında TTAŞ'a ve bu karar hakkında bilgi verilmek amacıyla BTK'na görüş yazısı gönderilmesi için RK Başkanlığı'na yetki verilmesine oybirliği ile karar vermiştir[143]. Rekabet Kurulu tarafından; 18.2.2009 tarihinde karar verilmiş olmasına rağmen henüz yalın DSL uygulaması hayata geçmiş değildir. TTAŞ tarafından Rekabet Kurulu'nun 09-07/127-38 sayılı ve 18.2.2009 tarihli Kararı'nın iptali için Danıştay 13. Dairesinde dava açılmıştır. Danıştay 13. Dairesi, iptali istenen işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerin

---

138 Rekabet Kurulu'nun 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Kararı.

139 Kürşat Ünlüsoy, Rekabet Hukuku'nda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 51.

140 Case C-333/94 P Tetra Pak v Commission [1996] ECR I-5951.

141 Asimetric Digital Subscriber Line/Asimetrik Digital Abone Hattı.

142 Digital Subscriber Line/Digital Abone Hattı.

143 Rekabet Kurulu'nun 18.2.2009 tarihli ve 09-07/127-38 sayılı Kararı.

ortaya çıkarılmasına yönelik bir hazırlık işlemi olduğu, dolayısıyla tek başına kişiler üzerinde hukuki etki yaratamayacağını ve bu sebeplerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen iptal davasına konusu olamayacağı gerekçeleri ile iptal isteminin esasının incelenme olanağı bulunmadığına karar vermiştir[144].

Rekabet Kurumu'na *TTNET'in, internet servis sağlayıcılığı hizmeti ile Tivibu isimli Web TV hizmetini bağlayarak bir pazardaki hâkim durumunu başka bir pazarda kötüye kullandığı ve Tivibu reklamlarında yer verilen hizmet bedelinin gerçeği yansıtmadığı iddiaları* ile bir başvuru yapılmıştır. TTNET toptan seviyede TTAŞ'dan toptan seviyede internet erişim hizmetlerini alarak son kullanıcılarına genişbant internet hizmeti sunan bir ISS'dir. TTNET tarafından sunulan Tivibu hizmeti ise kullanıcıların bilgisayarlarına kurduğu masaüstü uygulaması veya web sayfası üzerinden televizyon izleme, dizi, film gibi yapımları da arşivden seçerek izleme olanağı veren perakende seviyede bir hizmettir. Şikayet konusunu, Tivibu hizmetinden faydalanmak için TTNET'ten genişbant internet erişim hizmetlerini almak zorunda bırakılma iddiası oluşturmaktadır. Olayda; Tivibu Web TV hizmeti bağlayıcı ürün, TTNET erişim hizmeti ise bağlanan üründür. TTNET de perakende seviyede internet erişim hizmetleri bakımından BTK tarafından EPG ilan edilmemiş olmakla birlikte Rekabet Kurulu tarafından hakim durumda olduğu tespit edilmiş[145] bir teşebbüstür. Bağlama anlaşmalarındaki amaç; teşebbüsün bağlayıcı ürünün pazardaki gücünden faydalanarak bağlanan ürünün bulunduğu pazarda güç elde etmesidir. Olaya bakıldığında; bağlayıcı ürün olan TTNET Tivibu Web hizmetleri, Ağustos 2010 pazara giriş yapmış bir üründür ve henüz bir pazar gücü oluşmadığı, bu sebeple TTNET'in Web TV hizmetleri pazarındaki gücünü kullanarak, perakende seviyede internet erişim hizmetleri pazarında rekabeti olumsuz etkilemesinin söz konusu olamayacağı kannaatiyle başvuru Rekabet Kurulu tarafından reddedilmiştir[146]. Şayet; TTNET tarafından; TTNET'in hakim durumda bulunduğu internet erişim hizmetlerini almak isteyen kullanıcılara Tivibu Web TV hizmetinin satın alımı koşulu getirilmiş olsaydı; bağlama anlaşmasının varlığından söz edilebilecektir.

VI. ELEKTRONİK HABERLEŞME ENDÜSTRİSİNDE GÖREV VE YETKİ SORUNU

Elektronik Haberleşme endüstrisinde rekabet ihlalleri konusunda görev ve yetki sorununun kaynağı bu konuda görevli iki farklı idarenin bulunma-

---

144 Danıştay 13. Dairesi 2009/3565 E ve 2009/8045 K sayılı Kararı.

145 Rekabet Kurulu'nun19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı Kararı.

146 Rekabet Kurulu'nun 30.9.2010 tarih ve 10-62/1287-488 sayılı Kararı.

sıdır. Elektronik haberleşme endüstrisinin Ulusal Düzenleyici Kurumu (UDK) BTK'dır. RK ise endüstri ayrımı söz konusu olmaksızın mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunmasından sorumludur. Her iki kurum da rekabetin sağlanması hususunda kolluk yetkilerine sahiptir. Ancak her iki kurumun görev ve yetkilerinin niteliği açısından bir ayırım yapılması mümkündür.

BTK, elektronik haberleşme endüstrisinin rekabete açılması ve bu endüstrisi de rekabetin tesisi ve devamlılığı ile görevlendirilmiştir. Bu nedenle ağırlıklı olarak öncül düzenlemeler yapmaktadır. RK ise rekabetin ihlali halinde müdahale etmekte ve rekabetin korunmasına ilişkin ardıl müdahaleleri yapmaktadır.

Öncül düzenlemeler ile, rekabeti engelleyen durumların önceden tespit edilmesi ve engellenmesi, piyasalarda kuralların yatırım öncesinde belirlenmesinin belirsizliğinin azaltılması, şeffaflığın sağlanması, rekabet çerçevesinin önceden belirlenerek piyasadaki oyuncular arasında yaşanacak olası çatışmaların engellenmesi mümkün olabilecektir. Öncül düzenlemeler geliştirilirken; bir davranışın rekabete etkisinin net olmadığı hallerde davranışı kurala bağlama, pazarın tam rekabet koşullarında çalıştığı varsayılarak düzenleme yapılması riski, bulunmaktadır. Ayrıca; uzun incelemelerin düzenlemeleri geciktirmesinin kamuya yüksek maliyeti yaratması söz konusu olabilecektir. Ardıl düzenlemelerin faydaları arasında; yasak fiillerin yasal düzenlemeler ile işlemden önce belirlenmesinin belirlilik yaratması, yaratıcı girişimler vb sebeplerle rekabetten belli bir dönemliğine uzaklaşmaların pozitif ayrımcılıkla yönetilmesi, URK'ların sadece şikayete konu olan işlerle ilgilenmesi ve gelişmekte olan piyasalara en minimal müdahalenin bu tür düzenlemelerle yapılması sayılabilecektir. Rekabet Kurumu yöneticilerinin, uygulamaya tabi tutulacak firmalarca etki altına alınmaları, endüstri spesifik regülatif kurum yöneticileri ile karşılaştırıldığında daha zordur. Ardıl düzenlemelerin dezavantajları arasında ise; müdahalede geç kalması, rekabete aykırılığın tespitinde bilgi ve belge toplanmasının zorluğu, genel geçer kuralların endüstrilere has sorunlara uygulanması zorluğu, endüstriyel rekabet düzenlemeleri ile eş zamanlı uygulanmalarının oluşturacağı tutarsızlık riski sayılabilecektir[147].

Rekabet Kurulu'nun, elektronik haberleşme endüstrisine ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlarda, öncelikle BTK'nın görüşünü ve BTK'nın yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alacağı 2813 sayılı Kanun'un 7'inci mad-

---

147 Competititon Policy and the ICT Sector/ Advantages and Disadvantages of Ex Ante versus Ex Post Regulation, www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.1677.html Erişim Tarihi: 4.3.2011.

desinin o bendi ile düzenlenmiştir. Rekabet Kurulu'nun 5.1.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı Kararı'nın iptali istemiyle Danıştay'da açılan davada elektronik haberleşme endüstrisinin özelliği dikkate alınarak Rekabet Kurulu tarafından karar alınmadan önce BTK'dan görüş alınmasının yasal bir zorunluluk olduğu, Rekabet Kurulu'nun karar vermeden BTK'nın görüşünün alınmamasının işlemin esasını etkileyen bir şekil noksanlığı olduğu değerlendirilerek *"yasayla zorunlu görülen şekil kuralına uyulmaması, işlemin esasını etkileyen bir noksanlık niteliğinde olduğundan, dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığına"* hükmedilmiştir[148]. 2813 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi o bendi hükmü EHK'nın 7'inci maddesi 2'inci bendinde aynen korunmuş olduğundan; Rekabet Kurulu'nun elektronik haberleşme endüstrisine ilişkin olarak yapacağı işlemlerde BTK'nın görüşünü alması yasayla zorunlu görülen şekil kuralıdır.

EHK'dan önce yürürlükte bulunan 406 sayılı Kanun'un 10uncu maddesinde yer alan *"Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir. Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekominikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir"* hükmü kapsamında BTK'nın öncül düzenlemeleri yapacağı ve gerektiğinde bu düzenlemeler bakımından RK'nın da görüşünü alabileceği düzenlenmişken; BTK tarafında çok kısıtlı şekilde RK'dan görüş alınmıştır[149]. EHK ile bu düzenleme tamamen ortadan kaldırılmıştır.

EHK yürürlüğe girmeden önce elektronik haberleşme endüstrisine ilişkin olarak RK'ya yapılan şikayetlerde Rekabet Kurulu kendisini yetkili bularak işlem yapmıştır. Bu durumun örneği; İş-TİM'in ulusal dolaşım talebinin Turkcell ve Telsim tarafından karşılanmaması sebebi ile RK'ya yaptığı

---

148 Danıştay 13. Daire, 2006/1941 Esas, 2007/8743 sayılı Kararı.

149 28 Ağustos 2001 tarih ve 24507 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Tarife Yönetmeliği" kapsamında hazırlanan "Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yöntemi ile Onaylanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ Taslağı", 2. Genişbant Sabit Telsiz Erişim (GSTE) hizmetinin yetkilendirilmesine ilişkin olarak hazırlandığı belirtilen Yetkilendirme Eki taslağı, 3. Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinin Altyapı İşletmeciliği Hizmetinin Yetkilendirilmesine dair taslak Eki. http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=gorusliste&Lang=TR.

şikayete ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun Turkcell ve Telsim aleyhine idari para cezasına hükmetmesidir[150]. İş-TİM, Turkcell ve Telsim'i mevzuata aykırı davrandıkları iddiası ile BTK'ya da şikayet etmiştir. Şikayet neticesine endüstriyel mevzuatta hüküm bulunmasına rağmen ulusal dolaşım yükümlülüğünü yerine getirmeyen Turkcell ve Telsim'e BTİ Kurulu tarafından da idari para cezası verilmiştir[151]. Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezasının iptali için Turkcell ve Telsim Danıştay'da dava açmışlar ve Danıştay *"Türkiye'de Faaliyet Gösteren GSM 900 ve GSM 1800 Şebekesi İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilindeki Bir Ulusal Roaming Anlaşması için Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartların, GSM 900 ve GSM 1800 işletmecileri arasında makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde bir ulusal roaming anlaşmasının gerçekleştirilmesini sağlayacak nitelikte bulunmadığı sonucuna varılarak, Dairemizin 13.12.2005 tarih ve E:20056632, K:2005/5890 sayılı kararıyla "Hüküm ve Şartlar" adlı düzenlemenin iptali "*[152] yönünde karar vermiştir. Ayrıca, BTİ Kurulu tarafından tanzim olunan para cezası kararı da Danıştay tarafından iptal edilmiştir[153]

Endüstriyel mevzuatın varlığı halinde RK'nın müdahale yetkisinin olup olmadığı uygulamada tartışmalıdır. EHK'nın yürürlüğe girmesi ile bu belirsizliğin ortadan kalkacağı umulmuş olsa da sonuç beklendiği gibi olmamıştır. EHK'nın 6'ıncı maddesi a bendi ile BTK; *"Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak."* ile görevlendirilmiştir. Bu maddede yer alan "rekabetin tesis edilmesi" ifadesinden öncül düzenlemelerin anlaşılması mümkün iken, bu madde ile BTK'ya verilen "rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesi" yetki ve görevinin sınırları net değildir. Sadece bu hükümden hareket ile endüstriye özgü rekabet ihlallerinin hepsini BTK'nın denetleyeceği çıkarımına ulaşılabilir. Oysa ki; EHK'nın 7'inci maddesinde yer alan; *"Kurum, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep*

---

150 Rekabet Kurulu'nun 9.6.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kararı.

151 BTİ Kurulu'nun 18.03.2004 tarih ve 2004/191 sayılı Kararı.

152 Danıştay 13. Dairesi, 2005/6632 E ve 2005/5890 K sayılı Kararı.

153 Danıştay 13. Dairesi, 2005/1716 E ve 2005/5892K sayılı Kararı.

etmeye yetkilidir." düzenlemesi ile açık bir şekilde RKHK'nın hükümleri saklı tutulmuş ve RK'nın ardıl müdahale alanı da sınırlanmamıştır. Bu madde metninde yer alan *"...rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almak.."* ifadesi BTK'ya rekabet ihlaline neden olan piyasada aksaklığını tespit etme, bu aksaklığın giderilmesi için öncül düzenleme yapma ve kısıtlı hallerde yaptırım olanağı olarak değerlendirilmelidir. Nitekim; Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin[154] 13'üncü maddesi[155] ile rekabet ihlalleri bakımından BTK'nın hakim konuma veya EPG'ye sahip işletmecilere aşırı fiyatlandırma, rekabeti kısıtlayıcı fiyat indirimi, kullanıcılar arasında ayrım yapma, onaylanmamış tarifeleri uygulama, çapraz sübvansiyona yol açma" halleri dışında yaptırım uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Bu düzenleme eksikliği BTK'nın işlem ehliyetini sınırlandırmaktadır. İdari yaptırımlar bakımından da kanunilik ilkesi geçerlidir. TC Anayasası'nın 38'inci maddesinde de ifade edildiği üzere *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."* Bu sebeple EHK'nın 7'inci maddesi uyarınca BTK'nın rekabet ihlallerini "*..re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya.."* ilişkin yaptırım yetkisinin sınırlı olduğu söyleneblecektir. Yasakoyucunun endüstriyel öncül düzenlemelerin ve rekabet ihlallerine ilişkin ardıl müdahalelerin BTK tarafından yapılması yönünde bir iradesi var ise bu hususun mevzuat ile de netleştirilmesi gerekmektedir.

EHK'nın 13'üncü maddesinde yer alan *"işletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde; Kurum, fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlandırma gibi rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesi için gerekli düzenlemeleri yapar ve uygulamaları denetler"* hükmü ile BTK'ya öncül düzenleme yaparak, EPG olarak belirlediği işletmecilerin fiyatlama yoluyla rekabeti engellemelerinin önlenmesi için denetleme yetkisi verilmektedir. BTK tarafından bugüne kadar ne yıkıcı fiyatlama ne de fiyat sıkıştırması konusunda herhangi bir yaptırım kararı alınmamıştır. Tarife uygulamaları bakımından bugüne kadar sadece Turkcell aleyhine bir karar alınmıştır[156]. EHK'nın 6'ıncı maddesi b bendinde *"Bu Kanun ve bu Kanuna*

---

154 5.9.2004 tarih ve 25574 sayılı Resmi Gazete.

155 Mevzuat Hükümlerinin İhlali Halinde Uygulanacak İdari Para CezalarıAşırı Fiyatlandırma, Rekabeti Kısıtlayıcı Fiyat İndirimleri, Kullanıcılar Arasında Ayrım Yapılması, Onaylanmamış Tarife Madde 13 http://www.btk.gov.tr/mevzuat/yonetmelikler/dosyalar/05_09_2004%20.pdf.

156 BTİ Kurulu'nun 21.4.2010 tarih ve 2010/DK-07/252 sayılı Kararı ile Turkcell'in BTİ Kurulu'nun 25.03.2009 tarih ve 2009/DK-07/151 sayılı Kararıyla onaylanan "GSM Azami Tarife Çizelgesi"ndeki GSM-GSM üst sınırının üzerinde tarife uygu-

dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak" BTK'nın görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. BTK'nın RK'nın görüşünü almadan tesis ettiği işlemlerin "usul/biçim" yönünden hukuka aykırı olacağı açıktır. Diğer bir sorun ise, RK görüşünün BTK açısından bağlayıcı olup olmayacağıdır. Kanunda bu yönde bir açıklık olmamakla beraber, görüş alma zorunluluğu, bu görüşe uyma yükümlülüğünü getirmemektedir. Ancak şüphesiz ki; BTK, bu görüşe uymamasının gerekçesini, özellikle yargısal denetim aşamasında açıklamak zorunda kalacaktır. Ancak; BTK'nın kamuya açık tutulan kararları arasında RK'nın görüşüne başvurduğu bir kararı bulunmamaktadır[157].

RK'ya sıklıkla işletmeciler aleyhine yıkıcı fiyat, fiyat sıkıştırması, bağlama anlaşmaları hususlarında başvurular yapıldığı gibi BTK'ya da sıklıkla benzer başvurular yapılmaktadır. BTK tarafından bu başvuruların neden reddedildiği ve/veya önaraştırma ya da soruşturma benzeri bir uygulamaya gidilmediği, kararları oybirliği ile mi oyçokluğu ile mi aldığı gibi hiçbir husus kamuoyunca bilinmemektedir. Elektronik haberleşme endüstrisinde faaliyet gösterecek potansiyel işletmeciler bakımından EPG'ye sahip işletmecilerin özellikle fiyat uygulamaları bakımından denetlenmiyor olmaları güvensiz bir ortam oluşturmaktadır.

Komisyon'un İspanya'da faaliyet gösteren yerleşik işletmeci Telefonica aleyhine almış olduğu karara ilişkin olarak sık sorulan sorular arasında; Komisyon'un bu kararının, daha önce aynı konuda Telefonica lehine karar veren İspanya UDK'sı Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones'in (CMT) kararı ile çelişip çelişmediği sorusu yer almaktadır. Komisyon'un bu soruya verdiği cevapta CMT ile Komisyonun farklı sonuçlara ulaşmış olmasında bir sakınca teşkil etmediği belirtilmiştir. Buna gerekçe olarak; UDK'ların öncül düzenleyici işlemlerini maliyet ve pazar tahminlerini esas alarak, URK'ların ise ardıl müdahalelerini gerçekleşen maliyetleri dikkate alarak yapmaları sonucunda farklı sonuçlara ulaşılmasının mümkün olduğu; dolayısı ile kararın CMT'nin otoritesine karşı değil, Telefonica'nın rekabet karşıtı eylemleri sebebi ile alındığı bilinmelidir[158] .

---

lamasını ihlal etmesi sebebi ile Turkcell aleyhine idari para cezasına hükmedilmiştir.

157 http://www.btk.gov.tr/Duzenlemeler/Hukuki/kurulkararlari/kkararlari.htm Erişim Tarihi : 22.2.2011.

158 Commission Decision Against Telefónica, Frequently Asked Questions, MEMO/07/274, 4.7.2007, http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/274 Erişim Tarihi : 16.01.2011.

Devletlerin UDK ve URK'lara geniş kapsamlı yetki devri yapmalarının amacı, uygulamaları bürokrasiden arındırmak ve belirsizlikleri ortadan kaldırmaktadır. UDK'lar, yetkili ve görevli oldukları endüstride uzmanlaşmayı sağlamak amacıyla kurulmaktadırlar[159]. Yaygın kanaat RK ile BTK arasında görev ve yetki sorunu bulunduğu yönündedir. Hatta bu durum Rekabet Kurumu'nun EHK Tasarısı'na ilişkin olarak verdiği görüşte; *"mevcut yasalardaki belirsizlik ya da karmaşıklık sebebiyle çeşitli sıkıntılara yol açtığı gözlenen Rekabet Kurulu'nun (Kurum) telekomünikasyon sektöründeki görev ve yetkileri ile Kurul'un (Kurum) Telekomünikasyon Kurulu (Kurum) ile ilişki ve işbirliği konuları hakkındaki hükümlerin"* yeniden ele alınması gerektiği ifade edilmek suretiyle yer almıştır[160]. BTK ve RK'dan yetki ve görev çatışmasının giderilmesi için talepte bulunulmuş olması ve her iki kurumun da bu yönde düşünmesi sebebi ile BTK 2010 yılı İş Planında[161] RK ile BTK arasındaki işbirliğinin geliştirilmesi bir başlık olarak yer almaktadır:*" 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte Kurumumuz, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları incelemeye, soruşturmaya ve rekabetinin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya yetkili kılınmıştır. Bu noktada Rekabet Kurumu'nun yetkileri ile Kurumumuzun yetkilerinin kesiştiği ve elektronik haberleşme sektöründe Kurumların yapacağı işlemlerin birbirleri ile çelişebileceği düşünülmektedir. Dolayısıyla her iki Kurumun yetki ve görev alanlarına giren konuların daha etkin bir şekilde ele alınmasına, sektöre ilişkin ihbar ve şikayetlerin her iki Kurum tarafından incelenmesi durumunda ortaya çıkabilecek çelişkili kararların önlenmesine, karşılıklı işbirliği ile bilgi aktarımının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla daha önce Kurumumuz ile Rekabet Kurumu arasında imzalanan protokolün bir benzerinin hazırlanarak yürürlüğe konulması planlanmaktadır."* İşbirliği Protokolü'nün imzalanması için hedef tarih Haziran 2010 olarak belirlenmiştir. Aradan uzun bir süre geçmiş fakat RK ile BTK arasında yetki ve görev paylaşımını düzenleyen bir Protokol imzalanmamıştır.

EHK yürürlüğe girdikten sonra RK ile BTK arasında yetki ve görev paylaşımını değerlendiren bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. EPG ilan edilen bir teşebbüsün ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri BTK tarafından belirlenmektedir. Regülasyona tabi olan bu hale has olarak bu yükümlülüklerin ihlali söz konusu olduğunda; ihlale ilişkin incelemenin, yükümlülüğü belirleyen BTK tarafından incelenmesi konunun doğası gereğidir. Bu haller dışında kalan rekabet ihlalleri bakımından ise RK'nin RKHK'dan kaynaklanan genel yetkisi kabul edilmelidir.

---

159 Eğerci, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği, s. 68.

160 http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/faaliyetraporu/falrap5.pdf

161 http://www.btk.gov.tr/Yayin/Is_Planlari/2010_is_plani.pdf

VII. SONUÇ

Elektronik Haberleşme endüstrisi, ülkemizde henüz gelişme aşamasındadır. Şüphesiz ki, teknolojik gelişmelere paralel olarak gelişen ve ilerleyen bir sektör olan elektronik haberleşme endüstrisinde sabit telefon hizmetleri bakımından Devlet tekeli kaldırılmış, hem özelleştirme uygulamaları hem de serbestleştirme ile özel hukuk kişilerinin bu piyasada faaliyette bulunmalarının yasal yolları açılmıştır. Ayrıca bu endüstri alanına girişler için yasal düzenlemeler yapılmış, bu alanda düzenleme ve denetleme yapmak üzere BTK kurulmuştur. Bu endüstri alanında AB düzenlemeleri mehaz alınarak düzenlemeler yapılmaktadır.

Ancak, elektronik haberleşme hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi, bu hizmetleri kamu hizmeti niteliğinden çıkarmamaktadır. Bu tespitin en önemli sonucu ise bu hizmetin yürütülmesinde kamu hizmetine ilişkin temel ilkelere uyulması zorunluluğudur. Diğer yandan, sabit telefon hizmetlerinin özelleştime uygulamaları ve serbestleşme politikaları ile özel hukuk kişilerine açılmasına rağmen, hem piyasa koşullarından, hem de mevcut hukuki ve fiili durumdan kaynaklanan nedenlerle piyasada rekabet tam anlamıyla sağlanamamıştır. Bunun başlıca nedenleri;

- Piyasada hakim durumdaki işletmeci TTAŞ'ın piyasada hala son derece güçlü olması ve sahip olduğu imkan ve ayrıcalıkları diğer piyasa aktörleri ile paylaşma konusunda isteksiz davranması,

- Piyasada yatırımın yüksek maliyetli olması ve uzun sürede geri dönmesi nedeniyle piyasadaki aktörlerin sayı itibari ile az olması,

- Piyasaya yeni girişimcilerin katılmasına yönelik teşviklerin yetersiz olması,

- Piyasada hakim durumda bulunan işletmecinin uzun yıllar Devlet tekeli olarak faaliyette bulunması sebebi ile kamu kurum ve kuruluşları nezdinde yazılı olmayan imtiyazlı haklara sahip olması ve her türlü faaliyetini son derece kolaylıkla yapabilmesi olarak sıralanabilir.

Bu hususta en çarpıcı örnek altyapı işletmeciliği faaliyetinde bulunan işletmecilerin Türkiye çapında geçiş hakları tesis etmek yolu ile kazı yaparak şebeke oluşturma çalışmaları esnasında yaşanmaktadır. İşletmeciler ilgili idareye yaptıkları işin kapsamını anlatarak, belgeleyerek ruhsat alana kadar ciddi zaman kayıpları yaşamaktadırlar. Dolayısıyla, bu endüstri alanında tam anlamıyla rekabetin oluşmasının zaman olarak daha geç, nitelik olarak ise daha yetersiz şekilde geliştiğini söylemek mümkündür.

Elektronik haberleşme endüstrisinde öncül düzenleme ve ardıl müdahale konularının bir an evvel netliğe kavuşturulması gerekmektedir. BTK'nın

elektronik haberleşme mevzuatından kaynaklanan diğer hakları saklı kalmak üzere; BTK tarafından yapılan öncül düzenlemeler ile EPG ilan edilen işletmecilerin BTK tarafından öncül düzenleme kapsamında getirilen yükümlülüklerine aykırı hareketleri ile rekabeti ihlal etmeleri halinde BTK'nın ardıl müdahale yetki ve görevinin bulunduğu yasal düzenlemeler ile açıkca düzenlenmelidir. Aksi halde en az iki risk ile karşılaşılması olasıdır. Bunlardan ilki; her iki idarenin de aynı konuda kendini görevli ve yetkili sayarak denetim, soruşturma yürütmesi ve neticede yaptırım uygulayabilmesi ikincisi de her iki idarenin de yetki ve görevlerinin sınırlarını netleştirememesi sebebi ile ardıl müdahaleler bakımından eylemsiz kalmasıdır. Her iki durumda piyasanın işleyişini olumsuz etkileyecek hem de piyasa aktörlerinin faaliyetlerinin fiilen zorlaşmasına neden olacaktır.

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

Mustafa TIRTIR[*]

I. GİRİŞ:

1 Haziran 2005 tarihinde Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmiş, bu kanunun 135. maddesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tespiti Dinlenmesi ve Kayda Alınması düzenlenmiştir. CMK'nın 135. maddesinde yer alan bu madde Adli amaçlı dinlemeleri kapsamaktadır.

Bunun yanında önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümler, 3.7.2005 tarihli 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 23.07.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[1].

Bu kanun ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesinde değişiklik yapılarak, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'na Ek 5. madde eklenerek, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinde değişiklik yapılarak önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümlerde düzenlemeler yapılmıştır.

1412 sayılı Ceza Muhakeme Usul Kanunu yürürlükte iken iletişimin denetlenmesi tedbiri belirtilen Kanun'un 91. ve 92. maddelerine göre yapıldığı belirtilmektedir[2]. Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, iletişimin denetlenmesi tedbirine CMK'nın 91. ve 92. maddeleri yerine, 4422 sayılı Kanun'un 2. maddesine dayanılarak karar verilmekteydi. Ancak 4422 sayılı bu Kanun da, 1 Haziran

---

[*] İstanbul Barosu avukatı.

[1] 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5397.html

[2] Mustafa Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2011., s. 65.

2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır[3].

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan İletişimin Denetlenmesi ile ilgili usul ve esaslar, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik[4] ile belirlenmiştir.

II. TÜRK CEZA YARGILAMASINDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ:

İletişimin Denetlenmesi, CMK'nın 135. maddesinde yer almaktadır. Bu madde şu şekildedir:

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

Madde metninde, telefon faks vs. gibi iletişim araçlarını saymak yerine Telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenip kayda alınabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple **Telekomünikasyon**'un tanımını yapmak yararlı olacaktır. Telekomünikasyon, işaret ses görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması olarak tarif edilebilir[5].

Kanun koyucu hangi araçlarla iletişimin denetlenebileceğini açıkça saymamak suretiyle telekomünikasyon aracı olarak nitelendirilebilecek mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak tüm iletişim araçlarını bu kapsama dâhil etmek istemiştir[6]. Bu sebeple, internet ve bilgisayar kullanılarak yapılan bütün

---

3 Bu kanun 31.03.2005 tarih ve 25772 Mük. Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 23.03.2005 tarih ve 5320 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle yürürlükten kaldırılmıştır.

4 Bundan sonraki bölümlerde Yönetmelik olarak zikredilecektir. Yönetmelik'in tam metni için Bkz. http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/27348.html (Erişim tarihi 9.8.2011)

5 Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2011, s. 142

6 Mehmet Murat Yardımcı, ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, age., s. 179.

konuşmaların denetlenmesi mümkündür. Örneğin Msn Messenger, Skype, Facebook, Twitter üzerinden de çeşitli konuşmalar ve yazışmalar yapılabilmektedir.

Telgraf da dâhil, posta hizmeti veren her türlü resmi ve özel kuruluşta bulunan "**gönderi"nin denetimi ise,** CMK'nın 135. maddesinin kapsamında değil, CMK'nın 129. maddesindeki **"postada el koyma"** hükmü kapsamındadır.

Faks metninin iletim anında ele geçirilmesi ya da denetlenmesi, CMK'nın 135. maddesi kapsamında yapılmaktadır. Faksın bir bilgisayara kaydedilmesi halinde ise CMK'nın 134. maddesi kapsamında **Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma** hükümlerine göre yapılmaktadır[7].

Telekomünikasyon araçları vasıtası ile konuşmalar yapılırken CMK'nın 135. maddesi kapsamında dinleme ve kayıt yapılmalı, konuşmalar yapıldıktan sonra bilgisayara kaydedilmişse[8] CMK'nın 134. maddesine göre tespit yapılmalıdır.

CMK'nın 135. maddesinde yer alan iletişimin denetlenmesi için bazı şartlar aranmaktadır.

1. Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmaya istinaden talep edilmesi,
2. Suç işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının bulunması,
3. Başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması,
4. Suç şüphesi altında bulunan kişiye isnat edilen suçun CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan suçlardan olması,
5. Hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararının varlığı,
6. Dinleme yasağının bulunmaması gerekmektedir.

Bu hususlara kısaca temas edilerek iletişimin denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar açıklanmaya çalışılacaktır.

---

7 Seydi Kaymaz, age., s. 143.

8 Örnek vermek gerekirse, Msn Messenger ile yapılan yazışmadan sonra bu yazışmalar bilgisayara kaydedilebilmektedir. Bu kayıtlar CMK'nın 134. maddesi kapsamında tespit edilebilecektir.

1. BİR SUÇ DOLAYISIYLA YAPILAN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMANIN BULUNMASI:

1. CMK'nın 135. maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat için, bir soruşturma ya da kovuşturmanın bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla soruşturma ya da kovuşturma evresinin dışında, herhangi bir şekilde iletişimin denetlenmesine karar verilmesi mümkün değildir.

5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla düzenlenen önleme amaçlı telefon dinlemelerinde herhangi bir sınırlama yer almamaktadır[9].

Bunun yanında her ne kadar madde metninde, kovuşturma aşamasında da iletişimin kayda alınması tedbirine müracaat edilebileceği belirtilmişse de, uygulamada bu yola müracaat edilemeyeceği düşünülmektedir. İletişimin denetlenmesi tedbirinin gizli olması gerekirken kovuşturma aşamasında yapılan işlemlerin aleni olması gerekmektedir.

Taşkın, kamu davası açılması için yeterli şüphenin arandığı, yeterli şüphe mevcutsa artık son çare prensibi[10] uyarınca bu tedbire müracaat edilemeyeceğini, dolayısıyla kovuşturma aşamasında iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edilemeyeceğini ifade etmektedir. Taşkın, CMK'nın 135/5. maddesine göre iletişimin denetlenmesi kararlarının gizli olması gerektiğini, kovuşturma aşamasının aleni olduğunu belirterek, bu tedbirin kovuşturma aşamasında uygulanamayacağını, soruşturma aşamasında uygulanabileceğini ifade etmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da da, müfettiş ya da muhakkiklerin adeta bir cumhuriyet savcısı gibi yetkilendirildiği belirtilmiş, ancak bu kişilerin telefon dinleme tedbirine başvurmalarının olanaklı olmadığı ifade edilmiştir[11]. Hatta belirtilen yasalara istinaden görevlendirilen müfettiş ya da muhakkiklerin telefon dinleme kararı dahi talep edememesi gerekmektedir[12]. Zira bir soruşturma ya da kovuşturma aşaması bulunmadığı, ayrıca bu kişiler bir soruşturma ya da kovuşturma aşamasını yürüten kişiler olmadığı belirtilmiştir.

---

9 Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2007., s. 679.

10 Başka türlü delil elde etme imkânının olmaması.

11 Necati Meran, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip, Ankara 2009., s. 65; Aynı yönde Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Ankara 2010. s. 91.

12 Ersan Şen, age., s. 92.

Şen, Adalet Müfettişlerinin iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilecekleri görüşünde olanların, bu görüşlerini Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin[13] 98/1-ç[14] maddesine göre değil, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. ve 101. maddelerine dayandıklarını belirtmektedir. Şen, CMK'nın 135. maddesi gereğince iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat için ön şartın bir ceza soruşturması olması gerektiğini belirterek Adalet Bakanlığı müfettişlerinin iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edemeyeceklerini ifade etmektedir[15].

Danıştay 5. Dairesi, yürütmenin durdurulması talebi ile Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 98/1-ç maddesinin iptaline ilişkin 28.12.2009 tarih ve 2008/5240 sayılı davada, iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat için bir ceza soruşturmasının gerektiğini belirtmiştir.

2. SUÇ İŞLENDİĞİ HUSUSUNDA KUVVETLİ ŞÜPHE SEBEPLERİNİN VARLIĞI:

Mevzuatımızda İletişimin denetlenmesi ile ilk hükmün yer aldığı 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu'nun 2. maddesi şu şekildeydi:

"Bu Kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır. İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak **kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir. Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez"**.

Maddede iletişimin denetlenmesi kararı verebilmek için, **bu kanunda öngörülen suçları işlemek kuşkusu altında bulunma** terimi kullanılır-

---

13 Yönetmeliğin tam metni için Bkz. http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/27327.html (Erişim Tarihi 16.08.2011)

14 Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 98/1-ç maddesi şu şekildedir: İstinabe, tanık dinlenmesi, arama, el koyma, keşif, haberleşmenin tespiti ve dinlenmesi gibi delil toplama işlemleri sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun hükümleri ile birlikte 2802 sayılı Kanunun 101 inci maddesindeki yetkiler kullanılır, hâkim ve Cumhuriyet savcıları lehine 2802 sayılı Kanunun 85 ve 88 inci maddelerinde yer alan kısıtlayıcı hükümler dikkate alınır,

15 Ersan Şen, age., s. 92 – 93.

ken, ikinci fıkrada dinlemenin **"kuvvetli belirtilerin varlığı"** halinde yapılabileceği belirtilmişti.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK'nın 135. maddesinde de, bir kişi hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için ilk ve en önemli şart **kuvvetli suç şüphesini gösteren sebeplerin varlığıdır**[16].

"Şüphe"nin çeşitli anlamları bulunmaktadır. **"Şüphe"** bir olgu ile ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık olarak tanımlanabilirken, zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesi ve bir şeyin olup olmadığı hakkında tereddüde düşmesi olarak da tanımlanmaktadır[17].

Şüpheyi basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe gibi ayrımlara tabi tutabilmek mümkündür.

Bunlardan basit şüphe, şüphenin en hafif derecesini, en alt basamağını oluşturmakta, ispat gücü yetersiz, sayıca az olan şüphe olarak tarif edilmiştir. Basit şüphe için "belirti" şeklinde delilin bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

Muhakeme sonunda sanığın mahkûm olması ihtimali, beraat etme ihtimalinden fazla ise, yeterli şüphenin var olduğu kabul edilmektedir. CMK'nın 170/2. maddesinde olduğu gibi kamu davasının açılmasında yeterli şüphe aranmaktadır.

Kuvvetli şüphe ise, yapılacak olan muhakemede sanığın mahkûm olma ihtimali kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli şüpheden bahsedilmektedir. CMK'nın 100., 133., 135., 139., 140. maddelerinde yer alan koruma tedbirlerine müracaat edebilmek için kuvvetli şüphe aranmaktadır.

CMK'nın 135. maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat etmek için kuvvetli şüphe aranmaktadır. Herhangi bir suçun işlendiğinden şüphe edebilmek için her halükarda somut bir dayanak noktası olması gerekmektedir. Suçun istatiksel sıklığı, kişinin daha evvel benzer suçu işlemesi gibi olgular, herhangi bir somut dayanakla desteklenmediği sürece dahi, tedbire müracaat için yeterli sayılması mümkün değildir[18]. Görüldüğü gibi kuvvetli şüphe, her olaydaki delillere göre somut dayanakla desteklenmesi gerekmektedir.

---

16 İkincisi ise başka türlü delil elde etme imkânının bulunmamasıdır.

17 Seydi Kaymaz, age., s. 218.

18 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 200.

Mukayeseli hukukta da, soyut bir beklentinin dışında, tahmini gerekçelere dayanmayan, somut verileri içeren, çelişkisiz ve yoğun şüpheden bahsedilmiştir.

Almanya'da iletişimin denetlenmesine karar verebilmek için kriminalistik deneyimlere göre, soyut bir beklentinin üzerinde "belirli olguların" varlığı aranmaktadır. Fransa'da suçluluğa ilişkin kuvvetli belirtiler var ise, dinleme izni istenebilir ve verilebilir. Kişinin biçimsel olarak suçlanması için gerekli olan çelişkisiz ve ağır şüphenin varlığı aranmaktadır. Avusturya'da kuvvetli suç şüphesinin varlığı zorunludur. Belirli somut vakıalara dayanmayan tahminlerden hareketle bu tedbire başvurulamaz. İtalya'da savcının talebi ile hâkim tarafından "suça ilişkin kuvvetli belirtiler olduğu" ve "denetlemenin zorunlu olduğu" hususları tespit edilerek karar verilmektedir. ABD'de Teknik Dinleme Kanunu[19]'na göre, başka gerekçelerin[20] yanında yeterli ve makul sebebin varlığı aranmaktadır[21].

Doktrinde kuvvetli suç şüphesi, "kuvvetli", "makul" ve "kanuna aykırı olarak elde edilmemiş" şüphe sebeplerinin varlığı olarak tanımlanmıştır. Bu sebeplerin bulunmasının şart olduğu belirtilmiştir[22].

Kaymaz, tedbirin uygulanma sıklığı ve incelenen dosyalardaki kararlar dikkate alındığında kuvvetli şüphe kavramının içinin boşaltıldığını belirtmektedir. Kaymaz, tedbire başvurmak için ilgili koşulların ne şekilde gerçekleştiğini dair gerekçe gösterilmediğini, kuvvetli şüpheyi gösteren delillerin de, neler olduğunun belirtilmediğini ifade etmektedir. Bazı dosyalarda tedbir kararlarının emniyet müdürlüğü ya da savcıların talep yazılarının usul ve yasaya uygun olduğu belirtilerek dahi verildiğine dikkat çeken Kaymaz, yine bazı kararlarda kuvvetli şüpheden dahi bahsedilmeden karar verildiğini ifade etmiştir[23]. Yazara

---

19 Teknik Dinleme Kanunu'nun çatısı, Berger – New York kararında iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabilecek yere ve suça, ayrıca suçun işlendiğini veya işlenmekte olduğunu gösterecek yeterli açıklama olmadığı, iletişimin ne kadar bir süre zarfında denetleneceği, tedbirin bitiş tarihi belirtilmediği, tedbirin bitirilmesi kolluk görevlilerine bırakıldığı, iletişimin denetlenmesi tedbirinin kullanılabileceği suç tipi için "yeterli sebep" şartının da belirtilmediği gibi gerekçelere dayanmaktadır.

20 Makul ve yeterli şüphenin yanında dinleme yapılacak suçların kanunla belirlenmesi, son çare ilkesi, Suç unsuru ihtiva etmeyen konuşmalarının kayda alınmaması, yeterli sebeple desteklenmemiş mahkeme onayı aranmaktadır.

21 Mustafa Taşkın, age., s. 43-59.

22 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010., s. 801.

23 Seydi Kaymaz, age., s. 228.

göre bu durum, elde edilen delillerin CMK'nın 135. maddesine aykırı olarak elde edildiğini ortaya koymaktadır.

Madde metnindeki kuvvetli suç şüphesinin "Basit Şüphe" olarak değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zira kuvvetli şüphe halinde, başka türlü delil elde etmek mümkün olacağı için iletişimin denetlenmesine karar verilemeyecektir. İletişimin denetlenmesi için basit şüphenin yeterli olacağını, **ancak kanunda öngörülen suçların işlendiğine dair "somut, elle tutulur, müşahhaslaşmış, olaylara dayanan(kuvvetli)" belirtilerin mevcut bulunmasının şart olduğu ifade edilmiştir. Başka bir ifade ile somut olay mevcut olmadıkça, tahmine dayalı, bir şekilde özel hayatın gizli alanının Devlet müdahalesine tabi tutulmasının hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir[24].**

Aynı görüşte olan Kaymaz'a göre, iletişim içeriğinin elde edilmesinin sözkonusu olduğu denetim şekilleri bakımından başlangıç şüphesinden daha yoğun, ancak yeterli şüphe veya kuvvetli şüphe derecesine ulaşılması gerekmeyen, somut olaylara ve bulgulara dayalı bir şüphenin varlığı kabul edilmelidir. Böylece kanundaki başka türlü delil elde edilememesi koşulu da bir anlamda gerçekleşmiş olur. İletişim içeriğinin elde edilmediği denetim şekilleri bakımından ise, daha düşük düzeyde şüphe derecesinin kabul edilebileceği ve kanunun bu yönde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[25].

Doktrinde Şen, suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ibaresinden, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi değil, şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı anlaşılmalıdır. Çünkü bu ibarenin geçtiği cümlenin bütünlüğü, lâfzî anlamı ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin kişi hak ve hürriyetlerine getireceği sınırlamanın ağırlığı, kuvvetli suç şüphesinin bulunup bulunmadığının şüpheli ve sanık açısından aranmasını gerekli kılmaktadır. Sadece suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin yeterli görülmesi, bu suçu işleme ihtimali basit şüpheye dayalı olanlar hakkında dahi, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını mümkün kılar ki, bireyin özel hayatına yönelik bu genişlikte bir müdahale kabul edilemez[26].

Meran, kuvvetli şüphe ifadesinden, suçun işlendiği yönünde objektif, gerçek olayların veya bulguların varlığı ile hayatın olağan akışına göre, suçun işlendiği ya da işlenmekte olduğu yönünde kanaat oluşturabilecek somut bulguların mevcudiyetini anlamak gerektiğini ifade etmiştir[27].

---

24 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s. 803.

25 Seydi Kaymaz, age., s. 517.

26 Ersan Şen, age., s. 98.

27 Necati Meran, age., s. 111.

AİHM, iletişimin tespiti için **"güçlü şüphe düzeyi"** kriterini dikkate almaktadır. AİHM, bir kimsenin bir suça ilişkin fiilleri ciddi olarak işlemeyi planladığını ya da işlemekte olduğunu, ya da işlediğini gösteren kuvvetli maddi belirtilerin bulunması halinde ve diğer yöntemlerle bu tür delillerin elde edilmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığında, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını haklı görmektedir[28].

Kanaatimizce, kuvvetli şüpheden anlaşılması gereken, "somut, elle tutulur, müşahhas olaylara ve maddi bulgulara dayanması" gerekmektedir. Örneğin telefon dinlemesinde bazı şifreli konuşmaların, kuvvetli suç şüphesini ortaya koyduğu iddia edilmemelidir. Suç şüphesi altında bulunan kişilerin şifreli konuştukları, bu şifreli konuşmaların kuvvetli suç şüphesini ortaya koyduğu iddia edilebilir. Ancak her şifreli konuşan kişiye şüpheli sıfatını yapıştırmak son derece yanlıştır. Üstelik sadece telefon dinlemelerine dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilemediği, arama el koyma nitecisinde de herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı takdirde sanıkların beraat etme ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple haberleşme hürriyetini ihlal eden iletişimin denetlenmesi tedbiri yerine başka tedbirlere müracaat daha sağlıklı sonuçlar verecektir.

2. BAŞKA TÜRLÜ DELİL ELDE ETME İMKÂNININ BULUNMAMASI (SON ÇARE TEDBİRİ):

CMK'nın 135. maddesine müracaat edebilmek için, iki şarttan ilkinin kuvvetli suç şüphesini gösteren sebeplerin varlığı olduğunu belirtmiştik. Bu şartlardan ikincisi ise, başka türlü delil elde etme imkânının olmamasıdır.

Başka türlü delil elde etme imkânından ne anlaşılması gerektiği Yönetmelik'in 4/c maddesinde şöyle tarif edilmiştir.

Buna göre "Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli: Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını" ifade etmektedir.

Yönetmelikteki **"başka tedbirlere başvurulsa bile, sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı"** ibaresi, keyfi uygulamalara sebebiyet verecektir. Bu ibare CMK'nın 135. maddesindeki başka türlü delil elde etme imkânının bulunmaması şartını da, bizce, ortadan kaldırmaktadır.

---

28 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 200.

Ayrıca başka yöntemlerden birinin ya da birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ibaresi ile çelişmektedir.

Gerçekten **"başka tedbirlere başvurulsa bile, sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı"** ibaresinden hiçbir tedbire müracaat etmeden iletişimin denetlenmesi kararı alınabilecektir. Hâlbuki **"başka yöntemlerden birinin ya da birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi"** ibaresinden, başka surette delil elde etme imkânının olmadığı anlaşıldıktan sonra iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edileceği anlaşılmaktadır. İkinci hal, yasanın aradığı şartı tamamen taşımaktadır. Zira başka türlü delil elde etme imkânı, ancak bu şekilde anlaşılabilir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri, en son çare(ultima ratio) olarak başvurulacak tedbirlerdendir. Başka tedbirlerle failin belirlenmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin denetlenmesine karar verilemez[29].

Delil elde edilmesi için uygulanan tedbirin, bu amacı elde etmeye elverişli ve gerekli olması, ayrıca kişi hak ve özgürlüklerine daha az sınırlama getiren tedbirlerle sonuç alınması mümkün ise, oranlılık ilkesi ve onun bir alt ilkesi olan ikincillik ilkesi'nin gereği olarak daha ağır bir tedbire başvurulmaması gerektiği belirtilmektedir. İkincillik ilkesi, istenilen amaca ulaşmak için elverişli başka araçların bulunması halinde kişi hak ve özgürlüklerine en az müdahale teşkil eden amaç ve yöntemin tercih edilmesi gerektiğini ifade eder. Bu ilke suçun aydınlanması için birden fazla tedbirin varlığı halinde bunlardan hangisinin şüphelinin haklarını en az ihlal edecek ve daha az yük getirecek ise, onun tercih edilmesini gerektirir[30].

Başka türlü delil elde etme imkânı varken iletişimin tedbirine müracaat edilmişse mahkeme bu delili, yargılama aşamasında kullanamayacak ve delil değerlendirme yasakları ile karşı karşıya kalacaktır[31].

Hatta CMK'da yer alan hükme açıkça aykırılık teşkil eden bu deliller hüküm tesisinde kullanılamayacaktır. Mahkeme, yargılama sırasında iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin, koşullara uygun olarak elde edilip edilmediğini irdelemek, denetlemek zorundadır. Kararın verilmesinde ve uygulanmasında hukuka aykırılıklar tespit edildiği takdirde, bu delillerin yargılamada değerlendirilmemesi gerekmektedir. Örneğin iletişimin denetlenmesi tedbiri kararından sonra başka türlü delil elde etme

---

29 Mustafa Taşkın, age., s.113.

30 Seydi Kaymaz, age., s. 231.

31 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 201.

imkânı varken, iletişimin denetlenmesine devam edilmesi halinde, hukuka aykırı delil elde edilmiş olacaktır[32].

Uygulamada bu koşulların hiç birinin dikkate alınmadığını belirten Ünver – Hakeri, CMK'nın 135. ve devamı maddelerinin uygulanması yönündeki taleplerin adeta otomatikman kabul edildiğini ve maalesef bu yolla elde edilen delillerin de yargılamada kullanıldığını ifade etmişlerdir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri talebi için her iki şartın bulunması gerektiğini zikreden Ünver – Hakeri, bu iki şartın 4422 sayılı Kanun'da da yer aldığını belirtmekte, bu iki şartın her olayda mutlaka aranması gerektiğini beyan etmektedirler. Yazarlar, kanun koyucunun bu gerekçe ile suçları aydınlığa kavuşturmakla yükümlü makamların kolaycılığa kaçarak hemen iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde etmelerini önlemek istediğini belirtmektedirler[33].

ABD'de, iletişimin denetlenmesi tedbirinde aranan son çare prensibi ile ilgili aşağıdaki sayılan şartların varlığı aranmaktadır.

İ. İletişimin denetlenmesi dışındaki soruşturma yöntemleri kullanılmıştır, ancak bu yöntemler başarısız olmuştur. Diğer bir ifade ile bu yöntemlerden fayda elde etmek mümkün olmamıştır.

İİ. İletişimin denetlenmesi dışındaki yöntemlerin kullanılması durumunda başarı elde edilemeyeceğine ilişkin bir kanaat vardır.

İİİ. İletişimin denetlenmesi dışındaki yöntemlerin kullanılması çok tehlikelidir.

Yardımcı, Amerika'da hâkimden denetim kararı istenirken başvuru evrakında diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığına veya neden diğer yöntemlerin başarı ihtimalinin bulunmadığına yahut uygulanmasının çok tehlikeli olduğuna dair bilgilerin de yer alması gerektiğini nakletmektedir.

Kolluk görevlileri bir suçla ilgili bazı delillere ulaştıklarında başka delilleri de elde etmek isterler. Yani başka yöntemlerle elde edilmiş bilgi ve belgelerin yeterli bulunmadığı şartlarda iletişimin denetlenmesine müracaat etmektedirler. Bu itibarla diğer yöntemlere başvurulmama nedeni açıklanmalıdır. ABD hukukuna göre, diğer yöntemler arama, ifade alma, mülakat, fiziki takip, gizli polis, ajan kullanmak suretiyle sızma olarak sıralanabilir.

---

32 Mustafa Taşkın, age., s. 116.

33 Yener Ünver – Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010. s. 423.

ABD hukukunda bu soruşturma usulleri normal soruşturma usulü olarak zikredilmiş, bunlar arasında iletişimin denetlenmesi sayılmamıştır. Giordano kararında, iletişimin denetlenmesi şartlarına sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiği, bu şartlar oluşmadan yapılacak bir müdahalenin yaptırıma tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir[34].

Başka türlü delil elde etme imkânının olmadığı, diğer yöntemlerin de tehlikeli ve delil elde etmenin çok zor olduğu durumlarda iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edilip edilmeyeceği hususu önem ifade etmektedir.

Ülkemizde, hiçbir kıstas dikkate alınmamakta, herhangi bir suçla ilgili yapılan bir soruşturmada ilk olarak iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edilmekte, talep yazısında ya da hâkim kararında yasadaki ibarelerin dışında hiçbir somut gerekçe yer almamaktadır. Bu sebeple son çare prensibi, diğer yöntemleri kullanmanın zor olması gibi gerekçelerle yumuşatılmadan uygulanmalıdır.

AİHM, verdiği kararlarda, bir kimsenin bir suça ilişkin fiilleri ciddi olarak işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna ya da işlediğine dair kuvvetli **maddi belirtilerin bulunması** halinde ve diğer yöntemlerle bu tür delillerin elde edilmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceğini belirtmiştir[35]. AİHM, önceki görüşünün aksine, başka yöntemlerle delil elde etmenin mümkün bulunmaması şartını biraz yumuşatarak, bu yöntemlerin çok güç olması halinin de tedbire müracaat için yeterli olduğunu belirtmektedir. Dinlemenin kullanılacağı dava sayısını azaltmak ve mahremiyete yönelik riskleri en aza indirgemeyi hedefleyen AİHM, uygulayıcıların keyfi uygulamalara yeltenmesinin önlenmesi bakımından da bu ilkeyi önemli görmektedir[36].

Bugünlerde maalesef Türkiye'de, hiçbir gerekçeye dayanmayan iletişimin tespiti kararları ile başka bir ifade ile hukuka aykırı delillerle kişi özgürlükleri kısıtlanmaktadır. Bu sebeple Türkiye Cumhuriyeti aleyhine AİHM'de açılacak davalarla, ülkemizin ciddi bir tazminat yükü ile karşı karşıya kalacağı muhakkaktır.

4. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARI VERİLECEK SUÇLAR:

CMK'nın 135/6. maddesinde iletişimin denetlenmesine karar verilecek suçlar açıkça düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan **"Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi-**

---

34 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 52.

35 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 201.

36 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 154.

ne ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir" hükmü yer almaktadır. Bu ibareden sonra, madde metninde belli ağırlıkta olan suçlar tahdidi olarak sayılmıştır. Bu suçların haricinde, maddede yer almayan bir suçla ilgili iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat etmek mümkün değildir.

Doktrinde **Şen,** CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan suçların yetersiz olduğunu beyan etmektedir. Bu suçlara telefonla işlenen tehdit, şantaj gibi suçların yanı sıra nitelikli dolandırıcılık, hizmet nedeniyle görevi kötüye kullanma, resmi evrakta sahtekârlık, TCK 170. maddesinde bulunan güvenliğin kasten tehlikeye sokulması ve TCK'nın 172. maddesinde bulunan radyasyon yayma, TCK'nın 173. maddesinde yer alan atom enerjisiyle patlamaya sebebiyet verme gibi suçlar da kataloga dâhil edilmelidir.

Bu maddede sayılan suçların yeterli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Kapsam genişletildiği takdirde kolluk kuvveti hiçbir koruma tedbirine müracaat etmeden, iletişimin denetlenmesi tedbiri talep etmektedir. Bunun sonunda da, şüphelilerden suç işlediklerine ilişkin ikrarlar alınmaya çalışılmaktadır.

A. CMK'nın 135. maddesinde belirtilen suçlar dışında dinleme kararı verilemez.

CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrasında belli ağırlıkta olan suçlar, kanun isimleri, madde ve fıkra numaraları da belirtilmek suretiyle sıralanmıştır. Bu suçların dışında dinleme kararı verilmesi mümkün değildir. Doktrinde de bu konuda fikir birliği mevcuttur.

Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, "Ceza Muhakemesinde kıyas yapılabilirse de hakları kısıtlayan hükümler bakımından kıyas yapılması mümkün değildir. İletişimin denetlenebileceği suçların kıyas yoluyla genişletilmesi katalog ile getirilmek istenen güvenceye ve suçların katalog şeklindeki düzenlemesinin amacına ve mantığına da aykırı olur[37]. Aynı görüşleri savunan **Kaymaz,** CMK, denetim kapsamını **ceza miktarına göre değil, suçların nitelikleri ve işlenme şekillerini esas alarak katalog şeklinde düzenlemiştir.** O nedenle ceza bakımından yollamada bulunan maddede düzenlenen suç, eğer katalog kapsamında değilse bu **suç bakımından iletişimin denetlenmesi mümkün değildir.** " şeklindeki beyanları ile katalog dışında herhangi bir suçla ilgili dinleme kararı verilemeyeceğini belirtmiştir[38].

---

37 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s. 809.

38 Seydi Kaymaz, age., s.156.

Taşkın, iletişimin denetlenmesi ile ilgili tedbirin uygulanacağı suçların belirlenmesinde farklı yaklaşımların olduğunu, ancak hemen hepsinde bu suçlarla ilgili bir sınırlamanın yapıldığını belirtmiştir. **Taşkın'a göre,** "Orantılılık ilkesinin bir uzantısı olarak sınırlama, **ya bir suç katalogu oluşturmak suretiyle ya da fiilin ağırlığına göre belirlenmektedir.** … Örneğin Almanlar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 108. maddesinde iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edilebilecek suçları liste halinde belirlemişken, Fransızlar CMK'nın 100. maddesinde iletişimin denetlenmesi kararı verebilmek için o suç için öngörülen cezanın 2 yıl ve daha fazla hapis cezası olması gerektiğini hükme bağlamışlardır. İngiltere'de, 3 yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarla ilgili dinleme yapılabilecekken, Avusturya'da bu sınır 1 yıla kadar indirilmiştir[39].

ABD'de, 1 yıl ve üzeri suçlarla ilgili dinleme yapılabilecektir. Teknik Dinleme Kanunu'na göre 100'e yakın suçla ilgili dinleme kararı verilebilecektir[40].

Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 100. maddesinde, hukuka uygun bir arama sırasında başka suçun delili bulunursa, buna da el konulmasına izin vermektedir. Telefon dinleme tedbirine tabi olan suçlar bakımından geçerli olan bu hüküm, kıyas yolu ile genişletilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen "tesadüfî bilgiler" duruşmada delil olarak kullanılamazsa da, Alman Hukuku bunların "şüphe sebebi" olarak hazırlık soruşturması açısından değerlendirilmesini kabul etmektedir: İşlendiğinden şüphelenilen bu suçlar hakkında müstakil bir hazırlık soruşturması açılabilir [41].

Taşkın, "…CMK gerek mukayeseli hukuk, gerekse AİHM içtihatlarını göz önüne alarak **çok net bir uygulama alanı oluşturabilmek amacıyla katalog halinde sayma yöntemini benimsemiştir. …** İletişimin dinlenmesi kaydedilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi **tedbirine ancak sayılan katalog suçlar için karar verilebilir."** şeklindeki ifadeleri ile katalog dışında tedbire müracaat edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir[42].

Aynı görüşte olan **Yardımcı,** "Türk Hukukunda katalog suç uygulaması kabul edilmiştir. İşlenen suç ile verilen zarar ne kadar ağır olursa olsun belirtilen suçlar dışındaki suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacaktır. Kanun tarafından denetleme tedbirine tabi suçların kıyas suretiyle genişletilmesi mümkün değildir. Her ne kadar CMK'da kıyas

---

39 Mustafa Taşkın, age., s. 98.

40 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 98.

41 Feridun Yenisey – Sinan Altunç, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, www.hukukturk.com (Erişim Tarihi 04.08.2011)

42 Mustafa Taşkın, age., s. 100.

yapılabilse de **temel hakları sınırlayıcı kıyas mümkün değildir. Bu sebeple kapsam dışında kalan diğer suçlarda iletişimin denetlenmesine başvurulması hukuka aykırı olacaktır[43].”** şeklindeki görüşü ile katalog dışındaki herhangi bir suçla ilgili iletişimin denetlenmesi kararının mümkün olamayacağını belirtmektedir.

Aynı görüşte olan **Meran** da**,** “CMK’nın 135/6. maddesinde öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabileceği **suçların kıyas yolu ile genişletilmesi olanaklı olmadığını belirtmiştir. Kapsam dışındaki suçlara ilişkin denetimde bulunulması elde edilen delillerin hukuka uygunluğunu etkiler. Bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı olma yaptırımı ile karşılaşır. Kapsamın genişletilmesi hakların kısıtlanmasıdır ve bu yönde kıyas yapılamaz.”** şeklindeki görüşü ile katalog dışındaki herhangi bir suçla ilgili iletişimin denetlenmesi kararının mümkün olamayacağını belirtmektedir[44].

Şen, “İşlenen suçla verilen zarar ne kadar ağır olursa olsun CMK’nın 135/6. fıkrasında sayılanlar dışındaki suçlarda iletişimin denetlenmesi yoluna gidilemeyecektir. Aksi halde elde edilen telefon dinlemeleri ve kayıtları hukuka aykırı sayılacak ve yargılamada “delil” olarak kullanılamayacaktır[45]” şeklindeki görüşü ile katalog dışında dinlemenin hukuka aykırı olacağını belirtmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, verdiği bir kararda nitelik değişmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebileceğini ve elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[46].

B. Suç vasfı değişirse, elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.

Bir şüpheli hakkında CMK’nın 135/6. maddesinde yer alan katalog suçlarla ilgili dinleme yapıldıktan sonra, soruşturma ya da kovuşturma aşamasında şüphelinin filinin katalog suç dışında olduğunun anlaşılması halinde, elde edilen delillerin kullanılmaması gerekmektedir.

Suç vasfı soruşturma ve kovuşturma aşamasında değişmiş ve 135/6. maddesinde yer almayan bir suça dönüşmüşse artık bu “hukuka aykırı” nitelik taşıyan delillerin kullanılmaması gerekmektedir[47].

---

43 Mehmet Murat Yardımcı, age., s.188.

44 Necati Meran, age., s. 116.

45 Ersan Şen, age.,s.105.

46 Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.06.2007 tarih ve 2007/145 E. ve 2007/264 Sayılı kararı. Bkz. 79. numaralı dipnot.

47 Ersan Şen, age., s.115.

Tedbirin uygulanması esnasında suç vasfının değişmesi halinde nasıl hareket edileceği konusunda CMK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Suç vasfının değiştiği anlaşıldığı takdirde iletişimin denetlenmesi tedbirine derhal son verilmesi gerektiği belirtilmektedir[48]. İletişimin denetlenmesi kararı alabilmek için suç vasfının kasten farklı şekilde belirtilmesi ile alınan iletişimin denetlenmesi kararı da hukuka aykırı olacak ve hiçbir şekilde dikkate alınmayacaktır[49].

Bazı yazarlar sözkonusu delillerle yeni bir soruşturma başlatılabileceğini[50] ve hatta bu delillere dayanılarak açılan davalarda iletişimin tespiti tutanaklarının delil olarak kullanılabileceğini[51], belirtmekte iseler de, bu görüşlere katılmamaktayız. Çünkü hangi şartlarda, hangi suçlarla ilgili iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edileceği CMK'nın 135. maddesinde belirtilmiştir. Bu suçlar haricinde hangi halde olursa olsun iletişimin denetlenmesi kararı ile yapılan telefon dinlemeleri delil olarak kabul edilemez ve hükme esas alınamaz.

Ünver – Hakeri, kanun koyucunun sınırlı suç ve kuvvetli suç şüphesini aramasının sebebinin hatalı işlem yapılmaması için aradığını belirtmektedir. Ancak Ünver – Hakeri, uygulamada kuvvetli suç şüphesi şartı üzerinde hiç durulmadığını, sınırlı suç şartının da basit gerekçe ve uygulamalarla dolanıldığını, bu sebeple elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığının sürekli tartışıldığını belirtmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu delillerin savunulabilir olması gerektiğini, yasanın aradığı şartlardan birinin gerçekleşmemesi halinde elde edilen delillerin kullanılamayacağını ifade etmektedir[52].

Özetle belirtmek gerekir ki, yasada bu tedbire müracaat için belli şartlar öngörülmüştür. Şu ya da bu şekilde suç vasfının değişmesi halinde elde edilen deliler hukuka aykırı olacaktır. Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine müdahale niteliğinde olan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin CMK'nın 135. maddesinde yer alan suçlar haricinde iletişimin denetlenmesine karar verilemez kuralı katı bir şekilde uygulanmalıdır.

5. HÂKİM VE GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HALLERDE CUMHURİYET SAVCISININ KARARININ VARLIĞI:

Bilindiği üzere iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi için, hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararı aranmaktadır.

---

48 Mustafa Taşkın, age., s. 151.; Mehmet Murat Yardımcı, age., s.196.

49 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 196.

50 Ersan Şen, age., s.116; Seydi Kaymaz, age., s. 486.

51 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s. 1444.

52 Ünver – Hakeri, age., s.417 – 418.

Madde metninde her ne kadar iletişimin tespitinden bahsetmişse de, iletişimin tespiti için hâkim kararına gerek olmadığı, cumhuriyet savcısının CMK'nın 160. ve 161. maddesi kapsamında soruşturma ve delil toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirilmektedir. İletişimin tespitinden kasıt, bir şüpheliyi ya da müştekiyi telefonla arayan ve aranan kayıtları tarih ve saat olarak gösteren kısa adı HTS olan (Historical Traffic Search) kayıtların Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan celbi anlamına gelmektedir. Gerçekten Yargıtay 4. Ceza Dairesi 29.11.2006 tarihli bir kararında iletişimin tespiti için hâkim kararının gerekli olmadığını, cumhuriyet savcısının yetkisi çerçevesinde bu bilgilerin celp edileceği belirtilmiştir[53].

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı iletişimin denetlenmesine karar verebilecek, bu karar derhal hâkim onayına sunulacak, hâkim 24 saat içinde karar verecektir. Sürenin dolması ya da hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde karar cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılacaktır. İletişimin denetlenmesine ilişkin kayıtlar, cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç 10 gün içinde yok edilecek ve durum tutanakla tespit edilecektir.

Cumhuriyet savcısının sonradan onaylanmayan kararı üzerine, canlı dinleme yapılmışsa, dinleyen kolluk memurunun tanıklığı ile ispat yolunan açık olacağı belirtilmiştir. Cumhuriyet Savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını ileri sürerek dinleme kararı verdikten sonra, bu karar hâkim tarafından onaylanmadan, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine müracaat edilebileceği, yasanın bu düzenlemesinin mükemmel olmadığı belirtilmektedir[54]. Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Kanaatimizce gecikmesinde sakınca olan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararla, iletişimin denetlenmesine müracaat edilse de, hâkim onayı olmadan bu dinlemelere dayalı olarak arama ya da elkoyma kararı verilmemelidir. Çünkü hakim onayı almamış bir dinleme kararı hukuka aykırı olacak, buna ilişkin elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır.

Şen, hâkim onayından geçmeyen ve savcının gecikmesinde sakınca bulunduğu iddiasına dayalı olarak verilen iletişimin denetlenmesi kararına dayanılarak arama ve elkoyma kararı verilmişse, bu arama ve elkoyma kararının da hukuka aykırı olacağını belirtmektedir[55].

Kararların yukarıda belirtilen şartları taşıması gerekmektedir. Bunlardan bilhassa başka türlü delil elde etme imkânının somut gerekçe ve

---

53 Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 29.11.2006 tarih ve 4669-17007 sayılı kararı. Bkz. Osman Yaşar, age., s. 683 – 685.

54 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s 805.

55 Ersan Şen, age, s. 109.

dayanakları talep yazısında belirtilmelidir. İletişimin denetlenmesine ilişkin bu kararlar dosyada bulunmalı, bu kararların hukuka uygun olarak verilip verilmediği, Anayasa ve CMK'nın ilgili hükümleri gereğince gerekçeli olup olmadığı yargılama makamı tarafından incelenmeli, irdelenmelidir.

Gerçekten Yargıtay 4. Ceza Dairesi, verdiği bir kararda hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin yasal dayanağını oluşturan kararların dosyaya getirtilip duruşmada okunması gerektiğini, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi suça ilişkin olarak ve hangi süreyle gerçekleştirildiği, hukuka uygun ya da aykırı olarak elde edilip edilmediği hususlarının tartışılıp değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir[56].

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu. 4.7.2006 tarihinde önemli bir karar vermiştir. Bu kararda iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın, duruşmada okunmamış olmasını, ulaşılan kanıtın hukukiliğinin Yargıtay tarafından denetlenebilir açıklıkta olmak üzere hüküm mahkemesi tarafından **tartışılmamasını, bu hususlar yerine getirilmeden mahkûmiyet hükmüne dayanak almasını bozma gerekçesi yapmıştır[57].**

Uygulamada yasada yer alan başka türlü delil elde etme imkânının olmadığı, kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu gerekçelerinin dışında hiçbir somut gerekçe belirtilmeden, tedbir talep edildiği ve bu taleplerin kabul edildiği görülmektedir.

Yine ülkemizin aksine mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, kişi özgürlüklerini, haberleşme özgürlüğünü, özel hayatın gizliliğini koruyucu niteliktedir. Örneğin Kanada Ceza Kanunu'nun 185/1. maddesinde denetim kararı için başvurma yetkisine sahip görevliler belirtilmiştir. Başvuru evrakındaki bilgilerin ve kanaatinin doğru olduğuna dair görevlinin yeminli bir beyanının yer alması lazımdır. Yazılı başvuru evrakında **suçun işlendiğine inanmayı haklı gösterecek durumlar iletişimin tespitinin faydalı olacağına dair makul nedenler, daha önceden başvuru yapılmış ve reddedilmişse bu başvuruların yapıldığı tarih ve kararlar, diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, diğer soruşturma yöntemlerinin uygulanması halinde başarı elde edilemeyeceğini gösteren nedenlerin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Terör ve organize suçlulukla ilgili iletişimin tespitinde bu şartlar aranmamaktadır[58].**

---

56 Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 10.07.2008 tarih ve 2008/8558 E., 2008/15780 K. Nolu kararı. (Bkz. Uyap Mevzuat –İçtihat)

57 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4.7.2006 tarih ve 2006/180 E. ve 2006/16864 K. Sayılı kararı. Bkz. Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 346.

58 Seydi Kaymaz, age., s.243.

Avustralya'da başvuru evrakında hangi hususların bulunması gerektiği kanunda açıkça belirtilmiştir. İngiltere'de ise, İletişimin Denetlenmesi Uygulama Yönergesi'nde bu hususlar yer almıştır.

ABD'de iletişimin denetlenmesine ilişkin bir karar vermek zorunda olan hâkim şu sorulara cevap aramak zorundadır. A) Kanunda sayılan suçların işlendiği ya da işlenmekte olduğuna dair makul şüphe var mıdır? B) Bu tedbirle belli delillerin elde edileceğine dair makul sebep var mıdır? C) Diğer soruşturma yöntemlerine başvurulmuş mudur? Bu yöntemlerin kullanıldığını ancak sonuç alınamadığını veya bu yöntemler kullanılmamış olmakla birlikte kullanılsa dahi sonuç alınamayacağını veya kullanılmasının çok tehlikeli olduğunu gösteren haller var mıdır? D) Denetlemeye konu olacak yerin bir suç bağlamında kullanıldığını, kullanılmakta olduğunu ve kullanılmak üzere olduğunu, gösteren veya bu yerin iletişimi denetlenecek kişi tarafından kiralandığını, bu kişi adına kayıtlı olduğunu ya da bu kişi tarafından kullanıldığını gösteren makul sebepler var mıdır?[59]

Görüldüğü üzere ABD'de denetim kararı verecek olan hâkimin bazı hususları dikkate alması, kararın bu sorulara göre gerekçelendirilmesi istenmiştir. Burada takdir, karar merciine bırakılmakla birlikte takdir hakkının şüpheli lehine sınırları çizilmeye çalışılmıştır. Bu durum takdir hakkının sınırlandırılması anlamına gelmemektedir.

CMK'nın 135/3. maddesinde, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısının tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.

İletişimin Denetlenmesine ilişkin Yönetmelik'in 6. maddesinde talep ve kararda belirtilecek hususlar başlığı ile bir düzenleme yer almaktadır. Ancak bu düzenlemenin yeterli olmadığını, uygulamada bu hususlar dahi dikkate alınmadan iletişimin denetlenmesine ilişkin kararların verildiğini söyleyebilmek mümkündür. Yönetmelik'in belirtilen maddesi şu şekildedir:

İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin talepler ile hâkim ve Cumhuriyet savcısı kararlarında, aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

a) Soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası,

b) Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,

---

59 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 50.

c) Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler,

ç) Hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği,

d) İletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu,

e) Tedbirin türü,

f) Tedbirin kapsamı,

g) Tedbirin süresi.

Görüldüğü üzere CMK'nın 135/3. maddesinde ve buna ilişkin yönetmelikte talep ve karar yazısında nelerin bulunması gerektiği belirlenmiştir. Ancak iletişimin denetlenmesi tedbirinin kişilerin özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne müdahale ettiği dikkate alındığında, başka türlü delil elde etme imkânının (son çare tedbiri) olup olmadığı, diğer koruma tedbirlerine müracaat edilip edilmediği, edilmedi ise gerekçeleri, kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı **somut olarak** tespit edilmeden iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilmemelidir. Yukarıda belirtilen gerekçelerin talep yazısında da yer alması gerekmektedir. Aksi halde bu tür dinlemeler kişilerin hukuka aykırı olarak dinlenmesine de sebebiyet vermektedir[60].

Yönetmelikte yer alan bilgilerin bilinmesi sebebiyle iletişimin tedbirine ihtiyaç duyulmayacağı belirtilmektedir. Bu bilgilerin bilinmesi halinde iletişimin denetlenmesi tedbiri yerine genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir[61].

Bunun yanında karar verecek merci, sadece yetkili olduğu yeri kapsayacak şekilde, başka bir ifade ile ağır ceza mahkemesinin kendi yargı çevresi ile ilgili dinleme kararı verebilecekken, tüm ülkeyi kapsayacak şekilde dinleme kararı verilemeyecektir[62]. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, verdiği bir kararda "amacı ne olursa olsun, hiçbir kuruma, demokratik hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek, ülke genelini kapsayacak şekilde iletişimin denetlenmesi yetkisi verilemeyeceğini" belirtmiştir.

---

60 http://www.8sutun.com/Taraf-muhabiri-sahte-belgeyle-dinlenmis_61648.html (Erişim Tarihi 9.8.2011)
http://www.haberdar.com/haber/baransunun-dinleme-davasinda-4-askere-5-yil-10-ay-hapis-cezasi-2720300

61 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s. 811.

62 Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 4.06.2008 tarih ve 2008/874 E., 2008/7160 K. Nolu kararı. Bkz. Uyap İçtihat programı (Erişim Tarihi 8.8.2011)

Hâkim karar verirken 4 ayrı noktaya dikkat etmek zorundadır. İletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi konusunda olacaktır. Dinleme, aletin başına oturup konuşulanları canlı olarak izlemek demektir. Tespit ise, canlı dinlemeyi gerektirmez. Otomatik bir alet şehirdeki bütün santrallerde geçen konuşmaları teorik olarak aynı anda tespit edebilir. Daha sonra geriye dönerek ilgili konuşmaların dinlenmesi imkânı açılabilir[63].

Bu nedenle hâkim kararını verirken hangi hususu kararlaştırdığını açık olarak belirtmelidir. Prensip olarak dinlerken, kayıt da yapılabilir. Fakat bazı istisnai hallerde hâkim "kayıt yapmadan dinleyin" diye bir karar verebilir. Faks ile yapılan haberleşmelerde ve internet üzerinden yapılan yazışmalarda, dinleme değil okuma sözkonusu olacaktır. Hâkim karar verirken bunu belirtmek zorunda değildir. İletişimin denetlenmesi bunu da kapsamaktadır[64].

Cumhuriyet Savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde iletişimin denetlenmesine karar verebilecek, ancak verilen kararla ilgili süre uzatımına karar veremeyecektir. Çünkü gecikmede tehlikenin olamayacağı ileri sürülmüştür.

CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrasında; "Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir" hükmü bulunmaktadır.

Maddede belirtildiği üzere bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar dışında önce 3 ay, daha sonra 3 ay daha uzatılarak toplamda 6 ay dinleme yapılabilmektedir. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda dinleme kararının süresiz olduğu anlaşılmaktadır.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesinin 4. fıkrası gereğince önleme amaçlı iletişimin denetlemesine müracaat edilebilmektedir. Önleme amaçlı bu denetimin süresi ise, yine 3 aydır. Ancak 3 defayı geçmemek üzere 3'er aylık uzatma kararı verilebilir. Terör örgütünün faaliyeti ile ilgili yapılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde 3 er aylık sürelerle müteaddit defalar uzatma kararı verilebilir.

Hâkim uzatma kararında ilk denetleme kararında verilen amaca henüz ulaşılamamış olmasını, ancak ulaşmanın mümkün olacağı hususunu dikkate almalıdır. Bunun yanında şüphelinin tespit edilemeyeceği ya da iletişimin

---

63 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s. 805.

64 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s. 806.

denetlenmesi ile delil elde edilemeyeceği anlaşılmışsa o takdirde denetleme kararı uzatılmamalıdır.

Belirtmek isteriz ki, iletişimin denetlenmesi ile ilgili hükümleri düzenleyen bir kanunun bulunmasının başlı başına yeterli olmadığı ifade edilmiştir. AİHM, Huvig - Kruslin / Fransa, kararında, Fransa'yı iletişimin denetlenmesine imkân tanıyan bir yasa bulunmadığı için değil, yasanın suiistimalleri önleyecek kalitede ve açıklıkta olmaması sebebiyle mahkûm etmiştir. Bu sebeple herhangi bir başvurunun, AİHM önüne gelmesi halinde, mahkemenin özellikle denetim bakımından ülkemizi mahkûm etme ihtimalinin olduğu ifade edilmiştir. AİHM, iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın da belli bir kaliteye sahip olmasının gerekliliğine işaret etmektedir. İletişimin denetlenmesine ilişkin bu kararların gerekçeli olmasını, istismarı ve keyfiliği önleyici bir güvence olarak görmektedir. Gerçekten AİHM, önüne gelen dosyalarda kararların gerekçesiz olmasından dolayı ülkemizi tazminata mahkûm etmiştir. Yasal şartların oluştuğunu tespit eden karar merci, somut olayın özellikleri çerçevesinde gerekçeli karar vermelidir[65].

III. DİNLEME YASAKLARI:

1. CMK'nın 135/2. Maddesinde yer alan dinleme yasağı:

CMK'nın 135/2. maddesinde **"Dinleme Yasağı"** bulunmaktadır. Doktrinde **"Mutlak Delil Yasağı"** adı verilen bu madde şu şekildedir;

"Şüphelinin ve sanığın[66] tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir"

Bu madde incelendiğinde şüpheli ya da sanığın tanıklıktan çekinebileceği kişiler arasındaki telefon konuşmalarının kayda alınması **"kayda alınamaz"** şeklindeki ibareden anlaşıldığı üzere açıkça yasaklanmıştır.

Böyle bir kaydın tutulması halinde bile, durum sonradan anlaşıldığı takdirde kayıtların derhal silinmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu madde Anayasa'mızın 38/5. maddesindeki; **"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"** hükmüne dayanmaktadır.

---

65 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 280.

66 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 17. maddesi ile sanık ibaresi eklenmiştir. http://www.resmi-gazete.org/sayi/12687-/5353-ceza-muhakemesi-kanununda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun.html (Erişim Tarihi 09.08.2011)

Anayasa'mızın 38/5. maddesine dayanan bu kanun metni, o kadar açıktır ki, bu madde ile kanun koyucu iletişimin tespiti kararı veren hâkime, takdir hakkı dahi tanımamıştır.

5271 sayılı CMK'nın 45. ve 46. maddelerinde tanıklıktan çekinebilecek kişiler yer almıştır. Her iki maddede tanıklıktan çekinecek kişiler şu şekilde sıralanmıştır:

a. Şüpheli veya sanığın nişanlısı

b. Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi

c. Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu

d. Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları

e. Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar

f. Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri

yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler

g. Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler

h. Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet

verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler

CMK'nın 135/2. maddesinde yukarıda sayılan kişilerle olan iletişimin kayda alınamayacağı açıkça belirtilmiştir.

İletişimin Denetlenmesine ilişkin Yönetmelik'in 15. maddesine göre şüpheli hakkında Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar verilmesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın hâkim tarafından onanmaması ve şüpheli ya da sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle olan iletişiminin kayda alınamaz hükmüne aykırı hareket edilmesi halinde yetkili ve görevli mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Savcısının denetimi altında en geç on gün içinde iletişimin tespitine ilişkin tutanaklar yok edilerek durum bir tutanakla tespit edilir.

Yönetmelik gereğince CMK'nın 135/2. maddesine aykırı olarak tutulan kayıtların yok edilmemesi halinde, TCK'nın Verileri Yok Etmeme başlıklı 138. maddesindeki suç oluşacaktır. TCK'nın 138. maddesinde "kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmektedir.

Buna rağmen, uygulamada CMK'nın 135/2. maddesine aykırı olarak kayıtlar tutulmakta, davalar açılmakta, kişilerin özgürlükleri kısıtlanmaktadır.

Ancak belirtmek isteriz ki CMK'nın 135/2. maddesinde kayda alınma yasaklanmış, belirtilen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenememesi ile ilgili bir ibare yer almamıştır. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin iletişimi kayda alınmaması gerekiyorsa, dinlenmemesi de gerekmektedir.

Doktrinde kanun koyucunun maksadının bu yönde olmadığını, maddenin ifade biçimine göre denetim yapan kolluk görevlisinin şüpheli veya sanıkla tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasındaki iletişimi kaydedemezse de, bu iletişimi dinleyebileceği ve duyduklarını duruşmada tanık olarak anlatabileceği, bu maddenin değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Maddeye göre iletişimi kayda alınan kişinin tanıklıktan çekinecek kişi olduğu anlaşıldığında bu kayıt silinecektir. Kolluğun kaydettiği bazı kısımları sildiği, bazı kısımları kaydettiği, bu şekilde yönlendirme yaptığı şüphesi uyanabilir. Bu sebeple maddenin "canlı dinleme sözkonusu ise, dinlemeyi durdurma, kayıt altına alma şeklinde ise, yapılan görüşmeler delil bandı olarak saklanmalı ve fakat cumhuriyet savcılığına verilecek ve dosyaya girecek kayıtlar arasında buna yer verilmemeli" şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir[67].

Bu belirlemenin çeşitli sakıncaları da beraberinde getireceğinden kuşku duyulmamaktadır. Zira kolluk görevlisi, suçu ve suçluyu tespite çalışan ve tıpkı iddia makamı gibi her olaya sübjektif olarak bakan bir kişidir. Bu kişinin sübjektif ve herhangi bir şekilde doğrulanamayacak beyanlarının mahkemede aktarılması, CMK'nın 135/2. maddesine aykırıdır. Ayrıca bu kolluk görevlisi duyduğu konuşmaları kaydetmeden, sanık ya da şüphelinin hangi kelimeleri kullandığını nasıl aklında tutacak ve aynı kelimeleri mahkemede **nasıl aynen** aktarabilecektir.

Devam eden bir ceza davasında ya da bir soruşturmada bir cümle hatta bir kelime dahi önemlidir. Bu küçük ayrıntılar bir ceza davasını beraat kararı ile bitireceği gibi mahkûmiyet kararı ile de neticelendirecektir. Bu sebeple,

---

67 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age. s 795 – 796.

yargılanan sanık, suçu takiple görevli bir kişinin beyanı ile mahkûm edilmiş olacaktır.

Kaymaz, dinlemeyi yapan görevlinin mahkemede duydukları ile ilgili olarak tanık sıfatıyla dinlenemeyeceği ve bu suretle elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu, Anayasa'nın 38/6. ve CMK'nın 217/2. maddesine göre yargılamada kullanılmasının mümkün olmadığı görüşündedir[68].

Şen, CMK'nın 135. maddesinde yer alan gizli dinleme ve kayda alma, irade dışı gerçekleştiğinden kanun koyucu Anayasa hükmünden yola çıkarak CMK'nın 135/2. maddesini kabul ettiğini belirtmiştir. Şen, bu hususu örnek vererek şu şekilde açıklamıştır. Telefonu dinlenen bir kardeşin yanında diğer kardeşle ilgili henüz bir dinleme kararı yoksa **mutlak delil yasağı** gündeme gelecektir. Diğer kardeşle ilgili de telefon dinleme kararı varsa, CMK'nın 135/2. maddesinin uygulanmayacağı, çünkü diğer kardeşin de artık şüpheli olduğu ileri sürülecektir. Hatta diğer kardeş hakkında telefon dinleme kararı olmamakla birlikte, **suça karıştığına dair kuvvetli şüphe varsa,** dinlemenin hukuku uygun olduğunun savunulabileceğini, **ancak,** Anayasa'nın 38. maddesinin bir ayrım yapmadığını, yani **telefonu dinlenen kişinin suça karışıp karışmadığına bakılmaksızın hiç kimsenin kendisine ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlamaya yönelik beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağını belirtmiştir.**

Şen, CMK'nın 135/2. maddesinin her ne kadar kayıt yasağından söz etmişse de her türlü iletişimin denetlenmesinin bu yasak kapsamında olduğunu, ayrıca CMK'nın 135/2. maddesi iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yasağını da içine alacak şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir[69].

Şen, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerin sanıkla birlikte suça karıştığının tespiti halinde dahi dinlemenin mümkün olmayacağını belirtirken, **Kaymaz**, tanıklıktan çekinen kimsenin suça iştirakinin tespit edilmesi halinde iletişimin denetlenmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir[70].

Ben dinlediğimi kayda almıyorum, sadece dinliyorum demenin "nemo tenatur" ilkesi ve susma hakkı açısından güvence anlamı taşımadığını ifade eden **Ünver – Hakeri,** bu hükümle ilgili Adalet Bakanlığı'nda oluşturulan Bakanlık Bilim Komisyonu'nda tartışılırken iletişimin dinlenmemesi de öne-

---

68 Seydi Kaymaz, age., s. 190.

69 Ersan Şen, age., s. 155 – 157.

70 Seydi Kaymaz, age., s. 190.

rildiği, ancak dinlenen kişinin tanıklıktan çekinecek kişinin olup olmadığının tespit edilemeyeceği gerekçesi ile kayda alınamayacağı hususunun hükme bağlandığı belirtilmiştir. Yazarlar tarafından burada tanıklıktan çekinen kimselerle olan iletişimin dinlenmesine dahi olanak tanınmaması gerektiği ileri sürülmüştür[71].

Şen'e göre CMK'nın 135/2. maddesinin herhangi bir gerekçe ile aşılarak yasada gösterilen kişiler arasındaki konuşmaları dinlemenin hukuka uygun olmayacak, her ne olursa olsun, bu dinlemeler hukuka aykırı olacaktır.

Yardımcı; CMK'nın 135/2. maddesindeki düzenlemenin AİHM içtihatlarına uygunluğu sağladığını, bu hususu düzenleyen hükümlerin olmadığı birçok ülke hakkında AİHS'yi ihlal kararı verildiğini belirtmektedir[72].

Taşkın, CMK'nın 135/2. maddesi gereğince sanık ya da şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle olan iletişiminin kayda alınması halinde bu kayıtların imha edilmesi gerekeceğini, imha edilmese bile, **mahkeme tarafından dikkate alınamayacağını belirtmiştir[73].**

Doktrinde CMK'nın 135/2. maddesindeki iletişim yasağı hususunda görüş birliği olmasına rağmen, uygulamada maddenin hiçbir şekilde dikkate alınmadığını, CMK'nın 135/2. maddesine aykırı olarak dinleme ve kayda almanın uygulandığını, şüpheliler hakkında tutuklama tedbirine dahi müracaat edildiğini belirtmek gerekmektedir.

CMK'nın 136. maddesinde CMK'nın 135/2. maddesine paralel bir düzenleme yer almaktadır. Bu maddede, "**Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz"** hükmü yer almaktadır.

Doktrinde bu madde ile ilgili bir boşluğun bulunduğu, CMK'nın 136. maddesi ilgili belirli yerdeki telekomünikasyon araçları ile ilgili olduğu belirtilerek aracın türü ile ilgili bir sınırlamanın bulunmadığı, müdafiin konutu, bürosu ve işyeri olmak şartıyla, mobil telekomünikasyon araçları ile yapılan iletişimin de denetlenebileceği ifade edilmektedir. CMK'nın 136. maddesinin müdafii ile müvekkili arasındaki ilişkiyi takipten bağışık kılmak amacıyla kaleme alındığı, bu sebeple mobil telefonunun denetlenebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir[74].

---

71 Ünver – Hakeri, age. s. 424.

72 Mehmet Murat Yardımcı, age., s.211.

73 Mustafa Taşkın, age., s. 170.

74 Mehmet Murat Yardımcı, age., 282.

Yine CMK'nın 154. maddesinde **"Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz"** hükmü yer almaktadır.

CMK'nın 135/2. maddesi ile birlikte CMK'nın 136. ve 154. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, müdafiin, müvekkili ile olan telefon görüşmelerinin kayda alınmaması gerekmektedir.

Gerçekten Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2008/9026 E., 2009/3731 K. ve yine aynı dairenin 2009/1721 E. ve 2009/5855 K. sayılı kararına atıf yaparak **Yargıtay'ın da CMK'nın 135/2. maddesine aykırı yapılan bu tür dinlemenin yasak delil kapsamında olduğuna temas ettiğini,** bu kayıtların delil değerinin bulunmadığını belirtmiştir[75].

2. Tesadüfen elde edilen deliller bakımından dinleme yasağı:

Bilindiği üzere iletişimin denetlenmesi tedbiri, kural olarak CMK'nın 135. maddesi gereğince sadece şüpheli ya da sanık açısından mümkündür. Şüpheli ya da sanık dışında herhangi bir kimsenin telefonlarının dinlenmesi mümkün değildir.

Ancak CMK'nın 138/2. maddesine baktığımızda tesadüfen elde edilen deliller ile ilgili bir hükmün yer aldığını görebilmek mümkündür. Bu madde "**Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir"** şeklindedir.

Tesadüfen elde edilen delil kavramından, yapılmakta olan soruşturma ya da kovuşturma ile ilgisi bulunmayan ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran delil anlaşılmalıdır[76]. Çünkü madde metnindeki "**cumhuriyet savcısına derhal bildirilir"** ibaresinden, soruşturma ve kovuşturma ile ilgisinin olmadığının anlaşıldığı belirtilmiştir.

Şüpheli ya da sanık dinlenirken katalog suçlardan birini işlediği anlaşıldığında durum derhal cumhuriyet savcılığına bildirilir. Cumhuriyet savcısı yeni bir soruşturma başlatır. Burada yeni bir iletişimin dinlenmesine ilişkin karar verilir.

---

75 Mustafa Taşkın, age., s. 171.; Kararın tam metni için Bkz. Uyap Mevzuat İçtihat, Erişim Tarihi 9.8.2011.

76 Seydi Kaymaz, age., s. 476.

Bu madde ile ilgili iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bir görüş telefonu dinlenen bir kişi ile görüşme yapan üçüncü kişinin bu konuşmasında suç unsuruna rastlanmışsa ve bu suç CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan suçlardan ise, ilgili hükmün uygulanması sözkonusudur.

Diğer görüş ise, şüpheli ya da sanıktan elde edilen beyanlarla yeni bir suçun işlendiği anlaşıldığında elde edilen tesadüfî delillerin kullanılabileceği, konuşmaya katılan üçüncü kişilerle ilgili tesadüfen elde edilen deliller yönünden kullanılamayacağı savunulabilir.

Üçüncü kişiden alınan beyan, yeni soruşturma açılması için kullanılabilir, fakat bunun dışında sadece bu beyandan hareketle dinleme kararı alınamayacağı gibi, bu beyan delil olma gücüne de sahip değildir.

Telefonu dinlenen kişilerle şu ya da bu şekilde telefon konuşması olan kişilere isnat edilen suçun, yine CMK'nın 135/6. maddesi kapsamında yazılı suçlardan olması ve bu suçlardan birisinin işlendiğinin iddia edilmesi gerekmektedir. Kısaca uygulamada **"dinlemeye takılma"** olarak nitelendirilen halde de şüpheliye isnat edilen suçun 135/6. maddesinde yazılı suçlardan olması gerekmektedir. Aksi halde dinleme yasağı sözkonusu olacaktır.

CMK'nın 135/6. maddesinde yazılı suçların dışında, herhangi bir suçla ilgili tesadüfen ele edilen bir delilden yola çıkılarak şüpheli hakkında dava açılmaması, hükme esas alınmaması gerekmektedir. Katalog suçlar dışında herhangi bir suçun, irtikâp edilmesi halinde bu suç irtikâp zimmet rüşvet gibi bir suç olsa da bu delile dayanılarak soruşturma başlatmak mümkün olmayacaktır[77].

Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.6.2006 tarihli verdiği bir kararda hakkında dinleme kararı olmayan kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilerek yapılan dinlenmelerin hukuka aykırı olacağını, ayrıca tesadüfen elde edilen delillerin CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan suçlardan birinin olması gerektiğini belirtmiştir[78].

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği başka bir kararda ise, CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan suçlardan olmak şartıyla tesadüfen elde edilen delillerin, üçüncü kişi hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmasa da hukuka uygun olacağını belirtmiştir. Karar;

" Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruştur-

---

77 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 239.

78 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.06.2006 tarih ve 2006/4-122 E. ve 2006/162 K. Sayılı kararı Kazancı Hukuk Otomasyon, (Erişim Tarihi 9.8.2011)

manın açılması kararına konu olan suçlar rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu 5271 sayılı CMK'nın 135/6. maddesinde hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilmektedir. Özel dairece isnat edilen eylemlerin bir kısmından beraat bir kısmından ise suçun niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı tesis edilmiş ise de başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değişmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir. Somut olayda iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıtlar hukuka uygun kanıt niteliğinde bulunduğundan bunun ayrıca hükümde belirtilmemesi ve bu kanıtlara dayanılarak hüküm tesisi CMK'nın 230. Maddesine aykırılık oluşturmamaktadır[79]." şeklindedir.

Görüldüğü üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği bu kararda CMK'nın 135. maddesinin kapsamını genişleterek ve 138. maddesine aykırı olarak karar vermiştir. Bizce bu karar son derece hatalıdır.

Bağlantılı suçlarla ilgili ise tesadüfen elde edilen delillerin hukuka uygun olacağı beyan edilmiştir. Örneğin uyuşturucu ticaretinden bir suça ilişkin bir şüpheli hakkında iletişimin denetlenmesine ilişkin alınan bir karar kapsamında aynı şüphelinin katalogda olmayan uyuşturucu kullanma suçunu işlediğine ilişkin görüşmelerin de hukuka uygun olacağı ifade edilmiştir[80]. Kaymaz, bağlantılı suçlarla ilgili Yargıtay'ın bir kararına rastlanmadığını belirtmektedir. Ancak uyuşturucu madde ticareti suçuna ilişkin bir dinleme kararı üzerine uyuşturucu kullanma suçuna ilişkin bulgular üzerine dava açıldığı yerel mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararının temyiz mahkemesi tarafından bozulmadığını, bilakis uyuşturucu madde kullanma suçuyla ilgili iletişimin denetlenmesine ilişkin bir kararın bulunmadığı gerekçesiyle bozma kararı vermediği, bu mahkûmiyet kararının hukuka uygun olduğunu belirtmektedir[81].

---

79 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.06.2007 tarih ve 2007/145 E. ve 2007/264 K. Sayılı kararı. Karanın tam metni için Bkz. Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 340.

80 Seydi Kaymaz, age., s. 479.

81 Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 26.04.2006 tarih ve 2005/302 E. ve 2006/72 K. Sayılı kararı, Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 29.11.2006 tarih ve 12006/11643 E. ve 2006/123413 K. Sayılı kararı ile onanmıştır. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/62 E. 2006/233 K. Sayılı kararı Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 20.11.2007 ve 2007/10077 E. ve 2007/13458 K. Sayılı kararı ile onanmıştır. Nakleden Seydi Kaymaz, age., s. 481.

Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu da tesadüfen elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabileceğini belirtmiştir[82].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararda, CMK yürürlüğe girmeden önce 4422 sayılı Kanun yürürlükte iken, tesadüfen elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir[83]. Diğer bir kararda da, CMK yürürlüğe girmeden önce, tesadüfen elde edilen ilk delilin cumhuriyet savcısına bildirilmesi gerekmesine rağmen, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra cumhuriyet savcılığına bildirilmiş olması sebebiyle, elde edilen delillerin yasa dışı olduğunu belirtmiştir[84].

Doktrinde tesadüfen elde edilen delillerin katalogda yer alması gerektiği, katalogda yer almayan bir suçla ilgili dinleme yapılamayacağı, bu hükmün kıyas yolu ile genişletilemeyeceği, aksine bir uygulamanın "dinlemenin sınırlı sayıdaki suçlarda kabul edilmesi kuralının" dolanılması, kanuna karşı hile yapılmasına yol açabileceği belirtilmektedir. Ancak yazarlar bu beyanın aksine şüphelinin başka suçlar işlediğinin tespiti halinde, bu suçlarla ilgili yeni bir soruşturma başlatılabileceğini ifade etmişlerdir[85].

Bunun yanında zabıtanın katalogda yer almayan bir suçla ilgili delile duyarsız kalmasının zor olduğu ifade edilmiş, doktrindeki bazı yazarlara atıf yapılarak bu delillerin "suç ihbarı" kabul edilerek soruşturma başlatılması gerektiğini, ihbarın hukuka aykırılığından bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir[86].

AİHM, tesadüfen elde edilen delilleri irdeleyen Kruslin – Fransa kararında telefonu dinlenen bir yakının evinde onun telefonundan konuşmuş ve bu konuşma delil kabul edilmiştir. Mahkeme her ne kadar ihlal kararı vermişse de, yapılan müdahalenin kanunla öngörülebilir olmamasını gerekçe göstermiştir. Başka bir deyişle mahkeme kanun mevcuttur ancak yeterli açıklıkta değildir bu nedenle keyfiliğe sebep olacak niteliktedir diyerek ihlal kararı vermiştir[87].

ABD hukukunda da, dinleme esnasında mahkeme kararı dışında sınır-

---

82 Mustafa Taşkın, age., s. 196.

83 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.02.2007 tarih ve 2007/5.MD-101, 2008/3 K. Bkz. Necati Meran, age., 237.

84 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.04.2006 tarih ve 2007/5.MD-23, 2007/167 K. Bkz. Necati Meran, age., 241.

85 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s. 1447-1448.

86 Seydi Kaymaz, age., s. 489.

87 Feridun Yenisey – Sinan Altunç, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, www.hukukturk.com (Erişim Tarihi 04.08.2011)

ların aşılmaması bakımından gerekli gayret gösterilmeli, mahkeme kararında isimleri belirtilen kişilerin, sadece karar konusu suçlardan dolayı dinlenmeleri sağlanmalıdır. Kararda belirtilmeyen suçları işlemeleri durumunda, kararda değinilmeyen suçlardan dolayı dinlemeye alınması önlenmelidir[88].

Mukayeseli hukukta da tesadüfen elde edilen deliller katalog suçlara ilişkin ise delil olarak kullanılabilmektedir[89].

3. CMK'nın 135/6. Maddesinde belirtilmeyen suçlar bakımından dinleme yasağı:

Çalışmamızın II/4 numaralı bölümünde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere CMK'nın 135/6. maddesinde belirtilen suçlar dışında, iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edilemez. Gerçekten Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.06.2006 tarih ve 2006/126 K. Sayılı kararında tesadüfen elde edilen bilgilerin CMK'nın 135/6. Maddesindeki katalog suçlardan değil, "görevde yetkiyi kötüye kullanma" suçuna ilişkin olması gerekçesiyle elde edilen delilin **yasa dışı olduğunu belirtmiştir[90].**

İletişimin tespitinin her suçla ilgili yapılabildiği, ancak dinleme kayda alma ve sinyal bilgilerinin denetlenmesi açısından katalog suçların arandığını belirtmek gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin ve Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin verdiği kararlar bu yöndedir[91].

IV. HUKUKA AYKIRI DİNLEME KARARINA KARŞI HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUK:

Yetkili hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık izni olmadan yapılan dinlemenin TCK'nın 132. maddesi gereğince cezalandırılması gerekmektedir.

Ancak maddede sayılan şartlardan birinin ya da birkaçının varlığı ya da takdire dayanan bir hatanın mevcudiyeti halinde hukuki ve cezai sorumluluğun bulunmaması gerektiği savunulsa da bu görüşe katılmamaktayız. Bunun yanında yönetmelikte yer alan bazı bilgi ve belgelerin eksikliği halin-

---

88 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 239.

89 Mustafa Taşkın, age., s. 185.

90 Seydi Kaymaz, age., s. 240.

91 Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 25.06.2009 tarih ve 2009/22575 E., 2009/31143 K. Nolu kararı. (Uyap Mevzuat İçtihat, Erişim Tarihi 9.8.2011); Aynı yönde Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 3.10.2005 tarih ve 2005/14969 E. ve 2005/20489 K. Sayılı Kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi 9.8.2011)

de, hata veya kasıtlı işlemden dolayı görevlilerin sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir[92].

Kanaatimizce, takdirde yanılgı ya da hata durumunda da karar veren hâkimin hukuki ya da cezai sorumluluğuna gidilmelidir. Diğer meslek mensuplarının örneğin bir hekimin görevini icra ederken yani tedavi nedeniyle meydana gelen ölüm ve yaralanmalarda, hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilebiliyorsa, bir hâkim hakkında neden gidilmesin.

Yakın zamanda gazetelere de yansıyan bir davada, bir hâkimin kanunda yazılı gerekçelerle tutukluluk halinin devamına karar verdiği ve bu kararlarda gerekçe belirtilmediği gerekçesiyle hakkında tazminata hükmedilmiş, bu karar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır.

İletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirin, denetiminin olmadığını belirtmek gerekmektedir, CMK'nın 135/5. maddesi gereğince iletişimin denetlenmesine ilişkin alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulmaktadır.

Şüpheli ya da sanığın bu tedbirin gizli olması sebebiyle karara karşı itiraz etme hakkı tanınmamaktadır. Ancak iletişimin denetlenmesi tedbirine dair karar ve uygulamaları hakkında mutlak şekilde, üst denetimi zorunlu kılan bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği belirtilmektedir[93].

Mukayeseli hukukta iletişimin denetlenmesi kararı, diğer koruma tedbirlerine nazaran farklı merciler tarafından verilmektedir. Örneğin İngiltere'de karar verme yetkisi İngiltere ve Galler İç İşleri Bakanı'na, İskoçya Devlet Bakanı'na ve Kuzey İrlanda Devlet Bakanı'na aittir. İrlanda'da da, polisin talebi ile Adalet Bakanı iletişimin denetlenmesine karar vermektedir. Avusturya'daki durum biraz daha farklıdır. Dinleme izni 3 hâkimli bir kurul tarafından verilmektedir. Savcı, dinleme iznini hâkimden talep etmekte, hâkim de bu talebi kurula göndermektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hâkim de karar verebilmektedir. Bu karar derhal kurula sunulmaktadır[94].

Teknik Dinleme Kanunu, federal düzeyde iletişimin denetlenmesi kararı çıkarılabilmesi için Adalet Bakanı veya emrindeki üst düzey görevlilerin başvuru yapabileceklerini öngörmüştür. Eyaletlerde ise, ilgili eyalet kanunlarının bu kişileri belirlemesi zorunluluğu getirilmiştir[95].

---

92 Necati Meran, age., s.169.

93 Ersan Şen, age., s. 153.

94 Mustafa Taşkın, age., s. 43-59.

95 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 40-52.

CMK'nın 141. maddesinde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hususu düzenlenmişse de, bu maddede iletişimin denetlenmesine ilişkin hiçbir hükmün yer almadığını belirtmek gerekmektedir. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi tedbiri için, HUMK'un 573. maddesine dayanılarak tazminat davası açma yoluna gidilebilir. Tazminat davasının karara imza atan hâkim hakkında açılması gerekmektedir[96].

Ancak iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar aleyhine idarenin sorumluğu olduğu düşüncesiyle idari yargıda açılan bir davada Danıştay 10. Dairesi 7.12.2009 tarihli kararında, hakim ve savcıların yargısal nitelikli faaliyetleri nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini istemiyle hakim ve savcılara karşı adli yargıda tazminat davası açılabileceğini belirtmiştir[97].

Koruma tedbirlerine ilişkin tazminat hususunu düzenleyen CMK'nın 141. maddesinde bu amaçla bir düzenleme yapılmalı ve hakkında yasanın aradığı anlamda gerekli koşulları taşımayan dinleme kararı ile ilgili ve soruşturma sonunda Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı verilen kişiye tazminat ödenmesinin önü açılmalıdır.

09.2.2011 tarihinde kabul edilen 6110 sayılı Kanun ile 2802 sayılı Yasaya eklenen 93/A maddesinde Hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma ya da dava ile ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle, ancak devlet aleyhine dava açılabileceği hüküm altına alınmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. ve 47. maddelerine göre, hukuka aykırı olarak verilen iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar nedeniyle, zarara uğradığını iddia eden kişiler devlet aleyhine dava açılabileceklerdir. Devlet, ödediği tazminat ile ilgili olarak 1 yıl içinde ilgili hâkime rücu davası açabilecektir.

V. HUKUKA AYKIRILIK SORUNU:

1. İletişimin tespiti tutanakları belirti delili olup, mahkûmiyet kararı için başlı başına delil değildir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK'nın 135. maddesi ile belirlenen suçlar kapsamında, şüpheli ya da sanığın bir talep yazısı ile gerekçe belirtilmeden telefonları dinlenmektedir. Sadece bu dinlemelere dayanılarak şüpheliler hakkında tutuklama kararları verilmekte, tutukluluk hali aylar, belki de yıllar sürmektedir. İletişimin denetlenmesine ilişkin bu tuta-

---

96 Mehmet Murat Yardımcı, age., s. 281.; Necati Meran, age., s. 171.

97 Danıştay 10. Dairesi'nin 7.12.2009 tarih ve 2007/6441 E. ve 2009/10124 K. Sayılı kararı. Kararın tam metni için Bkz. Seydi Kaymaz, age., s. 551-554.

nakların delil değeri ile ilgili bazı hususlar Yargıtay Kararları ile ortaya çıkmıştır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda deliller, beyan, belirti ve belge delili olarak üçe ayrılmaktadır. Beyan delili; sanık, tanık ve diğer taraf beyanı olarak üçe ayrılabilir. Belge delili, yazılı belge, şekil belirleyen belge ve ses tespit eden belgeler olarak üçe ayrılır. Belirti delili ise, doğal belirtilen, suni belirtiler olmak üzere ikiye ayrılabilmektedir[98].

Bant kayıtları, belirti delil olarak kabul edilirler. Gerçekten iletişimin kayda alınmasına ilişkin tutanaklar ya da ses kayıtları, teknolojinin de gelişmesi ile birlikte taklit ve tahrif edilebilmektedir. Bu sebeple belirti delili olarak ve ikincil nitelikte delil olarak değerlendirilmiştir.

İletişimin tespitine ilişkin tutanakların, başlı başına mahkûmiyet için yeterli olmadığını, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verebilmek için her türlü kuşkudan uzak, somut delillerle atılı suçu işlediğinin ispatlanması, iletişimin tespiti tutanaklarını destekleyici ve yan delillere ihtiyaç duyulduğunu belirtmek gerekmektedir.

Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarda, telefon dinlemenin amacının delil elde etmek olduğunu, ikrar bile bağlayıcı değilken, farklı anlam yüklenebilen telefon konuşmalarının, başka delillerle ve maddi bulgularla desteklenmedikçe, mahkûmiyet için yeterli olmayacağını belirtmektedir[99].

Burada önemli belirtmek isteriz ki, denetim kararının da CMK'nın 135. Maddesindeki şartları taşıyıp taşımadığı önem arzetmektedir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararı veren Sulh Ceza Hâkimi, öncelikle CMK'da belirtilen koşullara aykırı olarak bir karar vermiş ve bu hatalı kararın uygulanması sonucu bazı bilgiler elde edilmişse, kovuşturma aşamasında yargılamayı yapan mahkeme bunu irdeleyecek ve gerektiğinde bu bilgilerin delil olarak kullanılmamasına karar verebilecektir[100].

Soruşturma evresinde verilen hakim kararı kanuna uygun değilse, bundan elde edilen delil de kanuna aykırıdır. Soruşturma evresinde verilen hakim kararının incelenmesinde, kararın soruşturma aşamasında verilip

---

98 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu, age., s. 614.

99 Mustafa Taşkın, age., s. 181. Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2009/4849 E. ve 2009/11873 K., Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2009/4076 E. ve 2009/10177 K. Sayılı kararı. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2009/4080 E. ve 2009/9471 K. Sayılı kararı. Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2009/17581 E. ve 2010/2334 K. Sayılı kararları.

100 Feridun Yenisey – Sinan Altunç, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, www.hukukturk.com (Erişim Tarihi 04.08.2011).

verilmediği, iddia konusu suçun katalog suçlardan olup olmadığı, kuvvetli şüphe sebeplerinin olguya dayanıp dayanmadığı, başka suretle delil elde etmek imkânının bulunup bulunmadığı hususlarına dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir[101].

Bir telefon kaydının şüpheli aleyhine delil olabilmesi için öncelikle hâkim veya mahkeme huzurunda, müdafii hazır olduğu halde kollukta yapılması, kovuşturma aşamasında geri alınmaması ve yan delillerle de doğrulanması gerekmektedir[102].

Hukuka uygun yolla elde edilen iletişimin denetlenmesi sebebiyle şüpheliden elde edilen suç ikrarından dolayı, sırf mahkeme dışı elde edilen bu ikrarla mahkûmiyet kararı verilmemelidir. Yine failin telefonda yaptığı örtülü konuşmalardan ve içeriği bilinmeyen iletişim kayıtlarından hareketle suçlanması, ikrara zorlanması, bu konularda kendisinden istenen bilgi ve belgeleri vermemesi halinde suçlu kabul edilmesi veya suçlu gibi muameleye tabi tutulması hukuki açıdan kabul edilemez. Telefon kayıtlarının tahrife ve taklide müsait olması, sırf bu özellikleri sebebiyle belirti delili sayılıp tek başına mahkûmiyete esas teşkil edemeyeceğini kabul etmek isabetli olmayacaktır.

Telefonu dinlenen bir kişinin telefonu ile hakkında dinleme kararı olmayan başka bir kişi konuşsa ve bu konuşmasında CMK'nın 135/6. maddesi kapsamında suç unsuru olabilecek bir durum sözkonusu olsa, bu dinleme ile ilgili bir mahkeme kararı bulunmaması sebebiyle hukuka aykırı bir delil olacağını belirtmek gerekmektedir[103].

İsimsiz telefon ihbarından hareketle iletişimin denetlenmesi kararı verilmemesi gerekir. Suçun işlendiğini kuvvetli şekilde ortaya koyan ve fiille şüpheli arasında bağlantı kurabilecek nitelikte delil veya emareye ulaşılamadığı takdirde, sadece bir telefon ihbarı veya gizli tanık beyanına dayanılarak bunun dışında herhangi bir araştırma yapılmaksızın iletişimin denetlenmesine izin verilmemelidir[104].

Yargıtay'ımız iletişimin denetlenmesine ilişkin telefon tutanaklarının başlı başına delil değerinin olmadığını, sanık hakkında başka bir delil mevcut değilse, sadece iletişimin tespiti tutanaklarına dayalı olarak mahkûmiyet

---

101 Feridun Yenisey – Sinan Altunç, İletişimin Denetlenmesi Hakkında, www.hukukturk.com (Erişim Tarihi 04.08.2011)

102 Ersan Şen, age., s. 166.

103 Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2009 tarih ve 2009/1 D. İş ve 2009/1 K. Sayılı kararı.

104 Ersan Şen, age., s. 99.

kararı verilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten Yargıtay 10. Ceza Dairesi verdiği bir kararda kendisinde uyuşturucu madde ele geçirilemeyen sanığın, iletişim tespit tutanaklarında ve beyanlarında diğer sanığa verdiği kabul edilen uyuşturucu maddenin elde edilememesi ve teknik yöntemle uyuşturucu madde olup olmadığının saptanamamış olması karşısında; suçu işlediğine dair **diğer sanığın sonradan döndüğü beyan dışında** delil bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmektedir[105].

Bu kararda diğer sanığın sözkonusu maddenin uyuşturucu olduğuna dair bir beyanının bulunduğunu ve bu beyandan daha sonra döndüğü, bu delilin yanında iletişimin denetlenmesine ilişkin delil de olmasına rağmen sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemeyeceği belirtilmiştir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, verdiği bir kararda mahkeme kararıyla, dinlemeye elverişli suçlardan dinlenen sanıkların yaptıkları telefon görüşmelerinden elde edilen bilgilere ilişkin maddi kanıtlarla desteklenmeyen belirti kanıtların, savunmalarının aksine cezalandırılmalarına yeterli, kesin ve inandırıcı olmaması ve ayrıca üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna da rastlanmaması karşısında, sanıklar hakkında beraat kararı yerine mahkûmiyet kararı verilmemesi gerektiğini belirtmiştir[106].

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, verdiği başka bir kararda, iddia konusu silahların 6136 sayılı Yasa kapsamında olup olmadığının saptanamadığı, savunmanın aksine maddi bulgularla desteklenemeyen belirti delil niteliğindeki iletişim kayıtları dışında üzerlerine atılı suçu işlediklerine dair cezalandırmaya yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt olmadığından sanıkların beraatına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir[107].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.10.2010 tarihli kararında 6136 sayılı Yasa'da yer alan silah ticareti yapmak suçundan verilen bir mahkûmiyet kararını yürütülen bir yargılamada iletişimin tespiti tutanaklarının tek başına delil teşkil etmediği, başka delillerle desteklenmesi gerektiğini, "in dubio pro reo" kuralı gereği şüpheden sanığın faydalanması gerekeceğini belirterek verilen kararı bozmuştur.

---

105 Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2.11.2007 tarih ve 2007/11806 E. ve 2007/12471 K. Sayılı kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi 9.8.2011)

106 Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 12.05.2009 tarih ve 2009/417 E. ve 2009/6705 K. Sayılı kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi 9.8.2011)

107 Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 21.12.2009 tarih ve 2009/6816 E. ve 2009/16182 K. Sayılı kararı. Bkz. Seydi Kaymaz, age., s. 534. Benzer bir karar Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 1.7.2009 tarih ve 2009/4076 E. ve 2009/10177 K. Sayılı kararı. Bkz. Seydi Kaymaz, age., s. 536.

Yargıtay kararına konu olan olayda, sanıklar arasında şifreli konuşmaların olduğu, bu konuşmaların silah ticareti ile ilgili olduğu, birbirlerine para transferinin yapıldığı ve görüşmelerin olduğu dönemde 27 adet tabancanın da yakalandığı tespit edilmesine rağmen, iletişimin tespiti tutanakları dışında başkaca delilin olmadığından bahisle, mahkûmiyet kararını bozmuştur[108].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, benzer bir kararını 5.10.2010 tarih ve 2010/8-125 E. ve 2010/189 K. Sayılı kararı ile vermiştir[109].

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 01.07.2009 tarih ve 2009/4076 e. ve 2009/10177 K. Sayılı kararında telefon görüşmelerinde bahsi geçen silah ve mermilerin bulunmaması, niteliklerinin 6136 sayılı Yasa kapsamında olup olmadığı, atışa elverişli olup olmadığı, sanıkların üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramada suç unsuru olabilecek herhangi bir şeye rastlanmadığı, savunmalarının aksine, içeriği maddi bulgularla desteklenmeyen belirti delil niteliğindeki iletişim kayıtları dışında üzerine atılı suçu işlediklerine dair cezalandırmaya elverişli yeterli kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden atılı suçtan beraatları yerine mahkûmiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir. Benzer bir karar Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 15.9.2008 tarih ve 2008/12115 E. ve 2008/9513 K[110].

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 02.04.2009 tarih ve 2008/18095 E. ve 2009/6131 K. Sayılı kararında sanıkta herhangi bir uyuşturucu madde ele geçirilmediği ele geçirilen uyuşturucu maddelerle ilgisinin kanıtlanmadığı, sanığın uyuşturucu maddenin temin edilmesi depolanması saklanması, nakledilmesi, sevk edilmesi, satın alınması, bulundurulması, uyuşturucu madde ticaretinin yapılması veya uyuşturucu maddenin ticaretinin sağlanmasına yönelik herhangi bir faaliyetinin ve başka suçları işlemek amacıyla da olsa, diğer sanıklarla birlikteliğinin saptanamadığı, hakkında içeriği tam olarak belirlenemeyen yakını (A) ile yaptığı telefon görüşmesinden başka üzerine atılı suçları işlediğine ilişkin savunmasının aksine her türlü kuşkudan uzak inandırıcı ve kesin kanıt bulunmadığı gözetilmeden anılan suçlardan beraatı yerine mahkûmiyetine karar verilmesi sebebiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur[111]. Aynı daire sözkonusu uyuşturucu maddenin bulunamadığı, uyuşturucu ya da uyarıcı nitelikte olup olmadığının teknik yöntemlerle belirlenemediği gerekçesiyle verilen kararı bozmuştur[112].

---

108 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.10.2010 tarih ve 2010/8-134 E. ve 2010/217 K. Sayılı kararı. Kararın tam metni için Bkz. Seydi Kaymaz, age., s. 525.

109 Kararın tam metni için Bkz. Seydi Kaymaz, age., s. 526.

110 Ersan Şen, age., s. 168.

111 Ersan Şen, age., s. 169.

112 Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 21.10.2009 tarih ve 2008/17674 E. ve 2009/16074 K.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 29.06.2010 tarih ve 2009/16828 E. ve 2010/16419 K. Sayılı kararına muhalif kalan Yargıtay Üyesi Ali Kınacı'nın muhalefet şerhindeki şu hususlar bizce önemlidir.

"İletişimin dinlenmesi koruma tedbirine başvurulmasındaki asıl amaç dinlenen konuşmalardan yararlanılarak maddi delillere ulaşmaktadır. Serbest iradeye dayalı ikrarın bile mahkûmiyet için yeterli sayılmadığı çağdaş ceza muhakemesi hukukunda, içeriğine değişik anlamların yüklenmesi mümkün bulunan telefon konuşmaları, maddi bulgularla desteklenmedikçe mahkûmiyet için yeterli delil sayılamaz.

.....

Öte yandan sanığın telefon konuşmalarına değişik anlamların yüklenmesi mümkün olduğundan ve suçla ilgili kesin biçimde belirlenmediğinden, bu telefon konuşmaları sanığın mahkûmiyeti için yeterli delil niteliğinde de değildir."

Ali Kınacı'nın görüşünü destekleyen **Şen,** iletişimin denetlenmesi tedbiri hem uygulanma sırası hem de bu yolla elde edilen bulguların kullanılması bakımından ikincil olma özelliği taşır. Bu tedbirin uygulanma sırası bakımından ikincil olma özelliği taşır. Bu tedbirin uygulanması sırasında elde edilen bilgi ve bulguların ispat gücü de ikincil özellik taşır. Kısaca iletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla elde edilen deliller tek başına mahkûmiyet esas alınamazlar. Suçun işlendiğine dair mutlak şekilde, bu tedbirin uygulanmasından önce veya sonra elde edilen somut inandırıcı ve destekleyici hukuka uygun delillerin varlığı aranmalıdır. Mutlak şekilde konuşma içeriklerini destekleyen, suçu kanıtlayan somut ve inandırıcı yan delillerin varlığı aranmalı aksi halde tutuklama tedbiri de dâhil mahkûmiyet kararı verilmemelidir[113].

Görüldüğü üzere iletişimin tespiti tutanakları başlı başına bir delil olarak değil, belirti delil olarak değerlendirilmiş, başlı başına mahkûmiyet için yetersiz olduğu, kesin ve inandırıcı delillerin bulunması gerekliliği ifade edilmiştir.

2. Sanık kayıtların kendisine ait olmadığını iddia ettiği takdirde, bu kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmalıdır.

Sanık sözkonusu telefon görüşmelerinin kendisine ait olmadığını iddia edebilir. Böyle bir iddiada sözkonusu kayıtların kendisine ait olup olmadığı bilirkişi marifetiyle tespit edilmelidir.

Sayılı kararı. Bkz. Seydi Kaymaz, age., s. 536.

[113] Ersan Şen, age., s. 107.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi verdiği bir kararda uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan sanığın, emanette kayıtlı telefon dinleme tutanakları ve teknik izleme kayıtlarının getirtilerek sanığa izletilmesi ve dinletilmesi, **görüntü ve seslerin kendisine ait olup olmadığının ve kendisine ait ise neyi ifade ettiğinin sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Sanık sözkonusu dinlenen kişinin kendisi olmadığını söylediği zaman, herhangi bir kayıt sözkonusu olmadığından bu durumun ispatının mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir[114].** Yargıtay 10. Ceza Dairesi verdiği iki ayrı kararda ise, ses örneklerinin sanığa dinletilmesi, sözkonusu kayıtların kendisine ait olmadığının ileri sürülmesi halinde uzman kurum ve kuruluşlarca ses analizi yapılması gerektiğini belirtmiştir[115].

Ankara'da 5 katlı mavi çarşının bombalanması ile ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği kararda hakkında dinleme kararı bulunmamasına rağmen dinlenen ve sözkonusu ses kayıtlarının yaptırılan bilirkişi incelemesine rağmen sanıklara ait olup olmadığı anlaşılamadığı için sanıklar hakkında verilen mahkûmiyet kararını bozmuştur[116].

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 5.7.2006 tarihli kararında ise, telefon dinleme yapan ve bu konuşmaları kayda alan kolluk görevlisinin dinlenerek konuşan kişinin sanık olduğunu nasıl tespit edildiğinin belirlenmesini, … sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiğini belirtmiştir[117].

3. Hakkında dinleme kararı bulunmayan, telefon dinlemesine dahi takılmayan bir kişi hakkında iletişimin tespiti tutanakları delil olarak kabul edilemez.

Şüpheli ya da sanığın ya da üçüncü kişinin katalog dışındaki suçlara ilişkin dinlemeleri yargılama aşamasında, yeni bir soruşturma açılması ya da araştırma yapılması için kullanılamayacağı belirtilmiştir[118].

---

114 Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 22.2.2010 tarih ve 2009/8450 E. ve 2010/3907 K. Sayılı kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi 9.8.2011)

115 Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 23.06.2010 tarih ve 2008/11573 E. ve 2010/15873 sayılı kararı ile aynı dairenin 25.02.2010 tarih ve 2009/9718 E. ve 2010/4221 K. Sayılı kararı. Bkz. Seydi Kaymaz, age., s. 531 - 533.

116 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 8.4.2003 tarih ve 2003/9-30/90 sayılı kararı. Kararın tam metni için Bkz. Necati Meran, age., s. 291-295.

117 Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 5.7.2006 tarih ve 1246-9162 sayılı kararı. Bkz. Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu – Erol Güngör Yüksel, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Deliller, Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara 2008., s. 440.

118 Mustafa Taşkın, age., s. 193.

Hakkında dinleme kararı bulunmayan ve başkalarının yaptığı bir telefon konuşmasında adı geçen kişi hakkında, telefon konuşmalarının delil olamayacaktır.

Yargıtay Birinci başkanlık Kurulu'nun Yüksek Disiplin Kurulu sıfatıyla Yargıtay Kanunu'nun 43. maddesi uyarınca toplanarak 20.01.2004 tarih ve 7 sayılı kararı önemlidir. Bu kararda;

Bazı Yargıtay üyelerinin görevi kötüye kullandığı, bazılarının Yargıtay üyeliği vakar ve onuruna dokunan görev gereklerine uymayan davranışlarda bulunduğu iddiasıyla ön soruşturma açılmıştır. Bir Yargıtay üyesi hakkında telefon görüşmeleri ve buna ilişkin ses kayıtları yasal olmayan yolla elde edildiğinden yasal kayıt sayılmayacağı, **doğrudan bir katılımı olmaksızın üçüncü kişilerin kendi aralarında yaptıkları telefon konuşmalarının aleyhine kanıt olarak kullanılamayacağı, bunların dışındaki maddi bulguların da ceza kovuşturması için yeterli görülmediği, bu yolda başkaca kanıt elde edilemediğinden son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına şeklinde karar vermiştir.**

4. Yargıtay'ımızın hukuka aykırı delillere bakışı:

Her ne kadar yasa hükümleri TBMM'de kabul edilip, Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giriyorsa da, bilhassa yasa hükümlerine uyulmaması Yargıtay tarafından masum kabul edilmekte, sırf şekle aykırılık yasak delil kapsamından içtihat yolu ile çıkarılmaya çalışılmaktadır. Bizce bu durum doğru değildir.

Delillerin hukuka aykırı yolla elde edilip edilmediği hususunda da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve 10/15-29 sayılı kararında delil elde edilmesi faaliyeti sırasında sanığın haklarının ihlal edilip edilmediği, sanık hakkı ihlal edilmişse sanığın topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa verdiği zarar karşılaştırılmalı ve sanığın topluma verdiği zarar fazla ise hukuka aykırılığın olmadığı belirtilerek delillerin kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bunun yanında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.06.2007 tarih ve 7-147/159 sayılı kararında, 1412 sayılı CMUK'a dayanılarak yapılan aramada, sanıktan herhangi bir itiraz gelmediği, sırf aramada bulunmaması gereken kişilerin orada bulunmaması sebebiyle elde edilen delillerin hukuka aykırılığından bahsedilerek sanık hakkında Beraat Kararı verilmemesi gerektiği belirtilmiştir[119].

Doktrinde **Şen,** ceza yargılamasında delil toplamaya ilişkin usul ve esaslar "süs olmaları için" değil, adli makamlar tarafından uyulmaları için konulduğunu belirtmiştir. Suç işleme ithamı altında bulunulsa bile, bu sırada iş ve

---

[119] Necati Meran, age., s. 183-200.

işlemleri yürüten adli makamların hukuka uygun davranmaları gerektiğini ifade eden Şen, hukuka aykırı bir delili sonradan hukuka uygun hale getirmeye veya bu noktadaki hukuka aykırılığı görmezden gelmeye çalışmanın son derece hatalı olduğunu belirtmiştir[120].

Kanaatimizce yasada yer alan herhangi bir hükmün şu ya da bu gerekçe ile uygulanmaması, esnetilerek uygulanması ve sonrasında bu durumun hukuka aykırı sayılmaması, kanunların uygulayıcılar tarafından esnetilerek, şüpheli ya da sanık aleyhine kullanıldığının en bariz örneğidir.

5. Dinlemenin yasada belirtilen çerçeve dışında değerlendirilmesi kişilik hakları ihlalidir.

Yargıtay, adli ya da önleme dinlemesi ya da kamera kaydının da yasada belirtilen çerçevenin dışına çakılması halinde kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Daire ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği kararlar şu şekildedir;

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 12.10.2000 tarih ve 2000/5220 e. ve 2000/8659 K. Sayılı kararında davacı davalıların yayın yoluyla kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu belirterek manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. Kişi toplum tarafından tanınan bilinen anonim bir kişi olsa dahi özel yaşam hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin telefonu dinlenemez. Davalıların telefonu dinlenmemiş olsa dahi ele geçen telefon kasetini yayınlamış olmaları aynı sonucu doğurur ve kişinin gizli alanına saldırıdır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 31.10.2000 tarih ve 2000/6487 E. ve 2000/9467 K. Sayılı kararı da benzer niteliktedir. Gazeteciler tarafından yapılan gizli çekimin de kişilik haklarına ihlal olduğu belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.03.2007 tarih ve 2007/4-98 E. ve 2007/110 K. Sayılı kararında "…Davacının hastasına yaptığı muamele tasvip edilemez. Doktor hastasını taciz etmiştir. Ancak Nermin de ilk tacizden sonra gitmesi gereken mercilere gitmemiş, emniyet ve savcılıktan yardım talep etmemiştir. Gazeteciye giderek gizli çekim talep etmiş, bu çekimi televizyon kanalında yayınlatmıştır. Kişilik haklarına saldırıdır[121].

VI. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN TELEFON GÖRÜŞME TUTANAKLARININ DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA KULLANILIP KULLANILAMAYACAĞI SORUNU:

Bir kamu görevlisinin iletişimin denetlenmesi kararı ile telefonlarının dinlenmesi halinde bu kayıtların ceza soruşturmasının yanında disiplin soruşturmasında da kullanılıp kullanılmayacağı hususu önem arz etmektedir.

---

[120] Ersan Şen, age., s. 52.

[121] Ersan Şen, age., s. 174 - 175.

Mahkeme kararı ile bir şüpheli dinlenirken başka bir kişinin de dinlendiğini, dinleme kararı olmayan kişi ile ilgili bir disiplin soruşturmasında CMK'nın 135. maddesine uygun olarak yapılan dinleme kayıtlarının[122] disiplin soruşturmasında da kullanılabileceği belirtilmiştir. Ancak CMK'nın 137/3. maddesi gereğince imhası gereken iletişimin tespiti tutanakları disiplin soruşturması da dâhil hiçbir kuruma gönderilmemeli, hiçbir şekilde kullanılmamalıdır[123].

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 14.06.2006 tarih ve 6-4 sayılı kararında, hukuka aykırı olan iletişimin denetlenmesine ilişkin deliller nedeniyle sanığın beraatına karar verilmesi gerektiğini, bu delillerin disiplin suçunu oluşturması nedeniyle HSYK'ya gönderilmesine karar vermiştir. Bu kararın temyizi üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu 3.7.2007 tarih ve 2007/5 MD – 23 E. 2007/167 K. Sayılı kararı ile onamıştır.

Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu da tesadüfen elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabileceğini belirtmiştir[124].

Belirtmek isteriz ki, dinleme kararı olmayan bir kişi hakkında iletişimin tespitine ilişkin tutanakların delil olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Ayrıca yine bu delillerin de CMK'nın 135. maddesine uygun olarak elde edilip edilmediği de incelenmelidir. Aksinin kabulü hukuka aykırı şekilde dinlenen telefon görüşmelerine de dayanılması anlamına gelir ki, bu durumu kabul etmek mümkün değildir.

Bir görüşe göre amaca bağlılık ilkesi gereğince iletişimin denetlenmesine ilişkin elde edilen bilgiler, işlendiği iddia edilen suçu kanıtlama dışında başka bir amaçla kullanılmayacaktır. Şen, Ünver – Hakeri, bu delillerin disiplin soruşturması dahil her türlü suçun muhakemesinde kullanılacağını belirtirken, Özbek – Erdem'in bu delillerin disiplin soruşturması ya da hukuk mahkemesinde kullanılamaması gerektiği görüşünde olduğu nakledilmiştir[125].

Bunun yanında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131. maddesinin 1. ve 2. fıkraları şu şekildedir: Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz. Nitekim

---

122 Mahkeme kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı ile yapılan bir denetim ile katalog suçların dışında dinleme yapılmaması, iletişim yasaklarına uyulması halinde disiplin soruşturmasında kullanılabilir.

123 Ersan Şen, age., s. 105.

124 Mustafa Taşkın, age., s. 196.

125 Karar Metinleri ve karar numaraları için Bkz. Mustafa Taşkın, age., s. 183 - 184.

Danıştay tarafından verilen kararların da benzer şekilde olduğu görülmektedir.

Danıştay 12. Dairesi'nin 26.05.2010 tarih ve 2007/6148 E. ve 2010/2851 K. Sayılı kararında şüphelinin fiilinin, aynı zamanda bir disiplin soruşturmasının konusu olacak nitelikte olduğu halde, disiplin soruşturması ile ceza soruşturmasının amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından farklılıklar olduğu, tesadüfen elde edilen delil de olsa, hukuka aykırılık olmadığı belirtilerek, adli olarak iletişimin denetlenmesi neticesinde elde edilen telefon görüşme tutanaklarının disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılabileceği belirtilmiştir[126]. Ancak ceza soruşturmasının başlatılabilmesi için izne ihtiyaç duyulması halinde bu izin alınmadan soruşturma başlatılması neticesinde yapılan iletişimin denetlenmesi hukuka aykırı olacaktır.

Danıştay 12. Dairesi 31.12.2008 tarihli verdiği bir kararda, gümrük muhafaza kısım amiri olan bir kişinin kaçakçılık iddiası ile açılan davada hakkında beraat kararı verilse dahi, kaçak mazot getiren bir kişiye yardım ettiği, onunla otelde buluştuğu, belirtilen TIR'ın ülkeye girişinde yardımcı olmayı kabul ettiği gerekçesiyle, sadece telefon dinleme tutanaklarına dayanılarak meslekten çıkarma işlemi yerine disiplin cezası verilmesi gerektiğini belirtmiştir[127].

Danıştay, birçok kararında iletişimin denetlenmesi yolu ile elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılabileceğine karar vermiştir[128].

VII. SONUÇ:

İletişimin denetlenmesi tedbiri ilk kez mülga 4422 sayılı Kanun'da yer almaktaydı. 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi ile maddede sayılan ve belli ağırlıkta olan suçlarla ilgili kuvvetli şüphe ve başka türlü delil elde etme imkânı yoksa iletişimin denetlenmesine karar verilebilecektir. Ancak uygulamada maddede yer alan şartlar dikkate alınmaksızın istenen her kişi ile ilgili gerekli araştırma yapılmadan, somut dayanaklarla desteklenmeden, iletişimin denetlenmesine karar verilmektedir. Bu durum CMK'nın 135. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Hakkında telefon dinleme kararı bulunan herhangi bir kişi ile konuşan kişilerin de telefonları dinlenmekte, bu kişiler yargılanmaktadır.

---

126 Seydi Kaymaz, age., s. 549.

127 Danıştay 12. Dairesi 31.12.2008 tarih ve 2008/2517 E. ve 2008/7440 K. Sayılı kararı. Bkz. Seydi Kaymaz, age., s. 551.

128 Mustafa Taşkın, age., s. 196.

CMK'nın 135. Maddesine aykırı olarak bu maddede yer almayan suçla ilgili de dinleme kararları verilmektedir. Bu maddede yer almayan suçla ilgili dinleme kararı verilmemelidir. Suç vasfı değişirse ve değişen suç CMK'nın 135. maddesinde sayılanlardan ise, yeni bir dinleme kararının varlığına ihtiyaç duyulmalıdır. Vasıf değiştiren suç CMK'nın 135. maddesinde sayılmayan suçlardan ise, elde edilen delillerin hukuka aykırı olması sebebiyle herhangi bir davada delil olarak kullanılmamalıdır. Her olayda kuvvetli suç şüphesi ile son çare prensibi somut olarak tespit edilmelidir. Bilhassa başka türlü delil elde etme imkânının olmadığını belirterek dinleme kararı istenmemeli, sadece beyana dayanılarak dinleme kararı verilememelidir.

Dinleme kararı verilmeden önce diğer koruma tedbirlerine müracaat edilip edilmediği, edilmemişse nedenleri talep yazısında yer almalıdır. Yine talep yazısında kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların yanında, CMK'nın 135/6. maddesindeki suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesi somut dayanakları ile gösterilmelidir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar, Anayasa'nın 141/3. ve CMK'nın 34/1. maddeleri gereğince ve AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı'na istinaden gerekçeli olmalıdır. Telefon dinleme ile ilgili uzatma talep yazıları da, benzer hususları içermesine rağmen, karar mercilerinin ilk dinleme kararına nazaran daha ayrıntılı incelenmesi gerekmektedir. Zira kişi hakkında herhangi bir delil elde edilememişse, dinleme kararının uzatılmasında nasıl delil elde edileceği ortaya konmalıdır.

Dinleme yasaklarının düzenlendiği CMK'nın 135/2. maddenin emredici hali dikkate alınarak, şu ya da bu gerekçe ile tanıklıktan çekinebilecek kişilerle olan görüşmelerin kayda alınmaması gerekmektedir. CMK'nın 135. maddesi AİHM kararlarına uygun olarak düzenlenmişken, uygulamada CMK'nın 135. maddesinin dikkate alınmadan dinleme kararları verildiği, üstelik bu kararlarının sayısının hayli fazla olduğu görülmektedir.

CMK'nın 135. maddesine aykırı olarak elde edilen delillerin hiçbir şekilde yargılama aşamasında kullanılmaması gerekmektedir. Ayrıca bu delillerin yasak yolla elde edilmesi nedeniyle bu delile bağlı olarak elde edilen herhangi bir delilin de yargılamada kullanılmaması gerekmektedir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin karar, her bir sanık için ayrı ayrı, yargılama aşamasında denetlenmeli, hukuka uygun olarak verilip verilmediği irdelenmelidir. Yargılama makamı, daha önce verilen ve hiçbir şekilde denetlenmeyen bu kararda hukuka aykırılık gördüğü ya da CMK'nın 135. maddesindeki şartlara aykırı bir durumu tespit ettiğinde bu delillere dayanarak karar vermemelidir.

Kişi hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine dayanılarak baskı altında alınan ifade mahkeme aşamasında değiştirilirse, iletişimin denetlen-

mesine ilişkin tutanaklar ile sanığın baskı altında alınan ifadesi yargılama aşamasında hükme esas alınmamalıdır.

CMK'nın 135. maddesinin son derece keyfi olarak uygulandığı, suçların kovuşturmasız kalmaması düşüncesi ile talep edilen her dosyada iletişimin denetlenmesine karar verildiği tartışmasızdır. Ancak iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın hukukilik denetimi hiçbir şekilde yapılmamaktadır. Başka bir ifade ile bu koruma tedbirinin özelliği gereği itiraz hakkı kullanılamamaktadır. Bu sebeple yargılama makamı bu denetimi kendisi yapmalı, hukuka aykırı yolla elde edilen iletişimin tespiti kararları dikkate alınmamalıdır.

Dinleme kararları verilirken, kişinin Anayasa ile korunan özel hayatı ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edileceği unutulmamalıdır. Bu haklar ihlal edilmeden başka türlü bir delil elde edilecekse ya da Anayasa ile korunan haklar diğerine nazaran daha az ihlal edilecekse o tedbire müracaat edilmelidir.

Burada tekraren ve önemle belirtmek isteriz ki, Anayasa'mızın 22. maddesindeki iletişim özgürlüğü ve gizliliği başlıklı "Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır" hükmü ile AİHS'nin 8/2. maddesindeki "Haberleşme Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği"ne ilişkin hükümler dikkate alınmalı ve iletişimin denetlenmesine ilişkin kararlar, bu hükümlere hüküm dikkate alınarak verilmelidir.

Bir televizyon programında bir konuşmacı, artık sokaktaki boyacı bile telefonunun dinlendiğini düşünerek konuşamadığını beyan etmişti. Bu durum son derece doğrudur. Bugün Türkiye'de hukukun biraz içinde olan bir kişi dahi CMK'nın 135. maddesinin suiistimal edildiğini tespit edebilmektedir. CMK'nın 135. maddesindeki şartlara uyulması ile bu durum ortadan kalkacaktır. Umuyoruz ki, ülkemiz, yapılacak olan yasal değişikliklerle, önümüzdeki yıllarda hukuka aykırı delillerle insanların temel haklarının ve özgürlüklerinin kısıtlanmadığı bir ülke olarak anılır.

Gemi Kaçırma ve Korsanlık ve Cezalandırma

*Nilgün YAMANER**

Türkiye kamuoyu, ilk defa 2008 yılında, Aden Körfezinde Somalili Deniz Korsanları tarafından fidye elde etmek maksadı ile içindeki mürettebatı ile birlikte peş peşe kaçırılan Türk ticaret gemileri ile "uluslararası deniz korsanlığı" suçu ile karşılaşmıştır.

Bilindiği gibi, Aden Körfezi, Kızıldeniz ile Hint Okyanusu arasında yer alan ve Asya, Avrupa ve Amerika'yı birbirine bağlayan en önemli ve en yoğun ticaret yollarından biri üzerindedir. Her yıl yaklaşık 21000 gemi bu rotayı takip ederek, milyonlarca ton ham petrol ve petrol ürünleri, hububat, demir cevheri, kömür vb gibi yük taşımaktadırlar.

Milletlerarası Ticaret Odasına bağlı Uluslararası Denizcilik Bürosu Korsanlık Olayları Rapor Etme Merkezi (International Maritime Bureau PRC) raporunda yer alan verilere göre 2010 yılında dünyada toplam 445 deniz haydutluğu olayı meydana gelmiş ve bu saldırılardan 217'si Aden Körfezi, Somali ve Kızıldeniz'de gerçekleştirilmiştir.2011 yılında ise dünyanın çeşitli bölgelerinde gerçekleşen 142 korsan saldırısının 97'si yine Somali Aden Körfezi Bölgesindedir.

Somalili deniz korsanları, genelde ana gemi(mother ship) olarak tanımlanan bir balıkçı gemisinde konuşlanarak, uluslararası sulardan transit geçmekte olan ticaret gemilerine silahla saldırmakta ve gemiyi elegeçirdikten sonra da, gemi ve mürettebatını Somali iç sularında Somali Devleti denetimi dışında bir demir yerinde rehin alarak, rehineler için istedikleri fidyeyi alana kadar alıkoymaktadırlar.

Türk Hukuku bakımından korsanlık, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) suçun 'açık denizde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarını hedef alması'yla ilgili hükümleri ve Deniz hukukunun temel metinleri arasında sayılan 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS) kapsamında değerlendirilmektedir.

---

* Avukat, İstanbul Barosu.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, 100. maddesi, taraf devletlere Deniz haydutluğunun önlenmesi konusunda işbirliğinde bulunma yükümlülüğü getirmekte olup, 101. maddenin a/i ve ii bentleri ile de "Deniz haydutluğu"nu tanımlayan fiiller belirlenmektedir..

Deniz haydutluğu bu madde ile;

*"a) **Bir özel geminin** veya bir özel uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından:*

*i) **Açık denizde, bir gemiye** veya uçağa veya bunlardaki kişi veya mallara **karşı;***

*ii) **Hiç bir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde**, bir gemiye veya uçağa,*

*kişilere veya mallara karşı, **kişisel amaçlarla işlenen her türlü yasa dışı şiddet veya alıkoyma veya yağma fiili;"*** olarak tanımlanmıştır.

Bu fiilin engellenebilmesi için de BM Güvenlik Konseyi 16/12/2008 tarihinde aldığı 1851 sayılı Kararla, uluslararası meşruiyeti daha da kuvvetlendirilen korsanlık/deniz haydutluğu ve silahlı soygun ile daha etkili uluslararası mücadele yapılabilmesi kapsamında, ABD öncülüğünde, 8/1/2009 tarihinde CTF-151 olarak adlandırılan bir Müşterek Görev Gücü'nün kurulması kararlaştırılmıştır.

30/11/2009 tarihinde 6226 sayılı karar alınmış ve bu bölgedeki deniz korsanlığını önlemek amacı üye devletlerin katılımı ile bir deniz gücü oluşturulmuştur. Türkiye Cumhuriyeti de 13/11/2009 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan karar ile halen bu gücün içinde yer almaktadır.

Her ne kadar Ticaret gemilerine ve Ticari Amaçla kullanılan Devlet Gemilerine uygulanacak Kurallar hakındaki 27. madde esas olarak ceza yargılamasında bayrak devletini yetkili kılmakta ise de, Deniz Korsanlığı olayındaki en önemli sorun, yargılama yeri ve uygulanacak hukuk ile ilgili fiili zorluklar ve karmaşadır.

BM Deniz Hukuku Sözleşmesi 105. maddesi, gereği açık denizde veya hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan her hangi bir yerde bir gemiyi deniz haydutluğu sonucu ele geçirdikleri bir gemiye el koyabilme ve kişileri yakalayabilmeye, her devleti yetkili kılmakta ise de sorun çözümsüz denebilecek ölçüde karmaşıktır.

TCK'nın 'Yer bakımından uygulama' başlıklı 8. maddesi, 'açık denizde ve Türk deniz araçlarında işlenen suçlara karşı Türk kanunlarının uygulanacağı' hükmünü içermektedir. Aynı şekilde 13. maddesi (i) fıkrası da Türk deniz

araçlarının kaçırılması, alıkonulması ve bunlara zarar verilmesi suçlarına Türk Kanunları uygulanacağını belirtmektedir. Buna ek olarak; TCK.'nın Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar başlıklı Altıncı Bölüm 224. maddesi de

"MADDE 224. - *(1) Kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede kurulmuş sabit bir platformu cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla ele geçiren, zapteden veya kontrolü altına alan kişi, beş yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Bu suçun işlenmesi sırasında kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi dolayısıyla ayrıca cezaya hükmolunur.

(3) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

demektedir. Bu suçlara alıkonulan gemi mürettebatına karşı, TCK.94. ve 96 maddelerindeki işkence ve eziyet suçları ile TCK.124. maddesi ile tanımlanan, Haberleşmenin Engellenmesi, suçu ve TCK.141. ve 148. maddeleri ile belirlenen hırsızlık ve yağma suçları da eklenebilir.

Deniz Korsanlarının Somali dışındaki ülkelerde yargılanması ile ilgili bazı örnekler bulunmakta ise de deniz korsanlarının ele geçirilmesi halinde Türkiye'ye getirilip yargılanması fiilen mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Kararları Çerçevesinde Terörizm ve İfade Özgürlüğü

Can ÇELİK[*]

GİRİŞ

İnsanın kendini ifade edebilme, düşüncelerini aktarabilme, belli bir kanaat oluşturma ve yeni fikirler üretebilmek için diğer düşüncelerden haberdar olabilme özgürlüğü kısaca ifade özgürlüğü, insanın doğuştan gelen, vazgeçemeyeceği ve yalnızca insan olduğu için sahip olması gereken temel bir haktır. Peki, terörizm gibi ulusal sınırları aşan, insanlığı tehdit eden büyük bir problem karşısında bu hakkın konumu nedir?

Terörizm insan haklarına çift yönlü olarak zarar vermektedir. Yapılan şiddet eylemleri en başta insanın en temel, doğal ve vazgeçilemez hakkı olan yaşam hakkını tehdit ederek insanlar arasında bir korku ortamı yaratmaktadır. Buna karşı devletlerin aldığı önlemler de her ne kadar terörizm odaklı olsa da dolaylı olarak insan haklarının hareket alanını daraltmakta hatta bazen askıya alınmasına neden olmaktadır.

Çalışmamda öncelikle terörizm kavramını inceleyeceğim. Dünyada neden genel kabul görmüş bir terörizm tanımı olmadığını, olması gerektiğini savunan ve aksine böyle bir tanımın olmaması gerektiğini savunan görüşlere ve nedenlerine kısaca değindikten sonra bazı uzmanların, devletlerin ve Birleşmiş Milletlerin terörizm kavramından ne anladığını anlatacağım. Çalışmamın ikinci bölümünde genel olarak ifade özgürlüğü üzerinde duracağım. Bu özgürlüğün kapsamını, hangi koşullarda sınırlandırılabileceğini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme çerçevesinde belirteceğim. Çalışmamın son ve asıl bölümünde, devletlerin ekonomik, siyasal, kültürel ve sosyolojik gibi nedenlerle tanımladıkları terörizm algısı sebebiyle ifade özgürlüğüne

---

[*] Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

yaptıkları müdahalelerin yerinde olup olmadığını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi kararları çerçevesinde tartışacağım.

1. TERÖRİZM

a. Tanımlama Sorunsalı

Terörizmin dünya sahnesine çıkmasına neden olan ve şartlarını hazırlayan iktisadi, toplumsal, kültürel, siyasal, dinsel vb. çok çeşitli faktörler bulunmaktadır. Bu nedenle terörizmin, üzerinde anlaşılmış ve genel kabul gören ortak bir tanımı yapılamamıştır. Bunun nedeni siyasal kaygı ve sebeplere bağlanmaktadır.[1] Ortak bir tanım yapılamaması dışında ne çeşit faaliyetlerin terörizmin kapsamında yer aldığı konusunda da bir uzlaşma yoktur, şöyle ki bir devlet tarafından terörist olarak isimlendirilen bir kişi ya da grup, başka bir devlet tarafından tamamen siyasal nedenlerle bağımsızlık savaşçısı olarak isimlendirilebilmektedir.

Uluslararası Hukuk doktrininde terörizmin genel kabul görmüş tek bir tanımının yapılmasının gerekli olup olmadığı konusunda yazarların iki ayrı kutba ayrıldıkları görülmektedir. Genel kabul gören tek bir tanımın olmayışını uluslararası toplumun terörizmle mücadelede en büyük engellerden birisi olarak olarak gören yazarlar, terörizme karşı etkin bir mücadele stratejisi geliştirmek için genel kabul görmüş tek bir tanımın yapılması gerektiğini savunmaktadırlar.[2] Başeren, uluslararası terörizmle mücadelede en büyük engelin bütün dünya devletlerinin ya da en azından terörizm niteliğinde suçları işleyenlerin etkili bir biçimde yargı huzuruna getirilmesini mümkün kılacak kadar fazla sayıda devletin üzerinde uzlaştıkları ortak bir terörizm tanımının yapılamaması olduğuna ve bu problemin çözülmesi sonucu terörizmle mücadelenin sorun olmaktan çıkacağına işaret etmektedir.[3] Buna karşın literatürde, terörizmin tanımının yapılmamasının daha iyi ve daha uygun olduğunu iddia eden görüşler de vardır. Bu görüşü paylaşan yazarlar ise, uluslararası terörizmi tanımlamak için harcanan çabaları zaman kaybı olarak görmekteler; tanımın yapılmasının imkansızlığına işaret ederek çözümün terörizmi tanımlamak üzerinde yoğunlaşmakta değil çocuk-

---

1 KAYA, İbrahim, Uluslararası Terörizmin Yasaklanması Çabaları, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 28.10.2008. http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=110 (Son erişim tarihi 15.04.2011).

2 TAŞDEMİR, Fatma, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, USAK Yayınları, Ankara, 2006, s. 10.

3 BAŞEREN, Sertaç, İnsan Hakları ve Terörizm, İnsan Hakları ve Güvenlik, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No.1 Ankara, 2001, s. 200.

ları öldürme, rehine alma ve uçak kaçırma gibi suç unsurları üzerinde yoğunlaşmakla mümkün olduğuna işaret etmektedirler. Bu çerçevede örnek olarak, Uluslararası Adalet Divanı yargıçlarından Richard R. Baxter "Terörizmin hukuksal bir tanımının bize nüfuz ettiğini reddetmeye daima bir nedenimiz var. Terim, kesin değildir, müphemdir ve hepsinden ötesi bu işlevsel bir hukuksal amaca hizmet etmemektedir" demektedir.[4]

Terörizm sorunu ile yüzleşen devlet veya kişilerden bazıları, bu kavramı tanımlamayı gerekli ve önemli görmekte, hatta terörle mücadelenin bir ön şartı saymaktadır.[5] Terörizmi tanımlamayı gerekli gören anlayışa göre devletler, teröre karşı iki yönde harekete geçme durumundadırlar: Terör eylemlerini cezai açıdan bastırmak ve uluslararası diplomasi ve işbirliği temelinde siyasi eylem yoluna gitmek. Eğer hukuk, uluslararası terörizme verilecek yanıtın bir parçası olacaksa, terörizm probleminin niteliği açıkça tanımlanmalıdır; aslında bu kavrayış, politik yanıtın örgütlenmesinde de kolaylık sağlayabilir.[6] Ancak bunun yanında genel kabul gören tek bir terörizm tanımının yapılması hızla gelişen ve değişen teknoloji karşısında yine yetersiz kalma olasılığı altında olmakla beraber terörizmin genel kabul görmüş bir tanımının yapılamamasının siyasal ve hukuksal nedenleri arasında "self-determinasyon hakkı ve ulusal kurtuluş hareketleri" yer almaktadır.[7]

Üzerinde uzlaşılmış genel kabul gören tek bir terörizm tanımı olmasa da terörizm alanında çalışan uzmanlar, çeşitli ulusal ve uluslararası örgütler ve devletler kendi sosyolojik, kültürel, siyasal, ekonomik vb. faktörlerini gözeterek bir terörizm tanımı yapmışlardır.

b. Tanımlar

Çitlioğlu[8] terörü "Toplumda korku, panik, yılgınlık uyandırarak düşün ve algı temelinde yön duygularını kaybetmeye itmek, yönetsel otoriteye karşı güven duygusunu zaafiyete uğratarak toplumu pasifize edip edilgenleştirmek, tepkisizleştirerek teslimiyete zorlamak, korunma duygularını erozyona uğratmak, düşünsel bir karmaşa ve kargaşa yaratarak doğru yanlış kavram-

---

4 TAŞDEMİR, a.g.e., s. 11.

5 ÖKTEM, Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, 2007, s. 24.

6 FRANCK, Thomas, M., Porfiry's Proposition: The Role of Legitimacy and Exculpation in Combating Terorism in International Law in a Time of Perplexity, Y. Dinstein, (editor) Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989, s. 151'den aktaran ÖKTEM, a.g.e., s. 24.

7 TAŞDEMİR, a.g.e., s. 11.

8 Avrasya Stratejik Araştırmalar Merekezi Terörizm Danışmanı ve Bahçeşehir Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi Başkanı.

larının yer değiştirmesini sağlamak, paranoyak, septik, özgüvensiz, korkularına tutsak olmuş yılgın bireyler yaratarak dayatılanları sorgusuz kabule hazır reseptif ve pasif itaatkar bir topluma ulaşmak için uygulanan sistematik, süreklilik taşıyan siyasi nitelikli, yarı askeri anlamda bir strateji" şeklinde tanımlamaktadır.[9] Thomas Thornton'a göre terörizm, "normal sayılmayacak metotlarla siyasal davranışları etkilemeyi amaçlayan sembolik hareketlerdir".[10] Wilkinson'a göre ise terörizm "bireylere, gruplara, toplumlara ya da devletlere teröristlerin politik taleplerine ödün verilsin diye korku ve dehşet salmaktır".[11]

Türk hukukunda terör, "cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir" şeklinde tanımlanmıştır.[12] İngiltere ise terörizmi, "siyasal, dini veya ideolojik amaçlarla bireylere ya da bireylerin mallarına karşı gerçekleştirilen, insan hayatına, kamu sağlığını ve güvenliğini tehlikeye atan şiddet eylemleri", Fransız Ceza kanununda terörist eylemler, "kamu düzenini terör ve tehdit yoluyla ciddi şekilde değiştirebilecek eylemler" olarak tanımlanmaktadır. İtalyan Ceza Kanununda ise "demokratik düzeni yıkmak" tabiri kullanılmaktadır. Portekiz ve İspanyol Ceza kanunlarında da benzer şekilde, terörizm olarak, anayasal düzeni yıkmayı ve kamu düzenine zarar vermeyi amaçlayan eylemlerden bahsedilmektedir.[13]

Devletlerin iç hukuk sistemlerinde farklılık sergileyen terörizm tanımları, ABD'de farklı bir şekilde ortaya çıkmış ve devletin kurumları arasında da farklı terör tanımları yapılmıştır. Savunma Bakanlığı terörizmi, "devrimci

---

9 ÇİTLİOĞLU, Ercan, Terörizmin Yeni Konsepti, Stratejik Analiz, Sayı 89, Ankara, 2007, s. 28.

10 KANAT, Selim, Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik: 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişikliler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2005, s.7.

11 WILKINSON, Paul, Terör ve Terörizm: Kavramlar Özellikler ve Tipoloji, Silinen Yüzler Karşısında Terör, (Hazırlayan: Cemal Güzel), Ayraç Yayınevi, Ankara 2002, s. 142.

12 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Kabul ve Resmi Gazete'de Yayımlanma tarihi: 12.04.1991, Madde 1.

13 BEŞE, Ertan. Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s. 27.

örgütler tarafından politik ve ideolojik saiklerle hükümetleri veya toplulukları sindirmek veya baskı altında tutmak gibi amaçlarla sivillere veya onların mallarına karşı hukuka aykırı olarak kuvvet kullanımı veya kullanma tehdidi ya da şiddet uygulamasında bulunmak" şeklinde tanımlarken, Dışişleri Bakanlığı, "ulusaltı gruplar veya gizli ajanlar tarafından bireylere karşı gerçekleştirilen önceden planlanmış, politik amaçlı şiddet" tanımını yapmıştır. Adalet Bakanlığı ise, "sivil toplumu korkutmak, korku veya sindirmeyle ya da insan kaçırma veya suikast gibi yollarla hükümetin davranışlarını etkilemek amacıyla şiddet faaliyetlerinde bulunulması" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca FBI, "siyasal veya sosyal amaçlarla sivillere veya mallarına karşı hükümetleri, sivil toplumu sindirmek veya zorlamak amacıyla hukuk dışı kuvvet kullanımında ve şiddet uygulamasında bulunulmasıdır" şeklinde tanımlamıştır.[14]

BM terörizmin ne olduğu konusunda açık bir tanımlama yapmamıştır. BM Andlaşması'nın 1. maddesinde, BM'nin amaçlarından birinin, uluslararası barış ve güvenliği korumak olduğu, 2. maddesinin 4. fıkrasında da, üye devletlerin, uluslararası ilişkilerde, birbirlerinin toprak bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlığına saygı gösterecekleri öngörülmüştür BM Andlaşması'nın 2. maddesinin 4. fıkrasının resmi yorumu olarak anlaşılan 1970 tarihli Milletlerarası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri[15], "Her devletin, diğer herhangi bir devletin ülkesine akın düzenlemek üzere düzenli kuvvetlerin ya da paralı askerler de dahil silahlı çetelerin örgütlenmesini yapmaktan veya örgütlenmesini teşvik etmekten kaçınma görevi vardır… Her devletin diğer bir devletteki bir iç savaşı veya terörist hareketlerini örgütlemekten, tahrik etmekten, onlara yardım etmekten veya bu hareketlere katılmaktan veya kendi ülkesinde böylesi hareketlerin yapılmasına yönelik organize faaliyetlere … göz yummaktan kaçınma görevi vardır" demektedir. Bunu özellikle devlet destekli uluslararası terörizm açısından değerlendirmek gerekmektedir.[16] Ayrıca, BM Genel Kurulu başka bir kararında devletlerin uluslararası hukuka göre başka devletlerin ülkelerindeki terörist faaliyetleri örgütlemekten, teşvik etmekten, bu eylemlere yardım etmekten ya da katılmaktan ve ülkesinin bu tür faaliyetler için kullanılmasına izin vermekten kaçınma görevinin olduğunu öngörmüştür.[17]

---

14 TOPAL, A. Hamdi. Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2005, 34 – 35.

15 http://www.unhcr.org/refworld/topic, 459d17822, 459d17a82, 3dda1f104, 0.html (Son erişim tarihi 10.05.2011).

16 GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 54 – 55.

17 09.12.1985 tarhili BM Kararı, A/RES/40/61. http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r061.htm (Son erişim tarihi 29.04.2011).

BM terör faaliyetlerine karşı uluslararası sözleşmeler hazırlayarak ya da kararlar alarak, üye devletlerin onaylarına sunmaktadır. BM Genel Kurul'unda onaylanan "Uluslararası Terörizmi Ortadan Kaldırmak İçin Alınacak Önlemler" başlıklı karar[18], "Terörist Bombalamaların Önlenmesine Dair Sözleşme"[19], "Terörizmin Finansmanı ile Mücadele Uluslararası Sözleşmesi"[20] gibi terörizm açısından önem ifade eden sözleşme veya kararlar kabul etmiştir. Ancak, BM terörizmin önlenmesine yönelik birçok sözleşme ve karara rağmen terörizmin hukuksal bir tanımını yapmak yerine uçak kaçırma, diplomatlara suikast gibi bir takım terörist eylemleri tanımlamıştır.[21]

Terörizm görüldüğünde kolaylıkla fark edilen fakat tanımlanması güç olan global bir problem haline gelmiştir. Birçok terörizm tanımı vardır ve hepsi de kendi değerlendirmesinde doğru olduğu kadar terörizmin global boyutunda birkaç noktadan noksandır. Her şeye rağmen uluslararası ortamda terörizmin genel kabul gören tek bir tanımının olmayışı, terörle mücadelede hem devletleri hem de uluslararası organizasyonların etkinliğini azaltmaktadır.[22] Terörizmin genel kabul gören bir tanımının olmasını savunan ya da karşı çıkan iki görüş de objektif olarak değerlendirildiğinde, terörizmin genel kabul gören bir tanımının yapılması uluslararası alanda işbirliğinin sağlanmasında önemli bir adım olacağı kaçınılmaz görünmektedir. Tanımın yapılması ile birlikte terörizmle mücadelede hem devletler hem de doktrin tarafından etkili çözümler üretilmesi sağlanacaktır. Tanımın yapılmaması halinde ise terörizm günümüzde olduğu gibi belirsiz bir fenomen olmayı sürdürürken, uluslararası ortamda karmaşa ve insan hakları ihlallerine yol açmaya devam edecektir.[23]

---

18 09.12.1994 tarihli BM Kararı, A/RES/49/60. http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r060.htm (Son erişim tarihi 29.04.2011).

19 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted by the General Assembly of the United Nations on 15 December 1997. http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-9.pdf (Son erişim tarihi 29.04.2011).

20 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1999. http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-11.pdf (Son erişim tarihi 29.04.2011).

21 GUILLAUME, Gilbert. Terrorism and International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol 53, July 2004, s. 538'den aktaran ÖZDEMİR, J. Ütğm Taner, Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Terörizmle Mücadele, T.C. Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 19.

22 PRABHA, Kshitij, Defining Terrorism, Strategic Analysis: A Monthly Journal of the IDSA, Vol. XXIV No. 1, 2000, s. 125 – 135. http://www.idsa-india.org/an-apr-08.html (Son erişim tarihi 29.04.2011).

23 ÖZDEMİR, a.g.e., s. 20.

2. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

a. Genel Olarak

Düşünen, sosyal ve duygusal bir varlık olan insan, doğası gereği diğer insanlarla iletişimde bulunmak durumundadır. Fikirlerinin ve taleplerinin diğer insanlara aktarılması insan için vazgeçilemez bir ihtiyaçtır. Bu yüzden ifade özgürlüğü, en temel insani ihtiyaçlardan biri, insan haysiyetinin dışavurumudur. Temel bir hak olan ifade özgürlüğü, aynı zamanda demokratik bir devlet düzeninin işlerliği açısından temellendirici bir anlama sahiptir. İfade özgürlüğü, farklı fikirler arasındaki rekabete imkan tanıdığı için demokratik devlet yapısı için yapıcı bir özellik taşır. Bu da demokrasiyi olanaklı kılan ve yaşatan bir öğedir. Temel bir hak olarak ifade özgürlüğü iki farklı amaca hizmet eder. Birincisi, insanın kendisini zihinsel ve iletişimsel olarak ifade etmesi, ikincisi de bireylerin demokratik gelişmelerine katkıda bulunduğundan siyasal etkinlik haklarından biri sayılır. İfade özgürlüğü aynı zamanda yeni ve farklı fikirlerin yaratılmasına olanak sağlar. Farklı fikirlerin mevcut olması ve bunların tartışılması, bireylere fikirler arasında seçim yapma imkanını sunar.[24] Ancak, ifade özgürlüğünün mevcudiyeti halinde bireyler kendi düşüncelerinin doğru veya yanlış olduğunu sınayabilirler.[25] İfade Özgürlüğü uluslararası veya bölgesel ölçekte birçok belgede tanınmaktadır. Mesela; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 19. madde[26], Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme 19. madde[27], Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 10. madde[28].

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İfade Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) önsözünde ifade edilen gerçek siyasal demokrasi ve insan haklarına saygı şartlarında, ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz, ayrıca, AİHS'ten kaynaklanan diğer hakların da korunması açısından merkezi bir rol oynar. Bağımsız ve tarafsız mahkemelerin koruması altında olan geniş kapsamlı bir ifade

---

24 NAL, Sabahattin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku'nda Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 63 – 64, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2009, s. 213.

25 ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Basımevi, Ankara, 1995, s. 220.

26 http://isay.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/gib/iheb.pdf (Son erişim tarihi 16.05.2011).

27 http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf (Son erişim tarihi 16.05.2011).

28 http://www.istanbul.gov.tr/?pid=9218 (Son erişim tarihi 16.05.2011).

özgürlüğü hakkı garanti altına alınmaksızın, ne özgür bir ülkeden, ne de demokrasiden söz edilebilir. Bu, yadsınamayacak bir genel yaklaşımdır.[29]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bölgesel bir örgüt olan Avrupa Konseyi'ne bağlı olarak 1959 yılında kurulmuş olan uluslararası bir mahkemedir. Mahkeme, AİHS ve ek protokolleriyle güvence altına alınmış olan temel hakların ihlal edilmesi durumunda bireylerin, grupların, tüzel kişiliklerin ve diğer devletlerin başvurabileceği bir yargı makamıdır.[30] AİHS, AİHM tarafından insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi olarak tanımlanmıştır[31] ve tipik bir uluslararası anlaşmadan farklı olarak kendine özgü (sui generis) özellikleri haizdir.[32] AİHM, içtihatları ile AİHS'i yaşayan bir sözleşme olarak ayakta tutmaktadır. Bu açıdan 10. maddede yer alan ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırını anlamak için AİHM içtihadı çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

i. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

AİHS'in 10.maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün iki aşaması bulunmaktadır: Birincisi kanaat oluşturma, bu kapsamda bilgi edinebilme, bilgilere ulaşabilme, ikincisi de bunları her türlü araçla açıklayabilme ve yayabilme özgürlüğünü içermektedir. O zaman ifade özgürlüğü, bir yandan kişinin iç dünyasında özgürce kanaat oluşturabilmesini öte yandan özgürce oluşturabileceği bu kanaat ve düşüncelerini dışa vurabilmeyi, açıklayabilmeyi, yayabilmeyi içerir. Böylelikle ifade özgürlüğü, serbestçe oluşturulan kanaat ve düşüncelerin açığa vurulması suretiyle serbest bir tartışma ortamı yaratılmasına ve kamuoyu oluşturulmasına olanak sağlamaktadır.[33]

---

29 FROWEIN, Jochen Abr., Freedom of Expression under the European Convention of Human Rights, in Monitor/Inf (97) 3, Council of Europe'dan aktaran MACOVEI, Monica, Freedom of Expression, Human Rights Handbooks No. 2, Council of Europe, 2004, s. 6. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C3804E16-817B-46D5-A51F-0AC1A8E0FB8D/0/DG2ENHRHAND022004.pdf (Son erişim tarihi 16.05.2011).

30 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Tarihçe, örgütlenme ve yargılama usulü) http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/315.htm (Son erişim tarihi 16.05.2011).

31 Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), 15318/89, 23.03.1995, para. 75.

32 AYDIN, Ömür, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Politik İfade Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalarda Ulusal Takdir Payının Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 71 - 72, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2009, s.159.

33 KOCASAKAL, Ümit, AKSOY, E. Eylem, MEMİŞ, Pınar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, İstanbul, 2003, s. 28.

Avrupa İnsan hakları Mahkemesi (AİHM), 1 Kasım 1998 tarihinde yeniden yapılanmıştır.[34] İfade özgürlüğü alanında verdiği ilk karar ile bu özgürlüğe verdiği önemi sembolik olarak belirtmiştir.[35] AİHM uygulamasında ifade özgürlüğü, bir olayın yorumlanması ve düşüncelerin ifadesi yanında, sanatsal ya da bilimsel faaliyetleri, basın özgürlüğünü de kapsamına almakta ve düşüncelerin, herhangi bir yolla (basın, radyo, televizyon, sinema, fotoğraf, kitap vs) kamuoyuna aktarılabilmesini içermektedir. Başka bir deyişle aktarılan düşüncenin içeriği siyasi, kültürel, ekonomik, ticari, sanatsal olabilir. Böylelikle Mahkeme, 10.maddenin koruma alanını, okul kitaplarına[36], akademik yazı ve araştırmalara[37], ticari beyanata[38], tıbbi veya hukuki meslekler alanındaki reklamlara[39], uydu ve kablolu yayın aracılığı ile gerçekleştirilen program yayınlarına[40] kadar genişletmiştir.[41]

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindendir. Bu, toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur.[42] İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gerekleridir ve bunlar olmaksızın demokratik bir toplum olamaz.[43]

ii. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İfade Özgürlüğü mutlak ve sınırlandırılamaz değildir. Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkrada öngörülen ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için üç şartın bir arada bulunması zorunludur. Bunlar: "Sınırlamanın kanun ile olması", "Demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olması" ve "Meşru ve haklı bir amaca dayanmasıdır". Meşru ve haklı

---

34 Protocol 11 and the New European Court of Human Rights. http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp98/rp98-109.pdf (Son erişim tarihi 16.05.2011).

35 Fressoz & Roire v. France, 29183/95, 21.01.1999, para. 56.

36 Cyprus v. Turkey, 25781/94, 10.05.2001, para. 250.

37 Hertel v. Switzerland, 59/1997/843/1049, 25.08.1998, para. 50.

38 Markt Intern v. Germany, 10572/83, 20.11.1989, para. 37.

39 Colman v. The UK, 16632/90, 28.06.1993, para. 11.

40 Groppera v. Switzerland, 10890/84, 28.03.1990, para. 61.

41 KOCASAKAL, a.g.e., s. 29.

42 Lingens v. Austira, 9815/82, 08.07.1986, para. 41.

43 Handyside v. The UK, 5493/72, 7.12.1976, para. 48-49.

amaçlar, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak, gizli olan bilgilerin açığa çıkmasının önlenmesi, yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması, üçüncü kişilerin şeref, şöhret ve haklarının korunması şeklinde ifade edilebilir. Bunlardan birinin dahi bulunmaması halinde herhangi bir kısıtlama, kural veya yaptırım, 10.maddenin ihlali olarak kabul edilmektedir.[44]

c. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Çerçevesinde İfade Özgürlüğü

"Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır.

Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir, bu hak bir kimsenin ülke sınırlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı, basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim aracıyla her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir."[45]

Özellikle gelişen teknoloji sayesinde ifade özgürlüğü güvencesi ile, artan sayıda insan bilgi ve görüşlerini dünyanın başka tarafındaki diğer insanlarla paylaşma imkanına sahip bulunmaktadır. Bu durum yaratıcılığı desteklemekte, sağlıklı toplumlar yaratmakta ve herkesin yeni diyalog şekillerine dahil edilmesi açısından bulunmaz bir fırsat olmaktadır.[46]

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHİUS) genel olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan, insan kişiliğine bağlı klasik hak ve özgürlükleri kapsamakta ve bunları daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Ayrıca MSHİUS, Evrensel Bildirge'de yer almayan dikkat çekici bir hükme daha yer vermiştir. Bu hüküm (madde 20), her türlü savaş propagandası ile ulusal, ırksal, dinsel düzeylerde kin ve nefret yaratarak ayrıma, düşmanlığa ve şiddete yol açabilecek görüşlerin yayılmasını yasaklamaktadır. MSHİUS'in en özgün yanlarından biri, güvenceye aldığı haklara taraf devletlerce saygı gösterilip göste-

---

44 KOCASAKAL, a.g.e., s. 30 – 37.

45 Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Madde 19.

46 Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Ban Ki-moon, İnsan Hakları Yüksek Komiseri Navi Pillay ve UNESCO Başkanı İrina Bokova 3 Dünya Basın Özgürlüğü Günü vesilesiyle vermiş oldukları ortak mesajdan alıntıdır, 03.05.2011. http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=38250&Cr=press+freedom&Cr1 (Son erişim tarihi 16.05.2011).

rilmediğini denetlemek amacıyla getirmiş olduğu İnsan Hakları Komitesi'dir[47]. Komite, MSHİUS'de güvenceye alınan bir hakka getirilen sınırlamayı incelerken izleyeceği yolu 27 No'lu Genel Yorum'da belirtmiştir.[48] Bu açıdan sınırlama, hukukça öngörülmeli (yasallık – hukuksallık ilkesi), meşru hedeflerden birini korumayı amaçlamalı (meşruluk ilkesi), ve sınırlamalar bu amaç için gerekli olmalıdır (gereklilik ilkesi). Komite, sözleşmenin 19. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile ilgili yapılan sınırlandırmaları denetlerken de bu yöntemi uygulamaktadır.[49]

3. TERÖRİZM VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Terörizm insan haklarını ihlal etmektedir. Bu doğrultuda BM Genel Kurulu, devlet destekli veya bağımsız terör eylemlerinin insan haklarına aykırı nitelikte olduğunu ve sonlandırılması zorunluluğunu önemle belirtmektedir.[50] Diğer bir anlatım ile terörizm, kurum olarak insan haklarını hedef almaktadır.[51] Terörizmin hedef aldığı değerler demokratik toplumlarda, hukukun üstünlüğü, demokratik idare ve insan haklarına saygı olarak düşünülebilir. Terörist stratejinin başarılı olabilmesi için bu anahtar kurumları yok etmesi gerekir. Terörizm insan haklarını ihlal ederek derinleşip, kronikleşeceği bir toplumsal yapı yaratmaya çalışır.[52] Fakat bu yapıyı terörizmin tek başına gerçekleştireceği eylemler aracılığıyla ortaya koyması olanaklı değildir. Bu açıdan terörizmin beklentisi devletin gerçekleştirilen eylemleri önlemek amacıyla alacağı önlemlerde insan haklarına saygıyı geri plana bırakmasıdır. Yani terörizm, devletin kendi bindiği dalı kesmesini ümit etmektedir. Bu nedenle devletlerin terörizmi önlemek için aldığı tedbirlerin insan haklarını ihlal etmemesi gerekmektedir. Çünkü insan haklarına ilişkin

---

47 Rules Of Procedure Of The Human Rights Committee, CCPR/C/3/Rev.8, 22.10.2005. http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/5f55247f58c6a129c125709300479adb/$FILE/G0544089.pdf (Son erişim tarihi 16.05.2011).

48 General Comment No. 27: Freedom of movement (Art.12) : . 02.11.1999. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27. (General Comments). http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/6c76e1b8ee1710e380256824005a10a9?Opendocument (Son erişim tarihi 16.05.2011).

49 NAL, Sabahattin, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 77 - 78, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2011, s. 105 – 107, 110.

50 23.12.1994 tarihli BM Kararı, A/RES/49/185. http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r185.htm. (Son erişim tarihi 09.05.2011).

51 NATO's Response to Terrorism, Statement issued at the Ministerial Meeting of the North Atlantic Council held at NATO Headquarters, Brussels, on 6 December 2001, Press Release M – NAC – 2 (2001) 159, 6.12.2001. http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-159e.htm (Son erişim tarihi 09.05.2011).

52 BAŞEREN, a.g.e., s. 198.

değerlerin evrenselliği ve üstünlüğü dikkate alınırsa, devletlerin terörizm ile mücadele adına insan haklarına aykırı önlemler alması durumunda, insan haklarını ihlal eden kanun veya anayasa hükümlerinin varlığı söz konusu olacaktır.[53] Uluslararası insan hakları kuralları iç hukuka göre üstündür. Uluslararası bağlayıcı ölçütlere aykırı bir iç hukuk kuralı, anayasa da olsa geçerlilik kazanamaz, kazansa bile bunu sürdüremez.[54]

a. AİHM Kararları Çerçevesinde Terörizm ve İfade Özgürlüğü

AİHS'de yer alan ve mutlak niteliğe sahip olan, yani kendilerine sınırlandırma getirilemeyen bazı hak ve özgürlükler[55] dışında kalan hak ve özgürlükler belli durumlarda sınırlandırmaya tabi olabilirler. İfade özgürlüğü de sınırlandırmaya tabi olabilecek haklardandır. Devlet kamu yararı değerlendirmesiyle ve diğer bazı koşullarla hak ve özgürlüklere müdahalede bulunabilmekte, bunlara sınırlandırma getirebilmektedir.[56] AİHS'in taraf devletlere tanıdığı sınırlandırma takdiri sınırsız olmayıp, mevzuat ve uygulamalarıyla beraber uygunluk denetimi yapan AİHM'nin denetimine tabidir.[57] AİHM, denetim yetkisinin uygulanmasında, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alarak incelemekte[58], açıklamayı yapan kişi, açıklamanın yapıldığı ortam[59] ve zaman, açıklamanın içeriği ve yapılış şekli üzerinde durmaktadır.[60]

Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHM ifade özgürlüğüne geniş bir hareket alanı tanısa da şiddet çağrısı bu hareket alanının sınır ölçütüdür.[61] Şiddete, silahlı ayaklanmaya ya da başkaldırıya teşvik niteliğinde olan ifadeler, ifade özgürlüğü koruması dışında kalmaktadır.[62] Taraf devletlerin ulusal

---

53 KANAT, a.g.e., s. 101 – 102.

54 AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A.Ü. S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:17, Ankara, 1995, s. 72.

55 AİHS m. 15/II – Meşru savaş fiilleri sonucu meydana gelenler ölümler hariç; m.2 Yaşama Hakkı, m.3 İşkence Yasağı, m.4 Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı, m.7 Cezaların Yasallığı İlkesi.

56 DALKILIÇ, Aysun, Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul, s. 248.

57 Vogt v. Germany, 17851/91, 26.09.1995, para. 52.

58 Sürek & Özdemir v. Turkey, 23927/94, 24277/94, 08.07.1999, para. 57.

59 Gerger v. Turkey, 24919/94, 08.07.1999, para. 50.

60 GÜLFİDAN, Osman Serkan, AİHM İçtihatları ve Demokratik Toplum Gerekleri Karşısında 5532 Sayılı Kanunla Değişik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul, s.282 – 283.

61 Sürek v. Turkey (No:3), 24735/94, 08.07.1999, para. 35.

62 GÜLFİDAN, a.g.m., s. 283.

güvenlik vb. konularla ifade özgürlüğüne yaptığı sınırlamaları ve bu sınırlamalara karşı AİHM'nin yaptığı değerlendirmeleri genel çerçevede inceleyelim.

Zana Türkiye'ye karşı davasında başvurucunun eski belediye başkanı olması sebebiyle siyasi kimliği ve mahaldeki saygınlığını, ulusal, günlük ve önemli bir gazete olan Cumhuriyet Gazetesi'nde yer alan röportajında terör örgütünün ulusal bağımsızlık mücadelesini desteklediğini belirtmesini, bu yüzden mahkum olmasını ve de bu ifadenin terör örgütünün şiddet eylemlerinin arttığı bir döneme denk gelmesini nazara alan AİHM, ilgili ifadenin hassas bir zamanda terör örgütünün eylemlerinin ulusal bağımsızlık hareketi olarak değerlendirmesinin ortamı gerginleştireceğini, şiddetin ve terör olaylarının artmasına neden olabileceğini belirterek verilen cezanın toplumsal bir ihtiyaçtan kaynaklandığını belirtmiş, bu yüzden ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermiştir.[63]

Sürek Türkiye'ye karşı (No:1)[64] davasında haftalık bir dergide yayınlanan "silahlar özgürlüğü engelleyemez" ve "suç bizim" başlıklı iki mektuba yer verilmesi, derginin sahibinin ve sayı editörünün "devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmak" suçundan dolayı para cezası ile cezalandırılmasına yol açmıştır. Olayı değerlendiren AİHM, mektuplarda Türk ordusunun katliam yapan, şiddet ve baskı uygulayan bir kurum olarak tanıtılması ve "faşist", "ölüm timi", "emperyalizmin kiralık katilleri" olarak nitelendirilmesi, mektupların içeriğinin taraflar arasında kökleşmiş olan kin ve nefrete dayanan şiddeti daha da arttırmaya yönelik olduğu, mektuplarla okuyucuya saldırgan olarak gösterilen devlete karşı kendini savunmak için şiddete başvurmanın gerekli ve haklı olduğu mesajı verilerek şiddetin övüldüğü, mektuplarda açıklanan fikirlerle editör kendisini özdeşleştirmiş olmasa da, dergisinde değişik yazarlara, şiddeti ve kini tahrik etme imkanı tanıdığı tespitini yaparak ifade özgürlüğü ihlalinin söz konusu olmadığı kararını vermiştir.[65] Ancak AİHM, kullanılan dilin taraflı, düşmanca olması ya da saldırgan bir üslup taşıması durumlarının, ifadenin şiddete teşvik eder mahiyette olması durumunu doğrudan karşılamadıkları, olayın, ifadeyi çevreleyen şartlarla birlikte bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir.[66]

---

63 Zana v. Turkey, 69/1996/688/880, 25.11.1997, para. 46 – 60.

64 Sürek v. Turkey (No:1), 26682/95, 08.07.1999, para. 58 – 65.

65 BIÇAK, Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:III, Sayı:1- 2, Ankara, 1999, s. 251.

66 GÜLFİDAN, a.g.m., s. 284.

Sürek Türkiye'ye karşı (No: 3) [67] davasında, AİHM, bir dergide yayınlanan makalede Türkiye'nin bir kısmını Kürdistan olarak belirtilmesinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için tek başına yeterli olmadığını belirtmiştir. Bununla beraber, bölgede süren çatışmayı Türkiye Cumhuriyeti Devleti kuvvetlerine karşı bir savaş olarak tanımlayan ve tam bir kurtuluş mücadelesinin amaçlandığını belirten makalenin terör örgütü söylemine katıldığını ve Kürdistan ulusal bağımsızlığı için silahlı kuvvet kullanımına çağrıda bulunduğunu tespit eden AİHM, makalenin içeriğinin bölgedeki şiddeti teşvik etmeye olanak tanıdığını ve bu şiddetin bir tür meşru müdafaa olarak sunma izlenimi verdiğini gözlemleyerek Türkiye'nin, başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal etmediği kararını vermiştir.[68]

Purcell ve diğerleri İrlanda'ya karşı[69] başvurusunda, başvurunun konusu hükümetin, IRA gibi bazı terör örgütlerinin ve onların siyasal kanat temsilcilerinin sözcüleriyle röportaj yapmayı kesin olarak yasaklamasıdır. Aynı şekilde *Brind ve diğeleri Birleşik Krallık'a karşı* [70] başvurusunun konusu da içişleri bakanlığının Kuzey İrlanda'daki paramiliter örgütlerin veya onların siyasi kanat temsilcilerinin televizyonlarda konuşmalarının yayınlanmasının yasaklanmasıdır. Komisyon, her iki başvuruda da terörizmle mücadele tedbirlerinin sözleşmenin 10/2 maddesindeki meşru amaçlar içerisinde yer aldığına karar vererek başvuruları kabul etmemiştir. Yani söz konusu sınırlamaların ulusal güvenliği koruma, düzensizliği ve suç işlenmesini önleme amacını güttüğünü kabul etmiştir. Komisyon'a göre söz konusu düzenlemelerin amacı anayasal düzeni ve temel hakları ortadan kaldırmayı amaçlayan bir örgütün basını kullanarak şiddeti ve yasal olmayan araçları desteklemesini engellemesidir.[71]

AİHM, ifade özgürlüğü ve siyaset ilişkisi bağlamında tespit ettiği ilkeleri *Castells İspanya'ya karşı* davasında[72] somutlaştırmıştır. İlgili davada, Baskların bağımsızlığını savunan bölücü bir partinin üyesi olan senatörün, Bask bölgesinde gerçekleşen faili meçhul cinayetler hakkında yazdığı bir makalenin yayımlanması üzerine, dokunulmazlığının kaldırılmasından sonra hapis cezasına mahkum edilmesi davanın konusu olmuştur. Makalede, işlenen cinayetlerin ve cinayetleri işlediğini düşündüğü örgütlerin listesini verilmiş, suçluların cezalandırılmamasının nedeni olarak da örgütleri desteklediği iddia edilen hükümet gösterilmiş, yaşananlardan tüm devlet idare-

---

67 Sürek v. Turkey (No: 3), a.g.k., para. 36 – 43.

68 ÖKTEM, a.g.e., s. 376.

69 Purcell & Others v. Ireland, 15404/89, 16.04.1991.

70 Brind & Others v. UK, 18714/91, 09.05.1994.

71 NAL, 2009, a.g.m, s. 225 – 226.

72 Castells v. Spain, 11798/85, 23.04.1992, para. 40 – 50.

sinin sorumlu olduğu belirtilmiştir. AİHM, ifade özgürlüğünün herkes için önem taşımakla beraber, seçilmiş temsilciler açısından ayrıca önemli olduğunu söyleyerek, demokratik bir sistemde, hükümetin eylem ve ihmallerinin sadece yasama ve yargının değil, basın ve kamuoyunun da kontrolü altında olması gerektiğinden, hükümet hakkında yapılacak eleştirilerin sınırlarının bireylere hatta siyasetçilere yönelecek eleştirilerin sınırlarından daha geniş tutulması gerektiğini, elinde bulundurduğu güç karşısında hükümetin, haksız eleştirilere cevap vermek için başka araçlara sahip olması durumundayken cezalandırma yoluna başvurmasının orantısız bir müdahele oluşturacağını ifade etmiş ve bu yüzden olayda İspanya'nın, başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal etmiş olduğuna karar vermiştir.[73]

Sürek ve Özdemir Türkiye'ye karşı davasında[74] bir terörist örgütün lideriyle iki ayrı tarihte gerçekleştirilen röportajları yayınlayan ve başka bir sayısında da dört sosyalist kuruluşun ortak deklarasyonunu yayınlayan dergi toplatılmış ve yayıncı "Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda yapmak" suçu işlediği gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Konuyu inceleyen AİHM, basının politik konularda, bu konular farklılaşmalara ve hatta bölünmelere yol açacak nitelikte olsa da, bilgi ve fikirleri aktarma görevi olduğunu, kişilerin de bu bilgi ve fikirleri öğrenme hakkı olduğunu, politik konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlamak için manevra alanının oldukça dar olduğu, röportaj yapılan kişinin terör örgütü olarak kabul edilen bir örgütün lideri olmuş olmasının tek başına ifade özgürlüğünün sınırlanması için yeterli olmadığını, bir röportajın bir devlet politikasına ciddi eleştiriler getiriyor olması ve ülkenin bir bölümündeki bir problemin kaynağı veya sorumluları hakkında tek taraflı bir görüş aktarıyor olmasının ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli olamayacağını ifade ederek Türkiye'nin, başvurucuların ifade özgürlüklerini ihlal ettiği kararını vermiştir.[75]

Sürek Türkiye'ye karşı (No 4)[76] davasının konusu ise haftalık bir dergide bir süre sonra olabilecek birtakım olaylar hakkında spekülasyon içeren ve bir terör örgütünün siyasi kanat temsilcisi ile yapılan röportaja yer verilmesi üzerine dergi toplatılmış ve başvurucu bölücü propaganda yapması sebebiyle Terörle Mücadele Kanununa muhalefetten mahkum edilmiştir. Olayı inceleyen AİHM, haberde yer alan ifadelerin şiddeti daha da arttırmaya yönelik bir çağrı niteliği taşımadığı, halkın olayları değişik bir açıdan öğrenme hakkının olduğu tespitini yaparak, müdahelenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

---

73 GÜLFİDAN, a.g.m., s. 284 – 285.

74 Sürek & Özdemir v. Turkey, a.g.k., para. 57 – 64.

75 BIÇAK, a.g.m., s. 244.

76 Sürek v. Turkey (No: 4), 24762/94, 08.07.1999, para. 54 – 61.

İfade özgürlüğü çerçevesinde taraf devletlerin ifade özgürlüğünü sağlaması anlamına gelen pozitif yükümlülüklerinin açık ve net bir şekilde tanımlandığı ilk dava olma özelliğini taşıyan *Özgür Gündem* davasında[77] davaya konu olan olay kısaca şöyledir. Günlük bir gazeteye ve gazete personeline yönelik iki yıl içerisinde çok sayıda yasadışı şiddet olayı gerçekleşmiş olmasına rağmen bu olayları araştırma konusunda kamu makamlarınca herhangi bir işlem yapılmamıştır. Saldırı ve tacizlerin kamu görevlilerinin doğrudan veya dolaylı yönlendirmesi ile gerçekleştiği iddia edilmiştir. Gazetenin ofisinde güvenlik kuvvetlerince yapılan aramada binada bulunan kişilerin hepsi gözaltına alınmış, bütün belge ve arşivler el konulmuştur. Arama süresince gazete iki gün yayınlanamamıştır. Gazetenin editörleri terör örgütüne üye olmak, yardım ve yataklık etmek suçunu işledikleri gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmışlardır. Gazete hakkında toplatma ve kapatma kararları verilmiştir. Olayı değerlendiren AİHM, ifade özgürlüğünün önemli fonksiyonlarından birisinin demokrasinin gerektiği gibi çalışmasının bir ön şartı oluşturması olduğunu, bu özgürlüğün gerçek anlamda kullanılabilmesi için sadece devletin ifade özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemesinin yeterli olmadığı bunun yanında devletin, pozitif önlemler alması gerekebileceği, söz konusu gazeteye ve personeline ciddi saldırılar gerçekleştirildiği ve bu saldırıların gazetenin yayınını ve dağıtımını etkilediğinin devletçe bilinmesine rağmen, gazete yönetiminin ve personelinin istek ve dilekçelerinin hiç birisine cevap verilmediği, saldırıların ciddiyeti ve yaygınlığının yanı sıra saldırıların sistematik olarak yapıldığı ve yetkililerin bilgisi ve desteği dahilinde gerçekleştiği iddiaları dikkate alındığında, savcılarca gerçekleştirildiği söylenen araştırma ve soruşturmalar yeterli ve etkili tedbirler olarak kabul edilemeyeceği, gazetenin arşivlerine, dokümanlarına ve kütüphanesine el koymayı haklı kılan bir sebebin olmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca, aşçı, temizlikçi ve kaloriferci dahil, gazetenin binasında bulunan herkesin toplu olarak göz altına alınmasını haklı kılan bir sebebin hükümetçe gösterilemediği, arama sırasında binada, gazete ile ilgisi olmayan kırk kişinin bulunması herkesin yakalanmasını haklı kılamayacağı, bir terör örgütü üyesinin görüşlerinin yayınlanmış olması veya devletin resmi politikasını ifade eden fikirlerin kötülenmesi tek başına bir gazetenin ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli olmadığı tespitini de yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.[78]

AİHM'e göre şiddet içermeyen direniş çağrısı da ifade özgürlüğü kapsamındadır. Şöyle ki, *İncal Türkiye'ye karşı*[79] davasının dava konusu kısaca şöyledir. Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir partinin il örgütü

---

77 Özgür Gündem v. Turkey, 23144/93, 16.03.2000, para. 42 – 46.

78 BIÇAK, a.g.m., s. 250 -251.

79 İncal v. Turkey, 41/1997/825/1031, 09.06.1998, para. 46 – 60.

idare kurulunun bir üyesi tarafından, partinin il örgütünün yoksul insanların yaşadığı bölgede güvenlik güçlerince alınan önlemleri eleştiren bir bildiri dağıtma kararı almıştır. Bu bildiride belli bir etnik grubun ilden uzaklaştırılmak istendiği, bu kişilerin doğum yerlerine dönmeye zorlandığı, kamu birimlerinin bahsi geçen etnik grubu toplumsal yaşamdan dışlanması gerektiğine yönelik propaganda yaptığı belirtilmiş ve bu uygulamalara karşı direniş çağrısı yapılmıştır. Bildiri savcılıkça toplatılmış ve bildiriyi hazırlayan kişi, devleti terörist olarak tanımladığı, vatandaşlar arasında ayrımcılık yaptığı gerekçesi ile halkı kasten kin ve düşmanlığa tahrik ve kanun dışı yollar kullanmaya yönlendirmekten dolayı hapis cezasına mahkum edilmiştir. AİHM, bildirinin yerel yönetimin özellikle esnafa karşı almış olduğu bazı tedbirlere eleştirmekte olduğu, olayın geçtiği ilin halkını ilgilendiren gerçek olaylara dayandığı, uygulamalara karşı direniş yapılması çağrısının şiddet içermediğini belirterek ifade özgürlüğünün cezai müeyyide ile sınırlandırılmış olmasının bu özgürlüğün ihlali olduğunu belirlemiştir.[80]

Başkaya ve Okçuoğlu Türkiye'ye karşı[81] davasında bir iktisat profesörü tarafından akademik bir çalışma olarak hazırlanan ve Türkiye'nin 1920'den bu yana geçirdiği sosyo-ekonomik gelişmesini inceleyen ve de resmi devlet politikasını eleştiren bir kitabın yayınlanması üzerine kitabın yazarı ile yayıncısı, Türkiye sınırları içerisindeki toprak parçasına Kürt halkına ait Kürdistan diye referansta bulunduğu ve bu toprak parçasının Türkler tarafından istila edilen bir koloni olarak değerlendirildiği gerekçesiyle Terörle Mücadele Kanununa muhalefetten ilgili kitap toplattırılmış, kitabın yazarı ve yayıncısı hem hapis hem de para cezasıyla cezalandırılmış ve de yazar üniversitedeki görevinden uzaklaştırılmıştır. Olayı değerlendiren AİHM, kitapta yer alan bazı değerlendirmelerin sert ifadeler olmakla birlikte Türkiye'nin sosyo-ekonomik gelişmesini ve uygulanan siyasal ideolojisini tarihi açıdan inceleyen akademik bir çalışmada dile getirilmiş olduğunu, kullanılan ifadelerde şiddete teşvik söz konusu olmadığı, şiddete çağrı anlamında bir anlatım tarzı da benimsenmediği tespitinde bulunmuştur. Ulusal mercilerin üniversite alanında ifade özgürlüğünün yeterince dikkate almadığına hükmeden AİHM, verilen cezaların oldukça ağır olduğu ve özellikle başvurucu Başkaya'nın üniversitedeki işini kaybettiğini de hesaba katarak verilen ceza ile elde edilmek istenen araç arasında orantılılık olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmüne ulaşmıştır.[82]

---

80 KAZAN, Turgut, İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, İstanbul, 2003, s. 182 – 186.

81 Başkaya & Okçuğlu v. Turkey, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, para. 61 – 67.

82 ÖKTEM, a.g.e., s.381; BIÇAK, a.g.m., s. 246.

Arslan Türkiye'ye karşı[83] davasında Türkiye'de Kürt probleminin çözümü ile ilgilenen ve daha sonra öldürülen Kürt kökenli bir siyasetçi ve yazar tarafından yazılan bir önsöz içeren "Yas Tutan Tarih, Otuzüç Kurşun" isimli kitabın birinci baskısı, Türkiye'de birden fazla milletin olduğunu ve Kürtlerin sürekli olarak baskı altında tutulduğunu ileri sürmekten, Türk milletini barbar olarak nitelendirmekten ve terör örgütünün eylemlerini kutsallaştırmaktan dolayı toplattırılmış ve yazarı hakkında bölücü propaganda yaptığı gerekçesiyle hapis cezasına hükmedilmiştir. Hapis cezasının yasal gerekçesini oluşturan ceza kuralı yürürlükten kalkması nedeniyle verilen hüküm ortadan kalkmıştır. Fakat, kitabın ikinci baskısının yapılması üzerine bu sefer Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili maddesine dayanılarak Kürt halkını devlete karşı ayaklanmaya teşvik ederek devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapması sebebiyle kitap yine toplattırılmış ve de yazarına yine hapis cezası verilmiştir. AİHM, kitabın tarihi gerçekleri taraflı olarak tanımladığını, ancak yazarın düşüncelerini, özel bir şahıs olarak, yazılı medya yerine edebi bir eser ile dile getirdiğini, bu metodun açıklanan düşüncenin milli güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki negatif etkisinin büyük ölçüde azalttığı tespitinde bulunmuştur. Ayrıca kitabın bazı kısımlarında yer alan açıklamaların, Türk halkı hakkında oldukça negatif bir resim ortaya koymakla ve düşmanca bir üslupla kaleme alınmış olmakla birlikte açıklanan fikirlerde şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvik olmadığı tespitini yaparak verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasında orantılılık olmadığından ifade özgürlüğüne yapılan müdahale demokratik bir toplum için gerekli olmadığını, dolayısıyla ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[84]

Benzer şekilde, *Karataş Türkiye'ye karşı*[85] davasında bir psikologun yayınlamış olduğu bir şiir kitabında yine Terörle Mücadele Kanununa muhalefetten "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücülük propagandası yapmak" suçu işleği gerekçesiyle şiir kitabı toplattırmış, şair ve yayıncı hapis ve para cezasına çarptırmıştır. Olayı inceleyen AİHM, şiirlerdeki bazı bölümler Türk yönetimi hakkında oldukça saldırgan bir üslup içermekle ve şiddet çağrısı yapmakla birlikte, başvurucunun sıradan bir insan oluşundan ve fikirlerin kitle iletişim araçlarıyla geniş bir kitleye değil de sanatsal nitelik taşıyan bir yolla kısıtlı bir kitleye aktarılması, bu yüzden etki alanının çok az olması bir isyan veya ayaklanma ihtimalini azalttığını belirtmiştir. Mahkumiyet kararının şiirlerin kişileri şiddete teşvik ettiği için değil, Türkiye'nin belli bir kesimine Kürdistan diye referansta bulunarak ve ayrılıkçı hareketi överek kutsallaştırmak suretiyle bölücü propaganda yapmak-

---

83 Arslan v. Turkey, 23462/94, 08.07.1999, para. 44 – 50.

84 GÜLFİDAN, a.g.m. s. 287 – 288; BIÇAK, a.g.m., s. 245.

85 Karataş v. Turkey, 23168/94, 08.07.1999, para. 48 – 54.

tan dolayı verildiği, verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.[86] Bu karar Öktem'e göre AİHM içtihadına çelişki yaratmaktadır. Şöyle ki, AİHM, *Müller ve diğerleri İsviçre'ye karşı*[87] davasında, bir modern sanatlar sergisinde sergilenen üç tabloya müstehcen oldukları gerekçesiyle el konulmasını ifade özgürlüğü ihlali saymamıştır. Karataş'ın şiirindeki "kanımız dökülen kanlara karışacak", "sizi ölüme çağırıyorum" gibi ifadeleri sanatsal bir dille yazdığı ve de kitle iletişim araçları ile yaymadığı için tehlikesiz bulup, Müller davasında belirtilen tabloların İsviçre'de tehlike yaratabileceği düşüncesi oldukça çelişkilidir. Yani, İsviçre'de insanlar cinsel içerikli sanatsal tablolardan kötü biçimde etkilenmekte iken, Türkiye'de insanlar şiddet ifadelerinden etkilenmemekte ve sanatsal mesajdan keyif almakla mı yetinmektedirler?[88]

İfade özgürlüğü çerçevesinde AİHM içtihadına genel bir çerçeve ile baktığımızda, Mahkeme, terörizm konusunda dahil devletlere sınırsız takdir yetkisi vermemektedir. AİHM, ifade edilen düşünceler "şiddete çağrı" yapsa bile, ifadeyi yapan kişinin itibarı, ifadenin aktarıldığı ortam ve zaman, ifadenin nasıl ve ne ölçekteki kitleye aktarıldığını inceledikten sonra ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini tespit etmektedir. Ancak, Öktem'in de belirttiği gibi bu soyut olan tespit kriterleri istisnai de olsa çelişki yaratabilmektedir. Şöyle ki, Sürek (No: 3) ve Sürek (No: 4) davalarında müdahele edilen ifadeler arasındaki nüansların ne olduğu açık değildir. AİHM, 3 no'lu davada sözleşmenin ihlal edilmediğine fakat 4 no'lu davada ihlal edildiğine karar vermiştir. Sürek ve Özdemir kararına eklediği uyumlu oy yazısında Yargıç Bonello'nun belirttiği gibi şiddete çağrının tehlike derecesinin tespitinde Amerikan içtihadının geliştirdiği "açık ve yakın tehlike" testinin uygulanması kararların daha tutarlı olmasını sağlarken ifade özgürlüğünün korunmasına daha iyi hizmet edebilir.[89]

b. İnsan Hakları Komitesi Kararları Çerçevesinde Terörizm ve İfade Özgürlüğü

Savaş, ekonomik bunalım, terör eylemlerinin artması gibi olağanüstü haller insan haklarının sınırlanmasının en meşru gerekçeleri olarak kabul edilmektedir. Ancak, sınırlamanın meşru olması için şartların her zaman olağanüstü seviyeye gelmesine gerek yoktur. Yani olağan dönemlerde kamu

---

86 ÖKTEM, a.g.e., s.380; BIÇAK, a.g.m., s. 249.

87 Müller & Others v. Switzerland, 10737/84, 24.05.1988, para. 38 – 44.

88 ÖKTEM, a.g.e., s. 380 – 381.

89 ÖKTEM, a.g.e. s. 381.

düzenini sağlamak, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için sınırlamalar yapılmaktadır. MSHİUS'a göre olağanüstü hallerde ifade özgürlüğü dahil birçok hakkın kullanılmasının durdurulması mümkündür. 4/2. Maddede belirtilen bu hal ancak "olağanüstü hal, milletin yaşamını tehdit etmesi", "olağanüstü halin resmen ilan edilmesi", "önlemlerin orantılı olması ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etmemesi" ve "önlemlerin ayrımcılık içermemesi" halinde mümkündür. Ancak, bu ölçütler uygulamada sıkça kötüye kullanılmaktadır.[90]

Tshitenge Muteba Zaire'ye karşı[91] başvurusunda, karara konu olan olayda başvurucu, ülkenin bir kısmını kabilelere ayırmak için parti kurduğu, yerleşik düzeni ve kurumları değiştirmeyi amaçladığı, böylece ülkenin iç ve dış güvenliğini tehlikeye attığı gerekçesiyle mahkum edilmiş ve işkenceye tabi tutulmuştur. Ayrıca kimseyle görüştürülmemiştir. Daha sonra genel afla hapisten çıkmıştır. İnsan Hakları Komitesi (Komite), bu davada, başvurucunun maruz kaldığı muameleleri insan onuruna aykırı bulmuş ve aylarca kimseyle görüştürülmemesi sebebiyle 7. madde (İşkence Yasağı) ve 10. maddenin (Tutulanların Hakları) 1. fıkralarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca siyasi düşüncelerinden dolayı kötü muameleye uğradığı için 19. maddenin (İfade Özgürlüğü) de ihlal edildiğine hükmetmiştir.[92]

Womah Mukong Kamerun'a karşı[93] başvurusunda, Kamerun'da uygulanan tek partili sistemi eleştiren bir gazetecinin mahkumiyeti ele alınmıştır. Hükümet savunmasında, ülkenin çok sayıda farklı topluluğu barındırdığı ve bağımsızlığından bu yana ulusal bütünlüğü sağlamlaştırmak için devamlı mücadele ettiği gerekçeleri yer almaktadır. Komite, ulusal birliği sağlamak için başvuru sahibinin tutuklanması ve işkence görmesinin gerekli olmadığı düşüncesindedir. Komite'ye göre, zor siyasi koşullar altında ulusal birliği korumak ve sağlamlaştırmak gibi meşru bir amaca, çok partili demokrasi, demokratik inanç ve insan hakları savunucularını susturarak ulaşılamaz. Bu bağlamda, Komite, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.[94]

---

90 NAL, 2011, a.g.m., s. 117 – 118.

91 Tshitenge Muteba v. Zaire, Communication No. 124/1982, 24.07.1984, CCPR/C/OP/2, 158, (1990), para. 8.2, 10.2, 12, 13. http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session39/124-1982.htm (Son erişim tarihi 20.05.2011).

92 NAL, 2011, a.g.m., s. 119 – 120.

93 Womah Mukong v.Cameroon, Communication No. 458/1991, 10.08.1994, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994), para. 9.7. http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws458.htm (Son erişim tarihi 20.05.2011).

94 ÖKTEM, a.g.e., s. 382.

Vladimir Petrovich Laptsevich Belarus'a karşı[95] başvurusunda, başvurucu Belarus'un bağımsızlığını kazanması sebebiyle bağımsızlık gününde broşür dağıtmıştır. Elinde otuzyedi broşür olmasına rağmen yetkililerce yakalanmış ve broşürler gerekli yayın bilgilerini haiz olmaması sebebiyle para cezası almıştır. Ceza, yargı organları tarafından mevzuata uygun bulunmuştur. Devlete göre başvurucu basın kanunu ihlal etmiştir. Bildiride yer alanlara göre Bolşevikçiler işgalci olarak ifade edilmekte ve Belarusluların bu işgalcilere karşı mücadelesinden bahsedilmediktedir. Devlete göre, bu ifadeler özellikle bağımsızlık gününde bir mücadeleyi özendirmektedir. Başvurucu Bolşevikçileri işgalci olarak nitelendirdiğini kabul etmiş ve bunun madde 19 kapsamında olduğunu iddia etmiştir. Devlet, hangi meşru amaçla ifade özgürlüğüne kamu düzeni ve ulusal güvenlik sebepleri ile müdahale ettiğini açıklayamadığı için, Komite sınırlamanın gerekliliğini tartışma gereği bile bulmadan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.[96]

Genel olarak Komite, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yasal bir dayanağının bulunup bulunmadığını, meşru bir nedene dayanıp dayanmadığını ve gerekli olup olmadığını araştırmaktadır. Özellikle sınırlamanın gerekliliğini analiz ederken, ifade ile ifadenin yarattığı sonuç üzerinde durmakta ve ifadeden ulusal güvenliğin zarar görüp görmediğini araştırmaktadır. Eğer ulusal güvenliğe zarar vermiyorsa, ifade kışkırtıcı da olsa getirilen sınırlamayı gerekli bulmamaktadır. Komite'ye sınırlı sayıda dava geldiği için AİHM kadar zengin bir içtihada sahip değildir. Komite kararları, AİHM aksine ayrıntılara yer vermeyen bir yaklaşım benimsemiştir.[97]

SONUÇ

Terörizm insan haklarını tehdit etmektedir. Terörizme karşı alınan önlemler de dolaylı olarak insan haklarına müdahale etmektedir. Temel haklardan, yaşam hakkı (AİHS'e taraf olan devletlerde koşulsuz, MSHİUS'e taraf olan ve ölüm cezasını haiz devletlerde ancak istisnai koşullarda) işkence yasağı, kölelik ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi hiçbir şekilde sınırlandırılamayan mutlak haklardandır. Ancak ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. Çalışmamda üzerinde durduğum bölgesel bir sözleşme olan AİHS ve uluslararası bir sözleşme olan MSHİUS'da hangi durumlarda bu özgürlüğe müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Müdahale eden devletlerin bu müdahalelerinin yerindeliği de AİHM ve/veya Komite tarafından denetlenmektedir.

---

95 Vladimir Petrovich Laptsevich v.Belarus Communication No. 780/1997, 13.04.2000, CCPR/C/68/D/780/1997, para. 2, 5.1 – 6.2, 8.1 – 8.5. http://www.unhcr.org/refworld/country, , HRC, , BLR, , 3f588efe3, 0.html (Son erişim tarihi 20.05.2011).

96 NAL, 2011, a.g.m., s.122.

97 NAL, 2011, a.g.e., s. 128 – 129.

Devletler, kendi tehlike algılarına göre yaptıkları terörizm tanımı sebebiyle ifade özgürlüğüne müdahale etmektedir. AİHM, konu terörizm gibi çok hassas bir konu olsa da ifade özgürlüğüne çok önem vermektedir. AİHM'e göre sınırlandırma koşullarını haiz olarak müdahale edilen ifade, kritik bir dönemde, etki yaratabilecek kişilerce, kitle iletişim araçlarını kullanarak büyük bir kitleye açıkça şiddete çağrı yapmıyorsa, şiddeti desteklemiyorsa veya teşvik etmiyorsa ifade özgürlüğünün koruması kapsamında yer almaktadır. Ancak bu ölçütler soyut kalabilmektedir, hatta istisnai de olsa çelişki bile yaratabilmektedir. Fakat, bunun dışında AİHM, taraf devletler üzerinde ikincil ve etkin bir denetim gücü olarak ideal bir kamu düzeni yaratmaktadır. İnsan Hakları Komitesi de, müdahalenin, çalışmamda belirttiğim belirli koşullarda yapılıp yapılmadığını denetleyerek karar vermektedir. Kararları sınırlıdır ve AİHM kararları gibi detaylı ve zengin değildir.

KAYNAKLAR

AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A.Ü. S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:17, Ankara, 1995.

AYDIN, Ömür, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Politik İfade Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalarda Ulusal Takdir Payının Değerlendirilmesi, s. 158 – 174, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 71 - 72, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2009.

BAŞEREN, Sertaç, İnsan Hakları ve Terörizm, s. 195 – 224, İnsan Hakları ve Güvenlik, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No.1 Ankara, 2001,

BEŞE, Ertan. Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002.

BIÇAK, Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm, s. 235 – 283, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:III, Sayı:1- 2, Ankara, 1999.

ÇİTLİOĞLU, Ercan, Terörizmin Yeni Konsepti, s. 27 – 34, Stratejik Analiz, Sayı 89, Ankara, 2007.

DALKILIÇ, Aysun, Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul.

GÜLFİDAN, Osman Serkan, AİHM İçtihatları ve Demokratik Toplum Gerekleri Karşısında 5532 Sayılı Kanunla Değişik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, s. 257 – 340, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul.

GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

KANAT, Selim, Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik: 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişikliler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2005.

KAYA, İbrahim, Uluslararası Terörizmin Yasaklanması Çabaları, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 28.10.2008.

http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=110 (Son erişim tarihi 15.04.2011).

KAZAN, Turgut, İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası, s. 174 – 205, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, İstanbul, 2003.

KOCASAKAL, Ümit, AKSOY, E. Eylem, MEMİŞ, Pınar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 25 – 51, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No.1, İstanbul, 2003.

MACOVEI, Monica, Freedom of Expression, Human Rights Handbooks No. 2, Council of Europe, 2004.

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C3804E16-817B-46D5-A51F-0AC1A8E0FB8D/0/DG2ENHRHAND022004.pdf (Son erişim tarihi 16.05.2011).

NAL, Sabahattin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku'nda Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü, s. 212 – 246, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 63 – 64, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2009.

NAL, Sabahattin, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü, s. 104 – 129, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 77 - 78, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2011.

NATO's Response to Terrorism, Statement issued at the Ministerial Meeting of the North atlantic Council held at NATO Headquarters, Brussels, on 6 December 2001, Press Release M – NAC – 2 (2001) 159, 6.12.2001.

http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-159e.htm (Son erişim tarihi 09.05.2011).

ÖKTEM, Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, 2007.

ÖZDEMİR, J. Ütğm Taner, Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Terörizmle Mücadele, T.C. Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

PRABHA, Kshitij, Defining Terrorism, s. 125 – 135, Strategic Analysis: A Monthly Journal of the IDSA, Vol. XXIV No. 1, 2000.

http://www.idsa-india.org/an-apr-08.html (Son erişim tarihi 29.04.2011).

Press freedom more relevant than ever in digital era, UN stresses, UN News Center, 03.05.2011.

http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=38250&Cr=press+freedom&Cr1 (Son erişim tarihi 16.05.2011).

Protocol 11 and the New European Court of Human Rights.

http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp98/rp98-109.pdf (Son erişim tarihi 16.05.2011).

TAŞDEMİR, Fatma, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, USAK Yayınları, Ankara, 2006, s. 10.

TOPAL, A. Hamdi. Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2005.

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Basımevi, Ankara, 1995.

WILKINSON, Paul, Terör ve Terörizm: Kavramlar Özellikler ve Tipoloji, Silinen Yüzler Karşısında Terör, (Hazırlayan: Cemal Güzel), Ayraç Yayınevi, Ankara 2002.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Arslan v. Turkey, 23462/94, 08.07.1999.

Başkaya & Okçuğlu v. Turkey, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999.

Brind & Others v. UK, 18714/91, 09.05.1994.

Castells v. Spain, 11798/85, 23.04.1992, para. 40 – 50.

Colman v. The UK, 16632/90, 28.06.1993.

Cyprus v. Turkey, 25781/94, 10.05.2001.

Fressoz & Roire v. France, 29183/95, 21.01.1999.

Gerger v. Turkey, 24919/94, 08.07.1999.

Groppera v. Switzerland, 10890/84, 28.03.1990.

Handyside v. The UK, 5493/72, 7.12.1976.

Hertel v. Switzerland, 59/1997/843/1049, 25.08.1998.

İncal v. Turkey, 41/1997/825/1031, 09.06.1998.

Karataş v. Turkey, 23168/94, 08.07.1999.

Lingens v. Austira, 9815/82, 08.07.1986.

Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), 15318/89, 23.03.1995.

Markt Intern v. Germany, 10572/83, 20.11.1989.

Müller & Others v. Switzerland, 10737/84, 24.05.1988.

Özgür Gündem v. Turkey, 23144/93, 16.03.2000.

Purcell & Others v. Ireland, 15404/89, 16.04.1991.

Sürek v. Turkey (No:1), 26682/95, 08.07.1999.

Sürek v. Turkey (No:3), 24735/94, 08.07.1999.

Sürek v. Turkey (No: 4), 24762/94, 08.07.1999.

Sürek & Özdemir v. Turkey, 23927/94, 24277/94, 08.07.1999.

Vogt v. Germany, 17851/91, 26.09.1995.

Zana v. Turkey, 69/1996/688/880, 25.11.1997.

İNSAN HAKLARI KOMİTESİ KARARLARI

Tshitenge Muteba v. Zaire, Communication No. 124/1982, 24.07.1984, CCPR/C/OP/2, 158, (1990).

http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session39/124-1982.htm (Son erişim tarihi 20.05.2011).

Vladimir Petrovich Laptsevich v.Belarus Communication No. 780/1997, 13.04.2000, CCPR/C/68/D/780/1997.

http://www.unhcr.org/refworld/country, , HRC, , BLR, , 3f588efe3, 0.html (Son erişim tarihi 20.05.2011).

WOMAH MUKONG V.CAMEROON, COMMUNİCATİON NO. 458/1991, 10.08.1994, U.N. DOC. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994).

http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws458.htm (SON ERİŞİM TARİHİ 20.05.2011).

BM BELGELERİ VE SÖZLEŞMELERİ

A/RES/40/61, 09.12.1985.

http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r061.htm (Son erişim tarihi 29.04.2011).

A/RES/49/60, 09.12.1994.

http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r060.htm (Son erişim tarihi 29.04.2011).

A/RES/49/185, 23.12.1994.

http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r185.htm. (Son erişim tarihi 09.05.2011).

General Comment No. 27: Freedom of movement (Art.12) : 02.11.1999. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27. (General Comments).

http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/6c76e1b8ee1710e380256824005a10a9?Opendocument (Son erişim tarihi 16.05.2011).

International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted by the General Assembly of the United Nations on 15 December 1997.

http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-9.pdf (Son erişim tarihi 29.04.2011).

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1999.

http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-11.pdf (Son erişim tarihi 29.04.2011).

Rules Of Procedure Of The Human Rights Committee, CCPR/C/3/Rev.8, 22.10.2005. http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/5f55247f58c6a129c125709300479adb/$FILE/G0544089.pdf (Son erişim tarihi 16.05.2011).

Büyük Daire

Bayatyan Ermenistan'a Karşı

(Başvuru no. 23459/03)

HÜKÜM

STRASBOURG

7 Temmuz 2011

Hüküm kesin olmakla birlikte editoryal gözden geçirilmeye konu olabilir

*Can VODİNA**

Bayatyan Ermenistan'a karşı davasında,

Davaya Büyük Daire olarak bakan ve aşağıda yer alan isimlerden oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

Jean-Paul Costa, *Başkan,*

Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Nina Vajić,

Lech Garlicki,

Alvina Gyulumyan,

Dean Spielmann,

Renate Jaeger,

Sverre Erik Jebens,

Päivi Hirvelä,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

---

* Stj. Av., Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi,

Nebojša Vučinić,

Guido Raimondi, *yargıçlar,*

ve Vincent Berger, *danışman,*

24 Kasım 2010 ve 1 Haziran 2011 tarihli kapalı oturumlarda yapılan istişareler neticesinde

Bahsi geçen son tarihte aşağıdaki kararı kabul ederek, hükme bağlamıştır.

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Ermenistan Vatandaşı Bay Vahan Bayatyan ("başvurucu") tarafından 22 Temmuz 2003 tarihinde Ermenistan Cumhuriyeti aleyhine İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesine dayanılarak Mahkeme'ye yapılmış olan başvurusundan (no. 23459/03) kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucu, Georgetown Kanada'da faaliyet gösteren avukat J.M. Burns, Patterson Amerika Birleşik Devletleri'nde faaliyet gösteren avukat A. Carbonneau, Erivan'da faaliyet gösteren avukat R. Khachatryan ile Savoy ve Cenevre üniversitelerinde hukuk profesörlüğü yapan P. Muzny tarafından temsil edilmektedir. Ermenistan Hükümeti ("Hükümet") ise Ermenistan Cumhuriyeti'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki temsilcisi olan G. Kostanyan tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, orduda görev yapmayı reddetmesinden ötürü mahkum edilmesinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

4. Başvuru, Mahkeme'nin 3. Bölümüne havale edilmiştir. (Mahkeme İç Tüzüğü 52/1. madde) 12 Aralık 2006 tarihinde, Başkan M. Zupančič, Yargıçlar John Hedigan, Corneliu Bîrsan, Vladimiro Zagrebelsky, Alvina Gyulumyan, David Thór Björgvinsson, Isabelle Berro-Lefèvre ve ayrıca Bölüm Sekreteri Vincent Berger'den oluşan Daire tarafından kısmen kabuledilebilir olduğu beyan edilmiştir. 27 Ekim 2009 tarihinde, Başkan Josep Casadevall, Yargıçlar Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ann Power ve ayrıca Bölüm Sekreter Vekili Stanley Naismith'den oluşan Daire tarafından bir yargılama yapılmıştır ve altı oya karşı bir oy ile Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmediği kararı verilmiştir. Karara, Yargıç Fura'nın mutabık görüşü ve Yargıç Power'ın muhalefet şerhi eklenmiştir.

5. 10 Mayıs 2010'da, Büyük Daire Heyeti, başvurucunun 25 Ocak 2010 tarihli talebine istinaden davanın Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca Büyük Daire'ye gönderilmesine karar vermiştir.

6. Büyük Daire, Sözleşme'nin 26 §§ 4. ve 5. ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 24. maddelerinde yer alan hükümler uyarınca oluşturulmuştur.

7. Hem Başvurucu hem de Hükümet yazılı görüşlerde bulunmuştur. Bu beyanlara ek olarak Başkan tarafından verilen izin (Sözleşme'nin 36 § 2 ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 44 § 3 maddeleri) çerçevesinde Uluslararası Af Örgütü, İnanç ve Barış İçin Uluslararası Vergi Örgütü, Arkadaşlar İstişari Dünya Komitesi (Quakers), Uluslararası Savaş Karşıtları Birliği ve Hristiyan Yehova Şahitleri Avrupa Derneği de yazılı usule katılarak görüşte bulunmuştur.

8. Duruşma, kamuya açık olarak 24 Kasım 2010 tarihinde İnsan Hakları Binası, Strasbourg'da yapılmıştır. (Mahkeme İç Tüzüğü 59 § 3. madde).

Mahkeme önünde

(a) *Hükümet adına*

G. Kostanyan, *Vekil*,

E. Babayan, *Yardımcı Vekil*;

(b) *başvurucu adına*

A. Carbonneau, *Avukat*

P. Muzny, Avukat,

V. Bayatyan, *Başvurucu*.

yer almışlardır.

Mahkeme, Bay Carbonneau, Bay Muzny ve Bay Kostanyan'ın konuşmalarını ve Mahkeme üyelerince sorulan sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVAYA ESAS TEŞKİL EDEN OLAYLAR

9. Başvurucu 1983 yılında doğmuştur ve Erivan'da yaşamaktadır.

A. Davanın arka planı

10. Başvurucu Yehova Şahidi'dir. 1997 yılından itibaren defalarca Yehova Şahitleri'nin dini hizmetlerinden yararlanmış ve 18 Eylül 1999'da 16 yaşındayken vaftiz edilmiştir.

11. 16 Ocak 2000'de, başvurucu, Erebuni Bölgesi Askerlik Şubesi'nce askeri hizmete uygun bulunmuş ve bu hususta kaydı alınmıştır.

12. 16 Ocak 2001'de başvurucu, 17 yaşındayken, tıbbi muayeneye çağrılmış, muayene sonucunda askerliğe uygun bulunmuştur. Başvurucu 2001 bahar döneminde (Nisan-Haziran) askere alınmaya elverişli kabul edilmiştir.

13. 1 Nisan 2001'de, başvurucu askere alımların başlangıcında, Ermenistan Genel Savcılığı'na, Ermenistan Askeri Komiserliği'ne ve Milli Meclisin İnsan Hakları Komisyonu'na aşağıda yer alan mektubu göndermiştir.

"1983'te doğan ben Vahan Bayatyan; Size, 1996'dan beri İncil'i okuduğumu ve inancımı İncil'in Eşaya 2:4 hükmüyle terbiye etmekte olduğumu bildiriyorum. Ben, vicdanen askerlik görevini reddetmekteyim, bununla birlikte askerlik görevine alternatif olarak sivil bir hizmette yer almaya hazır olduğumu da beyan ederim."

14. Mayıs ayının başında, başvurucunun 15 Mayıs 2001 tarihinde askeri hizmete başlaması gerektiğini bildiren bir çağrı kağıdı, başvurucunun evine tebliğ edilmiştir. 14 Mayıs 2001 tarihinde Erebuni Askeri Komutanlığı'ndan bir yetkili, başvurucunun evini telefonla arayarak, başvurucunun annesine oğlunun yarın Komutanlığa gelerek askeri hizmetine başlaması gerektiğinden haberi olup olmadığını sormuştur Aynı akşam başvurucu zorla askere alınmak endişesiyle evini geçici bir süre için terk etmiştir.

15. 15 ve 16 Mayıs 2011'de komutanlıktan arayan yetkililer başvurucunun annesini telefonla ulaşarak oğlunun nerede olduğunu sorup eğer askere kendi rızasıyla gelmezse, onu gelip zorla götürmekle tehdit etmişlerdir. 17 Mayıs 2001'de, sabahın erken saatlerinde başvurucunun evine gelmelerine rağmen, başvurucunun annesi ve babası uyudukları için kapıyı açmamışlardır. Aynı gün içinde başvurucunun annesi Komutanlığa giderek oğlunun evden ayrıldığını ve eve ne zaman geri döneceğini bilmediğini beyan etmiştir. Başvurucunun belirttiğine göre, Komutanlık ailesine ulaşmak için daha fazla bir çaba içine girmemiştir.

16. 29 Mayıs 2001'de Milli Meclisin Devlet ve Adli İşler Komisyonu, başvurucunun 1 Nisan 2001 tarihli mektubuna aşağıdaki beyanı içeren yanıt vermiştir:

"Ermenistan Cumhuriyeti'nin yasal mevzuatı çerçevesinde her vatandaş Ermenistan ordusunda askerlik görevini ifa etmelidir. Ermenistan'da henüz alternatif hizmete ilişkin bir kanun yürürlükte olmadığından, yürürlükte olan kanuna uymak zorunda olduğunuzu ve Ermenistan ordusuna hizmet etmeniz gerektiğini beyanınızla bağlantılı olarak size bildiririz."

17. 2001 yılı Haziran ayının ortalarında başvurucu Eylül 2002'de tutuklanıncaya kadar ikamet etmeye devam edeceği evine dönmüştür.

18. 12 Haziran 2001'de Ermenistan Milli Meclisi 13 Eylül 2001'de sona ermek üzere, sadece 11 Haziran 2001'den önce suç işleyenleri kapsayacak şekilde bir genel af ilan etmiştir.

B. Başvurucu'ya karşı yürütülen cezai işlemler

19. 26 Haziran 2001'de Erebuni Askeri Komutanlığı, Erebuni Bölge Savcılığı'na başvurucunun 15 Mayıs 2001'de askeri birliğine teslim olmaya gelmediğini ve ordudaki askerlik hizmetini yerine getirmekten kasten kaçındığını bildiren bir ihbarname göndermiştir.

20. Temmuz ayı boyunca ve 1 Ağustos 2001 tarihinde, başvurucu babası ve müdafisi ile birlikte çeşitli defalar Bölge Savcılığı'na giderek kendisiyle ilgilenen savcıyla durumunu konuşmak ve gerçekleşmesi muhtemel hukuki süreçleri tartışmak amacıyla görüşmüştür.

21. 1 Ağustos 2001'de savcı Ceza Kanunu'nun 75.maddesine istinaden başvurucunun firari olmasına dayanarak, başvurucu hakkında ceza davası açmıştır. Başvurucuya göre, savcının üstü olan başsavcı, daha detaylı ve derin bir soruşturma yapılmaksızın, kendisi aleyhinde dava açılmasını reddetmiştir. 8 Ağustos 2001'de başvurucu, yukarıda bahsedilen genel aftan yararlanmak amacıyla Savcılık makamına başvurmuş fakat bu başvurusuna yanıt alamamıştır.

22. 1 Ekim 2001'de savcı başvurucu ile ilgili olarak beş karar almıştır: (1) Ceza Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca askerlikten kaçınma ile ilgili olarak başvurucu aleyhinde suç duyurusunda bulunulması; (2) Başvurucunun tekrar tutuklu olarak yargılanması için mahkemeden talepte bulunulması; (3) Başvurucunun kaçak olarak ilan edilmesi ve hakkında arama emri çıkartılması; (4) Başvurucunun yazışmalarının denetlenmesi için mahkemeden talepte bulunulması; (5) Başvurucu bulunana kadar soruşturmanın askıya alınması.

Bu son karar aşağıda yer aldığı şekliyle yayınlanmıştır:

"… inceleme ve arama ile ilgili olarak tedbirler alındığından beri, iki aydır arananın (başvurucu) bulunmasına yönelik girişimler başarısız kalmıştır ve bulunduğu yer bilinememektedir… sanığın bulunması amacıyla soruşturmayı askıya almak ve arama tedbirlerini etkinleştirmek gerekmektedir."

23. 2001 yılı Haziran ayının ortalarından beri ailesiyle birlikte yaşamasına ve Temmuz-Ağustos aylarında çeşitli vesilerle savcıyla görüşmesine rağmen ne başvurucu ne de ailesi bu kararları tebellüğ etmiştir.

24. 2 Ekim 2001'de Erebuni ve Erivan Nubarashen Bölge Mahkemesi, başvurucunun yazışmalarının denetlenmesine ve tekrar tutuklanmasına karar vermiştir. Bu kararlar ne başvurucuya ne de ailesine tebliğ edilmiştir. Soruşturma makamı, başvurucu Eylül 2002'de tutuklanana kadar onunla iletişime geçmek için bir girişimde bulunmamıştır.

25. 26 Nisan 2002'de Sözleşme Ermenistan'da yürürlüğe girmiştir.

C. Başvurucunun yakalanması ve yargılanması

26. 4 Eylül 2002'de, başvurucu işyerindeyken, iki polis memuru başvurucunun evine gelerek; ailesine başvurucunun aranan şahıslar listesinde yer aldığını beyan etmiş ve başvurucunun nerede olduğunu sormuştur.

27. 5 Eylül 2002'de polis memurları eve yeniden gelerek başvurucuya yerel karakol binasına giderken eşlik etmiştir. Karakolda hazırlanan tutanakta, aranan şahıslar listesinde bulunduğunu öğrenen başvurucunun gönüllü olarak polis karakolunda teslim olduğu kayıt altına alınmıştır. Aynı gün içinde başvurucu Nubarashen tutukevine yerleştirilmiştir.

28. 9 Eylül 2002'de soruşturma makamı başvurucuya karşı yeniden ceza soruşturması açmıştır.

29. 11 Eylül 2002'de, başvurucu 1 Ekim 2001'de aleyhine yöneltilen suçlamalara (bakınız yukarıda 22. paragraf) ilk defa yanıt vermiştir. Sorgusunda, dini inançları sebebiyle, vicdani olarak ve kasten askerlik yapmayı reddettiğini fakat bunun yerine alternatif sivil hizmet yapmaya hazır olduğunu belirtmiştir.

30. Aynı tarihte, başvurucu ve müdafisi dava dosyasına erişebilmiştir. 18 Eylül 2002'de iddianameye son şekli verilerek savcı tarafından 23 Eylül 2002 tarihinde onaylanmıştır.

31. 22 Ekim 2002'de başvurucunun davası Erivan Erebuni ve Nubarashen Bölge Mahkemesinde görülmeye başlanmıştır. İddianame örneğinin başvurucuya tebliğ edilmemesinden ötürü dava 28 Ekim 2002 tarihine ertelenmiştir.

32. 28 Ekim 2002'de yapılan duruşmada, başvurucu sorgudaki beyanlarını (bakınız yukarıda 29. paragrafa) tekrar etmiştir.

33. Aynı gün Erivan Erebuni ve Nubarashen Bölge Mahkemesi başvurucuyu suçlu bularak, 1 yıl 6 ay hapis cezasıyla cezalandırmıştır.

34. 29 Kasım 2002'de savcı daha az cezaya hükmedildiği gerekçesiyle karara karşı istinaf yoluna gitmiştir. İstinaf dilekçesinde:

"Başvurucu, İncili okumuş olması ve bir Yehova Şahidi olması sebebiye inancının Ermenistan Silahlı Kuvvetlerinde hizmet etmesine engel oluşturduğunu açıklamak suretiyle suçunu kabul etmemiştir.

Başvurucu, askerliğe fiziksel olarak elverişli olup herhangi bir işte de çalışmamaktadır.

Mahkemenin açıkça hafif bir ceza verdiği ve suçun sosyal tehlikesini göz ardı ederek başvurucunun kişiliğini ve askerlik görevini reddetmesinin tehlikeli sebeplerini dikkate almadığı düşüncesi içindeyim." denilmektedir.

35. 19 Aralık 2002'de başvurucu savcılığın istinaf dilekçesine cevaben mahkeme kararının Ermenistan Anayasası'nın 23. maddesinde, Sözleşmenin 9. maddesinde ve çeşitli uluslararası hukuk metinlerinde teminat altına alınmış bulunan din ve vicdan özgürlüğünün bir ihlali olduğunu belirtmiştir. Buna ek olarak, alternatif sivil hizmet gibi bir seçeneğin bulunmamasının, vicdani sebeplerle askerlik yapmayı reddeden kişilerin karşı cezai sorumluluğunun bulunduğu düşüncesini meşrulaştırmadığını ifade etmiştir.

36. 24 Aralık 2002'de, Askeri ve Ceza İstinaf Mahkemesi önündeki süreçte, Savcı, diğer hususların yanı sıra, Başvurucunun soruşturma süresince saklandığından bahisle daha ağır bir cezayla cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, kendisine istinaf duruşmaları sürecinde askerlik hizmeti ile ilgili olan dinsel inanışından feragat etmesi yönünde baskı yapıldığını iddia etmiştir. Başvurucuya göre, hem savcı hem de yargıçlardan birisi, eğer başvurucu vicdani reddinden vazgeçip askerlik görevini yapmayı kabul ederse davayı düşürmeyi önermişlerdir.

37. Aynı tarihte, İstinaf Mahkemesi, savcılığın temyiz dilekçesini kabul ederek aşağıda yer alan gerekçelerle başvurucuyu iki yıl altı altı aylık hapis cezasına mahkum etmiştir.

"Yerel Mahkeme, başvurucuyu mahkum ederken, başvurucunun yaşının genç olması, sabıkasız olması, suçunu itiraf etmesi, suçun ifşasına yardımcı olması ve etkin pişmanlık göstermesi gibi unsurlara dayanmıştır. Böylelikle işlenen suçu hafif bir suç olarak değerlendirerek suçun ciddiyetini değerlendirmekte yanılmıştır. Bununla birlikte, istinaf sürecinde, başvurucu suçunu kabul etmemekle kalmadığı gibi aynı zamanda bu suçu işlemekten ötürü de pişmanlık içerisinde değildir. Suçun ifşasında yardımcı olmadığı gibi, soruş-

turma esnasında ortadan kaybolduğu için, kendisi için bir arama kararı çıkartılması zorunlu olmuştur.

Suçun niteliği, işlenmesindeki amacı ve içerdiği sosyal tehlikeye binaen, İstinaf Mahkemesi, savcılığın istinaf talebini haklı bularak başvurucuya yerel mahkeme tarafından daha ağır ve uygun bir ceza verilmesi gerektiği düşüncesindedir."

38. Belli olmayan bir tarihte, başvurucu bu karara karşı, 19 Aralık 2002 tarihindeki itirazlarına benzer iddialarla temyiz yoluna gitmiştir (bakınız 35. paragraf). Başvurucu, alternatif sivil hizmette görev almak isteğini tekrarlayarak, iki buçuk yılını hapiste geçirmek yerine topluma faydalı işler yapabileceğini arz etmiştir. Başvurucuya göre, Askeri Yükümlülük Kanunu'nun 12. Bölümü'nde böyle bir imkan öngörülmüştür (bakınız 43. paragraf). Başvurucu ayrıca, alternatif hizmetin ilkesinin Vicdani ve Dini Kurumlar Kanunu'nun 19. Bölümü'nde (bakınız 44. paragraf) yer aldığını ve ilgili bölümün nasıl uygulanacağına dair uygun bir hükmün olmayışından dolayı kendisinin suçlanamayacağını iddia etmiştir.

39. 25 Ocak 2003'te Temyiz Mahkemesi, İstinaf Mahkemesinin hükmünü onaylayarak, Ermenistan Anayasası'nın 23. maddesinde teminat altına altınan hakların, 44. madde (bakınız aşağıda 44. paragraf) kapsamında yer alan devletin korunması, kamu güvenliği ve kamu düzeni gibi sebeplerle kısıtlamalara konu olabileceğini ve benzer kısıtlamaların Sözleşme'nin 9 § 2. maddesinde de yer aldığını belirtmiştir.

40. 22 Temmuz 2003'te başvurucu, cezasının yaklaşık olarak on buçuk ayını çektikten sonra şartlı tahliye edilmiştir.

II. İLGİLİ YEREL HUKUK

A. 1995 Tarihli Ermenistan Anayasası (2005 yılı anayasa değişikliklerinden önceki haliyle)

41. Anayasa'nın ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir.

23. madde:

"Herkes din, vicdan ve düşünce özgürlüğüne sahiptir."

44. madde:

Anayasa'nın 23 ila 27 maddelerinde düzenlenen insan ve vatandaş temel hak ve özgürlükleri ancak ve ancak devletin korunması, kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı ve başkalarının hakları, özgürlükleri, onur ve haysiyetlerinin korunması gerekçeleriyle; kanunla kısıtlanabilir.

47. madde:

Her vatandaş, kanunda yer alan düzenlemeler çerçevesinde Ermenistan Cumhuriyeti'nin savunmasına katılmak yükümlülüğü altındadır.

B. 1961 tarihli Ceza Kanunu (1 Ağustos 2003 mülga)

42. Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

75. madde: Faal askerlik hizmeti için olağan askere alımdan kaçınmak

"Faal askerlik hizmeti için olağan askere alımdan kaçınmak fiili bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir."

C. Askeri Yükümlülük Kanunu (16 Ekim 1998'den itibaren yürürlükte)

43. Askeri Yükümlülük Kanunu'nun ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

3. Bölüm: Askeri Yükümlülük

"1. Askerlik görevi her vatandaşın Ermenistan Cumhuriyeti'nin savunmasına katılması anlamına gelen anayasal yükümlülüğüdür.

11. Bölüm: Zorunlu askerlik hizmeti:

"1. 18 - 27 yaş aralığındaki birinci sınıf yedek erkek er ve subaylar askerliğe fiziksel olarak elverişli bulundukları takdirde barış zamanında zorunlu askerlik hizmetini yerine getirirler.

12. Bölüm: Zorunlu askerlik hizmetinin istisnaları:

"1. Aşağıdaki haller vatandaşların zorunlu askerlik hizmetine istisna teşkil eder:

(a) Askerlik dairesinin kişinin sağlık nedeniyle askerliğe elverişli olmadığını tespit etmesi ve kişiyi askeri sicil kaydından çıkartması.

(b) Babası (annesi), erkek kardeşi (kız kardeşi) Ermenistan'ın savunması görevini Ermenistan Silahlı Kuvvetlerinde veya başka bir orduda ifa ederken ölen kişinin ailedeki tek erkek çocuk olması hali.

(c) Kanun hükmünde kararname çıkartılması.

(d) Başka bir devletin silahları kuvvetlerinde zorunlu askerlik hizmeti görmek suretiyle Ermenistan vatandaşlığı kazanılması.

(e) Doktora seviyesinde bilimsel dereceye sahip olunması ve bilimsel veya eğitimsel alanda faaliyet gösterilmesi."

16. Bölüm: Başka sebeplerle zorunlu askerlik hizmetinden muafiyet:

"2. Bazı özel koşulların varlığı halinde Hükümet, bazı kategorilerde yer alan vatandaşların ya da bireylerin zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmasına karar verebilir.

D. Vicdan Özgürlüğü ve Dini Kuruluşlar Kanunu (6 Temmuz 1991 tarihinden beri yürürlükte)

44. Vicdan Özgürlüğü ve Dini Kuruluşlar Kanunu'nun ilgili hükümleri aşağıda yer aldığı gibidir:

[Başlangıç]

"Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesinde düzenlenen hükümlere sadık kalarak ve uluslararası hukukun temel hak ve özgürlükleri ile insan hakları ilkelerinin rehberliğinde, Ermenistan Cumhuriyeti Yüksek Meclisi Vicdan Özgürlüğü ve Dini Kuruluşlar Kanunu'nu kabul etmiştir."

19. Bölüm:

"Kanunda öngörülen bütün vatandaşlık yükümlülükleri, dini kuruluşların inançlı üyelerine diğer vatandaşlara uygulandığı gibi eşit bir şekilde uygulanır.

Dini inançlar ile vatandaşlık yükümlülükleri arasında uyuşmazlık çıktığı özel durumlarda, bir vatandaşın yükümlülüğünün ayrı tutulması sorunu, kanunda öngörülen usüller uyarınca ilgili Devlet makamı ile belirli bir dini kuruluş arasında yapılan karşılıklı anlaşmaya göre alternatif bir ilke vasıtası ile çözülebilir."

E. Alternatif Hizmet Kanunu (17 Aralık 2003 tarihinde kabul edilip, 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe girmiştir.)

45. Kanunun ilgili hükümleri ve 22 Kasım 2004'te yürürlüğe giren ek maddeleri aşağıdaki gibidir:

2. Bölüm: Alternatif hizmet tanımı ve türleri:

"1. Bu kanun bağlamında, alternatif hizmet, zorunlu askerlik hizmetinin yerine, askeri veya sivil kurumlar içerisinde silah taşımadan, bulundurmadan ve kullanmadan görülen hizmettir.

2. Alternatif hizmet aşağıda belirtilen türlerde yapılabilir:

(a) Alternatif askeri hizmet yani, Ermenistan Silahlı Kuvvetleri bünyesinde, çatışmalara girmeyerek, silah taşımayarak, bulundurmayarak ve kullanmayarak görülen askeri alternatif askeri hizmet

(b) Alternatif çalışma yani, Ermenistan Silahlı Kuvvetleri dışında çalışmak suretiyle görülen alternatif çalışma hizmeti.

3. Alternatif hizmetin amacı, anavatana ve topluma karşı olan vatandaşlık görevinin ifasını sağlamak olup, bu hizmetin cezalandırıcı ve aşağılayıcı bir niteliği bulunmamaktadır.

3. Bölüm: Alternatif hizmetin sebepleri:

"1. Dini inancı kendisine, silah taşımak, bulundurmak ve kullanmak suretiyle askeri bir birimde askerlik yapmasına izin vermeyen Ermenistan vatandaşları alternatif hizmette bulunabilirler."

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

46. Mahkeme'nin elinde bulunan bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin neredeyse hepsi yasal mevzuatlarında, zorunlu askerlik hizmeti olsa dahi, çeşitli noktalarda vicdani ret hakkını tanıyan kanunları yürürlüğe koymuştur. Hatta bazı ülkeler bu düzenlemeleri Avrupa Konseyi üyesi olmadan önce gerçekleştirmişlerdir. Bu düzenlemeyi ilk olarak 1917 yılında İngiltere yapmış olup, ardından Danimarka (1917), İsveç (1920), Hollanda (1920-1923), Norveç (1922), Finlandiya (1931), Almanya (1949), Fransa (1963), Lüksemburg (1963), Belçika (1964), İtalya (1972), Avusturya (1974), Portekiz (1976) ve İspanya (1978) tarafından takip edilmiştir.

47. Daha önceden vicdani ret hakkını tanımayan mevcut ve müstakbel üye devletlerin vicdani ret hakkını kendi iç hukuk sistemlerine dahil ettiği 1980'lerin sonu ve 1990'larda büyük tanıma dalgaları birbirini takip etmiştir. Bu ülkeler Polonya (1988), Çek Cumhuriyeti ve Macaristan (1989), Hırvatistan (1990), Estonya, Moldova ve Slovenya (1991), Kıbrıs, Eski Fedaral Yugoslavya Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ olarak 2006'da iki üye devlete ayrılmıştır: Bu devletler de vicdani ret hakkını iç hukuklarında tanımaya devam etmiştir.) ve Ukrayna (1992), Letonya (1993), Slovakya Cumhuriyeti ve İsviçre (1995), Bosna Hersek, Litvanya ve Romanya (1996), Gürcüstan ve Yunanistan (1997), ve Bulgaristan (1998)'dır.

48. Geriye kalan üye devletlerden Makedonya, 1992 yılının başında silahsız bir şekilde askerlik hizmetinin görülmesini sağlayan bir düzenleme getirmiş, 2001 yılında ise alternatif sivil hizmet kanununu yürürlüğe koymuştur. 1993 ve 1998 yıllarında anayasal olarak vicdani ret hakkını tanıyan

Rusya ve Arnavutluk 2004 ve 2003 yıllarında sırasıyla ilgili kanunları çıkartmıştır. Azerbaycan 1995 yılında anayasal olarak vicdani ret hakkını tanımakla birlikte henüz bu konuda kanuni bir düzenleme yapmamıştır. Türkiye'de ise vicdani ret hakkı tanınmamaktadır.

49. Vicdani ret hakkının tanımlandığı ve tam olarak düzenlendiği üye ülkelerin çoğunluğunda vicdani ret hakkı sadece dini gerekçelerle sınırlandırılmış olmayıp, vicdani ret talebi dini gerekçelere dayanmayan kişisel sebeplerle de ileri sürülebilir. Romanya ve Ukrayna bu duruma bir istisna teşkil etmekte ve bu ülkelerde vicdani ret sadece dini gerekçelerle yapılabilmektedir. Polonya, Belçika ve Finlandiya örneklerinde olduğu gibi bazı ülkelerde vicdani ret hakkı sadece barış zamanında kullanılabilirken, Karadağ ve Slovakya'da bu hak sadece seferberlik halinde tanınmaktadır. Son olarak bazı üye ülkeler, Finlandiya örneğinde olduğu gibi, bazı kategoride yer alan vicdani retçilere, alternatif hizmetten de muafiyet tanımaktadır.

IV. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER VE UYGULAMA

A. Avrupa Belgeleri

1. Avrupa Konseyi

(a) Ermenistan'a özgü belgeler

Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi'nin 221 (2000) No'lu Mütalaası (Opinion No. 221 (2000): Ermenistan'nın Avrupa Konseyi'ne üyelik başvurusu

50. 28 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi (AKPA) 221 numaralı Mütalaası ile Ermenistan'ın üyelik başvurusunu karara bağlamıştır. Mütalaasında AKPA, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nu Ermenistan'ın başvurusunu kabul etmeye çağırırken, ülkenin belirli bir süre içerisinde bir takım taahütleri yerine getirmek durumunda olduğunu vurgulamıştır. Mütalaada yer alan ilgili kesit aşağıda yer almaktadır:

"13. Parlamenterler Asamblesi, Ermenistan Cumhurbaşkanı'nın, Parlemanto Başkanı'nın, Başbakanı'nın ve Meclis'te yer alan siyasi parti başkanlarının yazdıkları mektupları dikkate almakta ve Ermenistan'ın aşağıda yer alan taahütleri yerine getirme yükümlüğü altına girdiğini kaydetmektedir:

a) Üyeliğe kabul edildikten 3 yıl içerisinde, Avrupa standartlarına uygun "Alternatif Hizmet Kanunu"nun çıkartılması,

b) Aynı zamanda hapis cezası alan bütün vicdani retçilerin affedilmesiyle, bu kişilerin, altenatif hizmet kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte

silahsız askeri hizmet veya alternatif sivil hizmetten birisini seçmelerini sağlayacak düzenlemelerin yapılması.

(b) Genel belgeler

(i) Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi

51. AKPA 1967 yılında 337 no'lu Kararında aşağıda yer aldığı şekliyle vicdani ret hakkınının temel prensiplerine değinmiştir:

"1. Vicdani sebepler ya dini, insani, felsefi, etik ya da benzeri gerekçelerle zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmekle yükümlü olmakla birlikte bu hizmeti yerine getirmeyi reddeden kişiler bu hizmeti yerine getirmekten muaf tutulacakları bireysel bir hakka sahip olmalıdır.

2. Söz konusu hak, demokratik bir hukuk devletinde bireyin aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde teminat altına alınmış olan temel hakkının mantıksal bir sonucu olarak değerlendirilmelidir.

52. Bu karara binaen, AKPA 478 (1967) sayılı Tavsiye Kararında, Bakanlar Komitesi'ni üye devletlerin yasama organlarını, yasal mevzuatlarını yukarıda yer alan ilkelerle uyumlu hale getirmeleri için davet etmeye çağırmıştır. AKPA bu çağrısını daha sonra 816 (1977) ve 1518 (2001) sayılı Tavsiye Kararlarında da yinelemiştir. AKPA, bahsi geçen son Tavsiye Kararında ise vicdani reddin Sözleşme'de yer alan düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün temel bir görünümü olduğunu beyan ederken; hala 5 üye devletin söz konusu hakkı tanımadığını hatırlatarak Bakanlar Komitesi'ne bu üye devletleri vicdani ret hakkını tanımaya davet etmesi yönünde tavsiyede bulunmuştur.

53. 2006 yılında AKPA, 1742 (2006) numaralı Tavsiye Kararında üye ülkelerin silahlı kuvvetlerine mensup kişilerin de insan haklarını dikkate alarak, üye ülkelere silahlı kuvvetler personeline yönelik olarak, bu kişilerin -hizmet süreleri içinde talep etmeleri halinde- vicdani ret hakkını tanımaları çağrısında bulunmuştur.

(ii) Bakanlar Komitesi

54. 1987 tarihinde, R(87)8 numaralı Tavsiye Kararında Bakanlar Komitesi, üye devletlere yasal mevzuatlarında vicdani ret hakkına yer vermelerini tavsiye etmiş ve henüz bunu gerçekleştirmeyen ülkeleri de yasal mevzuatlarını ve uygulamalarını aşağıda yer alan temel ilkeyle uyumlu hale getirmeye davet etmiştir.

"Zorunlu askerlik hizmeti yükümlüsü olmasına rağmen vicdani gerekçelerle silah kullanmayı reddeden kişiler bu yükümlülükten muaf tutulmalı ve bu kişilere yönelik olarak alternatif hizmet seçeneği sunulmalıdır."

55. 2010 yılında Bakanlar Komitesi, CM/Rec (2010)4 sayılı Tavsiye Kararında, üye devletlere, silahlı kuvvetler personelinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün önündeki sınırlamaların kaldırılmasının, Sözleşme'nin 9 § 2 maddesinden ileri gelen yükümlülüklerle uyumlu olduğundan bahisle, silahlı kuvvetlere mensup kişilerin talep ettikleri takdirde vicdani retçi statüsüne kavuşturulmalarını ve bu kişilere yönelik olarak alternatif hizmet seçeneğinin önerilmesini tavsiye etmiştir.

Açıklayıcı Bilgi Notunda ise *"vicdani ret hakkının AİHM tarafından henüz 9. madde kapsamında değerlendirilen bir hak olarak kabul edilmediği ancak bununla birlikte, güncel uluslararası eğilimin bunu din ve vicdan özgürlüğünün bir parçası olarak görmek yönünde olduğunu"* belirtmiştir.

2. Avrupa Birliği

(a) Avrupa Parlamentosu

56. Avrupa Konseyi organları tarafından geliştirilen ilkeler 7 Şubat 1983, 13 Ekim 1989, 11 Mart 1993 ve 19 Ocak 1994 tarihli Avrupa Parlamentosu kararları ile tekrarlanmıştır. Avrupa Parlamentosu da benzer olarak vicdani red hakkının, Sözleşme'nin 9. maddesi'nde tanınmış olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü anlayışının yapısında var olduğunu düşünmektedir, ve Avrupa Birliği üye devletlerine vicdani red hakkını temel bir hak olarak iç hukuklarına dahil etmeleri çağrısında bulunmuştur.

(b) Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

57. 7 Aralık 2000'de açıklanan ve 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Şart'ın 10. maddesi aşağıdaki gibidir:

"1. Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü içerir.

2. Bu hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak dini nedenlerle askerlik görevini yapmayı reddetme hakkı tanınmaktadır.

B. Diğer uluslararası belgeler ve uygulama

1. Birleşmiş Milletler

(a) İnsan Hakları Komisyonu

58. 1987/46 sayılı Kararıyla, İnsan Hakları Komisyonu devletleri vicdani red hakkını tanımaya ve bu hakkı kullanması sebebiyle yargılanan kişileri mahkum etmekten çekilmeye davet etmiştir. 1989/59 numaralı müteakip Kararında ise Komisyon bir adım öteye giderek, vicdani ret hakkını, Uluslararası İnsan Hakları Beyannamesi'nin ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddelerinde düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün meşru bir görünümü olarak kabul etmiştir. Bu konu hakkındaki 1993/84, 1995/83 1998/77 numaralı kararlarında var olan ilkeleri teyit edip, onları genişletme yoluna gitmiştir. Akabinde, Komisyon müteaddit defalar, devletleri yasal mevzuatlarını ve uygulamalarını bu ilkeler ışığında gözden geçirmeye davet etmiştir. 2004/35 sayılı Kararında ise, vicdani ret sebebiyle askerlik hizmetini yerine getirmeyen kişilerin haklarının iade edilmesini ve bu kişilerin aftan yararlandırılmasını teşvik etmiştir.

(b) Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi uygulaması

59. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) numaralı Kararıyla kabul edilen ve Ermenistan tarafından 23 Haziran 1993 tarihinde onaylanan Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir.

8. madde

"3. (a) Hiç kimse zorla çalıştırılmaya mecbur edilemez.

(c) Aşağıdaki haller, bu fıkra bakımından "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma" sayılmaz:

(ii) Askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani redcilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti; ..."

18. madde

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile, tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir..."

60. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin uygulanıp uygulanmadığını denetleyen BM İnsan Hakları Komitesi, bireysel şikayetleri değerlendirirken öncelikle Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin özellikle 18 ve 8/3 (c) (ii) maddelerine bakmıştır, ve özellikle 8/3 (c) (ii) maddesini dikkate alarak vicdani red hakkına olanak sağlamamıştır. Bir Finli vicdani redçi tarafından getirilen şikayet, bu temelde Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi hükümleri ile bağdaşmadığı gerekçesi ile kabul edilemez olarak ifade edilmiştir. (*L.T.K. Finlandiya'ya karşı*, Communication no. 185/1984, U.N. Doc. CCPR/C/25/D/185/1984, 9 Temmuz 1985)

61. BM İnsan Hakları Komitesi'nin yaklaşımındaki ilk değişim her ne kadar bu karar hakimin resmi olmayan açıklanmış fikriyle olsa da 7 Kasım 1991 tarihli *P. Kanada'ya karşı* kararıyla meydana gelmiştir: "Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi kesinlikle askeri faaliyetlere ve harcamalara karşı vicdani reddi de içeren fikir sahibi olma, ifade etme ve yayma hakkını korumaktadır."(Communication no. 446/1991, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/446/1991, 7 Kasım 1991).

62. 1993 yılında BM İnsan Hakları Komitesi 18. madde üzerine, diğerlerinin yanında, aşağıdaki yorumu getiren 22 numaralı Genel Mütalaasını yayınlamıştır.

"11. ... Sözleşme vicdani ret hakkına açıkça atıfta bulunmamaktadır, ancak Komite böylesine bir hakkın, ölümcül kuvvet kullanmanın kişinin vicdan özgürlüğü ve dinini ya da inancını uygulama hakkıyla ciddi olarak çatışma yaratacağından bahisle 18. madde'den türetilebileceği kanaatindedir."

63. BM İnsan Hakları Komitesi'nin pozisyonundaki diğer bir gelişme 3 Kasım 2006 tarihinde *Yeo-Bum Yoon Kore Cumhuriyeti'ne karşı* ve *Myung-Jin Choi Kore Cumhuriyeti'ne karşı* davalarında kabul ettiği görüşlerle meydana gelmiştir. Bu davalarda BM İnsan Hakları Komitesi vicdani ret hakkının kanunen tanınmadığı bir ülkede mahkum edilmiş olan iki Yehova Şahidinin şikayetleri ile ilk defa karşılaşmıştır. BM İnsan Hakları Komitesi aşağıdaki gibi karar vermiştir:

"8.2 Komite, 8. maddenin üçüncü bendinin askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani retçilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmetinin; zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmanın kapsamından çıkartmış olduğunu dikkate almaktadır. Buna ek olarak 8. madde tek başına ne vicdani ret hakkını tanımakta ne de bunu reddetmektedir. Böylelikle, mevcut iddiaların sadece Sözleşme'nin 18. maddesi ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

8.3 ... Başvurucuların mahkum edilip cezaya çarptırılmış olmaları, doğal olarak onların din ve inanç özgürlüklerini açığa vurma kapasitelerine kısıt-

lama getirmektedir. Böylesine bir sınırlama 18. maddenin 3. bendinde belirtildiği üzere, ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda zorunlu olduğu ölçüde yapılabilir."

64. BM İnsan Hakları Komitesi başvurucuların 18. madde kapsamında teminat altına alınan haklarına yönelik olarak yapılan müdahalenin zorunlu olmadığına ve ilgili hükümlerin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (Communications no: 1321/2004 ve 1322/2004, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 Ocak 2007).

(c) Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu

65. BM İnsan Hakları Komitesi tarafından 1991 yılında kurulan Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu çeşitli vesileler üzerine vicdani retçilerin gözaltına alınması sorununu kendi özel bireysel dilekçe usulüyle ele almıştır. Yakın zamanda dek Çalışma Grubu'nun esas endişesi tekrarlanan cezalar ve bunların sonucunda vicdani retçilerin tekrardan hapse girmesiydi. Çalışma Grubu bu kararları, *ne bis in idem* ilkesini ihlal ettikleri için keyfi olarak nitelendirmekteydi (bakınız, Opinion no. 36/1999 (Türkiye) ve Opinion no. 24/2003 (İsrail) 2008 yılında ise Çalışma Grubu bir adım daha ileri giderek, Türkiye'deki bir vicdani retçi'nin kovuşturulmasını ve mahkum edilerek özgürlüğünden yoksun bırakılmasını keyfi bulmuştur (bakınız Opinion no. 16/2008 (Türkiye)).

2. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi

66. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3/b ve 12. maddeleri Sözleşme'nin 4/3/b ve 9. maddeleriyle benzerdir.

67. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, 1997 ve 1998'de, mevzuatları hala vicdani retçileri askerlik görevinden muaf tutmayan veya alternatif hizmeti tanımayan taraf devletleri, yasal düzenlerini gözden geçirmeye ve vicdani ret konusunda askerlikten muafiyet için, uluslararası insan hakları hukukunun ruhuna uyacak şekilde yasal değişiklik yapmaya çağıran tavsiye kararları düzenlemiştir.

68. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, 10 Mart 2005'te, vicdani retle ilgili ilk kişisel başvuruyu karara bağlamıştır. Komisyon 12. maddenin 6/3/b maddesi ile birlikte okunması gerektiğine karar vermiş ve vicdani reddin Amerika Konvansiyonu çerçevesinde sadece tanındığı ülkelerde koruma altına alındığı sonucuna varmıştır. Böylece, Amerikalılar Arası Komisyon büyük oranda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 2005 öncesi içtihadına dayanmıştır (bakınız Cristián Daniel Sahli Vera ve diğerleri/Şili, 12.219, no. 43/05, 10 Mart 2005, §§ 95-97). Amerikalılar Arası Komisyon'un bu yaklaşımı daha sonra bir başka davada daha teyit edilmiştir. (bakınız Alfredo Díaz Bustos/Bolivya, 14/04, no. 97/05, 27 Ekim 2005, § 19).

3. Gençlerin Haklarına Dair İber-Amerikan Konvansiyonu

69. 15-24 yaş arası kişiler için belirli haklar ortaya koyan, Gençlerin Haklarına Dair İber-Amerikan Konvansiyonu 10-11 Ekim 2005 tarihinde İber-Amerikan Gençlik Organizasyonu çerçevesinde kabul edilmiştir. Vicdani ret hakkı başlıklı 12. madde şu şekildedir:

"1. Gençler zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkına sahiptir.

2. Taraf devletler bu hakkı teminat altına alacak ilgili yasal düzenlemeleri desteklemeyi ve zorunlu askerlik hizmetinin kaldırılması yönünde ilerleme göstermeyi taahhüt ederler."

4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT)

70. AGİT de 1990 yılında vicdani ret konusunu ele almıştır. İnsani Boyut Konferansı'na katılan devletler İnsan Hakları Komisyonu'nun vicdani ret hakkını tanıdığını belirtmiş ve kendi hukuk sistemlerine alternatif hizmetin farklı formlarını katmayı düşünmek konusunda anlaşmışlardır. 2004 yılında, AGİT Din ve İnanç Hukukuna Dair Değerlendirmeler konusunda rehberler hazırlamış ve bu rehberlerde, bu konuda uluslararası bir standart olmamasına rağmen, en demokratik ülkelerdeki eğilimin, askerlik hizmetine karşı ciddi ahlaki ve dini itirazları olan kişilere alternatif (askeri olmayan) hizmet sunma imkanının sağlanması yönünde olduğunu belirtmiştir.

HUKUK

I. SÖZLEŞME'NİN 9. MADDESİNİN İLHAL EDİLDİĞİ İDDİASI

71. Başvurucu, zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesinden ötürü mahkum edilmiş olmasının 9. maddenin ihlali olduğunu ileri sürmektedir. İlgili madde şöyledir:

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

A. Daire'nin kararı

72. 27 Ekim 2009 tarihli kararında, Daire ilk olarak Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğunun vicdani retçilere alternatif hizmet seçeneği

tanıyan kanunları kabul ettiğini belirtmiştir. Ancak bununla birlikte, 9. maddenin, vicdani red hakkını tanımanın İmzacı Devletlerin takdir yetkisi kapsamında bırakan Sözleşme'nin 4 § 3 (b) maddesi[2] ışığında değerlendirilmesi gereklidir. Dolayısıyla, İmzacı Devletlerin çoğunluğunun vicdani retçilere alternatif hizmet seçeneği tanıyan kanunları kabul etmiş olması, bu kanunu kabul etmemiş olan bir İmzacı Devletin, Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, bu etken, Sözleşme'nin evrimci bir bakış açısıyla yorumlanmasına hizmet edemez. Dolayısıyla, Daire 9. maddenin vicdani gerekçelere dayanarak zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetme hakkını tanımadığını ve de bu sebeple başvurucunun davasına tatbik edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. 9. maddenin uygulanamaz olması sebebiyle, Daire, vicdani red nedeniye askerlik hizmetini yerine getirmeyen başvurucunun mahkum edilmesinin devletin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

B. Tarafların iddiaları

1. Başvurucu

(a) 9. maddenin uygulanabilirliği

73. Başvurucu, Daire'nin yaşayan belge doktrinini uygulamayı reddederek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 4 § 3 (b) maddenin, 9. maddeyi kısıtlayan yorumunu temelden yoksun olarak, açıklama yapmaksızın belirgin hale getirdiği iddia etmektedir. Oysa Sözleşme'nin 4 § 3 (b) maddesinin 9. madde kapsamında vicdani ret hakkını tanımamak için kullanılması meşru olmadığı gibi özellikle kendisini 2000 yılından beri yasal olarak vicdani retçileri tanıma yükümlülüğü altına giren Ermenistan'ın durumunda mümkün değildir. Sözleşme'nin Hazırlık Çalışmalarına dayanarak başvurucu, 4 § 3 (b). maddenin hiçbir zaman 9. madde ile birlikte düşünülmediğini ileri sürmüştür. Bu maddenin tek amacı, 4 § 2. maddede yer alan hakların sınırlarını genişletmek olup, vicdani ret hakkının tanımadığı gibi bu hakkı da reddetmemektedir. 4 § 3 (b). madde Sözleşme'nin diğer maddelerine uygulanmadığı için, 9. maddeye de tatbik edilmesine gerek yoktur. Eğer 9. maddenin vicdani retçilere uygulanmaması istenseydi, bunun İmzacı Devletler tarafından Sözleşme metnine dahil edilmesi mümkündü. Dolayısıyla, Mahkeme'nin 9. maddenin vicdani retçilere yönelik olarak tatbik edilebilece-

---

2 Sözleşme'nin 4. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: 2.*"Hiç kimse zorla çalıştırılamaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz. 3. Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmadan sayılmazlar:*
b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;"

ğini kabul etmesi halinde Sözleşme'den ayrılarak, orada var olmayan bir hakkı ihdas edeceği ileri sürülemez.

74. Başvurucuya göre, günümüzün koşulları -neredeyse bütün üye devletlerde vicdani ret hakkının tanınmış olması sebebiyle- vicdani ret hakkının tanınması destekler niteliktedir. Bu konudaki görüş birliği Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği organlarının benimsedikleri pozisyonlara yansımış olup; vicdani ret hakkının tanınması Avrupa Konseyi'ne katılmak isteyen yeni devletler için bir önkoşul olarak ortaya çıkmıştır. Daha da ötesinde Daire, Birleşmiş Milletler organlarının, özellikle Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin tamamlayıcı hükümlerinin yorumlamaktaki değişikliklerini dikkate almayarak hataya düşmüştür. Bu noktada Mahkeme'nin pozisyonunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir, zira 9. maddenin vicdani retçilere uygulanmasını sürekli olarak reddeden Mahkeme değil Komisyon olmuştur. Daha da ötesinde Daire'nin Komisyon'un pozisyonuna atıfta bulunması bunun Sözleşme'nin konusuna ve amacına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle uygun olmadığı gibi Komisyonun yaklaşımında vicdani ret hakkını tanımaya yönelik bir eğilim bulunduğundan ötürü de yerinde değildir. Son olarak, başvurucu meselenin artık sadece kendisiyle ilgili olmadığını, Avrupa Konseyinde ve dünyanın geri kalan kısmında kendisiyle aynı durumdaki binlerce gencin hayatını doğrudan etkileyecek bir niteliğe büründüğünü beyan etmiştir.

(b) 9. maddeye uygunluk

75. Başvurucu, mahkum edilmesinin dini inancını yaşama özgürlüğüne müdahale ettiğini ileri sürmüştür. Bu müdahele kanuni değildir, zira başvurucunun iddiasına göre, mahkemenin kendisini mahkum etmesi, Ermenistan'ın Avrupa Konseyi'ne katılırken yerine getirmeyi bağlayıcı olarak taahhüt ettiği, hüküm giymiş vicdani retçilerin affedilmesi yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Uluslararası nitelikte bu yükümlülük Ermenistan'ın iç hukukunun bir parçası haline gelmiştir; bu andan itibaren zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddeden bütün vicdani retçilerin bu yükümlülükten kurtulmuş olmaları ve onlara alternatif hizmet seçeneğinin sunulması gerekmektedir. Ancak iç hukuktaki düzenleme, Ermenistan'ın uluslararası taahhütleri ile uyumlu hale getirilmediği için yeteri kadar açık değildir.

76. Başvurucu, Ermenistan'ın 1993 yılında Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin tarafı haline geldikten sonra ilgili sözleşmenin 18. maddesini ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin yerleşik içtihadını, Vicdan Özgürlüğü ve Dini Kuruluşlar Kanunu'nun (bakınız 44. paragraf) öngördüğünün aksine ihlal ettiğini ileri sürerek müdahelenin kanuni olmadığı belirtmiştir.

77. Başvurucu, müdahelenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ileri sürmüştür. İlk olarak, sabıkasız, komşularıyla huzurlu bir şekilde yaşamayı kendisine şiar edinmiş bir vicdani retçi olarak kendisinin tıpkı tehlikeli bir suçlu gibi mahkum edilmesinin demokratik bir toplumda tamamen gereksiz olduğunu beyan etmiştir. Özellikle tacize varan seviyede bir arama sürecine maruz kalmış; ardından yataksız bir hücrede çeşitli suçlardan ötürü tutuklanmış altı kişiyle birlikte kalmaya zorlanmış ve de bu esnada gardiyanların fiziki ve sözlü tacizine uğramıştır. İkinci olarak, kendisine yapılan müdahele ve maruz kaldığı muamele sadece temel hakkı olan düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü kullanmakta olduğu dikkate alınırsa, son derece orantısızdır. Üçüncü olarak, mahkum edilmiş olması gereksizdir, zira Ermenistan kendisiyle benzer durumdaki kişileri affetmiştir. Son olarak, kendisiyle aynı durumda olan kişilerin askerlik yapmamasından ötürü Ermenistan'ın askeri savunması zayıflayacak durumda değildir. Özellikle, Ermenistan'ın 2007 yılında fiili olarak 125.000 ve potansiyel olarak 551.000 askeri olduğu dikkate alınırsa, kendisi gibi mahkum edilen 41 Yehova Şahidinin mahkum edilmesinin ne kadar gereksiz olduğu anlaşılacaktır. Buna ek olarak, 2002'den itibaren diğer dinlere inanan Ermenistan vatandaşlarından sadece 3 tanesi vicdani retçi olmuşlardır. Böylesine önemsiz rakamların Ermenistan'ın askeri kapasitesi üzerinde olumsuz bir etkisi olduğunu savunmak mümkün değildir.

2. Hükümet

(a) 9. maddenin uygulanabilirliği

78. Hükümet, Sözleşme'den ve Ermenistan Anayasası'ndan doğan bütün hakların, düşünce din ve vicdan özgürlüğü hakkı da dahil olmak üzere, ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmak durumunda olduğunu ileri sürmüştür. Ermenistan vatandaşı olan başvurucu, askerlik hizmetini yerine getirmek konusunda anayasal bir zorunluluk altındadır ve bu anayasal zorunluluk düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne yapılmış bir müdahele olarak değerlendirilemez. Kanun, zorunlu askerlik hizmetinden muafiyet şartlarında Yehova Şahidi olmayı saymadığı gibi, kişilere bu durumda bir muafiyet tanınması kanun önünde eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı bir durum teşkil etmiş olurdu.

79. Hükümet, Sözleşme'nin "yaşayan bir belge" olduğu konusunda aynı kanaattedir. Ancak bununla birlikte, Sözleşme'nin 9. maddesinin uygulanabilirliği sorunu incelenirken bu konuya Sözleşmenin o zamanki yorumunun uygulanabilirliğe cevaz verip vermediği açısından yaklaşmak gerekir. Başvurucu 2001-2002 yılları arasında mahkum edilmiş olup; mahkumiyetin uluslararası toplumun yaklaşımıyla uyumlu olduğu ve Sözleşme'yi ihlal etmediği Komisyon ve Mahkeme kararlarıyla ortaya konulmuştur. Özellikle, Komis-

yon bu konuda güncel olarak, Peters Hollanda'ya karşı (22793/93 sayılı ve 30 Kasım 1994 tarihli Komisyon Kararı) ve Heudens Belçika'ya karşı (24630/94 sayılı ve 22 Mayıs 1995 tarihli Komisyon Kararı) kararlarında 9. madde kapsamında teminat altına alınan düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün, dini ya da siyasi sebeplerle zorunlu askerlik hizmetinden muafiyet sağlamadığını ortaya koymuştur. Mahkeme bu konu hakkındaki daha güncel kararlarında; (örnek vermek gerekirse *Thlimmenos Yunanistan'a karşı* 34369/97, § 43, ECHR 2000-IV ve *Ülke Türkiye'ye karşı* 39437/98, §§ 53-54, 24 Ocak 2006) 9. maddenin uygulanabilirliğini incelemeye gerek görmemiştir. Dolayısıyla Ermenistan, Sözleşme'nin gerektirdiği gibi hareket etmiştir. Bu konudaki yerleşik içtihat dikkate alındığında, yetkililerin Sözleşme'nin yeni yorumunu öngörmeleri ve bu yoruma uygun olarak hareket etmeleri beklenemez.

80. Hükümet, Avrupa Konseyine üye devletlerin çoğunluğunun vicdani retçilere çeşitli alternatif hizmet seçenekleri sunan kanunları yürürlüğe koyduğunu kabul etmektedir. Ancak bununla birlikte vicdani retçileri tanıyıp tanımama kararını açıkça İmzacı Devletlere bırakan 4 § 3 (b) hükümleri göz ardı edilemez ve İmzacı Devletlerin çoğunluğunun bu hakkı tanımış olması, henüz bunu yerine getirmemiş bir İmzacı Devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucunu doğurmaz. Sonuç olarak, 9. madde, 4 § 3 (b). madde ışığında okunacak olursa, bu maddenin vicdani gerekçelerle zorunlu askerlik hizmetini reddetme hakkını teminat altına almadığı ve de dolayısıyla başvurucunun 9.maddede yer alan haklarına yönelik bir müdahelenin olmadığı anlaşılmış olacaktır.

81. Hükümet, Ermenistan'da güncel olarak aralarında Yehova Şahitleri'nin de bulunduğu 60'a yakın kayıtlı dini kuruluş olduğunu beyan etmiştir. Her kuruluşun askeri hizmetin dini inançlarına aykırı olduğunu ileri sürmesi halinde, sadece Yehova Şahitleri'nin değil diğer dini kuruluşların da anavatanlarını savunmaktan kaçınmalarına yol açacak bir durumun meydana geleceği açıktır. Bunun daha da ötesinde Yehova Şahitleri ya da diğer dini kuruluşlar bir gün vergi vermenin de dini inançlarına aykırı olduğunu ileri sürerlerse, devlet, 9. maddeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmemek adına bu kişileri mahkum etme yoluna gidemeyecektir. Böylesine bir yaklaşım, yükümlülüklerini yerine getirmek istemeyen kişilerin benzeri amaçlarla söz konusu dini kuruluşlara katılma yolunu açabileceği için, kabul edilemez niteliktedir.

82. Hükümet son olarak, Ermenistan'ın Avrupa Konseyi'ne katılması üzerine yerine getirmeyi taahhüt ettiği yükümlülükleri söz konusu olduğunda, 17 Aralık 2003 tarihinde Alternatif Hizmet Kanunu'nun kabul edildiğini ileri sürmüştür. Böylelikle, dini gerekçelerle zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmak kanunen mümkün hale gelmiş; vicdani retçiler anayasal yükümlülüklerini yerine getirmenin alternatif olanağına kavuşmuşlardır.

Hapis cezasına mahkum olan vicdani retçilerin affedilmesi hususuna gelince de Ermeni yetkililer meseleyi, hapis cezasına mahkum olan başvurucunun ilgili cezayı çekmemesi yoluna giderek çözdükleri konusunda ısrarcı olmuşlardır. Başvurucu iki yıl altı aylık hapis cezasına çarptırıldıktan sonra Temyiz Mahkemesi'nin kararından altı ay sonra serbest bırakılmıştır

(b) 9. maddeye uygunluk

83. Hükümet, başvurucunun 9.madde kapsamında teminat altına alınan haklarına yönelik bir müdahele olduğu iddiasının bir an için bile olsa kabul edilmesi halinde bile söz konusu müdahelenin hukuka uygun olduğunu ileri sürmüştür. Öncelikle müdahele kanun tarafından öngörülmüştür. 18 - 27 yaş aralığındaki fiziksel olarak elverişli bulunan Ermenistan vatandaşlarının, dini inançlardan bağımsız olarak zorunlu askerlik hizmetini yerine getirecekleri hususu, Ermenistan Anayasası'nın 47. maddesi ile Askeri Yükümlülük Kanunu'nun 3. ve 11. Bölümlerinde düzenlenmiştir, daha da ötesinde Ermenistan Ceza Kanunu'nun 75. maddesi askere alımdan kaçmayı bir suç olarak düzenlemiştir. Söz konusu kanuni hükümler herkes tarafından kolaylıkla ulaşılabilir nitelikte olup; izahtan varestedir. Buna ek olarak, ilgili dönem göz önüne alındığında, vicdani ret hakkı Ermenistan hukukunda düzenlenmiş değildir.

84. İkinci olarak, söz konusu müdahele demokratik bir toplumda zorunludur. Vatandaşların hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmadan Anayasa ve kanunlarda düzenlenmiş hak ve özgürlüklerden yararlanmaları ile yükümlülüklere tabi olmaları demokratik bir toplumun temel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Eğer yetkililer, yukarıda belirtilen 60'a yakın dini örgütün, kendi dini inançları çerçevesinde o dönemde yürürlükte olan kanunları yorumlamalarına izin verseydi bunun sonucu olarak toplumda kamu düzeni açısından bir infial yaşanması kaçınılmaz olurdu. Böylesi durumlarda yetkililere düşen en önemli görev, kişilerin dini inançlarına bakılmaksızın, kanunların herkese karşı eşit olarak uygulanmasını sağlamak olup; bu görevin Sözleşme'ye uymayan bir müdahele olarak değerlendirilmemesi gerekir.

3. Müdahil 3. Kişiler

(a) Uluslararası Af Örgütü, İnanç ve Barış İçin Uluslararası Vergi Örgütü, Arkadaşlar İstişari Dünya Komitesi (Quakers), Uluslararası Savaş Karşıtları Birliği'nden oluşan sivil toplum örgütlerinin ortak gözlemleri:

85. Müdahil olan örgütler vicdani ret hakkının bölgesel ve uluslararası seviyedeki tanınma oranıyla ilgili olarak genel bilgi vermişlerdir. Uluslararası düzlemde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'ne odaklanarak,

Komite'nin 22 no'lu Genel Mütalaası ile *Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin Choi* (bakınız yukarıda 62-64 paragraflar) kararının içtihatta ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin karş taraf hükümlerinin yorumlamasında sağladığı gelişmeye vurgu yapmışlardır. Buna ek olarak, Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu gibi diğer Birleşmiş Milletler organları nezdindeki gelişmeleri de mahkemeye sunmuşlardır. (bakınız yukarıda 58. ve 65. paragraflar)

86. Bölgesel düzlemde ise, müdahil örgütler Avrupa Konseyi organları önündeki gelişmelere, özellikle de Konsey'in devletlere yapmış olduğu vicdani ret hakkının tanınması ve vicdani retçilere yönelik daha etkin bir koruma sağlanması yönündeki çağrılarına vurgu yapmışlardır. (bakınız yukarıda paragraf 51-55) Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 10. maddesi ile Gençlerin Haklarına Dair İber-Amerikan Konvansiyonu'nun 12. maddesinde açıkça tanınmış olduğunu da belirtmişlerdir. Müdahil örgütlerin beyanına göre, son olarak İnter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, Bolivya devleti ile başvurucu arasındaki dostane çözümle sonuçlanan davada, vicdani ret hakkının evrimsel niteliğini tanımış ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 22 no'lu Genel Mütalaasına açıkça atıfta bulunmuştur. (bakınız yukarıda 68. paragraf)

87. Müdahil örgütler Sözleşme'nin 9 § 2 maddesinin kişinin dini inancını açıklama özgürlüğünün milli güvenlik gerekçesiyle kısıtlanmasına izin vermediğini ileri sürmüşlerdir. Buna ek olarak müdahil örgütler *Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin Choi* kararında, Komite'nin başvurucuların Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesinde teminat altına alınan haklarına yönelik bir müdahele olduğunu, bu müdahelenin gereksiz olduğunu ve de bu haliyle müdahelenin sözleşme hükümlerini ihlal ettiğini belirtmişlerdir.

88. Müdahil örgütler, vicdani ret hakkının neredeyse Avrupa Konseyine üye devletlerin tamamı tarafından tanınmış olmaları ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun yukarıda bahsi geçen saptamaları sonucunda bir devletin vicdani ret hakkını içeren bir düzenleme yapmaması halinde, 9 § 2 madde kapsamında hukuka aykırı bir müdahelenin söz konusu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Son olarak, *Tsirlis ve Kouloumpas Yunanistan'a karşı* kararı (29 Mayıs 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III) ve *Thlimmenos Yunanistan'a karşı* kararlarının karşı oy yazılarına dayanarak Komisyonun yaklaşımın yıllar içerisinde değiştiğine ya da bir başka deyişle evrildiğine dikkat çekmişlerdir.

(b) Avrupa Hristiyan Yehova Şahitleri Derneği

89. Müdahil örgüt, Yehova Şahitleri'nin yüksek ahlaki değerlere kendisini adamış insanlardan oluşan ve insanlara karşı silah kullanmayı reddetme-

leriyle bilinen bir hristiyan mezhebi olduğunu ifade etmiştir. Normal koşullar altında Yehova Şahitleri, temel ahlaki değerlerine bir aykırılık teşkil etmediğinden ötürü alternatif hizmet kavramına karşı çıkmamaktadırlar. Örgütün iddiasına göre tarihsel olarak Yehova Şahitleri, zorunlu askerlik hizmetine yönelik vicdani retlerinden ötürü, özellikle de savaş zamanlarında büyük cezalarla karşı karşıya kalmışlardır; ancak bununla birlikte savaş sonrası dönemde, Avrupa devletlerinin çoğunluğunda, kademeli olarak vicdani ret hakkı tanınmış, alternatif hizmet seçeneği getirilmiş ve mecburi milli hizmet kavramı ortadan kaldırılmıştır.

90. Müdahil örgüte göre Ermenistan'da hakiki bir alternatif hizmet seçeneği bulunmamaktadır. Zira alternatif hizmet seçeneği askeri denetim altında görülmekte olup; zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddeden gençler Yehova Şahitleri hapis cezası almaya devam etmektedir. 2002 ile 2010 yılları arasında hüküm giyen 273 kişi bulunmakta olup; bugün dahi 72 kişi 24 aydan 36 aya değişen hapis cezalarını çekmektedir. Bu kişilere aynı zamanda pasaport verilmemekte ve de dolayısıyla bu kişiler, işsiz kalmakta, bir banka hesabı dahi açamamakta ve hatta evlenememektedir.

91. Son tahlilde, müdahil örgüt Büyük Daire'yi yaşayan belge doktrinini uygulamaya ve de içtihadını günümüz koşullarına uygun olarak yorumlamaya davet etmektedir. Dernek, üye devletlerin savunma gereksinimlerinin bu konu hakkındaki önceki kararlar nedeniyle artık uygulanamaz olduğunu ileri sürmüş ve milli hizmet için yerine getirilmesi gereken sorumlulukların 9.maddede teminat altına alınan hakların ihlal edilmeden de belirlenebileceğini beyan etmiştir.

C. Mahkemenin değerlendirmesi

1. 9. maddenin uygulanabilirliği

92. Hükümet, başvurucunun davasında 9. maddenin uygulanabilirliğine Mahkeme'nin mevcut içtihadı kapsamında karşı çıkmaktadır. Buna karşılık başvurucu ve müdahil örgütler söz konusu içtihadın mutlak bir nitelik taşımadığını ifade ederek, içtihadın günümüz koşullarına uygun olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir.

(a) İlgili içtihadın özeti

93. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, birincil pozisyonunu bir vicdani retçi olan başvurucunun hem zorunlu askerlik hizmetinden hem de alternatif hizmetten muaf tutulma talebini içeren *Grandrath Federal Almanya'ya karşı* (2299/64 sayılı 12 Aralık 1966 tarihli Komisyon Raporu, Yearbook, vol. 10, s. 626) kararında belirlediğini tespit etmiştir. Başvurucu,

dini gerekçelerle böylesine bir hizmeti yerine getirmeyi reddettiği için cezalandırılmasının Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık Komisyon ise, 9. maddenin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü teminat altına aldığını kabul etmekle birlikte Sözleşmenin 4. maddesinde yer alan hükmün vicdani retçilerin durumuna açıklık getirdiğini saptamıştır. Buna göre ise, sivil hizmet, zorunlu askerlik hizmetinin ikamesi olarak vicdani retçilere yüklenebilir, dolayısıyla vicdani gerekçeler, Sözleşme kapsamında bu hizmetin ifasında kişiye muafiyet sağlamaz. Komisyon 9. maddede yer alan "din ve vicdan özgürlüğü" kavramından ne anlam çıkarılması gerektiği konusundaki istemi ise afakî bularak, böylesi bir değerlendirmeden kaçınmış ve ilgili maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

94. Komisyon, yine aynı şekilde *X. Avusturya'ya karşı* (5591/72 sayılı ve 2 Nisan 1973 tarihli Komisyon Kararı, Collection 43, s. 161) kararında 9. maddeyi yorumlarken Sözleşme'nin 4 § 3 (b) maddesinin "askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmetin "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma"dan sayılmayacağı" hükmünü dikkate aldığını belirtmiştir.

Sözleşme'nin 4 § 3 (b) maddesinde "askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde" ifadesinin kullanılması İmzacı Devletlere vicdani ret hakkını tanımak konusunda bir takdir hakkı tanımakta, böylesine bir hakkın tanınması halinde ise bunun yerine ikame bir hizmetin konulmasını mümkün kılmaktadır. Bu sebeplerle Komisyon, 9. maddenin, Sözleşme'nin 4 § 3 (b) maddesinin nitelikleri de göz önüne alındığında; devletlere vicdani ret hakkını tanımak konusunda bir yükümlülük getirmediğini ve de bunun sonucu olarak kişilerin zorunlu askerlik hizmetinden ötürü etkilenen din ve vicdan özgürlüklerinin kullanılabilmesi için devletlerin özel düzenleme yapma zorunluluğu bulunmadığına karar vermiştir.

95. Bu yaklaşım akabinde, zorunlu askerlik hizmetine alternatif olarak getirilen sivil hizmeti de ifa etmekten kaçınan X Federal Almanya'ya karşı (7705/76 sayılı, 5 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Kararı, Decisions and Reports (DR) 9, s. 196) kararında devam ettirilmiştir. Vicdani retçiler Danimarka'ya karşı kararında, (7565/76 sayılı, 7 Mart 1977 tarihli Komisyon kararı, DR 9, s. 117) vicdani ret hakkının Sözleşme'de teminat altına alınan hak ve özgürlükler arasında yer almadığını tekrar etmiştir. A; Avusturya'ya karşı (10640/83 sayılı ve Mayıs 1984 tarihli Komisyon Kararı, DR 38, s. 219) kararında ise ne başvurucunun zorunlu askerlik hizmetini reddetmesinden ötürü ceza almasının ne de bu cezasının bekletilmesinin 9. maddenin ihlali anlamına geldiğini ifade ederek, pozisyonunu tekrar etmiştir.

96. Komisyon'un, Sözleşme'nin vicdani ret hakkını teminat altına almadığına dair saptaması, daha sonraları çeşitli vesilelerle yenilenmiştir (bakınız *N. İsveç'e karşı* 10410/83 sayılı ve 11 Ekim 1984 tarihli Komisyon Kararı, DR 40, s. 203; yine bakınız, *kıyasen*, *Autio v. Finlandiya'ya karşı*, 17086/90 sayılı ve 6 Aralık 1991 tarihli Komisyon Kararı, DR 72, s. 245; yukarda belirtilen *Peters*; ve yukarda belirtilen *Heudens* kararları). Ancak bununla birlikte, Komisyon bu davalarda, yukarıda bahsedilen ilkelerden bağımsız olarak olguların 9. maddenin kapsamına girdiğini ve başvurucuların ayrımcılık iddialarının 14. madde kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmeye hazır durumdaydı.

97. Kişilerin vicdani red sebebiyle mahkum edilmesi hususu iki davada Mahkeme önüne getirilmiş olmakla birlikte her iki davada da Mahkeme, konunun 9. madde kapsamında incelemesini gerekli bulmayıp, Sözleşmenin diğer hükümleri (14. ve 3. maddeler) açısından değerlendirmede bulunmuştur. (bakınız yukarda bahsi geçen *Thlimmenos*, para, §§ 43 ve 53 ve yukarıda bahsi geçen *Ülke*, para, §§ 53-54 ve 63-64).

(b) İçtihadın değişmesi konusunda bir gereklilik bulunup bulunmadığı konusunda

98. Hukuki kesinlik, öngörülebilirlik ile kanun önünde eşitlik ilkelerinden ötürü Mahkeme -geçerli bir sebep bulunmaksızın- önceki kararlarından ayrılmamak durumunda olsa da; dinamik ve evrimsel bir yaklaşımın göz ardı edilmesi reformların ve yeniliklerin ıskalanması anlamına gelecektir.(bakınız *Vilho Eskelinen ve Diğerleri Finlandiya'ya karşı* [BD], no. 63235/00, § 56, AİHM 2007-IV, ve *Micallef Malta'ya karşı* [BD], no. 17056/06, § 81, AİHM 2009-...) Sözleşmenin teorik ve boş yorumlarından ziyade içinde yer alan hakların verimli ve pratik bir şekilde kullanılmasına izin verilecek şekilde yorumlanması hayati bir önemi haizdir.

99. Mahkeme, bu davadan önce, Komisyonun aksine, 9. maddenin vicdani retçilere uygulanabilirliği hususunda bir karara varmamıştır. Komisyon 9. maddenin vicdani retçilere uygulanmasını reddetmek suretiyle 9. madde ile 4 § 3 (b) madde arasında bir bağ kurarak, Sözleşme'nin 4 § 3 (b) maddesinin vicdani ret hakkını tanımak konusunda İmzacı Devletlere takdir hakkı tanıdığını ortaya koymuştur. Bunun sonucu olarak, vicdani retçilerin 9. maddenin koruma alanının dışında kalarak zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmemekten ötürü cezalandırılmaların yolu açılmıştır.

100. Mahkeme bununla birlikte 4 § 3 (b).maddenin yorumunun hükmün gerçek amacıyla örtüştüğü kanısında değildir. Mahkemeye göre 4 § 3 (b). madde, Sözleşme'nin 4 § 2 maddesinde yasaklanan "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma" nın istisnalarından bir tanesini "askeri nitelikte bir hizmet

veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet" in zorla çalıştırma yasağından sayılmayacağını hüküm altına alarak; düzenlemektedir. Mahkeme, Sözleşmenin Hazırlık Çalışmalarında 4. maddenin başlığı altında 23. paragrafta "Bu hükmün amacı, vicdani retçilerin askerlik hizmetini reddetmeleri sonucunda yapacakları milli hizmetin zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı kapsamına girmeyeceğini düzenlemektir." denildiğinin altını çizmektedir. Vicdani ret kavramı o dönemde birçok ülkede düzenlenmemiş olduğu için "askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde" ifadesi madde metnine konulmuştur. Mahkeme, Hazırlık Çalışmaları okunduğunda 4. maddenin 3. fıkrasının (b) bendinin amacının "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma" nın izah edilmesinden ibaret olduğunun anlaşılacağı görüşündedir. Bu madde kendi içerisinde ne vicdani ret hakkını tanımakta ne de reddetmektedir. Dolayısıyla, bu maddenin 9. maddede teminat altına alınan haklar bakımından kısıtlayıcı bir etkisi olmaması gerekmektedir.

101. Mahkeme, aynı zamanda Komisyon'un kısıtlayıcı 9. madde uygulamasının ilgili dönemdeki fikirlerden ileri geldiğini hatırlamaktadır. Ancak bununla birlikte Komisyonun *Grandrath Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı ve X. Avusturya'ya karşı* kararlarında ortaya koyduğu, 9. maddenin vicdani retçilere uygulanmayacağı şeklindeki kararının üzerinden uzun yıllar geçmiştir. Komisyon her ne kadar görüşünü daha sonraları tekrar etmiş olsa da bu konuyla ilgili olarak en son 1995 yılında karar vermiştir. Geçen süre zarfında hem uluslararası seviyede hem de Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin iç hukukunda önemli değişiklikler meydana gelmiştir.

102. Mahkeme, bu bağlamda Sözleşme'nin günümüz koşullarına uyarlanması gereken ve bugün demokratik ülkelerde gelişen fikirlerden beslenen, yaşayan bir belge olduğu görüşünü tekrarlamaktadır. (bakınız *Tyrer Birleşik Krallığa karşı* 25 Nisan 1978, § 31, Series A no. 26; *Kress Fransa'ya karşı* [BD], no. 39594/98, § 70, ECHR 2001-VI; ve *Christine Goodwin*, yukarıda bahsi geçen, § 75). Mahkeme, insan haklarının korunması açısından ilk ve en önemli sistem olmasından ötürü, İmzacı Devletlerin insan hakları koşullarının iyileştirilmesi, ortaya çıkan uzlaşıların yayılması ve ulaşılması gereken standartların belirlenmesi ihtiyaçlarına cevap vermelidir. (bakınız *Stafford*, yukarıda, § 68, ve *Scoppola İtalya'ya karşı (no. 2)* [BD], no. 10249/03, § 104, ECHR 2009-...). Bunun da ötesinde, Sözleşme metninde yer alan hüküm ve kavramların tanımlanması hususunda, Mahkeme Sözleşmenin dışında uluslararası hukukun unsurlarını ve bu unsurların yetkili organlar tarafından nasıl yorumlandığını dikkate alabilmeli ve almalıdır. Sözleşme hükümlerinin, bazı özel davalarda yorumlanması gerektiğinde, uluslararası hukuki

belgeler ve bunların yorumu Mahkeme için ciddi bir kanaat oluşturabilir. (bakınız *Demir ve Baykara Türkiye'ye karşı* [BD], no. 34503/97, § 85, 12 Kasım 2008).

103. Mahkeme, 1980'ler ve 1990'ların sonunda hem Avrupa Konseyi'ne üye hem de daha sonradan üye olacak Avrupa ülkelerinin çoğunluğunda vicdani ret hakkını tanımaya yönelik bir eğilim olduğuna dikkat çekmektedir. (bakınız 47. paragraf) Bir bütün olarak ele alındığında, vicdani ret hakkını tanımamış olan 19 ülke de Komisyon bu konudaki son kararını almış olduğu zamanlarda vicdani ret hakkını iç hukuklarında yürürlüğe koymuşlardır.

Başvurucunun 9.madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiği andan itibaren -ki bu dönem 2002-2003 yıllarına tekabül etmektedir- Ermenistan'a ek olarak sadece 4 ülke vicdani retçilere yönelik olarak alternatif hizmet kanunlarını yürürlüğe koymamıştır. Kaldı ki bu devletlerden üç tanesi vicdani ret hakkını anayasal olarak tanımış ancak yürürlük kanunlarını çıkartmamıştır. (bakınız 48. paragraf) Böylelikle, vicdani ret hakkının tanınması hususunda Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin neredeyse tamamını kapsayan bir konsensüs oluşmuştur.

104. Mahkeme, ayrıca somut davadaki gelişmelerin ardından iki üye devletin daha vicdani ret hakkını tamamen tanıyan düzenlemeleri yürürlüğe koyduklarına dikkat çekerek sadece Azerbaycan ile Türkiye'nin vicdani ret hakkını tanımamış ülkeler arasında yer aldığını belirtmektedir. Dahası Ermenistan bile başvurucunun serbest bırakılıp, AİHM'e başvurusundan sonra vicdani ret hakkını tanımıştır.

105. Mahkeme, vicdani ret hakkının tanınmasına yönelik olarak çeşitli uluslararası kazai organlar nezdindeki gelişmelerin önemini vurgulamaktadır. Bunlardan en önemlisi BM İnsan Hakları Komitesi'nin Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesine getirmiş olduğu yorumdur. Önceleri, BM İnsan Hakları Komitesi tıpkı Komisyon gibi düşünerek, vicdani ret hakkını 18. madde kapsamından dışlayan bir yaklaşım benimsemiştir. Ancak 1993'te 22 numaralı Genel Mütalaası'nda başlagıçtaki tutumunu gözden geçirmiş ve vicdani ret hakkının, ölümcül güç kullanmanın din ve vicdan özgürlüğü ile ciddi bir şekilde çatışması olasılığına binaen Uluslararası Medeni ve bu hakkın Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18.maddesi hükmünden çıkartılabileceğini ifade etmiştir. 2006 yılında BM İnsan Hakları Komitesi, Güney Kore'ye karşı olan iki vicdani ret davasında Uluslararası Medeni ve bu hakkın Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 8.maddesini uygulamayı açıkça reddetmiş ve şikayetleri sadece 18.madde kapsamında değerlendirerek; başvurucuların vicdani gerekçeler nedeniyle orduya hizmet etmeyi reddetmelerinden ötürü mahkum edilmelerini, ilgili hükmün ihlal ettiği sonucuna varmıştır. (bakınız yukarıda bahsi geçen 50-64 paragraf)

106. Avrupa söz konusu olduğunda, 2009 yılında yürürlüğe giren, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'ndan bahsetmek gerekmektedir. Şart'ın 10. Maddesinin ilk paragrafı, Sözleşme'nin 9 § 1 hükmünü neredeyse kelimesi kelimesine tekrar etmekle birlikte, ikinci paragrafı açıkça *"Bu hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak dini nedenlerle askerlik görevini yapmayı reddetme hakkı tanınmaktadır."* demektedir. (bakınız yukarıda 57. paragraf)

Kuşkusuz ki böylesine açık bir ekleme, (bakınız, *kıyasen*, *Christine Goodwin*, yukarıda, § 100, ve *Scoppola*, yukarıda, § 105) Avrupa Birliği'ne üye devletlerin oybirliği ile vicdani ret hakkını tanıdıklarını ve modern Avrupa toplumunda bu hakka verilen önemin farkında olduklarını göstermektedir.

107. Avrupa Konseyi bünyesinde hem AKPA hem de Bakanlar Komitesi, çeşitli vesileler üzerine, henüz vicdani ret hakkını tanımayan ülkelere bunu gerçekleştirmeleri için çağrıda bulunmuştur. (bakınız yukarıda 51-55 paragraflar) Daha da ötesinde, vicdani ret hakkını tanımak üyeliğe kabul edilmek için bir önşart olarak ihdas edilmiştir (bakınız yukarıda 50. paragraf). 2001 yılında AKPA, daha önceden yaptığı çağrıları yenileyerek, (bakınız yukarıda 52. paragraf) vicdani ret hakkının Sözleşme'de yer alan din ve vicdan özgürlüğünün temel bir görünümü olduğunu özellikle beyan etmiştir. 2010 yılında Bakanlar Komitesi, BM İnsan Hakları Komitesi içtihadındaki gelişmelere ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın hükümlerine dayanarak böylesine bir yorumun Sözleşme'nin 9. maddesine uygun düştüğünü ifade etmiş ve üye devletlere, orduda görev yapan askerlerin talepte bulunmaları halinde vicdani ret hakkını tanımalarını tavsiye etmiştir.(bakınız yukarıda 55. paragraf)

108. Dolayısıyla, Mahkeme, Komisyonu'nun *Grandrath Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı kararı* ve bunu takip eden davalardaki kararlarından sonra Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğundaki yerel hukukun ve uluslararası araçların gelişimine bakarak ilgili zaman diliminde Avrupa'da ve ötesinde bir görüşbirliği bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu gelişmeler ışığında, 2002-2003 yıllarında yaşanan gelişmeler açısından 9. madde uygulamasının değişeceği öngörülemez nitelikte değildir. Ermenistan'ın Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne taraf olması ve dahasında Avrupa Konseyi'ne üye olurken vicdani ret hakkını tanıyan bir kanun çıkartacağını taahhüt etmiş olması bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

109. Yaşayan belge yaklaşımının ışığında, Komisyon tarafından oluşturulmuş içtihatın teyit edilmesinin mümkün olmadığını ve 9. maddenin artık 4 § 3 (b) bağlamında ele alınmaması gerektiği ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla başvurucunun şikâyeti sadece 9. madde kapsamında değerlendirilmelidir.

110. Mahkeme 9. maddenin açıkça vicdani ret hakkını tanımadığına dikkat çekmektedir. Ancak Mahkeme, askeri hizmete karşı olmanın, orduda görev alma yükümlülüğüyle kişinin vicdanı veya derin ve samimi dini duyguları ya da inançları arasındaki ciddi ve üstesinden gelinemez bir çatışmadan kaynaklandığı hallerde bu kanaat veya inancın 9. maddenin koruması altına girecek kadar inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem gösterdiğini düşünmektedir. (bakınız *kıyasen*, *Campbell ve Cosans Birleşik Krallığa karşı*, 25 Şubat 1982, § 36, Series A no. 48, ve, *Pretty Birleşik Krallığa karşı*, no. 2346/02, § 82, ECHR 2002-III). Askeri hizmetini reddetmenin ilgili hükmün kapsamına girip girmediği, giriyor ise hangi kapsamda girdiği olayın somut koşulları dairesinde değerlendirilmelidir.

111. Somut olayda, başvurucu bir Yehova Şahidi'dir. Söz konusu dini grubun inancına göre silahsız bir şekilde olsa bile orduya hizmet etmeye karşı çıkılmalıdır. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucunun askeri hizmete karşı çıkmasının dini sebeplerle olduğunu konusunda ve bu samimi sebeplerin askeri hizmet yükümlülüğü ile ciddi ve başa çıkılmaz çelişki yarattığından şüphe duymamaktadır. Bu anlamda, Hükümet'in beyanına aykırı olarak (bakınız yukarıda 81. paragraf), başvurucunun durumu, kendi içerisinde hiçbir vicdani gereklilik gerektirmeyen, vergi ödeme yükümlülüğü gibi durumlardan ayrı tutulmalıdır. (bakınız *C. Birleşik Krallığa karşı*, no. 10358/83, 15 Aralık 1983 tarihli Komisyon Kararı, DR 37, p. 142). Buna göre 9. madde başvurucunun davasına uygulanabilir niteliktedir.

2. 9. maddeye uygunluk

(a) Müdahale olup olmadığına dair

112. Mahkeme, başvurucunun askere gitmemesinin dini inancının bir tezahürü olduğu kanaatindedir. Askere alımdan kaçmış olmasından ötürü mahkum edilmesi ise 9. maddenin 1. paragrafında teminat altına alınan dini inancını açıklama özgürlüğüne yönelik bir müdaheledir. Böylesine bir müdahele 9. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sebeplerle sınırlı kalarak demoktratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde ve kanun yoluyla yapılmadığı sürece 9. maddeyi ihlal edecektir. (bakınız, *Buscarini ve diğerleri San Marino'ya karşı* [BD], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I).

(b) Müdahalenin meşru olup olmadığı üzerine

(i) Kanun tarafından öngörülme

113. Mahkeme, "kanun tarafından öngörülme" ibaresinin, ilk olarak, karşı çıkılan tedbirin iç hukukta bir temeli olması gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını vurgular. Aynı zamanda, yasanın, ilgili kişiler için erişilebilir

olması, bu kişilerin -gerektiğinde uygun yönlendirme içererek- bu şartlarda makul olan ölçüde, belirli bir eylemin yol açacağı sonuçları öngörebilmelerini ve davranışlarını buna göre düzenlemelerini sağlayabilecek nitelik taşıması gerektiğine atıfta bulunur. (bakınız, *Gorzelik ve diğerleri Polonya'ya karşı* [BD], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004-I).

114. Mahkeme, başvurcunun mahkumiyetinin askere alımdan kaçınmanın cezalandırılacağını öngeren Ceza Kanunu'nun 75. maddesine dayandırıldığını gözlemlemektedir. Ayrıca ilgili zaman diliminde alternatif hizmete dair bir kanunun bulunmadığı ve hem Ermenistan Anayasasının hem Askeri Yükümlülük Kanunu'nun 18 ila 27 yaş aralığındaki bütün erkek vatandaşların -askerliğe elverişli bulunmaları halinde- askerlik hizmeti yapmalarını gerektirdiği Mahkeme'nin bilgisi dahilindedir. Mahkeme, bu hükümlerin, hiç iddia edilmemesine rağmen, erişilebilir, anlaşılabilir ve açık nitelikte olduğu kanaatindedir.

115. Yukarıda bahsi geçen yerel hukuk hükümleri ile Ermenistan'ın Avrupa Konseyine girerken yerine getirmeyi taahhüt ettiği 3 yıl içerisinde alternatif hizmet kanunu çıkartmak ve vicdani redden ötürü hüküm giymiş mahkumların affedilerek, onlara kanun yürürlüğe girdikten sonra alternatif hizmet yapma olasılığı sunmak gibi yükümlülükleri (bakınız yukarıda 50. paragraf) arasında bir tutarsızlık gözükeceği doğrudur. Ancak, Mahkeme yerel hukukla uluslararası hukuk arasındaki belirgin ihtilafı çözmeyi gerekli bulmadığı gibi, somut olayda, Ermenistan makamlarının Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi hükümlerine (bakınız yukarıda 59. paragraf) uymak yönündeki yükümlülüklerini ihlal ettikleri iddiası hakkında karar vermeyi de gerekli bulmamaktadır.

116. Dolayısıyla, somut davanın amaçları ve müdahelenin gerekliliği konusundaki saptamaları (bakınız aşağıda 124-128. paragraflar) ışığında, Mahkeme müdahelenin kanun tarafından öngörülüp öngörülmediği konusunu açık bırakmayı tercih etmektedir.

(ii) Meşru amaç

117. Hükümet, kamu düzeninin korunması gerekliliğine ve de dolayısıyla başkalarının haklarının korunması gerekliliğine atıf yapmıştır. Ancak, Mahkeme, Hükümetin amaçlara yönelik olarak yaptığı atıfları, somut olayın koşulları dairesinde, özellikle başvurucunun mahkum edildiği zaman diliminde Ermenistan'ın alternatif hizmet kanununu çıkartmayı taahhüt etmesi ve bunun doğal sonucu olarak yeni vicdani retçileri mahkum etmekten çekinmiş olmasını (bakınız aşağıda 127. paragraf) dikkate alarak ikna edici bulmamıştır. Bununla beraber, Mahkeme, Hükümet tarafından ileri sürülen gerekçelerin 9 § 2. madde anlamında meşru olup olmadığı hususunun ince-

lenmesinin, bu gerekçelerin meşru oldukları kabul edilse bile, müdahelenin -aşağıda açıklanacak olan sebeplerle- ilgili hükümle uyumsuz olması nedeniyle gereksiz olduğu kanaat getirmiştir.

(iii) Demokratik bir toplumlumda zorunluluk

118. Mahkeme, 9. maddede yer aldığı üzere, düşünce, vicdan ve din özgörlüğünün, Sözleşme bağlamında demoktratik bir toplumun temellerinden biri olduğunu tekrarlamaktadır. Bu özgürlük, dini boyutunda, dine inananların kişiliklerini oluşturmaları açısından hayati bir unsur olmanın yanı sıra, ateistler, agnostikler, septikler ve dinle ilgisi bulunmayan kişiler açısından da önemli bir değerdir. Demoktratik bir toplumdan dışlanması mümkün olmayan çoğulculuğun varlığı buna bağlıdır. Bu özgürlük, diğerlerinin yanında bir dine inanma veya inanmama, bir dinin gereklerini yerine getirme veya getirmeme özgürlüklerini de içerir. (bakınız *Kokkinakis Yunanistan'a karşı,* 25 Mayıs 1993, § 31, Series A no. 260-A; *Buscarini ve diğerleri*, yukarıda bahsi geçen, § 34; and *Leyla Şahin Türkiye'ye karşı* [BD], no. 44774/98, § 104, ECHR 2005-XI).

119. Dini özgürlük bireysel bir vicdan meselesi olmasının yanı sıra, diğerlerinin yanında, kişinin tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet edebilmesini içerir. 9. madde kişinin dinini ya da inancını ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle izhar edebileceğini belirtmektedir. (bakınız *Hasan ve Chaush Bulgaristan'a karşı* [BD], no. 30985/96, § 60, ECHR 2000-XI, ve *Beserabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri Moldova'ya karşı*, no. 45701/99, § 114, ECHR 2001-XII).

120. Mahkeme, sıklıkla çeşitli din ve inançların yerine getirilmesi için Devletin yansız ve tarafsız rolüne dikkat çekmekte ve bu rolün kamu düzeninin, dinsel uyum ve hoşgörünün demokratik bir toplumda sürdürülebilmesi için gerekli olduğuna vurgu yapmaktadır. Devletin tarafsızlık görevi, bazı inançların meşruiyetini sağlamak için Devlet desteğinden yararlanmasıyla bağdaşmamaktadır. (bakınız *Manoussakis ve diğerleri Yunanistan'a karşı,* 26 Eylül 1996, § 47, *Reports* 1996-IV, ve *Hasan ve Chaush*, yukarıda bahsi geçen, § 78).

121. Yerleşik içtihadına göre, Mahkeme Sözleşme'ye taraf devlerlere, müdahelenin gerekliliği ve hangi sınırda olacağı konusunda bir takdir hakkı tanımaktadır. Söz konusu takdir hakkı kanunu ve onu uygulayan kararları inceleyen bir denetime tabi tutulmaktadır. Mahkeme'nin görevi, ulusal seviyede alınan önlemlerin meşru ve orantılı olup olmadığını belirlemektir. (bakınız *Manoussakis ve diğerleri*, yukarıda bahsi geçen, § 44; *Beserabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri*, yukarıda bahsi geçen, § 119; ve *Leyla Şahin*, yukarıda bahsi geçen, § 110).

122. Somut olayda, devletin takdir hakkının kapsamını belirleyebilmek adına, Mahkeme'nin neyin -yani demokratik bir toplumun var olabilmesi için hayati önemi haiz olan gerçek dini çoğulculuğu elde tutma ihtiyacının- risk altında olduğunu hesaba katması gerekmektedir (bakınız *Manoussakis ve diğerleri*, yukarıda bahsi geçen, § 44; *Beserabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri*, yukarıda bahsi geçen, § 119) Mahkeme aynı zamanda Sözleşmeye taraf olan devletlerin uygulamalarından çıkan uzlaşma ve ortak değerleri de dikkate alması gerekebilir (bakınız, *kıyasen*, *X, Y ve Z v. Birleşik Krallığa karşı* 22 Nisan 1997, § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II, ve *Dickson Birleşik Krallığa karşı* [BD], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-XIII).

123. Mahkeme, zorunlu askerlik hizmeti uygulaması bulunan Avrupa Konseyine üye devletlerin neredeyse hepsinin, bireysel vicdan ile askeri yükümlülükler arasındaki olası çatışmaların arasını bulmak amacıyla alternatif hizmetler öngördüklerini yukarıda belirtmiştir. Dolayısıyla, bunu yapmayan bir devlet ancak sınırlı bir şekilde takdir hakkını kullanabilir ve müdahelenin gerekliliğini gösten mücbir ve ikna edici sebepleri ortaya koymalıdır. Mühadelenin kaçınılmaz bir toplumsal ihtiyaca yanıt verdiğini özellikle kanıtlamalıdır (bakınız *Manoussakis ve Diğerleri*, yukarıda, § 44; *Serif Yunanistan'a karşı*, no. 38178/97, § 49, ECHR 1999-IX; *Beserabya Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri*, yukarıda bahsi geçen, § 119); *Agga Yunanistan'a karşı (no. 2)*, nos. 50776/99 ve 52912/99, § 56, 17 Ekim 2002; ve *Kurtuluş Ordusu Moskova Şubesi Rusya'ya karşı*, no. 72881/01, § 62, ECHR 2006-XI).

124. Mahkeme, somut olayda, Yehova Şahidi olan başvurucunun bireysel bir menfaat nedeniyle değil de, samimi dini inancı gerekçesiyle zorunlu askeri hizmetten kaçındığını gerçeğini görmezden gelememektedir. İlgili dönemde Ermenistan'da alternatif hizmete ilişkin bir kanun bulunmadığından dolayı, başvurucunun dini inançlarına sadık kalabilmesi için cezalandırılma riskini de göze alarak askere gitmeyi reddetmekten başka bir çaresi yoktur. Böylece ilgili dönemde yürürlükte olan ve vicdani gerekçelerle askerlik hizmetine muafiyet tanımayarak başvurucu gibi bu hizmeti yerine getirmeyi kabul etmeyen vicdani retçiler üzerinde potansiyel olarak ciddi sonuçlar doğuran sistem vatandaşlara dayatmada bulunmaktadır. Mahkeme'nin kanaatine göre, böylesi bir sistem toplum menfaatleri ile başvurucunun menfaatleri arasında bir denge sağlamakta başarısız olmuştur. Bu nedenle, Mahkeme inancının ve vicdanının gereklerini yerine getirilmesine izin verilmeyen başvurucunun cezai bir yaptırımla karşı karşıya kalmış olmasının demokratik bir toplumda zorunlu olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmıştır. Birbiriyle yarışan bu menfaatleri dengelemek için Avrupa Devletleri'nin ezici çoğunluğunda canlı ve etkin yöntemlerin kullanılıyor olması da bu müdahelenin gerekli olduğu hususundaki iddiaları çürütmektedir.

125. Mahkeme, zorunlu askerlik hizmetine dayanan her sistemin vatandaşlar üzerine ağır bir yük getirdiğini kabul etmektedir. Bu görevin adilane bir yöntemle paylaşılması ve bu görevden muafiyet şartlarının sağlam ve ikna edici temellere oturması kabul edilebilirdir (Bakınız yukarda *Autio*). Mahkeme, başvurucunun zorunlu askeri hizmetten muafiyet için sağlam ve ikna edici gerekçeleri olduğuna kanaat getirmiştir (bakınız yukarıda 111. paragraf). Mahkeme, başvurucunun genel olarak vatandaşlık görevini yerine getirmeyi hiçbir zaman reddetmediğini tekrar etmektedir. Aksine, başvurucu, yetkili makamlardan kendisinin alternatif hizmet sunabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmalarını açıkça talep etmiştir. Böylelikle, başvurucu, diğer vatandaşların askerlik görevi yaparak yerine getirdikleri toplumsal görevi alternatif hizmet vasıtasıyla paylaşmaya hazır olduğunu belli etmiştir. Böylesine bir imkanın yokluğundan ötürü, başvurucu hapis cezası çekmek zorunda kalmıştır.

126. Mahkeme, çoğulculuk, hoşgörü ve açıkgörüşlülüğün demokratik bir toplumun nişaneleri olduğu konusundaki görüşünü tekrar etmektedir. Her ne kadar çeşitli koşullar altında bireysel menfaatler toplumsal menfaatlerin altında yer alabilse de, demokrasi çoğunluk görüşünün her zaman üstün olduğu anlamına gelmemektedir. Azınlıkların hakkaniyete uygun olarak muamele göreceği ve egemen gücün suistimallerine engel olacak bir denge tutturulmalıdır (bakınız yukarıda bahsi geçen *Leyla Şahin*, § 108). Bu nedenle, hükümetin iddia ettiğinin aksine, başvurucunun örneğinde olduğu gibi devletin vicdani kanaatleri gereğince askerlik hizmetini reddeden kişilere, alternatif hizmet seçeneği sunması, toplumda eşitsizlik veya ayrımcılık yaratmak bir yana, toplumun istikrarlı bir çoğulcu yapıya kavuşmasıyla dinsel uyum ve hoşgörünün sağlanmasına hizmet edecektir.

127. Mahkeme son olarak, başvurucunun soruşturulduğu ve mahkum edildiği zamanda Ermenistan'ın Avrupa Konseyi'ne üye olarak kabul edildikten belli bir süre içinde bir takım taahhütleri yerine getirme yükümlülüğü altına girmiş olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıca, her ne kadar vicdani retçilerin mahkum edilmeyeceği yönündeki taahhütler AKPA'nın mütalaasında açıkça yer almasa da bunların *"bu süreç içerisinde hapis cezasına çarptırılan bütün vicdani retçiler affedilmeli ve bu kişilere yönelik olarak alternatif hizmet seçeneği ilgili kanun yürürlüğe girdikten sonra sunulmalıdır"* cümlesinden zımnen de olsa çıkartılması mümkündür. Ermenistan tarafından verilen taahhütler, vicdan özgürlüğünün askere gitmeyi reddederek de kullanılabileceğini ve de bu meselenin vicdani reddini açıklayan kişileri cezalandırarak değil; bu kişilere yönelik alternatif hizmet seçeneklerinin sunulmasıyla halledilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu yüzden, başvurucunun vicdani ret gerekçesiyle mahkum edilmesi Ermenistan'da yürümekte olan reform politikası ve yasal değişikliklerle çelişmekte olup; başvu-

rucunun mahkum edilmesinin baskın bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı ileri sürülemez. Başvurucunun şartlı tahliye edilmesi duruma etki etmemekte olduğu gibi, yeni kanunun kabul edilmesi de başvurucunun davasını etkilememiştir.

128. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Mahkeme, başvurucunun mahkum edilmesinin 9. madde kapsamında teminat altına alınan haklarına yönelik olarak demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahele teşkil ettiği düşüncesindedir. Mahkeme, dolayısıyla, ilgili hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

129. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.

A. Zarar

130. Başvurucu manevi zararı kapsamında 10.000 euro talep etmektedir.

131. Hükümet talep edilen manevi tazminat miktarının aşırı olduğunu ileri sürmektedir. Daha da ötesinde hükümet, başvurucunun herhangi bir manevi zarara uğradığını kanıtlayamadığı iddiasındadır.

132. Mahkeme başvurucunun vicdani gerekçelerle orduda görev yapmayı reddetmesinden dolayı hapis cezasına çarptırılması sonucunda şüpheye yer vermeksizin manevi zarara uğramış olduğu kanaatine varmıştır. Bu sebeple başvurucuya manevi zararı kapsamında 10.000 Euro tazminat ödenmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve Giderler

133. Başvurucu, iç hukuk yollarındaki masraf ve giderler için 3.000 euro, Daire karşısındaki masraf ve giderler için 11.500 euro ve duruşma giderleri de dahil olmak üzere Büyük Daire nezdindeki giderler için toplamda 17.500 euro'luk bir talepte bulunmuştur. Başvurucu, her üç avukatı için iç hukuk ve Mahkeme önündeki giderlerini gösteren faturalarını ibraz etmiştir.

134. Hükümet, başvurucunun diğer maddeler kapsamındaki talepleri kabul edilemez bulunduğu için sadece 9. madde kapsamındaki şikayetleri için masraf ve giderlerini talep edebileceğini ileri sürmektedir. Hükümete göre, başvurucu, masraf ve giderlerini belgelendiremediği gibi bu masrafla-

rın da gerçekten yapıldığını gösterememektedir. Başvurucunun ibraz ettiği faturalar, ödemelerin yapıldığına, ya da avukatlar ile başvurucu arasında ileride böyle bir ödeme yapılacağına dair bir anlaşmanın varlığına delil teşkil edemez. Ayrıca, ileride yapılması muhtemel masrafların –duruşmaya katılma masrafı gibi- talep edilmesi kabul edilemez. Dahası vekalet ücreti şişirilmiş olup fahiştir. Başvurucu, kendini birden fazla avukatla temsil ettirerek işlerin çoğalmasına neden olmuştur. Son olarak, hükümet başvurucunun iki avukatının Kanada vatandaşı olmasından ötürü ilgili kriterler uyarınca başvurucuyu temsil etme yeterliliğine sahip olmadıklarını ileri sürmüştür.

135. Mahkeme, yasal masraf ve giderlerin sadece kabul edilen ihlalle ilgili olmaları halinde tazmin ettirilebileceği yönündeki yerleşik içtihadını (bakınız *Beyeler İtalya'ya karşı* (hakkaniyete uygun tatmin) [BD], 33202/96 sayılı, § 27, 28 Mayıs 2002 tarihli karar) tekrarlamaktadır. Somut olayda başvurucu, Sözleşme'nin 5 §§ 1 maddesi, 3. maddesi, 6.maddesi ve 14. maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ancak bu iddiası kabul edilmez bulunmuştur. Dolayısıyla, masraf ve giderlere ilişkin talebin tamamen kabul edilmesi mümkün olmayıp, indirime gidilmesi zorunludur. Bununla birlikte Mahkeme, hükümetin başvurucunun taleplerinin fahiş ve belgelendirilmemiş olduğu hususundaki iddialarını kabul etmediği gibi başvurucunun avukatlarının Kanada vatandaşı olması konusundaki hükümet beyanıyla da aynı görüşte değildir. Mahkeme, mevcut olan bilgiler ışığında, toplamda 10.000 euro'nun başvurucuya ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme faizi

136. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermiştir.

BU SEBEPLERLE, MAHKEME

1. 16'ya karşı 1 oyla, Sözleme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine,

2. 16'ya karşı 1 oyla,

(a) İlgili devletin, başvurucuya, 3 aylık süre zarfında, karar tarihinde geçerli olan kur üzerinden, aşağıda yer alan tutarın, Ermenistan Dramı olarak ödenmesine,

(i) 10.000 Euro ve buna ek olarak, bu tutara manevi tazminat kapsamında eklenebilecek her türlü vergi

(ii) 10.000 Euro ve bu tutara ek olarak, bu tutara masraf ve giderler kapsamında eklenebilecek her türlü vergi

(b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin aşılmasından ödeme gününe kadar geçen süre için yukarıdaki miktarlara Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli faizinin üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

3. Başvurucunun hakkaniyete uygun tatmin talebinin geri kalan kısmının reddedilmesine,

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve 7 Temmuz 2011 tarihinde Strasbourg'da kamuya açık duruşmada tebliğ edilmiştir.

Vincent Berger — Jean-Paul Costa
Danışman — Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca Yargıç Gyulumyan'ın karşı oy yazısı bu karar hükmüne eklenmiştir.

J.-P.C.
V.B.

YARGIÇ GYULUMYAN'IN KARŞI OY YAZISI

Mevcut davada, üzülerek belirtmeliyim ki Büyük Daire'nin çoğunluğu ile aynı görüşü paylaşamıyorum.

1. Bu davada, başvurucu vicdani sebeplerle zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddettiği için ve henüz o esnada alternatif hizmete yönelik bir kanunun yürürlükte olmaması nedeniyle mahkum edilmiştir. İki yıl altı aylık hapis cezasına çarptırılan başvurucu, cezasının yaklaşık olarak on bir aylık bölümüne çektikten sonra 22 Temmuz 2003'te şartlı tahliye edilmiştir. Ermenistan ise 17 Aralık 2003 tarihinde, 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe girmek üzere Alternatif Hizmet Kanunu'nu yasalaştırmıştır.

2. Düşüncemi ifade ederken, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ve vicdani ret hakkına verdiğim önemi bir kez daha vurgulamakla birlikte vicdani ret hakkının Sözleşme'den ileri geldiğini kanaatinde değilim.

Sözleşme ve ek Protokolleri, böylesine bir vicdani ret hakkını teminat altına almamaktadır. Sözleşmenin 9. maddesi, vicdani retçilere zorunlu askeri hizmetten muafiyet hakkı tanımamakta ve bu hizmeti alternatif hizmet ile ikame etme hakkını vermemektedir. Buna ek olarak ayrıca herhangi bir devletin de bu hizmeti yerine getirmeyi reddeden kişileri cezalandırmasını engellememektedir.

Mahkeme çeşitli defalar dini duygular ve inançlardan esinlenerek yapılan her eylemin 9.madde kapsamına girmediğini ortaya koymuştur. (diğerlerinin yanı sıra bakınız, *Kalaç Türkiye'ye karşı* 1 Temmuz 1997, § 27, Reports *of Judgments and Decisions* 1997 IV; *Arrowsmith Birleşik Krallığa karşı*, no. 7050/75, 12 Ekim 1978 tarihli Komisyon Kararı, Decisions and Reports (DR) 19, s. 5; *C. Birleşik Krallığa karşı*, no. 10358/83, 15 Aralık 1983 tarihli Komisyon Kararı, DR 37, s. 142; *Tepeli ve Diğerleri Türkiye'ye karşı* (dec.), no. 31876/96, 11 Eylül 2001; and *Leyla Şahin Türkiye'ye karşı* [BD], no. 44774/98, § 105, ECHR 2005 XI).

1518 (2001) ve 1742 (2006) sayılı Tavsiye Kararlarında Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, Bakanlar Komitesi'ne vicdani ret hakkının ek protokoller vasıtasıyla teminat altına alınmasını tavsiye etmiştir ancak bu öneri Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmemiştir. Parlamenterler Asamblesi gibi Avrupa Birliği Parlamentosu da vicdani ret hakkının düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün doğasında var olan bir hak olduğundan bahisle bu hakkın da Sözleşme'ye dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanımca, Mahkeme'nin görevi, yeni haklar yaratmak değil Sözleşme'de mevcut hakları korumaktır. Bu noktada, evrimci bir yaklaşımla Sözleşme'nin Mahkeme'ye geniş yorum yetkisi tanıdığı ileri sürülebilir lakin zannımca Sözleşme'nin bazı hakların tanınmasını İmzacı Devletlerin takdirine bıraktığı göz önüne alınınca, böylesine geniş bir yorum yapmak mümkün olmayacaktır.

4 § 3 (b) madde, vicdani ret hakkını tanıma hususunu açıkça İmzacı Devletlerin takdirine bırakmıştır. (bakınız *Bayatyan Ermenistan'a karşı*, no. 23459/03, § 63, 27 Ekim 2009) Bu hüküm *"askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet"*i zorla çalıştırmanın tanımından çıkarmaktadır.

3. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 9. maddesinin artık 4 § 3 (b) maddesiyle birlikte değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesine ise temelden karşı çıkmaktayım. Bu yaklaşım, Mahkemenin müstekar uygulaması olan "Uluslararası hukukta bütünlüğü ve uyumu sağlamak amacıyla Sözleşeme'nin bir bütün olarak değerlendirilmesi" düşüncesine tamamen aykırıdır. (bakınız *Klass ve diğerleri Almanya'ya karşı*, 6 Eylül 1978, § 68, Series A no. 28; ve *Maaouia Fransa'ya karşı* [BD], no. 39652/98, § 36, ECHR 2000 X; *Kudła Polonya'ya karşı* [BD], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000 XI; and *Stec ve Diğerleri Birleşik Krallığa karşı* (dec.) [BD], nos. 65731/01 and 65900/01, § 48, ECHR 2005 X)

4. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ancak çok yakın tarihli (2010) bir Tavsiye Kararında vicdani ret hakkının, uluslararası arenada düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün mütemmim cüz'ü olduğunu beyan etmiştir.

2000 yılının Aralık ayında kabul edilen ve vicdani ret hakkını düşünce, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendiren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ise ancak 2009 yılının Aralık ayında yürürlüğe girmiştir.

2006 yılına kadar Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 8. Maddesi kapsamında incelemeyi reddetmemiş olup; ancak bu yıldan sonra Güney Kore'ye karşı olan iki davada vicdani retçi başvurucuların, ilgili sözleşmenin 18. Maddesi kapsamında teminat altına alınan haklarının ihlal edildiği kanısına varmıştır.

Aynı zamanda yine belirtmek isterim ki, başvurucu vicdani sebeplerle zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmek istemediğinde, Sözleşme ve Ek Protokolleri'nin vicdani ret hakkını teminat altına almadığını belirten bir içtihat söz konusuydu. Yerel Makamlar o dönemde mevcut olan içtihadı takip ettikleri ve daha sonraki zaman diliminde kabul edilen gelişmeleri uygulamadıkları için suçlanmamalıdırlar.

5. Ermenistan'ın 2000 yılında Avrupa Konseyi'ne katılarak yerine getirmeyi kabul ettiği uluslararası taahhütleri çerçevesinde vicdani retçilere alternatif hizmet hakkının tanınması meselesine gelince; kanımca, bunun o aşamada bir bağlayıcılığı yoktur. Ermenistan bu hakkı tanımayı ve vicdani retten ötürü hüküm giyen kişilere yönelik af çıkartmayı hemen değil, üç yıllık bir süreç sonunda taahhüt etmiştir. Ermenistan, taahhüt ettiği gibi üç yıl içerisinde bu yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Bu süreç içerisinde Alternatif Hizmet Kanunu kabul edilmiş, otuz sekiz kişiden oluşan bir vicdani retçi topluluğu affedilmiş ve başvurucunun bizzat kendisi şartlı tahliye edilmiştir.

6. Eğer Sözleşme'nin 9. maddesi bu olaya uygulanabilir değilse, bunun doğal sonucu olarak ihlal edildiği de ileri sürülemez. Bu sebepten ötürü bir ihlalin bulunduğu kararına karşı çıkıyorum. Sözleşme'nin 9. maddesi'nin ihlal edildiği sonucuna varılmasının, başvurucuya bireysel adalet getirdiği düşüncesine kuşkuyla yaklaşmaktayım. Eğer 9. maddenin uygulanması kabil değilse, doğal olarak ihlal de edilemez. Bu sebeple, ihlalin bulunduğuna dair karara karşı oy vermekteyim. 9. maddenin ihlal edildiğine yönelik kararla başvurucuya bireysel adaletin getirildiği düşüncesine kuşkuyla yaklaşmaktayım. Başvurucunun Mahkeme'ye başvurduğu esnada mağdur olup olmadığı tartışılabilir. Herkesin kabul ettiği üzere başvurucunun özgürlüğü kısıtlanmıştır, lakin başvurucu özgürlüğü kısıtlandığı için değil vicdani retçilere yönelik olarak alternatif hizmet olanağı bulunmadığından ötürü şikayette bulunmaktadır. Mevcut başvuru Mahkeme'ye ulaştığı gün başvurucu şartlı tahliye edilmiş ve bundan altı ay sonra da Alternatif Hizmet Kanunu kabul edilmiştir. Birçok davada (bakınız *Sisojeva ve Diğerleri Letonya'ya karşı* no. 60654/00, ECHR 2007 II; *Shevanova Letonya'ya karşı* no. 58822/00,

7 Aralık 2007; ve *El Majjaoui ve Stichting Touba Moskee Hollanda'ya karşı* no. 25525/03, 20 Aralık 2007) Mahkeme başvurucuların şikayetlerine yol açan konunun böylece artık 37 § 1 (b). madde uyarınca "çözülmüş" olarak görüleceğine kanaat getirerek başvuruyu kayıttan düşme kararı vermiştir. Bu davalarda Mahkeme "Sözleşme'nin İmzacı Devletlerin Sözleşmeyi kendi iç hukuklarında etkin bir şekilde uygulamaları için belirli bir yöntem öngörmediği" sonucuna varmıştır. Prensip olarak, bu amaca en uygun yöntemlerle ulaşma tercihi ülkelerinin yaşam gücüyle sürekli olarak temas halinde olan ve kendi iç hukuk sistemleri tarafından sunulan imkan ve kaynakları daha iyi değerlendirebilen yerel makamlara bırakılmıştır. (bakınız *İsveç Makine Sürücüleri Sendikası İsveç'e karşı kararı*, 6 Şubat 1976, § 50, Series A no. 20; *Chapman Birleşik Krallığa karşı* [BD], no. 27238/95, § 91, ECHR 2001 I; ve *Sisojeva ve Diğerleri Others*, yukarıda, § 90).

8. Son tahlilde, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 41. maddesinde düzenlenen hakkaniyete uygun tatmin konusundaki hükmüne katılamadığımı da müsaadelerinizle arz ederim. Manevi tazminat ile masraf ve giderler dikkate alınarak hesaplanan tutarın gereğinden fazla olduğu düşüncesi içindeyim.

İlk olarak, bu davada olduğu gibi Mahkeme'nin yerleşik içtihadını değiştirdiği bir davada, başvurucuya tazminat verilmesi, kanaatimce, adil değildir.

İkinci olarak, hakkaniyete uygun tatmin miktarı belirlenirken Mahkeme'nin içtihadının devamlılık arz etmesi büyük önem taşımakta olup, bunun hükümetler adına tazminat açısından öngörülebilirliği sağladığına kuşku yoktur. Yakın zamanda benzer bir olaya (*Ülke Türkiye'ye karşı* no. 39437/98, 24 Ocak 2006) bakan Mahkeme'nin hepsi hapis cezasıyla sonuçlanan 9 kovuşturma ve her zaman tutuklanabilme riskine binaen başvurucunun (Ülke) maruz kaldığı manevi zararının tazmini için belirlemiş olduğu miktarla bu olay için belirlediği miktar aynıdır.

Son olarak, masraf ve giderleri ihlal edilen hükümlerin sayısınca belirlemek Mahkeme'nin uzun süredir kabul edilen uygulaması olmuştur. Somut olayda, başvurucun birincil başvurusunda 5 §§ 1. maddenin, 3. ve 5. maddelerin, 6. maddenin ve 14. madde'nin ihlal edildiği yönünde olmuş ve bunlar kabul edilmez bulunmuştur. Mahkeme, altı şikayetten sadece bir tanesini kabul edilebilir bulduğunu ve sadece bir ihlali sabit bulduğunu dikkate almamakta, bununla birlikte kararının 135. paragrafında yasal masraf ve giderlerin sadece kabul edilen ihlalle ilgili olmaları halinde tazmin ettirilebileceği yönündeki yerleşik içtihadını tekrarlamaktadır.

Türk Hukuku'nda Karşılıksız Çek

Sevil ALTINÖZ[*]

Doktrinde çekin tanımına ilişkin tartışmalar mevcut olsa da fikir birliğine varılamamıştır. Keza çek hakkında Türk Ticaret Kanunu (TTK) da bir tanım maddesi bulundurmamakta olup çekin unsurlarına yer vermekle yetinmiştir. Ancak doktrinde ve uygulamada tartışmasız olarak kabul edilen husus çekin bir havale ilişkisi olduğudur. Bu durumdan yola çıkarak çekin özel hükümlere tabi tutulmuş yazılı ve mücerret bir havale olduğu söylenebilir.[1] Tarihi açıdan bakıldığında çekin, kişilerin paralarını muhafaza edilmek üzere belirli kimselere tevdi ettikleri ilk günlerden itibaren görülmeye başlandığını ve gelişerek günümüze kadar geldiğini söyleyebiliriz.[2] Çek kullanımı keşideciyi nakit para taşımanın ve kullanmanın yaratabileceği tehlikelerden korumakta, tedavüldeki nakit paranın belirli mali kuruluşlar nezdinde toplanması ve giderek kaydi para olarak kullanılmasına olanak sağlamakta olduğundan ülke ekonomisine de fayda sağlamaktadır. Bu sebeple de birçok ülkede çek kullanımı kanun koyucular tarafından teşvik edilmiştir. Ancak karşılıksız çek keşide etmek fiilinin yaygınlaşması ticaret hayatının güvenilirliğini tehdit eder hale gelmiştir. Çekin karşılıksız çıktığının söylenebilmesi için bazı şartların yerine gelmiş olması gereklidir. İlk şart hukuken geçerli bir çekin bulunmasıdır. Bunun için de TTK'da belirtilmiş olan kanunen zorunlu unsurların bulunması gereklidir. Ayrıca çek, süresi içinde meşru hamil tarafından muhatap bankaya ibraz edilmiş olmalı, çekin ibrazı anında karşılığı bulunmamalı ve çekin karşılığı bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu tespit çekin arkasına ibraz tarihi ve çekin neden ödenmediği yazılarak gerçekleştirilir. Çek, TTK'da ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen karşılıksız çek keşidesine ilişkin herhangi bir cezai müeyyide öngörülmemiştir. Ancak 1956 tarihli TTK döneminde de geçerliliğini sürdüren TBMM'nin 07.01.1929 tarihli yorum kararında karşılıksız çek keşide etme fiiline, şartları bulunmak kaydı ile dolandırıcılığa ilişkin hükümlerin uygulanabileceği

---

[*] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi.

[1] Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, İstanbul, 2006, s.3.

[2] Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya; Kıymetli Evrak Hukuku; İstanbul; 2009; s.190.

kabul edilmiştir.[3] Karşılıksız çek keşide etmek fiiline dolandırıcılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği prensibinin ortaya konmasıyla söz konusu fiil mala karşı işlenen suçlardan sayılmıştır. Yargıtay bazı kararlarında karşılıksız çek keşidesinin dolandırıcılık suçunu oluşturabilmesi için sadece çek karşılığının bulunmamasını yeterli saymamakta, kast da dâhil olmak üzere suçun diğer bütün unsurlarını mevcut olayda aramaktaydı, [4] bu durumda karşılıksız keşide edilen her çek, dolandırıcılık suçunun bütün unsurlarını taşımadığından cezasız kalabilmekteydi.[5] Ancak Yargıtay bu hususta çelişkili kararlar vererek bazı kararlarında "Çekin keşide edildiği tarihte bankada karşılığının bulunmaması veya eksik bulunması durumunda dolandırıcılık suçu meydana gelir" demiştir.[6] Dolayısıyla içtihatta istikrar görülmemekteydi.

Karşılıksız çek keşide etmek fiili; ticaret hayatının gerektirdiği güvenlik ihtiyacı, çekle yapılan ödemelerde ve karşılıksız çek verilmesindeki artışın hamillerin korunmasına yönelik özel düzenlemeler yapılması ihtiyacını doğurmuş olması sebebiyle 19.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3167 sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'la bağımsız bir suç haline getirilmiş ve dolandırıcılıktan ayrılmıştır. 3167 sayılı kanunun 16. Maddesi bu konuda özel hüküm niteliğinde olduğundan sadece karşılıksız çek keşidesinden doğan olaylarda artık dolandırıcılık söz konusu edilemeyecektir. Söz konusu kanun, çeki karşılıksız çıkan kişiye bir taraftan kanuna aykırı durumunu düzeltme imkanı tanımış, diğer taraftan da gereğinde çek kullanılmasını yasaklamıştır.3167 sayılı yasanın 16/1 maddesi "*ibraz süresi önce 4. maddeye göre ibraz edildiğinde yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.*"şeklindedir. Başlangıçta ilgili madde ile karşılıksız çek keşide etmek objektif sorumluluk esasına dayalı ve hapis cezasını gerektiren bir suç olarak kabul edilmiştir. Böylece, karşılıksız çek keşide edenin kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmayacak; bankaya süresinde ibraz edilen çekin o anda yeterli karşılığının bulunamaması suçun oluşması için yeterli olacaktır. Karşılıksız çek keşide etme suçu, şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir. Şikayet süresi çekin bankaya ibrazından itibaren başlar ve çek keşidecisi hakkında savcılığın

---

3 Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, İstanbul, 2006, s. 298

4 Örneğin 6. CD 1968 tarihli bir kararında dolandırıcılık unsurlarını karşılıksız çek keşidesinde aramıştır. 6 CD 9.7.1968, 4144/4245 (Somay Tümerkan. Dolandırıcılık Suçu, İstanbul, 1987, s. 88).

5 Feyzan Hayal Şehirali, Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek, s.663, dergiler.ankara.edu.tr.

6 6. CD, 22.5.1972, 5055/5110 sayılı karar buna örnek gösterilebilir (Somay Tümerkan, Dolandırıcılık Suçu, İstanbul, 1987, s. 88).

kendiliğinden harekete geçerek takibat yapması ve kamu davası açması mümkün değildir.[7] 3167 sayılı yasanın ilk hali; düzeltme hakkı geçtikten sonra keşidecinin, çek bedelini faiz ve tazminatı ile birlikte ödeyerek tüm zararını tazmin etmesine rağmen hamilin şikâyetini geri almaması sebebiyle hürriyeti bağlayıcı bir cezaya maruz kalması sebebiyle eleştirilmiştir.[8] Ayrıca bu düzenleme zamanla, karşılıksız çek düzenleyen kişilere ilişkin şikâyetin geri alınması için şüpheli veya sanıktan fahiş bedeller istenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu eleştiriler ve uygulamada karşılaşılan bu sorunlar nedeniyle 1993 yılında 3863 sayılı kanunla Çek Kanunu (ÇekK) md. 16'da değişiklik yapılmıştır.[9] Bu değişiklik ile hamilin şikâyetinden vazgeçmemesine rağmen, keşidecinin faiz ve tazminatı ile birlikte çekin karşılıksız kalan kısmını herhangi bir zaman diliminde ödeyerek, aleyhine açılan kamu davsını ve hatta hükme bağlanan cezayı ortadan kaldırabileceğini öngörmüştür.[10] Söz konusu değişikliğe rağmen hüküm, çekin amacına uygun olmadığı, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "*hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz*" hükmüne[11] aykırı olduğu ve "*ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi*" ilkesi ile çeliştiği gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle söz konusu düzenlemenin Anayasa ve AİHS'ye aykırılığı doktrinde tartışılmıştır.[12] Doktrinde genel kabul Anayasa ve AİHS'ye aykırılık olmadığı yönündedir. Bu hususta; öncelikle, çekin temel ilişkide sözleşme olup olmamasından bağımsız bir biçimde kambiyo hukukuna özgü borç doğuran ve çifte yetki sağlayan özel bir havale olması nedeniyle sözleşme niteliğinde olmaması gerekçe gösterilmiştir. Bununla beraber, 3167 sayılı Kanunu'nun 16. maddesi çerçevesinde keşidecinin düzeltme süresi içinde, dava esnasında hatta kararın verilmesinden

---

7 Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1997, s. 1287 (Mehmet Özdamar, Çek Kanunu'nda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme, www.hukuk.gazi.edu.tr).

8 Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, İstanbul, 2006, s. 300.

9 3167 sayılı Kanunda değişiklik yapan 3863 sayılı Kanunun gerekçesinin ilgili kısmında "Çek Yasasının amacının, çek hamillerini korumak ve bunların çeke bağlı haklarına kavuşmalarını sağlamak olmasına karşın, uygulamada bazı kötü niyetli çek hamillerinin, şikâyetlerinden vazgeçmek için, keşidecilerden astronomik meblağlar talep ettikleri ve bu haklarını bir tür şantaj aracı olarak kullandıkları görülmektedir." ifadesi yer almaktadır.

10 Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, İstanbul, 2006, s. 300.

11 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla, Anayasa'nın 38. Maddesine "Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" hükmü eklenmiştir.

12 İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine ek 16.9.1963 tarihli ve 4 numaralı *Protokol'de "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz"* hükmüne yer verilmiştir.

sonra ödeme yapmak suretiyle cezadan kurtulabileceği gerçeği karşısında, bu tür çeklerde Anayasa md. 38 ve AİHS yer alan "sözleşmeden doğan yükümlülüğü *yerine getirememe*" koşulunun sağlanmış olmayacağı da doktrinde kabul görmüştür.[13] Dolayısıyla hem çekin sözleşmesel ilişki niteliğinde olmayışı hem de Anayasa ve AİHM düzenlemelerindeki "*yerine getirememe*" şartının sağlanmıyor oluşu doktrinde çoğunlukla Anayasa ve AİHM'ye aykırılığın mevcut olmadığı sonucuna varılmasına yol açmıştır. Ayrıca söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesinin 11.12.2002 tarihli kararına konu olmuştur.[14] 3167 Sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun"un 16. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırılığı nedeniyle iptali istenmiş ancak söz konusu talep çek ilişkisinin sözleşme olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.[15] Doktrindeki genel kabule ve Anayasa Mahkemesinin kararına rağmen, "*ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi ilkesi*" gerekçe gösterilerek karşılıksız çek keşide etmek suçuna uygulanan yaptırım 2003 tarih ve 4814 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla birlikte yeniden düzenlenmiştir.[16] 2003 yılındaki değişiklikle ÇekK. 16. madde "*Üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4. madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksen milyar liradan fazla olamaz Bu miktar, 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ek 2. maddesine göre her yıl artırılır. Bu suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar*

---

13 Hanife Dirikkan, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra Ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi, 2002, s.5, web.deu.edu.tr.

14 AYM, 11.12.2002, 165/195, www.kazanci.com.

15 "*İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilememesi gerekmektedir. Oysa çek temelde sözleşmeden bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir.*
Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir." AYM, 11.12.2002, 165/195, www.kazanci.com.

16 Söz konusu ilke, tasarının madde gerekçesinde yer almıştır: "*Çağdaş ceza hukukunda, ekonomik ilişkilerin gelişmesi ve çeşitlenmesi sonucu bu ilişkilerden doğan ve netice itibarıyla cezai müeyyideyi gerektiren eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezanın en son çare olarak öngörülmesi, "ekonomik suça ekonomik ceza" ilkesinin doğmasına yol açmıştır. Bu gelişme nedeniyle karşılıksız çek keşide etmek suçunu ilk defa işleyenlere hürriyeti bağlayıcı ceza yerine çek bedeli tutarı kadar ağır para cezası verilmesi, ancak çeke olan güvenin zaafa uğratılmaması ve cezada etkinliğin artırılması bakımından, bu suçtan mükerrirler hakkında hapis cezası verilmesi hükme bağlanmaktadır."*

hapis cezası verilir." şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle eski yasada karşılıksız çek keşide eden kişi 1-5 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılırken 2003 yılında yapılan değişiklikle yeni düzenlemede ilk defa karşılıksız kalan miktarda, ancak azami 80 milyar lira ağır para cezası, tekerrür halinde ise 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Kanunda mükerrir ifadesiyle ne kastedildiği tam olarak belirtilmediğinden hapis cezasının uygulanması bakımından ceza hukukundaki tekerrüre ilişkin hükümlere başvurulması gerekmektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) 81. maddesi doğrultusunda cezanın infaz edilmiş olması tekerrür açısından şart olarak aranmakta idi. Yargıtay kararları da bu yönde idi. Bu durum, karşılıksız çıkan ilk çekten ötürü verilen para cezası infaz edilmedikçe tekerrür olmayacağından, örneğin ilk cezalandırma kesinleşip infaz edilinceye kadar bir yıl geçerse bu süre içinde çekilen tüm karşılıksız çekler için sadece ağır para cezası söz konusu olması; para cezası tecil edilirse, infaz söz konusu olmadığından tekerrürün uygulanmasının mümkün olmaması; ağır para cezası kesinleştikten sonra yasada öngörülen % 20 tazminat, gecikme faizi ve çekin karşılıksız kalan miktarı ödenirse, ceza tüm sonuçları ile ortadan kalkacağından tekerrür ortaya çıkmaması sonuçlarını doğurmuştur.[17] Davanın açılmasından önce, dava sırasında, hükmün kesinleşmesinden sonrası için belirlenen tazminat ve gecikme faizini muhatap bankaya yatırdığı ve hamile ödediği takdirde davanın açılmayacağı, davanın düşeceği ya da cezanın ortadan kalkacağı dikkate alındığında; çek bedelini ödeme niyeti bulunan keşidecinin bu suç nedeniyle cezalandırılmasının olanaksız olduğu, karşılıksız çek keşide etme suçundan dolayı cezalandırmanın ancak keşidecinin çek bedeli kadar malvarlığı bulunmamasına rağmen çek keşide ettiği ve/veya bedeli ödeme niyetinin olmadığı durumlarda ortaya çıkabileceği söylenebilir.[18] 2004 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ise 58/1 hükmü tekerrüre ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bu hükme göre karşılıksız çek keşide etme suçunda tekerrürün ortaya çıkabilmesi öncelikle karşılıksız çek keşide etme suçuna karşı verilecek para cezasının kesinleşmesine bağlıdır.[19] Dolayısıyla ancak para cezasının kesinleşmesinden sonra işlenecek karşılıksız çek keşide etme suçları için tekerrür söz konusu olacaktır. Para cezası ile birlikte belirli bir

---

17 Mehmet Özdamar, Çek Kanunu'nda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme, www.hukuk.gazi.edu.tr).

18 Hanife Dirikkan, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra Ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi, 2002, s.9, web.deu.edu.tr.

19 Bu hususta Yargıtay CGK 17.04.2007 tarihli no. 10-71/98 kararı Yargıtay uygulamasının bu yönde olduğuna ilişkin örnek olarak verilebilir. "*Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, önceki hükmün kesinleşmesi ve ikinci suçun kesinleşmeden sonra işlenmesi yeterli olup cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.*"

süre çek hesabı açtırmaktan da yasaklanacak olan keşidecinin, ilke olarak bu yasaklılık döneminde çekle işleyen bir hesap dahi açtırması mümkün değildir. [20] Bu durum öngörülen hapis cezasına ilişkin hükmün uygulanma kabiliyeti oldukça kısıtlamaktadır. İki TCK döneminde de öngörülen hapis cezasının nadir olarak uygulanabileceği ortadadır. Karşılıksız çek keşidesine ilişkin ağır para cezası yaptırımı öngören hüküm; karşılıksız çek keşide etmenin hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımına tabi olduğu dönemde dahi karşılıksız çek keşide etme suçunun işlendiği ülkemizde cezanın ağır para cezası olarak değiştirilmesi sonucu bu suçlarda büyük artış olabileceği, bu nedenle çeke güven duyulmadığından özellikle ticari yaşamda çek tedavülünün büyük ölçüde azalacağı ve karşılıksız çeklerin bedellerinin hukuki olmayan yollarla tahsis edilmeye çalışılacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.[21]

3167 sayılı Kanunu'nun yirmi yıl içinde üç kez değiştirilmiş, üç kez de Anayasa Mahkemesinin incelemesine konu olmuştur. Bu durum sisteme yönelik eleştirileri artırmıştır. 3167 sayılı Kanun ekonomik hayatta çek kullanımı artırmada, karşılıksız çek kullanımında caydırıcı olmak ve ticari hayatta çeke duyulan itibarı artırmak konularında başarısız olmuş, karşılıksız çeke ilişkin yaptırımlar amaçlanan sonuçları vermemiş; karşılıksız çek kullanımları artmış ve karşılıksız çek keşide etmek suçunu konu alan davaların yüksek sayılara ulaşmasının önüne geçilememiştir. Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girince, 3167 sayılı Kanun 5237 sayılı Kanuna teorik ve dogmatik yönden ters konuma düşmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasında "Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmünün 31.12.2008 tarihi[22] itibariyle 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'u da kapsayacak şekilde yürürlük kazanması karşısında tartışmalı bir durum ortaya çıkmıştır. Özellikle, 5237 sayılı TCK'da "ağır para cezası" yerine gün esasına dayalı adli para ceza sisteminin öngörülmesine rağmen 3167 sayılı Kanunda "ağır para cezası" düzenlemesinin bulunması, yine bu Kanunun yeni TCK'nın genel hükümleri kısmında yer alan cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmayan düzenlemeleri içermesi ve ayrıca karşılıksız çek keşide edilmesini objektif sorumluluk esasına dayalı bir suç olarak nitelendirmesi yeni bir Çek Kanunu

---

20 Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, İstanbul, 2006, s. 315

21 Hanife Dirikkan, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra Ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi, 2002, s.9, web.deu.edu.tr

22 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinde *"Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır"* hükmü yer almıştır.

hazırlanmasında etken olmuştur.[23] Tüm bu aksaklıklar ve eleştiriler sonucunda 14 Aralık 2009'da kabul edilen 5941 sayılı Çek Kanunu 20 Aralık 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 5. maddesi karşılıksız çeke ilişkin suç ve yaptırımları düzenleyen maddedir. Kanunun 5/1 Hükmü *"Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikayeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur"* şeklindedir. Bu hükme göre Yeni Çek Kanunu'nun 3167 sayılı yasadan farkı öncelikle hapis cezasının kaldırılmış olmasıdır. Buna karşılık eski yasada karşılıksız çekte adli para cezası için azami bir miktar getirilmiş iken, yeni yasada asgari bir miktar, bin beş yüz güne kadar adli para cezası, kabul edilmiş, her bir çek yaprağı için en az asgari miktar kadar olmak üzere karşılıksız kalan miktar için adli para cezası öngörülmüştür.[24] Ancak söz konusu hükmü Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunla beraber değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre adli para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezası uygulanacak ancak hapis cezası 3 yılı geçemeyecektir.[25] Adli para cezasının Türk Ceza Kanunu ve İnfaz Kanunu hükümlerine göre ödenmemesi hainde hükümlü zorlama hapse tabi tutulacağından söz konusu hükmün Anayasa'nın 38. Maddesine ve AİHS Ek 4. Protokole aykırılık sorunu gündeme gelecektir.

Ayrıca 3167 sayılı Kanundan farklı olarak, 5941 sayılı Kanunun 5/1. maddesinde tanımlanan suç artık "karşılıksız çek keşide etme suçu" olarak da ifade edilemeyecektir. Zira burada suç olarak tanımlanan fiil "karşılıksızdır" işlemine tabi tutulan çekin düzenlenmesi değil, düzenlenen çekin kanunî ibraz süresi içinde ibraz edildiğinde karşılığının ilgili banka hesabında tam olarak bulundurulmamasıdır.[26] Buna göre 3167 sayılı kanuna göre karşılıksız

---

23 Abuzer Kendigelen, Çek Kanunu Tasarısı Taslağının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006, s.178 (Meryem Günay, Mehmet Günay; 5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu; Türkiye Adalet Akademisi Dergisi; 2010; yıl.1; Sayı;2; s.325)

24 Seza Reisoğlu, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, TBB/Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Değerlendirmesi Toplantısında Yapılan Sunum, 29.12.2009, s. 11, www.tbb.org.tr

25 "*Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adlî para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir*." Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 106/3

"*Adlî para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümle adlî para cezalarına mahkûmiyet hâlinde bu süre beş yılı geçemez.*" Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 106/7

26 Meryem Günay, Mehmet Günay; 5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu; Türkiye Adalet Akademisi Dergisi; 2010; yıl.1; Sayı;2; s.326

çek keşide etmek suçunun faili karşılıksız çek keşide eden hesap sahibi gerçek kişi, hesap sahibi gerçek kişi lehine çek keşide eden vekil veya temsilcileri ile hesap sahibi tüzel kişiler lehine çek keşide eden vekil veya temsilcileri çek suçunun faili olabiliyorken, 5941 sayılı kanuna göre fail karşılıksız işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi, çek karşılığını ilgili bankada tam olarak bulundurmakla yükümlü olan hesap sahibidir. Hesap sahibi, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Hesap sahibinin tüzel kişi olması halinde suçun faili, tüzel kişinin mali yönetimi ile görevlendirilen yönetim organı üyesi gerçek kişi veya böyle bir görevlendirme yapılmamış ise yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişilerdir.[27] Yeni kanun çek hesabı sahibi gerçek kişinin, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin etmesi yasaklamış, böyle bir durumda hukuki ve cezai sorumluluk hesap sahibi olan gerçek kişiye ait olduğunu belirtmiştir.[28] Bu halde, temsilci veya vekil sıfatıyla çeki düzenlemiş olan kişi hakkında ise bir koruma tedbiri olan "çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı" uygulanır. Temsilci veya vekilin kural olarak hukuki ve cezai sorumluluğu olmamasına rağmen genel iştirak kuralları çerçevesinde asıl fail ile birlikte cezai sorumluluğu mümkündür.[29]

5941 sayılı Kanun suçun manevi unsuru bakımından da farklılık getirmiş ve objektif sorumluluğu gerektiren bir suç olmaktan çıkmıştır. Kanun gerekçesinde bu durum, "*Anayasa'nın 38. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bağlamında güvence altına aldığı kusursuz ceza olmaz kuralının gereği olarak, söz konusu suç objektif sorumluluğu gerektiren bir suç olarak değil, en azından taksire dayalı kusurluluğu gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır.*" şeklinde yer almıştır. Ancak gerekçede yer alan bu görüş, TCK md 22'de yer alan *"taksirle işlenen fiiller, kanunen açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılır"* hükmüne paralel olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiş, bu suçun taksirle işlenmesinin mümkün olmadığı söylenmiştir.[30] Suçun taksirle işlenebileceğine yönelik kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen madde gerekçesinde taksirle işlenebileceği yönünde açıklamaların bulunması suçun manevi unsuru itibariyle tartışmalı bir zemin yaratmıştır.

---

27 Meryem Günay, Mehmet Günay; 5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu; Türkiye Adalet Akademisi Dergisi; 2010; yıl.1; Sayı;2; s.326.

28 5941 sayılı Kanun md.5/3 *"Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî ve cezaî sorumluluk çek hesabı sahibine aittir."*

29 Ali Kınacı, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli 26 Mart 2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010, s.49.

30 Bkz. Seza Reisoğlu, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, TBB/Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Değerlendirmesi Toplantısında Yapılan Sunum, 29.12.2009, s. 11, www.tbb.org.tr.

Yazımızda görüldüğü üzere karşılıksız çeke ilişkin yaptırımlar uygulamada ortaya çıkan sorunlara yönelik olarak yıllar içinde değiştirilmiş, buna rağmen caydırıcı, çekin güvenilirliğini sağlayıcı ve karşılıksız çeke ilişkin dava sayısını azaltıcı nitelikte düzenlemeler yapılamamıştır. 5941 sayılı Kanun ise önemli değişiklikler getirmiş bir kanun olmakla beraber yukarıda açıklanan noktalarda tartışma yaratacak niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku İstanbul, 2006.
- Feyzan Hayal Şehirali, Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek, dergiler.ankara.edu.tr.
- Hanife Dirikkan, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra Ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi, 2002, web.deu.edu.tr.
- Mehmet Özdamar, Çek Kanunu'nda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme, www.hukuk.gazi.edu.tr.
- Meryem Günay, Mehmet Günay; 5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu; Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2010, yıl:1, Sayı:2.
- Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2009.
- Seza Reisoğlu, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, TBB/Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Değerlendirmesi Toplantısında Yapılan Sunum, 29.12.2009, www.tbb.org.tr.
- Somay Tümerkan Dolandırıcılık Suçu, İstanbul, 1987.
- 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli 26 Mart 2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010.

Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu

Aras TÜRAY[*]

GİRİŞ:

Dolandırıcılık suçu, gerek bozulan ekonomik düzey, gerekse çökmekte olan ahlaki değerlerle ters orantılı olarak daha çok işlenmektedir. Bu sebeple hayatımızın her anında sıklıkla gerçekleştirdiğimiz hukuki işlemler çerçevesinde dolandırıcılık suçunun incelenmesi önem kazanmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesine bakıldığında dolandırıcılık suçunun hukuki işlemlerde gerçekleşebileceğine ilişkin bir engel bulunmamaktadır. Ancak dolandırıcılık suçunun hukuki işlemlerde görünümü, bu suça ilişkin görüşler ile birlikte değerlendirildiğinde farklılıklar ve özellikler barındırmaktadır.

I- Hukuki İşlem Kavramı:

Hukuki işlemlerde dolandırıcılık suçunu incelemeden önce hukuki ilişki kavramından ne anlaşılması gerektiği çok önemlidir. Eğer irade açıklaması, arzu edilen ve hukukun bu arzuya bağladığı bir sonuca yönelmişse, bir hukuki işlem söz konusudur[1]. Bir başka tanıma göre ise hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin hukuksal bir sonuca yönelttikleri irade açıklamasıdır[2]. Somutlaştırmak gerekirse bir vasiyet düzenlemesi tek taraflı, veya sözleşme iki taraflı, yahut karar çok taraflı, hukuki işlemlerdir. Hemen belirtmek gerekir ki tek taraflı hukuki işlemlerde dolandırıcılık suçu işlenemez. Zira kişi, kendisine karşı suç işleyemez. Tek taraflı olmayan hukuki işlemlerde ise taraflardan biri, hileli hareketler gerçekleştirebilir. Dolayısıyla dolandırıcılık suçunun tek taraflı olan hukuki işlemlerde görülebilmesi pek mümkün görülmemektedir[3].

---

[*] İstanbul Bilgi Üniversitesi 4. Sınıf Öğrencisi.

[1] Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 15. Baskı, İstanbul 2008, Vedat, s. 154.

[2] Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Ankara 2005, Yetkin, s. 491.

[3] Tek taraflı olan hukuki işlemlerden, vasiyetname düzenlenmesinde, vasiyetname-

II- Dolandırıcılık Suçunun Mevzuatımızdaki Yeri:

Dolandırıcılık suçunun basit hali 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 503. maddesinde düzenlenmişti. 21.11.1990 tarihli 3679 sayılı Kanunun 25. maddesi ile bu hükümde çeşitli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikle Kanun metninden "hulus ve saffetinden istifade" ibaresi çıkartılarak, suçun sadece saf kişilere karşı işlenebileceği izlenimi giderilmiştir. Ayrıca yine ilgili değişiklikle "sania" ibaresi yerine "desise" ibaresi getirilerek[4], suçun koruma alanı daha da genişletilmiştir. 5237 sayılı TCK'de dolandırıcılık suçunun basit hali 157. madde de düzenlenmiş ve nihayet "hileli davranışlarla aldatmak" ibaresi ile normun kapsamı en geniş halini almıştır. Suçun düzenlenişi ve değişimindeki bu tarihsel gelişim iki nedene dayandırılabilir. Bunlardan birincisi, suçu dar bir şekilde düzenlemenin ya da yorumlamanın aslında bu suçtan kaynaklanan kamusal korunma ihtiyacının karşılamadığıdır. Bu sebeple madde metni değiştirilirken daima suçun kapsamı genişletilmiştir. İkinci neden ise, bu suçun zaman içinde çok fazla ve çok çeşitli şekillerde işlenmesi sebebiyle kanun koyucunun suçun kapsamını genişletmiş olmasıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi dolandırıcılık suçu giderek daha fazla işlenmekte ve bu sebeple normun koruma alanı da giderek genişletilmektedir.

III- Dolandırıcılık Suçunun Unsurları:

A-) Korunan Hukuksal Değer

Dolandırıcılık suçu başta malvarlığı olmak üzere ayrıca irade özgürlüğünü de korumaktadır. Dolandırıcılık suçunda, mağdur hileli davranışlarla aldatılmakta ve fail, mağdurun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına bir yarar sağlamaktadır. Korunan hukuksal değer bakımından iki nokta ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi zarardır. Dolandırıcılık suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 10. bölümünde yani Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar arasında düzenlenmiştir. Madde metni ve suçun düzenlendiği bölüm dikkate alınınca bu suçla korunan hukuksal değerin münhasıran malvarlığı olduğu kabul edilmelidir. Dikkat edilmesi gereken ikinci nokta mağdurun aldatılmasıdır. Fail, var olan halden ve şartlardan yararlanarak, hile oluşturan hareketler ve haller bulunmasaydı, mağdura almayacağı bir kara-

---

yi düzenleyen kişinin hileli davranışlarla kandırılması neticesinde dolandırıcılık suçu görülebilecekse de bu, hukuki işlemlerde dolandırıcılık suçu kapsamında yer almayacaktır. Zira vasiyetname düzenleyen kişiye karşı hileli davranışlarda bulunan kişi, hukuki işlem kapsamı dışındadır. Dolayısıyla bu kişinin fiili hukuki işlemi etkilese de, kendisi bu işlem kapsamında etkin bir rolü üstlenmemiştir. Bu nedenle fiil, dolandırıcılık suçunu oluştursa dahi, konumuz kapsamındaki yani hukuki işlemde dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır.

4 Yılmaz, Zekeriya/ Ergün, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005, Adalet, s. 8.

rı verdirtmekte yani, mağdur aldatılmakta ve bu suretle onun zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirilmektedir[5]. Bu sebeple kişinin irade serbestisinin de etkilendiği kabul edilmelidir. Bu kapsamda suçla korunan birden fazla hukuksal değer vardır.

B-) Fail-Mağdur:

a- Fail

Dolandırıcılık suçunun faili herhangi bir gerçek kişi olabilecektir. Tüzel kişiler, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği suçun faili olamaz. Ancak yarar sağlayan tüzel kişi için TCK m. 169'da düzenlenen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Genellikle hileli davranışlarda bulunan ve yarar elde eden kişi aynı olsa da suçun düzenlendiği maddede açıkça belirtildiği üzere yarar faile ya da başka bir kişiye sağlanabilir. Dolayısıyla hileli hareketlerde bulunan kişi, faildir.

b- Mağdur

Dolandırıcılık suçunun mağduru aldatılıp kendisini veya başkasını zarara uğratan kişidir. Malvarlığı zarara uğrayan kişi ise suçtan zarar görendir. Bu bağlamda tüzel kişiler dolandırıcılık suçunun mağduru olamaz; ancak suçtan zarar gören olabilirler[6]. Zira tüzel kişiler aldatılamaz; tüzel kişilerin suçtan zarar gören konumunda oldukları durumlarda, aslında tüzel kişi bünyesinde görevli olan gerçek kişiler aldatmıştır.

Aldatılan ve malvarlığı zarara uğrayan kişinin aynı olması gerekmez ise de, aldatılan ile malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunanın aynı kişi olması gerekir[7]. Ayrıca aldatılanın, malvarlığı üzerinde tasarruf edebilme yetkisinin olabilmesi gerekir[8]. Aksi takdirde aldatılan, şartları gerçekleşmişse hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçlarının faili olurken, bu kişinin ilgili suç yoluna girmesini sağlayan kişi ise azmettiren olacaktır.

Eğer dolandırıcılık suçu mağdurun algılama yeteneğindeki zayıflıktan yararlanılarak dolandırıcılık suçu işlenmişse, TCK m. 158'de düzenlenen

---

5 Parlar, Ali, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları, Bilge, Ankara 2011, s. 16.

6 Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar Cilt I, Beta, İstanbul 2007, s. 449-450.

7 Durmuş, Tezcan/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2010, s. 684.

8 Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2010, s. 684.

dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşacaktır[9]. Ancak mağdur sağladığı menfaatin haksız olduğunu algılayabilecek bir iradeye dahi sahip değilse, bu kişinin artık "hataya düşürüldüğünden" ve dolayısıyla dolandırıcılık suçundan söz edilemeyecek; failin bu durumda, somut olayın şartlarına göre hırsızlık suçundan cezalandırılacağı savunulmaktadır[10]. Zira temyiz kudreti olmayan bir kişi hataya düşürülemeyeceğinden dolandırıcılık suçunun da mağduru olamayacaktır.

C-) Suçun Konusu:

Dolandırıcılık suçunun konusunu herhangi bir malvarlığı değeri ouşturabilir[11]. Dolayısıyla sadece taşınır mallar değil, taşınmaz mallar ve her türlü haklar, hatta şahsi hizmetler de malvarlığına ilişkin tasarrufun konusunu oluşturabilir[12]. Elbette somut olay değerlendirilirken dolandırıcılık suçunun diğer unsurları da çok titiz bir biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin otobüse biletsiz binmiş, kimsenin koltuğa oturmasını engellememiş ve otobüsteki ikramları reddetmiş bir kişi dolandırıcılık suçunu işlememiştir. Burada yolcunun bir hizmetten dolayı yarar sağladığı kabul edilse dahi otobüs şirketi zarara uğramamıştır.

D-) Maddi Unsur:

a- Hileli Davranışlar:

Hile kavramı sadece ceza hukukunda değil, özel hukukta da mevcuttur. Borçlar Kanunu'nun 28. maddesi hile kavramını tanımlamamakla birlikte, karşı tarafın hilesi sonucu yapılan akdi iptal edilebilir kılmıştır. 2012'de yürürlüğe girecek yeni Borçlar Kanunu'nun 36. maddesi de paralel bir düzenlemeyi içermektedir.

Tartışılmakta olan bir konu, özel hukuk ve ceza hukukundaki hile kavramlarının aynı olup olmadığı ve aynı değillerse farklarının ne olduğudur. Uzunca bir zamandır özel hukuku hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımı önemini kaybetmiştir[13]. Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hilenin aldatabilecek nitelikte olması ayrıca aranmamıştır. Ancak konumuzun temelinde yer alan bir tartışma olduğu için bu ayrıma ilişkin görüşlere kısaca değinmek gerekir. Bir görüşe göre özel hukuktaki hile ile ceza hukukundaki hile ara-

---

9 TCK m. 158/f. 1/c.

10 Tezcan/Erdem/Önok, s. 601.

11 Artuç, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2011, s. 472.

12 Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Baskı, Savaş, Ankara 2010, s. 181.

13 Ayrıntılı bilgi için bakınız; Toroslu, s. 177.

sında bir fark yoktur. Bu görüşe göre basit bir yalan dahi dolandırıcılık suçunu oluşturabilir. Bir diğer görüşe göre soyut yalan, ceza hukukundaki hile ve desise unsurunu teşkil etmez; hile ile muhatabın inceleme ve araştırma eğilimini etkisiz hale getirecek bir takım davranışlarda bulunulmalıdır. Ceza hukukundaki hile kavramı ile özel hukuktaki hile kavramının aynı olduğu kabul edilse dahi, dolandırıcılık suçunun unsurlarından biri olan hileli davranış unsurunun, özel hukuktaki hileden daha zor oluşacağı kabul edilmelidir. Zira hileli davranışı gerçekleştiren kişinin ekonomik menfaatlerinin, özgürlüğünden daha az korunabileceği kabul edilebilirse de; ekonomik menfaatler ve özgürlüğün aynı derecede korunacağını kabul etmek mümkün değildir. Yani failin aleyhine olarak sözleşmenin iptal edilmesi daha kolay bir şekilde gerçekleşebilmeli, ancak faile özgürlüğü bağlayıcı bir cezanın verilmesi bu kadar kolay olmamalıdır. Ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olan "ultima ratio"nun gereği de budur.

Bu husus yani ceza vermenin son çare olması, dolandırıcılık suçunun oluşumu için aranan "hileli davranışlar" unsuru ile sağlanmaktadır. Zira dolandırıcılık suçu için aranan salt hile değil; hileli davranıştır. Bu doğrultuda hilenin, çeşitli hareketlerle desteklenerek sunulması hileli davranış unsurunu sağlayacaktır. Özel hukuk anlamında hile unsurunun gerçekleşmesi içinse hileyi destekleyen hareketlere ihtiyaç yoktur. Başka bir deyişle hile, hem özel hukuk hem de ceza hukukunda aynı anlama gelse de ceza hukuku açısından aranan salt hile değil, hileli davranıştır ve hileli davranış unsurunun gerçekleşmesi için de özel hukuktan farklı olarak hilenin bir takım hareketlerle desteklenerek sunulması gerekir. Bunun yanı sıra hile çeşitli aktif hareketlerle desteklenmese bile, bazı durumlarda hileli davranış unsuru, güven ortamı veya garantörsel yükümlülükler neticesinde pasif kalınarak da gerçekleştirilebilecektir.

Ceza hukuku anlamında hileli davranış ve hile kavramlarına ilişkin doktrinde çok çeşitli görüşler mevcuttur. Dönmezer'e göre hilenin, olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler eklenerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanılarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirtmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesi gereklidir[14]. Toroslu'ya göre hileli davranış, ikna etmeye yönelik sözlerle gerçeği gizlemek, yani doğru sanılmasına elverişli olan akıl yürütmeleri içeren bir yalan şeklinde olabileceği gibi, olmayanı varmış gibi, olanı yokmuş gibi göstererek

---

14 Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler, 16. Baskı, Beta, İstanbul 2001, s. 453.

gerçeğin gizlenmesidir[15]. Tezcan / Erdem / Önok'a göre ise hile, başkasının iradesi üzerinde etki meydan getiren her türlü davranıştır[16]. Artuç'a göre hile, mağdurun iradesinin sakatlanmasına yol açan her türlü davranıştır[17].

Hile kavramına ilişkin üstünde durulması gereken bir husus 765 sayılı Kanundaki "hile ve desise" ifadesi yerine 5237 sayılı Kanunda "hileli davranışlar" ifadesinin kullanılmasıdır. Yargıtay'a[18] ve doktrindeki bazı yazarlara göre bu değişikliğin önemli bir sonucu olmamıştır. Zira "hile ve desise" ifadesinde hile ve desise kavramlarına ayrı anlamlar vermek, bu iki kavram bir arada kullanıldığına göre gereksizdir[19]. Yani "hile ve desise" tek bir kavramdır ve "hileli davranışlar" ifadesi bu kavramı karşılamaktadır. Kanımca bu görüş yerindedir zira ceza hukuku anlamındaki "hileli davranış", özel hukuktaki "hile"den farklıdır ve özel hukuktaki hile kavramından daha zor gerçekleşmektedir.

765 ve 5237 sayılı Kanunlardaki esas farklılık, yeni Kanunla hilenin "kandırabilecek nitelikte" olmasının aranmamasıdır. Yani hileli davranışlar, objektif bir üçüncü kişiyi kandırabilecek nitelikte olmasa dahi eğer somut olayda mağduru kandırmak için yeterli olmuşsa dolandırıcılık suçu oluşabilecektir. Ancak Yargıtay, ne yazık ki kanunilik ilkesine aykırı olarak, çeşitli kararlarında hala hilenin kandırabilecek nitelikte olmasını aramaktadır[20]. Hilenin varlığı aranırken sübjektif bir değerlendirme yapılmalı ve mağdur hileli davranışla hataya düşürülmüşse dolandırıcılık suçundaki hileli davranışlar ve aldatma unsurlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. O halde somut olayda hileli davranışın karşı tarafı aldatmış olması suçun oluşması için yeterlidir; ayrıca objektif olarak bu davranışın kandırmaya elverişli olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur[21].

Hileli davranışlar icrai hareketlerle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareketlerle de gerçekleştirilebilir[22]. Madde metninin gerekçesinde de *"Hile,*

---

15 Toroslu, s. 179.

16 Tezcan/Erdem/Önok, s. 602.

17 Artuç, s. 475.

18 Yargıtay 765 sayılı Kanun dönemindeki içtihatlarını 5237 sayılı Kanun döneminde de sürdürmektedir.

19 Tezcan/Erdem/Önok, s. 602-603, 405 nolu dipnot.

20 Yargıtay 11. CD, 14.09.2009 tarihli, 2009/839 E., 2009/10065 K. sayılı bir kararında "Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için failin, bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiselerle hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisi veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması gerekmektedir" diyerek hilenin aldatabilecek nitelikte olması gerektiğini açıkça belirtmiştir.

21 Tezcan/Erdem/Önok, s. 605.

22 Aksi görüş için Tümerkan, Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi

icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmalî davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile ***hukukî ilişkide*** *bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmalî davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir."* ifadesi ile bu suçun ihmali hareketle gerçekleştirilebileceği açıkça belirtilmiştir. İhmal, hiçbir şey yapmamak değil, belli bir hususu yapmamaktır[23]. Yani ihmali hareketin icrai harekete eş değerde sayılabilmesi için failin mağduru bilgilendirme konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Gerekçede yer alan, susmanın ancak bir beyan açıklaması niteliği taşıdığı durumlarda ihmali hareketten bahsedilebileceği görüşü ise dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle gerçekleştirilebileceği görüşünü bertaraf etmeyen ancak aşırı derecede sınırlayan bir görüştür. Zira kural olarak, susma bir irade beyanı değildir ve icaba karşı bir cevap vermeyen (susan) muhatap icabı kabul etmiş sayılmaz[24]. Yani susma sadece istisnai bazı hallerde irade beyanı olarak kabul edilebileceğinden gerekçedeki görüşe göre de dolandırıcılık suçu sadece bu ihmali hareketlerle gerçekleştirilebilecektir. Kanunla bağlı ancak gerekçeyle bağlı olunmadığından, yukarıda bahsi geçen hususta gerekçedeki görüşe katılmamaktayız. Ayrıca belirtmek gerekir ki susma ile dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı yönünde de öğretide bir görüş mevcuttur[25]. Söz konusu bilgilendirme yükümlülüğünün sözleşmeden, yasadan ya da dürüstlük kurallarından dolayı mevcut olması gerekir[26]. Bunların yanı sıra susmanın dolandırıcılık suçuna vücut verebilecek bir hile niteliğinde değerlendirilebilmesi için, bilinçli susma halinin mağdurun kendisi veya bir başkası aleyhinde bir tasarrufta bulunmasına sebep olması gerekir[27]. Özetle, konuşmak hukuksal yükümlülüğü altında olan failin susması da, başka bir anlatımla hileli davranışın açık veya örtülü bir beyanla ortaya

---

Fiilleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987, s. 45, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.686.

23 Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin, Ankara 2003, s. 67.

24 Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Vedat, İstanbul 2009, s. 59.

25 Ayrıntılı bilgi için, Artuç, s. 479.

26 Kılıçoğlu, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Turhankitabevi, Ankara 2009, s. 143. Ayrıca bilerek ve isteyerek bu açıklamanın yapılmamış olması gerekir (Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s. 458).

27 Yavuz, A. Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, S. 1, Ekim 2006, s. 369.

konmasının gerek olmadığı bazı olayların özelliğine göre ihmali davranış da hileli davranış sayılabileceği için dolandırıcılık suçunu oluşturabilecektir[28].

Tartışmalı olan bir konu da mücerret (soyut) yalanın dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmayacağıdır. Bu doğrultuda mücerret yalanın hileli davranış teşkil etmeyeceği savunulabilir. Zira yalanı destekleyen davranışlar sergilenmemekteyse yalan mücerrettir ve hile sayılabilecekse de hileli davranış unsurunu teşkil etmediği kabul edilmelidir. Ancak hal ve şartlara göre doğru bir açıklamanın beklendiği hallerde yalan açıklama, dolandırıcılık teşkil edebilir[29]. Mücerret yalanın failin hataya düşmesinde, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali kadar büyük bir rol oynamadığı kabul edilmelidir. Yani dolandırıcılık suçu ihmali hareketle gerçekleşmiştir. Zira burada dolandırıcılık suçunun oluşumunu sağlayan mücerret yalan değil, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeksizin, güven ortamından faydalanan failin ihmali hareketidir. Bir başka deyişle fail mücerret yalanı söylemeseydi ve sadece sussaydı da dolandırıcılık suçu zaten gerçekleşecekti. Bu durumda suç, mücerret yalanla değil; bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali yani ihmali hareketle ortaya çıkmaktadır.

Hukuki işlemlerde dolandırıcılık suçuna vücut veren hileli davranışlar genellikle taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanarak gerçekleştirilen ihmali hareketlerden oluşur. Somut olaydaki güven ortamı kişilerin daha önceden çeşitli hukuki işlemlerde bir araya gelmiş olmaları, hukuki işlem tarafının mağdurca tavsiye üzerine seçilmiş olması gibi çeşitli nedenlerle oluşmuş olabilir. Burada güven ortamı, dürüstlük kuralı vasıtasıyla kişilere aydınlatma yükümlülüğü yüklemektedir. Esasında güven ortamının oluşumunun temelinde güven ilkesinin varlığı kabul edilmelidir. Güven ilkesi genellikle trafikte veya ekip halinde çalışmalarda gündeme gelse de üçüncü bir şahsın kasten işlediği suçun varlığı halinde de gündeme gelebilecektir. Bir hukuki ilişkide taraflar, karşı tarafın kasten bir suç işlemediğine güvenecektir. Kural olarak, başka bir kimsenin kasten suç işlemediğine güvenilen durumlarda da, güven ilkesi geçerlidir[30]. Esasen herkesin yaşamda sürekli başkalarının olası hatalı veya tehlikeli davranışlarına dikkat etmesi ve başkalarının olası özen yükümlülüğünün ihlalini veya bu ihlalin doğuracağı zarar veya zarar tehlikesini daima öngörebileceği beklenmemelidir. Kişiler bu zarar veya zarar tehlikesini bertaraf etmek, buna sürekli hazırlıklı olmak zorunda bırakılamaz. Aksi düşünce hukuksal olamayacak, hayatı statik hale getirecek ve her olayda, olayın tarafı herkesi kusurluymuş ve neticeye az veya çok neden olmuş

---

28 Ekinci, Mustafa/Esen, Sinan, Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas Karşılıksız Yararlanma Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet, Ankara 2005, s. 159-160.

29 Dönmezer, no. 370, s. 451-452.

30 Ünver, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta, İstanbul 1998, s. 346.

gibi sorumlu tutmaya yol açacaktır. Aynı zamanda birden fazla kimsenin bulunduğu alana girmenin potansiyel suçluluk varsayımının kabul edilmesine ve keza insanları ekip halinde işbölümü biçiminde gerçekleştirilecek eylemlerde inisiyatif almaktan kaçınmaya sevk ederek istenmeyen daha sakıncalı sonuçlara yol açacaktır[31]. Bu doğrultuda aslında ticari hayattaki dinamizm ve güvenilirliğin kaynağında da güven ilkesinin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira ticari alanda risk alanına giren taraflar, karşı tarafın hukuka uygun davrandığına güvenerek işlemleri gerçekleştirmektedir. Karşı tarafın daima hukuka aykırı davranacağı yönündeki riziko, ticari hayatı sekteye uğratacağı gibi ceza hukuku açısından, yükümlülüğe aykırı davranabilmenin kapılarını aralayacaktır. Bu yükümlülüğe aykırı davranarak mağdurun hukuki ilişkiye çekilmesi dolandırıcılık suçunu oluşturabilecektir.

b- Aldatma:

Dolandırıcılık suçunun oluşması için failin hileli davranışları yetmez, ayrıca mağdurun aldatılmış olması gerekir. Burada muhatap kişinin iradesi üzerinde etkide bulunmak suretiyle bir hatanın ortaya çıkmasına yol açılmaktadır[32].

Hukuki işlemlerde dolandırıcılık suçu icrai hareketle gerçekleşebileceği gibi ihmali hareketle de gerçekleşebilir. Her ne şekilde olursa olsun, mağdurun hataya düşmesi failin hileli davranışlarından kaynaklanması gerekir. Mağdurun aldanması failin hileli davranışlarından değil de doğrudan mağdurun kendisini ilgilendiren nedenden veya fail dışındaki kimselerin bir etkisinden meydana gelmişse, dolandırıcılık suçundan söz edilemeyecektir[33]. Yani mağdurun aldanması veya failin ihmali veya icrai bir hareketi olmaksızın kişinin hataya düşmesi ile aldatma unsuru gerçekleşmiş olmaz. Bu durumda suçun oluşması için failin hileli davranışlarla hatanın ortadan kalkmasını engellemesi, devamını ya da güçlenmesini sağlaması gerekir[34].

c- Failin Mağdurun veya Üçüncü Bir Kişinin Zararına Olarak, Kendisi veya Bir Başkası Lehine Yarar Elde Etmesi:

aa- Yarar

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için fail kendisi veya başkası lehine bir yarar elde etmelidir. Yarar, para, borçtan kurtarma belgesi, makbuz ve

---

31 Ünver, Yener, "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s. 883.

32 Tezcan/Erdem/Önok, s. 611.

33 Centel/Zafer/Çakmut, s. 457.

34 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 687.

benzeri herhangi bir belge ya da hizmet de olabilir[35]. Yani yarar, malvarlığına ilişkin olmalıdır[36].

Hukuki işlemlerde dolandırıcılık suçunun oluşumu için, yararın aldatmanın sonucunda gerçekleşmesi gerekir. Yararın önceden elde edilmiş olması durumunda dolandırıcılık suçu oluşmaz[37]. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir[38].

Tartışılması gereken bir husus yararın haksız olma zorunluluğudur. Kanımca haklı bir yararı tahsil etmek için gerçekleştirilen fiil de dolandırıcılık suçunu oluşturabilir[39]. Zira haklı bir yararı tahsil için hukuk sisteminde eda davası, icra gibi yöntemler öngörülmüştür. Bir alacağı tahsil etmek için dolandırıcılık fiiline cevaz verilmesi ile bu alacağın yağma fiili aracılığı ile tahsil edilmesi arasında sadece zarar görecek hukuki değerler açısından fark vardır. Bu doğrultuda haklı yararın dolandırıcılık ile tahsili malvarlığı değerlerinin tarumarına cevaz vermek anlamına gelecektir. Ayrıca eski Kanun döneminde bu gibi bir duruma cevaz verilmesi 765 sayılı Kanunun 308. maddesinde düzenlenen ihkakı hak yasağına aykırılık oluşturabilecekti. Yeni Kanunla ihkakı hak ayrı bir suç olmaktan çıkartılarak çeşitli görünümleri kanuna serpiştirilmiştir[40]. 5237 sayılı TCK m. 159'da hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil edilmesi amacıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde daha az olmakla beraber bir ceza öngörülmüştür. Bunun anlamı ise aslında haklı bir yarar olsa da bu yararın dolandırıcılık fiili gerçekleştirilerek tahsili halinin hukuka aykırı olduğudur. Kanaatimizce hukuki ilişkiye dayanan alacakların dolandırıcılık fiili neticesinde tahsili halinde TCK m. 159, hukuki ilişkiye dayanan alacaklar haricindeki haklı yararların dolandırıcılık fiili neticesinde tahsili halinde basit ya da nitelikli dolandırıcılık suçları için öngörülmüş cezaya hükmedilmelidir. Aslında yeni kanunla kanun koyucu adeta ihkak-ı hakkı bir suç olmaktan çıkarıp bir indirim sebebi haline getirmiştir. Özetle yarar haklı da olsa dolandırıcılık suçu gerçekleşecek, ancak bu yarar hukuki ilişkiye dayanan bir alacaksa TCK m. 159 uyarınca daha az cezaya hükmedilecektir. Burada ortaya çıkan adaletsizliğin önlenmesi için 159. maddedeki "bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı" ifadesi, "haklı bir yara-

---

35 Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik ve Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2008, s. 231.

36 Aynı doğrultuda Tezcan/Erdem/Önok, s. 615; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe s. 688; Artuç, s. 483.

37 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 688.

38 "…önceden doğmuş bir borçtan dolayı sanığın, mağdura karşı hile ve desiseler kullanarak edimini yerine getirmemesi, menfaat daha önceden elde edilmiş olduğundan dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır." YCGK., 27.09.2005, 6-59/107.

39 Aynı doğrultuda, Yılmaz/Ergün, s. 16.

40 TCK m. 144, 150, 159.

rın" olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Esasında haksız yarardan maksat, doğrudan veya dolaylı olarak hukuken korunmayan yararlardır[41]. Kanaatimizce hukukun koruduğu şekilden yararlanmamak suretiyle yararın hukuka aykırı şekilde elde edilmesi de dolandırıcılık suçunu oluşturabilecektir.

Burada değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise yararın haklı olması durumunda karşı tarafın bir zarara uğrayıp uğramayacağıdır. Fail zaten hakkı olan bir şeyi tahsil ediyorsa, mağdurun bu durumda nasıl zararı olabilir? Eğer haklı yararın tahsili hileli davranışlarla gerçekleştirilmiş ancak karşı taraf bu nedenle zarara uğramamışsa suç maddi unsur eksikliğinden dolayı oluşmayacaktır. Failin hakkı olan bir şeyi tahsil etmesi durumunda, zararın ortaya çıkması, nadiren karşımıza çıkabilecektir. Şu örnekte yarar haklı olmasına rağmen dolandırıcılık suçu oluşmuştur: Sözleşme taraflarından biri hataya düşmüştür ve vadesi henüz gelmemiş borç içeren bir sözleşme yapılmıştır. Hataya düşen taraf sözleşmeyi iptal etmek istemesine karşın eğer karşı taraf, iptal halinde çok yüksek meblağlarda tazminat ödemesi gerektiği yönünde hileli davranışlarla mağduru aldatmış, böylece sözleşme iptal edilmemiş ve hileli davranışlarda bulunan, hataya düşmüş tarafın zararına olarak bir yarar elde etmişse, burada artık dolandırıcılık suçu işlenmiştir. Esasında burada sözleşmenin iptali hileli davranışlarla engellenmiştir ancak tahsil edilen yarar geçerli bir sözleşmeye dayandığı için haklı bir yarardır. Bir başka örnek ise; kişinin zamanaşımı dolmuş yani eksik bir borcu hileli davranışlarla sanki eksik olmayan bir borçmuş gibi tahsil etmesidir. Zira zamanaşımı dolmuş borç aslında dava edilerek talep edilebilir. Ancak fail, hileli davranışlarda bulunarak bir dava açması ihtimaline karşı borcun eksik borç olduğunu hileli davranışlarla gizleyerek, borçlu tarafın zamanaşımı def'i ileri sürmesine, hukuka aykırı bir şekilde imkan vermeyerek, haklı yararı tahsil etmiştir.

bb- Zarar

Dolandırıcılık suçuyla korunan hukuksal değer malvarlığı ve yine suçun hukuki konusu malvarlığına ilişkin herhangi bir değer olduğuna göre, zararın da malvarlığına ilişkin olması gerekir[42]. Malvarlığındaki zarar, pasifteki artış ya da aktifteki azalış olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilecektir. Meydana gelen zararın sonradan giderilmesi veya mağdurun sonradan zarara uğramak hususunda rıza vermesi suçun oluşumunu etkilemeyecektir.

Dolandırıcılık suçu anlamında zararın malvarlığına ilişkin olması gerektiği için, duygusal veya manevi yönden uğranılan zararlar dolandırıcılık suçunun konusunu oluşturmaz[43].

---

41 Parlar, 23.

42 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe s. 688.

43 Tezcan/Erdem/Önok, s. 615.

Aldatılma ile mağdurun malvarlığına ilişkin olarak yapmış olduğu tasarruf arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir[44]. Eğer aldatılan kişi, hataya düşmüş olmasaydı, yine de tasarrufta bulunacaktı diyebiliyorsak, bu gibi durumlarda hataya düşme ile malvarlığına ilişkin tasarruf arasında nedensellik bağının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır[45].

Dolandırıcılık suçu bir zarar suçudur. Yani suçun oluşması için zarar tehlikesi yeterli değildir[46].

E-) Manevi Unsur:

Dolandırıcılık suçu genel kastla işlenebilecek bir suçtur. Bu suçta kastın, hem hileli davranışa, hem bunun sonucunda mağdurun hataya düşürülmesine hem de yarar sağlamaya yönelik olması gerekir[47]. Bu çerçevede bu suç bakımından ayrı bir yarar sağlama kastından söz edilemez. Bu nedenle özel kast aranmaz[48].

Hukuki işlemler sırasında yapılan hileli davranışların niteliğinin yanı sıra dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığı özellikle manevi unsura ilişkin bir sorundur. Örneğin bir kişi sadece sözleşme akdedebilmek için ödeme gücü olmadığını gizlerse ancak aslında amacı, kendi üzerine düşen edimi gereği gibi ifa etmekse, burada dolandırıcılık suçu manevi unsur eksikliğinden dolayı oluşmamıştır. Zira failin kastı sadece sözleşme akdetmeye, yani hileli davranışlarla mağduru hataya düşürmeye yöneliktir. Ayrıca bu hukuki işlem sonucunda bir kişinin zararına olarak yarar sağlamaya yönelik değildir. Ancak fail, bir kişinin zarar görmesini göze almış, bir başka deyişle bu ihtimalin gerçekleşmesini umursamadan hareketlerine devam etmiş ve bir kişinin zararına olarak kendisi veya başkası lehine yarar elde etmişse artık olası kastla dolandırıcılık suçunu işlemiştir.

Manevi unsur başlığı altında üzerinde durulması gereken bir husus da failin aldatma kastının, hileyi oluşturan hareketten önce veya onunla aynı anda var olmasının şart olup olmadığıdır. Öğretideki bir görüşe göre sonradan ortaya çıkan kast, dolandırıcılık suçunu oluşturmaz[49]. Bazı durumlarda failin, hileli davranışları gerçekleştirirken bir kişinin zararına olarak kendisine veya bir başka kişiye yarar sağlama kastı mevcut olmayabilir. Ancak

---

44 Parlar, s. 22.

45 Tezcan/Erdem/Önok, s. 614.

46 Aynı görüşte; Tezcan/Erdem/Önok, s. 614, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 688.

47 Tezcan/Erdem/Önok, s. 616.

48 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 703.

49 Toroslu, s. 185-186, Artuç, s. 485.

failin, daha sonra somut olayın şartlarından yararlanarak zarar ve yarar unsurlarının gerçekleşmesini de sağlayabilir. Burada dolandırıcılık suçu mevcuttur. Failin suçun oluşması için aranan kastı, hareketlere başladığında olmamasına rağmen bu kast sonradan ortaya çıkmıştır. Burada başta suç teşkil etmeyen hareketler gerçekleştiren failin sonradan ortaya çıkan kastı ile suç tipini ihlal etmesi hali mevcuttur[50]. Bu durumda ise failin, hareketlerini, sanki en başından itibaren dolandırıcılık kastı ile gerçekleştirdiği kabul edilmelidir. Yani fail hareketlerine dolandırıcılık kastı ile başlamamış ancak somut olayın şartlarından istifade ederek dolandırıcılık fiilini gerçekleştirmeye sonradan karar vermişse, eklenen kast kurumu aracılığı ile sanki hareketlerine dolandırıcılık kastı ile başladığı kabul edilip, cezalandırılması gerekmektedir. Örneğin fail, hileli hareketlerle sözleşme yapmış ancak hileli hareketler sonucu akdedilen sözleşmede kendi payına düşen edimi ifa etme niyetinde ise, ancak daha sonraki süreçte bir kişinin zararına olarak kendisine veya bir başka kişiye yarar sağlamak için hareketlerine devam ediyorsa burada failin eklenen kastı mevcuttur. Bu durumda eklenen sadece ifa etmemeye yönelik kast değil, bir kişinin zararına olarak kendisine veya bir başka kişiye yarar sağlamaya yönelik kasttır.

F-) Suçun Özel Görünüş Biçimleri:

a- Teşebbüs:

Dolandırıcılık suçu başkasının zararına olarak haksız bir yarar elde edildiği anda tamamlanır[51]. Dolandırıcılık suçunun icra hareketleri, mağduru kandırmaya elverişli hilenin gerçek kişi mağdura yöneltilmesi ile başlar[52]. Kandırmaya elverişli hareketler ve hilenin aldatabilecek nitelikte olması farklı kavramlardır. Elverişlilik, elverişli araçlarla birlikte yapılan hareket ve var olan diğer koşullar da dikkate alınarak değerlendirilir[53]. Yani elverişlilik değerlendirmesinde sadece aracın elverişliliği değil, suç yoluna girerken icra edilen hareketin ve somut olayın şartlarının birlikte değerlendirilmesi gerekir. Halbuki hileli davranışlar, failin bir kişinin zararına olarak kendisine veya bir başka kişiye yarar sağlamaya yönelik araç hareketleridir. Aracın elverişli olduğu durumda sonucu meydana getirmesi bakımından yetersiz olması, teşebbüsün varlığını etkilemez[54]. O halde failin hareketleriyle suç

---

50 Ayrıntılı bilgi için bakınız, Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2009, Turhankitabevi, s. 334.

51 Tezcan/Erdem/Önok, s. 616.

52 Artuç, s. 526.

53 Aksoy İpekçioğlu, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin, Ankara 2009, s. 92.

54 Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2009, s. 352.

yoluna girip girmediğini değerlendirirken hem failin hareketi hem de somut olayın şartları değerlendirilmelidir. 5237 sayılı Kanun ile artık hilenin aldatabilecek nitelikte olduğu aranmadığına göre, kandırabilecek nitelikte olmayan davranışlarla dahi mağdur aldatılabilmişse fail suç yoluna girmiştir. Bu gibi bir durumda failin hareketinin elverişli olduğu kabul edilmelidir. Ancak fail hileli davranışlara başvurmuş olmasına rağmen karşı taraf aldanmamış olabilir. Hileli davranış objektif olarak kandırabilecek nitelikte olmasına rağmen, karşı taraf aldanmamışsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir[55]. Yani hileli davranışın elverişli bir araç olup olmadığı aynı zamanda somut olayın şartlarına bağlıdır.

Dolandırıcılık suçu failin bir kişinin zararına olarak kendisine veya bir başka kişiye yarar sağlaması ile sona erer. Fail yararı elde edememişse, suç yine teşebbüs aşamasında kalmıştır. Elde edilen yararın üzerinde fiili bir tasarrufta bulunulması gerekmez. Tasarruf imkanının doğmuş olması yeterlidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki suç tamamlandıktan sonra, suç konusu şeyin iadesi veya bedelinin tazmini, bu suçun oluşmasını engellemez[56].

b- İştirak:

Dolandırıcılık suçuna iştirakin her türlüsü mümkündür. Üzerinde durulması gereken bir nokta ise, failin bir başka kişiye yarar sağladığı durumlardır. Mağdurun aldanmasına herhangi bir şekilde katılmayan ancak, failin kendisine yarar sağladığı kimse dolandırıcılığa iştirakten sorumlu tutulamayacaktır[57]. Zira madde metninde failin, yararı bir başkasına sağlayabileceği de açıkça belirtilmiştir.

c- İçtima:

Dolandırıcılık suçu zincirleme şekilde işlenebilir. TCK m. 43/1'de suçların aynı kişiye karşı işlenmesi arandığından, aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile, birden çok kişiye karşı işlenen dolandırıcılık suçunda zincirleme suç ilişkisinden söz edilemeyecektir. Buna karşılık tek bir hileli davranış birden fazla kişinin malvarlığında zarara yol açmış ise, tek bir fiille işlenen birden fazla dolandırıcılık suçu söz konusu olacağı için TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç kurallarının uygulanması mümkündür[58].

Dolandırıcılık suçu uygulamada daha çok sahte bir belge aracılığı ile

---

55 Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara 2002, s. 44.

56 Özgenç, s. 46-47.

57 Tezcan/Erdem/Önok, s. 617, Artuç, s. 526.

58 Tezcan/Erdem/Önok, s. 617.

işlenmektedir. Bu gibi durumlarda TCK m. 212'deki özel içtima düzenlemesi ile fail hem belgede sahtecilikten hem de dolandırıcılıktan ayrıca cezalandırılacaktır.

G-) Yaptırım ve Kovuşturma

TCK m. 157 uyarınca dolandırıcılık suçunu işleyen kişi, 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Kovuşturma başlamadan fail sağladığı yararı pişmanlık göstererek iade ederse veya mağdurun zararını tazmin ederse TCK m. 168 uyarınca faile verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. Kovuşturma başladıktan sonra iade veya tazmin gerçekleşirse cezanın yarıya kadarı indirilir. İade veya tazmin tamamen değil, kısmen gerçekleşmişse TCK m. 168 hükmü ancak mağdurun rızası ile uygulanabilecektir.

Bu suç şikayete tabi olmayıp re'sen takibi gereken suçlardandır.

SONUÇ:

Dolandırıcılık suçunun hukuki işlemlerdeki görünümünde, suçun unsurları göz önünde bulundurulduğunda, uyuşmazlığın hukuki boyutta kalıp kalmadığı, fiilin cezalandırılmasının gerekip gerekmediği, özellikle hileli davranış ve manevi unsurla ilgilidir. Bazı durumlarda hile, özel hukuk yaptırımını gerektirse dahi, ceza hukuku boyutunda hileli davranış boyutuna ulaşmamıştır ve ceza hukuku kapsamında bir yaptırımı gerektirmeyebilir. Bazense failin gerçeği yansıtmayan hareketi hileli davranışı oluştursa dahi, fail dolandırıcılık kastı ile hareket etmediğinden, dolandırıcılık suçu manevi unsur eksikliğinden dolayı oluşmamaktadır.

Dolandırıcılık suçunun oluşumu için, yararın aldatmanın sonucunda gerçekleşmesi gerekir. Yararın önceden elde edilmiş olması durumunda dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını yukarıda belirtmiştik. Ancak hukuki işlemlerde dolandırıcılık suçunu incelerken bu ayrımı yapmak güçleşmektedir. Zira hileli davranış, yarar elde edildikten sonra ortaya çıkmış olsa da buradaki sorun sadece hileli davranışa ilişkin değil, aynı zamanda manevi unsura ilişkindir. Eğer fail, en başından beri borcu ifa etmeme kastı ile hareket etmişse, diğer şartları oluştuğu takdirde önceden doğmuş borca ilişkin dolandırıcılık suçu gerçekleşebilecektir. Örneğin ödeme yeteneği olmadığını gizleyerek bir hukuki ilişkiye giren kişi, pekala ihmali hareketle dolandırıcılık suçunu işlemiş olabilir. Karşılıksız yararlanma niteliğindeki eylemler, eğer failde başlangıçtan beri hizmetin bedelini ödememe kastı varsa, ancak bu takdirde dolandırıcılık suçunu oluşturabilir[59]. Bir kimsenin, ödeme gücü

---

59 Tezcan/Erdem/Önok, s. 607.

olduğuna ilişkin kanıtlayıcı davranışlarda bulunduğu halde ödeme gücü yoksa hileli davrandığından söz edilebilir[60]. Ödeme gücünün var olduğunun kabul edilmesi hukuki ilişki tarafları arasındaki güven ortamından, dolayısıyla güven ilkesinden doğmaktadır. Hizmeti veya malı sağlayan kişi, hayatın olağan akışı içerisinde karşı tarafa ödeme gücü olup olmadığını elbette sormayacak, karşı tarafın ödeme gücü olduğuna inanacaktır. Söz konusu inanç, hukuki işlem sahasındaki güven ortamından, bu olgu ise güven ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu inanca aykırı davranarak ödeme gücü olmadığını gizleyen veya açıklamayan taraf ise ihmali hareketle dolandırıcılık suçunu işlemiş olacaktır. Ancak mal veya hizmet sunan tarafın güvenini zedeleyecek belirtiler mevcutsa, artık bu kişi güven ilkesinden faydalanamayacaktır[61]. Örneğin yırtık kıyafetlerle lüks bir restorana gelen kişinin hesabı sonradan ödeyemeyeceği, güven ilkesini bertaraf edebilecek bir belirtidir. Bu kişi hesabı sonradan ödememe kastı ile hareket etse dahi hareketi hileli davranış olarak kabul edilemeyecektir.

Görüldüğü üzere bir hukuki işlem kapsamında dolandırıcılık suçunun varlığı araştırılırken, somut olayın şartları ve fiil bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede ise dolandırıcılık suçunun unsurlarından özellikle hileli davranış unsuru ve manevi unsur titiz bir şekilde tespit edilmelidir.

Kaynakça:

Artuç, Mustafa; Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2011.

Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem; Kişilere Karşı Suçlar Cilt I, İstanbul 2007.

Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler, İstanbul 2001.

Ekinci, Mustafa/Esen, Sinan; Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma Dolandırıcılık, Hileli ve Taksirli İflas Karşılıksız Yararlanma Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara 2005.

Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

---

60 Meran, Necati, s. 226.

61 Aynı doğrultuda Ünver, s. 883.

Hakeri, Hakan; Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.

İpekçioğlu Aksoy, Pervin; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009.

Kılıçoğlu, M. Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

Kocayusufpaşaoğlu, Yusuf; Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, İstanbul 2008.

Meran, Necati; Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara 2008.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami; Medeni Hukuk, İstanbul 2008.

Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.

Özgenç, İzzet; Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002.

Parlar, Ali; Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2011.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010.

Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2010.

Tümerkan, Somay; Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), İstanbul 1987.

Ünver, Yener; Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.

Ünver, Yener; "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008.

Yavuz, A. Hakan; "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Basit Dolandırıcılık Suçu", CHD, Yıl: 1, S. 1, Ekim 2006, s. 353 vd.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005.

Yılmaz, Zekeriya/Ergün, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanununda Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005.