

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: IV

SAYI: 2

YIL: 2009

**Aralık – 2009
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İsmail KAYAR

SORUMLU MÜDÜR

İzzet DURGUT

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZİ- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAİL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
--	---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Fakülteyi bağlamaz.

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırılmalar kullanılmamalıdır.
5. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süheyl BATUM
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Doç. Dr. Murat DOĞAN
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN
Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN

EDİTÖRLER

Doç. Dr. Murat DOĞAN

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Murat ŞEN, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN, Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN, Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ, Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK, Öğr. Gör. Ömer ÇELEN, Öğr. Gör. Akın ÜNAL, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ, Arş. Gör. Musa İYİLER, Arş. Gör. Aslı NANEÇİ, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Faruk BİLİR / Hakim Osman ERMUMCU
Anayasa Mahkemesi'nde Yargılamanın Yenilenmesi 3

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Çocukların Cinsel İstismarı Suçu..... 25

Dr. Murat YÜKSEL
Etik Kavramı ve Medya Etiği 43

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN / Arş.Gör.Güliden ŞİŞMAN
Türk Tabipler Birliğine ve Tabip Odalarına Yapılacak İdari Başvurular 53

Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL / Hakim Muhammed YAVUZ
Seçilmeye Engel Bir Suçtan Kesin Hüküm Giyme Nedeniyle
Milletvekilliğinin Sona Ermesi 75

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Murat YÜKSEL
Türk Hukukunda Bilirkişi Uygulamasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri.....101

Öğr. Gör. Elvan SÜTKEN
Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz
Mülkiyetinin Kısıtlamaları ile İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar 109

HUKUK EĞİTİMİ

Yrd. Doç. Dr. Naim DEMİREL
Almanya'da Hukuk Eğitimi 135

KİTAP DEĞERLENDİRMESİ

Arş. Gör. Dr. Şule ŞAHİN CEYLAN
Kitap Değerlendirmesi: Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek Üzerine 175

CONTENTS

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Faruk BİLİR / Judge Osman ERMUMCU Rehearing in the Constitutional Court	3
Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Child Exploitation Crimes	25
Assoc. Prof. Dr. Murat YÜKSEL The Concept of Ethics And Media Ethics http://myblahg.com/?p=2725	43
Asst. Prof. Dr. Hayrettin EREN / Research Assist. Gül den ŞİŞMAN Administrative Applications, Make To Turkish Medical Association and Chambers Of Medical http://myblahg.com/?p=2725	53
Asst. Prof. Dr. Cengiz GÜL / Judge Muhammed YAVUZ Termination of Membership of Parliament Due to Final Judicial Sentences From A Crime Hindering to Be Elected http://myblahg.com/?p=2725	75

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Murat YÜKSEL Issues and Solution Offers Relating to Exercise of Expert in Turkish Law	101
Teaching Asst. Elvan SÜTKEN Some Cases in Civil Law Where The Principle of Balancing of Sacrifices Applies To Limitations on Immovable Property	109

LAW EDUCATION

Asst. Prof. Dr. Naim DEMİREL Law Education in Germany	135
---	-----

BOOK REVIEW

Res. Asst. Dr. Şule ŞAHİN CEYLAN Book Review: Crime and Custom in Savage Society	175
--	-----

Kamu Hukuku

ANAYASA MAHKEMESİ'NDE YARGILAMANIN YENİLENMESİ

*Doç. Dr. Faruk BİLİR**

*Hakim Osman ERMUMCU***

GİRİŞ

Bu incelemenin amacı, genelde Anayasa Mahkemesi'nde (AYM) yargılamanın yenilenmesi müessesesini özelde de; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları sebebiyle AYM'de yargılamanın yenilenmesi müessesesini incelemek ve mevcut örnekleri değerlendirerek varılan neticeleri ortaya koymaktır.

Bu amaçla öncelikle AYM'nin görevlerinin neler olduğu, yapısı ve çalışma usulleri ortaya konulacak, bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) uyarınca, AİHM kararlarının yargılamanın yenilenme sebebi olarak AYM kararlarına etkisi incelenecektir. Bu bağlamda AYM'nin şu ana kadar bu konuda vermiş olduğu üç tane karar tahlil edilecek ve bu kararlar değerlendirildikten sonra sonuç kısmında konuyla ilgili kanaatimiz dile getirilecektir. Anayasa yargısında ilk akla gelen yasamanın yargısal denetimidir. Hukuk devleti unsurlarından biri olan yasamanın yargısal denetimi genel olarak, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı organı tarafından denetimini ifade etmektedir. İlk defa Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin "*Marbury/Madison*" kararıyla başladığı kabul edilen anayasa yargısı, daha sonra bütün Avrupa'ya yayılmıştır¹.

Anayasa yargısı kavram olarak, doğrudan doğruya Anayasaya uygunluğu sağlamak amacıyla yönelik her türlü yargılama faaliyetidir. Bugün ağırlıklı olarak, ABD Yüksek Mahkemesi'nin öncülük ettiği ve (İngiltere hariç) Anglosakson sisteminde uygulanan "*Yüksek Mahkeme Modeli*" ve daha çok kıt'a Avrupa'sında karşımıza çıkan "*Anayasa Mahkemesi Modeli*" olmak üzere iki anayasa yargısı sistemi bulunmaktadır. Bazı yazarlar Portekiz ve Latin Amerika uy-

* Selçuk Üniversitesi Öğretim Üyesi

** Aydın Bölge İdare Mahkemesi Hakimi

¹ AKYILMAZ Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya 2005, s. 82.

gulamalarını dikkate alarak bir üçüncü sistem olarak "karma model"den de bahsetmektedir².

Anayasa Mahkemesi hukukumuzda 1961 Anayasası ile girmiştir. 1924 Anayasası döneminde yasaların Anayasaya uygunluğu yalnız siyasal denetim yolu ile Meclis tarafından sağlanmış, yine bu dönemde, itiraz yolu ile Anayasaya aykırılık savları mahkemelerce ilgi görmemiştir³.

Anayasa Mahkemesi'nin üç önemli görevi olmakla birlikte, bunlardan asli ve en önemli görevi diyebileceğimiz "yasama denetimi" görevi sebebiyle AYM'nin aslen Anayasanın koruyucusu bir mahkeme olduğunu söylemek yanlış olmaz. AYM'nin diğer görevleri gerek fonksiyonel anlamda gerekse nitelik anlamında hep tartışılmalıdır (parti denetimi ve Yüce Divan görevi) yasama denetimi görevi genel kabul görmüş bir görev alanıdır. Örneğin AYM'nin Yüce Divan görevi, üyelerinin pek çoğunun hukukçu olmaması, hukukçu olanların da yine çoğunun hakimlik geçmişi olmaması veya ceza hukukçusu olmaması, kararlarına itiraz veya temyiz yolunun kapalı olması, yapılan işin aslında ceza yargılaması olup, AYM'nin ceza mahkemesi niteliği bulunmaması gibi sebeplerle hep tartışma konusu olmuştur. Yine, partilerin mali denetimi konusunda mahkemenin uzman ve yetkin olmadığı, bu denetimin basit ve teknik bir konu olup olağan mahkemeler veya Sayıştay'ca yapılabileceği söylenmiştir. Parti kapatma davaları ise, bizzat müessese olarak tartışmalı olup, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı eleştirisi getirilmiştir.

Tüm bu eleştirilere rağmen, AYM yargı teşkilatımızda özel görevli ve çok yetkili bir mahkeme olup hukuk devletinin ve Anayasanın bir güvencesi olarak 1961'den bu yana mevcuttur.

Bütün bu örnekler gösteriyor ki, Anayasa Mahkemesi çok görevli bir kuruluştur. Anayasa Mahkemesi, sadece yargı hakkını kullanan bir yargı yeri değil, aynı zamanda Anayasanın bütünlüğünü koruyan, işlerliğini sağlayan, hukuk devletinin, temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olan bir organdır⁴.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TABİ OLDUĞU USUL

A. GENEL OLARAK

AYM'nin çalışma ve yargılama usulü genel olarak Anayasa'nın 149. maddesinde belirlenmiştir. Anılan maddenin ilk iki fıkrasında toplantı ve karar nisabına, öncelikle bakılacak davalara yer verilmiş olup, 3. fıkrasında "yargılama usullerinin kanunla, çalışma esasları ve üyeleri arasındaki işbölümünün kendisinin yapacağı içtüzükle düzenleneceği" hükmüne yer verilmiştir. Maddenin devamı fıkralarında, Yüce Divan davaları dışındaki işlerin dosya üzerinde inceleneceği, gerekli görürse ilgililerin sözlü açıklamalarının dinleneceği, parti ka-

² TUNÇ Hasan, *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, Erzincan 1992, s. 5-6.

³ GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 273.

⁴ GÖZÜBÜYÜK, *age*, s. 274.

patma davalarında, parti genel başkanı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın savunmasının dinleneceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa ayrıntılı yargılama usulü düzenlemediği gibi yargılama usulüne ilişkin kanunlara da atıfta bulunmamış, ancak *yargılama usulünün kanunla düzenleneceğini* belirlemiştir.

Anayasa'nın 149. maddesi uyarınca 2949 sayılı kanunda Anayasanın kuruluş ve yargılama usulleri düzenlenmiştir. 2949 sayılı kanunun 18. maddesinde AYM'nin görev ve yetkileri 19. maddesinde iptal davası açılmayacak haller, 20. maddesinde iptal davası açmaya etkili olanlar, 21. maddesinde şekil bozukluğuna dayalı iptal davası ve sınırı, 22. maddesinde iptal davası açma süresi, 23. maddesinde uluslararası anlaşmaların iptal davasına konu edilemeyeceği, 24. maddesinde inkılap kanunlarının iptali istemiyle dava açılmayacağı, 25. maddesi (mülga) 26. maddesinde iptal davasında temsil, 27. maddesinde iptal davası açılmasında uyulması gereken esaslar, 28. maddesinde itiraz yoluyla mahkemelerce gönderilen işlerde uyulacak hususlar, 29. maddesinde AYM'nin itiraz gerekçesi ile bağlı olmadığı hüküm altına alınmıştır. Buraya kadar olan maddeler, (hemen hemen Anayasada da düzenlenen) şekil ve usul hükümleriyle ve denetimin sınırlarıyla ilgilidir. Kanun'un 30. maddesinde mahkemenin Yüce Divan davası dışındaki işleri dosya üzerinde inceleyeceği ve gerek görürse ilgilileri dinleyeceği ve partilerin mali denetiminde Sayıştay'dan yardım sağlayacağı, 31. maddesinde tebligat usulü, 32. maddesinde vekille temsil usulü yer almıştır.

Kanun'un sekizinci bölümünde ise yargılama usulüne ilişkin müşterek hükümlere yer verilmiştir. Buna göre; kanunun 41. maddesinde, toplantı nisabı ve şekli, 42. maddesinde toplantının gizliliği ve karar nisabı, 43. maddesinde tüm kişi ve kurumlardan bilgi ve belge toplama yetkisi, 44. maddesinde iç tüzükte düzenlenecek haller, 45. maddesinde icabsız dilekçenin reddi, 46. maddesinde AYM hakimlerinin bakamayacağı dava ve işler, 47. maddesinde hakimlerin reddi, 48. maddesinde red talebinin reddi, 49. maddesinde çekinme halleri, 50. maddesinde yersiz red istemleri, 52. maddesinde harç ve resimden muafiyet, 53. maddesinde AYM kararlarının tebliği, yazımı, açıklanması, yürürlüğü ve geçmişe yürümezliği, 54. maddesinde yayımı ve bağlayıcılığı, 55. maddesinde hakimlerin görevle ilgili işlediği suçlarda uygulanacak usul, belirlenmiştir. Görüldüğü üzere, kanunda yargılamaya ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, doğrudan diğer yargılama usulüne ilişkin yasalara atıfta bulunulmamıştır.

Bu sebeple, AYM yasama denetimi yaparken Anayasa'da ve 2949 sayılı yasa ile içtüzükte belirlenen usul hükümleri dışında diğer yargılamaya ilişkin usul kanunlarıyla bağlı değildir. Her ne kadar İçtüzüğün 2/1. maddesinde "*Mahkeme çalışma esasları ve usulleri hakkında kanunlarda ve içtüzükte hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kuralları uygulanır*" hükmü mevcut ise de, bu ilke sadece "*Mahkemenin çalışma usullerinde*" geçerlidir. Çünkü Anayasa'nın 149/3. maddesi uyarınca "*yargılama usulleri kanunla belirlenecek*" olduğun-

dan, içtüzüğün yönlendirmesiyle yargılama usulüne ilişkin genel hukuk kuralları (HUMK, CMK, İYUK) hükümleri uygulanmaz.

AYM'nin denetimine tabi olan bir diğer yasama faaliyeti ise Anayasa'nın 85. maddesinde düzenlenen dokunulmazlığın kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesi konusunda verilen kararlardır. Anayasa'nın 85. maddesinde bu konuda sadece 7 günlük başvuru süresi ile 15 günlük karar süresi ile ilgili usul hükmüne yer verilmiş olup, bu konuda yukarıda sayılan genel usul kuralları geçerlidir.

B. PARTİ DENETİMİNDE

Anayasa'nın 69. maddesinde siyasi partilerin uyacakları esaslar düzenlenirken, 3.fıkıradaki siyasi partilerin denetimi sonucu verilecek yaptırımların kanunla gösterileceği, parti kapatma davalarında vereceği kararların kesin olduğu, partinin hangi hallerde kapatılacağı veya uygulanacak diğer müeyyideler ve sonuçları düzenlenmiş olup, ayrıca uygulanacak yargılama usulü belirlenmemiştir.

Bu sebeple gerek Anayasa'nın AYM'ni düzenleyen maddelerinde gerekse 2949 sayılı kanunda düzenlenen ve yukarıda ifade edilen hükümler burada da geçerlidir. Ancak parti kapatma davalarında, iptal davalarından farklı olarak 33. maddede farklı ve özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre parti kapatma davaları "*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uygulanmak suretiyle*" karara bağlanı⁵. Bu hüküm, esas inceleme konumuz olan "*AYM'de yargılamanın yenilenmesi*" müessesesinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasında önemli bir argüman oluşturmaktadır.

Çünkü parti kapatma davalarının hukuki niteliği (ceza davası olup olmadığı) tartışma konusu olup, bu tartışmada anılan hüküm "*ceza davası olduğunu*" savunanların en önemli dayanak noktasıdır. Nitekim bir görüşe göre "*...dolayısıyla, uygulanması istenilen maddelerin ceza kuralı niteliğinde oluşları ve davanın CMK'ya göre yürütülmesi*", "*parti kapatma davasının cezai yönlerini açıkça ortaya koymaktadır*"⁶. Bazı yazarlar ise bu davaların ceza davası niteliğinde olmadığını savunmaktadır. Buna göre bu kararlar, "*bir siyasi partinin anayasal hakları ihlal ettiğine dair bir tespit niteliğindedir*"⁷.

Parti kapatma davasının niteliği ne olursa olsun, bu davada AYM Ceza Muhakeme Usulü'ne göre yargılama yapmakta olup, yargılamanın yenilenmesi müessesesinin de bu bağlamda ele alınması gerektiği kuşkusuzdur.

C. YÜCE DİVAN GÖREVİNDE

AYM'nin bir diğer önemli görevi Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca bazı üst düzey Devlet görevlilerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan

⁵ Madde 33- (Değişik madde: 03/07/1997 - 4280/3 md.)

⁶ BAYSAL, *agm*, s. 620.

⁷ CAN Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 90, dn.8. KANADOĞLU Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.231.

sıfatıyla yargılamasıdır. AYM bu görevi ifa ederken, 2949 sayılı kanunun 7. bölümünde düzenlenen “*Yüce Divan Sıfatıyla Bakılan İşlerde Usul*” hükümlerini uygular. 2949 SK'nun 35. maddesi, AYM'nin yüce divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapıp karar vereceği hükme bağlamıştır. Burada, “*yürürlükteki kanunlar*” hem çok geniş hem de muğlak bir ifadedir. Buna göre AYM tüm usul kanunları hükümlerinden yararlanabileceği gibi, usul kanunlarında düzenlenen tüm yargılama ilkelerinin ve kanun yollarının bu yargılamada da geçerli olacağı akla gelebilir. Ancak yasanın lafzına bağlı kalmırsa, “*yürürlükteki kanunlara göre, Yüce Divan görevi yapılırken duruşma usulü ve hüküm verilinceye kadarki safhada diğer usul kanunları (özellikle CMK) geçerli olup, sonrasında diğer kanunlarda düzenlenen müesseseler geçerli olmayacaktır (temyiz, karar düzeltme, kanun yararına bozma, yargılamanın yenilenmesi gibi)*. Çünkü hem AY'nın 148/5. maddesi uyarınca “*Yüce Divan kararları kesindir*” hem de; AY'nın AYM'ne vermediği rolün, yasanın da açıkça düzenlenmemesine rağmen kıyas yoluyla ihdası Anayasa koruyucunun yerine geçmek olur.

Ancak bunun aksine düşünceler de mevcuttur. Bir görüşe göre “*...kişilerin kendilerine isnat olunan suç ve suçlar nedeniyle ve sanık sıfatıyla yargılandığından bu davaların bir ceza yargılaması olduğu konusunda şüphe yoktur. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla vermiş olduğu kararlar aleyhine, Ceza Mahkemesi Hukukunda kesin olan ceza mahkemesi kararları için öngörülmüş olan yargılamanın yenilenmesi yolunun kullanılması mümkün olmalıdır*”⁸. Bu görüş karşısında ileri sürülen en önemli engel ise elbette AY'nın 148. maddesinde düzenlenen “*Yüce Divan kararlarının kesin olduğu*” hükmüdür. Ancak bu kesinliğin mutlak olmadığını savunan düşünceler de vardır. Bu görüşe göre: *Anayasadaki “kesin olarak karara bağlanır” ifadesini, Anayasa Mahkemesi kararının (temyiz, karar düzeltme gibi) başka bir merci önüne götürülememesi şeklinde anlamak gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma davaları ile Yüce Divan yargılamalarındaki özel konumu ve tek yetkili olması, başka mahkemelerle altlık-üstlük ilişkisinin bulunmaması bu sonucu doğurur*⁹.

Netice olarak AYM'nin Yüce Divan görevi yaparken uygulayacağı usule ilişkin bir kısım hükümler 2949 sayılı yasanın yedinci bölümünde 35 ve devamı maddelerinde düzenlendiği gibi, en azından tartışmasız şekilde duruşma ve hüküm safhasında “*yürürlükteki kanunlara*” göre karar verir. Yapılan iş bir ceza yargılaması olduğu için de bu kanunların başında CMK gelmektedir.

⁸ DURMUŞ Arzu, *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak (Anayasa Mahkemesi Kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları)* Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 52. SURLU M. Handan, *Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 94.

⁹ BAYSAL, *agm*, S. 617.

II. YARGILAMANIN YENİLENMESİ

A. KAVRAM OLARAK

Yargılamanın yenilenmesinin değişik tanımları mevcuttur. Tüm tanımların ortak paydası “yargılamanın yenilenmesi olağanüstü bir kanun yoludur”. Bir tanıma göre, “yargılamanın iadesi bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlıklarından dolayı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan fevkalade bir kanun yoludur”¹⁰. Bir başka tanıma göre, “yargılamanın yenilenmesi, Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerince verilen nihai kararların, sebep ve şartlarını kanunun gösterdiği, hallerin varlığı halinde yeniden yargılama yapılarak değiştirilmesine ve yeni bir karar verilmesine imkan sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur”¹¹. Bir başka tanıma göre de, “Bir ceza uyuşmazlığını sonuçlandıran kesin hükümlerde çeşitli nedenlerle adli hata yapılmış olması mümkündür. Bir hüküm, işin gerçeğine aykırı olarak sanık lehine veya aleyhine sonuç doğurmuşsa bir adli hata var demektir... İşte ceza yargılamasının yenilenmesi hatalı kesim hükümlerin ortadan kaldırılması imkanını veren bir yol olarak kabul edilmiştir”¹².

B. USUL YASALARINDA

1. Özel Hukuk Yargısında (HUMK)

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yargılamanın yenilenmesi 445-454. maddeler arasında düzenlenmiştir. Yargılamanın iadesi yolu ancak maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden kararlar için açıktır, maddi anlamda kesin hüküm olmayan kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulamaz¹³. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri kanunun 445. maddesinde tahdidî 12 bend halinde sayılmıştır. Onbirinci bendeki düzenleme “j- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararı” şeklinde olup 23.01.2003 gün ve 4793 Sayılı Kanun ile getirilmiştir.

Bu sayılan hallerde davanın tarafları yargılamanın yenilenmesini isteyebilir. Bir görüşe göre, “Yargılamanın iadesi yoluna başvurmakta hukuki yararı olan taraf, yargılamanın iadesini isteyebilir. Hüküm lehine olan tarafın, yargılamanın iadesi yoluna başvurmakta hukuki yararı yoktur, bu yola ancak hüküm aleyhine olan taraf başvurabilir”¹⁴.

¹⁰ KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 839.

¹¹ KARAVELİOĞLU Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, 2001, C.II, s.1657.

¹² FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2008, s. 379-380. ÖZGEN, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Eskişehir 1968, s. 7-14.

¹³ KURU, ARSLAN, YILMAZ, age, s. 839.

¹⁴ KURU / ARSLAN / YILMAZ, age, s. 848.

Kanunun anılan maddelerinde, yargılamanın yenilenmesini isteme süresinin hak düşürücü süre olduğu, hükmü vermiş olan mahkemeden isteneceği, vekil istemişse açık bir yetkinin bulunması gerektiği, doğru olmayan talebin reddi halinde para cezası verileceği, talepte gösterilen sebebin doğru olması halinde dava hakkında yeni bir karar verileceği kuralı düzenlenmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi talebinin 445. md.'nin 1, 7, 11. bendlerde yazılı sebeplerden birine dayanması halinde mahkeme iki şekilde karar verebilir:

- a) Mahkeme yargılamanın iadesi sebebinin doğru olmasına rağmen eski hükmü doğru bulur; yani yargılamanın iadesi sebebini hükme etkili bulmaz. Bu halde mahkeme, eski kararını tasdik eder.
- b) Mahkeme, eski hükmün kısmen veya tamamen değiştirilmesi kanısına varırsa, eski hükmü kısmen veya tamamen değiştirir.

Yargılamanın iadesi talebi HUMK'un 445. maddesinin 8, 9 ve 10. bendlerinden birine dayanması halinde yargılamanın iadesi talebini kabul eden mahkeme, başkaca tahkikat yapmadan, hakkında yargılamanın iadesi istenen hükmün iptaline karar verir¹⁵.

Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sayıldığı maddenin 11. bendinde "Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya Ek Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" hali düzenlenmiştir. Her ne kadar yukarıda anılan düşünceye göre bu durumda da mahkemenin yeniden yargılama yapmakla birlikte, yargılamanın iadesi sebebini yeniden değerlendirip talebini reddedebileceği ifade edilmişse de diğer usul yasalarında da (CMK ve İYUK) aynen yer alan bu koşulun, mutlak kabul sebebi sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Nitekim esas inceleme konumuz da bu koşulun Anayasa yargısına etkisi olup, AYM'nin konuyla ilgili üç kararında yukarıda anılan görüşün benimsendiğini görmekteyiz¹⁶.

2. İdari Yargıda (İYUK)

İdari yargı için yargılamanın yenilenmesi sebepleri İYUK'un 53. maddesinde sayılmıştır. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri maddede açıkça sayılmış olup, kanunda gösterilen bu sebepler dışında başkaca bir sebebe dayanılarak yargılamanın yenilenmesi isteminin kabulüne ve eski kararın kaldırılarak yeni bir karar elde edilmesine imkan bulunmamaktadır¹⁷. Bu yasada belirtilen yargılamanın yenilenmesi nedenleri iki eksiği ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin aynıdır¹⁸. Yasada sayı-

¹⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, *age*, s. 851.

¹⁶ AYM'nin HEP, ÖZDEP ve TBKP ile ilgili kararları.

¹⁷ GÖZÜBÜYÜK Şeref; DİNÇER Güven, *İdari Yargılama Usulü*, Birinci Bası, Ankara 1996, s. 654.

¹⁸ KARAVELİOĞLU, *age*, s. 1657.

lan yargılamanın yenilenmesi nedenleri 9 bend halinde belirlenmiş olup, 2003 yılında yasaya eklenmiş olup 9. benddeki düzenleme şu şekildedir:

“1- Hükümün, AİHS'nin veya Ek Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması¹⁹.”

Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunma şartları çok küçük nüanslar dışında HUMK'dakilerle aynıdır. Bunun yanında, 2577 sayılı yasaya yapılan ekleme ile birlikte uygulamaya dönük geçici 3. md. eklenmiştir. Bu maddeye göre, yasanın yürürlüğüne kadarki kesinleşen kararlar ile yasanın yürürlüğünden sonra yapılacak başvurular yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır. Ancak yasanın; kanun yürürlüğe girmeden AİHM'ye başvurup kesin kararı kanunun yürürlüğünden sonra alanların başvuru hakkını düzenlemediğini düşünen Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi hükmün bir kısmının iptali için AYM'ne başvurmuştur²⁰.

3. Ceza Yargısında (CMK)

Mülga Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu döneminde, kanunda açıklık bulunmadığından, yargılamanın yenilenmesinin bir kanun yolu olup olmadığı tartışılmıyordu. Nitekim bir görüşe göre, *muhakemenin yenilenmesi ile kanun yolu arasında başvuru zamanı, şekli ve inceleme usulü yönünden benzerlik bulunmadığını, bu iki müessese arasında sadece amaç yönünden bir benzerlikten söz edilebileceğini, dolayısıyla yargılamanın yenilenmesinin bir kanun yolu değil, sadece kesin hükümlere karşı kabul edilmiş “hukuki bir vasıta”dır*²¹.

Diğer bir görüş ise, Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yargılamanın yenilenmesini bir kanun yolu olarak adlandırmamış olmasına rağmen, temel niteliklerini göz önünden bulundurarak, bunun bir kanun yolu olduğunu savunuyordu²².

Yürürlükteki Ceza Muhakemesi Kanunu, yargılamanın yenilenmesini kanun yolu olarak, hatta olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirmek suretiyle bu tartışmalara son vermiştir²³. Yargılamanın yenilenmesinin bir kanun yolu olup olmadığı tartışması bir tarafa, AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması CMUK döneminde 4771 sayılı kanunda gerçekleşmiştir²⁴.

04/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. md.'de hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri sayılmıştır²⁵. Yasa hükmünün 2. fıkrası uyarınca, AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi yapılması 04.02.2003 tarihinde kesinleşmiş ve bu tarihten sonra yapılan başvuru

¹⁹ 15.07.2003 gün ve 4928 SK ile getirilmiştir.

²⁰ Diyarbakır 1. İM, E.2008/1563, KT.13.04.2009.

²¹ ÖZGEN, *age*, s. 22-23.

²² ÖZGEN, *age*, s. 22-23.

²³ TOROSLU / FEYZİOĞLU, *age*, s.380.

²⁴ 4771 SK, 09.08.2002 gün ve 24481 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁵ 5271 Sayılı Kanun Madde 311.

ruhar ¼zerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu h¼kme g¼re, bir tarih belirlenmiş olup, CMK uygulamasında, 04.02.2003 tarihinde kesinleşmiş kararlar ile bu tarihten sonraki başvuru ¼zerine verilecek kararlar kapsam dahilinde tutulmuştur. İYUK'daki çelişki burada da mevcut olup, 04.02.2003'ten ¼nce m¼racaat edilip 04.02.2003'ten sonra kesinleşen kararlar bu hakkın dışında kalmıştır. Burada yasa koyucunun gayesinin, bu Şekilde ¼nemsiz bir istisna yaratmak olmayıp dilbilgisi-c¼mle kurgusu hatasıyla bu sonucun doğduğunu d¼řünmekteyiz. Diyarbakır 1. İM'in AYM'ne yaptığı başvurunun bir benzerini bir ceza mahkemesinin yapabileceği d¼ř¼n¼lmektedir.

Yasanın 314. md.'de de sanık veya h¼k¼ml¼n¼n aleyhine yargılamanın nedenleri sayılmıřtır²⁶. Bu hallerin varlığı iddiasıyla yargılamanın yenilenmesi talebi h¼km¼ veren mahkemeden istenir. 381. md. uyarınca mahkeme ¼nce yenileme isteminin kabule değer olup olmadığına karar verir. Mahkeme istemi yerinde bulursa delillerin toplanmasına geçilir. Kanunun 321. md. uyarınca da, ileri s¼r¼len iddialar doğrulanamaz veya yeni elde edilen delil ve durumların ¼nceki karara hiçbir etkisi olmadığı anlaşılırsa *istemin esassız olması nedeniyle* duruşma yapılmaksızın talep reddedilir. Aksi halde mahkeme yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verir. 322. md.'de sayılan hallerde ise duruşma yapılmaksızın yenileme talebi hakkında karar verir. 323. md. uyarınca da, mahkeme yeniden yapılacak duruşma sonunda; ¼nceki h¼km¼ onaylar veya h¼km¼n iptali ile dava hakkında yeniden h¼k¼m verir.

Yargılamanın yenilenmesi davası ¼zerine yapılan yargılamanın sonunda verilen son kararlara karşı olağan kanun yoluna bařvurulabilir²⁷.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NDE YARGILAMANIN YENİLENMESİ

A. YASAMA DENETİMİNDE

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, AYM'nin yasama denetiminde uygulayacağı kurallar genel olarak Anayasada ve ¼zel olarak da 2949 sayılı kanun ile İt¼z¼k'te belirlenmiştir. Bunun dışında Anayasada ve kanunda, diğer yargılama usul¼ne ilişkin kanunlara atıfta bulunulmamış olup, ayrıca yargılamanın yenilenmesi m¼essesesine de yer verilmediğinden, AYM'nin yasama denetimi niteliğinde kararlarında yargılamanın yenilenmesi yolu bulunmamaktadır.

AYM'nin asli g¼rev olarak baktığını s¼yleyebileceđimiz iptal-itiraz davaları bakımından yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesinin m¼mk¼n olmadığı ortadadır. ¼nk¼ bu yolla yapılan anayasal denetimi, bir inceleme veya uygunluk denetimi olarak kabul etmek gerekeceğinden, bunun dava niteliğinde olma-

²⁶ CMK Madde 314.

²⁷ TOROSLU / FEYZİOĞLU, *age*, s.391.

dığı açıktır. Nitekim AYM'de bu denetim sırasında kendini davaya bakan mahkeme olarak görmemektedir²⁸.

Bu değerlendirme ve neticeyi yasama denetimi içinde sayabileceğimiz dokunulmazlığın kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesi ile ilgili kararları için de geçerli saymak gerekir. Çünkü, bu kararlarla ilgili olarak da Anayasada ve kanunda yargılamanın yenilenmesi yolu düzenlenmediği gibi, bu konuyla ilgili maddelerde, diğer usul kanunlarına da atıfta bulunulmamıştır. Yine bu kararlar da teknik olarak yargılama faaliyeti niteliğinde kararlar değildir.

B. YÜCE DİVAN GÖREVİNDE

AYM Yüce Divan sıfatıyla Anayasanın 148. maddesi uyarınca bazı üst düzey devlet görevlilerinin görevle ilgili suçlamalar sebebiyle yargılmasını yapmaktadır. AYM Yüce Divan görevi yaparken bir görüşe göre ceza mahkemesi olarak görev yapmaktadır²⁹. Ayrıca 2949 SK.'nun 35. md. gereğince, AYM Yüce Divan görevi sırasında, yürürlükteki kanunları uygulayarak hüküm kurmaktadır. Ceza mahkemesi sıfatıyla hareket ederken öncelikle uygulanacak kanun ise elbette CMK'dır. Bu sebeple akla ilk gelen, CMK'da düzenlenen, yargılamanın yenilenmesi müessesesinin Yüce Divan kararları için de geçerli olmasıdır.

Bu doğrultudaki görüşlere göre: "... kişiler kendilerine isnat olunan suç ve suçlar nedeniyle ve sanık sıfatıyla yargılandığından bu davaların bir ceza yargılaması olduğu konusunda şüphe yoktur. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla vermiş olduğu kararlar aleyhine, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda kesin olan ceza mahkemesi kararları için öngörülmüş olan yargılamanın yenilenmesi yolunun kullanılması mümkün olmalıdır"³⁰.

Anayasadaki kararların kesin olduğu yolundaki hükmünde, yargılamanın yenilenmesine engel olmadığı savunulmaktadır: "Bu arada Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarının kesin olması (Anayasanın 148/5, 2949 sayılı kanununun 35/2. maddeleri) karşısında varılan bu sonucun sağlıklı olup olmadığı akla gelebilir.

Anayasadaki "kesin olarak karara bağlanır" ifadesini, Anayasa Mahkemesi kararının (temyiz, karar düzeltme gibi) başka bir merci önüne götürülmemesi şeklinde anlamak gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma davaları ile Yüce Divan yargılamalarındaki özel konumu ve tek yetkili olması, başka mahkemelerle althk-üstlük ilişkisinin bulunmaması bu sonucu doğurur. Yargılamanın yenilenmesi müessesesi zaten kesinleşmiş hükümler aleyhine müracaat edilebilen bir olağanüstü kanun yoludur. Anayasanın 148/5. maddesine göre Ana-

²⁸ BAYSAL, *agm*, s. 614.

²⁹ ÖZTÜRK Bahri, *Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi: Yüce Divan*, Anayasa Yargısı, Ankara 1995, s. 59 vd.

³⁰ DURMUŞ, *age*, s. 52; SURLU, *age*, s. 94; ŞAHBAZ, *agm*, s.614.

yasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı ve mahkumiyetle sonuçlanan bir kararı aleyhine şartları mevcut ise yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmasına engel teşkil etmemektedir.”³¹

Bu düşüncüyü haklı göstermek üzere AYM'nin 09.12.1997 gün ve E.1996/1, K.1997/4 sayılı kararı referans alınmaktadır. Bu kararda AYM, Fatin Rüştü Zorlu hakkında verilen 05.01.1961 gün ve 1960/3 esas sayılı mahkumiyet kararının sanık lehine yargılamanın yenilenmesi talebini CMUK 327. md.'nin 2. ve 5. md.'lerindeki şartlar oluşmadığından reddetmiş ve Anayasadaki “kararların kesinliği” hükmüne dayanmamıştır. Ancak bu örneğin zayıf noktası şudur ki: Anayasa 148/5. md.'de “Yüce Divan kararları kesindir” deniliyor. Oysa bu örnekte yargılamanın yenilenmesi istenilen karar, 1960 ihtilal ortamının özel görevli mahkemesi olan “Yüksek Adalet Divanı” olup, Divan'ın mahkeme niteliği bile tartışmalıdır.

C. PARTİ DENETİMİNDE

1. Genel Olarak Parti Denetimi

Yukarıda da belirtildiği gibi AYM'nin görevleri Anayasanın 148. md.'de Yargı başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Ancak bu maddede AYM'nin parti denetim görevine yer verilmemiştir. Ancak AY'nin 148. md.'nin son fıkrasında “Anayasa Mahkemesi Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir” hükmüne yer verilmiştir. Nitekim bu hükme uygun olarak AY'nin 69. md.'de de AYM'nin parti denetim görevi düzenlenmiştir. Bu maddede AYM'ne üç görev verilmiş olup, bunlar:

- a- Siyasi partilerin mali denetimi
- b- Siyasi partilerin kapatılması davasıdır.
- c- Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması davası

AY'nin 69. md.'nin 3. fıkrası uyarınca; AYM'nin mali denetim sonunda vereceği kararlar kesindir. Buradaki “kesin”lik mutlak olarak da algılanabilir. Çünkü, burada yapılan faaliyet bir yargılama (dava) faaliyeti olmayıp “mali denetim” olduğundan yargılama usulüne ilişkin hükümlere tabi değildir. Ayrıca bu madde de, bir yargılama usulü kanununa atıfta bulunulmamaktadır.

AYM'nin parti kapatma davası ile ilgili yetki ve görevi ise 69. md.'nin 4. ve devamı fıkralarında düzenlenmiştir. 69. md.'nin 4. fıkrasında da “siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla “kesinlik” tartışmaları burada da geçerlidir. Ancak buradaki tartışmada rol alan bir başka hüküm ise 2949 sayılı kanunun 33. md.'dir. Bu maddeye göre, parti kapatma davalarında AYM, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

³¹ BAYSAL, *agm*, s.617.

uygulanır”³². Bu sebeple AY’nın “...kesin olarak karara bağlanır” hükmünün içeriğini doldururken 2949 sayılı kanunun 33. md. yaptığı atıf dolayısıyla CMK’yı da ihmal etmemek gerekir.

Siyasi parti kapatma davalarının bir ceza yargılaması olduğunu söylemek Yüce Divan kararları kadar kolay olmadığından, bu tür davalar neticesi verilen kararlar bakımından yargılamanın yenilenmesi yolunun açık olduğunu söylemek de aynı derecede kolay değildir. Bu bağlamda AİHM ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olup olmayacağı daha bir önem arzettiğinden kanunun bu yönüne ağırlık vermek gerekir. Siyasi parti kapatma davaları ile ilgili yargılamanın yenilenmesi taleplerinin tamamının doğrudan ya da dolaylı olarak bu sebebe dayandırılmış olması da bu sonucu teyid etmektedir³³.

Doktrinde siyasi parti kapatma davalarının ceza davası olup olmadığı tartışma konusudur. Bu davaların ceza davası olduğunu kabul edenler olduğu gibi, “bir siyasi partinin anayasal hakları ihlal ettiğine dair tespit niteliğinde olduğunu” söyleyenler de vardır³⁴.

Bununla birlikte, bu tür davaların, ceza davası niteliğinde olmadığı ve verilen kapatma kararının “önleyici bir tedbir” niteliğini taşıdığı kabul edilse bile siyasi partilerin yargılanmalarında CMK’daki güvencelerin göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmelidir³⁵.

Görüldüğü gibi parti kapatma davasının niteliği ne olursa olsun, bu davalarda CMK müesseselerinin ihmal edilmemesi gerektiği konusunda mutabakat bulunmaktadır.

2. Yargılamanın Yenilenmesi Süreci

Doktrinde hakim görüş, AYM’nin parti kapatma kararlarında, yargılamanın yenilenmesi yolunun açık olduğu yönünde olup, AYM’nin uygulaması³⁶ da bu yöndedir. Türkiye’ye karşı başvuru sayısındaki ve karar sayısındaki artış, iç hukukun etkinleştirilmesini ve yargılamanın yenilenmesi gibi bir takım yöntemlerin kabul edilmesini gerektirmiştir. Dolayısıyla yapılması gereken, sözleşmenin ikincil niteliğini göz önünde bulundurarak, çözümün iç hukukta sağlanması olacaktır³⁷.

³² 5320 Sayılı Kanunun 3. md. gereği, mevzuatta CMUK’a yapılan yollamalar CMK’nın bu hükümleri karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.

³³ BAYSAL, *agm*, s. 618.

³⁴ KANADOĞLU O. Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.222.

³⁵ CAN Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.90.

³⁶ AYM, TBK, ÖZDEP ve HEP davalarında, yargılamanın yenilenmesi talebini kabul etmiş, ancak talebi ESASSIZ OLMASI NEDENİYLE reddetmiştir. 08.01.2008 gün ve E.2-3 ve 4 sayılı kararlar.

³⁷ BİLİR Faruk, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargılama Yetkisi*, Ders Notları, Konya 2008, s.53.

Bu süreçte Türkiye'nin yargılamanın yenilenmesi yolunu açması birkaç aşamada gerçekleşmiştir. Öncelikle yargılamanın yenilenmesi yolu 3 Ağustos 2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun ile ceza ve hukuk davaları için kabul edilmiştir³⁸. Bu düzenlemedeki bazı eksiklik ve aksaklıklar dikkate alınarak 04.02.2003 tarihinde 4793 sayılı kanunla hukuk ve ceza yargılaması için konu tekrar düzenlenmiştir. Daha sonra Türkiye 19 Temmuz 2003 tarih ve 4928 sayılı kanunla idare ve vergi mahkemeleri ile ilgili olarak da yargılamanın yenilenmesi sistemini kabul etmiştir. Bu kanunda da 4793 sayılı kanundaki şartlar aynen korunmuştur³⁹.

Bu kanunlardaki aksaklık; kanunların yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşen AİHM kararları ile bu tarihten sonra yapılacak başvuru üzerine verilen kararları kapsamaktadır. Kanunun yürürlüğünden önce başvurulup, bu tarihten sonra kesinleşecek kararları kapsam dışındadır. Nitekim bu çelişkinin Anayasaya aykırı olduğunu tespit eden Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi tarafından bu çelişkinin sebebi olan 2577 Sayılı Kanun'un geçici 3. md.'nin iptali için AYM'ne başvurulmuştur⁴⁰. Aynı başvurunun CMK ve HUMK için de yapılması mümkündür.

Sonuç olarak Türkiye'de 4771, 4793, 4928 ve 5530 sayılı kanunlara göre bir Türk mahkemesi kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararıyla tespit edilmiş ise, ilgililer, AİHM'nin kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde, bu sebepten dolayı AİHS'ne aykırı karar veren Türk mahkemesinden yargılamanın yenilenmesini isteyebilir⁴¹.

3. Yargılamanın Yenilenmesi Usulü

CMK yargılamanın yenilenmesi sebepleri hükümlü lehine ve hükümlü (sanki) aleyhine olmak üzere iki grupta toplanmış olup bu şartlar kanunda sayılmıştır. Bu sebeple burada CMK'da düzenlenen şartlar değil, AİHM kararı uyarınca yargılamanın yenilenmesi kararı verilebilmesi için gerekli şartlara yer verilecektir⁴².

- aa- AİHM'ce ve AİHS veya Ek Protokollerden birisinin ihlal edildiğinin tespit edilmiş olmalıdır.
- bb- İhlal kesinleşmiş bir ceza hukuk veya idare mahkemesi kararından ileri gelmelidir.

³⁸ BİLİR, *age*, s.55.

³⁹ BİLİR, *age*, s.55.

⁴⁰ Diyarbakır 1. İM, E.2008/1563, KT.13.04.2009.

⁴¹ GÖZLER Kemal, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları*, www.anayasa.gen.tr/aihm.hm.09.11.2006

⁴² TEZCAN Durmuş; ERDEM M. Ruhat; SANCAKTAR Oğuz, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.145-146.

cc- İhlal başka türlü ortadan kaldırılamamalıdır.

dd- İhlal, yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilir olmalıdır.

ee- Başvurucu tarafından yargılamanın yenilenmesi talep edilmelidir.

ff- Yargılamanın yenilenmesi talebi süresi içinde ileri sürülmüş olmalıdır.

Bu şartlara sahip bir müracaattan sonra konu mahkemece incelemeye alınacaktır. Kanun'un sistematığına uygun olarak yargılamanın yenilenmesi davası üç aşamalı bir prosedür içerisinde incelenmektedir⁴³.

aa- Talebin kabul edilir olup olmadığının incelenmesi: CMK'nun 23/3. md. hükmü gereğince, yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz. Anayasa yargısı açısından bu hüküm problem teşkil edebilir. Çünkü asgari 7 üyenin değişmesini gerektirir.

Başvuru üzerine mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda başvurunun kanunda belirlenen şekilde yapılmamış veya yargılamanın yenilenmesini gerektirecek kanuni hiçbir neden gösterilmemiş veya bunu doğrulayacak deliller açıklanmamış ise, kabule değer görülmediğinden başvurunun reddine karar verir. Aksi halde görüşlerini yedi gün içinde bildirmek üzere talebi Cumhuriyet Savcısı ve ilgili tarafa tebliğ eder⁴⁴.

bb- İlk soruşturma aşaması: Sunulan deliller ileri sürülen iddiaları yeterince doğrulamıyor veya ilk hükmün dayandığı delil ve nedenlerle mahkemece kendiliğinden toplanan yeni deliller bunların inandırıcılığını ortadan kaldırmıyorsa, yenileme isteminin esassız olması nedeniyle reddine aksi halde duruşma açılmasına karar verir⁴⁵.

cc- Son soruşturma aşaması: Mahkeme yargılamanın yenilenmesi istemini kabul edilebilir bulursa, yargılamanın yenilenmesine ve duruşma açılmasına karar verir. Duruşma sonunda önceki hükmün doğru olduğu kanısına ulaşırsa mahkeme onun onaylanmasına karar verir. Aksine önceki kararın hatalı olduğunu saptarsa ilk hükmün iptaline karar verir ve yeniden hüküm kurar⁴⁶.

IV. AİHM KARARLARININ AYM'NE ETKİSİ

A. 4793 SAYILI KANUN'DAN (2003) ÖNCE

Burada AİHS ve AİHM kararlarının AYM tarafından dikkate alınma şekli değil, AİHM kararlarının, AYM tarafından yargılamanın yenilenmesi sayılma sürecini ifade etmek istiyoruz. Bu bağlamda konu ele alınınca bu süreci 4793 sayılı kanundan önce ve sonra diye ikiye ayırmak gerekir. Çünkü 04.02.2003 gün ve 4793 sayılı kanun ile CMUK ve HUMK'da değişiklik yapılarak AİHM'nin ihlal kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır. Aslında

⁴³ BAYSAL, *agm*, s.631.

⁴⁴ BAYSAL, *agm*, s.632.

⁴⁵ BAYSAL, *agm*, s.633.

⁴⁶ BAYSAL, *agm*, s.633-634.

bu süreç 03.08.2002 gün ve 4771 sayılı kanun ile başlamıştır. Ancak bu kanun yürürlük süresi olan bir yıl dolmadan (yürürlüğe girmeden) 4793 SK ile yürürlükten kalkmıştır. Benzer bir düzenleme 19.07.2003 gün ve 4928 SK ile İYUK'da da yapılmıştır. Parti kapatma davalarında CMUK (CMK)'yı uygulayan AYM yönünden bu sebeple 4793 Sayılı Kanun (2003) bir ayırım noktasıdır.

AYM 4793 SK'dan önce parti kapatma davalarıyla ilgili bir başvuruyu reddetmiştir⁴⁷. Yargılamanın yenilenmesi ile başlayan bu süreçte Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılmasının ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığı başvuru sonrasında, sözleşmenin ihlal edildiği yönündeki karar ile parti tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmuştur. Bu talep üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda, usul hukukunun ancak yeni delil veya vakıa ortaya çıkması durumunda yargılamanın yenilenmesine imkan sağladığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının bu nitelikte yeni bir delil ortaya koymadığı gerekçe gösterilerek yargılamanın yenilenmesi talebi reddedilmiştir. Bu karar, hukuk güvenliğinin korunması adına kesin hüküm kavramına dayanmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetki alanını koruma konusundaki hassasiyetini göstermesi biçiminde yorumlanmıştır⁴⁸.

Bu karar örneğinde de görüldüğü üzere 4793 sayılı yasadın önce, AYM parti kapatma kararlarını kesin kabul etmiş, ancak AİHM kararlarını, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden saymamıştır. AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararını “*yeni vakıa veya delil niteliğinde*” saymamıştır.

B. 4793 SAYILI KANUN'DAN (2003) SONRA

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesine göre, ceza hükmünün, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya Ek Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir. Yargılamanın yenilenmesi, 04.02.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları ile 04.02.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır⁴⁹.

Nitekim bu gelişmeler üzerine, daha önce AYM tarafından kapatılan ve AİHM'den lehlerine ihlal kararı çıkan üç parti AYM'ye başvurarak yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. Bu partilerle ilgili AYM kararları şu şekildedir:

⁴⁷ AYM, E.1998/4, K.1999/2, KT.16.02/1999.

⁴⁸ ÇAVUŞOĞLU Naz, *İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanması, Türkiye Kararları*, İstanbul 2003, s. 55.

⁴⁹ BİLİR, *age*, s.56.

1. TÜRKİYE BİRLEŞİK KOMÜNİST PARTİSİ (TBKP) DAVASI

Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin AYM tarafından kapatılmasına karar verilmiş⁵⁰, parti yetkililerinin AİHM başvurması üzerine AİHM tarafından (Büyük Daire), TBKP'nin kapatılmasının AİHS'nin 11. md. aykırı olduğuna karar verilmiştir. Parti yetkilileri AYM'ne yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunmuş, AYM ise bu talebi reddetmiştir.

4793 SK ile CMUK'da yapılan değişiklikle AİHM'nin ihlal kararlarının, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmasından sonra parti yetkilileri bu hükümden hareketle tekrar AYM'ne başvurmuşlardır. AYM bu talebi "CMK'nın 321. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca esassız olması nedeniyle" oyçokluğuyla reddetmiştir.

Anayasa mahkemesine göre, yargılamanın yenilenmesi "hükümün esasını değiştirecek nitelikte olguların hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması durumunda, yeniden yapılacak yargılama ile kesin hükmü ortadan kaldıracak kanun yollarından birisidir." Anayasa mahkemesine göre yargılamanın yenilenmesi 4 aşamada incelenebilir. Bu aşamalar; 1- İstem kabule değer olup olmadığının değerlendirilmesi, 2- Delillerin değerlendirilmesi, 3- İstem esassız olup olmadığının karara bağlanması, 4- Yargılamanın yenilenmesine ve duruşma açılmasına karar verilmesidir⁵¹.

Mahkemeye göre, "CMK 311. md.'de sayılan sebepler arasındaki AİHM kararının mevcut olması, başka bir nedene gerek olmaksızın yargılamanın yenilenmesinin kabule değer olması için yeterlidir. Ancak toplanan deliller ve ileri sürülen sebeplerin hükme etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir." Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi talebi için sebeplerden birisi olduğunu, mutlak olarak yargılamanın yenilenmesi kararı verilmesini gerektirmediği tespitinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, AİHM kararının, hükmü etkileyecek nitelikte maddi bir olgunun varlığına değil, kapatmaya esas alınan mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapıldığı düşüncesine dayandığı, CMK'da mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapılmasının temyiz nedeni olup yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmadığı, bu nedenle yargılamanın yenilenmesi talebinin esassızlık noktasından reddine karar verilmiştir⁵².

Bu karara muhalif kalan üyeler karşı oy yazılarında şu görüşlere yer vermişlerdir: "CMK ve HUMK'da yapılan değişiklikle AİHM'nin ihlal kararları, şartları mevcutsa doğrudan doğruya yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmıştır. Oysa esassızlık yönünden reddedebilmek için ileri sürülen olguların doğrulanmaması gerekir. Oysa burada sebep; doğrulanmaya ihtiyaç bulunmayan AİHM

⁵⁰ AYM, E.1990/1, K.1991/1, KT.16.07.1991.

⁵¹ AYM, E.2003/16, K..2008/4, KT.08.01.2008, RG.22.03.2008-26824

⁵² AYM, E.2003/16, K..2008/4, KT.08.01.2008, RG.22.03.2008-26824

kararının bizzat kendisidir. Hükme etkisinin olup olmadığı yönündeki değerlendirme sayılan belli haller için olup, AİHM kararı için bu değerlendirme yapılamaz. Aksi düşünce AİHM kararlarını başlı başına bir ihlal nedeni sayan yasakoyucunun iradesi ile bağdaşmaz. Hukuki hata kural olarak yargılamanın nedeni sayılmaz, ancak AİHM'nin ihlal kararları yenileme sebebi sayılması halinde ise hukuki hata nedeniyle yargılamanın yenilenmesine olanak tanıyan istisnai bir düzenleme olarak görülmelidir. AY'nun 90.md'de 5170 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sebebiyle AİHS uyulması zorunlu bir kanun hükmü ve temel hak ve hürriyetlerin kapsam ve içeriğini belirleyen temel bir belgedir. Parti kapatma kararlarının dayanağı olan 2820 SK.'nun pek çok maddesinin AİHS ve AY'ya aykırı hale geldiği bu sebeple AİHS ve AY karşısında durumlarının yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir⁵³.

AYM'nin bu sorunu çözerken AİHS ve AİHM uygulamalarını gözden uzak tutmaması, aslolanın temel hak ve hürriyetlerin iç hukukta korunması olduğu, talebin esassızlıktan reddinin bu güvenceyi etkisizleştirecektir. "Yeniden yapılacak yargılamada AYM'nin ihlal tespitine rağmen **aynı sonuca da ulaşabileceği**, ancak bu yolun baştan kapatılmasının düzenlemeyi anlamsız kılacağı, sözleşmeye aykırı yorum nedeniyle verilecek ihlal kararlarının hiçbir şekilde yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak görülmeyeceği sadece savunma alınmaması, dayanılan belgelerin sahteliği gibi sınırlı hallerde bu yolun işleyeceği, bunun da amaca uygun olmayacağı⁵⁴r.

Bu karara muhalif kalan diğer üyeler ise: "AİHS'nin 46/1. md. Göre, taraf olanların AİHM'nin kesinleşen kararlarına uymayı taahhüt ettiği, ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklanması halinde yine bir mahkeme kararıyla telafi edilebileceği, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin de, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak mevzuatta yer verilmesini tavsiye ettiği, bu amaçla yasalar-daki değişikliklerin yapıldığı, talebin esassızlıktan reddinin bu amaçla bağdaşmadığı, çünkü bu sebebin, diğer sebeplerden farklı olarak bir iddiaya değil, ihlalin tespitine dair AİHM kararına dayandığı, bu sebeple bu sebebin doğrulanması gibi bir durumun olamayacağı, AİHM kararıyla iddiaların yeterli derecede doğrulandığı"⁵⁵ görüşüne yer verilmiştir.

2. HALKIN EMEK PARTİSİ (HEP) DAVASI

Halkın Emek Partisi AYM'nin 17.07.1993 gün ve E.1992/1, K.1993/1 sayılı kararıyla, Anayasaya ve Siyasi Partiler Yasasına aykırı olarak bölücülük yaptığı gerekçesiyle kapatılmıştır. Parti yetkililerince AİHS'nin ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (4. Daire) 09.04.2002 gün ve 22723/93, 22724/93, 22725/93

⁵³ AYM, E.2003/16, K..2008/4, KT.08.01.2008, RG.22.03.2008-26824(birinci gurup azlık oyu)

⁵⁴ AYM, E.2003/16, K..2008/4, KT.08.01.2008, RG.22.03.2008-26824(birinci gurup azlık oyu)

⁵⁵ AYM, E.2003/16, K..2008/4, KT.08.01.2008, RG.22.03.2008-26824(ikinci gurup azlık oyu)

sayılı kararlarla, kapatma kararının AİHS'nin 11. maddesinin ihlali niteliğinde olduğuna karar verilmiştir. Parti yetkililerince 07.03.2003 günlü dilekçe ile AYM'ne başvurularak, yargılamanın yenilenmesi istenilmiştir.

HEP kararının gerekçesinde de aynı TBKP kararındaki argümanlar kullanılmıştır. Zaten üç kararın (TBKP, HEP, ÖZDEP) tarihleri (08.01.2008) aynı olup, maddi olay ve talep de aynı olduğundan gerekçeler de aynıdır. Nitekim bu davada da AYM 08.01.2008 gün ve E.2003/1, K.2008/2 sayılı kararıyla, TBKP kararındaki değerlendirme ve tespitin aynısını yaparak, CMK 321. md. 1. fıkrası uyarınca istemin "ESASSIZ OLMASI" nedeniyle reddine oyçokluğuyla (7/4) karar vermiştir.

3. ÖZGÜRLÜK VE DAYANIŞMA PARTİSİ (ÖZDEP) DAVASI

Özgürlük ve Dayanışma Partisi, Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.1993 gün ve E.1993/1, K.1993/2 sayılı kararıyla, Siyasi Partiler Yasasının 78/a, 81/a-b ve 89. maddelerine aykırı davrandığı gerekçesiyle 101/a maddesi uyarınca kapatılmıştır. Parti yetkililerince AİHS'nin ihlal edildiği gerekçesiyle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurulmuştur. Komisyon Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden AİHS'nin 11. md.'nin ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir karar verilmesini talep etmiştir. AİHM 08.12.1999 gün ve 23885/94 sayılı karar ile ÖZDEP'in kapatılmasının Sözleşmenin 11. md.'nin ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Parti yetkililerince 07.03.2003 günlü dilekçe ile AYM'ne başvurularak yargılamanın yenilenmesi istenilmiştir.

Mahkeme (AYM) tarafından bu davada da, TBKP davasında olduğu gibi (V) ana başlık altında konu değerlendirilmiştir. Bu ana başlıklar bu davada da TBKP ve HEP davalarında olduğu gibi belirlenmiştir.

4. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da değerlendirildiği üzere, AYM parti kapatma davalarında, "kararların kesinliğine" ilişkin AY hükmünü tereddütsüz geçmiştir. Hatta, bu konudaki kararını CMK'daki 2003 (4793 SK) değişikliğinden önce vermiştir. TBKP'nin kapatılmasıyla⁵⁶ ilgili AİHM'nin parti lehine ihlal kararı vermesinden sonra⁵⁷ yargılamanın yenilenmesi talebiyle yapılan başvuruyu reddederken, kesin hüküm gerekçesine dayanmamıştır. AYM bu kararında başvuruyu "AİHM kararlarının yeni vakıa veya delil niteliğinde olmadığı" gerekçesine dayanmıştır. Böylelikle Mahkeme; şartları mevcut olursa işin esasına gireceğini ortaya koymuştur. Nitekim 2003 yılında CMK'da değişiklik yapılarak, AİHM'nin ihlal kararları yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmıştır. Bununla mahkemenin ilk kararda ortaya koyduğu engel kaldırılmıştır. Ancak bu sefer de "esassızlıktan" talebi reddetmiştir.

⁵⁶ AYM, E.1990/1, K.1991/1, KT.16.07.1991

⁵⁷ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tbkpvd.htm>

Ancak aksi görüşlere rağmen AYM'nin kararların kesinliğini mutlak olarak algılamadığı, hatta bu konuda tereddüdü bulunmadığı tartışmasızdır. AYM'nin benimsediği ve doktrinde çoğunlukla benimsenen görüşten hareketle, Mahkeme, CMK'daki yargılamanın yenilenmesi müessesesini dört aşamaya ayırmış, *birinci aşamada* istemi kabule değer bulmuş, *ikinci aşamada* delilleri toplamıştır. *Üçüncü aşama* olarak CMK'nın 321. md. uyarınca, iddiaların doğrulanması ve bunların önceki hükme etkisini değerlendirerek, ileri sürülen sebep ve delillerin bu kapsamda olmadığı tespiti ile İSTEMİ ESASSIZLIK NOKTASINDAN reddetmiştir. AYM burada AİHM'nin ihlal kararının sebep olarak gösterildiği, AİHM kararının gerekçesinin; hükmün esasını etkiler nitelikte *maddi olguya değil*, kapatmada esas alınan maddi olguların değerlendirilmesinde hata yapıldığı şeklinde olduğunu kabul etmiştir. Buna göre de olguların değerlendirilmesinde hatanın (hukuki hata) CMK'da yargılamanın yenilenmesi değil temyiz nedeni sayıldığı, dolayısıyla CMK 321. md.'de sayılan yargılamanın yenilenmesi koşulu oluşmadığından istemin esassızlık noktasından reddine karar vermiştir.

Oysa CMK 311/1-f maddesinde yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılan AİHM kararı başlı başına yargılamanın yenilenmesi nedenidir. CMK 321. md.'deki "*iddiaların doğrulanmamış olması ve hükme etkili olan belgelerin sahteliğinin anlaşılması*" bu sebep için geçerli olmamalıdır. Çünkü AİHM zaten AYM kararını değerlendirmiş ve bu kararın kendisini (hükmü) ihlal sebebi saymıştır. Artık bu ihlal kararı, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayıldığına göre AYM'nin tekrar bu kararı CMK 321. md. yönünden ele alması anlamsız olur. Ayrıca bu durumda AYM'nin adil yargılama refleksinden ziyade AİHM kararı karşısında **kendi kararında direnç gösterme refleksinin** de öne çıkması mümkündür. Ayrıca bu durumda 2003 değişikliğinin bir anlamı kalmamaktadır. Çünkü 2003'ten önce de zaten AİHM kararı genel olarak yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak ileri sürülebilmektedir ve AYM'de bunu değerlendirmektedir. Oysa 2003 değişikliği zaten bu uygulamalardaki sonuçsuzluk üzerine yapılmıştır. Bu sebeple AİHM'nin ihlal kararının doğrudan yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması gerekir. Ayrıca AİHS'nin 46. md. uyarınca, taraf devletlerin AİHS'ne uyma zorunluluğu vardır. AİHM'nin ihlal kararının sebebi AYM kararı ise bunun telafi yolu da yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü ve ilk kararın kaldırılması olmalıdır.

Öte yandan Anayasanın 90. md. son fıkrası uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme ile kanun hükmü çatırsa sözleşme hükmüne öncelik verilmesi gerekir. Bu hüküm tüm devlet organlarını kapsar. AYM'de bu hükümle bağlıdır. Bu durumda AYM yargılamanın yenilenmesi davasında CMK hükümlerini uygulayarak davayı esassız görmüştür. Bu hükmün kaçınılmaz olduğunu kabul etsek bile, tam bu noktada Anayasanın 90. md. delaletiyle AİHS'nin 6. md.'de düzenlenen, *adil yargılanma hakkı* ile 13. md.'de düzenlenen *etkili başvuru hakkının* devreye girmesi gerekir. Bu durumda da, AİHM kararı sonucuna göre bir safhada tıkanan yargılamanın yenilenmesi yolunun

Anayasanın 90. md. gereği AİHS hükümleriyle açılması mümkündür. Kaldı ki AİHM kararının gerekçesi sadece hukuki hata bağlamında değildir. Bizzat kapatma kararının kendisi hukuka (AİHS) aykırı bulunmuştur. Çünkü, kapatmaya sebep olan yasaklayıcı hükümler ve yasak fiiller içinde siyasi partiler kanunu da sayılmış olup, bu fiillerin kapatma sebebi sayılmasının AİHS 11. md.'ne aykırı olduğu tespiti yapılmıştır. Hal böyle olunca, mevcut olguların değerlendirilmesinde de hata yapıldığını söylemek mümkündür.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi ne ceza mahkemesi ne hukuk mahkemesi ne de idari mahkeme olup, kendine özgü bir inceleme ve yargılama organıdır. Çünkü görevlerinin nitelik ve nicelik farklılığı, AYM'ni bazen ceza mahkemesi bazen denetim organı yapmaktadır. Dolayısıyla, klasik mahkemelerin yargılama usullerinden hareketle bu mahkemeye roller yüklemek yerine, kendisini vareden özel düzenlemelere ve en üst norm olan Anayasal düzenlemeleri ihmal etmeye özen göstermek gerekir.

AYM'nin mevcut yapısı, görevleri ve çalışma tarzıyla ilgili pek çok eleştiri getirilebilir (Üye profili ile yaptığı görevlerin bağdaşmadığı, özel usul yasasının olmaması, Yüce Divan görevinde uzmanlığının yetersiz kaldığı gibi). Bu eleştirilerle birlikte, olması gereken, esas olarak pozitif hukukun halen geçerli olan normlarını ihmal etmek, hukuk vizyonunun göstergesi olmayıp, Anayasa koyucunun iradesini ihlal etmek olur.

AYM tarafından parti kapatma kararlarıyla ilgili talebin *esassızlık sebebiyle* reddinde; AY 90. md. ve CMK'da 2003 yılında yapılan değişiklik yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır. AYM parti kapatma kararı verirken sadece anayasal kurallara değil, yasa ve tüzüklerle de bağlıdır. Bu sebeple AY'nın 90. md. delaletiyle AİHS ve AİHM kararlarıyla da bağlıdır. Hal böyle olunca da AİHM'nin ihlal saydığı bir konuda tekrar yargılamanın yenilenmesi şartlarını irdeleyemez, doğrudan yargılamayı yeniler ve de ilk kararını ortadan kaldırır.

Bu bağlamda AY değişikliği sözkonusu olunca öncelikle AYM'ne verilen rollerin netleşmesi, yapısının değişmesi, (Yüce Divan, yasama denetimi, parti denetimi olarak üç dairesel olabilir) her bir daireye konuyla ilgili uzman kişilerin seçilmesi ve özel usul yasası olması, AİHS ile ilişkisinin netleştirilmesi gerektiği kanısındayız.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayran Yayınları, Konya 2005.

BAYSAL Mustafa, *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Ankara 2006, AYM Yayınları, Anayasa Yargısında Yargılanın Yenilenmesi Kurumu.

- BİLİR Faruk, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi*, Konya 2008.
- CAN Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- ÇAVUŞOĞLU Naz, *İnsan Hakları Mahkemesi Kararların Uygulanması, Türkiye Kararları*, İstanbul 2003.
- DURMUŞ Arzu, *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak (Anayasa Mahkemesi Kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları)* Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref; DİNÇER Güven, *İdari Yargılama Usulü*, Birinci Bası, Ankara 1996.
- KANADOĞLU O. Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yayınları, İstanbul 2004.
- KARAVELİOĞLU Celal, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, 2001, C.II.
- KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- ÖZTÜRK Bahri, *Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi: Yüce Divan*, Anayasa Yargısı, Ankara 1995.
- SURLU M. Handan, *Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- TEZCAN Durmuş; ERDEM M. Ruhat; SANCAKTAR Oğuz, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- TOROSLU Nevzat, FEYZİOĞLU Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara 2008.
- TUNÇ Hasan, *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, Erzincan 1992.

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

*Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ**

GİRİŞ

Günümüzde cinsellikle ilgili olan suçların cezalandırılmasında, doğrudan kişilerin cinsel tamlıklarına yönelik olan fiillerle, cinsellikle ilgili olmakla birlikte toplumda geçerli olan genel adap duygusuyla ve töresiyle bağdaşmayan fiiller arasında bir ayrıma gidilmektedir. Doğrudan kişilerin cinsel tamlıklarının ihlal eden fiillerin kişilere karşı suçlar arasında, buna karşılık doğrudan kişilerin tamlıklarına yönelik olmayan fiiller ise topluma karşı suçlar arasında yaptırım altına alınmaktadır¹. Örneğin 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (m. 131–135)² ve 1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu (m. 178–184)³ doğrudan kişilerin cinsel tamlığını ihlal eden saldırıları kişilere karşı suçlar arasında yaptırım altına almıştır.

Yeni Türk Ceza Kanununda da cinsellikle ilgili suçlar, bu yeni anlayışa uygun bir şekilde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (m. 102–105) ve genel ahlâka karşı suçlar (m. 225–227) başlıklarıyla, Kanunun farklı kısım ve bölümlerinde düzenlemiştir⁴. Kanunun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında yaptırım altına aldığı suçlardan birisi de, çocukların cinsel istismarıdır (m. 103). Aşağıda, TCK'nın çocukların cinsel istismarını yaptırım altına alan 103. maddesi ele alınacaktır.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Bu hususta bkz. **Öykü Didem Aydın**, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2004/2, s. 155; **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008, s. 284.

² Madde metinleri için bkz. **Schroeder, Friedrich-Christian/Bednarz, Thomas**, Strafgesetzbuch der Russischen Föderation Angenommen von der Staatsduma am 24.5.1996 Gebilligt vom Föderationsrat am 5.6.1996, Freiburg 1998, s. 114 vd.

³ **Hoffmann, Markus/ Meliá, Manuel Cancio**, Das spanische Strafgesetzbuch, vom 23. November 1995 nach dem Stand vom 31 Dezember 2001, Freiburg 2002, s. 114 vd.

⁴ **İlhan Üzülmöz**, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009, s. 251.

I- SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Cinsel özgürlüğü korumak ve özellikle de çocukların sağlıklı bir cinsel gelişim gösterebilmelerini sağlamak amacıyla, çocukların cinsel yönden istismarına yönelik fiiller TCK'nun 103. maddesiyle yaptırım altına alınmıştır.

Kanunda çocuğu cinsel yönden istismar eden kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiş ve bununla yetinilmeyerek cinsel istismarın tanımı da yapılmıştır. Buna göre cinsel istismar, a- onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile, b- diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları, ifade etmektedir (m. 103/1).

Vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar suçun nitelikli şeklini oluşturmaktadır (m. 103/2). Gerek basit cinsel istismardan, gerekse nitelikli cinsel istismardan dolayı verilecek cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hallere maddenin 3. fıkrasında yer verilmiştir.

Onbeş yaşının tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik istismarın cebir ve tehditle icra edilmesi, bu yaş grubuna yönelik fiiller bakımından diğer bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir (m. 103/4).

Kanununun 103/5. maddesiyle cinsel istismarın icrası sırasında başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine, yani neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya (m. 87/1-3) neden olması, fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektiren bir gerçek içtima hali olarak kabul edilmiştir.

Cinsel istismar sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması (m. 103/6) ve mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi (m. 103/7), suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini oluşturmaktadır.

II- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Cinsel istismar, doğrudan kişisel değerlerle bağlantılı görülerek, kanunda kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Buradan hareketle, cinsel istismar suçuyla öncelikle cinsel dokunulmazlığın hukuki bir değer olarak korumaya alındığını söyleyebiliriz⁵. Cinsel istismarın bir haksızlık olarak kanunda yer almasının asıl nedeni ise, çocukların belli nitelikteki fiillere karşı etkin bir şekilde korunmak istenmesidir. Başka bir anlatımla, kanun koyucunun cinsel istismarı, cinsel saldırının yanı sıra ayrıca bir suç olarak düzenlemesi, çocukları bu tür davranışlara karşı korumak, onları erken cinsel deneyimden uzak tutmak ve

⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 285-286; Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara 2008, s. 315; Handan Yokuş Seviük, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği, 2005/57, s. 247.

böylelikle çocukların cinsel yönden sağlıklı bir gelişim göstermelerini sağlamaktır⁶.

III- MUKAYESELİ HUKUK

1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanununun “kişilere karşı suçlar”ı cezalandıran 7. kısmının 18. bölümü “kişilerin cinsel özgürlüğüne ve tamlığına karşı suçlar” başlığını taşımaktadır. Kanunun 131–135. maddelerinin oluşturduğu bu bölümde cinsel özgürlüğe ve tamlığa yönelik suçlar; ırza geçme (m. 131), cebirle cinsel nitelikli davranışları gerçekleştirme (m. 132), cinsel nitelikli hareketlere zorlama (m. 133), onsekiz yaşından küçükle cinsel ilişkide bulunma veya diğer cinsel davranışları gerçekleştirme (m. 134) ve cinsel taciz (m. 135) başlıkları altında düzenlenmiştir⁷. Bu kanunun 134. maddesinde, onsekiz yaşından büyük bir kişinin bilerek onsekiz yaşından küçük bir kişiyle cinsel ilişki, homoseksüel veya lezbiyen ilişki gerçekleştirilmesi, üç yıla kadar özgürlüğün sınırlanmasıyla veya dört yıla kadar hapisle cezalandırılan fiil olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, cebir kullanmaksızın ondört yaşının altında olduğunu bildiği kişiye karşı taciz niteliğindeki davranışları gerçekleştiren kişinin üç aydan beş aya kadar para cezasıyla veya iki yıla kadar özgürlüğün sınırlanmasıyla veya üç yıla kadar hapisle cezalandırılacağı öngörülmüştür (m. 135).

Polonya Ceza Kanununun (1998) özel kısmının 25. bölümü cinsel tamlığa ve adaba karşı suçlar başlığını taşımaktadır. Bu bölümün 197–200. maddelerinde cinsel tamlığa yönelik suçlar düzenlenmiştir⁸. Çocuklara yönelik cinsel davranışlar kanunun 200. maddesiyle yaptırım altına alınmıştır. Buna göre, onbeş yaşından küçüğü cinsel ilişkiye yönlendiren veya onu başkalarının cinsel davranışlarına katlanmaya veya böyle davranışları icra etmeye yönelten kişi, bir yıldan on yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 1). Çocuklarla ilgili pornografik içerikleri kaydeden, bunda ona yardımcı olan kişi de aynı şekilde cezalandırılacaktır (f. 2).

İspanyol Ceza Kanununun (1995) ikinci kitabının 8. kısmı cinsel özgürlüğe ve dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı taşımaktadır. Toplam altı bölümden oluşan kanunun bu kısmının ilk üç bölümünde cinsel saldırı (m. 178–180), cinsel istismar (m. 181–183) ve cinsel taciz (m. 184) cinsel özgürlüğe yönelik suçlar olarak yaptırım altına alınmıştır⁹. Kanunun 181–183. maddelerinde çocuklara yönelik cinsel fiiller cinsel istismar başlığı ile düzenlenmiştir. Cinsel istismara ilişkin düzenlemede çocuklar onüç yaşın altında olanlar ve onüç altı yaş grubunda olanlar şeklinde ikili bir gruba ayrılmıştır. Buna göre, cebir kullanmaksızın veya korkutmaksızın ve rızası bulunmaksızın, bir diğerinin cinsel özgürlü-

⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 316.

⁷ Madde metinleri için bkz. Schroeder/Thomas, s. 114 vd.

⁸ Weigend, Ewa, Das polnische Strafgesetzbuch, vom 6 Juni 1997 in Kraft getreten am 1. September 1998, Freiburg 1998, s. 132 vd.

⁹ Madde metni için bkz. Hoffmann/Meliá, s. 114 vd.

ğünü ve dokunulmazlığını ihlâl eden hareketleri gerçekleştiren kişi, cinsel istismarın faili olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis veya onsekiz aydan yirmidört aya kadar para cezasıyla cezalandırılacaktır (m. 181/1). Bu anlamda cinsel istismar, rıza olmaksızın 13 yaşın altındaki küçüğe veya kendini savunamayacak durumdaki veya ruhi rahatsızlığından yararlanan kişiye karşı işlenilmesi halinde vardır (181/2). Fail, ilgilinin rızasını mağdurun özgürlüğünü sınırlandıran nüfuzdan yararlanarak elde ettiği hallerde de aynı şekilde cezalandırılacaktır (m. 181/3). Ayrıca, cinsel saldırının nitelikli şekillerinin (m. 180/3–4) gerçekleştiği hallerde 181. maddede öngörülen cezalar üst sınırdan yarı oranında artırılacaktır (m. 181/4).

Cinsel istismarın vücuda organ ve sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi ayrı bir suç olarak 182. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, birinci fıkranın bütün halleri bakımından geçerli olmak üzere eğer cinsel istismar vajinal, anal veya oral ilişki yoluyla veya vajinal veya anal yoldan cisim sokma suretiyle gerçekleştirilmiş ise, faile dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilecektir (m. 182/1). Bu maddeye göre verilecek ceza 180. maddenin 1. fıkrasının 3 ve 4. bentlerindeki şartlar gerçekleşmişse üst sınırdan yarı oranında artırılacaktır (m. 182/2).

Onüç-onaltı yaş grubundaki çocuklara yönelik cinsel istismar fiilleri 183. maddeyle yaptırım altına alınmıştır. Buna göre, her kim hile yoluyla onüç yaşından büyük onaltı yaşından küçük bir kişiye karşı cinsel istismar gerçekleştirirse, bir yıldan iki yıla kadar hapis veya oniki aydan yirmidört aya kadar para cezasıyla cezalandırılır (183/1). Cinsel istismarda vajinal, anal veya oral cinsel ilişki bulunmaktaysa veya vajinal veya anal cisim sokma söz konusuysa, fail iki yıldan altı yıla kadar hapisle cezalandırılır. Ceza 180. maddenin 1. fıkrasının 3 ve 4. bentlerindeki şartların gerçekleşmesi halinde üst sınırdan yarı oranında artırılacaktır (m. 183/2).

Avusturya Ceza Kanununun özel kısmınının 10. bölümü adaba karşı suçlar başlığını taşımaktadır (m. 201–221). Cinsel suçlar bu kanunda genel adaba karşı suçlar olarak yaptırım altına alınmaktadır¹⁰. Kanunun 206 ve 207. maddelerinde reşit olmayanların cinsel istismarı yaptırım altına alınmıştır. Ağır cinsel istismar 206. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, her kim reşit olmayan bir çocukla cinsel ilişkiye veya ona benzer hareketlere teşebbüs ederse bir yıldan on yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 1) Reşit olmayan bir kişiyi cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeye veya kabule veya bir başkasıyla cinsel ilişkiye benzer hareketleri, onun veya kendisinin cinsel yönden tahrik etmesi veya tatmin etmesi için, gerçekleştirmeye yönlendiren kişi, bizzat ona karşı bu anlamda bir hareketi bizzat gerçekleştirirse, aynı ceza ile cezalandırılacaktır (f. 2). Fiil, reşit olmayanın ağır yaralanmasına veya hamile kalmasına neden olursa, fail beş yıldan onbeş yıla kadar hapisle, reşit olmayanın ölümüne yol açarsa on yıldan yirmi

¹⁰ Madde metni için bkz. http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb201_221.htm (26.09.2008).

yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 3). Failin yaşı reşit olmayan kişinin yaşından üç yıldan fazla değilse, cinsel ilişki bir cismin duhulüyle gerçekleştirilmemişse ve fiil reşit olmayanın ağır yaralanmasına (m. 84/1) veya ölümüne yol açmamışsa ve eğer reşit olmayan onüç yaşını tamamlamamış ise fail birinci ve ikinci fıkraya göre cezalandırılacaktır (f. 4).

Reşit olmayanların cinsel istismarı başlığını taşıyan 207. maddeye göre, her kim 206. maddede belirtilenler dışındaki cinsel hareketleri reşit olmayan bir kişiye karşı gerçekleştirirse veya reşit olmayana kendisine karşı icra ettirirse, altı aydan beş yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 1). Reşit olmayan bir kişiyi bir başka şahısla onu veya diğer bir kişiyi tahrik veya tatmin etmek için cinsel bir harekete sevk ederse veya bir cinsel hareketi bizzat icra ederse aynı ceza ile cezalandırılacaktır (f. 2). Fiil reşit olmayanın ağır yaralanmasına neden olmuşsa (m. 84/1) fail bir yıldan on yıla kadar hapisle, ölümüne yol açmışsa beş yıldan onbeş yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır (f. 3). Failin yaşı reşit olmayanın yaşından dört yaştan fazla değilse, reşit olmayan oniki yaşını tamamlamamışsa ve 3. fıkrada belirtilen sonuçlar gerçekleşmemişse fail 1 ve 2. fıkraya göre cezalandırılmayacaktır (f. 4).

IV- SUÇUN UNSURLARI

A- Tipikliğin Maddi Unsurları

1- Fail, Mağdur ve Konu

Cinsel istismarın faili konusunda kanunda ayrıca bir belirlemede bulunulmamıştır. Dolayısıyla kadın veya erkek herkes bu suçun faili olabilecektir. Faille mağdur çocuğun hangi cinsiyette olduklarının suçun oluşumu bakımından önemi yoktur¹¹.

Suçun mağduru, erkek veya kız bir çocuk olabilir. Çocuk henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişileri kapsamakla birlikte, her onsekiz yaşından küçüğe yönelik cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturmaz. Zira Kanun koyucu suçun oluşması bakımından çocuğun yaşına göre ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre, henüz onbeş yaşını doldurmamış her çocuk ile onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alan çocuklara karşı ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismarı oluşturacaktır. Buna göre, onbeş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rıza üzerine gerçekleştirilen cinsel davranışlar madde kapsamında cezalandırılan suçu oluşturmamaktadır.

¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 316; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s. 168.

Küçüğün ergin kılınması, onsekiz yaşından küçüklere yönelik cinsel davranışın niteliğini değiştirmez. Zira TCK'nun 6. maddesinde çocuk deyiminin onsekiz yaşını doldurmayan kişileri ifade ettiği, aynı şekilde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3/1. maddesinin a bendinde, çocuğun daha erken yaşta ergin olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi kapsadığı belirtilmiştir. Ayrıca cinsel istismarı yaptırım altına alan 103. maddede küçüğün ergin kılınmadığı dikkate alınmamıştır¹².

Suçun konusu, cinsel davranışa maruz kalan, cinsel istismar niteliğindeki davranış üzerinde gerçekleştirilen çocuğun vücududur¹³.

2- Fiiil

Kanunun 103. maddesiyle çocuklar üzerinde gerçekleştirilen istismar niteliğindeki cinsel davranışlar yaptırım altına alınmaktadır. Cinsel istismar 103. maddenin 1. fıkrasında; (1) Onbeş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, (2) Onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, (3) Onbeş yaşını tamamlamış, algılama yeteneği de gelişmiş ve fakat on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, cinsel istismarı oluşturduğu belirtilmiştir. Ancak istismar niteliğindeki davranışlardan ne anlaşılacağı hususu madde metninde ve gerekçesinde açıkça belirtilmiş değildir. Bu nedenle, cinsel istismar kavramının mahiyeti doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçundan farklı olarak cinsel istismar suçunun oluşumu için çocuğa yönelik olarak bir cinsel davranışın gerçekleştirilmesi yeterlidir, bu davranışın aynı zamanda vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi gerekli değildir. Dolayısıyla buna göre 105. madde kapsamında cinsel taciz niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda çocukların cinsel istismar suçu oluşacaktır¹⁴. Buna karşılık diğer görüşte olanlar ise¹⁵, cinsel istismar teşkil eden hareketlerin 102. madde anlamında cinsel saldırı teşkil eden, yani çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlâl eden cinsel davranışlardan ibaret olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüşü savunanlar 103. maddenin gerekçesinde

¹² **Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu**, 5237 sayılı TCK'nun Yorumu, C.: I, Ankara 2007, s. 824; **İhsan Akçin**, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Yargıtay Dergisi, 2006/1-2, s. 104.

¹³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 168.

¹⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 319; **Veli Özer Özbek (Nihat Kambur)**, İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.: II, Ankara 2008, s. 630.

¹⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 167; **Handan Yokuş Sevük**, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", Hukuk ve Adalet, 2005/2, . 284; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 843; **Necati Meran**, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2008, 345.

cinsel istismarın mahiyetinin cinsel saldırı suçuyla bağlantılı bir şekilde açıklanmasından hareket etmektedirler.

Kanaatimizce çocuk üzerinde cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen vücut dokunulmazlığını ihlâl eden cinsel davranışların istismar olduğu noktasında herhangi bir şüphe yoktur¹⁶. Ancak çocukların gizlice soyunma odalarında çıplak vaziyetteyken izlenmesi, çocuğun çıplak bir vaziyette seyredilmesi gibi olaylarda, cinsel arzuları tatmin amacının varlığı ve dolayısıyla istismarın bulunup bulunmadığı tartışmaya açıktır. Kanaatimizce bu şekilde vücuda temas söz konusu olmamasına rağmen istismar kastıyla hareket edildiğinin tespit edildiği hallerde cinsel istismarın varlığı kabul edilmelidir¹⁷. Çocuğun soyunmaya zorlanıp çıplak bir vaziyette seyredildiği hallerde her ne kadar failin mağdur üzerinde doğrudan teması yok ise de, cinsel yönden bir istismarın olduğu açıktır. Dolayısıyla küçüğe söz atmak, cinsel temas olmadığı ve istismarı ortaya koyan bir davranış teşkil etmediği için, cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır.

Bu nedenle cinsel istismarın varlığı, mutlaka küçüğün vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulmasına bağlı değildir. Çocuğa, kendisine yönelik cinsel davranışta bulunduran kişi de cinsel istismarı gerçekleştirmiştir. Aynı şekilde çocuğu bizzat kendisi üzerinde, cinsel davranışlarda bulunmaya zorlayan kişinin davranışı da cinsel istismarı oluşturacaktır.

Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen istismarı ortaya koyan her türlü cinsel davranış bu suçu oluşturacaktır. Bu davranışın küçüğün rızasıyla gerçekleştirilmesiyle cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi arasında bir fark yoktur¹⁸. Failin istismarını

¹⁶ “İddianame, mahkûmiyet kararı ve dosya içeriğine göre iddia ve kabul edilen sanığın elini mağdurenin omzuna atarak dudaklarından öpmesi eyleminin 5237 sayılı Yasanın 103/1. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunu oluşturabileceği ve bu suçla ilgili duruşma açıp yargılama yapma görevinin Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,” Yargı. 5. CD. 16.04.2007, 3297/2898 (Gürsel Yalvaç, Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankra 2008, s. 792).

¹⁷ “Çocuğun cinsel istismarı suçundan sanığın mahkûmiyetine dair karar daireye gönderilmekle incelendi: Sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen "yönetimindeki araç ile okul sorma bahanesi ile mağdureye yaklaşp hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten" ibaret eyleminin TCK.105 maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkûmiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı,BOZULMASINA oy birliği ile karar verildi) Yargı. 5. CD. 04.06.2007, 3731/4315 (<http://www.adalet.org/cbekran.php?id=4997> (28.11.2007)).

¹⁸ Yargı. 5. CD. 03.01.2006 tarih ve 19127/39 sayılı kararında “5237 sayılı TCK.nun 103/1-a maddelerinde mefruz cebirin unsur olarak yer almasına ve aynı Yasanın 103/4. maddesinin ise yalnızca maddi cebiri ifade etmesine göre; olayda maddi cebirin gerçekleşip gerçekleşmediğinin gerekçeleri karar yerinde gösterilip tartışılmadan TCK.nun 103/4. maddesi ile artırım yapılması, Kanuna aykırı, ... CMUK.nun 321. maddesi gereğince (BOZULMASINA),

mümkün kılan bu vasıtaların mahiyeti cinsel saldırı suçundan farklı değildir. Ancak henüz onbeş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı istismarın cebir ve tehdit ile gerçekleştirilmiş olması suçun nitelikli halini oluşturmaktadır (m. 103/4).

Buna karşılık onbeş yaşından büyük algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından cinsel istismarın varlığı, cinsel davranışların cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır¹⁹. Bu yaş grubunda yer alan çocuklara yönelik cinsel davranışlar, ancak zorlama vasıtaları kullanılarak veya çocuğun iradesini etkileyen başkaca bir nedene dayalı olarak algılama yeteneğinden yoksun bulunmasından yararlanılarak işlenmesi halinde cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Onbeş yaşından büyük olup algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik cinsel istismarın unsurunu oluşturan cebir, cinsel istismar oluşturan hareketlere katlanması için mağdur çocuk üzerinde uygulanan acı veren fiziki güç kullanımını ifade etmektedir. Cebir, bizzat mağdur üzerinde icra edilmelidir. Kişinin yakınları üzerinde veya eşya üzerinde icra edilen ve bu yolla onu cinsel davranışa katılmaya zorlamayı amaçlayan cebir, tehdit teşkil eder²⁰. Suçun icrasında araç olarak kullanıldığı hallerde, cebrin fiilin devamı süresince uygulanması gerekli değildir. Cebrin, mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılması yeterlidir. Buna bağlı olarak, mağdurun cinsel saldırıya karşı sürekli ve enerjik şekilde karşı koyması da gerekli değildir²¹.

Cinsel istismar, tehdit yoluyla da işlenebilir. Failin, isteğinin yerine getirilmemesi halinde mağdurun kendisi veya yakınları üzerinde bir kötülük icra edeceğini bildirmesi cinsel istismarın icrasında başvurulabilecek tehdidi oluşturmaktadır. Tehdit, mağdurun kendisinin veya yakınlarından birinin hayatına, vücut bütünlüğüne, malvarlığına veya şeref ve haysiyetine yönelik olabilir. Hangi değere yönelik olursa olsun, tehdidin objektif olarak ciddi olması gerekir²².

oybirliğiyle karar verildi” denilmektedir (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%20ICM8%20ICMNLSD15%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A07F11B73644G7695418%20A07F11B73644G769541%2014%201162&aranan=Cinsel%20Istismar&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>). Kararda mefruz cebirden maksat, iradeyi etkileyen cebir, tehdit ve hile dışındaki nedenlerdir. Yeni Kanunun öngörmüş olduğu sistem içerisinde cebir, maddi cebir ve mefruz cebir şeklinde ayırım yapmak kanaatimizce yerinde değildir.

¹⁹ “Onbeş-onsekiz yaş grubundaki çocuklara yönelik cinsel istismar suçu bakımından “cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden” suçun unsurudur. Ayrıca bu nedenden dolayı artırım yapılamaz.” Yarg. 5. CD. 30.01.2007, 181/417 (YKD. C.: 33, 2007/9, s. 1767).

²⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 141.

²¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 289–290.

²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 142.

Hileye başvurulmak suretiyle de cinsel istismar gerçekleştirilebilir. Hile, mağdurun iradesini bertaraf edip bu yolla ona yönelik cinsel istismarın gerçekleştirilmesini mümkün hale getiren aldatıcı hareketlere denir. Bu ihtimalde çocuk aldatılarak fiile mukavemet edemeyecek duruma getirilmektedir²³.

Hile dışında iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak da cinsel istismar gerçekleştirilebilir. Örneğin, mağdurun çaresizliğinden yararlanılarak cinsel istismarın gerçekleştirildiğin hallerde böyle bir halin varlığını kabul etmek gerekir.

Doktrinde *Tezcan/Erdem/Önok*, m. 103/1-a'da onbeş yaşından küçük çocuklarla ilgili olarak "her türlü cinsel davranış" denilmesi, buna karşılık m. 103/1-b'de ise onbeş yaşından büyük çocuklar bakımından "cinsel davranışlar"dan bahsedilmesi karşısında, onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alan çocuklara yönelik çok sayıda cinsel davranışın varlığı halinde suçun oluşabileceği şeklinde anlaşılmaya müsait olduğunu, ancak amacın bu olmadığını vurgulamaktadırlar²⁴. Kanaatimizce kanun koyucunun amacı cinsel istismarı oluşturan hareketlerin niceliği arasında ayırım yapmak değildir. Kanun koyucu suçun oluşumu için tek davranış yeterli olmakla birlikte zamansal ve mekânsal birliktelik arz eden değişik davranışların tamamının tipik olarak tek hareket olduğunu belirtmek için bazı suç tanımlarında fiili çoğul kavramlarla ifade edebilmektedir. Onbeş-onsekiz yaş grubuna yönelik cinsel davranışları cezalandıran suç tanımında da kanun koyucunun kullandığı yöntem budur.

3- Suçun Nitelikli Halleri

a- Cinsel İstismarın Vücuda Organ ve Sair Bir Cisim Sokularak İşlenmesi

Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismarın cezanın artırılmasını gerektiren ilk nitelikli şekli oluşturmaktadır (m. 103/2). Suçun bu şekli bakımından da onbeş yaşından küçük çocukların ve onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocukların cinsel davranışa yönelik rıza beyanlarına herhangi bir değer atfedilmemiştir. Buna karşılık, onbeş yaşını doldurmuş algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından ise vücuda organ veya cisim sokmanın küçüğün rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla algılama yeteneği bulunan onbeş-onsekiz yaş grubundaki çocuklar bakımından vücuda organ veya cismin cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka nedene dayalı olarak sokulmuş olması gerekmektedir.

Cinsel istismarın bu şekli, sokma hareketi, bu hareketin yöneldiği vücut kısımleri, sokulacak organ veya sair cisim yönünden cinsel saldırı suçunun nitelikli şeklinden herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Buna göre, vücudun

²³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 142-143.

²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 319.

organ veya cisim sokmaya elverişli bölgeleri, vücuttaki doğal vücut boşluklarından ibarettir. Cinsel saldırıya ilişkin 102. maddenin gerekçesinde cinsel saldırının vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin sokulması suretiyle işlenebileceği belirtilerek²⁵, bu vücut bölgelerine işaret edilmiştir. Vücuttaki kulak ve burun boşlukları, organ veya cisim sokmaya elverişli ise de, sokma fiiline cinsel davranış niteliğini kazandırmaya elverişli değildir. Zira organ veya cisim sokma eylemi, eylemin konusunu oluşturan vücut boşluğundan bağımsız bir şekilde cinsel davranış (saldırı) olarak değerlendirilmez²⁶.

Daha önce belirtildiği gibi onbeş yaşından küçük çocuklar veya onbeş-onsekiz yaş grubunda yer almakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından vücuda organ veya sair cisim sokmanın küçüğün rızası üzerine veya cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi arasında herhangi bir fark yoktur. Buna karşılık, onbeş yaşından büyük algılama yeteneği gelişmiş çocuklara ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir nedene dayalı olarak vücuda organ veya sair cisim sokulması gerekmektedir.

Algılama yeteneği gelişmiş onbeş yaşından büyük çocukların rızası ile vücuda organ veya cisim sokulmuş olabilir. TCK'nın 104. maddesi kapsamında cinsel ilişki şeklinde ortaya çıkmadığı sürece, bu yaş grubunda yer alan çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen bu suretteki fiiller suç teşkil etmeyecektir. Buna göre, onbeş yaşından büyük çocukların vücuda organ veya sair cisim sokulması konusundaki rızası 104. maddedeki tanıma uyan cinsel ilişki dışında geçerlidir.

Onbeş yaşından küçük olan bir çocuğa veya onbeş yaşını tamamlamakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş bir çocuğa ya da onbeş yaşından büyük olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş bir çocuğa onun üzerinde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir vasıta kullanarak kendi vücuduna organ veya cisim sokturan kişinin hareketi, cinsel istismarın temel şeklini oluşturacaktır. Zira cinsel istismarın nitelikli şeklini oluşturan tipik bir hareketin varlığı için küçüğün vücuduna organ veya cisim sokulmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla vücuda organ veya cisim sokma şeklinde bir davranışta bulunulmadığı sürece çocuğun fail tarafından kendine yönelik cisim veya organ sokmada kullanıldığı hallerde cinsel istismarın temel şeklinde dolayı sorumluluk gündeme gelecektir. Buna göre, örneğin bir kadının ondört yaşındaki bir çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair cisim sokturması halinde cinsel saldırının temel şekli oluşacaktır.

²⁵ “İddianame, mahkûmiyet kararı ve dosya içeriğine göre; iddia ve sabit kabul edilen cinsel organını zorla mağdurun ağızına sokmaya kalkışma eyleminin, 5237 sayılı Yasanın 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturacağı,” Yarg. 5. CD. 17.04.2006, 3332/3238 (Meran, s. 319, dpn. 10).

²⁶ Üzülmez, s. 257.

Benzeri bir olayda cinsel istismarın nitelikli şeklinin oluşacağını kabul ederek uygulama yapan yerel mahkeme kararının doğru olmadığı kanaatindeyiz²⁷.

b- Cezanın Artırılmasını Gerektiren Diğer Nitelikli Haller

TCK m. 103/3'te, gerek cinsel istismarın temel şeklinden gerekse vücuda organ veya sair cisim sokmadan ibaret nitelikli şeklinden verilecek cezanın artırılmasını gerektiren diğer nitelikli unsurlara yer verilmiştir.

Bunlardan ilki, cinsel istismarın çocukla belli yakınlık ilişkisi olanlar tarafından işlenmesidir. Buna göre cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır (m. 103/3)²⁸.

²⁷ “Türkiye’de ilk kez bir kadın, erkeğe tecavüzdən mahkûm oldu”

Sinop’a bağlı Boyabat ilçesinin Ulupınar köyünde yaşayan 16 yaşındaki F.H.T. 13 yaşındaki M.A.’ya tecavüz ettiği iddiasıyla 4 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırıldı. Karar, Yargıtay tarafından onanırsa Türkiye’de ilk kez bir kadın, bir erkeğe tecavüz ettiği gerekçesiyle mahkûm edilmiş olacak.

F.H.T.’nin çocuğa cinsel istismar ve tecavüz suçundan hüküm giymesine neden olan olay 2006 yılında Ulupınar köyünde meydana geldi. Köyde yaşayanların büyük bir bölümünün çalışmak için tarlalara gittiği bir gün F.H.T. köy çeşmesine gitti. Çeşme başında M.A. ile karşılaştı. Bir süre sohbet ettikten sonra F.H. ve M.A. bahçeye giderek birlikte oldular. F.H.T. ile ilk kez birlikte oldukları zaman M.A. ilköğretim öğrencisi ve 13 yaşındaydı.

Aradan yaklaşık bir yıl geçtikten sonra F.H.T.’nin İstanbul’da yaşayan amcasının oğlu köye geldi. F.H.T.’yi beğendiğini ve evlenmek istediğini söyledi. F.H.T. amcasının oğlundan kendisini kaçırmamasını istedi. F.H.T.’nin amcasının oğlu da bu talebe uydu.

İstanbul’a gidildiğinde ise gerçek ortaya çıktı. F.H.T. 6 aylık hamileydi. F.H.T.’nin amcasının oğlu, olayı öğrenince F.H.T.’yi köyüne getirip ailesine teslim etti. F.H.T.’nin ailesi durumu M.A.’nın ailesine anlattı. M.A. olayı kabul etti, ancak F.H.T.’nin zorlamasıyla birlikte olduklarını söyledi. Bunun üzerine M.A. nın ailesi F.H.T. hakkında suç duyurusunda bulundu. Dosyaya ilk olarak Durağan Asliye Ceza Mahkemesi baktı. Mahkeme, görevsizlik kararı vererek dosyayı Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderdi.

Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi, F.H.T.’nin Türk Ceza Kanunu’nun 103/2. maddesinden 4 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırdı. İlgili maddede “Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur deniyor.

Halen tutuksuz yargılanmaya devam eden F.H.T.’nin çocuğunu doğurduğu ve yapılan DNA testi sonrasında çocuğun M.A.’dan olduğunun kesinlik kazandığı da öğrenildi. Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi’nin verdiği karar Yargıtay 5. Ceza Dairesi’ne gelecek. Karar, Yargıtay tarafından da onanırsa Türkiye’de ilk kez bir kadın, bir erkeğe tecavüz ettiği iddiasıyla hüküm giymiş olacak. <http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=SonDakika&Kategori=spor&ArticleID=878990&Date=21.06.2008&ver=05>

²⁸ “Sağığın dükkanında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde suç tarihi itibarıyla hizmet ilişkisinin sağla-

Akrabalık ilişkini mahiyeti ve derecesini tayinde Medeni Kanun göz önünde bulundurulacaktır. Bunun dışında kanun koyucu sadece üvey baba tarafından gerçekleştirilen cinsel istismar için ceza artırımı öngörmüştür. Cinsel istismarın üvey anne tarafından da gerçekleştirilebileceği belirtilerek, istismarda sadece üvey babayı dikkate alan bu düzenleme eleştirilmektedir²⁹.

Aynı şekilde cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi müşterek failliğin şartlarının oluşmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun icrasını kolaylaştırması ve mağdurun direncinin kıran bir işbirliğinin varlığı cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. TCK'nın 37/1. maddesinde bir suçun kanuni tarifindeki fiili birlikte icra edenlerin müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Buna göre, cinsel istismarın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, müşterek failliğin şartlarının bulunduğu bir işbirliği halini, iştirak halini ifade etmektedir. Buna göre, bir kişinin gerçekleştirdiği katkı bizzat cinsel istismar teşkil etmese dahi, diğer failin veya failerin cinsel istismarı gerçekleştirebilmesini mümkün kıldığı takdirde, onun müşterek fail olarak sorumlu tutulmasını sağlayacaktır.

Cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın artırılmasını gerektiren diğer nitelikli hali oluşturmaktadır (m. 103/4)³⁰. Bu nitelikli hal sadece onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş küçüklere yönelik cebir ve tehditle cinsel istismarın gerçekleştirildiği hallerde uygulanabilir. Onbeş yaşından büyük olanlara yönelik cinsel davranışlar ise, ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca sebeplere binaen gerçekleştirildiği takdirde istismar niteliğini aldığından, cebir ve tehdit bu yaş grubuna yönelik suç bakımından unsur niteliğindedir. Dolayısıyla bu yaş grubuna yönelik cinsel istismardan dolayı failin cezasında, ayrıca cebir ve tehdit kullanılması nedeniyle artırım yapılamayacaktır³¹.

dığı nüfuzu kötüye kullanma unsuru bulunmadığı,...” Yarg. 5. DC. 20.12.2007, 7481/6548 (<http://www.adalet.org/cbekran.php?id=5048>).

²⁹ Aydın, s. 152 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 173.

³⁰ “Oluşa, mağdurenin aşamalarındaki tutarlı anlatımlarına, tanık Şaban Sürmeli'nin görgüye dayanan beyanına ve dosya kapsamına nazaran evde yalnız olan mağdureyi rızası dışında zorla yere yatırıp üzerine abanarak “anne anne” diye bağırmasına rağmen eylemine devam eden sanığın suçunu 5237 sayılı Yasanın 103/4. maddesinde belirtilen maddi cebirle gerçekleştirdiği anlaşıldığından bu madde ile artırım yapılmasında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.” Yarg. 5. CD. 29.05.2007, 171/4097 (Yalvaç, s. 787).

³¹ “Mağdurun 16 yaşında olup, 5237 sayılı Yasa'nın 103/1-b fıkrasında sayılan çocuklardan olmasına, 103/4 fıkrasının ise 103/1-a maddesindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kulla-

Cebir kullanılarak cinsel istismarın gerçekleştirildiği hallerde, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, kullanılan cebirin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Eğer uygulan cebir kasten yaralamanın ağır neticelerine neden olmuşsa, cinsel istismarın nitelikli şekilden sorumluluğun yanı sıra ayrıca kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli de sorumluluk gündeme gelecektir (m. 103/5). Kanun koyucu cinsel saldırı suçunda uygulanan cebirin direncin kırılmasını sağlayacak ölçüyü aşmasını gerçek işitime hükümlerinin uygulanması için yeterli saymışken, cinsel istismarın temel şeklinde cebir kullanılmasını suçun nitelikli hali olarak değerlendirmiş, böylelikle cinsel istismarı gerçekleştirmek için uygulanan cebirin sadece kasten yaralama boyutunda kalması halinde, cebir kullanımından kaynaklanan haksızlığın 4. fıkrada öngörülen artırımla karşılaşmış, ancak uygulanan cebir kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekillerinin ortaya çıkmasına neden olmuş ise failin ayrıca kasten yaralama suçundan sorumlu olacağını belirtmiştir. Uygulanan cebirin kasten yaralamanın temel şeklini oluşturacak boyutta olmasının cinsel istismarın cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli şekli olarak düzenlendiği ve failin cezasında bu sebepten dolayı yarı oranında artırım yapıldığı dikkate alındığında, kanundaki düzenlemeye yönelik “reşitlere karşı işlenen cinsel saldırı suçunda ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmesi açısından, “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması” kısıtıyla yetinilirken; daha korumasız olan çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçunda ise, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için, başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmasının aranmasını anlamak güçtür³² şeklindeki eleştiriye katılmıyoruz³³. Zira cebir kullanılarak gerçekleştirilmesi cinsel istismarın cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli şekli olarak kabul edildikten sonra, ayrıca failin kasten yaralamadan cezalandırılması çifte değerlendirme yasağının ihlâli anlamına gelecektir.

B- Tipikliğin Manevi Unsuru

Cinsel istismar kasten işlenebilen suçlardandır. Suçun oluşumu için kastın dışında başkaca manevi bir unsurun varlığı aranmamıştır. Failin kastı, davranışların cinsel yönden istismara yönelik olarak gerçekleştirildiğinin somut olayda tespit edilebildiği hallerde sabit olacaktır³⁴. Cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel istismarın temel şeklinde de sırf gerçekleştirilen davranıştan hareketle istismarın olup oluşmadığını belirlemek her zaman mümkün olmayabilecektir. Dolayısıyla

nılması halinde uygulanmasının mümkün bulunmasına göre; sanık hakkında tayin olunan cezanın koşulları bulunmayan 103/4 madde ile artırılması suretiyle fazla ceza tayini,” Yarg. 5. CD. 10.05.2007, 2450/3553 (Yalvaç, s. 791).

³² Tezcan/Erdem/Önok, s. 322.

³³ Sevük’ün benzer nitelikteki eleştirilerine de aynı gerekçelerle katılmıyoruz. Bkz. Sevük, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 290-291.

³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 320.

somut olayda failin kastını belirleyebilmek için, davranışlarını cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin araştırılması gerekecektir³⁵.

Kastın kapsamına tipikliğin bütün maddi unsurları dâhildir. Bu çerçevede, failin mağdurun çocuk olduğunu bilmesi ve fiili de cinsel istismara yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Failin suçun nitelikli şekliyle sorumlu tutulabilmesi bu unsurlar bakımından da kasten hareket etmesini gerektirir. Dolayısıyla kastın kapsamına bu nitelikli haller de girmektedir. Vücuda anal veya vajinal yoldan organ veya sair cisim sokma objektif olarak cinsel istismardır. Suçun oluşumu açısından bu tür davranışların hangi saik ve amaçla gerçekleştirildiği önemli değildir³⁶. Başka bir anlatımla, bu durumda failin kastını gerçekleştiren hareketler ortaya koymaktadır. Dolayısıyla failin kastının tespit edilebilmesi bakımından davranışları hangi amaçla gerçekleştirdiğini araştırmaya gerek yoktur.

Cinsel istismarın temel şekli bakımından failin mağdurun yaşı konusundaki yanılışı, mağdurun rızasının cinsel istismar teşkil eden fiilleri hukuka aykırı olmaktan çıkaracağı hallerde, kastını kaldıracaktır.

C- Hukuka Aykırılık Unsuru

Kanunda, cinsel istismar suçu düzenlenirken cinsel saldırıdan değil cinsel davranıştan söz edilmesinin nedeni, çocukların kendilerine yönelik cinsel davranışlara gösterecekleri rızanın geçerli olmayacağını belirtmektir. Buna göre, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen istismar niteliğini taşıyan her türlü cinsel davranış, cinsel istismarı oluşturacaktır. Buna karşılık, cinsel ilişki boyutuna varmamak kaydıyla onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alan çocukların cinsel davranış yönünden gösterdiği rıza geçerlidir ve fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarır.

³⁵ Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 168–169; Sevük, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, s. 286–287.

³⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 171.

V- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Cinsel istismara teşebbüs bakımından genel hükümler uygulanır. Cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel istismarda da, istismarın vücuda organ veya sair cisim sokma biçiminde gerçekleşen nitelikli şekline teşebbüs mümkündür³⁷.

Cinsel istismar için başvuru cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde gerçek içtima hükümleri uygulanarak, cinsel istismar ve kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekliyle ayrı ayrı kovuşturma yapılacaktır (m. 103/5).

Cinsel istismarın temel şekli ile nitelikli şekilleri (m. 103/3–4) arasında bileşik suç hükümleri geçerlidir (m. 42). Aynı şekilde cinsel istismarın temel şekli ve nitelikli şekilleri ile cinsel istismarın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri arasında (m. 103/6–7) görünüşte içtimanın genel norm-özel norm şeklindeki görünüm şekli söz konusudur. Görünüşte içtimanın söz konusu olduğu bu gibi hallerde fail sadece özel norm niteliğindeki düzenlemeden sorumlu tutulur. Bu nedenle Yargıtay'ın “Sanığın eylemine uyan TCK. nun 103/1, 103/6. maddeleri ile sırası ile ve ayrı ayrı ceza tayin edilerek cezalandırılması gerekirken doğrudan 103/6. maddesi ile hüküm kurulması”nı bozma nedeni olarak kabul eden kararına katılmıyoruz³⁸. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismarın söz konusu olduğu hallerde failin ayrı ayrı cinsel istismar ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismardan sorumlu tutulması aynı fiilden dolayı failin bir kez cezalandırılabileceği yolundaki evrensel ilkeye aykırıdır.

Cinsel istismarın zincirleme suç (m. 43/1) hükümleri şeklinde işlenmesi mümkündür. Buna göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı çocuğa karşı değişik zamanlarda gerçekleştirilen cinsel istismardan dolayı faile tek ceza verilecek ve fakat ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir. Failin aynı mağdura karşı değişik zamanlarda aynı suç işleme kararının icrası kapsamında cinsel istismarın basit veya nitelikli şeklini gerçekleştirdiği hallerde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda, suçun nitelikli şeklinde ceza belirlenecek cezada 43. maddede öngörülen oranlarda artırım yapılacaktır.

Cinsel istismara yönelik fiilin gerçekleştirilebilmesi için mağdurun hürriyetinden yoksun kılındığı hallerde, failin cinsel istismarın yanı sıra ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

³⁷ “Dosya kapsamına, raporlara ve mağdurenin mahkemede de yinelediği oluştaya uygun düşen ayrıntılı hazırlık beyanına nazaran, sanığın gece yarısı arabasını ıssız bir yere park ettiği ve mağdureyi araca kilitleyip “bekâretine dokunmayacağım ters ilişkiye gireceğiz” diyerek kastını ortaya koyduktan sonra üzerindeki çıplak kalmasını sağlayıp mücadeleye giriştiği, alkollü olan sanığın mağdurenin bu etkin mücadelesi ve karşı koymasından dolayı nitelikli cinsel istismar eylemini dışarı boşaldığı için gerçekleştiremediği ve belirtilen engel haller nedeniyle eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşerek yazılı şekilde basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması,” Yarg. 5. CD. 26.03.2007, 1363/2213 (Yalvaç, s. 796).

³⁸ Yarg. 5. CD. 22.05.2007, 2476/3868 (Yalvaç, s. 788).

Kişinin hürriyetinden cinsel bir amaçla yoksun bırakılması, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun nitelikli şeklini oluşturmaktadır (m. 109/5). Eğer kişi hürriyetinden cebir, tehdit ve hile kullanılarak cinsel bir amaçla yoksun bırakılmışsa, bu durumda failin m. 109/2 ve 5. maddelere göre ve ayrıca cinsel istismardan da cezalandırılması gerekir³⁹.

VI- Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Cinsel İstismar

Cinsel istismar sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuşsa, fail 103/6. maddeye göre cezalandırılacaktır. Aynı şekilde gerçekleştirilen cinsel istismar sonucunda mağdur bitkisel hayata girmiş veya ölmüş ise, ağırlaştırılmış müebbet hapsi gerektiren neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismar söz konusu olacaktır (m. 103/7). Her iki halde de, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan şartların gerçekleşmesi gerekir⁴⁰.

Doktrinde her cinsel istismarın mağdurun ruh ve beden sağlığını bozacağı belirtilerek, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin ne şekilde anlaşılacağı hususu tartışılmıştır⁴¹. Maddede kastedilen mağdur üzerinde kalıcı bedeni veya ruhi bozuklukların ortaya çıkmış olmasıdır. Mağdurun maruz kaldığı cinsel istismardan sonra toplum içine çıkmaktan korkar hale gelmesi, evlilikten veya karşı cinsle bir arada olmaktan kalıcı olarak soğuması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış cinsel istismarı oluşturur. Kalıcı ruhi veya bedeni bir bozukluk meydana getirmedigi sürece cinsel istismar sonucunda kızlığın bozulması netice sebebiyle ağırlaşmayı oluşturmaz⁴².

Cinsel istismar sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi de suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır. Bitkisel hayata girme veya ölüm gerçekleştirilen cinsel istismara yönelik fiilin sonucu olmalıdır. Bu ağır netice bizzat cinsel davranışın icrasının sonucunda gerçekleşmiş olabileceği gibi, cinsel istismarı gerçekleştirebilmek için uygulanan cebir sonucu da olabilir⁴³. Örneğin failin mağduru cinsel davranışa karşı koymasını engellemek, onu bayıltıp etkisiz hale getirebilmek için kafasına sert bir cisimle vurmuş, cinsel istismarı gerçekleştirmiş ve fakat darbenin sonucunda mağdur beyin kana-

³⁹ “Sanığın mağdurelerden Penbe'nin göğüslerini okşayıp cinsel organını ağzına almasını istediği ancak mağdurenin kabul etmemesi nedeniyle eylemin teklif aşamasında kaldığı, oluşan hali ile de fiilin çocukların basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu cihetle tebliğnamedeki mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine ilişkin bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.

Mağdureleri para ve yemek vereceği vadiyle evine soktuktan sonra kapıyı kilitleyerek bıçak tehdidiyle eylemini gerçekleştiren sanığa 109/1. madde uyarınca tayin olunan cezanın aynı maddenin 2. fıkrası gereğince artırılmaması karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Yarg. 5. CD. 22.05.2007, 3480/3863 (Yalvaç, s. 790).

⁴⁰ Bkz. Madde Gereğesi.

⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 312.

⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 161–162.

⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 162.

ması geçirerek bitkisel hayata girmiş veya ölmüş ise, cinsel istismarın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleşmiş olacaktır.

VII- Yaptırım ve Kovuşturma Usulü

Cinsel istismarın temel şekil için üç yıldan sekiz yıla kadar (m. 103/1), vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli şekli için sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis öngörülmüştür (m. 103/2). Cinsel istismarın gerek temel gerekse nitelikli şeklinin cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde ise, bir veya ikinci fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (m. 103/3). Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı cebir ve tehdit kullanılarak cinsel istismarın gerçekleştirildiği hallerde, maddenin birinci veya üçüncü fıkrasına göre verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır (m. 103/4). Cinsel saldırının mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olması hali için onbeş yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngörülmüştür (m. 6). Buna karşılık fiilin mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması hali için müebbet hapis cezası öngörülmüştür (m. 103/7).

Cinsel istismarın gerek temel şekli gerekse nitelikli şekli re'sen kovuşturulan suçlardandır.

SONUÇ

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında cinsel saldırının yanı sıra çocukların cinsel istismarı şeklinde bir suç tipine yer verilmesinin nedeni, çocukları daha etkin bir şekilde koruyabilmek, çocukların cinsel yönden sağlıklı bir gelişim göstermelerini sağlayabilmektir.

Cinsel istismarı oluşturan davranışlar, mutlaka vücut dokunulmazlığın ihlali şeklinde tezahür etmesi gerekmeyen, aynı zamanda taciz boyutunu da aşan fiillerden oluşmaktadır. İstismar oluşturan, çocuklardan cinsel yönden yararlanmayı (sömürüyü) ortaya koyan davranışların bulunması gerekmektedir.

Küçüğe yönelik cinsel davranışın istismarı oluşturup oluşturmaması bakımından küçüğün yaşına göre bir ayırım yapılmıştır. Onbeş yaşından küçük olan veya onbeş yaşından büyük olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik istismar niteliğindeki hür türlü davranış küçüğün rızasına itibar edilmeyerek suç sayılmış, buna karşılık onbeş yaşından büyük olanlara rızaları hilafına cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başkaca davranışlarla gerçekleştirilmiş olması aranmıştır. Bu ayırımın doğal bir sonucu olarak, onbeş yaşından küçük olan veya büyük olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik cinsel istismarın cebir ve tehdit ile gerçekleştirilmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Cinsel istismarı gerçekleştirmek için başvurulmuş cibrin kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birin yol açması, gerçek içtima hükümleri uygulanarak cinsel istis-

marın yanı sıra ayrıca cezalandırılması gereken bir haksızlık olarak kabul edilmiştir. İstismara maruz kalan çocuğun, beden veya ruh sağlığının bozulması, yine bitkisel hayata girmesi veya ölmesi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri olarak düzenlenmiştir.

ETİK KAVRAMI VE MEDYA ETİĞİ

*Doç. Dr. Murat YÜKSEL**

1. GİRİŞ

Etiğin alt dallarından birini medya etiği oluşturmaktadır, medya etiğini incelemeye önce etik kavramını kısaca tanımlama gereği vardır. Ahlak felsefesi olarak tanımlayabileceğimiz etik; ahlaki bakımdan kabulü mümkün bireysel, kurumsal ve toplumsal değerlerin tanımlanıp insan davranışını değerlendirmede bunların temel ölçüt olarak alınmasıdır¹. Günlük dilde etik ve ahlak kavramları birbirlerinin yerine kullanılsa da aynı anlama gelmemektedir. Zira ahlak insanın iyi veya kötü olarak değerlendirilmesine neden olan manevi özellikleri, huyları ve bunların biçimlendirmesiyle ortaya koyduğu iradeli davranışları ifade ederken etik, ahlakilik koşulları içinde bu davranışları araştıran bir felsefe dalıdır². Etiği bu şekilde tanımlayıp etik ve ahlak ayrımını ortaya koyduktan sonra bu makalede temel olarak etiğin bir alt dalı olan ve konumuzu oluşturan medya etiğinin kapsamının değerlendirilmesine çalışılacaktır.

2. MEDYA ETİĞİ

Medya etiği; gazetecilerin ya da daha genel bir ifadeyle medya çalışanlarının yönelmesi gereken meslek ilkeleri, onur ilkeleri ve etik ilkeler olarak isimlendirilebilen bir dizi ortak değerden oluşmaktadır³. Medya etiğinin bu kadar gündeme taşınmasında medyaya yüklenen misyonun rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Tarihsel süreçte medyayı demokratik toplumlarda yasama, yargı ve yürütmeden sonra gelen dördüncü kuvvet olarak niteleyen geleneksel yaklaşım, medyanın asıl işlevinin toplumdaki yanlışlıkları, yolsuzlukları, usulsüzlükleri ve hataları araştırıp haber yapmak olduğunu söylemekteydi⁴. Bu yaklaşım kuşkusuz beraberinde meslek etik ilkeleri nelerdir sorgulamasını getirmiş ve medyada yaşanan etik sorunlar konuşulmaya başlanmıştır. Kapitalist toplum-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

¹ Süleyman İrvan, " Medya ve Etik " Der.: Sevda Alankuş, Medya, Etik ve Hukuk, İstanbul 2005, 2. bası, s. 61.

² İrvan, s. 61.

³ Vedat Demir, Medya ve Etik, http://www.byegm.gov.tr/seminerler/adiyaman-xi/adiyaman_7.htm, Erişim Tarihi: 28. 03. 2008.

⁴ Bülent Çaplı, Medya ve Etik, Ankara 2002, 1. bası, s. 25.

larda, medyanın faaliyetlerinin temellendiği aydınlanma döneminin liberal ve bireyselci görüşlerinin etik değerlendirmeye engel olduğu düşüncesi önem kazanmış ve özellikle liberalizmin kaynağı ve beşiği sayılan Amerika'da 1950'li yılların başında akademik çevrelerdeki kıpırdanma Amerikan medyasına anayasal güvence altında sunulan özgürlüklerde yoğunlaşan dikkati medya sorumluluğuna kaydırmayı başarmıştır⁵. Ahlak/etik kavramı ve medya etiğinin doğuşu ve tarihsel gelişimi üzerine daha kapsamlı açıklama yapmak mümkünse de, bu makalede özellikle medyada yaşanan etik sorunların incelenmesine çalışılacaktır.

Haberde doğruluk, tarafsızlık ve nesnellik sorunu, haber ve yorum ayrımının yapılmaması, özel hayatın gizliliğine saygı duyulmaması, eleştiri sınırının aşılması ve ayrımcılık yapılması, paralı habercilik ya da çek defteri gazeteciliği yapılması, medyada tekelleşme ve patronun basın dışı işlerle uğraşması, çocuklara ilişkin haberlerle şiddet ve terörizm haberlerinin sunumunda var olan etik kodlara uygun hareket edilmemesi ve haber kaynağına saygı ve sadakat kuralına riayet edilmemesi medyada yaşanan başlıca etik sorunlar olarak zikredilebilir.

3. MEDYADA YAŞANAN ETİK SORUNLAR

3.1. Haberde Doğruluk, Tarafsızlık ve Nesnellik Sorunu

Medya etiğinde en önemli hususlardan biri haberlerin doğru sunulması, tarafsız olunması ve nesnel bir yaklaşım sergilenmesidir. Haberin bazı unsurlarının atlanması, kasıtlı bir şekilde eksik bırakılması veya yanlış yönlendirmelerle verilmesi etik kurallarla bağdaşmadığı gibi uydurma (asparagas) haber verilmesi de doğru kabul edilemez⁶. Etik olma açısından nesnellik kavramı da önem taşımaktadır. Nesnellik, kişinin gerçekleri değerlerden ayırabildiği ve ayırmasının gerektiği bakış açısı olarak tanımlanır ve gerçekler dünyayla ilgili bağımsız geçerliliğe sahip bireyin kendi tercihlerinin etkilerinden uzak ifadelerken değerler dünyanın nasıl olması gerektiğine dair bireyin bilinçli veya bilinçsiz, öznel tercihleridir⁷. Nesnellik aynı zamanda kesinlik, denge ve doğruluk, dürüstlük ve ahlaki tarafsızlığı da kapsamına almaktadır⁸. Dolayısıyla kişiden beklenen haberlerde aktardıklarının değer yargılarından bağımsız ve gerçeğe uygun olmasıdır. Bu noktada etik açıdan uygun olmayan davranış gazetecinin kendi değer yargıları uğruna gerçekleri görmezlikten gelerek değer yargılarına göre haber yapmasıdır; buna karşılık etik olan gazetecinin sezgileri, inançları, duyguları yani kendisini bağıtlayan düşünce ve duygularının farkında olarak haberi ele alması ve bu noktadan hareketle nesnellığe ulaşma çabasıdır⁹.

⁵ Çaplı, s. 26.

⁶ Demir, s. 6.

⁷ Raphael Cohen Almagor, İfade, Medya ve Etik, Ankara 2002, 1. bası, s. 100.

⁸ Almagor, s. 100.

⁹ Çaplı, s. 91.

3.2. Haber ve Yorum Ayrımının Yapılmaması

Haber ve yorum ayrımının yapılmaması tarafsız değil yanlı habercilik yapıldığı düşüncesini doğurmakta ve etik açıdan sorunlu bir husus olarak kabul edilmektedir. Objektif habercilik yapılması ve bu konuda inandırıcılık sağlanması hedeflenmekteyse muhatap kitlenin (okuyucu/dinleyici) bu ayrımı anlayabileceği şekilde haber yapmak gerekir. Haber ve yorum ayrımına özen gösterilmesi gerekliliği beraberinde bir dizi düzenleme yapılmasını getirmiştir. Bu konudaki temel olarak sayabileceğimiz bazı uluslar arası ilkeler şunlardır:

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Basın Meslek İlkeleri

Madde 3: Gazeteciliğin temel ahlaki yükümlülüklerinden birisi, haber ile yorum arasında belirgin bir ayrım çizilmesi ve bunların karıştırılmasının önlenmesidir. Haber, gerçeklere ve verilere dayalı bilgilendirmedir. Yorum ise yazarın, yayımlayanın veya medya şirketinin düşüncelerini, inançlarını, kişisel yargılarını içerir¹⁰.

Madde 4: Haber yayımı gerçeklere dayandırılmalı ve doğruluğu ispatlanabilir olmalıdır. Haberin sunumunda ve betimlemelerde tarafsız davranılmalıdır. Haber başlıkları ve özetleri mümkün olduğunca doğruları ve eldeki verileri yansıtmalıdır¹¹.

Madde 5: Yorumlar, genel düşünceler veya günlük olaylar üzerine yapılabilir. Yorum subjektif olduğu için doğruluğu üzerine eleştiri yapılamaz. Bunun yerine bizler yorumların dürüst ve ahlaki olmasını sağlamalıyız¹².

Madde 6: Kişi ve kuruluşlarla ilgili olaylar üzerine yapılan yorumlar gerçekleri ve verileri çarpıtmamalı ve gizlememelidir¹³.

ABD Profesyonel Gazeteciler Derneği

Gazeteciler haber ve yorumu birbirinden ayırmalıdır. Analiz ve yorumlar açıkça belirtilmeli ve bunlar gerçeği veya haberin bağlamını çarpıtmamalıdır¹⁴.

Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi

Haber ile yorum ve görüş ayrımı açık yapılmalı, okurun ve izleyicinin neyin haber, neyin yorum olduğunu kolayca seçebilmesi sağlanmalıdır¹⁵.

Bu şekilde yapılan düzenlemelerle etiğe uygun olan davranışın haber ve yorum ayrımı yapmak olduğu ortaya konulmuştur.

¹⁰ İrvan, s. 72.

¹¹ İrvan, s. 72.

¹² İrvan, s. 72.

¹³ İrvan, s. 72.

¹⁴ İrvan, s. 72.

¹⁵ İrvan, s. 72.

3.3. Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Duyulmaması

Özel hayatın gizliliği kanunlarla pek çok ülkede koruma altına alınmıştır, bizde en yüksek düzeyde anayasal koruma altına alınan bu hak anayasanın 20. maddesinde “ Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. ” şeklinde ifadesini bulmuştur. Medya çalışanları sık sık kişilerin özel hayatlarına müdahale teşkil edecek eylemlerde bulunmaktadır. Kamu çıkarının gerektirdiği durumlarda özel yaşam hakkının ortadan kalktığı görüşü medyada iki ayrı gerekçeyle meşrulaştırılmaktadır ve buna göre demokrasiyle ilişkili konularda kamu çalışanlarının kim oldukları ve ne yaptıkları konusunda yönetilenlerin bilme hakkının olduğu, yönetenlerin, siyasilerin, bürokratların sahip oldukları yetkileri ve gücü kötüye kullanmaları ve bunlardan yarar elde etmeleri durumunda özel yaşam alanlarının da gazetecilerin araştırmalarına ve incelemelerine açık olduğu görüşü vardır¹⁶.

Yine kamuya mal olmayı tercih etmiş sinema ve televizyon yıldızları, şarkıcılar, eğlence dünyasının tanınmış isimleri gibi bireylerin özel yaşam haklarından vazgeçmiş oldukları ikinci bir argüman olarak öne sürülmektedir¹⁷. Bu iki argümanı tamamen doğru kabul etmek ve bunları özel yaşama müdahale etmek için dayanak yapmak çok doğru bir yaklaşım değildir, her şeyden önce kişilerin kamuya mal olduğuna kim karar verecektir, bunun kriteri nedir? Özel yaşama müdahalenin bir sınırı var mıdır? İşte özel yaşamın gizliliği sınırının nerede çizilmesi gerekir ve gazeteciler asla özel yaşama müdahale etmemeliler midir sorusuna yanıt olarak meslek örgütleri değişik etik ilkeler geliştirmişlerdir¹⁸.

Profesyonel Gazeteciler Topluluğu Yasası beşinci maddesinde¹⁹ “ Gazeteciler haber toplarken ve sunarken karşılaştıkları insanların haysiyetine, özel hayatlarına, haklarına ve refahlarına daima saygı gösterecektir ” demektedir. Basın Konseyi tarafından kabul edilen Basın Meslek ilkelerinin 5. maddesi de özel yaşamı düzenlemektedir: “Kişilerin özel yaşamı, kamu çıkarlarının gerektirdiği durumlar dışında yayın konusu olamaz” denmiştir²⁰. Bunun dışında da kişilerin özel yaşamına müdahale edilmesine ve bunun sınırına ilişkin çeşitli düzenlemeler vardır. Medya çalışanlarının her bir olayda özel yaşama müdahaleyi haklılaştıran sebeplerin olup olmadığını ve amaç-araç orantısını doğru kurup kurmadıklarını sorgulamaları kanaatimce doğru bir yaklaşım olacaktır.

¹⁶ Çaplı, s. 107.

¹⁷ Çaplı, s. 108.

¹⁸ İrvan, s. 74.

¹⁹ Almagor, s. 127.

²⁰ İrvan, s. 74.

3.4. Eleştiri Sınırının Aşılması ve Ayrımcılık Yapılması

Medyada etik dışı davranışlardan bir tanesini de eleştiri sınırlarının aşarak kişileri küçülten, aşağılayan, ahlaki karakterini hedef alan ifadeler kullanılması oluşturmaktadır. Kişilerin dinsel, etnik veya başka türlü farklılıklarına gereksiz vurgular yapılması ve bu kimliklerinin aşağılanması sık karşılaşılan etik dışı davranışlardan biridir. Kimi zaman cinsiyetçi yaklaşımlarla haber sunulmakta ama kamuoyu tarafından ilgili ifadeler kanıksandığı için düzeltilmesi yolunda herhangi bir adım atılmamaktadır.

3.5. Paralı Habercilik

Paralı habercilik haber kaynaklarına konuşmaları ve bilgi vermeleri karşılığı para ödenmesi anlamına gelmekte olup etik dışı kabul edilmesindeki neden haberi para ile elde edilen meta haline dönüştürmesidir²¹. İngiltere Basın Şikâyetleri Komisyonu “ suç işlemiş kişilere veya bunların yakınlarına anlatacakları öyküler, verecekleri enformasyon ve fotoğraflar için para ödenmemesi gerektiğini, haberin kamu çıkarları açısından mutlaka yayınlanması gerekiyorsa ve bunun için para talep ediliyorsa ödeme yapılabileceğini söylemektedir”²². Medya çalışanlarının yüksek reyting elde etmek için, haberleri cazip kılmak amacıyla bu tür etik dışı davranışlara başvurmalarına Türk medyasında da sıklıkla karşılaşılmaktadır.

3.6. Medyada Tekelleşme ve Patronun Basın Dışı İşlerle Uğraşması

Birden çok medyanın kontrolünün bir kişinin eline geçmesi ve bununla birlikte bu kişinin basın dışı işlerle uğraşması tarafsız, özgür habercilik yapılmasının önünde büyük bir engel teşkil etmektedir. Kapalı baskı rejimleri bir kenara bırakılırsa çoğulcu demokrasi yalnız birbirinden farklı partilerin bulunmasını değil, kitle iletişim araçlarının da birbirinden farklı ellerde olmasını gerektirir²³. Kitle iletişim araçlarının tek elde toplanması ise farklı seslere yer verilmemesine neden olmaktadır. Medya patronunun devletle birtakım işlere girişmesi iktidara bağımlı yayın politikası izlenmesine neden olmaktadır. Hem medyada tekelleşme hem de patronun basın dışı işlerle uğraşmasının aynı örnekte birleştiği bu durum etik açıdan sakıncalı iki husus taşımaktadır. Birincisi medya patronlarının bu tür basın dışı işleri, yayıncılığı kişisel çıkarlarına alet etmelerine neden olduğu için, ikincisi çok seslilik ortadan kalktığı için hoş görülmemektedir.

3.7. Çocuklarla İlgili Haberler

Çocukları konu alan haberlerde etik sorunlar çocukların haberin bir parçası oldukları olumsuz olaylarda kendisini göstermektedir ve tecavüz, hırsızlık, uyuşturucu, yaralama, öldürme gibi durumlarda mağdur ya da sanık konumun-

²¹ Demir, s. 10.

²² Demir, s. 10.

²³ Ahmet Taner Kışlalı, Siyasal Sistemler, Ankara 2003, 6. bası, s. 22.

daki çocuklara ilişkin haberlerin nasıl verileceği etik olarak tartışılmaktadır²⁴. Çocukların isim ve kimliklerinin belirtilip belirtilmeyeceği veya belirtilecekse nasıl belirtileceği konusu üzerinde durulmaktadır. ABD Profesyonel Gazeteciler Derneği, “Gazeteciler haberlerden olumsuz biçimde etkilenebilecek kişilere karşı duyarlı olmalıdırlar. Çocuklara ilişkin haberlerde özel duyarlılık göstermelidirler. Gazeteciler, çocuk yaştaki sanıkların ve tecavüz kurbanlarının kimliklerini açıklamaktan özenle kaçınmalıdırlar” demiştir²⁵.

Türkiye Gazeteciler Cemiyeti ise bu konudaki etik ilkeyi şu şekilde kuralaştırmıştır: “ Çocuklarla ilgili suçlarda ve cinsel saldırılarda, sanık, tanık ya da mağdur olsun, 18 yaşından küçüklerin açık isimleri ve fotoğrafları yayımlanmamalıdır²⁶. ” Bunların dışında çocuklara hitap eden haberlere de özel önem vermek gerekmektedir. Çocuklara yönelik şiddet, pornografi içeren yayınların hızla arttığı ve çocukların sağlıklı gelişimini tehdit eden bir görünüm arz ettiği de görülmektedir²⁷. Tüm bu konularla ilgili olarak etik ilkeler geliştirilmiştir; ama bu konuda önemli olan bu tür etik ilkelerin geliştirilmesinden ziyade medya çalışanlarının uygulamada gösterecekleri hassasiyettir.

3.8. Şiddet ve Terörizmle İlgili Haberler

Bizim medya geleneğimizde şiddet içeren haberlerin büyük bir özensizlik içerisinde sunulması vardır. Yazılı basından önce de Ragıp Duran tarafından aktarılan Osmanlı Devletine ilişkin bir anekdota göre haberleri şiddet yoluyla aktarmakta eskiye dayanan bir geleneğe sahibiz. 1683 tarihinde Osmanlı Devleti Viyana’yı ikinci kez kuşatır ve dönemin veziri Merzifonlu Kara Mustafa Paşa’dır. 17 gün süren kuşatma Osmanlı ordusu açısından başarısızlıkla sonuçlanır. Osmanlı ordusu “ soğuk hava dalgası ” gibi Edirne’ye yani ordunun otağının olduğu yere geri döner. Kuryeler aracılığıyla İstanbul’da sarayda bulunan Merzifonlu Kara Mustafa Paşa’ya Edirne’ye gitmesi söylenir. Paşa tarih bildiği için telaşa kapılır, otağa çağırılmanın anlamı bellidir. Nitekim Edirne’ye varır varmaz görkemli bir törenle kellesini kaybeder ve paşanın tuzlanan kellesi (kelle daha uzun süre asılı kalsın ve daha çok kişi görsün diye tuzlanır.) Edirne meydanında bir sırığa dikilir. Halk, Edirne’de veziri azamın kellesini görünce ordunun kaybettiğini anlar²⁸. Asılan bu kelle medya işlevi görmektedir; kanlı medyanın tohumları o zaman atılmıştır. Peki, şiddet haberleri, görüntüleri neden etik dışı kabul edilmektedir? Özellikle çocuk izleyiciler üzerinde bu tarz haberlerin olumsuz etkisi vardır. Çocuk gelişimini olumsuz yönde etkilemekte ve çocuklar bu davranış kalıplarını benimseyebilmektedir. Ayrıca toplumun geneli

²⁴ İrvan, s. 81.

²⁵ İrvan, s. 82.

²⁶ İrvan, s. 83.

²⁷ Demir, s. 11.

²⁸ Ragıp Duran, Dünyada ve Türkiye’de Medya Etiği, Der.: Sevdâ Alankuş, Medya, Etik ve Hukuk, İst. 2005, 2. Bası, s. 109.

üzerinde de yıkıcı, rahatsız edici veya provoke edici etki yarattıkları gözlenmektedir. Bu konunun diğer bir boyutu terörle ilgili haberlerin sunumunda gösterilmesi gereken özendir. Terör konusunda gerilimi arttırıcı, ilgili terör örgütüne ihtiyaç duyduğu reklamı sağlayan haberlerin verilmesinden özenle kaçınılmalıdır. 1985'te Ermeni teröristler Ottawa, Kanada'daki Türk elçiliğine saldırıp insanları rehin alırlar ve binanın kuşatılması sırasında muhabirlerden biri teröristlere daha önce açıkladıkları genel isteklerinden başka daha belirgin bir taleplerinin olup olmadığını sorar, muhabirin yaptığı var olan gerilimi daha da arttırmaktan başka bir şey değildir²⁹. Kanaatimce suç ya da terör olaylarını özendir, halkta gereksiz korku, panik yaratan, terör örgütlerini destekleyici ifadeler içeren yayınlar yapılması etiğe aykırıdır. Şiddet ve terörün kınanması, bu konuda çeşitli meslek örgütlerinin kabul ettiği etik ilkelere uygun hareket edilmesi bakımından birincil derecede önem taşımaktadır.

3.9. Haber Kaynağına Saygı ve Sadakat Kuralına Riayet Edilmemesi

Haber ve haber kaynağı nedir sorusuna yanıt arayarak bu konudaki etik davranışın ne olduğunu ortaya koymak gerekecektir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R(2000) 7 Sayılı Karara Ek Kararında “ Haber ” metin ses veya görüntü şeklindeki tüm olay, görüş ve fikir aktarımları olarak; “ Kaynak ” ise gazeteciye bilgi sağlayan tüm kişiler olarak ifade edilmiştir³⁰. Gazeteci haber kaynağı istemediği ve buna izin vermediği sürece haber kaynağının kimliğini açıklamamak zorundadır. Gazetecilikte haber kaynağının korunması basın özgürlüğünün en önemli unsurlarından birini oluşturur; çünkü böyle bir korumanın olmadığı durumda haber kaynakları toplumun genel çıkarlarını ilgilendiren konularda yardımda bulunmaktan vazgeçebilirler³¹. Haber kaynağının kimliğinin açıklanmaması o kişilerin zarar görmesini önlemek açısından önemlidir. Bazı ülkeler bu alanda var olan etik kodlarla yetinmeyerek kanunlarla hatta İsveç'te olduğu gibi anayasa ile bu hususu koruma altına almışlardır³². Haber kaynağı belli bir süre açıklanmaması kaydıyla bir bilgi vermişse buna da uyulması gerekmektedir.

Şüphesiz ki bunlar dışında birçok etiğe aykırı davranış şekli saymak mümkündür. Mesela, iş değiştiren gazetecinin eski patronuna veya işyerine ait bazı sırları deşifre etmesi; kişilere, eksik, yalan bilgiler hakkında düzeltme hakkı tanınmaması veya kendilerine yöneltilen ithamlara karşı cevap hakkı verilmemesi; özel veya tüzel kuruluşlarca medya çalışanlarına armağanlar veya verilen bedava gezilerin dürüstlük ve tarafsızlığa gölge düşürmesi; gazetecilerin ikinci bir iş veya patron adına iş takipçiliği yapması ve daha pek çok şey sayılabilir.

²⁹ Almagor, s. 134.

³⁰ Fikret İlkiz, Gazetecinin Haber Kaynağını Açıklamama Hakkı, Der.: Alankuş, Sevda, Medya, Etik ve Hukuk, İst. 2005, 2. bası, s. 134.

³¹ İlkiz, s. 144.

³² Demir, s. 8.

4. ETİK AÇIDAN DOĞRU GAZETECİLİK İÇİN GEREKEN KOŞULLAR

Medya etiğinden bahsedebilmek için dört temel kurala gereksinim vardır: düşünce ve ifade özgürlüğü, habere özgürce ulaşabilme ve haberin özgürce oluşabilmesi, haberin temel değerinin olması ve insana saygı³³. İfade özgürlüğü, demokratik bir toplum için hayati öneme sahiptir. Diğer insanların haklarına müdahale etmemek şartıyla ifade özgürlüğünün gözetilmesi herkesin çıkarına-dır. Ancak tüm haklar, özellikle de onları kullananlar diğer insanların yaşamlarını etkileme potansiyeline sahiplerse beraberinde sorumluluklar getirirler. (Mahremiyet ve İlgili Konular Komitesinin Raporu)³⁴. Her hak gibi düşünce ve ifade özgürlüğünün de sınırları vardır; ama bu özgürlüğün hiç olmadığı yani basın özgürlüğünün olmadığı bir ortamda etiğe uygun gazetecilik yapmak mümkün değildir.

Medya özgürlüğünün temeli ifade özgürlüğüdür ve ifade özgürlüğünün yasal ve ahlaki koşullarının varlığına ihtiyaç vardır. Haberin özgürce oluşabilmesi düşünce ve ifade özgürlüğünün varlığını ve habere özgürce ulaşılabilmesi yurttaşların diledikleri habere diledikleri anda ulaşmalarını ve bu konuda önlerindeki her türlü engelin kalkmasını gerekli kılmaktadır³⁵. Medya ve etik konusunu tartışabilmek için gerekli olan asgari şartları koymadığımız takdirde belirlenen etik ilkeler ütopya olmanın ötesine geçemeyecektir. Haberin bir değerinin olması yani haberin gerçek olması gerekmektedir. Eğer ortada doğru bir haber yoksa haber yoktur ve bunun etik dışılığını sorgulamaya dahi gerek kalmayacaktır.

Özel hayatın gizliliğine saygı duyulmamasının etik dışı davranışlar arasında sayıldığından bahsedilmişti. İnsana saygı ile kastedilen özel yaşama müdahalede bulunulmaması ve insanların dili, dini, rengi, etnik kimliğinin haberle ilişkisinin olmadığı durumlarda gereksiz yere ön plana çıkartılmamasıdır³⁶. İnsana saygının olmadığı yerde etik gazetecilik/muhabirlik vs. yapılması mümkün olmayacaktır.

5. SONUÇ

Etik kavramının her yönüyle tartışmaya açılmasıyla birlikte medya ve etik kavramı da gündeme taşınmış, etik dışı davranışların neler olduğu daha çok sorgulanır olmuştur. Kuşkusuz bu konuda birtakım etik ilkeler kabul etmenin yararı vardır; ama uygulaması gerekenler bu kurallara riayet etmezlerse ilgili kurallar anlam taşımayacaktır. Bu konuda medya mensuplarına çok büyük görevler düşmektedir. Bu, yasal düzenlemeler yapılmasının gereksiz olduğu şeklinde de anlaşılmalıdır. Etik ilkeler belirlemek dışında medya haberciliğinin

³³ Duran, s. 122-123.

³⁴ Almagor, s. 13.

³⁵ Duran, s. 123.

³⁶ Duran, s. 124.

kapsama alanına sınırlamalar da getirilmelidir; yoksa sınırsız özgürlük ve koşulsuz hoşgörü, anarşiye ve kanunsuzluğa dönüşebilir³⁷. Yasaların suç saydığı eylemlerin çoğu etik dışı olduğu için kanunsuzluk etik dışılığa neden olacaktır. Kısacası yapılan düzenlemeler, ortaya konulan tutarlı davranışlar birlikte anlam ifade edecektir. Ortaya konulan ilkeleri içselleştiren, yasa tehdidi vs. olduğu için değil inandığı için etik kodlara uygun hareket eden medya mensuplarının varlığı anlamlı olacaktır. Medya hiçbir zaman gerilim aracı olmamalıdır. İnsanları yönlendirmede çok etkili bir silah olan kitle iletişim araçları bu silahı kötü yönde kullanan bir medyanın elinde kötü sonuçlar doğmasına neden olmamalıdır. İnsanları eğiten, aydınlatan, toplumsal olaylara ve toplumdaki yaralara duyarlılıkla bakma bilinci aşıl原因 bir medya silahını doğru kullanmış olacaktır.

³⁷ Almagor, s. 138.

TÜRK TABİPLER BİRLİĞİNE VE TABİP ODALARINA YAPILACAK İDARİ BAŞVURULAR

*Yrd.Doç.Dr. Hayrettin EREN**

*Arş.Gör.Gülden ŞİŞMAN**

GİRİŞ

İdari başvurular, kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile kamu yararını korumak amacı ile yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine kanunların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları idare hukukuna ilişkin başvurulardır¹.

İdari başvuruların nereye ve hangi esaslar çerçevesinde yapılacağıın bilinişmesi birçok bakımdan öneme sahiptir. İdari başvurular öncelikle yargının iş yükünü azaltmakta ve hak sahiplerinin kısa sürede sonuca ulaşmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan hangi idari başvurunun nereye ve nasıl yapılacağıın bilinişmesi çok önemlidir ve bu çalışmanın odak noktası da budur.

Aynı mesleği yapanların dayanışma ve mesleği korumak adına bir araya gelerek oluşturdukları yapılar meslek kuruluşlarıdır. Bugün itibariyle barolar, noter odaları, tabip odaları, diş hekimleri odaları, eczacı odaları, veteriner odaları, ziraat odaları, ticaret ve sanayi odaları, mühendis odaları, mimar odaları, esnaf odaları...gibi çok değişik alanlarda kurulmuş meslek kuruluşları vardır. Türk Tabipler Birliği ve tabip odaları da bu kapsamdaki meslek kuruluşları arasında yer almaktadır. Çalışmamız Türk Tabipler Birliği ve tabip odaları açısından karşımıza çıkan idari başvurular kapsamında olacaktır.

Bu çalışmanın amacı, Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda yer alan idari başvuru yollarının usul ve esaslarını incelemektir. Ayrıca bu kanun ile bağlantılı

* Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

* Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku ABD. Araştırma Görevlisi.

¹ YILDIRIM, Ramazan, İdari Başvurular, Konya, 2006, s. 30.

olarak Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği² ve Türk Tabipleri Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliği³ de idari başvurular açısından ele alınacaktır. Türk Tabipler Birliği'ne ve tabip odalarına yapılacak idari başvuruları değerlendirmeden önce kısaca genel olarak meslek kuruluşları, Türk Tabipler Birliği ve tabip odalarının idari teşkilatlanması ve görevleri üzerinde durulacaktır.

I. GENEL OLARAK

Meslek kuruluşları, meslek mensuplarının oluşturduğu, tüzelkişilikleri olan, bir kısım kamu görevlerini yerine getiren, üyeleri üzerinde kamu hukukundan doğan bazı yetkilere sahip olan kişi topluluklarıdır⁴. Hekimlik, eczacılık, avukatlık, tacirlik, mühendislik... gibi "serbest meslek" denen mesleklerde çalışanların ortak ihtiyaçlarını karşılamak, mesleği dışa karşı temsil etmek, özellikle mesleğin "iç disiplinini" ve meslek ahlakını sağlamak üzere meslek odaları kurulmuştur⁵. Meslek kuruluşlarının kökeni esnaf localarına ve ahilik teşkilatına dayansa da, bugünkü anlamda 19.yüzyılın ikinci yarısından itibaren yabancı uyruklu tacirlerin İstanbul ve İzmir'de kurdukları ticaret odaları ile ortaya çıkmışlardır. Daha sonraki yıllarda sanayi odaları, barolar ve ziraat odaları oluşmuştur⁶.

Meslek odaları tahmin edileceği üzere çok ve çeşitlidir. Barolar, noter odaları, tabip odaları, diş hekimleri odaları, eczacı odaları, veteriner odaları, ziraat odaları, ticaret ve sanayi odaları, mühendis odaları, mimar odaları, esnaf odaları... bu çerçevede oluşmuş meslek kuruluşlarıdır. Bu kuruluşların odalar birlikleri, federasyon, konfederasyon gibi üst kuruluşları vardır. Meslek kuruluşlarının organlarını seçen genel kurulları (umumi heyet), başkanları (reis), yönetim kurulları (idare heyeti), disiplin kurulları (haysiyet divanı), denetim kurulları, üst kuruluşlarda yüksek disiplin kurulu (yüksek haysiyet divanı) gibi birim ve makamları vardır⁷.

Meslek kuruluşlarının üyeleri genel olarak kendi nam ve hesaplarına çalışan kişilerdir⁸. Meslek kuruluşları, devletin bazı meslekleri, kamu yararıyla doğru-

² RG., T.28.04.2004, S.25446 ile yürürlüğe girmiştir. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 59. maddesine dayanılarak çıkartılmış olan Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği, disiplin cezası verilecek kişileri ve durumları belirlemek ve disiplin cezası verilmesinde uyulması gereken usul ve esasları saptamak üzere hazırlanmıştır.

³ RG., T.2.12.2002, S .24970.

⁴ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. 1, Ankara, 2004, s.344.

⁵ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.1, Bursa, 2003, s.494.

⁶ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2002, s.487.

⁷ YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, 2009, s.265.

⁸ YAYLA, s.265.

dan ilgili görerek bu meslek sahiplerinin etkinliklerini denetlemek gereksiniminden doğmuş⁹ ve bundan dolayı düzenlemelere konu olmuştur.

Meslek kuruluşlarının anayasal temelleri çok eski değildir. Bu kuruluşlar 1924 Anayasasında yer almamış ve ilk kez 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Meslek kuruluşları 1961 Anayasasına kadar kanunlarla düzenlenmiştir¹⁰. 1982 Anayasası da 135.maddesinde meslek kuruluşlarını ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Meslek kuruluşları Anayasanın 135.maddesinde şöyle tanımlanmaktadır: “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir”¹¹.

Türkiye’de meslek kuruluşları kamu kurumu değil, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır¹². Bu kuruluşlar yapıları ve görevleri yönünden diğer kamu kurumlarından ayrı özellikler taşırlar¹³. Meslek kuruluşları diğer kamu kurumları gibi belli bir veya birkaç hizmeti yürütmekle görevli olmadıkları gibi belli bir hizmetle sınırlı olarak da faaliyet göstermezler. Bunlar belirli meslekte çalışan insanların ortak gereksinimleri çerçevesinde daha çok özel yararların

⁹ GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 2006, s.143.

¹⁰ ATAY, Ender, Ethem, İdare Hukuku, Ankara, 2006, s.305.

¹¹ Maddenin devamı: “...Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz.

Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar.

Bu meslek kuruluşları ve üst kuruluşları organlarının seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremezler.

Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir.

Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir ve yerlerine yenileri seçilir.

Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içerisinde görevli hakimim onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

¹² Kamu kurumu nitelikleri, genel menfaatlere uygun gelişme, meslek disiplini ve ahlakı, kanunla kurulma ve yargı gözetiminden kaynaklanmaktadır. YAYLA, s.265.

¹³ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 2005, s.174.

gereklere göre faaliyette bulunurlar. Bu açıdan dernek ve sendikalara yaklaşırlar. Devlet bu kuruluşları, kamu yararına aykırı bir biçimde gelişmelerini önlemek için kamu tüzelkişisi olarak kabul etmiş, mesleki faaliyetlerin yerine getirilmesi bakımından kamu hukuku kurallarına tabi tutmuş¹⁴ ve bazı kamu görev ve yetkileriyle donatmıştır¹⁵.

Türk Tabipleri Birliği ve tabip odaları bir meslek kuruluşudur ve diğer meslek kuruluşları gibi kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları arasında yer almaktadır.

Anayasanın 135.madde düzenlemesinden hareketle meslek kuruluşlarına, dolayısıyla Türk Tabipleri Birliği ve tabip odalarına yönelik olarak şu anayasal ilkeler çıkarılabilir.

- Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır,
- Kamu tüzelkişiliğine sahiptirler,
- Mesleğin icrası, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar hariç, meslek kuruluşlarına zorunlu üyeliğe bağlıdır,
- Kanunla kurulurlar,
- Organları kendi üyeleri arasından seçilirler. Siyasi partiler aday gösteremez,
- Kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar,
- Organların görevine mahkeme kararıyla son verilir,
- Özerktirler,
- Vesayet denetimi kurulabilir.

II. TÜRK TABİPLER BİRLİĞİNİN GÖREVLERİ VE İDARİ YAPISI

Tabiplerle ilgili mesleği düzenleyen kanun, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunudur¹⁶. Kanunun 1.maddesinde Türk Tabipler Birliği şöyle tanımlanmaktadır: “Türkiye sınırları içerisinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan veya meslek diplomasından istifade etmek suretiyle resmi veya özel görev yapan tabiplerin katıldığı Türk Tabipleri Birliği; tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının

¹⁴ “...Muayenehane kapılarına veya binaların dışına asılacak tabelaların ebadı ve adedi, mahalli tabip odaları tarafından tespit edilebilir. Tabipler ve dış tabipleri, tabip odalarının bu husustaki kararlarına riayet etmekle mükelleftirler... Tabela standardı yönetmeliğine aykırı durumu tespit edilen davacıya disiplin yönetmeliğinin 8. maddesi uyarınca para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...”, D.8.D., T.12.02.1996, K.1996/311, E.1995/3009, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009.

¹⁵ GÜNDAY, 488; GÖZÜBÜYÜK / TAN, C.1, s.347 .

¹⁶ RG., T.31.01.1953, S.8323.

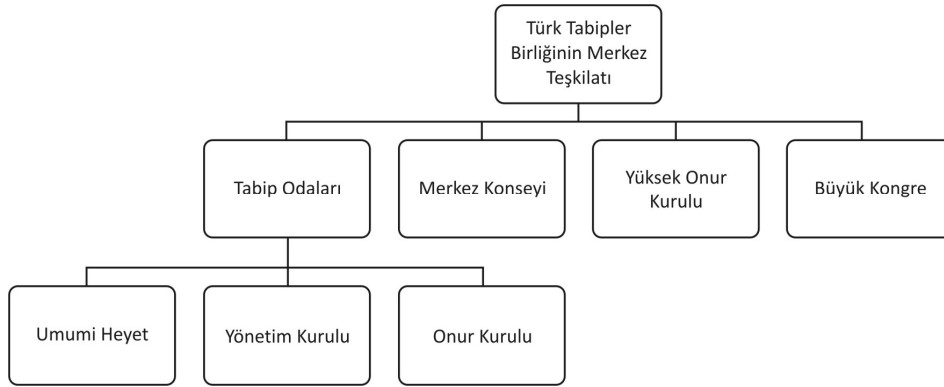
hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluştur”.

Türk Tabipleri Birliği; tabip odaları, merkez konseyi, yüksek haysiyet (onur) divanı ve büyük kongreden meydana gelmektedir. Tabip odaları ise; umumi heyet (genel kurul), yönetim kurulu ve onur kurulundan oluşmaktadır.

Kanunda Birliğin tüzel kişiliğe sahip olduğu ifade edilmiş ama tüzelkişiliğin türü belirtilmemiştir. Bu tüzelkişilik bir kamu tüzelkişiliğidir. Çeşitli kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmıştır.

Türk Tabipler Birliği ve tabip odaları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar.

Türk Tabipler Birliğinin teşkilatlanması aşağıda şematize edilmiştir.



Türk Tabipler Birliğinin görevleri Türk Tabipler Birliği Kanunu md.4’de belirtilmiştir. İlgili madde çerçevesinde Birlik, aşağıda yazılı hizmetleri yapmakla yükümlüdür:

- Meslek geleneklerini korumaya ve geliştirmeye çalışmak,
- Halkın ve Devletin menfaatini de dikkate alarak, üyelerinin maddi-manevi hak ve menfaatlerini korumak,
- Halkın sağlığını korumaya çalışmak,
- Üyelerini belirli refah seviyesine ulaştıracak gerekli iş sahaları bulmaya çalışmak,
- Mevzuatın uygulanmasında meslek ve meslektaşların hak ve menfaatlerini korumaya ve her türlü iş dağıtımının adil bir şekilde yapılmasına çalışmak,
- Halk sağlığı ve tıp meslekleri ile ilgili konular için resmi makamlarla karşılıklı işbirliği yapmak,

- Halk sağlığını ve tıp mesleğini ilgilendiren işlerde resmi makamlardan yardım sağlamak.

Tabip odaları, kuruluşlarını Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi aracılığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına bildirmekle tüzelkişilik kazanırlar. Yeni kurulan odalar en geç üç ay içinde organ seçimini yaparlar (TTBK md. 6).

Her tabip odasında bir onur kurulu bulunur. Onur kurulu, odaya girmeyen veya kanunun kendisine tahmil ettiği diğer vecibeleri yerine getirmeyenler hakkında, fiil ve hareketlerin mahiyetine göre aşağıdaki inzibati cezaları verir (TTBK md.38-39).

- Yazılı ihtar,
- O yılki en yüksek yıllık üye aidatının üç katından az, beş katından fazla olmayan para cezası,
- 15 günden 6 aya kadar geçici olarak sanat icrasından men cezası,
- Bir mıntıkada üç defa sanat icrasından meni cezası almış olanları o mıntıkada çalışmaktan men cezası.

Tabip odalarında hekimlerin mesleki uygulamaları ile ilgili suç veya suç iddiası durumlarında “yönetim kurulu” ile birlikte özellikle “onur kurulu” görev yapmaktadır¹⁷. Onur kurulları ve yüksek onur kurulu meslek örgütü içinde ko-
vuşturma yapmak, gerektiği zaman mevzuata uygun cezalar vermek ve bu şekilde örgüt içi disiplini sağlamakla görevlidirler¹⁸. Tabip odaları onur kurulları, hekimlik uygulamaları ile ilgili esas olarak Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği’ne göre çalışmaktadır. Yönetmelik, disiplin cezası vermek yetkisini tabip odaları onur kurullarına vermiştir¹⁹.

Yüksek onur kurulunun verdiği kararlar ilgili onur kuruluna bildirilir ve durum hakkında disiplin işlemi yapılan kimseye tebliğ edilir²⁰. Kesinleşen kararlar Sağlık Bakanlığınca uygulanır (TTBK md. 42).

Yüksek onur kurulu, oda onur kurullarından gelecek kararları inceledikten sonra kararı uygun bulmazsa, dosyaya ilişkin mütalaasıyla birlikte söz konusu

¹⁷ KOÇ, Sermet, Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekimin Sorumluluğu, 19.02.2008, www.saglikhukuku.blogcu.com, et.07.06.2009.

¹⁸ BULUT, Naki, Onur Kurulları Kararlarını Kamuoyuna Açıklamalı Mı?, 07.01.2008, www.medimagazin.com.tr, et. 06.06.2009

¹⁹ TUĞCU, Harun / YORULMAZ, Coşkun / KOÇ, Sermet, Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis, Klinik Gelişim, www.istabip.org.tr, et. 05.06.2009.

²⁰ Ceza yargılamasının beraatla sonuçlanması Onur Kurulunun ve Yüksek Onur Kurulunun disiplin cezası vermesini engellemez. “...İdare Mahkemesince bu durum dikkate alınmayarak davacının ceza yargılamasındaki inceleme sonucu eyleminin kusursuz olduğundan bahisle dava konusu işlemin iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır...” D.8.D., T.07.04.2003, K.2003/1580, E.2002/3617, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009.

kararı ilgili onur kuruluna iade eder. Oda onur kurulundan gelecek ikinci karar üzerine yüksek onur kurulunun vereceği kararlar hakkında Danıştay' a başvurma hakkı saklıdır (TTBK md.47).

III TÜRK TABİPLER BİRLİĞİ VE TABİP ODALARI'NA YAPILACAK ZORUNLU İDARİ BAŞVURULAR

İdari eylemler nedeniyle hakları zarara uğrayanlar için zorunlu idari başvurular, İYUK md.13'de düzenlenmiş olan idari başvurulardır. Kanun koyucu bazı idari başvuruların yapılmasını zorunlu kılmıştır. Zorunlu bir idari başvurudan bahsedebilmek için, bunu öngören kanuni bir düzenlemenin bulunması şarttır ve zorunlu idari başvuru, bu yönüyle ihtiyari başvurudan ayrılır²¹. Bu idari başvurular ilgililer tarafından yapılmadığında bir hak kaybına uğrama söz konusu olacak ya da zaman zaman bir yükümlülük olarak karşımıza çıkan bu başvuru yapılmadığında ilgili ceza olacaktır. Zorunlu idari başvurular dava açmak, bireyler veya özel girişim faaliyetleri, kamu görevlileri veya kamu tüzel kişileri için zorunlu olan idari başvurular olmak üzere üç başlık altında toplanabilir²².

Dava açmak için zorunlu olan idari başvurular, kanunlarda dava açmak için ön şart olarak düzenlenmiştir. İdari başvurunun zorunlu olduğu durumlarda, ilgili, idareye başvurup bir ön karar almadan dava açamayacaktır. Öncelikle idareye başvurulmalı, ihtiyaç duyulursa ondan sonra dava açılmalıdır.

İdari eylemler nedeniyle hakları zarara uğrayanlar için zorunlu idari başvuru yolu İYUK md.13 çerçevesinde düzenlenmiştir: "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir".

İdari işlemlere karşı yapılacak başvurular açısından böyle bir zorunlu idari başvuru söz konusu değildir. İdari işlemler açısından başvuru, bir kısmı isteğe bağlı ve bir kısmı da zorunlu tutulmuştur. Bir idari işlemin tesisinden sonra kanun ilgiliye o idari işleme karşı bir idari makama başvuru yolu göstermiş ise, zorunlu idari başvuru vardır; bu halde ilgilinin o işleme karşı iptal davası açmadan, kanunun gösterdiği idari makama başvurması, yani idari başvuru yolunu

²¹ KAPLAN, Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara, 2007, s. 229

²² YILDIRIM, s. 116.

tüketmesi gerekmektedir²³. Aksi takdirde “idari mercii tecavüzü” gerçekleşecektir. Süresi içinde idareye başvurulmaması halinde de dava hakkı düşecektir²⁴.

Bireyler veya özel girişim faaliyetleri için zorunlu olan idari başvurular, kanunların özel hukuk öznelerine birtakım sorumluluklar yüklemesinden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede Türk Tabipler Birliği Kanununda yer alan bildirim yükümlülüklerini zorunlu idari başvuru kategorisine sokabiliriz.

Kamu görevlileri veya kamu tüzel kişileri için zorunlu olan idari başvurular, hukuk kurallarının kamu görevlileri veya kamu tüzel kişilerine tanıdığı bağlı yetkilerden kaynaklanmaktadır. Kamu görevlileri veya kamu tüzel kişilerinin organlarında bulunan gerçek kişiler bu zorunlu başvuruları kendi ad ve hesaplarına yapmazlar; bunları yürüttükleri idari faaliyetin bir parçası olarak yaparlar²⁵.

A. Bir İdari İşlem Veya Eylem Neticesinde Dava Açmak İçin İşlemi Yapan Makama Yapılan Zorunlu İdari Başvurular

Bir idari işlemin kesinleşmesinden önce zorunlu idari başvuru yollarının düzenlendiği durumlarda bu başvurular yapılmadan iptal davası açılması mümkün değildir. İdari başvuru yolu tüketilmeden açılan davalarda henüz işlemin kesinleşmemiş olması ve itiraz edilebilecek merciin bulunması nedeniyle yargı yerlerinde “merciine tevdiine” şeklinde hüküm kurulacaktır²⁶.

Zorunlu idari başvurular aynı zamanda süreye bağlı idari başvurulardır. Bu başvuruların süreye bağlanmasının nedeni yönetilenlere haklarında verilmiş olan idari kararın hukuka uygun olup olmadığını, dava konusu yapmanın gereklik gereklemediğini düşünme ve inceleme olanağı vermek, ayrıca idarenin işlemlerinde istikrarı sağlamaktır²⁷. Türk Tabipler Birliği ve tabip odalarına yapılan idari başvurular, disiplin soruşturması ve kovuşturması aşamasında yer almaktadır.

1. Oda Yönetim Kurulu Tarafından Verilen Soruşturma Veya Kovuşturma Açılmaması Kararlarına Karşı İdari Başvurular

Tabip odaları tarafından bildirim üzerine, yakınma üzerine, başvuru olmaksızın re'sen veya merkez konseyin istemi üzerine soruşturma başlatılır²⁸. Yakınma üzerine ya da kendiliğinden mevzuata ve meslek ahlakına aykırı bir eylemi öğrenen tabip odası yönetim kurulu olayı ilk toplantısında değerlendirir.

²³ KARAVELİOĞLU, Celal, Değişiklik Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, C. I, Kayseri, 2001, s.72.

²⁴ ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2002, s.730.

²⁵ YILDIRIM, s.125.

²⁶ ERGEN, Cafer, İdari Yargı Davaları, Ankara, 2008, s. 163-164.

²⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2008, s. 943.

²⁸ ERSOY, Verda / GÜLER, Mustafa / ODABAŞI, Orhan / GİRİTLİOĞLU, Hakan, Disiplin Soruşturması ve Kovuşturmasında Yöntem, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara, 2009, s. 8.

Yapılan değerlendirmede, mevcut kanıtlar çerçevesinde eylemin soruşturulmasına gerek olmadığına ya da soruşturma açılmasına karar verilir²⁹.

Türk Tabipler Birliği Kanunu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Hekimlik Mesleği Etiği Kuralları, Türk Tabipler Birliği ve tabip odaları tarafından usulüne uygun olarak çıkarılmış düzenleyici işlemler ile hekimler hakkındaki diğer mevzuata aykırı davranan hekim hakkında tabip odaları yönetim kurulu tarafından soruşturma başlatılır³⁰. Yönetim kurulu, dosyayı ve raporu inceleyerek, bildirim veya yakınmada bulunan kişi hakkında disiplin kovuşturması açılmasını gerektirecek bir nedenin olmadığını saptadığı takdirde, disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına gerekçeli bir şekilde karar verir. Karar, hakkında soruşturma açılmış bulunan kişiye³¹ ve varsa şikâyetçiye bildirilir³². Bildirim, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır (TTBDY md.15).

²⁹ Türkiye Sağlık Platformu, Disiplin Soruşturması Yöntemi, www.saglikplatformu.com, et.05.06.2009.

³⁰ ERSOY / GÜLER / ODABAŞI / GİRİTLİOĞLU, s. 8; "...disiplin soruşturması açma konusunda yetkinin Yönetim kuruluna ait olduğu belirtilmiş, ancak oda yönetim kurulunun tamamı ya da karar verme çoğunluğu hakkında bir şikâyet olması halinde, soruşturmanın hangi organ tarafından yürütüleceği konusunda herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Bu eksiklik, Türk Tabipler Birliği 44. Büyük Kongresinde kabul edilen T.T.B. Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 15. maddesi ile giderilerek, oda yönetim kurulu üyelerinin kendileriyle ilgili soruşturmaları başka bir oda eliyle yaptırılması suretiyle, yasa kuralı uygulanabilir hale getirilmiştir. Bu durumda, bir odanın yönetim kurulu üyeleri hakkında açılacak olan soruşturma görevini, soruşturulacak olan üyelerin yapması mümkün olmadığından, söz konusu düzenleme hukuka ve mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmamaktadır..." D.8.D., T.22.06.2000, K.2000/4895, E.1998/656, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp, et., 24.11.2009.

³¹ "Sanığa yazılacak Karar Tebliği Yazısı"

Sn.Dr.C.D., TTB tarafından belirlenmiş olan asgari ücret tarifesinin altında ücret almaktan dolayı hakkınızda odamız tarafından yürütülen soruşturma tamamlanmış olup Onur Kurulunun almış olduğu karar eklidir. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'nın 40.maddesine göre kararın tarafınıza tebliğinden itibaren 15 gün içinde karara karşı Yüksek Onur Kurulu nezdinde itiraz edebilirsiniz. Karara itiraz etmeniz halinde itiraz dilekçesinin Odamıza verilmesi gerektiğini hatırlatırız.

Tabip Odası Yönetim Kurulu adına

Eki:Onur Kurulu kararı.", www.istabip.org.tr., et. 05.05.2009

"Şikâyet edene yazılacak karar tebliği yazısı"

Sn.Dr.A.B., Dr.C.D.nin TTB tarafından belirlenmiş olan asgari ücret tarifesinin altında ücret almaktan dolayı yapmış olduğunuz şikâyet soruşturulmuş olup Onur Kurulunun almış olduğu karar eklidir. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'nın 40.maddesine göre kararın tarafınıza tebliğinden itibaren 15 gün içinde karara karşı Yüksek Onur Kurulu nezdinde itiraz edebilirsiniz. Karara itiraz etmeniz halinde itiraz dilekçesinin Odamıza verilmesi gerektiğini hatırlatırız.

Tabip Odası Yönetim Kurulu adına

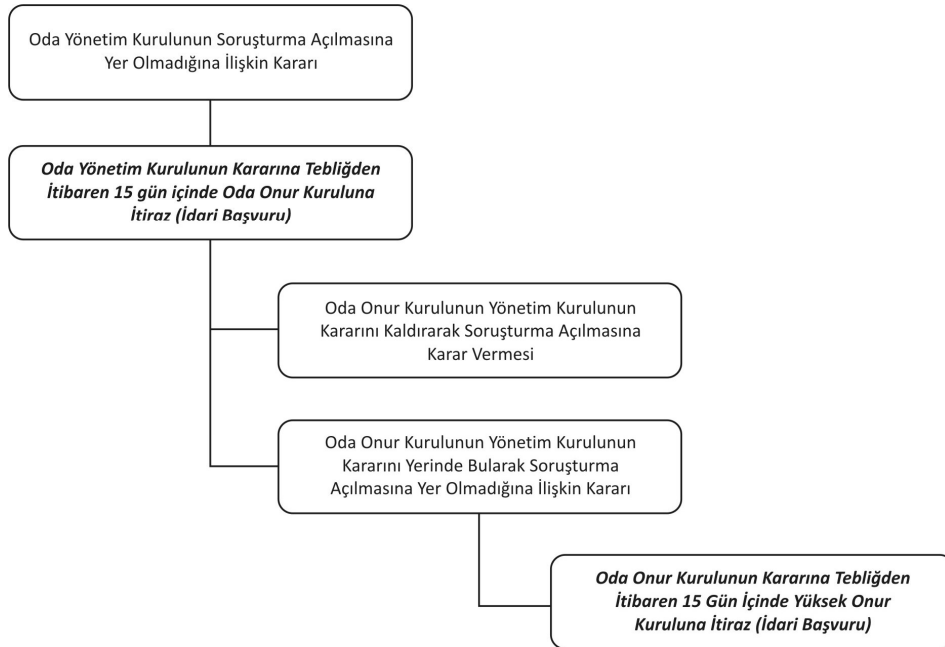
Eki: Onur Kurulu kararı." www.istabip.org.tr., et. 05.05.2009.

Oda yönetim kurulunun disiplin soruşturması veya kovuşturması açılmasına yer olmadığına ilişkin kararlarına karşı ilgililer, bildirim tarihinden itibaren 15 gün içinde oda onur kuruluna itiraz edebilirler. Bu itiraz zorunlu idari başvuru olarak değerlendirilebilir.

Bu idari başvuru üzerine oda onur kurulu tarafından dosya üzerinde yapılacak inceleme sonunda iki tür karar verilir:

- Oda onur kurulu, yakınma, bildirim veya istem konusunu incelemeye değer nitelikte görülürse, oda yönetim kurulunun kararı kaldırılır (TTBDY md.16). Onur kurulu esasa girerek karar verir.
- Oda onur kurulu, yönetim kurulunun kararını yerinde bulursa disiplin soruşturması açılmasına yer olmadığına karar verir. Bu karara karşı Türk Tabipler Birliği Yüksek Onur Kuruluna tebliğden itibaren 15 gün içinde itiraz edilir. Bu itiraz da niteliği bakımından zorunlu idari başvurudur.

Soruşturma veya kovuşturma aşamasında hangi idari başvurunun nereye yapılacağıın daha iyi anlaşılması için ilgili konu aşağıda şematize edilmiştir³³.



³³ İdari başvurular koyu ve italik yazılmıştır.

2. Onur Kurulu Kararlarına Karşı Yapılacak İdari Başvurular

Oda onur kurulunun en önemli görevlerinden birisi kovuşturma açılan dosyaları inceleyip bir karar vermektir. Onur kurulu kovuşturma dosyasının kendisine ulaşmasından itibaren üç ay içinde ilgililer hakkında karar verir. Bu kararlar iki şekilde olabilir³⁴:

- İlgiliye ceza verilmesine yer olmadığına dair,
- 6023 Sayılı TTBK ve TTBDY hükümleri uyarınca eylemin ve/veya yarattığı sonucun ağırlığına göre geniş takdir hakkını kullanarak ilgilinin disiplin cezası ile cezalandırılmasına dair karar verir.

Onur kurulu tarafından verilen her türlü disiplin cezası³⁵ aleyhine, kararın bildiriminden itibaren 15 gün içinde yazılı olarak taraflarca itiraz edilebilir. Bu itiraz idarenin işlemi neticesinde yapılan zorunlu bir idari başvurudur. Yönetim kurulu bakımından itiraz süresi onur kurulu kararının yönetim kuruluna tevdiinden itibaren başlar. Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi de, onur kurullarının kararlarına karşı, kararı öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde Yüksek Onur Kurulu'na başvurma hakkına sahiptir. İtiraz dilekçesi, karar aleyhindeki belgeye dayanan savunma ile birlikte ve imza karşılığında (yüksek onur kuruluna gönderilmek üzere) oda idare heyeti başkanlığına verilir. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezalarından yazılı uyarı ve para cezaları kesinleşir ve derhal uygulanır (TTBDY md. 40).

³⁴ ERSOY/GÜLER/ODABAŞI/GİRİTLİOĞLU, s.19.

³⁵ Türk Tabipler Birliği tarafından verilecek dört tür disiplin cezası vardır: Uyarma cezası, para cezası, geçici olarak meslekten alıkoyma cezası ve oda bölgesinde çalışmasının yasaklanması. Örnek disiplin cezası kararı: “**Tabip Odası Onur Kurulu Kararı**

Esas No:1997/36 (Onur Kurulu Dosya Kayıt Defterinde verilen sıra numarası) KararNo:1998/07 (Onur Kurulunun karar verilen yıl içinde verdiği kaçınıcı karar olduğu)

Tabip Odası Onur Kurulu yapılan çağrı üzerine 12.04.1998 tarihinde Dr.O.B.,Dr.B.G.,Dr.T.Ç., Dr.H.G.ve Dr.A.S.’nin katılımıyla toplanmış, toplantı için gerekli çoğunluğun mevcut olduğu anlaşıldıktan sonra Dr.O.B.’nin başkanlığında gündemindeki soruşturma dosyalarını görüşmeye başlamıştır. Dr.C.D. hakkında asgari ücret tarifesinin altında ücret almak suçlamasıyla Yönetim Kurulu tarafından yürütülmüş olan soruşturmaya ilişkin dosya içindeki evrak okundu. Mevcut evrak çerçevesinde karar verilmeden önce suçlanan hekimin sözlü savunmasını almak ihtiyacı doğmuş, yapılan çağrı ile hekim Kurulumuz huzurunda dinlenerek ifadesi zapta bağlanmıştır.

Mevcut belgeler, tanık anlatımları ve hekimin sözlü savunmasında ikrar etmiş olduğu üzere bir kısım hastalardan Dr.C.D.’nin belirlenmiş asgari ücret tarifesinin altında ücret aldığı sabittir. İsnat edilen ve kanıtlarla sabit olan suçun karşılığı Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 5/d maddesi gereğince para cezasıdır. Ancak hekimin asgari ücretin altında ücret aldığı vakalarda alınan ücret ile alınması gereken ücret arasındaki farkın çok düşük olması ve hekimin bu tavrı ile haksız rekabeti amaçlamadığı yönünde Kurulumuzda oluşan kanaat sebebiyle Dr.C.D.’nin isnat edilen suç sebebiyle UYARI cezası ile cezalandırılmasına, itirazı kabul olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.”, www.istabip.org.tr., et. 05.05.2009.

Onur kurulu kararlarına karşı yapılan itiraz zorunlu idari başvuru olarak değerlendirilebilir. Aynı zamanda idarenin bir işlem ya da eylemi neticesinde yapılan bir idari başvurudur.

3. Onur Kurulu Kararının Yüksek Onur Kurulu Tarafından Bozulması Veya Onanması Halinde Yapılacak İdari Başvurular

Oda onur kurulu kararı, yüksek onur kurulu tarafından uygun bulunup onanabilir. Bu durumda dava yolu kullanılacaktır³⁶.

Oda onur kurulu kararının yüksek onur kurulu tarafından bozulması halinde bozma kararı, gerekçe ve gerekçeye esas ek belgelerle birlikte ilgili odaya gönderilir. Dosya oda onur kurulu tarafından incelenip bozmaya uyularak yeni bir karar verilir ya da eski kararda direnme kararı verilir. Bu kararlar yeni olduğu için ilgiliye tebliğden itibaren 15 gün itiraz hakkı tanınır.

Oda onur kurulu tarafından bozma kararına uyulması halinde bozma kararında belirtilen bozma sebeplerinin ortadan kaldırılmasından sonra esas hakkında yeni bir karar verilir.

Bozma kararına karşı direnilmesi halinde, direnme gerekçelerini içeren karar verilir. Karar ilgililere tebliğ edilir. Karara süresinde itiraz edilmesi veya kararın kendiliğinden Yüksek onur kurulu incelemesine tabi kararlardan olması halinde karar, bozmadan sonra yapılan işlemlere ilişkin evrak ile birlikte yüksek onur kurulu'na gönderilir (TTBDY md. 18). Bozma kararından sonra verilen ısrar kararlarının uygun bulunmaması durumunda yüksek onur kurulu, oda onur kurulu yerine geçerek karar verir. Yüksek onur kurulu'nun bu şekilde verdiği karara karşı bir idari başvuru yolu öngörülmemiş olup ilgililer ancak idari yarıya başvurabilirler (TTBDY md. 24).

B. Bireyler Veya Özel Girişim Faaliyetleri İçin Zorunlu Olan İdari Başvurular

Kanunlar, çeşitli olasılıklar karşısında, özel hukuk öznelerine veya bireylere tanımış oldukları hakların yanında birtakım ödevler yüklerler³⁷. Bu ödevler çoğunlukla karşımıza bildirim yükümlülüğü şeklinde çıkar. Bu kapsamda TTBK'nda da düzenlemeler vardır.

Gerek özel olarak çalışan tabipler ve gerekse bunları istihdam eden çeşitli özel sağlık kuruluşları yer değişikliklerini, işten ayrılma vb. değişiklikleri en geç 15 gün içinde mahalli tabip odalarına bildirmeye mecburdurlar (TTBK md.5). Bu durumdaki bildirim, bireyler ya da özel girişim faaliyetleri için zorunlu olan idari başvuru olarak değerlendirilecektir.

³⁶ D. 8.D., T. 21.11.2006, K.2006/4508, E.2005/3674, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009,

³⁷ YILDIRIM, s. 125.

TTBK Geçici md. 5'e göre, "...bilumum cemiyet, hususi müessese ve iş yeri sahip, müdür veya mümessilleri halen istihdam etmekte veya hastalarını muayene ve tedavi ettirmekte oldukları tabip ve dış tabiplerinin isim, maaş, ücret veya yevmiyelerini ve hangi tarihten beri bu vazifeyi görmekte olduklarını bu muvakkat madde hükmünün tabip odalarınca mahalli gazetelerden birinde ilanı tarihinden itibaren 3 ay içinde mahalli tabip odalarına bildirmeye mecburdurlar". Söz konusu maddede yer alan bildirim yükümlülüğü bireyler veya özel girişim faaliyetleri için zorunlu idari başvurudur.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü gereği özel muayenehane veya laboratuvar açan tabip, hasta kabulüne ve laboratuvarında faaliyete başladığı tarihten, muayenehane ve laboratuvarını kapatması veya nakletmesi halinde de kapatma veya naklin gerçekleştiği tarihten itibaren en çok bir hafta içinde durumu, yazılı olarak üyesi bulunduğu tabip odasına bildirir³⁸. Bu durumda da bireyler veya özel girişim faaliyetleri için zorunlu idari başvuru söz konusudur.

C. Kamu Görevlileri Veya Kamu Tüzel Kişileri İçin Zorunlu Olan İdari Başvurular

Kanunlar, kamu görevlilerine sadece kendi özlük hakları veya sicilleri gibi özel durumları nedeniyle başvuru hakkı tanımamış, aynı zamanda bu kişilere görevlerinin bir parçası olarak da idari başvurularda bulunma konusunda çeşitli yetkiler vermiştir³⁹. Kamu tüzelkişileri açısından çalıştırdıkları tabipleri bildirmek, kamu görevlisi tabipler ve kamu tüzelkişileri açısından özellikle tabiplerle ilgili tayin nakil gibi değişiklikleri bildirmek gerekebilir.

Gerek kamu görevlisi tabipler ve gerekse bunları istihdam eden çeşitli daire, müessese ve işyerleri, tayin, nakil, işten ayrılma ve sair suretlerle hasıl olan değişiklikleri en geç 15 gün zarfında mahalli tabip odalarına bildirmeye mecburdurlar (TTBK md.5). Bu durumdaki bildirim, zorunlu olan idari başvuru olarak değerlendirilecektir.

Bünyesinde tabip çalıştıran kamu tüzel kişileri açısından bildirim yükümlülüğüne örnek olarak TTBK Geçici md.5 düzenlemesini gösterebiliriz: "Umumi ve mülhak bütçeli daireler, hususi idareler, belediyeler, 3659 sayılı kanuna tabi teşekküllerle bunlara bağlı idare, müessese ve kurumlar ve sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait sair teşekküller ...müdür veya mümessilleri halen istihdam etmekte veya hastalarını muayene ve tedavi ettirmekte oldukları tabip ve dış tabiplerinin isim, maaş, ücret veya yevmiyelerini ve hangi tarihten beri bu vazifeyi görmekte olduklarını bu muvakkat madde hükmünün tabip odalarınca mahalli gazetelerden birinde ilanı tarihinden itibaren 3 ay içinde mahalli tabip

³⁸ DOĞAN, İlhan, Birden Fazla Yerde Serbest Hekimlik Yapmak, <http://www.istabip.org.tr>, et. 05.06.2009.

³⁹ YILDIRIM, s.125.

odalarına bildirmeye mecburdurlar”. Söz konusu maddede yer alan bildirim yükümlülüğü kamu tüzelkişilerine yönelik zorunlu idari başvurudur.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü gereği muayenehane veya laboratuvar açan kamu görevlisi tabip, hasta kabulüne ve laboratuvarında faaliyete başladığı tarihten, muayenehane ve laboratuvarını kapatması veya nakletmesi halinde de kapatma veya naklin gerçekleştiği tarihten itibaren en çok bir hafta içinde durumu, yazılı olarak üyesi bulunduğu tabip odasına bildirir⁴⁰. Bu durumda da bireyler veya özel girişim faaliyetleri için zorunlu idari başvuru söz konusudur.

IV. ETKİLİ VE İDARENİN HERHANGİ BİR İŞLEM VEYA EYLEMİ OLMADAN YAPILAN İHTİYARİ İDARİ BAŞVURULAR

Bu başvurular ilgilinin kanun tarafından verilen sübjektif bir hakkına dayanmaktadır. Dolayısıyla idarenin söz konusu başvuru karşısında işlem yapma yükümlülüğünün olması nedeniyledir ki bu idari başvuru etkili bir idari başvurudur. Bu başvuruya, TTBK md.36 ‘da yer alan onur kurulu üyelerinin reddine ilişkin idari başvuruyu örnek olarak verebiliriz. İlgili maddeye göre:

“Haysiyet Divanı azaları bitarafılıklarını şüpheye düşürecek bir vaziyetin mevcudiyeti halinde reddolunabilir. Ret talebinde bulunan kimse iddiasını delilleri ile birlikte bildirmeye mecburdur. Bu takdirde reddolunan asıl azanın yerleri yedeklerle ikmal edilmek ve reis ile vekilinin birlikte reddi halinde gizli reyile geçici bir reis seçilmek suretiyle evveleminde ret talebi incelenir.

Ret kabule şayan görülürse esas mesele bu heyet tarafından tetkik edilerek karara bağlanır. Reddin asılsızlığı anlaşıldığı veya ret talebi kabule şayan görülmediği takdirde talebin reddine karar verilmekle beraber ayrıca o yılki en yüksek üye aidatının üç katından az, beş katından fazla olmamak üzere para cezası ödenmesine de karar verilebilir.

Reddedilenlerin çokluğu dolayısıyla Haysiyet Divanının yedeklerle dahi teşkiline imkân görülmezse ret talebi en yakın Tabip Odası Haysiyet Divanında incelenir.

Ret talebinin reddi hakkındaki kararlara ancak esas mesele ile birlikte yüksek haysiyet divanına itiraz olunabilir. ” (TTBK md. 36). Bu itiraz, idarenin herhangi bir işlem ya da eylemi olmaksızın yapılan etkili bir idari başvurudur.

V. ETKİLİ VE İDARENİN HERHANGİ BİR İŞLEM VEYA EYLEMİ OLMADAN YAPILAN ZORUNLU İDARİ BAŞVURULAR

Etkili idari başvurular, kanunlarda düzenlenen sübjektif bir kamusal hakkı veya yetkiyi içeren başvurular olup, başvurunun içerdiği talep, dilek veya şikâyet kanunlar tarafından güvence altına alınmıştır. Eğer idare söz konusu başvurunun içerdiği talep, dilek ve şikâyetleri açıkça veya zımnın reddederse yahut

⁴⁰ DOĞAN, İlhan, Birden Fazla Yerde Serbest Hekimlik Yapmak, <http://www.istabip.org.tr>, et. 05.06.2009.

da kısmen kabul edip kısmen reddederse idarenin yapmış olduğu işlem davaya konu olabilir⁴¹. Bu başvurular aynı zamanda herhangi bir idari işlem ya da eylem olmaksızın yapılan başvurulardır. Herhangi bir idari işlem veya eylem olmadan yapılan idari başvurular ise, idareye bir işlem yapması, yapmaması veya eylemde bulunması kısacası idareyi harekete geçirmek için yapılan başvurulardır⁴².

A. Tabip Odalarına Üyelik Başvurusu

Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler, bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler (TTBK md.7). Bununla birlikte hekimin, resmi görevi dışında hekimlik faaliyetini yürüttüğü yerin bağlı bulunduğu odaya da 30 gün içinde kayıt olmak zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk serbest çalışan hekimler için söz konusudur⁴³. Aksi takdirde TTBDY md.4 çerçevesinde idari para cezası verilecektir.

Tabip Odalarına yapılan üyelik başvurusu idarenin herhangi bir işlem ya da eylemi olmadan yapılan bir idari başvurudur ancak zorunlu bir idari başvurudur.

Bununla birlikte mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin⁴⁴, kamu kurum ve kuruluşları⁴⁵ ile kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışanlar ve herhangi bir ne-

⁴¹ YILDIRIM, s.68.

⁴² YILDIRIM, s.70, 71.

⁴³ SAVAŞ, Halide, Sağlık Çalışanlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara, 2007, s. 62.

⁴⁴ Kamu kurumlarında çalışan görevlilerin görevleriyle ilgili disiplin cezaları ilgili kurumlarca verilir. Odalar disiplin cezası veremez.“...Doktor olan davacıya, kamu görevi ifasında mevzuata aykırı davranışından ötürü soruşturma açmaya ve disiplin cezası vermeye ancak disiplin amirlerinin yetkili olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu nedenle, davacının görev yaptığı kamu kuruluşunca herhangi bir ceza verilmemesine karşın davalı odanın davacının görevinin niteliğini değerlendirmeden, görevinde kusurlu davrandığından bahisle kendi mevzuatına göre disiplin cezası uygulamasında hukuka uyarlık bulunmadığı açıktır...” D.8.D., T.07.10.2002, K.2002/4554, E.2001/4095, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009; “...Üniversitesi ... Tıp Fakültesi Öğretim üyesi olan davacının, ameliyat sırasında yanlış uygulama yapması sonucu hastasının ölümüne neden olduğundan bahisle 1 ay süreyle meslekten men cezası verildiği ve İdare Mahkemesince de bu cezanın iptali istemiyle açılan davanın reddedildiği anlaşılmaktadır. Doktor olan kişiye, kamu görevi ifasında mevzuata aykırı davranışından ötürü soruşturma açmaya ve disiplin cezası vermeye ancak disiplin amirlerinin yetkili olduğu, kabul gören bir idare hukuku ilkesidir. Olayda, ilgilinin görev yaptığı kamu kuruluşunca herhangi bir disiplin soruşturması açılmamasına karşın, meslek kuruluşu olan Türk Tabipleri Birliğince davacının görevinin niteliğini değerlendirmeden, görevinde kusurlu davrandığından bahisle Birlik mevzuatına göre disiplin cezası uygulanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı açıktır...” D.8.D., T.08.04.2003, K.2003/1635, E.2002/4297, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009; “...Üniversitesi Rektörü ve aynı zamanda ? Tıp Fakültesi Cerrahi Tıp Bilimleri Bölüm Başkanı ve Genel Cerrahi Anabilim Dalında ? olan davacının, Türk Tabipleri Birliğince; ? Derneği Başkanının; Editör olarak isminin yer aldığı, 1995 yılında yayımlanmış

denle mesleğini icra etmeyen hekimlerin tabip odasına üyelik zorunlulukları bulunmamakla beraber⁴⁶, istedikleri takdirde üye olmaları mümkündür⁴⁷. Bu

olan "Laparoskopik Cerrahi" adındaki kitapta, kaynak kitaptan hiçbir atıfa yer vermeksizin alıntı yapıldığı yolundaki şikayeti üzerine yapılan soruşturma sonucunda yayın etiğine aykırı davrandığından bahisle 6023 sayılı Yasanın 39 ve Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 6-j maddesi uyarınca dava konusu ceza ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 7. maddesinin (L) bendinde ve Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 18. maddesinde, Rektörlerin disiplin işlemlerini koşturmak ve karara bağlamak Yükseköğretim Kurulunun, 22. maddesinin b fıkrasında ise, yükseköğretim kurumlarında, bilimsel araştırmalar ve yayınlar yapmak, öğretim üyelerinin görevleri arasında gösterilmiştir. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanları ve Memur Disiplin Yönetmeliğinin 11. maddesinin a fıkrasının 3. bendinde, bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır. 2547 sayılı Yasaya dayanılarak hazırlanan Üniversiteler Yayın Yönetmeliğinin 1. maddesinde, bu yönetmeliğe tabi yayınlar belirtildikten sonra bunların dışında kalan yayınlarla ilgili esasların Üniversitelerarası Kurul'ca tespit edileceği belirtilmiştir. Belirtilen maddeler birlikte değerlendirildiğinde, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak öğretim üyeliği mesleğinin asli görevleri arasında bulunduğu ve görevin meslek etiğine aykırı biçimde yapılması da açıkça disiplin suçu olarak tanımlandığına göre üniversite ? mesleği ile ilgili olarak yaptığı yayının Üniversite Yayın Yönetmeliğine mi, Üniversitelerarası Kurulun belirlediği esaslara mı tabi olacağına, belirlenen şartlara uygunluğunun ve yayın etiğine aykırı davranışının olup olmadığının, yükseköğretim mevzuatında belirtilen yetkili kurul ve kişilerce koşturulup karara bağlanması gerekmektedir. Üniversite Rektörü ve ? olan davacının, 2547 sayılı Yasanın 22/b maddesi uyarınca mesleği ile ilgili olarak yaptığı yayının nitelendirilmesi, yayın ilkelerine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi, 2547 sayılı Yasada belirtilen usul ve esaslara tabi olup, belirlenmesi halinde de yasanın ve bu yasaya dayanılarak çıkartılan disiplin yönetmeliği hükümlerinin uygulanması gerekmekte iken, Türk Tabipleri Birliğince, yayın etiğine aykırı davranıldığından bahisle davacıya disiplin cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır..." D.8.D., T.12.03.2004, K.2004/5850, E.2003/5850, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009.

⁴⁵ "...Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 2.maddesinde, T.C. sınırları içinde hekimlik mesleğinden olanlarla, birinci maddede değinilen hekimlik mesleğinden sayılanların, odalara kayıtlı olsun veya olmasın disiplin suçları ile bu suçlara verilecek disiplin cezaları disiplin soruşturması, koşturması, itiraz ve uygulama biçimleri hakkında bu yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu durumda, biyokimya uzmanı olarak laboratuvar işleten davacının eczacılık faaliyeti dışında hekimlik mesleğinden sayılabilecek bu faaliyetinden dolayı kendisine Türk Tabipleri Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliği hükümleri uygulanarak Tabip Odası tarafından disiplin cezası verilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığından..." D.8.D., T.31.12.2000, K.2000/8010, E.1998/6220, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.,24.11.2009.

⁴⁶ "...kamu kuruluşlarında asli ve sürekli görevlerde çalışan meslek mensuplarının meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti olmadığı belirtilmiştir. Bu durumda olup da meslek kuruluşlarına üye olmayanlar hakkında meslek kuruluşlarının disiplin cezası verme yetkisinin söz konusu olmayacağı açıktır. Tabipler ve üniversitelerde kısmi statüde çalışan meslek mensubu Profesör ve Doçentlerin, kamu kuruluşlarındaki hizmetleri dışında serbest meslek mensubu olarak yaptıkları hizmetlerde, meslek kusuru işlemleri halinde meslek kuruluşunun disiplin cezası verme yetkisi bulunduğu tartışmasızdır..." D.8.D., T.20.03.2002, K.2002/1659, E.2000/4960, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009; D.8.D.,

durumda yapılacak başvurular zorunlu idari başvuru olmayıp isteğe bağlı idari başvuru sınıfındadır.

B. Özel Kurum Veya İşyeri Tabiplerinin İkinci Bir Görev İçin Tabip Odalarına Yaptıkları Başvuru

TTBK md.5'e göre "Özel kurum ve işyeri tabipleri; çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmalarına elverişli bulunduğu tabip odaları idare heyetince kabul edilmedikçe, her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum ve işyerinin tabipliğini alamazlar." Eğer ilgili ikinci bir kurum ya da işyerinin tabipliğini yapmak istiyor ise tabip odalarına başvurarak izin almak zorundadır. Bu başvuru etkili bir idari başvurudur.

C. Çalışma Onayı İçin Yapılan İdari Başvuru

İşyeri hekimi olarak çalışan ve çalışmak isteyen kişilerin, bölgelerinde bulunan tabip odalarına başvurarak çalışma onayı alması gereklidir⁴⁸. Aksi takdirde disiplin süreci işler⁴⁹. Çalışma onayı verilebilmesi için birtakım belgelerin, ilgilisi tarafından Oda'ya verilmesi gerekir. Bu belgeler şunlardır:

- İşyeri Hekimliği Sertifikası ve varsa sürekli eğitim katılım belgelerinin fotokopileri,

T.25.09.2000, K.2000/5508, E.2000/2537, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009;

⁴⁷ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s.82; İPEKYÜZ, Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006, s.18.

⁴⁸ "...sağlık ocağı hekimi olan davacının, ? İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile işyeri hekimliği konusunda sözleşme yaptığı, ancak Balıkesir Tabip Odası Başkanlığınca Sözleşmesinin onaylanmaması üzerine bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. 4857 sayılı Yasa uyarınca çıkarılan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 16.12.2003 tarihine kadar, bu yönetmeliğin İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik uyarınca tesis edilmiş idari işlemlerin hukuken geçerli olacağı kuşkusuzdur. Aksi düşünce halinde, işyeri hekimliği konusunda, yetkili makam ile bunların görev ve yetkileri ile ilgili olarak, görev ve yetki karmaşasının doğacağı ve bunun da idarenin bütünlüğü ilkesine aykırı olacağı açıktır.

Ayrıca, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasasının 5. maddesi uyarınca tabip odaları idare heyetlerinin müracaatları değerlendirilerek iş hacmi, vazifenin tabipler arasında adilane dağılımı, hizmetin iyi yapılması ve benzeri durumları tetkik ederek karara bağlayacağı açık olduğundan Balıkesir Tabip Odası işyeri hekimliği atama listesinde yer almayan davacının, bizzat kendisinin işyeri ile işyeri hekimliği sözleşmesi imzalayarak bunun mahalli oda idare heyeti tarafından onaylanmasının istenilmesinde usule uyarlık bulunmamaktadır.

Bu halde davalı idarece tesis edilen dava konusu işlemlerde mevzuata aykırılık bulunmadığından işlemin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır..." D.8.D., T.30.03.2005, K.2005/1473, E.2004/1659, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009.

⁴⁹ D.8.D., T.31.12.2000, K.2000/8223, E.2000/265, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009.

- İşyeri Hekimi Bilgi Derleme Formu, Hekimin mevcut çalışma saatlerini gösterir belge, (İşyeri Hekimliğine başlaması ile birlikte kamuda çalışan hekimlerden 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'a göre kısmi zamanlı çalışmaya başladığına dair yazı istenir),
- Oda ödentilerinin yatırıldığını gösterir belge (Oda kayıtlarından bakılır),
- Türk Tabipler Birliği tarafından belirlenen asgari ücrete aykırı olmayan Bordro örneği (İlk ücret alındığında) Odaya iletilir,
- İşyeri Hekimliği Sözleşmesi,
- Çalışan işçi sayısını gösteren son döneme ait SSK dört aylık Sigorta Primleri Bordrosu,
- İşyeri Tanıtım Formu.

Çalışma onayı için yapılan idari başvuru zorunlu idari başvurulardandır. Çünkü işyeri hekimliğini kısmi zamanlı ve ikinci iş olarak yapan hekimlerin tabip odasından çalışma onayı almaksızın çalışmaları disiplin cezasına konu bir davranıştır⁵⁰. Söz konusu idari başvuru aynı zamanda etkili bir idari başvurudur.

⁵⁰ ÖZÇELİK, Ziyet / GÜLER, Mustafa / GİRİTLİOĞLU, Hakan, Hukuksal Boyutu İle İşyeri Hekimliği, Ankara, 2001, s. 14; "...Manisa SSK Hastanesinde doktor olan davacının, bir işyerinde işyeri hekimliği yaptığı ve bu konuda Tabip Odası onayı bulunmadığı iddiasıyla Manisa Tabip Odasında yapılan soruşturma ile bunun tespit edilmesi sonucunda Manisa Tabip Odası Onur Kurulunca, T.T.B Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliğinin 5/d maddesi gereğince para cezası verilmesi gerektiği, davacının aynı suçtan dolayı 12.4.1999 tarihinde para cezası alıp bu cezaya itiraz etmeyerek kesinleştiği, bu nedenle suçun tekrarı söz konusu olduğundan, Yönetmeliğin 9. maddesi gereğince bir üst ceza olan 15 gün geçici olarak meslekten alıkoyma cezası verildiği, yapılan itiraz üzerine T.T.B Yüksek Onur Kurulu tarafından bu cezanın onanması yolunda 25-26 Kasım 2001 gün ve 2001/16 sayılı kararın verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Türk Tabipleri Birliği Yasasının 5. maddesi uyarınca, işyeri hekimliğini yapan doktorların Tabip Odası onayı almak zorunda oldukları, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan tabiplere verilecek ikinci görevler için Tabip Odası onayına gerek olmadığı, ancak işyeri hekimliğinin ise ikinci görev kapsamında olmaması nedeniyle Tabip Odasından izin alınması gerektiği, Manisa SSK Hastanesinde doktor olan davacının, bir şirkette işyeri hekimliği yaptığı ve Manisa Tabip Odasından onay almadığı soruşturma raporu ile tespit edildiğinden, Manisa Tabip Odası Onur Kurulunca davacıya para cezası verilmesi gerekmekte birlikte davacı, daha önce de aynı suçtan dolayı para cezası aldığından bir üst ceza olan 15 gün geçici olarak meslekten alıkoyma cezası verilmesine karar verildiği ve itiraz üzerine kararın T.T.B Yüksek Onur Kurulu tarafından onandığı anlaşılmış olup, bu durum karşısında işlemden mevzuata aykırılık bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir..." D.8.D., T.06.10.2004, K.2006/3692, E.2003/5695, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et., 24.11.2009.

SONUÇ

İdari başvurular idareye yapılan her türlü başvuru olarak tanımlanabilir. Bu tanım bize idari başvuruların ne denli geniş bir perspektiften incelenebileceğini göstermeye yeterlidir.

İdari işlemlere karşı ya da ilgilinin kanunlardan kaynaklanan kamusal bir hakkı nedeniyle idareye yapacağı idari başvurular, idareye yapmış olduğu işlemi yeniden gözden geçirme olanağı vererek, eğer işlemde bir yanlışlık varsa dava aşamasına gidilmeden düzeltme imkânı tanımakta, aynı zamanda ilgilinin hakkını elde etme sürecini kısaltmaktadır. İlgili kanun ve yönetmeliklerde ne kadar çok idari başvuru yolu düzenlenirse ya da idari uyuşmazlıkların çözümünde yargı yolu dışında ne kadar çok alternatif tanınırsa o kadar yargının iş yükü hafifleyecektir. Ayrıca idari başvuruların büyük bir kısmının süreli olması da idarenin yaptığı işlemlerin istikrar kazanmasını sağlayacaktır.

Türk Tabipler Birliği ve tabip odalarına yapılacak idari başvurular TTBK, TTBDY ve İHÇOY'da düzenlenmiştir. Özellikle zorunlu ve etkili idari başvuruların, kanunda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde yapılması ilgilinin hak kaybına uğramasını önleyecektir.

Türk Tabipler Birliği tarafından verilecek disiplin cezalarına karşı yapılacak olan başvuruların büyük bir kısmı zorunlu ve etkili idari başvurulardır.

Disiplin cezaları verilmeden önce ilgili hakkında öncelikle disiplin soruşturması açılır. Oda yönetim kurulunun disiplin soruşturması veya kovuşturması açılmasına yer olmadığına ilişkin kararlarına karşı ilgililer, bildirim tarihinden itibaren 15 gün içinde, oda onur kuruluna itiraz edebilirler. İtiraz dilekçesi oda yönetim kurulu aracılığı ile oda onur kuruluna gönderilir. İlgili itiraz idarenin işlem veya eylemine karşı yapılan zorunlu, etkili ve süreli idari başvurulardandır.

Oda onur kurulunun ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlarına karşı, oda yönetim kurulu veya ilgili kişi yüksek onur kurulu'na itiraz edebilir. Bu itiraz hiyerarşik üst makama yapılan itirazdır.

Onur kurulu tarafından verilen her türlü karar aleyhine, kararın bildiriminden itibaren 15 gün içinde yazılı olarak taraflarca itiraz edilebilir. Yönetim kurulu bakımından itiraz süresi onur kurulu kararının yönetim kuruluna tevdiinden itibaren başlar. Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi de, onur kurullarının kararlarına karşı, kararı öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde yüksek onur kurulu'na başvurma hakkına sahiptir. Bu itiraz da hiyerarşik üst makama yapılan süreli bir idari başvurudur.

Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezalarından uyarma ve para cezaları kesinleşir ve derhal uygulanır.

Meslekten alıkoyma cezaları ise, itiraz edilmese bile, yüksek onur kurulu'nun onama kararı ile kesinleşir ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygulanır.

Kanunların ve düzenleyici işlemlerin bireylere, kamu görevlilerine, özel hukuk öznelere veya kamu tüzelkişilerine yüklemiş olduğu birtakım ödevler vardır ve bu ödevler çoğunlukla karşımıza bildirim yükümlülüğü şeklinde çıkar. TTBK md.5 ve Geçici md.5 çerçevesinde, değişikliklerin, çalışmaların ve istihdamların bildirilmesi gibi bildirim yükümlülükleri zorunlu idari başvurulardır. Aynı zamanda bu başvurular idarenin işlem veya eylemi olmadan yapılan idari başvuru örnekleridir.

Etkili ancak idarenin herhangi bir işlem ya da eylemi olmadan yapılan zorunlu idari başvurulara da Türk Tabipler Birliği ilgili mevzuatında rastlamak mümkündür. Kanun gereği tabip odalarına yapılan üyelik başvurusu, özel kurum veya işyeri tabiplerinin ikinci bir görev için tabip odalarına yaptıkları başvuru, çalışma onayı için tabip odalarına yapılan idari başvuru ilgili için etkili ayrıca zorunlu bir idari başvurudur.

Kanun tarafından verilen sübjektif bir hakkına dayanan etkili ve idarenin herhangi bir işlem veya eylemi olmadan yapılan ihtiyari idari başvurulara da TTBK md.36 da yer alan idari başvuruyu örnek olarak verebiliriz. İlgili maddeye göre onur kurulu üyelerinin reddi için tabip odalarına başvurmak mümkündür. Ancak bu başvuru ihtiyari bir başvurudur. Ret talebinin reddi hakkındaki kararlara ancak esas mesele ile birlikte yüksek onur kuruluna itiraz olunabilir.

İdari başvuruların bu kapsamda dikkate alınması beklenen sonuçların ortaya çıkmasına yol açacaktır. İlgililerin madur olmamaları, haklarını kullanabilmeleri ve bazı yaptırımlardan kurtulabilmeleri için düzenlemelerdeki hükümlere dikkat etmelidirler.

KISALTMALAR

C.	: Cilt
D.8.D.	: Danıştay 8. Dairesi
E.	: Esas
et.	: Erişim Tarihi
İHÇOY	: Türk Tabipler Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliği
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
md.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S .	: Sayı
T.	: Tarih

TTBK : Türk Tabipler Birliği Kanunu
TTBDY : Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği

KAYNAKÇA

- ATAY, Ender, Ethem, İdare Hukuku, Ankara, 2006.
- BULUT, Naki, Onur Kurulları Kararlarını Kamuoyuna Açıklamalı Mı?, 07.01.2008, www.medimagazin.com.tr, et. 06.06.2009.
- DOĞAN, İlhan, Birden Fazla Yerde Serbest Hekimlik Yapmak, www.istabip.org.tr, et. 05.06.2009.
- ERGEN, Cafer, İdari Yargı Davaları, Ankara, 2008.
- ERSOY, Verda/GÜLER, Mustafa/ODABAŞI, Orhan/GİRİTLİOĞLU, Hakan, Disiplin Soruşturması ve Kovuşturmasında Yöntem, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara, 2009.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 2006.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.1, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 2005.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. 1, Ankara, 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.II, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2008.
- GÜLER, Mustafa, Disiplin Soruşturması Yöntemi, Ocak 1998, www.istabip.org.tr, et.04.05.2009.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2002.
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007.
- İPEKYÜZ, Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006.
- KAPLAN, Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara, 2007.
- KARAVELİOĞLU, Celal, Değişiklik Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, C.I, Kayseri, 2001.
- KOÇ, Sermet, Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekimin Sorumluluğu, 19.02.2008, www.saglikhukuku.blogcu.com, et.07.06.2009.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996.
- ÖZÇELİK, Ziyet / GÜLER, Mustafa / GİRİTLİOĞLU, Hakan, Hukuksal Boyutu İle İşyeri Hekimliği, Ankara, 2001.
- SAVAŞ, Halide, Sağlık Çalışanlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara, 2007.
- Türkiye Sağlık Platformu, Disiplin Soruşturması Yöntemi, www.saglikplatformu.com, et.05.06.2009.

TUĞCU, Harun / YORULMAZ, Coşkun / KOÇ, Sermet, Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis, Klinik Gelişim, www.istabip.org.tr, et. 05.06.2009.

YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, 2009.

YILDIRIM, Ramazan, İdari Başvurular, Konya, 2006.

www.istabip.org.tr.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.

SEÇİLMEME ENGEL BİR SUÇTAN KESİN HÜKÜM GIYME NEDENİYLE MİLLETVEKİLLİĞİNİN SONA ERMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL**

*Muhammed YAVUZ***

1. GİRİŞ

Halk tarafından belli süreler için seçilen temsilcilerden oluşan yasama meclislerinde, süre sonunda yeniden seçilenlerin milletvekilliği sıfatı devam ederken, yeni seçimlere katılmayan veya katıldığı halde seçilemeyen temsilcilerin üyelikleri ise sona ermektedir. Bu yönüyle seçimler, milletvekilliğini sona erdiren en doğal yoldur. Yasama fonksiyonunu ifa eden milletvekillerinin, bu sıfatlarını başka hangi sebeplerle ve nasıl yitirecekleri konusu anayasa hukukunda önemli bir yer tutmaktadır. Bu konuya ilişkin kavramlaştırma çabalarında, doktrin ve uygulamada bir ayırma gidilmiş ve üyeliğin meclis kararıyla sona erdirilmesine “düşme” denirken, böyle bir kararın gerekmediği durumlar için de “sona erme” deyimini kullanılmıştır¹. Bu çalışmanın adında “sona erme”nin tercih edilmesi, kesin hüküm giyme nedeniyle milletvekilliği sıfatının kaybedilmesi durumunda, TBMM Genel Kurulu’nda ayrıca bir oylama yapılmasına gerek olmamasındandır.

Anayasamızın 84. maddesinde öngörülen kendiliğinden ve meclis kararı ile düşme sebepleri tek tek önemli olmakla birlikte, bunlardan *kesin hüküm giyme nedeniyle milletvekilliğinin sona ermesi* hali, daha derin incelenmesi gereken bir konu özelliği göstermektedir. Bu bağlamda seçilmeye engel bir suçtan kesin hüküm giyme halleri, yeni ve eski TCK ile de karşılaştırmalı olarak bu çalışma çerçevesinde etraflıca ele alınacaktır. Zira yeni ceza sistemimiz birçok konuda

* Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. cengizgul2002@yahoo.com

** Şarkışla Asliye Ceza Mahkemesi Hâkimi.

1 Onar, milletvekilliğinin yasama dönemi sürerken, herhangi bir nedenden dolayı ister kendiliğinden, ister meclis kararıyla sona ermesini milletvekilliğinin düşmesi olarak nitelendirmiştir. Erdal ONAR, “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi”, Anayasa Yargısı, s. 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1997, s. 388. Ayrıca bkz. Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2008, s. 214.

yeni kurumlar getirmiş olmakla birlikte, bu kurumların seçilmeye engel bir suçtan dolayı milletvekilliğinin düşmesi konusuna etkisi ise, öncelikle incelenmesi gereken önemli bir meseledir. Bunlardan birkaçı olarak TCK'da tecilin bir infaz rejimi olarak öngörülmesi, tüm suçlar için getirilen TCK m. 53'teki hak yoksunluklarının durumu, CMK m. 231'de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu gibi meseleler bu çalışma kapsamında etraflıca incelenecektir.

2. Milletvekili Seçilmeye Engel Bir Suçtan Kesin Hüküm Giyme

1982 Anayasası m. 84/2'de, "milletvekilliğinin kesin hüküm giyme... halinde düşmesi, bu husustaki mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olur" hükmüne yer verilmiştir. 1982 Anayasası'nın 84. maddesinin 1995 değişikliği sonrasında Anayasaya giren bu kural ile, kesin hüküm giyme durumunda Meclis Genel Kurul kararına gerek olmadan milletvekilliğinin sona ermesi yerinde bir uygulama olmuştur.²

Görüldüğü üzere maddede sadece "kesin hüküm giyme" ibaresi geçmekte olup, ayrıca hangi tür kesin hükümlerin sona erme sebebi olacağı belirtilmemiştir. Oysa Anayasanın 84. maddesinin ilk halinde "Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen" ifadesi yer almaktaydı. Maddenin yeni halinde bu ibare geniş şekliyle geçerse bile, "kesin hüküm giyme" ibaresini, Anayasa'nın 76. maddesi ışığında yine "milletvekili seçilmeye engel suçtan kesin hüküm giyme" olarak anlamamız gerekmektedir.

a- Seçilmeye Engel Olan ve Milletvekilliğini Sona Erdiren Haller

1982 Anayasası'nın 76. maddesine bakıldığında, maddede; *"..taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezasına hüküm giymiş olanlar, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik³ ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler"* denmektedir.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, anayasa koyucu milletvekili seçilmeye engel hüküm giyme hallerini iki grupta düzenlemiştir. Birinci grupta, **hüküm olunan ceza**, ikinci grupta ise **suçun türü** dikkate alınmaktadır. Birinci grupta yer alan taksirli suçlar hariç toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezası ile, süresi ne olursa olsun ağır hapis cezası millet vekili seçilmeye engel iken, ikinci grupta, maddede tek tek sayılan suçlardan süresi ne olursa olsun, hüküm giymek de seçilmeye engel olacaktır⁴. Dolayısıyla açıklanan iki gruptaki suçlardan belirtilen şekilde mahkûmiyet halinde milletvekilliği de düşecektir.

2 Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 281.

3 Maddenin önceki halinde geçen "ideolojik ve anarşik eylemlere katılma" ibaresi, 27.12.2002 tarihinde 4771 sayılı Kanun ile "terör eylemlerine katılma" olarak değiştirilmiş ve 31.12.2002 gün ve 24984 mükerrer (3) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir.

4 ONAR, s. 414.

Hemen belirtmek gerekir ki, yeni ceza sistemimizde “ağır hapis” türünde bir yaptırım kalmamıştır. Zira 5237 sayılı TCK m. 45 cezaları hapis ve adli para cezası olarak ikiye ayırmış, 46. maddesinde ise hapis cezalarını, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve sürekli hapis cezası olarak üç grupta toplamıştır. Diğer taraftan 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un m. 6/1’e göre, kanunlarda öngörülen “ağır hapis” cezaları “hapis cezasına” dönüştürülmüştür.

1 Haziran 2005 tarihinden sonra⁵ hukukumuzda “ağır hapis” diye bir yaptırım türü olmadığına göre, süre bakımından ölçüt olarak sadece, toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkûmiyet dikkate alınacaktır. Bu durumda zaten 1 Haziran 2005 sonrası “ağır hapis” yaptırımı olmadığına göre, bu tarihten önce verilen ağır hapis cezaları da 5237 sayılı TCK m. 7/2 uyarınca lehe kanun uygulaması gereği hapis olarak kabul edilecektir. 1 Haziran 2005 tarihinden önce süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına mahkûmiyet halinde milletvekilliğinin düşmesi gerekeceği yönündeki görüşlerin⁶ de bir anlamı kalmayacaktır.

1982 Anayasası’nın 76. maddesi, seçilmeye engel olan suçları süresi bakımından ve nitelikleri bakımından seçilmeye engel olarak düzenlemiş olmakla birlikte ayrıntıya girmemiştir. Bu konuda 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11. maddesinde Anayasa’ya göre daha ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Bu maddeye göre; “taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar,

f) Affa uğramış olsalar bile;

1. Basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alımlara fesat karıştırma veya devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkum olanlar,
2. Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkum olanlar,
3. Terör eylemlerinden mahkum olanlar.
4. Türk Ceza Kanunu’nun 536. maddesinin 1, 2. ve 3. fıkralarında yazılı eylemlerle, aynı Kanun’un 537. maddesinin 1, 3, 4. ve 5. fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkum olanlar” milletvekili seçilemeyeceklerdir.

2839 sayılı Kanun’un 11. maddesi, süre kategorisindeki suçlar bakımından Anayasa’nın 76. maddesi ile paralel bir düzenleme getirmiş, sadece ağır hapis

5 5237 sayılı TCK’nın 31.05.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun ile değişik m. 344/1’in (c) bendine göre, 5237 sayılı TCK’nın 181, 182 ve 184. maddeleri hariç, diğer hükümleri 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (R.G. 31.03.2005 Sayı:25772 (Mükerrer).

6 ONAR, s. 414.

konusunu açarak “süresi ne olursa olsun”, demek suretiyle 1 yıldan az dahi olsa ağır hapis cezasına mahkûmiyeti engel olarak belirlemiştir. Niteliği bakımından seçilmeye engel suçlar bakımından Kanun’un 11. maddesi suç tiplerini netleştirmiştir.

2839 sayılı Kanun’un 11. maddesinde en son değişikliğin 02.01.2003 tarihinde⁷ yapıldığı dikkate alındığında, maddede geçen “Türk Ceza Kanunu” ibaresinin 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu olarak anlamak durumundayız. 765 sayılı TCK 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 12. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükte olmadığına göre, yine 5252 sayılı Kanun’un “yollamalar” başlıklı 3. maddesine bakacağız. 5252 sayılı Yürürlük Kanunu’nun m. 3/1’in “*mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanunu’na yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır*” denilmektedir. Maddenin 2. fıkrasında ise “*mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun maddelerine yapılmış sayılır*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu açıklamalar doğrultusunda 2839 sayılı Kanun’un 11. maddesine bakıldığında;

a) 11. maddenin f bendinin 1 numaralı alt bendinde yazılı suçlardan kaçakçılık suçu dışındakilerin 5237 sayılı TCK’da yer aldığını, kaçakçılık suçunun ise 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda yaptırım altına alındığından;

b) 11. maddenin f bendinin 2 numaralı alt bendinde yazılı olan 765 Sayılı TCK’nın 2. kitabının 1. babında geçen “Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler” in (8 md 125-173 arası) 5237 sayılı TCK’nın 2. kitabının, 4. kısmının 4, 5, 6, 7 ve 8. bölümlerinde düzenlenmiş olduğu (md 302-343) anlaşılmaktadır.

c) 11. maddenin f bendinin 3. numaralı alt bendinde geçen terör eylemlerinden mahkum olanlar ibaresini, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında, bu Kanun gereğince alınan mahkumiyetler olarak anlamak gerekecektir.

d) 11. maddenin f bendinin 4 numaralı alt bendinde düzenlenen suçlar ise, seçilmeye engel suçlar içerisinde ki “*kabahat*” niteliğindeki suçlar olup, bu suçların karşılığı olarak 5237 sayılı TCK’da her hangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu eylemler suç olmaktan çıkarıldığı için bu bentteki eylemlerden dolayı bir mahkûmiyet söz konusu olmayacağından, bu eylemler bir düşme sebebi de olmayacaktır. Her ne kadar 765 sayılı TCK’nın 536. ve 537. maddesinde sayılan eylemler, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 42. maddesinde idari para cezası olarak yaptırıma tabi tutulmuş ise de; 2839 sayılı Kanun’un 11. maddesinde “mahkum olma” şartı arandığından, idari para cezası ise, ceza hukuku anlamında bir “mahkumiyet” sayılamayacağından, 2839 sayılı

7 4778 sayılı Kanun, R.G. 11.01.2003, Sayı: 24990.

Kanun'un 11. maddesinin f bendinin 3 numaralı alt bendinin, 5237 sayılı TCK ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 42. maddesi karşısında uygulama alanı kalmamıştır diyebiliriz.

Bu açıklamalar ışığında, 5237 sayılı TCK kapsamında 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinin değiştirilerek çelişkili durumların giderilmesi ve konusu kalmayan bentlerin kaldırılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Milletvekili seçilmeye engel suçlar nedeniyle önemli gördüğümüz noktaları ayrı başlıklar halinde incelemeye geçmeden önce Anayasa'nın 76. maddesi ile 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinde geçen "*affa uğramış olsalar bile*" ibaresinin kapsamının ne olduğuna da değinmek gerekir.

2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinin yazımındaki özellik nazara alındığında, aslında "*affa uğramış olsalar bile*" ibaresinin kendisinden noktalı virgül sonrasında gelen suçları kapsadığı bizce tereddütsüz kabul edilecek bir husus ise, bazı yazarlar bu kavramın kendisinden önce gelen "*1 yıldan fazla ağır hapis cezası*"⁸ bazıları ise; "*bir yıl veya daha fazla hapis ve ağır hapis*" cezasını kapsadığını ve bu cezalara çarptırılanların milletvekili seçilemeyeceğini belirtmişlerdir.⁹ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, maddede geçen "*affa uğramış olsalar bile*", ibaresi Anayasa'nın 76 ve 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ismen sayılan "*zimmet, ihtilas, irtikap...*" diye devam eden suçlar bakımından geçerli olup, 1 yıl veya daha fazla hapis veya ağır hapis suçlarından mahkum olup, aftan yararlanarak tahliye olanlar açısından geçerli değildir¹⁰.

Son olarak değinmek gerekir ki, kural olarak milletvekilliğinin hükümlülük nedeniyle düşürülebilmesi için öncelikle o üyenin dokunulmazlığının kaldırılmış olması gerekecektir. Zira dokunulmazlığı kaldırılmayan milletvekilinin, istisnalar hariç yargılanması söz konusu olmayacaktır¹¹. Bu durum 1982 Anayasası m. 83/2 uyarınca dokunulmazlığın kaldırılması ile mümkün olabilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, 83/2'ye göre, *ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde veya milletvekili seçilmeden önce soruşturmasına başlanılmış olması şartıyla Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen fiillerden birinin işlenmesi durumunda,*

8 Zafer GÖREN, "Sabah Gazetesi, 24.11.1999" <http://arsiv.sabah.com.tr/1999/11/24/po3.html> erişim tarihi: 18.12.2009.

9 İbrahim KABOĞLU, Sabah Gazetesi, 24.11.1999.

10 Kayıhan İÇEL, "Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıvermeye Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu" Anayasa Yargısı, Cilt:18. Yıl: 2001, s. 214-2415. Faruk BİLİR, Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Nobel Yayınları, Ankara, 2001, s. 42. ONAR, s. 426. Faruk TURHAN, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel suç ve Cezaların yeni Ceza Mevzuatı Açısından değerlendirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, s. 1-2, Yıl: 2007, s. 70.

11 Fahri BAKIRCI, TBMM'nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 238; ONAR, s. 414.

dokunulmazlık kaldırılmadan da milletvekili hakkında yargılama yapılması ve hüküm verilmesi mümkündür.

Genel hatları ile milletvekili seçilmeye engel olup, aynı zamanda milletvekilliğin düşmesi sonucunu doğuran suçları incelemeye çalıştık Şimdi ise ayrı başlıklar altında önemli görülen bazı konuları incelenecektir.

b- Toplam Bir Yıl veya Daha Fazla Hapis Cezasının Anlamı

1982 Anayasası m. 76 ile 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinde toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezasından bahsedildiğine göre, bu cezanın bir defada verilmesi gerekmeyecektir. Kişi aleyhine farklı suçlardan farklı tarihlerde verilen hapis cezalarının süresi bir yıl veya daha fazla ise yine o kişinin milletvekilliği düşürülebilecektir¹². Aynı ilamda farklı suçlar için verilen hapis cezaları müstakil birer suçtan verilmekle birlikte toplamı bir yıl veya daha fazla ise yine düşme sebebi olacaktır. Bu durumun uygulamada adaletsizliğe yol açtığı haklı olarak ileri sürülmüş ve maddedeki "toplama" ibaresinin çıkartılması gerektiği savunulmuştur. Aynı görüşe göre 11 kez ayrı suç işleyip her suçundan 1'er ay hapis cezası alan kişinin milletvekilliği düşmeyecek, ancak işlediği 2 suçtan 7 ve 5 ay hapis cezası olan kişinin ise milletvekilliğinin düşeceği belirtilmiştir.¹³ Anayasa'da ve 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinde geçen "toplama" sözcüğünün kaldırılması yerinde olacaktır.

c- Hükmolunan Hapis Cezasının Para Cezasına veya Başka Bir Tedbire Çevrilmiş Olması

765 sayılı TCK döneminde, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'unun 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanun ile değişik 4. maddesi, ağır hapis cezalarının para cezalarına çevrilmeyeceğini öngördüğünden, uygulamada sadece hapis cezaları yönünden bir sorun düşünülebilir. Aslen burada tek bir eylem için verilen 1 yıl hapis cezası ve başka başka suçlardan verilip toplam bir yılı bulan ve ayrı ayrı para veya tedbire çevrilen kısa süreli hapis cezaları tartışma konusu olabilir. Zira 647 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, 1 yıl ve daha az süreli hapis cezaları paraya veya tedbire çevrilebilecektir.

Aslen çözüm de 647 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 4. fıkrasındadır. Bu fıkraya göre; "uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir" O halde hapis cezası paraya çevrildiğinde madde gereği asıl mahkûmiyet para cezası olacağından ve hapis cezasına mahkûmiyet bulunmadığından, paraya veya tedbire çevrilen hapis cezası milletvekilliğini düşürmeyecektir. Fakat bu durum herhangi bir suçtan dolayı verilmiş ve para cezasına çevrilmiş hapis cezaları içindir. Yoksa Anayasa'nın 76. maddesinde ismen sayılan seçilmeye engel suçlardan biriyle hüküm giymek milletvekilliğinin düşmesi için yeterlidir¹⁴. Yüksek Seçim Kurulu da bu konuda aynı yönde

12 BİLİR, s. 48; ONAR, s. 415.

13 ONAR, s. 415.

14 ONAR, s. 423.

kararlar vermiş, Anayasa'da ismen sayılan suçların paraya çevrilmiş olsa bile seçilme engeli oluşturduğuna hükmetmiştir¹⁵.

5237 sayılı TCK para veya tedbire çevirme kurumunu 50. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

“1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

- a) Adli para cezasına,
- b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine,
- c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,
- d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,
- e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,
- f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir.

2) Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

3) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

4) 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.

5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.

6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme

15 YSK. Karar No: 1751 Karar Tarihi: 05.06.1999, www.ysk.gov.tr/ysk/1keKararlari/1999/Kararlar/1999-1751-karar.htm, Erişim Tarihi: 18.12.2009.

kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.”

Maddede geçen kısa süreli hapis cezasının tanımı ise, 5237 sayılı TCK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasında “1 yıl veya daha az süreli hapis cezası” olarak yapılmıştır. 50. maddenin 5. fıkrası 647 sayılı Kanun'un 4. maddesine benzer bir hüküm ile “uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir” hükmünü getirmiştir. O halde 5237 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca kasten işlenen bir suçtan dolayı hükmolunan 1 yıl veya daha az süreli hapis cezaları, adli para cezasına veya maddede sayılan bir tedbire çevrilebilecektir.

Kısa süreli hapis cezası yerine, seçenek yaptırımlardan birine hükmetme, mahkemenin takdirinde olan bir husustur. Hakim bu konuda iki hususu takdir edecektir. Birincisi, hapis cezası yerine seçenek yaptırıma hükmedip hükmetmeme, ikincisi ise, adli para cezasına mı yoksa güvenlik tedbirine mi hükmedeceğine ilişkindir¹⁶. Ancak 50/3'teki durumlar için hakimın takdiri sadece adli para cezası ve güvenlik tedbirlerinden birine çevirme konusunda olacaktır. Zira madde anlatımında bu durumlar için seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu vardır.

Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezası tercih edilip ona hükmedilmişse bu ceza artık adli para cezasına çevrilemeyecektir. Ancak adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımlara çevirmeye yasal bir engel bulunmamaktadır.

50. maddenin 5. fıkrası 647 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 4. fıkrasına paralel bir düzenleme ile “uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir” hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla eğer kısa süreli bir hapis cezası m. 50 gereğince adli para cezasına veya tedbirine çevrilmişse kişi hakkında hapis cezasına bağlı hukuki sonuçlar doğmayacaktır. Ancak, hapis cezası yerine hükmolunan güvenlik tedbirinin gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, TCK m. 50/6 uyarınca hükmü veren mahkemece hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına karar verilecek ve bu karar derhal uygulanacaktır. Böyle bir durumda aynı fıkranın son cümlesi gereğince, m. 50/5 uygulanmayacaktır. Yani artık sanki hapis cezası infaz edilmiş gibi sayılacak ve hukuki sonuçlar bakımından hapis cezası dikkate alınacaktır¹⁷.

Eğer bir milletvekili hakkında tek seferde verilen veya ayrı ayrı verilen toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezası, para cezası dışında bir tedbire çevrilmiş (örneğin belli etkinlikleri yapmaktan men) ancak ilgili milletvekili tarafından

16 İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 593.

17 ÖZGENÇ, s. 595.

tedbirin gerekleri yerine getirilmemişse mahkemece tedbire çevrilen hapis cezasının TCK m. 50/6 uyarınca infazına karar verilecek, bu durumda kişi hapis cezasının hukuki sonuçlarına maruz kalacağından milletvekilliğinin de düşmesi gerekecektir.

Buna karşılık kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunan adli para cezasının infazına ilişkin gereklerin yerine getirilmemesi halinde, TCK m. 50/6'da, 26.02.2008 tarihli 5739 sayılı Kanunla¹⁸ yapılan değişiklik nedeniyle artık kısa süreli hapis cezasının infazına karar verilmeyecektir. Bunun yerine 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun 106. maddesine göre hükümlü hakkında tazyik hapsi uygulanacaktır. Yani böyle bir durumda aslolan halen TCK m. 50/5 uyarınca para cezası olduğundan, toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezası para cezasına çevrilmiş ise, bu yüzden ilgili kişi milletvekili ise milletvekilliği düşmeyecektir.

Burada anlatmış olduğumuz kısa süreli haptisten çevrilip toplam 1 yıl veya daha fazla olsa bile milletvekilliğini düşürmeyen para cezası veya güvenlik tedbiri, normal suçlar içindir. Anayasa'nın 76. maddesinde ve 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ismen sayılan suçlar paraya veya güvenlik tedbirine çevrilmiş olsalar dahi milletvekilliğinin düşmesine neden olacaklardır. Zira bu suçlar bakımından süre gözetilmeksizin mahkum olma durumu milletvekilliğini düşürmeye yeterlidir¹⁹.

d- Hükmolunan Cezanın Ertelenmiş Olması

Erteleme müessesesi 765 sayılı TCK döneminde, 647 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiş idi. Erteleme tanımlanmış; "... İşlediği suçtan dolayı mahkum edilen suçluya ait cezanın infazının belirli bir süre ile geri bırakılması ve suçlu bu süre içinde yeniden bir suç işlemediği takdirde suçun ya işlenmemiş veya hükümlülüğün gerçekleşmemiş ya da cezanın çekilmiş sayılmasıdır" şeklinde yapılmıştır²⁰.

Eski deyim ile tecil müessesesi, 765 sayılı TCK'nın 89-95 maddeleri ile hukukumuzda girmişken, daha sonraları 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan 6. maddesi uyarınca sınırları daha da genişletilerek uygulanmıştır²¹. 647 sayılı Kanun'un 6. maddesinde; "adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya 1 yıla kadar (1 yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olur ve geçmişteki hali suç işleme konusundaki eğilimine göre cezanın ertelenmesi, ileride suç işlemekten çekinmesine

18 Resmi Gazete, 1 Mart 2008, s. 26803.

19 Faruk TURHAN, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XI, S: 1-2, Yıl: 2007, s. 69.

20 Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım-Cilt: III, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 11.

21 ONAR, s. 423.

sebeplere olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir” denilmektedir.

Ertelemenin sonuçları anlamında 765 sayılı TCK’nun 95. maddesinde ise;

“I. Kabahat ile mahkum olan kimse, hüküm tarihinden itibaren bir sene içinde bir cürümden veya evvelki hükmün verildiği asliye mahkemesinin kazası dairesinde diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır cezaya,

II. Cürüm ile mahkum olan kimse, hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur” hükmü yer almaktadır. Konumuz gereği milletvekili seçilmeye engel olup, bu anlamda düşme sebebi olan mahkûmiyetler “hapis” veya “ağır hapis” cezaları olduğundan, bu cezalar ise cürümlerden dolayı verilebildiğinden hafif hapis cezaları ile hafif para cezalarının bir önemi yoktur.

Ertelemenin hükümlülüğe ve suçluya ilişkin şartları bulunmaktadır. Hükümlülüğe ilişkin şartlar, cürümler bakımından ağır para cezasına, iki yıl kadar hapse veya 1 yıla kadar ağır hapse mahkum olmaktır. Suçluya ilişkin şartlar ise, objektif ve sübjektif olarak ikiye ayrılmış, objektif şart failin daha önce adliye mahkemeleri tarafından para cezasından başka bir ceza ile kesin olarak mahkum edilmemiş olması, sübjektif şart ise, suçlunun geçmişteki haline göre erteleme durumunda ileride suç işlemeyeceği konusunda mahkemece kanaat getirilmesidir.²²

Objektif şartın varlığını kabulü için, önceden mahkum olunan para cezası dışındaki mahkumiyetin kesinleşmesi gerekir. Ayrıca infaz edilmesi şart değildir.²³ Önceki mahkûmiyet kesinleşmemiş ise hapis veya ağır hapis türünde olsa bile sonraki suçun ertelenmesine engel teşkil etmez.

Kanuni düzenlemeler ve yukarıdaki açıklamalar ışığında, toplam 1 yıldan fazla hapis veya ağır hapse mahkum edilmiş milletvekilinin milletvekilliği düşecek midir? Milletvekili seçilme yeterliliği ile ilgili benzer düzenlemeler içeren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinde geçen memuriyet engeli olan suçlar ile ilgili olarak Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun verdiği bir kararda;²⁴ “ertelenmiş bulunan bir mahkûmiyet hükmü nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48/A-5 ve 98/b maddeleri uyarınca memuriyet görevine son verilemeyeceğine” karar verdiğini görmekteyiz. Danıştay bu kararında erteleme nedeniyle hükmedilen deneme süresinin niteliğine dikkat çekerek, belirli bir süre sonra yok kabul edilecek bir mahkûmiyetin memuriyet engeli olmasını kamu yararına uygun görmemiştir.

22 DÖNMEZER/ERMAN, s. 20-40.

23 Ayhan ÖNDER, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 129

24 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı; Esas: 1990/2. Karar: 1990/2 Karar Tarihi: 15.11.1990 R.G: 25.01.1991 Sayı: 20766, s. 25 vd.

Doktrinde de Danıştay'ın bu kararı isabetli bulunmuş, tecil durumunda TCK m. 95'e göre, "mahkûmiyeti esasen vaki olmamış" sayılan kişinin, cezasının infazının mümkün olmadığı gibi, bu mahkûmiyetin kanuni neticesi olan belli haklardan yoksunluk durumunda tecil süresince ve bundan sonra da etkili olmaması gerekir denilmiştir²⁵.

Bu içtihattan yola çıkılarak, kıyasen milletvekilleri için de tecil edilen toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezası veya ağır hapis cezasının milletvekilliğini düşürmemesi gerektiği söylenmiştir. Çünkü tecil ile bu tür mahkûmiyetlerin varlığını şarta bağlamış, başka bir ifadeyle askıya almıştır. Böyle bir mahkûmiyetin diğer hukuk dallarında sonuç doğurması mümkün değildir²⁶.

Ertelenen mahkûmiyetin, Anayasa'nın 76. maddesinde ismen sayılan suçlara ilişkin olması durumunda, yine milletvekilliğinin düşmeyeceğini söylemek, "erteleme" müessesenin yukarıda sayılan özelliğinin bir sonucudur²⁷. Her ne kadar maddede "affa uğramış olsalar bile" ibaresi geçmekte ise de, af ile erteleme birbirinden farklı kurumlardır. Ertelemede aslolan fail, af da ise cezadır Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun anılan kararında da, af ile erteleme nin niteliklerinden yola çıkılarak ismen sayılan suçlara mahkûmiyet halinde dahi, eğer ceza tecil edilmişse memuriyete engel teşkil etmeyeceği belirlenmiştir. Yüksek Seçim Kurulu da 1991 yılında verdiği bir kararında hırsızlık suçundan verilip ertelenen bir ceza nedeniyle, TCK m. 95/II'deki sürenin geçmesi sonucu esasen vaki olmamış sayılacağını baz alarak bu cezayı seçilmeye engel saymamıştır²⁸.

Dikkat edilirse YSK burada tecil edilen cezanın TCK m. 95/II'de öngörülen süre içerisinde tecilin düşürülmeden geçirilmesi durumunu seçilme engeli görmemiştir. Ancak deneme süresi içerisinde henüz mahkûmiyet devam ettiğinden, Anayasa'nın 76. maddesinde de sayılan suçlardan dolayı deneme süreci iyi halli olarak geçirilmeden seçilme yeterliliğinin varlığının düşünülmemeyeceğini belirtmiştir²⁹.

Sonuç olarak 765 sayılı TCK ve 647 sayılı Kanun'un 6.maddesinin yürürlükte olduğu dönemde tecil halinde deneme süresi sonunda ceza vaki olmamış sayılacağından hangi suçtan olursa olsun tecil edilmiş cezanın milletvekilliğini düşürmesi gerektiğini düşünmek doğru olur. Yüksek Seçim Kurulu'nun yaptığı

25 Nevzat TOROSLU, "Ertelenmiş Mahkûmiyetin Memuriyete Etkisi", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991, s. 95.

26 TOROSLU, s. 95.

27 ONAR, s. 427; BİLİR, s. 56.

28 YSK Kararı, K.1999/1813 Karar Tarihi: 12.06.1999.

<http://www.ysk.gov.tr/ysk/ilkekararlari/1999/kararlar/1999-1813-karar.htm> Erişim Tarihi: 19.12.2009.

29 YSK Kararı, K.1999/2488. Karar Tarihi: 25.12.1999.

<http://www.ysk.gov.tr/pysk/ilkekararlari/1999/kararlar/1999-2488-karar.htm> Erişim Tarihi: 19.12.2009.

gibi “deneme süresinin bitip bitmediğine” bakarak bir ayırım yapmak kendi içerisinde çelişkili bir yaklaşım olur. Zira deneme süresi içindeki kişiyi, peşinen bu süreçte suç işleyecek kişi olarak kabullenmek durumu bu görüşün olağan sonucudur. Onar’ın belirttiği gibi ismen sayılan suçların tecili halinde milletvekilliğinin düşüp düşmeyeceğinin, konunun önemine binaen 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun ilgili maddesine bir fıkra ile eklenmesi doğru bir yaklaşım olacaktır³⁰.

5237 sayılı TCK döneminde “erteleme” kurumunun ve sonuçlarının 765 sayılı TCK döneminden çok farklı olduğunu görmekteyiz. Ertelemeyi düzenleyen TCK’nın 51. maddesi şu şekildedir:

“1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;

- a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,
- b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluyla bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

4) Denetim süresi içinde;

- a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,
- b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
- c) On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine mahkemece karar verilebilir.

5) Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek

30 ONAR, s. 427.

istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.

6) Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.

7) Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

8) Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.”

Maddeye göre erteleme, *cezanın türü ve miktarına, failin geçmişine ve ertelemeyle uyumuna* göre üç ayrı kategoride koşulların olduğu söylenebilir³¹. Buna göre hükümlünün ceza, hapis cezası ise ertelenebilecektir. Adli para cezaları ertelenemeyecektir. Hapis cezalarının ise yalnızca 2 yıl veya daha az süreli olanları ertelenebilecektir. Bu süre 18 yaşından küçükler ve 65 yaşından büyükler için 3 yıldır. Ceza maddesinde hapis ve adli para cezası beraber öngörülmüşse hapis cezası ertelenecek para cezası ise ertelenemeyecektir.

Yine cezanın ertelenebilmesi için daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı 3 aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması gerekecektir. Doğal olarak önceki mahkûmiyetin kesinleşmiş olması gerekecektir. Ayrıca failin suç işledikten sonra ve yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa göre tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

Bu şartların varlığı halinde mahkemece verilen hapis cezası ertelenebilecektir. Ancak mahkeme fail için verilen hapis cezası süresinden az olmamak üzere 1 yıl ile 3 yıl arasında bir denetim süresi belirleyecektir. Denetim süresinin başlangıcı hüküm tarihi değil, hükmün kesinleşme tarihi olmalıdır. Zira Yeni TCK’da erteleme bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir.³² Hakim denetim süresi içerisinde güvenlik tedbirine hükmedebileceği gibi, ayrıca fail için bir uzman da görevlendirebilecektir.

Konumuz açısından erteleme en önemli özelliği 5237 sayılı TCK m. 51/7 ve 8’de düzenlenmiştir. 7. fıkra, 765 sayılı TCK 95/II ile benzer bir düzenleme ile denetim süresini içerisinde kasıtlı bir suç işlenmesi veya yükümlülüklerle uymaması halinde cezanın kısmen veya tamamen çektirilmesine karar verileceğini öngörmektedir. Fakat 5237 sayılı Kanun’un 51. maddesinin 8. fıkrasına

31 ÖZGENÇ, s. 609-615.

32 Faruk TURHAN, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, Yıl: 2006, s. 40; Ömer KESKİNSOY “Hapis Cezalarının Ertelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2006/2, s.47.

göre “denetim süresi, yükümlülükler uygun ve iyi halli olarak geçirilse ceza infaz edilmiş sayılır.”

Yeni TCK’da erteleme bir infaz rejimi olarak öngörüldüğünden hapis cezasının ertelenmesine rağmen, bu cezaya bağlı hak yoksunlukları kişi açısından etkisini gösterecektir.³³ Ertelenen cezanın miktarı toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezası ise ve kasten işlenen bir suçtan dolayı verilmişse veya 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11. maddesinde ismen sayılan suçlardan ise, deneme süresi sonucunda ceza infaz edilmiş sayılacağından, ertelenmiş olan bu ceza milletvekilliğinin de düşmesine neden olacaktır.

e- Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu hukukumuzda ilk olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 23. maddesi ile 03.07.2005 tarihinde girmiştir.³⁴ Daha sonra önce 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun³⁵ ve 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanunlarla³⁶ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesine bu kurumla ilgili düzenlemeler eklenmiştir. 5728 sayılı Kanun’un 562. maddesi ile CMK 231. maddesinde yer alan hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulama alanı genişletilmiştir.

5271 sayılı CMK m. 231/5’te, “sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder” denildikten sonra, maddenin 6.fıkrası hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarını düzenlemektedir. Maddenin bütününden hareketle bu şartları 4 grup altında toplayabiliriz.

1) Sanık hakkında 2 yıl veya daha az süreli hapis cezasına veya adli para cezasına hükmedilmiş olması gerekir.

2) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum edilmemiş olması gerekir. Önceki mahkûmiyet kasıtlı bir suçtan değil teksirli bir suçtan dolayı ise bir engel oluşturmayacaktır. Özgenc, önceki mahkûmiyetin sadece kasıtlı suçtan dolayı hapis veya adli para cezası olması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğini, daha önce işlenen suçtan dolayı güvenlik tedbirine hükmedilmiş ise bunun bir engel olmaması gerektiğini ileri sürmektedir.³⁷ Ancak maddenin yazımından anlaşılacağı üzere kasıtlı suçtan türüne bakılmaksızın mahkûmiyet almak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına en-

33 ÖZGENÇ, s. 622; KESKİNSOY, s. 51.

34 5395 sayılı Kanun, Resmi Gazete: 15.07.2005 Sayı: 25876.

35 Resmi Gazete: 19.12.2006, Sayı: 26381.

36 Resmi Gazete: 08.02.2008, Sayı: 26781.

37 ÖZGENÇ, s. 584.

gel olduğuna göre kanaatimizce güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi durumunda da aynı engel söz konusu olmalıdır.

3) Sanığın kişilik özelliklerine göre ve duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak ileride suç işlemeyeceği konusunda kanaat edinilmesi gerekecektir.

4) Suç nedeniyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekecektir.

Bu şartların varlığı halinde mahkeme önce bir mahkûmiyet hükmü kuracak, sonra da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda, dava derdest olmaya devam etmektedir. Sanık hakkında verilmiş, ancak kesinleşmemiş bir hüküm vardır. Kurulan bu hüküm sanık hakkında her hangi bir sonuç doğurmayacak, herhangi bir hak yoksunluğuna sebebiyet vermeyecektir³⁸.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231/8'e göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda sanık 5 yıllık bir deneme süresine tabi tutulacaktır. Denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik tedbirine uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararı verilecektir (CMK m. 231/10). Aksi bir durumda ise mahkemece hüküm açıklanacaktır (CMK m. 231/11).

Eğer kasıtlı bir suçtan dolayı 1 yıl veya daha fazla hapis cezası alan veya 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ismen sayılan suçlardan mahkum olan kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise, ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet olmadığından ve denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde dava düşeceğinden, açıklanması geri bırakılan hükme konu cezalar milletvekilliğinin düşmesine sebep olmayacaktır.³⁹ Zira Anayasa'nın 84. maddesinde, kesinleşmiş mahkûmiyetten dolayı milletvekilliğinin düşürüleceği hüküm altına alınmıştır. Deneme süresi içerisinde suç işlenmesi veya hükümlülükler aykırı davranılması halinde ise, hüküm açıklanacağından artık normal mahkûmiyet hükmünün sonuçlarına göre durumu, daha önce anlatılan ölçütlere göre değerlendirmek gerekecektir.

f- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. Maddesinin Uygulanması

5237 sayılı TCK m. 53, "*belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*" başlığı altında hapis cezasına mahkûmiyet halinde bir takım hak yoksunlukları öngörmüş; mahkum olan kişinin hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamayacağını 2. fıkrasında belirlemiştir. 53/5'te ise kısa süreli hapis cezası ertelenmiş kişiler açısından bu hak yoksunluklarının uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Yoksun bırakılan haklar arasında 1. fıkranın a bendinde TBMM üyeliğinden yoksun bırakılma, b bendinde ise "seçme ve se-

38 ÖZGENÇ, s. 588.

39 TURHAN, Anayasa, s. 61-62.

çilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” da bulunmaktadır.

TCK m. 53/1’in a, b, c, d, e, bentlerinde sayılan bu hak yoksunluklarının uygulanması konusunda mahkemenin bir karar vermesine gerek yoktur. Kasten işlenen suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak kişi kendiliğinden bu hakları hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanamayacaktır.⁴⁰

İlk bakışta yeni TCK sisteminde “sürekli hak yoksunluğunun” yer almadığı, herhangi bir suç ve süre sınırlaması olmaksızın hapis cezasına mahkûmiyetin sonucu olarak hapis cezasının infazının tamamlanmasından sonra kişinin bu hakları kullanmaya devam edeceği düşünülebilir. Ancak 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun⁴¹ geçici 2. maddesi ile diğer kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkum olan kişilerin, bu mahrumiyetleri “affa uğramış olmasalar bile” belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur⁴².

Bunlar arasında hiç şüphesiz Anayasa’nın 76. maddesinde ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11. maddesinde sayılan suçlar da bulunmaktadır. Zira 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun geçici 1. maddesinde münhasıran bu suçlar belirtilmiştir. Bu durumda TCK m. 53’ün, Anayasa m. 76 ve de Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11. maddesindeki suçlar bakımından da uygulanması gerektiğini söylemek mümkün değildir⁴³. Eğer bir milletvekili, Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11. maddesinde belirtilen toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezasına veya maddede sayılan belli suçlardan dolayı herhangi bir cezaya mahkum olmuşsa milletvekilliği düşecektir.

TCK m. 53’ün konumuzu asıl ilgilendiren yönü ise iki ihtimalde, daha belirgin karşımıza çıkıyor. Bunlardan birincisi kişiye kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı verilen 1 yıl hapis cezasının ertelenmesi halidir. TCK m. 53/4 gereğince kısa süreli hapis cezası ertelendiğinde hak yoksunluklarına hükmedilmeyecektir. 5237 sayılı TCK m. 49/2 gereğince 1 yıl veya daha az süreli hapis cezası kısa süreli sayılır. Ancak toplam 1 yıl hapis cezası (tek seferde veya değişik zamanlarda verilse bile) Anayasanın 76 ve Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11. maddesi uyarınca seçilmeye engeldir. Bu durumda kasten işlenen bir suçtan 1 yıl hapis cezası alan kişinin milletvekilliği düşmeyecek midir? Turhan böyle bir durumda hak yoksunluklarının, bu anlamda seçme ve seçilme hakkından yoksunluk tedbirlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir.⁴⁴ Bu görüşe, yukarıda an-

40 ÖZGENÇ, s. 670.

41 Resmi Gazete: 01.06.2005, Sayı: 25832.

42 ÖZGENÇ, s. 671.

43 Faruk TURHAN, “Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Ceza Mahkûmiyetinin Sonucu Olarak Seçme ve Seçilme Hakkında Yoksunluk”, Yerel Siyaset, Yıl: 2 Sayı: 16, Nisan 2007. s. 56.

44 TURHAN, Anayasa, s. 76.

lattığımız gerekçelerle katılmak mümkün değildir. Zira TCK m. 53, Anayasa kuralını 76. maddede sayılan suçlar yüzünden kaldırmamaktadır. Eğer üstünlük Anayasa kuralına verilecekse bunun tüm hususlarda aynı etkide olması gerekir. Anayasa'nın 76. maddesi ve Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesi toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezasını seçilme engeli ve bu anlamda düşme sebebi sayıyorsa, TCK m. 53'ün aksi düzenlemesi ancak bu suçlar ve cezalar dışında uygulanabilecektir.

İkinci ve bizce daha önemli bir sorun, Anayasa m. 76 ve Milletvekili Seçimi Kanunu m. 11'de seçilme engeli sayılmayan, 1 yıldan az hapis cezasına mahkum edilme durumudur. Zira kişi kasten işlenen bir suçtan dolayı 1 yıldan az bile olsa hapse mahkum olmuş ve cezası ertelenmemiş ise TCK m. 53'te sayılan haklardan, bu anlamda TBMM üyeliğinden ve seçme ve seçilme hakkından yoksun bırakılacaktır. Örneğin dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili, kasten yaralama suçundan 10 ay hapis cezası aldığı anda TCK m. 53/1'in a ve b bentlerinde geçen TBMM üyeliği ve seçilme hakkından yoksun bırakıldığına göre, TBMM üyeliği düşecek midir? Aslıolan Anayasa hükmü olduğuna göre, TCK m. 53'teki hak yoksunluğu, Anayasa'ya aykırı olmadığı ölçüde uygulanabileceğinden⁴⁵ yola çıkarak, bu şekilde kısa süreli fakat 1 yıldan az (2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ismen sayılan suçlar dışında) hapis cezasına mahkûmiyet halinde kişinin, cezanın infazı süresince seçilme yeterliliğine sahip olamayacağını kabul etmek gerekir.

Eğer bu kişi milletvekili ise, aldığı hapis cezasının infazı, velev ki dokunulmazlığı kaldırılan bir suçtan olsun, milletvekilliği sıfatının sona ermesinden sonra yapılacağından⁴⁶ milletvekilliğine etki etmeyecektir. Zira Anayasa'nın 76 ve 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinde geçen 1 yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkûmiyet şartı somut olayla olmadığı gibi, mahkum olunan hapis cezası ise dokunulmazlık nedeniyle infaz edilememektedir.

5237 sayılı TCK m. 53'ün, hak yoksunlukları anlamında Anayasa'nın 76. maddesi ve 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesi karşısında seçilme yeterliliği bakımından ancak Anayasa'ya aykırı olmadığı oranda ve çok sınırlı bir şekilde uygulanabileceği söylenebilir.

g- Yüz Kızartıcı Suç Kavramı

Yüz kızartıcı suç kavramı, Anayasa'nın 76. maddesinde geçen "gibi" sözcüğünden hareketle maddede ismen sayılan suçlarla sınırlı olarak mı anlaşılacaktır? Aslında "yüz kızartıcı" suç kavramı mevzuatımızda yer almasına rağmen, bugüne kadar niteliği tam olarak saptanamamış bir kavramdır. Yine bu

45 TURHAN, Seçme ve Seçilme, s. 59.

46 Metin FEYZİOĞLU, "Yasama Dokunulmazlığı", AÜHF, Cilt: 42, Sayı: 1, Ankara, 1982, s. 36; Erdoğan TEZİÇ, Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 389.

suç, günümüzün ileri ve modern suç ve ceza politikasına ve özellikle cezaların şahsileştirilmesi ilkesine de uygun düşmemektedir⁴⁷.

Konu çeşitli sebeplerle yargı organlarının önüne gelmiş, zaman içinde farklı yönde içtihatlar oluşmuştur. Yüksek Seçim Kurulu'nun uzun yıllar aksini düşündüğü içtihadından dönerek 1985 yılından itibaren 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinde belirtilen yüz kızartıcı suçların, bu madde de ismen sayılanlarla sınırlı olduğu, "gibi" sözcüğünden hareketle bunlara yenilerinin eklenemeyeceği görüşünü benimsediğini görüyoruz⁴⁸.

Diğer taraftan Yargıtay ve Danıştay'ın daire ve kurulları arasında da farklı uygulamalar göze çarpmaktadır. Danıştay 10. Dairesi bir kararında,⁴⁹ "gibi" sözcüğünü ismen sayılanlarla sınırlı görmeyip, bunlar dışında zina, iffete saldırı, küçükleri baştan çıkarma vs gibi suçları da "yüz kızartıcı" olarak kabul etmiştir. Ancak Danıştay 1. Dairesi'nin bu konuda aynı düşünmediği, yüz kızartıcı suçları kanun koyucunun "gibi" sözcüğü ile "sayılan suçlardan biri" olarak kullandığı sonucuna vardığını görüyoruz⁵⁰. Yargıtay 1. Ceza Dairesi kaçakçılık suçunu, kanunlarda ismen sayılan suçlar dışında kaldığından bahisle yüz kızartıcı kabul etmezken,⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu yüz kızartıcı suç için "kişiyi toplum nazarında küçük düşüren suçlar" ifadesini kullanarak, ismen sayılan suçların dışında da yüz kızartıcı suç olabileceğini benimsemiştir⁵².

Üzerindeki yoğun tartışmalara rağmen belirli bir çözüme varılamayan, yüz kızartıcı suç kavramını hukuk sistemimizden çıkarılıncaya kadar, bu suçların Anayasada ve ilgili kanun maddelerinde sayılanlardan ibaret olduğunu kabul etmek gerekir.⁵³ Eğer kanun bu konuda genişletici yorumu benimsemiş olsaydı, hep tekrarlamış olduğu suçları saymaz sadece yüz kızartıcı suç kavramını kullanır, bunun takdirini de yargı organlarına bırakabilirdi⁵⁴. Ancak böyle yapmadığı için, yüz kızartıcı suç kavramını "gibi" ifadesine rağmen, Anayasa'da ve kanunlarda belirtilenlerle sınırlı olduğu şeklinde anlamak gerekir⁵⁵. Aksi bir düşünce de her yargı organının toplumun değerlerine göre farklı bir yorum getirmesi

47 Faruk EREM; "Yüz Kızartıcı Suç Kavramı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, Ankara, 1976.

48 ONAR, s. 421.

49 Danıştay Kararı; E. 1985/953, E. 1986/1946 K. 1986/2547, Karar Tarihi: 29.12.1986, Danıştay Dergisi, Yıl: 17 sayı 66-67 s. 445

50 Danıştay Kararı; E. 1983/220 K 1983/260 k.t. 09.11.1983, Danıştay Dergisi, Yıl: 14 Sayı: 54-55 s. 87

51 Yargıtay Kararı; Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 15.11.1990 gün ve E.1990/1961 K.1990/2851 sayılı kararı.

52 Yargıtay Kararı; E: 1996/144, K: 1996/171, Karar Tarihi: 02.07.1996 Yargıtay Kararlar Dergisi, Ekim 1996, s. 1633 vd.

53 TOROSLU, s. 100.

54 TOROSLU, s. 100; ONAR, s. 420.

55 TOROSLU, s. 100-101.

sonucu doğar ki, Anayasa'nın böylesine önem verdiği suç kategorisinin yoruma açık bırakılması eşitlik ilkesi ile bağdaştırılamaz.

Nitekim Anayasa'nın 76. maddesi ile 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesine paralel bir düzenleme içeren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun m. 48/A'da, 5728 sayılı Kanun⁵⁶ ile yapılan değişiklikle "gibi yüz kızartıcı suçlar" ibaresi kaldırılmıştır. Anayasamızın 76. maddesi ile 2839 sayılı Kanun'un 11. maddesinde değişikliğe gidilerek "yüz kızartıcı suç" kavramı bu maddelerden çıkartılmaktadır.

3. Seçilmeye Engel Suçtan Kesin Hüküm Giyme Durumunda Milletvekilliğinin Sona Erdirilmesi Yöntemi

Anayasa m. 84/2'ye göre, "milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi, bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurul'a bildirilmesiyle olur." TBMM İçtüzüğü m. 136/2'de de hemen hemen aynı hükme yer verilmiş ve "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan milletvekili hakkında kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurulun bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatı sona erer" denmiştir. Anayasadaki, "Genel Kurula bildirilmesi" ve İçtüzükteki "Genel Kurulun bilgisine sunulması" kavramlarını aynı şekilde anlamak gerekir Çünkü her iki kavramla da anlatılmak istenen, Meclis Genel Kurulunu bilgilendirmektir⁵⁷.

Buna göre seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyen bir milletvekilinin milletvekilliği, kesinleşmiş mahkeme kararının TBMM Genel Kuruluna bildirilmesiyle birlikte düşecektir. Bu konuda, meclis başkanlığınca ya da Meclis Genel Kurulunca karar alınmasına gerek yoktur. Dolayısıyla Mahkeme hükmü hukuki sonuçlarını, kesinleşmiş kararın Genel Kurula bildirilmesiyle doğuracaktır. Meclis Başkanlığının Genel kurula yaptığı bu bildirme işlemi bir karar değil, tamamlayıcı bir işlemdir⁵⁸. Son olarak, bir milletvekili hakkında seçimden önce var olan seçilmeye engel bir mahkûmiyetin seçimden sonra ortaya çıkması durumunda milletvekilliği hangi makam tarafından düşürülecek sorusuna cevap vermemiz gerekir.

Bilindiği üzere 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un m. 130/1'in 6. bendine göre, "seçilme yeterliliğine veya kendilerine tutanak verilenlerin, seçilemediğine veya seçimin sonucuna tesir edecek olaylara karşı seçilenlere verilecek tutanağın düzenlenmesinden sonraki üçüncü gün saat 17.00'ye kadar" Yüksek Seçim Kurulu'na itiraz edilebileceği belirlenmiştir.

56 5728 sayılı Kanun, (317. madde), Resmi Gazete: 08.02.2008, Sayı: 26781.

57 BİLİR, s. 164.

58 BAKIRCI, s. 239. ONAR, s. 416. Bülent TANÖR/Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 233.

298 sayılı Kanun'un 130. maddesinin 3. fıkrasında ise "seçimin neticesine müessir olaylar ve haller sebebiyle, tutanağın düzenlenmesinden itibaren 7 gün içerisinde itiraz olunabilir". Aynı maddenin son fıkrasında ise, "adaylığın kesinleşmesinden sonra, adayın Türk olmadığına, yaşının kanunda gösterilenden küçük olduğuna, okur-yazar olmadığına veya seçilme yeterliliğini kaybettiren bir mahkûmiyeti olduğuna ilişkin iddialar dışındaki nedenlerle adaylara itiraz olunmaz. Bu hüküm olağanüstü itirazlar için de geçerlidir" hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi, seçilen kişilere tutanak verilmesinden sonra, kanunda adaylık şartlarına ilişkin olarak, biri üç gün içerisinde yapılacak olan olağan, diğeri de yedi gün içinde yapılacak itiraz yolları öngörülmüştü. Bu süreler içinde adaylık şartlarına ilişkin olarak yapılacak itirazlar kanıtlanırsa, YSK ilgili kişiyi tutanağının iptaline karar verecektir⁵⁹.

YSK seçimden önce var olan fakat seçildikten sonra anlaşılan ve 130. maddenin son fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde "tam kanunsuzluk" durumunu kabul etmiş, tam kanunsuzluk hali sebebiyle süreye bağlı olmaksızın tutanağın iptal edilebileceğini benimsemiştir⁶⁰. Ancak YSK 1988 yılında vermiş olduğu bir kararında bu görüşünden milletvekilleri yönünden vazgeçerek, "...bir milletvekilinin TBMM üyeliğinin düşmesine yalnız TBMM tarafından karar verilebileceğinden, seçimden önce mevcut ve sonradan vaki mahkûmiyetine dayanılarak onun üyelik sıfatının ortadan kalkması ile sonuçlanacak hiçbir uygulama yapılamaz" görüşüne yer vermiştir⁶¹.

Bu içtihat doktrinde haklı olarak eleştirilmiş, Anayasa'nın 79. maddesinin, seçim sürecine ve seçim sonucuna ilişkin tüm şikâyet ve itirazları inceleyip kesin karara bağlama yetkisini YSK'ya verdiğini, dokunulmazlığın milletvekilini ceza soruşturma ve kavuşturmalarına karşı koruyacağı, bu yüzden seçimden önce var olan bir mahkûmiyet nedeniyle milletvekili tutanağının iptaline YSK tarafından karar verilmesinin gerekeceği belirtilmiştir⁶². Daha sonrasında ise YSK eski içtihatlarına geri dönmüş, seçimden önce var olan seçilme engellerinden 298 sayılı Kanun'un 130. maddesinin son fıkrasında sayılanlardan birinin olması durumunda, süreye bağlı olmaksızın tutanağın iptaline karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶³.

O halde, seçimden önce var olan seçilmeye engel mahkûmiyetin, seçildikten sonra ortaya çıkması durumunda, TBMM tarafından yapılacak bir işlem yoktur. Bu konudaki yetki YSK'nındır. Aslen burada tipik bir düşme hali değil de, tam kanunsuzluk nedeniyle milletvekilinin tutanağının iptali söz konusudur.

59 BİLİR, s. 174.

60 YSK. Karar No: 2 Karar Tarihi: 05.01.1992. YSK Kararları 1991-1992 yılları, s. 130.

61 YSK. Karar No: 311 Karar Tarihi: 26.12.1988, R.G. 11.01.1989, Sayı: 20046

62 BİLİR, s. 176; ONAR, s. 438.

63 YSK. Karar No: 371 Karar Tarihi: 16.03.1999 (Resmi Gazetede Yayımlanmamıştır).

SONUÇ

Anayasa'nın 84. maddesinde seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme halinde aranan "toplam 1 yıl veya daha fazla hapis cezası" ibaresinden uygulamadaki eşitsizliği gidermek bakımından "*toplam*" ibaresinin çıkartılması gerekir. Yine maddede geçen "yüz kızartıcı" suç ibaresinin de, tıpkı Devlet Memurları Kanunu'nda olduğu gibi çıkartılması yerinde olacaktır. Daha da önemlisi Anayasada ve Milletvekili Seçimi Kanunu'nda geçen, ancak Yeni TCK karşısında anlamı kalmayan terimler ile (ağır hapis gibi) yaptırım kalmayan suçların (siyasi ve ideolojik amaçlarla belirli yerlere yazı yazmak suçları gibi) ilgili metinlerden çıkartılması bir zorunluluk haline gelmiştir.

5237 sayılı TCK'da "erteleme" kurumu bir infaz rejimi olarak düzenlenmiş olduğundan, denetim süresi sonucunda ceza infaz edilmiş sayılacağından, ertelenen ceza Anayasası'nın 76. maddesinde sayılan tür veya miktarda ise seçilmeye engel olacaktır.

Verilen hapis cezasının paraya veya tedbire çevrilmesinin, Anayasa'nın 76. maddesinde ismen sayılan suçlar bakımından bir anlamı yoktur. Zira bu suçlara mahkûmiyet yeterlidir. Ancak verilen hapis cezası paraya veya tedbire çevrilmişse, aslolan çevrilen tedbir veya para cezası olduğundan, bu durum Anayasa'da ismen sayılanlar dışındaki suçlar bakımından düşme nedeni sayılmayacaktır.

5237 sayılı TCK m. 53 ile süresiz hak mahrumiyeti kavramının tarih olduğu düşünülebilir ise de, milletvekili seçilmeye engel suçlar bakımından istisna getirildiğinden, bu madde Anayasa'nın 76. maddesine aykırı olmadığı oranda uygulanabilecektir.

5271 sayılı CMK m. 231 ile hukuk sistemimize giren "hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına" karar verilmesi durumunda, ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet bulunmadığından, hangi suçtan olursa olsun hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen mahkûmiyet hükmü, milletvekilliğinin düşürülmesine yol açmayacaktır.

Anayasa'nın 84. maddesinde sayılan düşme hallerinden sadece istifa, bağdaşmazlık ve devamsızlık durumlarından dolayı verilen düşme kararları Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Ancak seçilmeye engel suçtan kesin hüküm giyme halleri sebebiyle milletvekilliğinin sona erdiğinin Başkanlık Divanınca tespit edilip Genel Kurula sunulması işlemince karşı da, alınan mahkûmiyetin seçilmeye engel olup olmadığının denetlenmesi bakımından Anayasa Mahkemesi denetiminin getirilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

BAKIRCI, Fahri; **TBMM'nin Çalışma Yöntemi**, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.

- BİLİR, Faruk; **Türkiye’de Milletvekiliği ve Milletvekiliğinin Sona Ermesi**, Nobel Yayınları, Ankara, 2001.
- DÖNMEZER, Sulhi/Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: III**, Beta Yayınları, İstanbul, 1997.
- EREM, Faruk; “*Yüz Kızartıcı Suç Kavramı*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 33, Sayı: 2, 1976.
- FEYZİOĞLU, Metin; “*Yasama Dokunulmazlığı*”, **AÜHFD**, Cilt: 42, Sayı: 1, Ankara, 1982, ss. 25-40.
- GÖREN, Zafer; **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2008.
- GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2008.
- GÖZLER, Kemal; “*Vatandaşlık ve Milletvekiliği*”, **Liberal Düşünce**, Cilt: 4, Sayı: 16, Yaz 1999.
- İÇEL, Kayıhan; “*Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıvermeye ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ve Bunların Anayasa Uygunluğu Sorunu*”, **Anayasa Yargısı**, S: 18, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2001.
- KESKİNSOY, Ömer; “*Hapis Cezalarının Ertelenmesi*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2006/2, Ankara, 2006.
- ONAR, Erdal; “*1982 Anayasasında Milletvekiliğinin Düşmesi*”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1997, s. 387-464.
- ONAR, Erdal/Bilgin Tiryakioğlu; “*1982 Anayasasında Milletvekiliği Vatandaşlık İlişkisi*” (Merve Safa Kavakçı Olayı), **Faruk Erem Armağanı**, TBB Yayını, Ankara, 1999, s. 557-595.
- ÖNDER, Ayhan; **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1963.
- ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet; **Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- TANÖR, Bülent/Necmi Yüzbaşıoğlu; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- TEZİÇ, Erdoğan; **Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- TOROSLU, Nevzat; “*Ertelenmiş Mahkûmiyetin Mahrumiyete Etkisi*”, **Pof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991, ss. 93-104.

- TURHAN, Faruk; “Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, Erzincan, 2007. (Anayasa)
- TURHAN, Faruk; “Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: X, Sayı: 3-4, Erzincan, 2006. (Yeni Türk Ceza)
- TURHAN, Faruk; “Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Ceza Mahkûmiyetinin Sonucu Olarak Seçme ve Seçilme Ehliyetinden Yoksunluk”, **Yerel Siyaset**, Yıl: 2, Sayı: 16, Nisan 2007. (Seçme ve Seçilme)

Özel Hukuk

TÜRK HUKUKUNDA BİLİRKİŞİ UYGULAMASINA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Doç. Dr. Murat YÜKSEL**

1-GİRİŞ

Yargılama sürecinde hâkimin uzmanlık ve bilgi birikimi, tarafların sundukları bilgi, belge ve delillerin değerlendirilmesi aşamasında eksik kalabilmektedir. Yargılama sürecinin sağlıklı olarak işlemesi bakımından bilirkişi kurumunun varlığı son derece önemlidir.

Türk hukuk sisteminin bugün en önemli ve temel problemlerinden biri bilirkişilik uygulamasına ilişkin sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilirkişilik uygulaması gerek teoride ve gerekse özellikle uygulamada son derece yanlış ve kötü bir şekilde uygulanmaktadır. Bilirkişilik uygulamasının yanlış uygulanması Türkiye’de yargı sisteminin sağlıklı bir biçimde çalışmasını engellemekte ve birçok soruna yol açmaktadır. Bu makalede temel olarak bilirkişi uygulamasının ne denli yanlış işlediğine, bunun yol açtığı sorunlara ve bu soruna ilişkin çözüm önerilerine değineceğiz.

II-GENEL OLARAK BİLİRKİŞİ UYGULAMASI

Hukuk sistemimizde karşılaşılan bilirkişi uygulamaları ve sorunlarının çözümünde gelişmiş ülkelerdeki uygulamalar sorunun çözümünde temel olarak alınsa bile, ülkemizin kendine özgün yapısı içerisinde yeni metotlar geliştirmek büyük önem arz etmektedir. Mükemmel diye nitelendirilen sistemler de dâhil olmak üzere bu sistemlerin kendilerini yenilemedikçe yeterliliklerini kaybedecekleri unutulmamalıdır. Sorunların tespit edilerek çözümlenmesi en gerçekçi yoldur. Adli sürecin hemen her aşamasında, yetişmiş insan gücü ile teknolojik imkânların kullanılabilir olmasının adalete olan güveni arttıracığı da muhakkaktır.

Toplum çok hızlı değişmekte ve gelişmektedir. Hızla değişen toplumda birçok uzmanlık alanının ortaya çıkmasına karşılık gerek hâkimlerin ve gerekse zaten yavaş işleyen adalet sisteminin bu hızlı değişime ayak uydurması ve hâ-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

kimlerin hemen hemen her konuyu bilebilmesi beklenemez. İşte bu sebeplerle yargılamada bilgiyi elde etme ya da bilgileri, belgeleri yorumlama hususunda uzman eksiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunu çözmek içinse kanun koyucu bilirkişilik kurumunu meydana getirmiştir. Toplumsal yaşantının karmaşıklığı, gelişen teknolojinin de etkisiyle muhtelif bilimler, meslekler ve birbirinden çok ayrı uzmanlıklar oluşmuştur. İş bu noktada devreye bilirkişilik kurumu girmektedir.

Kanun koyucu, bilirkişilik kurumuna Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda md. 275'te ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda md. 63'de yer vermiştir. HUMK'un 275. maddesinde "Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yine CMK'nın 63/1. maddesinde "Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafininin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir", denilmiştir.

Yukarıdaki madde metinlerinden açık bir şekilde anlaşılacağı üzere bilirkişilik, çözümü, uzmanlığı veya teknik bir bilgiyi gerektiren hususlarda mahkemenin başvurabileceği bir yoldur. Nitekim gerek iş yoğunluğu ve gerekse uzmanlık gerektiren durumların çokluğu sebebiyle hâkimlerin bilirkişilere başvurmaları yargılamanın sürati ve yargılamanın sağlığı açısından zorunluluk arz etmektedir. Aksi takdirde hâkimin eksik bilgiyle ve çok fazla inceleme fırsatı bulamadan yanlış kararlar vermesi durumu meydana gelebilecektir. Ancak aşağıda da detaylı olarak açıklayacağımız üzere bilirkişilik kurumu son derece yanlış bir şekilde uygulanmaktadır.

III- BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİ GEREKTİREN HALLER

Hâkim, çözümünde uzmanlık ve teknik bilginin gerekli olduğu durumlarda uzman bilirkişiye başvurur. Fakat bazı durumlarda bilirkişiye başvurmak zorunlu kılınmıştır. Hâkim, bilirkişiye ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel bilginin ve kendi hukuki bilgisinin dışında kalan özel ve teknik bilgi gerektiren durumlarda başvurur. Ancak bu ifadenin her türlü özel ve teknik bilgi için bilirkişiye gidilmesi gerektiği şeklinde algılanmaması gerekmektedir. Özel ve teknik bilginin gerektiği durumlar hâkim tarafından tayin edilecektir. Hâkim, bu hususu her somut olayda ayrı ayrı takdir edecektir. Her ne kadar çözümü teknik ve özel bilgiyi gerektiren bir durum olsa da eğer hâkimin uyuşmazlığı çözebilecek yeterli donanımı varsa sorunun çözümü için bilirkişi tayin etmeyecektir. Demek ki hâkim bilirkişiye başvurulmasına gerek olup olmadığını kendisi takdir eder.

Bilirkişinin o konuda özel ve teknik bilgiye sahip uzman olması gerekmektedir. Ancak özel veya teknik bilgi gerektiren konunun hangi uzmanlık alanına

girdiğini belirlemek önemli olduğu kadar, o uzmanlık alanında bulunan kimse-lerden hangilerinin, mesleki yeterlilik bakımından o konuyu açıklama-ya/çözümlemeye en liyakatli uzman kimse olduğunu bilmekte önemlidir¹.

Ancak uygulamada, hâkimlerin sadece çözümü uzmanlık ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye gitmediği hemen hemen her konuda bilirkişiye başvurdukları görülmektedir. Oysa mahkemelerin neredeyse her konuda bilirkişiye müracaat etmesi usul ekonomisine aykırı bir biçimde yargılamanın uzun sürmesi, yargılamanın pahalı olması vb. birçok olumsuz durumun ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.

IV- BİLİRKİŞİ GÖRÜŞÜNÜN YARGILAMAYA ETKİSİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesine göre bilirkişi görüşleri hâkimleri bağlamaz. Hâkim, bilirkişi raporunu bağımsız bir şekilde takdir eder ve bilirkişi raporuyla asla bağlı değildir. Ancak bu durum hâkimin bilirkişi raporunu görmezden gelerek istediği gibi karar vermesi anlamına gelmez². Fakat ne yazık ki uygulamada bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı kuralı doğru bir şekilde uygulanmamaktadır. Hâkimler, bilirkişi raporuna uygun olarak karar verilmesi gerektiği şeklinde bir düşünceye sahiptir. Hâkimin bilirkişi raporları doğrultusunda karar vermesine neden olan bu durum ise bilirkişi raporlarının takdiri delil olması niteliği ile bağdaşmayan bir sonuçtur.

Hâkimlerin bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermelerinin en büyük sebebi, bu şekilde karar almaları halinde dosyalarının Yargıtay tarafından onanacağı düşüncesidir. Hâkimlerin bilirkişi raporları doğrultusunda karar almaları ise bilirkişiliğin bir nevi yargılama makamının yerine geçmesine sebebiyet vermektedir³. Bilirkişiler adeta hâkimin yerine geçerek onun yetkisini kullanır durumdadırlar. Bu bakımdan bilirkişi raporu Türk Hukuk Sisteminde bir nevi mahkeme kararı konumundadır.

¹ Kazancı Bilişim: Yargıtay 3. HD'nin 11.04.1994 tarih ve 4528/5891 nolu kararında "ecrimisil tayini konusunda uzmanlığı belli olmayan polis memurundan alınan bilirkişi raporunun hükme dayanak yapılması Usul ve Yasa'ya aykırıdır." Şeklinde ifade edildiği üzere bilirkişi seçiminde seçilen kişinin o konuda uzman olması gerekmektedir. Yargıtay 4.HD'nin 01.10.1993 tarih ve 1992/1511 nolu kararında ise bankacılık konusunda uzman her bilirkişinin somut olayı çözmeye yeterli olamayacağı vurgulanarak teşkilatlanmış büyük bankalarda tecrübe kazanmış kişilerden bilirkişi kurulunun oluşturulması istenmiştir.Bkz. www.kazanci.com.tr. Erişim tarihi 31.09.2009

² Yargıtay 20. HD'nin 13.07.1993 tarih ve 1992/11719 E. 1993/6273 K. nolu kararına göre "...HUMY. m. 286 hükmü karşısında bilirkişi görüşünün hakimi bağlayıcı bir yani yoktur. Ne var ki değinilen yasa hükmü hâkime yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmak veya bilirkişiden açıklık olmayan konularda ek ve tamamlayıcı görüş alabilmek (HUMY. m.283) yetkisini haiz olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa hâkim, çözümü özel veya teknik bilgiye gerek duyulan hallerde bilirkişi görüşünü bir yana iterek genel ve hukuki bilgisiyle uyumsuzluğu sona erdiremez".Bkz.www.kazanci.com.tr.Erişim tarihi 15.08.2009.

³ KURU, Baki- ARSLAN, Ramazan- YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Basımevi, Ankara 2005 Genişletilmiş 16.Baskı, s.509.

V- BİLİRKİŞİ KURUMUNA İLİŞKİN UYGULAMADAKİ TEMEL SORUNLAR

Türk Yargı Sistemi içerisinde bilirkişilik kurumu istenen ve özlenen düzeye erişememiştir. Genel olarak bu sebepler yargılamanın uzun sürmesi ve mahkemelerdeki iş yükünün fazlalığından kaynaklanmaktadır.

Bugün bilirkişilik kurumuna ilişkin en önemli sorunları ise şu şekilde sıralayabiliriz:

- a- Bazı bilirkişilerin kimi konularda uzmanlık alanı olmadığı halde görüş bildirmesi. Uzman olmayan kişilerin bilirkişi olarak atanması durumunda bilirkişilerden beklenen yarar gerçekleşmeyecektir. Bu durum ise gerek hâkimlerin yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmasına sebebiyet vermekte gerekse yargılamanın uzamasına yol açmaktadır. Bununla birlikte Türk Adalet Sisteminde hâkimlerin genellikle bilirkişi raporları doğrultusunda karar vermeleri haksız ve sağlıklı karar verilmesine yol açabilmektedir.
- b- Bilirkişilik kurumunun çoğu zaman bir ilkesizlik içerisinde gerekli gereksiz her konuda başvuru bir yöntem olarak görülmesi; Mahkemelerin hemen hemen her konuda bilirkişiye başvurusu yargılamanın gecikmesi, usul ekonomisine aykırılık gibi birçok olumsuz duruma yol açmaktadır.
- c- Adliye koridorlarında kadrolu bilirkişilerin varlığı,
- d- Bilirkişilik kurumunun yargıda yolsuzluğa sebebiyet vermesi,
- e- Bilirkişi raporunun aynen kararda belirtilerek kararın gerekçesi gibi görülmesi. Uygulamada hâkimler bilirkişi incelemesi istedikleri durumlarda karar verirken o bilirkişi raporunun dışına çıkmadan bilirkişi raporunun aynısını karara aktarmakta ve yazmaktadırlar. Hâkimlerin bilirkişi raporunu aynen karara aktarması ise yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bilirkişiliğin yargılama makamının yerine geçmesine sebebiyet vermektedir.
- f- Yargının içinde bulunduğu fiili durum iş yükünün ağırlığı, personel eksikliği, bina eksikliği, yargıda uzmanlığa geçişin henüz gerçekleşmemesi bilirkişilik kurumuna başvuruyu körüklemektedir.
- g- Bilirkişilik kurumunun bugüne kadar istenilen düzeyde olmamasının bir diğer sebebi de mevzuatımızın yeterli olmamasıdır. Mevzuatın yetersizliğinden kasıt, hâkimlerin gerekli gereksiz konularda bilirkişi kurumuna başvurularını önleyecek yasal düzenlemelerin olmayışı ve yetersizliğidir. Hâkimin mesleki bilgisi ile rahatlıkla çözmesi mümkün olan sıradan davalarda bile bilirkişinin tayini, bilirkişi incelemesi, raporun verilmesi, bu raporların genellikle eksik oluşu, ek rapor için duruşmanın ertelenmesi ve itirazlar ayları bazen yılları bulmakta ve tarafları adaletten bezdirmektedir. Bu nedenlerle gereksiz konularda bilirkişiye başvurulmamalıdır⁴.

⁴ Evliyagil, Şevket "Türk Yargı Sisteminde Bilirkişi Uygulamasının Olumsuz Yönleri" İstanbul 1991, s.4

HUMK madde 275' de belirtilen hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez, kuralı uygulamada pek kabul görmemekte, hâkimler pek çok konuda uzman bilirkişi sıfatıyla avukat görüşüne başvurarak karar verme yolunu seçmektedir. Burada “genel ve hukuki bilgi” alanı dar yorumlanıp aşırı genişlemiştir⁵ ve uygulamada hâkimlerin her konuda bilirkişi incelemesi istedikleri ortadadır. Öte yandan hâkimlerin hukuki konularda hukukçu bilirkişiye başvurmamaları gerekirken hukukçu bilirkişiye başvurdukları görülmektedir. Hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasına gerekçe olarak ise hâkimlerin iş yükü, dava sayısının çokluğu ve çeşitliliği, uzmanlığa duyulan ve giderek artan gereksinim, ilişkilerin karmaşıklaşması veya çeşitlenmesi gösterilmektedir.

h- Bugün Türk hukuk sisteminde bir davada haklı çıkabilmenin en önemli yolunun, davanın kaderinin o davada bilirkişilik yapacak kişilere bağlı olduğu yolunda bir kanaatin olması Türk Hukuk Sisteminde bilirkişilik kurumunun ne kadar etkili olduğunun bir nevi göstergesidir. Taraflar davayı kaybettikleri takdirde ilk akıllarına gelen sebep karşı tarafın bilirkişiyle farklı bir münasebette bulunduğu dair düşüncedir. Bugün bilirkişilik kurumu maalesef yargıya güveni ve saygıyı azaltacak düzeydedir.

VI- ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Bilirkişilerin konunun gerçekten uzmanı olması gerekir. Bilirkişinin, doğruluktan ayrılmayan, bilgisini hiçbir etki altında kalmadan olduğu gibi yansıtan ve bu arada taraflardan hiçbir menfaat sağlamayan bir ahlaki olgunluğa, tutarlılığa ve dürüstlüğüne sahip olması beklenir. Hâkimlerin mesleki yeterlilik düzeyi itibarıyla hangi konuda bilirkişiye başvurması gerektiğini çok dikkatlice belirlemesi ve bilirkişinin, bilirkişilik yapacak düzeyde ehil olup olmadığını iyi araştırması gerekir. Ayrıca kasten gerçeğe aykırı rapor düzenleyen bilirkişilere büyük yaptırımlar öngörülmesi ve bu yaptırımların uygulanması gerekir. Böylelikle bilirkişilik kurumunun ve dolayısıyla yargının itibarı korunmuş ve yargı mekanizmasına giderek azalan güven tekrar tesis edilmiş olur.

Bilirkişilerin mahkeme kalem personeline seçilmesi de suiistimallere yol açmaktadır. Bilirkişilik kurumuna gerekli özen gösterilmeli, bilirkişilerin mümkün olduğu kadar doğrudan mahkeme kalemi ile ilişkileri kesilmelidir. Hakim, bilirkişinin bağlı olduğu oda veya meslek örgütleri gibi yerlerden alınan bilirkişi listesinden seçim yapılmalıdır⁶. Uygulamada görülen bir diğer sorun da birden fazla kişiden oluşan bilirkişi kurulunun görüşüne başvurulduğunda, dosyanın genellikle kurul üyelerinden biri tarafından mahkeme kaleminden teslim alınması, dosyanın tek başına incelenmesi, diğer üyelerin ise sadece verilen raporu

⁵ Deryal, Yahya “Türk Hukukunda Bilirkişilik” Ankara 2004, s.166

⁶ Ögüt, Ayşen Yılmaz “ Bilirkişilik Ders Notları” İstanbul 2007, s.9.

imzalamakla yetinmesidir. Bu da taraflar açısından maddi külfet doğurduğu gibi, incelemeye katkı sunmayan bilirkişiler açısından haksız kazanç sebebiyet vermektedir.

Tarafsız bilirkişi seçimine dikkat edilmelidir⁷. Bilirkişilerin tarafsızlığı, mahkemeye sunacağı görüşün, bilimsel ve objektif kriterlere göre olmasını etkileyebilecek her türlü dış etkiden uzak olması demektir. Medyadaki yazı, haber ve yorum da bu kapsamda düşünülebilir. Bilirkişinin meslek dayanışması, komşuluk, arkadaşlık gibi mülhazalarla ya da acıma, kayırma, antipati gibi duygularla hareket etmiş olması da tarafsızlığına zarar verir⁸. Hâkimin çözümleyemediği teknik bilgi ve uzmanlığın gerekli olduğu hususların çözümü için hâkim tarafından gerektiğinde atanacak olan bilirkişi, uyuşmazlığı kendi bilgisi ve uzmanlığıyla çözümlenecektir. Bu çözümlenmeyi yaparken hâkim gibi tarafsız olmalıdır. Oysa bugün hukuk bürolarında bilirkişi raporlarının avukatlar tarafından düzenlendiği ve bilirkişilerin maddi kazanç karşılığında raporları imzaladıkları duyulmaktadır. Bu bakımdan bilirkişi aynı mahkeme nezdinde avukatlık yapmamalı veya mahkeme, avukatlardan bilirkişi seçmemelidir⁹.

Sürekli aynı kişilerin bilirkişi tayini, suiistimallere yol açmaktadır. “şu... asliye hukuk mahkemesinin bilirkişisi, şu... iş mahkemesinin bilirkişisi” şeklinde mahkemelere ilan bile verilebilmektedir. Bu durum mahkemelere ve hukuk alanına saygınlık kaybettirmekte ve çeşitli sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir¹⁰.

HUMK’ ta bilirkişiye dosyayı incelemesi için uygun süre verilmektedir. HUMK M.281’de bilirkişiye uygun süre tanınacağı ve bu sürenin ceza yargılamasında en fazla iki ay, hukuk yargılamasında en fazla üç ay olabileceği hükme bağlandığı halde uygulamada ya herhangi bir süre verilmeden dosyanın bilirkişiye verildiği ya da verilen sürenin nihai sınırı aşıldığı halde dosyanın bilirkişide beklediği ve rapor yazılıp teslim edilmediği için davanın aylarca sürüncemede kaldığı görülmektedir¹¹. Bu durum da davanın uzamasına ve dolayısıyla iş yükünün artmasına yol açmaktadır. Bilirkişilerin kendisine verilen makul süreyi aşmaları halinde kendilerine mahkemeler tarafından bir daha dosya verilememelidir. Bilirkişilere raporların en geç üç ay içinde verilmesine ilişkin yasa hükmü hatırlatılmamaktadır.

⁷ Çeri, Önder “Adliyedeki Bilirkişi Bataklığı” İstanbul 2003, s.73

⁸ Köroğlu, Hasan “Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları” Ankara 2001, s.33

⁹ Akyol, Şener “Hukuk Usulünde Bilirkişiler ile İlgili Bazı Problemler”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, İstanbul 1991, s.57-76

¹⁰ Ögüt, s.8.

¹¹ Deryal, s.170

VII- SONUÇ

“Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez” kuralına rağmen uygulamada, bilirkişiye gereğinden fazla başvurulduğu ve hukukî konularda dahi bilirkişiye dosyaların gönderildiği görülmektedir. Hatta hâkimlerin pek çok konuda uzman bilirkişi sıfatıyla avukat görüşüne başvurduğu bile görülmektedir. Hâkimlerin yerli yersiz gerekli gereksiz konularda bilirkişi kurumuna başvurmalarını önleyecek yasal düzenlemeler getirilmelidir. Bu bakımdan hemen her konuda bilirkişiye başvuran hâkimlerin ihtiyaç duydukları için bu yola gittikleri kanaatiyle asıl üzerinde durulması gereken husus raporların denetlenmesi ve değerlendirilmesidir¹². Bu konuda da Adalet Bakanlığı Müfettişlerinin teftiş yapmasının yasal zemini sağlanmalı ve gerekli gereksiz konularda bilirkişiye başvuran hâkimler hakkında müeyyideler getirilmelidir. Bu tür bir düzenlemeye gidildiği takdirde yargıdaki yolsuzlukların önüne geçileceği gibi diğer taraftan hâkimlerin, kendilerini yetiştirmesine de olanak sağlanmış olacaktır. Ayrıca bu şekilde bilirkişi raporu doğrultusunda karar verme eğiliminde olan hâkimlerin hukuk üretimine katkıda bulunmuş olması sağlanmış olacaktır.

Hâkimlerin üzerindeki iş yükünün ağır olması sebebiyle hâkim ve savcı kadrosunun artırılması gerekmektedir. Bugün mahkemelerde avukatların bilirkişilik yaptığı herkesçe bilinmektedir. Hâkimin çözebileceği hususlarda hukukçu bilirkişiye başvurmak kanun tarafından getirilecek düzenlemelerle engellenmelidir. Hâkimin kendi hukuk bilgisiyle çözebileceği konularda hukukçu bilirkişiye başvurulduktan sonra hâkime gerek kalmaz. Bu takdirde hâkim zaten herhangi bir fonksiyon ifa etmemiş olur. Hâkimlerin, avukatların bile bilirkişilik yaparak rapor verdikleri dosyaları bilirkişiye göndermesinin yolu kesinlikle kapatılmalıdır. Ancak bu şekilde adalet sağlanmış ve mahkemelere olan güven tekrar tesis edilmiş olur. Her şeyden önemlisi adaletin hızlı bir şekilde tecelli etmesi sağlanmış olur.

Ayrıca toplu hâkimli mahkeme sistemine geçilmesiyle ve hâkim savcı kadrosunun artırılmasıyla iş yükünün önüne geçilmiş olacaktır. Hâkimler iş yükünden kurtularak hukuki konuları araştırma ve kendilerini geliştirme fırsatı bulacaklardır. Hâkimlerin ihtisaslaşması ile birlikte hâkimlerin bilirkişi incelemesine gitme durumu azalacaktır. Ancak bu şekilde bilirkişilerin yargıdaki etkinliği olması gereken düzeye inebilir. Ne var ki hâkimlerin gerekli gereksiz her konuda bilirkişiye başvurmasının önüne geçilmediği takdirde hâkim savcı kadrosunun artırılması fayda etmeyeceği gibi, hâkimlerin, Yargıtay’dan dosyalarının rahat bir şekilde onanacağı mülahazasıyla dava dosyalarını bilirkişiye tevdi etmeleri halinde de toplu hâkimli mahkeme sistemi çözüm olmayacaktır.

¹² Deryal, s.167

MEDENİ HUKUKTA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KISITLAMALARI İLE İLGİLİ OLARAK UYGULANDIĞI BAZI DURUMLAR

*Öğr. Gör. Elvan SÜTKEN**

GİRİŞ

“Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları İle İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar ” başlıklı bu çalışmada, ortak noktaları “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi”ne dayanmak olan özel hukuktaki bazı düzenlemelere yer verilecektir.

Sanayi alanındaki gelişmelerin yansımalarının ekonomik hayatta ve hukuk düzeninde de etkilerini göstermesi sonucunda, hukuk alanında yeni düzenlemelere gidilmesi ihtiyacı doğmuş ve “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” güncellik kazanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, bu ilkenin genel olarak sorumluluk hukukundaki yeri açıklanmaya çalışılacaktır. Medeni Hukuk alanında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı durumlara kısaca değinilecektir.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu ilke esasen, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarıyla ilgili olarak değerlendirilecektir. Ancak, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarıyla ilgili olan kanuni düzenlemeler bu ilke çerçevesinde gözden geçirilirken, konunun sınırlandırılması yoluna gidilecek ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, önce “zorunluluk(ıztırrar hâli” bakımından, daha sonra da “çevre etkileri yaratan müdahaleler” bakımından ele alınacaktır. Böylelikle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, önce MK. m. 753 ve BK. m. 52 daha sonra ise MK. m. 730 ve MK. m. 737 kapsamında incelenmeye çalışılacaktır. Medeni Kanunun 753., 730. ve 737. maddelerinin son fıkralarında doğrudan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine yer verilmiş olması, çalışmayı konu bakımından sınırlandırmada etkili olmuştur.

Çalışmanın son bölümünde, çevre etkileri yaratan müdahalelerden doğan sorumluluk konusunda da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi göz önüne alınıp

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

açıklamalar yapılacaktır. Özet olarak bu çalışmada, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları ile ilgili durumlardan özellikle “zorunluluk hâli” ve “çevre etkileri yaratan müdahaleler” çerçevesinde kapsamlı olarak ele almak hedeflenmektedir.

1. FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİ

1.1. Tanımı

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, sosyal hayatın en önemli unsuru olarak niteleyebileceğimiz insan ilişkilerinde meydana gelebilecek çıkar çatışmalarına çözüm bulmak için hukuk düzenince geliştirilmiştir. Bilindiği üzere çıkar çatışmaları, doğrudan doğruya bireyler arasında ya da devlet ile birey arasında söz konusu olabilir. Çıkar çatışmalarını en aza indirmeyi amaçlayan hukuk düzeni ise, bazı çıkarları diğerlerine göre üstün tutmuş ve düşük saydığı çıkarın, fedakârlık adına, zarar verici müdahalelere katlanmak zorunda kalmasını uygun görmüştür. Ancak bu durumda, çıkarlar dengesinin bozulması sorunu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; hukuka uygun nitelikteki müdahale ile, başkasının normalde hukuken korunmuş bir çıkarı zedelenmektedir. Bozulan dengenin tekrar sağlanmasını amaçlayan hukuk düzeni, fedakârlıkta bulunan tarafın uğradığı zararın “hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli” ile karşılanmasını uygun görmüştür.¹

Tandoğan’a göre; “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, hukuken korunan bir varlığa yine hukuken korunan bir üstün çıkar sahibi tarafından yapılan hukuka uygun müdahale dolayısıyla, zarar görenin hukuk düzeninin sağladığı koruma yetkilerinden yararlanamayarak katlandığı fedakârlığın üstün çıkar sahibi tarafından bir tazminat ödenerek giderilmesi, denkleştirilmesi gereğini ifade eder”. Bu ilke uygulanırken, ihlâl edilen varlık üstün çıkar karşısında feda edilmekte, bunun karşılığında ise söz konusu fedakârlık için tazminat ödenmektedir.²

O halde bu ilkenin uygulama alanı bulabilmesi için, çatışan iki çıkardan birinin üstün tutulması gerekir. Bu üstün tutma sonucunda düşük çıkara yönelik hukuka uygun nitelik taşıyan bir müdahale, bu müdahaleye katlanmak anlamındaki fedakârlık ve bu fedakârlığın üstün çıkar sahibi tarafından denkleştirilmesi olgularının bir arada bulunması gerekir. Doktrinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, “fedakârlık sorumluluğu” ve “hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk” adı altında da incelenir.³ Buna göre, “müdahale” olgusuna açıklık getirmek yerinde olacaktır: İnsan davranışlarıyla yapılması mümkün olan ve aktif bir davranışa yani yapma fiiline dayanan “müdahale” ile, üçüncü kişilerin hukukça

¹ İlhan Ulusan, “Çevre Etkisinden Doğan Zararlar ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980), s. 181.

² Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, ss. 48-49.

³ İlhan Ulusan, “Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, **Yargıtay Dergisi**. Cilt no: 12, Sayı no:1-2 (1986), s. 60.

korunan mal ya da şahıs varlıkları ihlâl edilmektedir. Öyle ise, tabii olaylardan kaynaklanan bazı durumlar ve pasif davranışlar, yapmama fiilleri, kaçınma müdahale kapsamına girmez. Müdahalede bulunanın somut olaydaki davranışı ile başkasının hukuki varlığının ihlâli arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Müdahale ile ilgili olan önemli bir nokta da, bu kavramın “zarar verme” kavramı ile karıştırılmaması gerektiğidir. Eren’in bu konu ile ilgili verdiği örneğe benzer bir örneğe yeri geldiği üzere değinmek uygun olacaktır. Buna göre; bir kimse, başka bir kimsenin arazisine traktörle girip ekinlerin üzerinden geçerse zarara sebep olur ancak bu kimse aynı arazideki yoldan yürüyerek geçerse, müdahalede bulunmasına rağmen hiçbir zarar vermemiş olur. Zarar olmayan yerde, müdahale söz konusu olsa bile sorumluluk doğmamaktadır.⁴ Her müdahale fiili üçüncü kişiye zarar vermemektedir. Yani, bir başkasının hakkının uygun illiyet bağına dayanan insan davranışıyla ihlâli fiili hukuka uygun olabileceği gibi, hukuka aykırı da olabilir. Hukuk düzeni başkasının hakkına müdahaleye izin vermekteyse yani başkasının hakkının ihlalini onaylamaktaysa hukuka uygun müdahale, ancak bunu onaylamamakta ise hukuka aykırı müdahale söz konusu olur. Hukuka uygun müdahalede, hukuk düzeni başkasının hakkını ihlâl etmezken, birbirleriyle çatışan iki hukuki değeri tartarak, bu değerlerden birinin üstün tutulmasını uygun görmektedir. Daha düşük değerdeki hak sahibinin hukuk alanına müdahaleye izin veren hukuk düzeni, bunun karşılığında bazı durumlarda düşük değerdeki hak sahibine tazminat talep etme yetkisi vermektedir. Bazı durumlarda ise bu yetkiyi dahi vermemektedir ki bu durumda artık ağır bir fedakârlık vardır ancak denkleştirmeden söz edilememektedir. Hukuka uygun müdahale sonucunda karşı koyma yetkilerini kullanamayan düşük değerdeki hak sahibi, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince uğradığı zararın uygun bir bedelle karşılanmasını isteyebilir. Böylelikle, çıkar çatışmaları sonucunda bozulan çıkarlar dengesi yeniden kurulur ve doğan zarara zarar görenin katlanması durumu (*casum sentit dominus*) da böylelikle bertaraf edilmiş olur. Hukuka uygun müdahale belirgin olarak meşru müdafaa durumunda, hakkın kuvvet kullanmak suretiyle korunmasında, zorunluluk(ıztırrar) hâlinde ve bir kısmını bu çalışmada ele alacağımız bazı komşuluk ilişkilerinde görülmektedir.⁵

Hukuka uygun müdahale sorumluluğunu ve dolayısıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin daha iyi anlaşılması için bu ilkeyi önce “sebepsiz zenginleşme” ve daha sonra da “tehlike sorumluluğu” ile karşılaştırmakta yarar vardır:

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanacağı durumlarda, zarar gören kimse, katlandığı fedakârlık sonucunda mal ya da şahıs varlığında meydana gelen eksilmenin denkleştirilmesini talep edebilir. Ancak, BK. m. 61’de düzenlenmiş olan sebepsiz zenginleşme hükmü ile, haklı ve geçerli bir sebebe dayanmadan zenginleşen kimsenin, malvarlığındaki fazlalığın iadesi amaçlanır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanacağı durumlarda, zarar gören kimse, katlandığı fedakârlık sonucunda mal ya da şahıs varlığında meydana gelen eksilmenin denkleştirilmesini talep edebilir. Ancak, BK. m. 61’de düzenlenmiş olan sebepsiz zenginleşme hükmü ile, haklı ve geçerli bir sebebe dayanmadan zenginleşen kimsenin, malvarlığındaki fazlalığın iadesi amaçlanır.

⁴ Eren, **a.g.e.**, ss. 458-459.

⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 460.; Ulsan, **a.g.m.**(Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta...), s. 60.

kârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı durumlarda ise, üstün çıkar sahibinin edindiği yararları iade etmesi şeklinde, kanun koyucunun tanıdığı müdahale yetkisinin özüne ters düşen bir düzenleme getirilmemiştir.⁶ Tehlike sorumluluğu ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi karşılaştırıldığında ise durum şöyledir: Bilindiği üzere kusur sorumluluğunda zarar verici davranışın hukuka aykırılığı söz konusudur. Kusursuz sorumluluk alanına giren tehlike sorumluluğu ve fedakârlık sorumluluğunda ise, zararı doğuran etkenler yönünden hukuk düzeninin tanıdığı bir izin durumu söz konusudur. Nitekim tehlike sorumluluğunda, bünyelerinde tehlike yaratma unsurunu da barındırmakta olan işletmelerin, topluma ekonomik ve sınai katkıda bulundurmalarından dolayı, varlıkları hukuk düzeni tarafından hoş görülmektedir. Fedakârlık sorumluluğunda, çatışan çıkarlardan üstün olanın diğerine müdahalesi hoş görülmektedir. Yani hem yapılan müdahale hem de bunun sonucunda oluşan olumsuz sonuç hukuka uygun sayılmaktadır. Tehlike sorumluluğunda ise, oluşan zarar hukuka aykırı nitelik taşımaktadır.⁷

Fedakârlık sorumluluğunda, başkasına ait olan bir hukuki değerın feda edilmesinin hukuka uygun karşılanmasının sebepleri arasında; kaçınılmaz olarak nitelenebilen çıkar ya da değer çatışmasında üstün değerın tercih edilmesi, daha büyük bir zararın önlenmeye çalışılması ya da kamu yararının üstün tutulması gibi sebepler sayılabilir. Feda edilen değerın de esasen hukuken korunan bir değer olması, sorumluluğun doğuşuna sebebiyet verir. Eren'e göre; "Genel sorumluluk ilkesine göre, ihlalin sonucu olan zarar tazmin edilir. Oysa burada,

⁶ Ulusan, *a.g.e.*, s. 55-56.

⁷ Tehlike sorumluluğunu fedakârlık sorumluluğundan ayıran diğer bazı noktalar da vardır. Bu noktalardan birincisi, fedakârlık sorumluluğunda, başkasının mal ya da şahıs varlığına yapılan müdahale sonucu zarar doğacağı kesin olduğundan, üstün çıkar uğruna izin verilen müdahalelerin doğuracağı zararları önceden saptayabilmenin mümkün olması, tehlike sorumluluğunda ise, zararın ne zaman ve ne şekilde ortaya çıkabileceğinin saptanmasının mümkün olmamasıdır. Bu nedenle, tehlike sorumluluğunda bir eylemden (dolayısıyla fedakârlık sorumluluğunda olduğu gibi bir müdahaleden) söz edilememektedir. Yani, fedakârlık sorumluluğunda zararlı sonucun doğması göze alınır ve öngörülebilen olumsuz sonuca rağmen fail müdahalede bulunmaya devam eder. Tehlike sorumluluğunda ise, zararın meydana gelme olasılığı ne kadar yüksek olursa olsun, bu zararın bilerek yaratılmasından söz edilemez, ancak bilerek bir zarar verilmesi söz konusu olursa, bu durumda sorumluluk tür değiştirir ve kusur sorumluluğuna dönüşür. Diğer bir ayırt edici nokta ise; tehlike sorumluluğunda hukuk düzenince zarar vermeye değil de yalnızca soyut tehlikeye izin verilmiş olmasına rağmen fedakârlık sorumluluğunda zarar vermeye de izin verilmiş olmasıdır. Teknolojideki hızlı ve sürekli gelişme, teknik tehlikelere karşı meşru savunma ve olası tehlikelerin önlenmesi taleplerini etkisiz kılmaktadır. Bunun sonucunda tehlike sorumluluğunda tazminat yükümlülüğünün ağırlık verme yoluna gidilmektedir, fedakârlık sorumluluğunda ise üstün çıkar karşısında katlanılan fedakârlığın sonucu meydana gelen eksilmenin denkleştirilmesi üzerinde durulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tandoğan, *Kusura Dayanmayan.*, s. 50.; Eren, *a.g.e.*, s. 459-460.; Ulusan, *a.g.e.*, s. 58-59.; İmre, *a.g.e.*, s. 65-66.

ihlallere karşı hukuki değere normal olarak tanınmış korunma kaldırıldığı için, bundan doğan ısrarlı sonuçtan sorumlu olunmaktadır.”⁸

1.2. Genel Olarak Sorumluluk Hukukundaki Yeri

Sorumluluk hukukunda geline en önemli aşamalardan biri, bir kimsenin zarara uğraması durumunda onun bu zarara tek başına katlanmasının gerekip gerekmediği, ayrıca, hangi durumlarda zararın zarar gören dışında başkalarının karşılanması gerektiği konusunda çalışılmasıdır. Roma Hukukunun uygulandığı ilk devirlerde “*casum sentit dominus*” yani “zarara zarar görenin katlanması gerektiği” anlayışı egemenken, bu anlayış aşamalı olarak zaman içinde değişikliğe uğramıştır. Hukuk düzeni ve geleneklerin evrimleşmesi sürecinde söz konusu ilkeye istisnalar getirilmiş, zarar görenin uğradığı zararı bazı sebeplerin bulunması halinde başka bir şahsa yükleme olanağı sağlanmıştır. Böylelikle bu ilkenin katı biçimde uygulanmasının yaratabileceği sakıncaların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Nitekim *casum sentit dominus* ilkesi, eski hukuk düzenlerine göre sorumluluk doğuran durumlarda esas kuralken, günümüzde istisnai durumlarda uygulanan bir kural olmuştur.⁹

Hukuk düzeninde, somut bir olayda söz konusu olan zararın başka bir şahsa yükletilmesini haklı gösteren sebeplere, bilindiği üzere “sorumluluk ilkeleri” ya da “sorumluluk sebepleri” denmektedir. Sorumluluk ilkelerinden birinin var olması durumunda, zarar gören, söz konusu zararın giderilmesini bir başka şahıstan talep edebilir.¹⁰

Sorumluluk hukuku alanında, hukuka aykırı davranışlar söz konusu olduğunda, kusura dayanan sorumluluk ilkesinin geniş ölçüde uygulandığını bilmekteyiz. Ancak sorumluluk hukukunda, kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yanında, kusursuz sorumluluk ilkesi de, günümüzün gelişmekte olan sanayi toplumunda gün geçtikçe daha da önem kazanmıştır. Kusursuz sorumluluk ilkesine göre, meydana gelen zarar dolayısıyla kusur aranmayacağından, zararın meydana gelmiş bulunması sorumluluğun doğması için yeterlidir.¹¹ Doktrinde, İsviçre ve Türk hukuku göz önüne alındığında, sorumluluk türlerinin genellikle kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi olduğunu

⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 460.

⁹ Henri Deschenaux – Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**. Çev.: Salim Özdemir (Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983), s. 4.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Dokuzuncu basım, Ankara: Beta Yayınevi, 2006), s.445.; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001), s.45.

¹⁰ Fikret Eren, **a.g.e.**, s.446.

¹¹ İlhan Ulsan, **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977), s. 3 vd.; Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri** (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949), ss. 61-62. ve s. 84 vd.; Halûk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku** (Birinci basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981), s. 7.; Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi** (Üçüncü bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981), s. 70.

söyleyebiliriz. Ancak Türk hukuku göz önüne alındığında, Eren, Oğuzman ve Öz gibi bazı yazarların, Almanya ve Avusturya hukukunda yapılan üçlü ayrımı benimsediği görülür. Bu yazarlara göre hukuki sorumluluk türleri “kusur sorumluluğu”, “sebepl sorumluluğu (kusursuz sorumluluk)” ve “hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk(fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi)” olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde uygulama alanı bulunan bazı ilkelere şunlardır: “Tehlike sorumluluğu ilkesi”, “hakkaniyet sorumluluğu ilkesi”, “garanti ve güven ilkesi” ve bu çalışmanın kaynak noktası olarak niteleyebileceğimiz “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi”. Bazı yazarlar bu ilkeleri, “kusursuz sorumluluğun uygulama halleri” olarak da nitelendirmektedirler. Eren, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini diğer iki sorumluluk ilkesinden bağımsız olarak incelemesinin sebebini, bu ilkenin diğer iki ilkedden farklı unsurlara sahip olmasıyla açıklamaktadır. Oğuzman ve Öz ise, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin sorumluluk alanındaki etkisini, hukuka aykırılığa engel olan bir sebebe rağmen, zarar verici davranışın, failin sorumlu tutulması sonucunu doğurmasıyla açıklamaktadır. Nitekim, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı durumlarda sorumluluk sebebi kusurlu bir davranış ya da tehlikeli bir faaliyet değildir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre kısaca, olası bir hukuki değerler çatışmasında kanun koyucu üstün hukuki değere daha düşük hukuki değer karşısında öncelik tanımaktadır. Buna göre kanun koyucu, üstün değer sahibine, düşük değer sahibinin hukuk alanına müdahale etme hakkı tanınmaktadır.¹²

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin Türk Hukukunda özellikle Medeni Hukuk ve Kamu Hukuku alanlarında yaygın olarak uygulandığı görülmektedir. Çalışmamızda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, özel kişiler arasındaki ilişkiler bakımından ele alınacaktır. 743 sayılı önceki Türk Medeni Kanununda taşınmaz malikinin sorumluluğu alanında düzenleme getiren 656. maddesinde ve bu hükmün yaptırımı olarak nitelenebilecek olan aynı kanunun 661. maddesinde, temelde komşuluk hukukundan yola çıkarak, çevrenin korunmasına ilişkin olarak yapılmış bir düzenleme mevcuttu. Zaman içinde daha ayrıntılı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğundan, 4721 sayılı yeni Medeni Kanunda yer alan ilgili maddelerin(eski Medeni Kanundaki 656. maddenin yerine geçen yeni Medeni Kanundaki m. 730 ve eski kanundaki m. 656’nın yerine geçen yeni Medeni Kanundaki m. 737’nin) lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” doğrultusunda yeni bir düzenlemeye gidilmiştir.

¹² Eren, *a.g.e.*, s. 459 vd.; Kemal Oğuzman – Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (3. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), s. 474.

2. MEDENİ HUKUKTA FEDAKÂRLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ İLKESİNİN “ZORUNLULUK HÂLİ” VE “ÇEVRE ETKİLERİ YARATAN DURUMLAR” İLE İLGİLİ OLARAK UYGULANMASI

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin, kişilerin kendi aralarında (medeni hukuk alanında) ya da devletle kişiler arasında (kamu hukuku alanında) meydana gelebilecek olan çıkar çatışmaları halinde uygulama alanı bulacağını daha önce belirtmiştik. Çalışmamızın bu bölümünde, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, medeni hukuk ile ilgili olarak, daha çok zorunluluk hâli ve ayrıca, çevre etkilerinden doğan müdahaleler açısından ele alınacaktır. Burada yeri gelmişken, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin kamu hukuku alanındaki kullanımından, çalışma konumuzu ilgilendirdiği ölçüde anahatlarıyla bahsetmek, bu ilkenin diğer bir uygulama alanı hakkında fikir sahibi olmak anlamında faydalı olabilir. Şöyle ki: Kişilerin mal varlığı ya da kişi varlığı, devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerin kamu hizmeti görmeleri sırasında zarara uğrayabilir. Kamu yararının üstünlüğü nedeniyle, bu gibi müdahalelere genelde hukuk düzenince izin verilir ve bunun sonucunda kişilerin uğrayabileceği zararlar, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi doğrultusunda giderilmeye çalışılır. Kamu yararının üstün tutulduğu bu durumlara “kamulaştırma, kamulaştırmaya denk sayılabilecek diğer idari tasarruflar, olağanüstü hal durumunda idarenin el koyma yetkisi gibi bazı durumlar” örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlarda kişiler devletten uygun bir denkleştirme bedeli talep edebilirler. Bu talebin haklı gerekçesi ise, amaçlanan somut kamu yararı karşısında, bir kimsenin diğer bir kimseye oranla daha ağır bir fedakârlığa katlanmak yükümlülüğü altında kalması ve bunun sonucunda da uğradığı zararın karşılanması ihtiyacı doğmasıdır.¹³

Medeni Hukuk alanında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden doğan sorumluluğun söz konusu olduğu bazı durumlar ise şunlardır: a) Zorunluluk (ıztırar) hâlinde (MK. m. 753 ve BK. m. 52/II); b) Komşuluğa ilişkin bazı durumlarda (Medeni Kanununun 744., 746., 747., 748., ve 761. maddelerinde); c) Haksız veya taşkın inşaat durumlarında yaratılan değerlerin korunmasında (MK. m. 724, MK. m. 725); d) Başkasının taşınmazına geçen şeyleri alma hakkında (MK. m. 752); e) Çevre etkilerinden doğan müdahalelerde (MK. m. 737, MK. m. 730).¹⁴

2.1. Konunun Sınırlandırılması

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin medeni hukuktaki başlıca uygulama halleri şu başlıklar altında toplanmaktadır: “Zorunluluk durumları”, “takip haklarına ilişkin durumlar”, “komşuluk hukukuna ilişkin bazı durumlar”. “Zorunluluk durumları” içinde, zorunluluk durumları ile isim olarak benzeşen ancak

¹³ Uluşan, **a.g.m.**(Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta ...), s. 60

¹⁴ Ataay, **a.g.e.**, s. 76.

esasen zorunluluk durumlarının bir türü olan “zorunluluk hâli” de yer alır. Bu konu Borçlar Kanunu’nda “ıztırar hâli” başlığı altında düzenlenmiştir ancak Medeni Kanunda ise “zorunluluk hâli” başlığı altındadır. Komşuluk hukukundan doğmaları sebebiyle, “komşuluğa ilişkin bazı durumlar” başlığı altında incelenebilecek olan “zorunlu geçit hakkı(MK. m. 747, MK. m. 748)”, “zorunlu su hakkı(MK. m. 761)”, “zorunlu mecrâ hakkı(MK. m. 744 – MK. m. 746)” gibi haklar ise, zorunluluk unsurunu barındırdıkları için, “zorunluluk durumları” içinde de incelenebilir. Medeni Kanunun, “sürüklenen şeyler ile benzerlerinin alınması” başlığını taşıyan 752. maddesi ise, “takip haklarına ilişkin durumlar” dandır. MK. m. 752’ye göre, takip hakkına sahip olan malikin, doğal güçlerle(su, rüzgar, çığ vb.) başkasının taşınmazına sürüklenen ya da düşen malını ya da buraya giren büyük ve küçük baş hayvanını ya da arı, tavuk, kuş ve balık gibi hayvanlarını arayıp onları bu araziden almasına, komşu arazi malikinin izin vermesi gerekir. Arazi maliki bunun sonucunda, komşu malikin takip hakkından dolayı herhangi bir zarara uğrarsa bunun denkleştirilmesini istemek ve denkleştirme bedeli kendisine ödeninceye kadar o şeyleri hapsetmek hakkına sahiptir.¹⁵

Tandoğan tarafından, “zorunluluk halleri” adı altında incelenen, ancak Ulusan’ın yaptığı ayrımına göre “komşuluk hukukuna ilişkin durumlar” başlığı altında yer alması kanımızca daha uygun olan, Medeni Kanunun “arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi” başlığını taşıyan 724. maddesindeki düzenleme ve “taşkın yapılar” başlığını taşıyan 725. maddesindeki düzenleme de, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin görünüm biçimlerindedir. Buna göre, başkasının arsası üzerinde yapılan bir yapı söz konusu olduğunda ya da ya da başkasının arsasına taşan bir yapı söz konusu olduğunda, bunun için yaratılan ekonomik değerlerin korunması bakımından ve iyiniyetli yapı sahibinin üstün sayılan çıkarı nedeniyle, arsa sahibinin uğradığı fedakârlığın denkleştirilmesi amaçlanır.¹⁶

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin güncel hayattaki en yaygın görünüm biçimi ise, komşuluk hukukuna ilişkin diğer bir durum arz etmekte olup, MK. m. 730 ve MK. m. 737’de düzenlenmiştir.¹⁷ Çalışmamızın aşağıda yer alan bölümünde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi önce, “zorunluluk hâli” çerçevesinde ele alınacaktır. Daha sonra bu ilke, komşuluk hukuku kapsamına giren, “çevre etkileri yaratan müdahaleler” açısından incelenecektir. Böylelikle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi iki farklı konu bakımından değerlendirilmiş olacaktır.

¹⁵ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, s. 49.

¹⁶ Ulusan, **a.g.m.**(Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta...), s. 60 -61.; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, s. 49.

¹⁷ Günümüzde, Medeni Kanunun 737. maddesi , bir çevre hukuku düzenlemesi olarak da ele alınmaktadır. Bu madde, komşu taşınmazların maliklerinin birbirlerini olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıklardan istisna sayılabilecek durumlar dışında kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların MK. m. 730’ye göre ise, yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesi talep edilebilmektedir.

2.2. Zorunluluk Hâli ile İlgili Uygulama

2.2.1. Zorunluluk Hâlinin Tanımı

Bir kimsenin kendisinin ya da başkasının şahıs varlığını ya da mal varlığını, bir zarardan ya da derhal meydana gelecek bir tehlikeden korumak için, üçüncü bir şahsın mallarına zarar vermesi durumuna “zorunluluk (ıztırar) hâli” denir.¹⁸ Zarara uğrayan taşınmazın, üçüncü şahsa ait bir taşınmaz olması durumunda, BK. m. 52 / II ve MK. m. 753 uygulanır.

2.2.2. Zorunluluk Hâli ile İlgili Olarak Borçlar Kanunu ve Medeni Kanundaki Düzenleme

Zorunluluk hâli ile ilgili olarak Türk Borçlar Hukukundaki temel düzenleme olan BK. m. 52 / II şöyledir: “Kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına hâle iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hakim hakkaniyete tevfikân tayin eder.”

Zorunluluk hâlinde işlenen fiil, hukuka aykırılık arz etmemesi açısından BK m. 52/I’de yer verilmiş olan “meşru müdafaa” gibidir. Bilindiği üzere zorunluluk hâlini meşru müdafaa halinden ayıran esas nokta, tehlike ya da zararın, malına zarar gelen kişi tarafından meydana getirilmesi halinde artık zorunluluk hâli değil meşru müdafaa hâlinin söz konusu olmasıdır. Zorunluluk hâli ile meşru müdafaa hali karşılaştırıldığında, üzerinde durulması gereken en önemli noktalardan biri, Borçlar Kanunundaki düzenlemeye göre, meşru müdafaa halinde verilen zararın hakkaniyete göre tazmini zorunluluğu getirilmemişken, hem Borçlar Kanunundaki, hem de Medeni Kanundaki zorunluluk hâli ile ilgili düzenlemeye göre, verilen zararın hakkaniyete göre giderilmesinin gerektiğidir.¹⁹

4721 sayılı yeni Medeni Kanunun 753. maddesi ise, eski Medeni Kanundaki düzenlemeye ek olarak getirilen ikinci fıkrasında, açıkça fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine yer vermiştir. Yapılan değişikliği daha belirgin olarak görmek açısından, eski ve yeni kanundaki düzenlemeleri karşılaştırmak faydalı olacaktır.

Hukuki hayattaki ihtiyaçlar doğrultusunda düzenlenen yeni Medeni Kanunun 753. maddesi ise, hem yukarıda bahsettiğimiz ve konumuz açısından önemli olan ek fıkrayı içermekte, hem de daha açık ve anlaşılır ifadelerle yer vermektedir. “Zorunluluk halinde” başlığı altında düzenlenmiş olan MK. m. 753 / I, şöyledir: “Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.” MK. m. 753/II ise şöyledir: “Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli

¹⁸ Oğuzman – Öz, **a.g.e.**, s. 490.

¹⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 38.

li isteyebilir.” Görüldüğü üzere, 743 sayılı eski Medeni Kanunu’un 677. maddesindeki “...Mülk sahibi bu tecavüzdten mutazarrır olmuş ise muhik bir tazminat talep edilebilir” şeklindeki düzenlemenin yerini, 4721 sayılı yeni MK. m. 753/II deki “Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir” şeklindeki düzenleme almıştır. Kanımızca, MK. m.753/II ile, günümüz hukukunda ihtiyaç duyulan kanuni düzenleme, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi doğrultusunda yapılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın “Hukuka aykırılığı kaldıran haller” üst başlığı altındaki “Sorumluluk” başlığını taşıyan 63. maddesinin 2. fıkrası şöyledir: “Kendisini veya bir başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için bir diğer kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hakim hakkaniyete göre belirler”²⁰. Bu tasarıda Borçlar Kanununun 52. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye paralel bir düzenlemeye gidilmiş olması, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin önemine işaretir.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin gözetildiği diğer belirgin kanuni düzenleme örneklerine ayrıca aşağıda değinilecektir.

2.2.3. Zorunluluk Hâlinde İşlenen Fiilin Hukuka Aykırı Olmadığına İlişkin Şartlar

Zorunluluk hâli ile ilgili olarak hukukumuzda, hukuka aykırı olmayan bir fiilden dolayı fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan bir sorumluluğun kabul edilmiş olduğunu belirtmeliyiz. Ancak, zorunluluk hâlinde söz konusu olan fiilin hukuka aykırı olmadığı kabulü için bazı şartlar gerekmektedir. Bunlardan birincisi; bir kimsenin kendisinin ya da bir başkasının şahsına ya da mallarına zarar verici bir olgu, ya da derhal meydana gelecek bir tehlikenin var olmasıdır. Zarar verici bu olgu ya da tehlike, bir şahıs tarafından meydana getirilebileceği gibi, doğa olaylarından da kaynaklanabilir. Zarar verici olgunun mevcut olması ya da somut olaydaki tehlikenin derhal meydana gelecek bir özellik arz etmesi gerekmektedir.²¹ İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararından yola çıkarak; bir kimse, gerçekte tehlike bulunmazken, mazur görülebilecek bir hata sonucu zorunluluk şartlarının doğduğuna inanıyorsa ve içinde bulunduğu duruma göre böyle düşünmekte haklı sayılırsa, bu kişinin tehlike içinde bulunduğunu düşünerek başkasının taşınmazına girmesi ya da benzer bir durumda, kıyas yoluyla MK. m. 753 hükmünün uygulanması kabul edilmiştir. Girilen taşınmazın tehlikeyi yaratan şahsa ait olması durumunda da zorunluluk hâli söz konusudur. Ancak böyle bir durumda hakkaniyet, tehlikeyi yaratan taşınmazın malikine tazminat verilmemesini gerektirir. İkinci şart ise, söz konusu fiilin zorunluluk hâlinde işlendiğini kabul edebilmek için, bu fiilin zarar veya tehlike-

²⁰ **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı** (Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, 2008), s. 16.

²¹ Ancak bazı yazarlar “nisbeten uzak bir tehlike halinde de BK. m. 52 / II hükmü uygulanabilmelidir” diyerek bu şartı eleştirmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 38.

yi önlemek açısından zorunlu ve buna elverişli olması şarttır. Üçüncü şart, önlenmek istenen zararın verilen zarardan daha büyük nitelikte olması gereğidir. Dördüncü şart ise, zorunluluk hâlinin, ancak tehlike ya da zarar tehdidi altındaki birinin başka bir kimsenin malına zarar vermesi halinde mümkün olmasıdır. Oysa başkasının şahsına zarar verilmesi halinde ise ortada bir haksız fiil vardır, yani artık fiil hukuka aykırıdır. Tandoğan'a göre, bir fiilin zorunluluk hâlinde işlendiğinin kabulü için başkasına verilen zararın kasden yani bilerek meydana getirilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir saldırıdan kaçarken kasdı olmaksızın ani bir hareketle başkasının evinin camını kırma durumunda zorunluluk hâli söz konusu değildir. Ancak bu durum, doktrinde ıztırar hâlinde söz konusu fiilin hukuka aykırı olmadığına ilişkin bir şart değildir. Şart gibi gözüken bu durumun, bir olayın ıztırar hâlinin özelliklerini taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirilmede yani başlangıçta göz önüne alınması gerekmektedir.²²

2.2.4. Zorunluluk Hâlinde Verilen Zarardan Doğan Sorumluluk ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Uygulanışı

Zorunluluk hâlinde işlenen fiil ile bundan doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Zorunluluk hâlinde verilen zarardan doğan sorumluluk şu esasa dayanır: Mağdur hâlindeki bir kimsenin mallarına zarar vermesine katlanarak fedakârlık göstermek zorunda kalır ancak buna karşılık, zorunluluk hâlinde zarar veren kimse, hukuka aykırı olmayan bu fiilin verdiği zararı hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazmin etmelidir. Zarar görenin gösterdiği fedakârlık karşılığında, zarar verenin de benzer bir fedakârlıkta bulunması gerektiği esasına dayanılır. O halde, sorumluluğun şartları, failin zorunluluk hâlinde başkasının mallarına zarar vermiş olması ve hakkaniyetin bu zararın tazminini gerektirmesidir.²³

Özet olarak, zorunluluk hâlinde haksız fiilden dolayı değil, hukuka aykırı olmayan bir fiilden dolayı sorumluluk söz konusudur. Bu durum, zorunluluk hâlindeki sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu açıkça gösterir. Zorunluluk hâlinde zarar görene yapılması gereken ödeme ile ilgili olarak ise, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca yapılan bu ödemenin esasen tazminat²⁴ niteliğinde olmadığını söyleyenler vardır. Nitekim buradaki amaç, somut olayda

²² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 37 vd.; Oğuzman – Öz, **a.g.e.**, s. 489.

²³ Oğuzman – Öz, **a.g.e.**, s. 608 – 609.

²⁴ Bazı durumlarda zorunluluk hâlinde kurtarma fiilinden yararlanan kimse, zorunluluk hâlinde işlenen fiilden malları zarara uğrayan da olabilir. Bazen de, zorunluluk hâlinde fiili işleyen kimse başkasını tehlikeden kurtarmış olabilir. Bu durumda fiili işleyen kimsenin ödenen tazminat için, tehlikeden kurtarma fiilinden yararlanan kimseye “vekaletsiz iş görme (BK. m. 413)” hükümlerine göre rücu edebileceğini söyleyen yazarlar vardır. Bu yazarlar, meydana gelen zarar karşılığında yapılan ödemeyi “tazminat” olarak adlandırmaktadırlar. Bkz.: Oğuzman – Öz, **a.g.e.**, s. 609.

şanssızlık olarak nitelenebilecek ve aslen istenmeyen durumun sonuçlarını ya da yükümlülüğünü taraflar arasında paylaşarak bir tür denkleştirme yapmaktır.²⁵

2.3. Çevre Etkileri Yaratan Müdahaleler İle İlgili Uygulama

Aşağıda, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, çevre etkileri yaratan müdahaleler açısından ele alınacaktır. 4721 sayılı yeni Medeni Kanunda bu konuyla ilgili düzenleme 730. ve 737. maddelerde yer almaktadır.

2.3.1. Çevre Etkileri Yaratan Müdahaleler Dolayısıyla Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini açıklarken üzerinde sıkça durmuş olduğumuz çıkar çatışmaları zorunlu olarak çevre etkileri dolayısıyla komşu taşınmazların malikleri arasında da meydana gelmektedir.²⁶ Komşuluk hukukunun özünü oluşturan, doktrindeki ifadeyle “yarar birliğinin” ya da Alman Hukukundaki deyimle “komşuluktan doğan ortaklık ilişkisinin” varlığı ve sürekliliği toplumsal yarar için şart olduğundan, hukuk düzeni taşınmazın kullanılmasyla ilgili olarak ortaya çıkan bu çıkar çatışmalarının dengelenmesini gerekli görmektedir. Bu denge, Medeni Kanunumuzun 737. maddesinde mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlamayla sağlanmak istenmiştir.

Medeni Kanunun 737. maddesi, komşuluk hukukuna egemen olan özgürlük, eşitlik, genellik ve hakkaniyet ilkelerini barındırmaktadır. MK. m. 737’de “komşu hakkı” başlığı altında yapılan düzenleme, komşu taşınmazların maliklerinin taşınmazlarını kullanırlarken birbirlerinin şahıs varlıklarına ve maddi varlıklarına karşı yönelttikleri, doktrinde “çevre etkileri” olarak adlandırılan müdahaleler söz konusu olduğunda, mülkiyet hakkına sınırlandırma getirilebileceğini belirtir. Buna göre, kaçınılmaz taşkınlıklar oluşması durumunda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uygulanabilecektir.

MK. m. 737: “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.

Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adetlere göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkararak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.

Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.”

²⁵ Oğuzman – Öz, a.g.e., s. 474.

²⁶ Komşuluk ilişkisi, özel hukuk kurallarıyla ve kamu hukuku kurallarıyla düzenlenmiştir. Ekonomi ve sınıai alanındaki gelişmeler ile birlikte ortaya çıkan çevre sorunlarından komşuluk ilişkileri önemli ölçüde etkilenmektedir. Kanun koyucu, komşular arası ilişkilerde çatışan çıkarlar arasında adil bir dengeyi kurmak için düzenlemeler yapmaktadır. Bu kanuni düzenlemeler ile komşulara, birbirlerine zarar ve rahatsızlık verici müdahalelerden kaçınma yükümlülüğü getirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sulhi Tekinay, **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988), ss. 67-68.

MK. m.737, komşular arasında yöresel barışın sağlanmasını ve korunmasını amaçlayan, bu nedenle de herkes için aynı oranda ve doğrudan sınırlama getiren bir hukuk normudur. Komşuluk ilişkilerinden doğan zorunlu çıkar çatışmalarını düzenleyen MK. m. 737 ile, belli bir çevrede yaşayan ve taşınmazlarını kullanan komşu maliklerin tümü açısından eşit ölçüde hak ve yükümlülük getirilmiştir. Söz konusu sınırlama ile doğan külfetin yarattığı zararın, komşu taşınmaz maliklerinin her birinin aynı sınırlamaya bağlı tutulmasından doğacak yararlar telafi edilmesi beklenmektedir. Öyle ise MK. m. 737'ye göre, taşınmazlarını kullanmakta olan malikler, komşuluk hukukunun hoşgörü sınırlarları içinde kalmak şartıyla, etkisi komşu taşınmazlara değin ulaşabilecek çevre etkilerinin doğumuna yol açabilirler. MK. m. 737/III 'e göre, yerel adetlere uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklı bulunmaktadır. Öyle ise, bu durumda MK. m. 730/II uyarınca hakim, yerel adetlere uygun ve kaçınılmaz olan taşkınlıklardan doğan zararın uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilmektedir.²⁷

Anayasanın 35. maddesi, “mülkiyet hakkı” başlığı altında şöyle der:“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Medeni Kanununun 737. maddesi ile getirilen sınırlama, Anayasanın 35. maddesinde de açıkça görüldüğü üzere kamu yararı için getirilmiştir. Oysa Roma hukukçularından esinlenen klasik mülkiyet görüşüne göre mülkiyet hakkı, hak sahibine neredeyse sınırsız yetki tanımaktaydı ve mülkiyetin içeriğinde çok fazla ödev yoktu. Yani malik, mülkiyete konu olan eşyayı dilediği gibi kullanabilirdi. Malik eşyayı tahrip etme yetkisine dahi sahipti.²⁸ Bu anlayışa göre, çevre sorunlarının söz konusu olduğu durumlarda da malike eşyası üzerinde mutlak bir kullanma özgürlüğü sağlanmıştı. Bu görüş taraftarlarınca, bir işletmenin sahibinin denize, nehre, göle döktüğü kirletici maddeler yüzünden, ya da bir taşınmazın malikinin, etrafa saçılan duman, toz, zehirli gaz gibi çevrenin kirlenmesine yol açan etkenler yüzünden herhangi bir yaptırımla karşılaşması konuları üzerinde durulmamıştı.²⁹

²⁷ İlhan Ulsan, **a.g.m.**(Çevre Etkisinden Doğan Zararlar...), s. 185.

²⁸ Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları** (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1987), s.415.; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959), s.244.; Sahir Çörtoğlu, **Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması** (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti, 1988), s. 67.

²⁹ Gerçek klasik görüş taraftarlarına göre, istisnai olarak mülkiyet hakkından doğan yetkilerin özel hukuk ya da kamu hukuku kurallarıyla sınırlandırılması mümkün olmalıdır. Onlara göre, bu istisnai durumu yaratan sınırlamalar mülkiyet hakkının özüne yabancıdır. Sınırlamalar sonradan getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sahir Çörtoğlu, **Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları** (Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1982), ss. 1 - 2.; Lale Sirmen, “ Taşınmaz Mülki-

Teknoloji alanında yaşanan gelişmeler sonucunda ortaya çıkan sosyal görüşlerin etkisi altında mülkiyet kavramı da değişikliğe uğramıştır. Şöyle ki, mülkiyeti, mutlak ve sınırsız bir hak olarak tanımlayan klasik görüşe karşı, mülkiyetin sosyal bir işlevi olduğunu ileri süren modern görüş doğmuştur. Modern görüş göre, mülkiyet hakkı yetkilerin yanında ödevler de içermektedir. Bu nedenle de, mülkiyetin söz konusu sosyal işlevi ile ilgili olarak kanunla getirilen her sınırlama gerçekte mülkiyetin özünde var olan bir ödev niteliği taşır.³⁰ MK. m. 683 / I: “ Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir” der. Burada ilk bakışta klasik mülkiyet anlayışı söz konusuymuş gibi gözükse de, “hukuk düzeninin sınırları içerisinde” ifadesinden, mülkiyet hakkının içeriğinde bazı ödevlerin de bulunduğu görülmektedir. Bu düzenlemenin yanında, Medeni Kanununun 2. maddesinde, kişilerin haklarını kullanırlarken dürüstlük kuralına uymaları gerektiği ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmadığı ifade edilmiştir. Öyle ise Medeni Kanunumuzda modern görüş etkilidir denebilir.³¹

MK. m. 737’de yer alan düzenlemeye göre malike, komşu taşınmazlara taşkın müdahalelerde bulunmaktan kaçınma ödevi yüklenmiştir. Bu kaçınma sebebiyle, malike hiçbir tazminat ödenmez. Öyle ise bu bir yükümlülüktür.³² Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırım niteliğindeki düzenleme ise MK. m. 730’da yer alır.³³

2.3.2. Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerin Kapsamı

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, “komşu hakkı” başlığı altında düzenlenmiş olan MK. m. 737, komşu taşınmazların maliklerinin taşınmazlarını kullanırlarken birbirlerine karşı yönelttikleri çevre etkilerinin doğurduğu zararlara ilişkin bir düzenleme içermektedir.

Çevre, içinde yaşadığımız ortamdır.³⁴ Bilinçli olarak çevresiyle ilişkiye geçtiği andan itibaren, kişiler için çevre sorunları başlamaktadır.³⁵ İlk akla gelen,

yetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt no: XL, Sayı: 1 – 4 (1988), s. 283.

³⁰ Kemal Oğuzman – Özer Seliçi, *Eşya Hukuku* (9. bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002), ss. 219 – 220.

³¹ Sirmen, *ag.m.*, s. 283.

³² Çörtoğlu, *Komşuluk Hukukunda.*, s. 27 vd.

³³ MK. m. 730’a göre; zarar gören ya da zarar görme tehlikesiyle karşılaşan komşuya, taşkın müdahalelerin sınırlanması ya da yasaklanması için durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilme hakkı tanınmıştır.

³⁴ Çevreyi, kişinin yarattığı ve öğrendiği her şey, bir bakıma da toplumu oluşturan kişiler, kuruluşlar, kentler, doğa, teknik, kültür olarak da tanımlayanlar vardır. Yine bir başka tanıma göre çevre, hayatı mümkün kılan ve devam ettiren koşulların bir araya gelmesiyle oluşan bir bütündür. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çörtoğlu, *Komşuluk Hukukunda.*, s. 24.

teknoloji alanındaki gelişmelere bağlı olarak insan fiilleri sonucunda çevrenin kirlenmesidir. Malik, mülkiyet hakkına dayanarak taşınmazını kullanırken bazı müdahalelerle çevre etkileri yaratmaktadır ve bu müdahaleler çevrenin kirlenmesine ve bozulmasına yol açmaktadır. Kişilerin en yakın çevresi içinde komşuları yer aldığından, komşuluk hukuku alanında sorunlar yaşanacağı açıktır. Bu sorunları en aza indirmek için kanunlarda düzenlemeler yapılmıştır. Malik ile komşular arasındaki ilişkilerin çıkar dengesine bağlı bir düzen içinde sürdürülmesine ihtiyaç olduğundan, bu dengeyi sağlamaya yönelik temel düzenleme MK. m. 737’de yer alır.

MK. m. 737’deki “müdahale” kavramı ile anlatılmak istenen; taşınmazın işletilmesi ya da kullanılması dolayısıyla ortaya çıkan ve komşu taşınmaz üzerinde etkili olan, istenmeyen neticelerdir. Bu maddede yer alan “duman, buğu, kurum, toz, koku, gürültü, sarsıntı” gibi rahatsızlık verici olgulara doktrinde “çevre etkileri yaratan müdahaleler” denmektedir. Çevre etkileri yaratan müdahaleler, MK. m. 737’de sayılanlarla sınırlı değildir. MK. m. 737 / II ’ nin “özellikle” ifadesi ile başlaması, kanun maddesinde belirtilen müdahalelerin örnek olduğunu gösterir.³⁶ Doktrinde bu müdahaleler esas olarak üç başlık altında incelenmektedir: “Maddi müdahaleler”, “manevi müdahaleler” ve “olumsuz müdahaleler”. Maddi müdahalelere olumlu müdahaleler de denir. Bunlar, bir taşınmazın kullanılmasına bağlı olarak komşu taşınmazlar üzerinde etkisini gösteren müdahalelerdir. Bu müdahalelerin, zarara, sıkıntıya ve rahatsızlığa yol açtıkları ve genellikle beş duyuyla anlaşılabilen nitelik taşımalarına rağmen, cisimsel bir nitelik taşımadıkları söylenir. Uygulamada toz, duman, sıvı, gaz halindeki maddeler, sert maddeler ve ayrıca, ses³⁷, sarsıntı, ışık,³⁸ ısı, maddi müdahaleler olarak değerlendirilmektedir.³⁹ *Manevi müdahalelerin* kapsamına ise, herhangi bir taşınmazın kullanılmasına bağlı olarak beliren çirkin bir görünüş ya da tiksindirici davranışlarla çevrede bulunan kişilerin ruhsal yapılarının

³⁵ Çörtoğlu, **Komşuluk Hukukunda**, s. 24.

³⁶ Bu kanun maddesindeki müdahaleler ile ilgili önemli bir nokta; bunların devamlılık göstermesinin aranmaması yani, kısa süreli, hatta bir kereye mahsus zararlı çevre etkilerinin de müdahale kapsamı içine girmesidir. Diğer bir nokta ise; müdahaleye yol açan kimsenin taşınmaz malikinin kendisi olmaması durumunda dahi taşınmaz malikinin müdahaleden doğan zarardan sorumlu tutulmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman – Seliçi, **a.g.e.**, s. 420.

³⁷ Yargıtay, insanın tahammül gücünü aşan ve sabır bırakmayan hareketlerin keşfen tespitinin mümkün olduğu ve hoşgörü sınırının objektif olduğu fikrindedir.: Bkz. Y. 14. HD., 02.10.1992, E. 1091, K. 8445. Bkz.:Turgut Uygur, **Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku** . C. II., (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), s.268.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Y. HGK., 20.05.1987, E. 1 –32, K. 411. Bkz.:Talih Uyar, **Türk Medeni Kanunu(Gerekçeli-İçtihatlı) – Eşya Hukuku**. C. 3. (Ankara: Feryal Matbaacılık, 2002) , s. 2498.

³⁹ Ulusan, **a.g.e.**, s. 161 vd.; Çörtoğlu, **Komşuluk Hukukunda**, s.105.

etkilenmesine, iç huzurlarının bozulmasına neden olan müdahaleler girer.⁴⁰ Örneğin; yakın çevrede işletilen bir kumarhanenin ya da randevuevinin varlığı, mezbahanın ya da çevre için sürekli yangın tehlikesi arz eden bir işyerinin işletilmesi, yine, akıl hastaları için yapılan şifa merkezinin bulunması gibi durumlarda manevi müdahalelerin söz konusu olduğuna uygulamada rastlanır.⁴¹ *Olumsuz müdahaleler* ise; bir taşınmazın işletilmesi ya da kullanılması dolayısıyla komşu taşınmazın hava, ışık, su gibi enerji kaynaklarından yararlanmasını önleme ya da manzarasını kapatma durumunda söz konusu olur.⁴²

Yukarıda açıklanan müdahalelerin etki yaratacağı alanla ilgili olarak belirtmemiz gereken önemli bir nokta; bu müdahalelerin⁴³ sadece bitişik taşınmazda etkisini göstermeyip, yakın çevrede bulunan diğer taşınmazlarda da hissedilebilmesidir. Müdahalelerin etkilerinin hissedilebileceği alan içinde bulunan taşınmazlar komşu kavramı içine girmektedir. O halde, taşınmazlar arasında komşuluğun saptanmasında taşınmazların birbirlerine yakınlığı ve uzaklığı ölçüt olarak alınmamalıdır. Konumuz açısından, Medeni Kanunda komşuyu belirleyici bir ölçüt yer almadığına göre, bu boşluğun doldurulmasında doktrin ve mahkemeler etkili olmaktadır.⁴⁴

2.3.3. Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Sorumluluk ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Uygulanışı

Taşınmaz malikinin MK. m. 737'deki yükümlülüğünü yerine getirmemesi, MK. m. 730 gereğince sorumlu olmasına yol açar. Bu duruma malik kusuru ile sebebiyet vermemiş olsa ve ayırtım gücüne sahip olmasa dahi "taşkınlık" niteliğindeki bir fiilin varlığı", MK. m. 737'nin uygulanması için yeterlidir. Burada, kusursuz sorumluluk söz konusudur.⁴⁵ MK. m. 737'nin yaptırımını niteliğinde olan MK. m.730, "taşınmaz malikinin sorumluluğu" başlığı altında yer almaktadır:

MK. m. 730: "*Bir taşınmazın malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.*

⁴⁰ Y. 1. HD., 08. 11. 2000, E. 13464, K.13858. Bkz.:Talih Uyar, **Türk Medeni Kanunu**. C.3. (Ankara: Feryal Matbaacılık, 2002), ss.3067 – 3068.

⁴¹ Ulsan, **a.g.e.**, ss. 164 – 165.; Oğuzman – Seliçi, **a.g.e.**, s. 420.

⁴² Manzarası kapanan bir işletmenin müşterilerini kaybetmesi, olumsuz müdahalelere örnek verilebilir: Bkz. Ulsan, **a.g.e.**, s.167.; Çörtoğlu, **Komşuluk Hukukunda.**, s. 157 vd.

⁴³ Malikin çevre etkileri yaratan müdahaleleri, olumlu bir fiil sonucunda (örneğin; çevreye gürültü yayan eğlence merkezi kurması)olabileceği gibi, alınması gereken tedbirleri almak gibi olumsuz bir fiili sonucunda da meydana gelebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, s. 198 – 199.

⁴⁴ Çörtoğlu, **Komşuluk Hukukunda.**, ss. 62 – 63.

⁴⁵ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, s.189.; Oğuzman – Seliçi, **a.g.e.**, s. 420.; Y. 4. HD., 17.02.1986, E. 618., K. 1411. Bkz.: Uyar, **a.g.e.**, s. 2499.

Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.”

O halde MK. m. 730'a göre, MK. m. 737'de bahsedilen müdahalelerden etkilenenler, kendilerine tanınan dava olanağıyla uğradıkları zararı tazmin ettirebileceklerdir.⁴⁶ MK. m. 730'daki sorumlu kişiler, taşınmazın malikleri olarak belirtilmiştir. Kişisel bir hakka dayanarak taşınmazı kullananların(kiracılar vb.) malik gibi sorumlu tutulması, önceleri yazarların çoğu tarafından uygun bulunmamaktaydı. Bunun gerekçesi olarak da, genellikle kişisel hak sahibi ile malik arasındaki ilişkinin zarara uğrayan tarafından tam anlamıyla bilinemeyeceği ve kişisel hak sahiplerinin sık sık değiştiği ileri sürülmektedir. Ancak doktrinde gelişen yeni anlayışa ve Yargıtay'ın yeni uygulamalarına göre, kişisel hak sahiplerinin de sorumlu tutulabildiği görülmektedir.⁴⁷ Yazarların bazıları, kişisel hak sahibinin kullanma biçiminin, buna izin veren malik bakımından da mülkiyet hakkının aşılması niteliği arz etmesi durumunda, kişisel hak sahibi ile malikin müteselsilen sorumlu olmaları gerektiğini ileri sürmektedirler. Doktrinde, sınırlı aynı hak sahiplerinin sorumlu tutulup tutulmayacağı ise yine tartışmalıdır.⁴⁸ Ortak mülkiyet halinde, bazı yazarlara ve Yargıtay kararlarına göre, maliklerin her birinden payları oranında tazminat istenebilir. Ancak Tandoğan'a göre, mağduru korumak için ortak maliklerin müteselsil sorumluluğu kabul edilmelidir.⁴⁹

MK. m. 730'un konumuzla ilgili olarak uygulanabilmesi için gerekli olan diğer bir şart; mülkiyet hakkının MK. m. 737'de belirtildiği gibi taşkın kullanılmasıdır. O halde söz konusu müdahaleler taşınmazın kullanılması ve işletilmesi ile ilgili olmalıdır. Örneğin, bir kimse komşu taşınmaz malikine kızarak, sürekli onun bahçesine asitli sular dökerse, burada taşınmazın işletilmesi ya da kullanılması ile ilgili bir durum değil, BK. m. 41'e göre haksız fiil vardır. Ancak bir fabrikadan komşu taşınmaza akan asitli sular, taşınmaz malikinin MK. m. 737'ye göre sorumlu tutulmasına sebep olacaktır. Hâkim taşkınlığı saptarken, tam bir serbestiye sahip değildir, tarafların menfaatlerini dengede tutacak

⁴⁶ MK. m. 730'da yer alan “hakkın yasal kısıtlamalara aykırı kullanılması” ifadesi, mülkiyet hakkının aşılması yani bu haktan doğan ödevlerin yerine getirilmemesi anlamına gelir. Bu ödevlerin başında MK. m. 737'de öngörülmuş bulunan taşınmaz malikinin komşularına karşı taşkın müdahalelerde bulunmaktan kaçınması ödevi gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ersin Şekerci, “Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt no: 57, Sayı no:1-3(1983), s. 24.; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, s. 196.; Sirmen, **a.g.m.**,s. 289.

⁴⁷ Y. 1. HD., 20.04.1991, E. 5559., K. 5379. Bkz.: Uyar, **a.g.e.**, s. 2510.

⁴⁸ Doktrinde ve uygulamada, komşuluk kavramının içeriği, çevre etkisi yaratan müdahalelerden zarar gören herkesi kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Dolayısıyla, “zarar gören kimse malik olabileceği gibi, komşu taşınmazın sınırlı aynı hakka ya da şahsi hakka dayanarak ziyedi olan herhangi bir kişi de olabilir” diyen yazarlar vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, s. 191 vd.; Sirmen, **a.g.m.**, s. 288 vd.

⁴⁹ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, s. 191.

bir yol izlemelidir.⁵⁰ Burada, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi devreye girmektedir.

MK. m. 737'deki taşkınlık için öngörülen ölçü, “taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşma”dır.⁵¹ Bu maddenin gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, söz konusu taşkınlıkların yerel adetin öngördüğü sınırlar içinde kalmasına rağmen “kaçınılmaz” nitelik arz etmesi halinde, bundan doğan zararların denkleştirilmesi istemlerinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uygulanacaktır.

Bazı faaliyetler (inşaat vb.), nitelikleri ya da işletmenin ekonomik durumu gereği önlenemeyen taşkınlıklara neden olur. Kamu yararı gereği, bu faaliyetler sonucunda meydana gelen taşkınlığa hukuk düzenince göz yumulur. Nitekim mülkiyet hakkının sınırları içinde kaldığı kabul edildiğinden bu faaliyetler hukuka aykırı sayılmazlar. Bu durumda meydana gelen zarardan etkilenenlere fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre uygun bir bedel ödenir ve bu yolla zararın denkleştirilmesi sağlanır.⁵²

Ulusan'a göre, yerel adet kavramı, bugünkü iktisadi ve sosyal gelişmeler ve hızlı kentleşme gibi sorunlar karşısında, taşkınlığın saptanmasında ölçüt olma niteliğini tam anlamıyla sağlayamamaktadır. Günümüzde komşuluk hukukunda, yerel adetlere uygun ve komşu taşınmazlar açısından taşkınlık düzeyinde olan müdahalelerin varlığı her zaman için söz konusudur. Bu tür durumlarda yapılması gereken, taşkınlığın önlenmesi için alınması gereken tedbirlerin zarar veren işletmelerin ekonomik olanakları çerçevesinde alınabilir önlemler olup olmadığını araştırmaktır. Ancak o zaman da, işletmelerin ekonomik olanaklarının tedbir almaya yetmediği saptandığında sorun çıkacaktır. Bu durumda MK. m. 737 uygulanacak olursa, söz konusu işletmenin faaliyeti yasaklandığında, iktisadi ve hukuki düzen içinde bu kuruluşun varlığına ve işlerliğine duyulan güven de sarsılmış olacaktır.⁵³ Taşkınlığın önlenmesi için alınması gereken tedbirleri araştırırken, geniş ölçüde ekonomik değer kaybının söz konusu olabileceği durumlarla karşılaşma olasılığı da göz ardı edilmemesi gereken önemli bir noktadır.⁵⁴

⁵⁰ Sirmen, **a.g.m.**, s. 290 vd.; Çörtoğlu, **Komşuluk Hukukunda.**, s. 180.

⁵¹ Y. 1. HD., 20.06.2001, E. 5658, K. 7718. Bkz.: Uyar, **a.g.e.**, ss. 3064 – 3065.

⁵² Ulusan, **a.g.e.**, s. 192 vd.

⁵³ Özellikle, tarımsal işletmelerle sanayi tesislerinin yan yana bulunması durumunda, MK. m. 737'ye göre çözüm bulmak zordur çünkü hem komşu tarlanın verimliliğinin azalmasına sebep olarak ona zarar veren bir fabrika yerel âdete göre faaliyetini sürdürmekte, hem de tarlasını ekmekte olan malik yerel âdete göre faaliyet göstermektedir: Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ulusan, **a.g.m.**(Çevre Etkisinden Doğan Zararlar), s. 186.

⁵⁴ Bu konu ile ilgili olarak Yargıtayın bir uygulamasına yer vermek konumuz açısından uygun olacaktır: Davacılar, maliki buldukları taşınmaza komşu olan davalıya ait hastanenin ısıtma, soğutma, havalandırma üniteleri ile buna ait trafoyun gürültü, ısı ve görüntü kirliliği yaparak zarar verdiğini ileri sürüp, elatmanın önlenmesi isteğinde bulunmuştur. Davalı, gerekli

Yargıtay'ın uygulamalarına bakıldığında, yukarıda bahsedilen sorunlara rağmen, çatışan çıkarılardan, ekonomik yönden topluma daha fazla fayda sağlayanın diğerine tercih edilmesi gerektiği görülmektedir.⁵⁵ Bu durumda ise diğer çıkar feda edilmiş olacağından, söz konusu komşu taşınmaz malikinin hukuk alanına yönelen ağır bir müdahale ortaya çıkmaktadır.⁵⁶ Medeni Kanunun 730. maddesinin son fıkrasında, söz konusu müdahaleyle ağır bir fedakârlıkta bulunmaya zorlanan komşuya, bunun karşılığı olarak uygun bir denkleştirme talebinde bulunma hakkı tanınmıştır.

Sorumluluğun diğer şartı olan “komşular için zarar doğmuş olması” şartında yer alan “zarar” kavramı ile, eşyaya ya da şahsa ilişkin zarardan bahsedilmektedir. Söz konusu zarar, fiili zarar ya da yoksun kalınan kâr niteliğinde olabilmektedir. Öyle ise zarar, mal varlığının zarar verici müdahale meydana gelmeden önceki durumu ile bu olay meydana gelmeseydi mevcut olacak durumu arasındaki fark olarak ifade edilebilir. Ancak denkleştirme bedelinin saptanmasında, mevcut müdahaleden dolayı ileride meydana gelebilecek olası zararların da hesaba katılması gerekir. Öyleyse hakime, takdir yetkisini kullanmada titizlik gösterme görevi düşmektedir. Ayrıca, yeri gelmişken belirtilmesi gereken diğer bir önemli nokta; denkleştirme bedelinin saptanmasında taşınmaz malikinin ek kusurunun bu bedelin miktarının ağırlaştırılmasına sebep olmasıdır. Zarar görenin kusurunun bulunması ise, BK. m. 44 uyarınca söz konusu bedelin indirilmesi ya da tamamen kaldırılması sonucunu doğuracaktır.⁵⁷

MK. m. 730'a göre taşınmaz malikinin sorumluluğunun doğması için gerekli olan son şart ise, taşkın müdahaleler ile ortaya çıkan zarar arasında uygun

tedbirleri aldığı ve havalandırma ünitesinin de yapıldığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Mahkeme, davacıları haklı bularak davanın kabulüyle, elatmanın önlenmesine karar vermiştir. Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtayca; zararın niteliği, kapsamı ve ne surette giderileceği yönünde tarafların tüm delillerinin toplanıp, yerinde keşif de yapıldıktan sonra uzman bilirkişilerden bilim ve tekniğe uygun gerekçeli rapor alınmasına gerek duyulmuştur. 02.01.2003 tarihli bilirkişi kurulu raporuyla, ortaya çıkan zararın, sistemin gürültüyü azaltacak şekilde yalıtım malzemeleri kullanmak suretiyle tanzim edilmesiyle ve mikrop yaydığı iddia edilen havalandırma sisteminin bir baca ile yukarıya verilmesiyle ve makinelerin zemine titreşimlerini giderecek şekilde yapılması ile önlenemesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu suretle zararın giderilmesi olanağı varken ve bilirkişi raporunda belirtilen önleme hükmedilmiş olması gerekirken, davalının yaptığı iş bakımından faaliyetini ortadan kaldıracak biçimde sistemin kaldırılmasına karar verilmiş olmasını Yargıtay yerinde bulmamıştır. Davalının temyiz itirazları yerinde bulunup, hükmün HUMK. m. 428 gereğince bozulmasına 20.01.2004 tarihinde oybirliği ile karar verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Y. 1. HD., 20.01.2004, E. 2002 / 12431, K. 2004 / 182. Bkz.: “Yargıtay İçtihatları”, **İstanbul Barosu Dergisi**. Cilt no: 78, Sayı : 2 / 2004 , ss. 733 – 735.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Y. 1. HD., 12.11.2001, E. 11328, K. 12121. Bkz.: Uyar, **a.g.e.**, ss.3062 – 3063.; Y. HGK., 30.05.2001., E. 4763, K. 4551. Bkz.: Uyar, **a.g.e.**, ss. 3066 – 3067.

⁵⁶ Uluslan, **a.g.m.**(Çevre Etkisinden Doğan Zararlar...), s. 189.

⁵⁷ Sirmen, **a.g.m.**,ss. 292 – 293.; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, s. 201 vd.

illiyet bağının var olmasıdır. Tandoğan'a göre; malik, illiyet bağını kesen sebeplerin(mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru, üçüncü kişinin kusuru) varlığını kanıtlarsa, sorumluluktan kurtulur.⁵⁸

Birden çok taşınmaz malikinin birlikte taşkın müdahalede bulunduğu ve ayrı olarak da zararı doğurmaya yeterli olduğu ortak ve yarışan illiyet durumlarda müteselsil sorumluluk söz konusu olur. Bunun yanında, alternatif illiyet hallerinde yani her bir taşınmaz malikinin zararı doğurma olasılığının bulunduğu ancak zararın hangi taşınmaz malikine ait olduğunun belirlenemediği durumlarda, taşkın müdahaleyi yapan taşınmaz malikleri yine müteselsilen sorumlu olurlar. Birden çok taşınmazdan gelen müdahalelerden her biri kendi başına taşkın olarak nitelendirilmeyip ancak bu müdahalelerin bir arada olmaları şartıyla taşkınlık oluşuyorsa, burada durum değişmektedir. Artık bu taşınmaz maliklerinin her birine ayrı ayrı başvurup zararın giderilmesini talep etmek bir sonuç vermeyecektir çünkü her bir malik kendisine başvurulduğunda, kendi müdahalesinin taşkın olmadığını iddia edecektir. 743 sayılı eski Medeni Kanunun 656. maddesini bu durumda uygulamak yeterli olmuyordu. 4721 sayılı yeni Medeni Kanunun 730. maddesi, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi doğrultusunda yeniden düzenlendiğinden, söz konusu durumda artık uygulanabilmektedir. Buna göre, birden fazla taşınmaz malikinin her birinden çıkan müdahalenin tek başına hukuka aykırı olmamasına rağmen, müdahalelerin birleşmesiyle meydana gelen zararın büyük olması sebebiyle, MK. m. 730/III'e dayanarak, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca denkleştirme bedeli talep edilebilecektir.⁵⁹

MK. m.730 ve MK. m. 737, komşuluk hukuku ile birlikte, çevre hukuku açısından da önem arz ettiğinden, Çevre Kanununun 28. maddesi ile bağlantılı bazı açıklamalar yapmakta fayda vardır. "Kirlenenin sorumluluğu" başlığını taşıyan Çevre Kanunu m. 28'e göre, çevreye zarar verenler ve çevreyi kirletenler bundan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar.⁶⁰ Çevre Kanunundan doğan sorumluluk, çevrenin kirlenmesi durumunda söz konusudur ve sorumlu

⁵⁸ Tandoğan, **Kusura Dayanmayan.**, ss. 203 – 204.

⁵⁹ Sahir Çörtoğlu, " Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması ", **Yargıtay Dergisi.** Cilt no: 12, Sayı no: 1 – 2 (Ocak – Nisan 1986), s. 91.; Sirmen, **a.g.m.**, ss. 293 – 294.; Halük Tandoğan, " 2872 Sayılı Çevre Kanuna Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk ", **Yargıtay Dergisi.** Cilt no: 12, Sayı no: 1 – 2 (Ocak – Nisan 1986), ss. 49 – 50.

⁶⁰ *Çevre Kanunu m. 28: "Çevreyi kirlenenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Kirlenenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır."*

kişi “kirlen”dir. Çevre Kanununa göre, çevrenin kirlenmesinden dolayı zarar gören herkes dava açmaya yetkilidir.⁶¹

Çevre Kanununa göre “kirlen” sayılan kişinin sorumluluğunun şartları, diğer sebep sorumluluklarının şartlarıyla aynı zamanda ve aynı kirlenme olayında ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda, kirlenenin sorumluluğunun Çevre Kanunu m. 28’e göre özel sorumluluk olarak nitelendirilip diğer sorumluluk türlerini bertaraf edip etmeyeceği ya da, diğer sorumluluk türleriyle yarışıp yarışmayacağı sorunu akla gelebilir. Sorumlulukların yarışması durumunda, zarar gören kimse istediği sorumluluk türüne dayanıp tazminat alabilir ancak bu durumda diğer sorumluluk türlerinden doğan tazminat hakları düşecektir. Nitekim, Çevre Kanunu madde 28/II, “Kirlenenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır” hükmü ile, sorumlulukların yarışması ilkesinden yola çıkarak bu soruna çözüm getirir. Zarar gören kimse, Çevre Kanunu m. 28 uyarınca “kirlenenin sorumluluğu” ya da MK. m. 730 uyarınca “taşınmaz malikinin sorumluluğu” arasında seçim yapabilir. Sonuç olarak, zarar gören kimse, işine gelen sorumluluk türüne dayanarak zararının giderilmesini sağlamakta serbest bulunmaktadır.⁶²

SONUÇ

“Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları İle İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar” başlıklı çalışmamızda incelemiş bulunduğumuz fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, kusursuz sorumluluk çerçevesinde uygulama alanı bulmaktadır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulandığı durumlarda, sorumluluk sebebi kusurlu bir davranış ya da tehlikeli bir fiil değildir. Bu ilkeye göre, olası bir çıkar çatışmasında ya da hukuki değerler çatışmasında, hukuk düzeni üstün değere düşük değer karşısında öncelik tanımaktadır. Çalışmamızda bu ilke Medeni Hukuk çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır. “Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” doktrinde “fedakârlık sorumluluğu” ve “hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk” olarak da adlandırılmaktadır. Bu ilkeye göre, feda edilen değer hukuken korunan bir değer olduğu için sorumluluk doğmaktadır.

Çalışmamızda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ilk başta, çeşitli kullanılış biçimleri hakkında bilgi verilerek genel olarak ele alınmıştır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerde bu ilkenin, “zorunluluk(ıztırrar) hâli” ve en güncel görünüm biçimi olan “çevre etkileri yaratan müdahaleler” açısından ayrıntılı olarak incelenmesi uygun görülmüştür.

⁶¹ MK. m. 730’a göre ise ancak, taşınmazın malikinin mülkiyet hakkını aşkın kullanmasından dolayı zarar gören ya da zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kimse dava açmaya yetkili idi.

⁶² Y. 3. HD., 6.2.1977, E. 55592, K.1307. Bkz.: Uyar, **a.g.e.**,ss.2497-2498.; Tandoğan, **a.g.m.**(2872 Sayılı Çevre Kanuna Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk), ss. 51-52.; Lale Sirmen, “Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**. Sayı: 1990/I(Şubat 1990), ss.29-30.

4721 sayılı yeni Medeni Kanun, 743 sayılı eski Medeni Kanunun günümüzün ihtiyaçlarını karşılayan çağdaş yorumu niteliğindedir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, özellikle 4721 sayılı yeni Medeni Kanunun 730. ve 737. maddelerinde yapılan değişiklikler ile önem kazanmış bulunmaktadır. Çalışmamızda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, özellikle MK. m. 730 ve MK. m. 737 uyarınca ve ayrıca MK. m. 753 uyarınca kapsamlı olarak incelenmeye çalışılmıştır. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ile ilgili olan yeni düzenlemeyle, insan ilişkilerinde meydana gelebilecek çıkar çatışmalarına adil bir çözüm bulmak amaçlanır. Buna göre, bozulan dengeyi sağlamak için, fedakârlıkta bulunan tarafın uğradığı zarar, hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli ile giderilmelidir.

KAYNAKÇA

- Ataay, Aytetin. **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**. Üçüncü bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Çörtoğlu, Sahir. **Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları**. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1982.
- Çörtoğlu, Sahir. **Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması**. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti, 1988.
- Çörtoğlu, Sahir. “Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”. **Yargıtay Dergisi**. Cilt no: 12. Sayı no: 1 – 2 (Ocak – Nisan 1986).
- Deschenaux – Pierre Tercier, Henri. **Sorumluluk Hukuku**. Çev.: Salim Özdemir. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983.
- Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Dokuzuncu basım. Ankara: Beta Yayınevi, 2006.
- İmre, Zahit. **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- Oğuzman, Kemal – Öz, Turgut. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 3. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Oğuzman, Kemal – Seliçi, Özer. **Eşya Hukuku**. 9. bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.
- Rado, Türkan. **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.
- Şirmen, Lale. “Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt no: XL, Sayı: 1 – 4, 1988.

- Sirmen, Lale. “Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”. **Ankara Barosu Dergisi**. Sayı: 1990/I.
- Şekerci, Ersin. “Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”. **İstanbul Barosu Dergisi**. Cilt no: 57. Sayı no:1-3, 1983.
- Tandoğan, Halûk. **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**. Birinci basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981.
- Tandoğan, Halûk. “2872 Sayılı Çevre Kanuna Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”. **Yargıtay Dergisi**. Cilt no: 12. Sayı no: 1 – 2 (Ocak – Nisan 1986).
- Tekinay, Selâhattin Sulhi. **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.
- Uluslan, İlhan. “Çevre Etkisinden Doğan Zararlar ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”. **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980.
- Uluslan, İlhan. “Çevre Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”. **Yargıtay Dergisi**. Cilt no: 12. Sayı no:1-2, 1986.
- Uluslan, İlhan. **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.
- Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1987.
- Uyar, Talih. **Türk Medeni Kanunu(Gerekçeli-İçtihatlı)-Eşya Hukuku**. C.3., Ankara: Feryal Matbaacılık, 2002.
- Uygur, Turgut. **Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**. C.II. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Yargıtay İçtihatları. **İstanbul Barosu Dergisi**. Cilt no: 78. Sayı : 2 / 2004.

Hukuk Eğitimi

ALMANYA'DA HUKUK EĞİTİMİ

*Yrd. Doç. Dr. Naim DEMİREL**

Bölüm I

I. Genel Olarak Hukuk Eğitimi

Almanya'da hukuk eğitimi eyaletten eyalete değişiklik göstermektedir. Hatta aynı eyaletteki değişik fakülteler arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Hukuk Eğitiminin içeriği DRiG'de (Deutsche Richtergesetz= Federal Hâkimler Kanunu), Eğitim Kanunlarında ve Eyaletlerin tüzüklerinde düzenlenmektedir.

Almanya'daki hukuk eğitiminin bütün eyaletler için temel prensiplerini Federal Hâkimler Kanunu ortaya koymuştur. Federal Hâkimler Kanununa göre hukuk eğitiminin süresi dört yıldır. Bu süre içinde öğrencilerde; üniversitedeki ağırlık alanı sınavlarına hak kazanmaları ve devlet sınavı için zorunlu olan derslerden başarılı olmaları gibi şartlar aranmaktadır¹.

Fakültedeki eğitim, zorunlu derslerden ve ağırlıklı alanın seçimlik derslerinden oluşmaktadır. Bunun yanında yabancı dil ile yapılmakta olan bir dersin de başarıyla verilmesi ya da buna alternatif olarak mesleki yabancı dil kurslarının başarıyla tamamlanmış olması gerekmektedir².

Zorunlu dersler Medeni Hukukun, Ceza Hukukunun, Kamu Hukukunun ve Usul Hukukunun Temel Esasları'ndan oluşmaktadır. Bunun yanında Hukuk Metodolojisi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Tarihi ve Hukuk Sosyolojisi yine bu zorunlu derslerin arasında yer almaktadır. Ayrıca bu dalların Avrupa Hukuku bağlantılarıyla birlikte ele alınması da aranan şartlardandır.

Ağırlık alan kısmındaki eğitim ise, bu ana bölümlerin belli konularında, daha da detaya girilmesi amaçlanmıştır. Hukukun disiplinler arası ve uluslararası bağları, ağırlıklı alan programlarında işlenmektedir.

Hukuk öğreniminin içeriğinin, öğrencilerin mezun olduktan sonra, yargı ve yürütme organlarında görev yapacağı, bundan başka ayrıca hukuk danışmanlığı

* Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ DRiG Paragraf 5a/1

² DRiG Paragraf 5a/2

verebileceklerinin de göz önüne alınarak oluşturulması gerekmektedir. Bunun için de hukuk öğrencilerinin anahtar bir takım özelliklere sahip olması beklenmektedir. Bu özelliklerin kazanılabilmesi ve güçlendirilmesi amacıyla ders programlarında taraflarla görüşme, pazarlık yapma, retorik, uzlaştırma, sorunların görüşmeler yoluyla önlenmesi, arabuluculuk, ifade alma teknikleri, iletişim teknikleri gibi dersler yer alacaktır. Yarıyıl tatillerinde üç aylık pratik yapılması da ayrıca öğrencilerden beklenmektedir³.

Üniversite öğretimi birinci sınavla bitmektedir. Bu sınav artık birinci devlet sınavı (1. Staatsexamen) olarak adlandırılmamaktadır. Çünkü bu sınavın bir bölümü artık üniversitede verilmektedir.

Öncelikle 9 sömestirlik üniversite eğitimi tamamlanmaktadır. Bu dönem hukuk fakültesinin eğitim planına göre organize edilmektedir. Bu sürenin geçirilmesi halinde herhangi bir ceza söz konusu değildir. Örneğin bir öğrenci 8.sömestirden sonra sınava başvurursa, serbest deneme (*Freischuss*) ile ödüllendirilir. Bu sebeple öğrenciler genellikle eğitim planına uymaya çalışmaktadırlar

Ortalama olarak her bir öğrenci 10 sömestir yani 5 yıl fakültede kalmaktadır. Bu süreye bütün sınavlar dâhildir. Birinci sınavdan sonra – belli bir bekleme süresinden sonra – iki yıllık hazırlık hizmetleri stajı (*Referendariat*) başlamakta-
dır.

Bu uygulamaya yönelik ikinci aşama farklı staj yerlerinde; örneğin mahkemelerde, savcılıklarda, çeşitli idari birimlerde, bir avukat yanında ve bir de seçimlik yerde yapılmaktadır. Bu iki yılın sonunda ikinci devlet sınavı (*Zweitestaatsexamen*) yapılmaktadır.

Böylelikle, hukuk eğitim ortalama toplamda 7-8 yıl sürmektedir.

Hukuk Öğretimi Reformu sürecinde, 2003 yılından bu yana, öğrencilerin seçtikleri ağırlıklı alan derslerinden üniversiteler sınav yapmaktadırlar. (*Bu durum önceki seçimlik dallarla kıyaslanabilir.*) Devletçe yapılan zorunlu dallar sınavı, öğrenim kurumları tarafından yapılmamakta, aksine devletin yetkili kurumlarınca (*Justizprüfungsamt– JPA*) yapılmaktadır.

Bu her iki sınava birden “**İlk Hukuk Sınavı**” adı verilmektedir. Bu sınavın değerlendirilmesinde, % 30 öğrencinin “ağırlık alan notları”, %70 de devlet tarafından yapılan sınavdan alınan notların ağırlığı dikkate alınmaktadır.

JPA tarafından yapılan sınavda ise, aranan başarı şartı eyaletten eyalete değişmektedir. Kural olarak birden fazla kapsamlı sınav ve saatlerce süren ve bir sunumla biten sözlü sınav yapılmaktadır. Bazı eyaletlerde önceden verilen bir

³ DRiG Paragraf 5a/3

konu üzerine bilimsel bir ödev yapılması istenmektedir. Üniversiteler, belli bir çerçevede kalmak kaydıyla, ağırlıklı dal sınavını serbestçe düzenleyebilir.

Bu ilk sınav “*Volljurist*” olmak için bir ara adım olduğundan, bu sınavın başarılmasıyla birlikte akademik bir derece alınamamaktır. Birinci sınavı bitirenler için iş hayatına atılmak özellikle Almanya'daki hukuk eğitiminin mahiyetini bilmeyen diğer ülkelerde bazı olumsuz etkiler doğurmaktadır. Bu sebeple bazı eyaletler 1990'dan bu yana birinci sınavı bitirenlere “*Jurist (Univ.)*” ya da “*Referendar*” gibi bir unvan vermeye başlamıştır.⁴

Aynı şekilde bazı üniversiteler müracaat edilmesi halinde bu sınavı başaran öğrencilerine her hangi bir başka sınava gerek kalmaksızın “*Diplom-Juristen (Dipl.-Jur.)*” ya da “*Magister iuris*” unvanlarını vermektedir. Bu kişiler “*Referendariat*” denilen “*Hukuki Hazırlık Hizmeti*”ne başlarlar.

Bu durum Türkiye'deki hâkimlik ve avukatlık stajına benzemektedir. Bu staja müracaatın fazlalığı ve staj yapmak için gerekli yer azlığı sebebiyle bir bekleme süresini hesaba katmak gerekmektedir. Bu eğitimin amacı teorik bilgilerin artırılması ve derinleştirilmesi, özellikle usul hukuku, hâkimlerin, savcılarının, idarenin ve avukatların mesleklerini icra etmelerini gözlemlemek ve genç hukukçulara bir bakış açısı kazanmaktır.

Bu staj en az 1,5 yıl sürmektedir ve birden fazla istasyonları kapsamaktadır. Söz konusu istasyonlarda stajyerler bir “*Volljurist*”⁵ gözetimine verilmekte ve onun tarafından denetlenmektedirler. Bu evrelerde stajyerler çeşitli hukuk mesleklerini öğrenecektir. Mahkemelerdeki, İdaredeki ve Avukat yanındaki istasyonlar zorunludur. Bu istasyonlarda özel hukuk, ceza hukuku ve kamu hukuku stajları yerine getirilmek zorundadır. Her istasyonda tecrübeli bir hukukçu stajyerin eğitimiyle ilgilenmeyi üstlenmektedir. Bunun yanında dersler ve pratik çalışmalar da yerine getirilmektedir.

Genellikle eyaletlerde, bu staj döneminde, stajyerler görevden alınabilecek memur olarak ya da sözleşmeli personel olarak atanırlar ve eğitim yardımı alırlar.

II. Hukuk Öğreniminin Materyalleri

Hukuk eğitiminin temelinde üç ana dal zorunlu ders olarak bulunmaktadır; Özel Hukuk, Kamu Hukuku ve Ceza Hukuku. Yine zorunlu dersler arasında, Hukuk Tarihi, Hukuk Felsefi ve Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Metodolojisi bulunmaktadır.

Bu derslerin yanında seçimlik ağırlıklı alan dersleri vardır. Ağırlıklı alan eğitiminde ise hukukun başka dalları programa dâhil edilmektedir. Öğrenciler bunlar arasından seçim yapmaktadır.

⁴ Örneğin bkz. § 15 Abs. 4 SächsJAPO

⁵ Her iki “*Staatsexamen*”ı kazanan kişiler bu unvana sahip olmaktadır.

Fakültelerce, bu programlar çeşitli dersler eklenmek zenginleştirilmekte, söz konusu derslerin başarıyla bitirilmesi halinde bazıları için ek başarı belgeleri düzenlenmektedir. Örneğin, Gazetecilik ve Hukuk, Mesleki Hukuki Koruma, Sigorta Hukuku, Banka Hukuku, Avukatlık Hukuku derslerinde olduğu gibi.

Hukuk Eğitimi Kanunu öğrencilere belli bir eğitim formunu mecbur tutmaktadır.⁶ Hukuk Fakültesinin sunduğu programlar öğrencilere bu hususta yardımcı olmaktadır. Gerçi bu programlar öğrenciler için bağlayıcı olmamakla birlikte, bunun haricinde bir plan yapmak pek uygun değildir. Temel kural alınan derslerin haftalık 20-22 saati geçmemesidir. Aksi takdirde yeterli ön hazırlık ve tekrara zaman kalmayacaktır.

Bölüm II

Hukuk Eğitimi: Münster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Örneği

Çalışmanın bu bölümünde Westfaelische Wilhelm Münster Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin programı detaylı olarak ele alınarak, Almanya'daki hukuk eğitimi somut verilerle sunulacaktır.

1. Münster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Programı⁷

Başlama: Kış Sömestir	Haftalık Ders	Kredi
1. Sömestir		
Medeni Hukuka Giriş ve Genel Hükümler	5	7,5
Anayasa (Devlet Hukuku) I	4	6
Ceza Hukuku I	4	6
Temel Hukuk Bilimleri I	2	3
Medeni Hukuk (Pratik Çalışma)	2	—
Devlet Hukuku (Pratik Çalışma)	2	—
Ceza Hukuku (Pratik Çalışma)	2	—
Dönem Ödevi (Medeni Hukuk)	—	6
Toplam	21	28,5

⁶ Örneğin JAG-NW (Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen =Kuzey Ren Westfalya Eyaleti Hukuk Eğitimi Kanunu) sadece birinci sınava müracaat için en az 4 sömestr hukuk öğrenimi yapmış olmayı ve ara sınavın başarıyla verilmiş olması gerektiğini ve başarılı derslerin maksada uygun bir şekilde olması gerektiğini düzenlemektedir.

⁷ Beschluss FBR 030.07.2007 TOP 9

2. Sömestir		
Borçlar Hukuku Genel ve Satış Hukuku	4	6
Yasal Borç İlişkileri Hukuku	3	4,5
Anayasa (Devlet Hukuku) II	4	6
Ceza Hukuku II	4	6
Temel Hukuk Bilimleri II	2	3
Anahtar Yeterlilik	2	3
Staj I	—	6
Dönem Ödevi (Kamu Hukuku)	—	6
Toplam	19	40,5

3. Sömestir		
Sözleşme Hukuku (Özel) / Tüketiciyi Koruma Hukuku	2	3
Eşya Hukuku	4	6
Aile Hukuku	2	3
İdare Hukuku Genel Hükümler	4	6
İdare Hukuku (Kolluk Kuvvetleri)	2	3
Ceza Hukuku III	2	3
Dönem Ödevi (Ceza Hukuk)	—	6
Toplam	16	30

4. Sömestir		
Kredi Sigortası Hukuku	2	3
Miras Hukuku	2	3
Medeni Usul Hukuku I	2	3
Ortaklık Hukuku	2	3
Avrupa Hukuku I	2	3
İdari Usul Hukuku	2	3
İnşaat Hukuku	2	3
Ceza Hukuku IV	2	3
Ceza Usul Hukuku	2	3
Staj II	—	6
Toplam	18	33

5. Sömestir		
Medeni Usul Hukuku II	2	3
Ticaret Hukuku	2	3
İş Hukukunun Genel Esasları	2	3
Milletlerarası Özel Hukukun Genel Esasları	2	3
Mahalli İdareler Hukuku	2	3
Ağırlıklı Alanı	8	12
Toplam	18	27

6. Sömestir		
Anahtar Yeterlilik	2	3
Yabancı Dille Hukuk Eğitimi	2	3
Ağırlıklı Alan	6	9
Seminer (Ağırlıklı Alanı)	2	9
Toplam	12	24

1-6 Sömestire kadar ara toplam	104	183
---------------------------------------	------------	------------

7.Sömestir		
Medeni Hukuk (Tekrar ve Geliştirme Kursları)	10	15
Kamu Hukuku (Tekrar ve Geliştirme Kursları)	6	9
Ceza Hukuku (Tekrar ve Geliştirme Kursları)	4	6
Toplam	20	30

8. Sömestir		
Medeni Hukuk (Tekrar ve Geliştirme Kursları)	8	12
Kamu Hukuku (Tekrar ve Geliştirme Kursları)	8	12
Ceza Hukuku (Tekrar ve Geliştirme Kursları)	4	6
Kurs Sınavları	—	---
Toplam	20	30

Ana Toplam	144	243
-------------------	------------	------------

2. Eğitimin Aşamaları⁸

2.1. Birinci Aşama (1-4 Sömestir)

Öğrenimin bu birinci aşaması dört sömestirdir. Bu birinci aşamada Hukukun üç ana dalı; Özel Hukuk, Kamu Hukuku ve Ceza Hukuku ve ayrıca Temel Hukuk Bilimleri dersleri (Hukuk Tarihi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Metodolojisi vs.) öğretilmektedir.

Bütün zorunlu derslerden sömestir sonunda bir bitirme sınavı yapılmaktadır. Bu sınavlarda derslerde öğretilen bilgiler sorulmaktadır. Teorik bilgiler ve/veya bir olay sorularak iki saat içinde bir yazılı rapor öğrenciden istenir.

Bu dönem sonu sınavları öğrencilerin başarı durumlarını kontrol etmeyi amaçlamaktadır ve başarı notu bir kısmı ara sınavlar sonucunda belirlenir. Bütün sınavlar kredili sisteme göre değerlendirilmektedir. Bu puanlama sistemi de derslerin saatlerinin fazlalığına yani dersin içeriğinin artışına göre değer kazanmaktadır.

Ayrıca sömestr tatillerinde öğrenciler tarafından dönem ödevi yapılması gerekmektedir. Bu çalışma öğrencilere verilen bir olay üzerine yazılan bilirkşi raporu niteliğindedir. Bu çalışmada esnasında öğrencilerden, ilgili yargı kararlarını ve literatürü değerlendirmeleri beklenmektedir.

Ara sınavın başarıyla tamamlanabilmesi için aşağıdaki sınavların ve dönem ödevinin başarılması gerekmektedir:

- Her birisi 3'er kredilik Temel Hukuk Bilimleri derslerinden iki sınav,
- Her birisi 6 kredilik iki dönem ödevi,
- İlk dört sömestrde sunulan zorunlu derslerden 60 kredilik dersin (30 Kredi Özel Hukuk, 20 Kredi Kamu Hukuku ve 10 Kredi Ceza Hukuku) başarıyla tamamlanması.

Ara sınavların başarılması ağırlıklı alan öğrenimi için ön şarttır.

2.2. İkinci Aşama (5-6 Sömestir)

5. ve 6.sömestir ile başlayan eğitimin ikinci bölümde, sunulan derslerle zorunlu alanlardaki bilgilerde derinleşme amaçlanmakta ve zorunlu alan derslerinin içeriğinin genişletilmektedir. Bu amaçla programa; Ekonomi ve Firmalar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İletişim-Telekomünikasyon ve Medya Hukuku, Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku, Uluslararası Özel Hukuk, İhtilafların Giderilmesi ve Sözleşme Yazma, Devlet ve İdare, Kriminoloji ya da Vergi Hukuku gibi dallar eklenmektedir.

⁸ Prüfungsamt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät – Aufbau des Jurastudiums – Stand 09.06.2008

Bu öğrenim bölümü üniversitenin ağırlık alanı sınavıyla neticelenmektedir. Birinci hukuk sınavının % 30'luk kısmı, bu dönemde alınan notların hesaplanarak belirlenmektedir.

Ağırlık alanı sınavı sömestr final sınavı ve bir seminer ile biter. Bu sınavlar ağırlık alanı sınavının kısımlarını oluşturmaktadır. Bu sınavlar da, ara sınav gibi, kredi sistemine göre değerlendirilmektedir. Ağırlık alanı sınavının başarıyla tamamlanması için aşağıdaki kredilere ulaşılması gerekmektedir.

- Temel Hukuk Bilimleri derslerinden birisinde bir yarıyıl sonu sınavı (3 Kredi),
- Bir seminer çalışması (9 Kredi)
- Ağırlık alanına ait derslerden dönem sonu final sınavı (toplam 18 Kredi)

Bu bahsedilen kısmi sınavlardan sınav yönetmeliği § 26 Abs. 1 Buchst. a), b) ve c) de yer alan derslerden ortalama 4,0 puan almış olanlar ve yada § 26 Abs. 1 Buchst. a) ve b) de yer alan sınavlardan 3,5 puan alanlar ağırlıklı alan eğitimini başarmış sayılırlar.

2.3. Üçüncü Aşama (7-8 Sömestr)

Yedinci sömestrde büyük sınava hazırlık başlar. Devlet tarafından zorunlu olarak öngörülen bu sınav, üniversitedeki sınavlardan farklıdır. Bu sınavda, bir bitirme sınavı formatında bütün bilgiler kontrol edilmektedir.

Zorunlu devlet sınavına hazırlık için yaklaşık bir yıl gibi bir zaman gerekmektedir. Bu dönem zarfında bütün zorunlu derslerin konuları ki bunlar ilk sömestrde okutulmaktadır, bir defa daha tekrar edilir ve konulara derinlemesine girilir. Münster Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde haftalık 20 saatlik sömestr aralarında "1. Staatsexamen" hazırlık kursları verilmektedir. Bu kurslarda sınav için gerekli olan bütün alanlarda tekrar ve konuların derinliğine inen bilgiler aktarılmaktadır. Bu kursların hocaları aynı zamanda devlet sınavının komisyonlarında da yer almaktadırlar.

2.4. Dördüncü Aşama (8. Sömestr Sonrası)

Üniversitedeki eğitim, Adalet Sınav Dairesine (Justizprüfungsamt) başvuruyla bitmektedir. Bu sınav eyaletlerin ilgili adalet sınav daireleri tarafından icra edilmektedir. Üniversitedeki eğitimin not ortalaması bu sınavda % 30'luk ağırlığı oluşturmaktadır. Yani Eyalet Adalet Dairesince yapılan sınavdan alınan skor % 70'lik bir orana sahiptir.

Bu sınav sözlü ve yazılı kısımdan oluşmaktadır. İlk önce 6 adet yazılı sınav yapılmaktadır. Bu sınavda bir olay verilerek bunun çözümü istenmektedir. Bu sınavlardan sonra sözlü sunum içeren bir sözlü sınav yapılmaktadır, bu sınavın ardından ise soru-cevap içeren bir mülakat bölümü yapılmaktadır.

Öğrencilerin okulu erken bitirmesini teşvik etmek amacıyla, onlara “Serbest Deneme” imkânı sunulmaktadır. Bu sınav için 8. Sömestre kadar müracaat şartı bulunmaktadır. Bu deneme başarısız olursa ikinci deneme hakkı da bu öğrenciye verilmektedir. Böylelikle bu hakka sahip olan öğrencilerin toplamda üç sınav hakkı olmaktadır⁹. 7. Sömestrden önce bu sınava müracaat edenlere buna ilave olarak bir başka imkân daha sunulmaktadır. Bu öğrenciler bütün sınavları bir blok halinde de değil de iki ya da üç ayrı zamanda olmaya hak kazanmaktadırlar¹⁰.

3. Mesleki Yabancı Dil Yeterlilik Belgesi¹¹

Ara sınava ve ağırlıklı alan sınavına ek olarak her öğrencinin, öğrenimi sırasında yabancı dilde yapılan bir hukuk dersini başardığını belgelemesi ya da hukuk ağırlıklı bir yabancı dil kursuna gittiğini belgelemesi gerekmektedir. İngilizce sunulan derslerin yanında İspanyol, Türk ve İtalyan ve Rus hukuklarına ilişkin dersler bu dillerde sunulmaktadır. Yine altı haftalık yurtdışı stajıyla bu dil bilgisi belgesi oluşturulabilir.

4. Anahtar Özellikler¹²

Temel eğitimde en azından haftada 2 saat “*anahtar özellikler derslerinin*” alınmış olması gerekmektedir. İkinci eğitim bölümünde ise buna ek olarak en az iki saatlik ders alınması gerekir. Bu eğitimde sözlü sunum yapmak gerekmektedir. Ne Münster Üniversitesi Sınav Yönetmeliği ve ne de Kuzey Ren Westfalya Eyaleti Hukuk Eğitimi Kanunu (*Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen, JAG-NRW*) öğrencileri bu tür dersler bakımından, derslere katılım belgesi ya da sınavı başardığını gösteren başarı belgesi getirmeye mecbur tutmamaktadır.

5. Öğrenim Sırasında Staj¹³

Üniversitedeki öğrenimin yanında göre, derslerin yapılmadığı zamanlarda üç aylık pratik eğitim yapılması gerekmektedir. Bu sürenin 6 haftası bir avukat yanında ya da şirkette, diğer 6 hafta ise devletin idari organlarında yapılacaktır¹⁴.

⁹ JAG- NRW § 25

¹⁰ JAG- NRW §12

¹¹ Prüfungsamt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät – Aufbau des Jurastudiums – Stand 09.06.2008, s.5

¹² Prüfungsamt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät – Aufbau des Jurastudiums – Stand 09.06.2008, s.5

¹³ Prüfungsamt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät – Aufbau des Jurastudiums – Stand 09.06.2008, s.6

¹⁴ JAG-NRW § 8

1. Ara Sınav Aşaması “Zwischenprüfung” (1-4 Sömestir)¹⁵

Eğitimin ilk aşaması olan ara sınav döneminde, her birisi 3'er kredilik olan 2 dönem sonu sınavı, her birisi 6'şar kredilik olan 2 adet dönem ödevi hazırlanması ve ilk dört sömestirde alınan toplam 60 kredilik zorunlu derslerin başlarıyla tamamlanması gerekmektedir¹⁶.

Ara sınavların her birisi bu derslerin verildiği dönemin sonunda yapılmaktadır. Ancak bu kuralın istisnası vardır. Sömestir ortasında biten blok derslerin sınavları, sınav yeri ve zamanı sınav tarihinden en geç altı hafta önceden ilan edilmek şartıyla önceden yapılabilir. Sınavlara önceden kayıt yaptırmak gerekmektedir. Söz konusu kayıtların en geç sınavın yapılacağı haftanın başlangıcından önceki en son pazartesi gününe kadar yapılması gerekmektedir.

Sınavlarda genel olarak 60-120 dakika arasında bir süre verilmektedir.

Dönem ödevleri ise yarıyıl tatilinin başlangıcında verilmektedir. Bu ödevlerin hazırlanması için bütün yarıyıl tatili süresince öğrencilerin zamanı bulunmaktadır. Dönem ödevlerine kayıt ise çalışmanın en son verilme tarihinden iki hafta önce yapılmalıdır.

Sınava kayıt yaptıran bir öğrenci kayıt yaptırma süresi içinde bu kaydını sil-direbilir. Bu tarih geçtikten sonra, kayıt bir daha silinemez. Kayıt yaptırılmış ancak çalışma süresinde teslim edilmemişse ya da sınava girilmemişse, bu kişi için bu dönem ödevi ya da sınav notu “0” olarak kayıtlara geçer. Sınavda başarılı kabul edilmek için;

- Her biri 3 kredilik olan Temel Hukuk Bilimleri derslerinden yapılan dönem sonu sınavlarının en az ikisinde başarılı olmak
- Her biri 6 kredilik olan iki dönem ödevinin yapılması ve
- Toplam kredileri 60'ı bulan ve ilk dört sömestirde sunulan zorunlu derslerin dönem sonu sınavlarının başarılı olmuş olması gerekmektedir.

Başarılan her bir ders için bir belge düzenlenmemektedir. Ancak öğrenci işleri her bir öğrenci için ayrı bir hesap açar ve bu hesaba alınan derslerin sınav bilgileri girilir. Bir öğrenci bütün ara sınavları başardığında kendisine “ara sınav başarı belgesi” verilir.

Öğrencilerin her bir dersten iki defa sınav hakları vardır. Sınavın ikinci denemesi daha sonraki düzenli sınavlardır.

Eğer bir öğrencinin üç ana daldan ya da Temel Hukuk Bilimlerinden olan derslerden girdiği bütün sınavlardan ve yaptığı dönem ödevlerinden aldığı neti-

¹⁵ (Prüfungsordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster vom 7.Mai 2004 in der Fassung vom 22.April 2008*), in: <http://www.jura.uni-muenster.de/go/organisation/pruefungsamt/zp-verfahren.html>

¹⁶ Prüfungsordnung Jura-WWM § 17-18

ceye göre, ara sınav için gerekli olan kredi sayısına ulaşması artık imkânsız hale gelmişse, o öğrenci kesin olarak ara sınavda başarısız sayılacaktır.

Sınavlar detaylı olarak ele alındığında ise durum şudur:

a) Medeni Hukuk

Ara sınav aşamasında 14 dönem sonu sınavı sunulmaktadır ve bunların kredi değeri 54'tür. Yukarıda da açıklandığı üzere, her bir sınav sadece bir defa tekrarlanabilir.

Bu sunulan derslerden başarılı sayılabilmek için öğrencin 30 krediye ulaşması aranmaktadır. Eğer öğrenci sınavları iki defa denemiş ve 24 krediye ulaşamamışsa artık Medeni Hukuktan tamamen kalmıştır.

b) Kamu Hukuku

Ara sınav aşamasından 8 dönem sonu sınavı sunulmaktadır ve bunların kredi değeri 33'tür.

Öğrencinin bu derslerden başarılı sayılabilmesi için 20 krediye ulaşması zorunludur. Bir öğrenci sınavları iki defa denemiş, buna rağmen 13 krediye ulaşamamışsa Kamu Hukukundan kalmıştır.

c) Ceza Hukuku

Ara sınav aşamasında 5 dönem sonu sınavı sunulmaktadır ve bunların kredi değeri 21'tür. Derslerden başarılı sayılabilmek için öğrencin 10 krediye ulaşması gerekmektedir. Bir öğrenci sınavları iki defa denemiş ve 11 krediye ulaşamamışsa artık Ceza Hukukundan tamamen kalmıştır.

d) Dönem Ödevi

Her birinden birer adet olmak üzere üç ana bölümden (Medeni Hukuk, Kamu Hukuku ve Ceza Hukuku) dönem ödevi yapılmaktadır. Her bir dönem ödevi bir defa tekrar edilebilir. Bu çalışmalardan en az ikisinin başarıyla verilmesi gerekmektedir. İki ödev iki denemeye rağmen hala başarılamamışsa artık öğrenci dönem ödevinden kesin olarak kalmıştır.

e) Temel Hukuk Bilimleri Sınavları

Ara sınav aşamalarından bu bölümde sınav sayısı belirlenmemiştir. Bu sınavların her birinin değeri 3 kredidir. Yukarıda da temas edildiği gibi, her bir sınav sadece bir defa daha tekrarlanabilir.

Sınav sayısının bu alanda sınırlanmaması öğrencinin sınırsız bir şekilde bu alanda deneme yapacağı anlamına gelmemektedir. Normalde Fakülte düzenli olarak sınırlı sayıda ders organizasyonu yapmaktadır. Bir öğrenci bu düzenli şekilde sunulan sınav imkânında iki defa başarılı olamazsa, artık bir daha bu alanda sınava girme şansına sahip olamaz.

f) Ara Sınavın Başarılması

Ara sınavın başarılması hukuk eğitiminin ikinci aşaması olan “*Ağırlıklı Alan Öğrenimi*” için ön şarttır. Bu dönem normalde 4. Sömestir ile birlikte sona ermektedir. Ancak daha sonraki dönemlerde de verilebilir.

	Aranan Kredi Tutarı	Derslerin Kredi Değeri
Özel Hukuk	30	54
Kamu Hukuku	20	33
Ceza Hukuku	10	21
Temel Hukuk Bilimleri	2 (6 Kredi)	4-6 (12-18 Kredi)
Dönem Ödevi	2 (12 Kredi)	3 (18 Kredi)

Hukuk öğrencisi bu tabelada “aranan kredi tutarı” sütununda gösterilen derslerin kredilerine ulaştığı andan itibaren başarılı sayılır. Ayrıca bir sınava tabi tutulmayacaktır.

Bölüm III

Ağırlıklı Alan Eğitimi Dönemi¹⁷

Ağırlıklı alan bölümlere ayrılabilir. Bütün bölümler için “Temel Hukuk Bilimleri” dersleri ortaktır ve zorunludur. Bunun yanında bu öğrenim aşamasında, her bir bölümde zorunlu dersler, seçimlik dersler ve seminerler, ağırlıklı alana göre değişiklik arz etmektedir.

Ağırlıklı alanda sunulan Temel Hukuk Bilimleri derslerinden en az iki saatlik bir dersin başarılması gerekmektedir. Ara sınav döneminde verilen Temel Hukuk Bilimleri dersleri ağırlıklı alan kapsamında yeniden değerlendirmeye alınmaz. Zorunlu Dersler olarak adlandırılan dersler en az her ikinci sömestirde ders programında yer almaktadır.

Buna karşılık seçimlik dersler düzensiz aralıklarla sunulmaktadır. Ancak ağırlıklı alanlardaki bütün programlar bu alanı seçen öğrencilerin başarı için gerekli krediye iki sömestirde ulaşabilecekleri şekilde yapılmaktadır.

Seminer çalışmalarının seçilen ağırlıklı alana ait bir derste yapılması gerekmektedir. Zaten ders programı da buna uygun olarak hazırlanmaktadır.

Fakülte öğrenimin hangi akış planı içinde sürdürüleceğini verdiği programla önermektedir.

¹⁷ Beschluss des Fachbereichsrates der Rechtswissenschaftlichen Fakultät vom 08.12.2009, in: <http://www.jura.uni-muenster.de/go/studieren/rechtsgrundlagen.html>

I. Ağırlıklı Alanlara Göre Öğrenim Planları

Hukuk Fakültesi tarafından ağırlıklı alana göre hangi sırayı takip ederek sınavların yapılacağı tavsiye niteliğinde öğrencilere sunulmaktadır.

1. Ekonomi ve Şirketler

Bu ağırlıklı alan beş ana bölüme ayrılmıştır.

Alman ve Avrupa Ortaklıklar Hukuku, Banka ve Sermaye Piyasaları Hukuku, Finansal Hizmetler, Kamusal Ekonomi Hukuku ve Pazar ve Rekabet Hukuku

Bu çerçevede Temel Hukuk Bilimleri'nden haftalık 2 saatlik, zorunlu derslerden haftada 4 saatlik ve seçimlik derslerden haftada 8 saatlik dersler alınarak, sınavlarının başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Bu programda ayrıca 2 saatlik seminer çalışması yapılması zorunludur.

1.1 Zorunlu Dersler

"Ekonomi ve Şirketler" ağırlık alanı öğrencilerinin hepsinin Sermaye Ortaklıkları Hukuku ve Hukuki Şekillendirme II/1 (Ekonomi Hukukunda Sözleşme Taslağı Hazırlama) derslerini başarıyla tamamlamaları gerekmektedir.

1.2 Seçimlik Dersler

Bu ana bölümde haftalık toplam 8 saatlik seçimlik dersin başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Haftalık 8 saatlik dersler iki grup içinden seçilecektir. Birinci gruptan 6 saatlik, ikinci gruptan ise 2 saatlik ders seçimi yapılacaktır.

1.2.1. Haftalık 6 Saat Seçilecek Program

Öğrenciler haftalık 8 saatlik seçimlik derslerin 6 saatlik kısmını aşağıdaki programdan seçeceklerdir.

a) Alman ve Avrupa Şirketler Hukuku

- Şirketler Grubu ve Dönüşüm Hukuku
- Avrupa Ortaklık Hukuku
- Sermaye Piyasası Hukuku ve Yatırım Bankacılığı

b) Banka ve Sermaye Piyasası Hukuku

- Banka Hukuku I / Commercial Banking I (Temel Esaslar ve Kredi Sözleşmeleri)
- Banka Hukuku II / Commercial Banking II (Hesap Hareketleri)
- Sermaye Piyasası Hukuku ve Yatırım Bankacılığı

c) Finansal Hizmetler

- Sigorta Sözleşmeleri Hukuku
- Banka Hukuku I / Commercial Banking I (Temel Esaslar ve Kredi Sözleşmeleri)

- Bankaları ve Sigortaları Denetleme Hukuku

d) Kamusal Ekonomi Hukuku

- Kamusal Ekonomi Hukuku (Giriş)
- Uluslararası Kamusal Ekonomi Hukuku (Dış Ekonomi Hukuku, Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Hukuku)
- Bankaları ve Sigortaları Denetleme Hukuku

e) Piyasa ve Rekabet

- Kartel Hukuku
- Rekabet Hukuku
- Sınaî ve Fikri Haklar

1.2.2. Haftalık 2 Saatlik Ders Seçilecek Program

Öğrenciler haftalık 8 saatlik seçimlik derslerin 2 saatlik kısmını seçtikleri ana bölüme göre özellikle aşağıdaki programdan seçeceklerdir.

a) Alman ve Avrupa Şirketler Hukuku

- Kartel Hukuku
- Rekabet Hukuku
- Muhasebe ve Bilanço (Muhasebe, Ticari Bütçe, Vergi Bütçesi)
- Gelir Vergisi Hukuku (Gelir Vergisinin Oluşması Sistemi, Vergi Yü- kü, Gelir Kaynakları, Gelir Kaynaklarının Araştırılması, Özel Harca- malar)
- İflas Hukuku

b) Banka ve Sermaye Piyasası Hukuku

- Bankaları ve Sigortaları Denetleme Hukuku
- Muhasebe ve Bilanço (Muhasebe, Ticari Bütçe, Vergi Bütçesi)
- Şirketler Grubu ve Dönüşüm Hukuku
- Sigorta Sözleşmesi Hukuku

c) Finansal Hizmetler

- Banka Hukuku II / Commercial Banking II (Hesap Hareketleri)
- Muhasebe ve Bilanço (Muhasebe, Ticari Bütçe, Vergi Bütçesi)
- Şirketler Grubu ve Dönüşüm Hukuku
- Sermaye Piyasaları Hukuku ve Yatırım Bankacılığı

d) Kamusal Ekonomi Hukuku

- Kartel Hukuku
- İletişim Hukuku

- Radyo Hukuku ve Basın Hukuku
- Bilgi Saklama Hukuku
- Telif Hakkı Hukuku
- Telekomünikasyon Hukuku
- Hukuksal Şekillendirme II/2 (Kamu Hukukunda)

e) Pazar ve Rekabet Hukuku

- Sermaye Piyasaları Hukuku ve Yatırım Bankacılığı
- Uluslararası Kamusal Ekonomi Hukuku (Dış Ekonomi Hukuku, Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Hukuku)
- Sınaî ve Fikri Haklar
- Şirketler Grubu ve Dönüşüm Hukuku

1.2.3. Tavsiye Edilen Dersler

Ayrıca öğrencilere yukarıda 1.2.1.başlığı altında yer alan derslerden birisinin daha alınmasını önerilmektedir.

1.3. Seminer Çalışması

Öğrenciler zorunlu ya da seçimli derslerden ya da Temel Hukuk Bilimleri derslerinden herhangi birisindeki seminer programlarına katılarak seminer çalışması yapabilir.

1.4. Öğrenim Akış Planı

a) Alman ve Avrupa Şirketler Hukuku		
5. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Sermaye Şirketleri Hukuku	2	3
Sermaye Piyasaları Hukuku	2	3
Diğer Seçimli Ders	2	3
6. Sömestr (SS)		
Şirketler Grubu ve Dönüşüm Hukuku	2	3
Avrupa Ortaklık Hukuku	2	3
Sözleşme Hazırlama	2	3
Seminer	2	9

b) Banka ve Sermaye Piyasası Hukuku		
5. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Sermaye Şirketleri Hukuku	2	3
Banka Hukuku I	2	3
Sermaye Piyasaları Hukuku	2	3
6. Sömestr (SS)		
Banka Hukuku II	2	3
Sözleşme Hazırlama	2	3
Diğer Seçimlik Ders	2	3
Seminer	2	9

c) Finansal Hizmetler		
5. Sömestir (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Sermaye Şirketleri Hukuku	2	3
Sigorta Şirketleri Hukuku	2	3
Banka Hukuku	2	3
6. Sömestir (SS)		
Sözleşme Hazırlama	2	3
Banka Denetleme	1	1,5
Sigorta Denetleme	1	1,5
Diğer Seçimlik Ders	2	3
Seminer	2	9

d) Kamusal Ekonomi Hukuku		
5. Sömestir (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Sermaye Şirketleri Hukuku	2	3
Kamusal Ekonomi Hukuku	2	3
Diğer Seçimlik Ders	2	3
6. Sömestir (SS)		
Uluslararası Kamusal Ekonomi Hukuku	2	3
Banka Denetleme	1	1,5
Sigorta Denetleme	1	1,5
Sözleşme Hazırlama	2	3
Seminer	2	9

e) Pazar ve Rekabet		
5. Sömestir (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Sermaye Şirketleri Hukuku	2	3
Kartel Hukuku	2	3
Mesleki Yasal Koruma	2	3
6. Sömestir (SS)		
Rekabet Hukuku	2	3
Sözleşme Hazırlama	2	3
Diğer Seçimlik Ders	2	3
Seminer	2	9

2. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku

Ağırlık alanı “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku” ana bölümler olmadan sunulmaktadır. Bu çerçevede haftalık 2 saatlik Temel Hukuk Bilimleri, 8 saatlik ortak zorunlu derslerden ve 4 saatlik seçimlik derslerden alınarak sınavlarının başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Haftalık 2 saatlik seminer çalışmasının da yine bu kapsamda başarıyla tamamlanması gerekmektedir.

Ağırlıklı alanda sunulan Temel Hukuk Bilimleri derslerinden en az 2 saatlik bir dersin başarılması gerekmektedir.

2.1. Zorunlu Dersler

Haftalık dört saatlik aşağıdaki derslere devam edip bu derslerin dönem sonu sınavlarının başarıyla verilmesi gerekmektedir:

- İş Hukuku II
- Avrupa ve Uluslararası İş ve Sosyal Hukuk
- Sosyal Hukuk

2.2. Seçimlik Dersler

(1) Aşağıdaki derslerden (haftalık 4 saat) dönem sonu sınavının başarılması gerekmektedir:

- İş Mahkemeleri Usul Hukuku
- Change Management
- 20.yy İş Hukukundaki Gelişmeler
- İş Hukuku III (Derinleşme Kollektif İş Hukuku)
- Yaşlılık Sigortası
- İş İlişkisinin Bitirilmesinde İş ve Sosyal Hukuk Sorunları
- 20.yy Sosyal Hukuktaki Gelişmeler

- Hastalık Sigortası Hukuku
- Sosyal Güvenlik Yargısı ve Sosyal Güvenlik Usul Hukuku Sosyal Güvenlik Hukukuyla İlişkili Olarak Tazminat Hukuku
- Bakım Denkleştirme
- Hastalık Sigortası Hukuku (Derinleşme)
- Usul Hukuku (Derinleşme)
- Kamu Hizmetleri Hukuku
- Ağırlık Alanında Kabul Edilen Diğer Dersler

2.3. Seminer

Öğrenciler zorunlu ya da seçimli derslerden ya da Temel Hukuk Bilimleri derslerinden herhangi birisinden seminer programlarına katılarak seminer çalışması yapabilir.

2.4. Öğrenim Akış Planı

2.4.1. Örnek 1 (ağırlıklı olarak İş Hukuku)

5. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
İş Hukuku II	2	3
Sosyal Hukuk	4	6
6. Sömestr (SS)		
İş Hukuku III	2	3
Uluslararası ve Avrupa İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku	2	3
İş Usul Hukuku	2	3
Seminer	2	9

2.4.2. Örnek 1 (ağırlıklı olarak Sosyal Güvenlik Hukuku)

5. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
İş Hukuku II	2	3
Sosyal Güvenlik Hukuku	4	6
6. Sömestr		
Yaşlılıkta Güvence	2	3
Avrupa ve Uluslararası İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku	2	3
Sosyal Güvenlik Hukuku Bağlantılı Tazminat Hukuku	1	1,5
Seminer	2	9

3. İletişim, Telekomünikasyon ve Medya Hukuku

Ağırlıklı alan İletişim Hukuku, Telekomünikasyon Hukuku ve Medya Hukuku, modern haberleşmenin ve iletişim toplumunun özel hukuk ve kamu hukuku sorunlarını tek yapı içinde incelemektedir

Bu çerçevede haftalık 2 saatlik Temel Hukuk Bilimleri, 6 saatlik ortak zorunlu derslerden ve 6 saatlik seçimlik derslerden alınarak sınavlarının başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Haftalık 2 saatlik seminer çalışmasını yine bu kapsamda başarıyla tamamlanması gerekmektedir.

3.1. Zorunlu Dersler

Haftalık 6 saatlik aşağıdaki derslere devam edip bu derslerin dönem sonu sınavlarının başarıyla verilmesi gerekmektedir:

- İletişim Hukuku
- Telif Hakları Hukuku
- Radyo-Televizyon Hukuku ve Basın Hukuku

3.2. Seçimlik Dersler

Bu bölümün her birisi haftalık 2 saat üzerinden programda yer almakta olan aşağıdaki derslerinden, haftalık 6 saatlik derslerin yani üç dersin dönem sonu sınavının başarılması şarttır.

- Telekomünikasyon Hukuku
- Veri Koruma Hukuku
- Fikri ve Sınâî Haklar için Ek Eğitim Dersleri
- Patent Hukuku
- Rekabet Hukuku
- Kartel Hukuku
- “Ekonomi ve Şirketler” Ağırlık Alanının Dersleri
- Rekabet Hukuku
- Kartel Hukuku
- Fikri ve Sınâî Haklar
- İhale Hukuku
- Uluslararası Kamusal Ekonomi Hukuku (Dış Ekonomi Hukuku, Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Hukuku)
- Ağırlık Alanında Kabul Edilen haftalık 2 saatlik diğer Ağırlıklı Alan Dersleri

3.3. Seminer

Temel Hukuk Bilimleri derslerinden, zorunlu ve seçimlik derslerden seminer programı sunulan derslerden seminer çalışması yapılabilir.

3.4. Öğrenim Akış Planı

5. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
İletişim Hukuku	2	3
Veri Koruma Hukuku	2	3
Radyo-Televizyon Hukuku ve Basın Hukuku	2	3
6. Sömestr (Kış Dönemi)		
Telif Hakkı Hukuku	2	3
Telekomünikasyon Hukuku	2	3
Rekabet Hukuku	2	3
Seminer	2	9

4. Milletlerarası Hukuk Avrupa Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk

Ağırlık alan “Milletlerarası Hukuk - Avrupa Hukuku – Milletlerarası Özel Hukuk” ana bölümler olmadan sunulmaktadır.

Bu çerçevede haftalık 2 saatlik Temel Hukuk Bilimleri, 6 saatlik ortak zorunlu derslerden ve 6 saatlik seçimlik derslerden alınarak sınavlarının başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Haftalık 2 saatlik seminer çalışmasını yine bu kapsamda başarıyla tamamlanması gerekmektedir.

4.1. Zorunlu Dersler**4.1.1. Haftalık 6 Saatlik Dersler**

Haftalık 6 saatlik aşağıdaki derslere devam edip bu derslerin dönem sonu sınavlarının başarıyla verilmesi gerekmektedir:

a) Kamu Hukuku Zorunlu Dersler

- Milletlerarası Hukuk I
- Avrupa Hukuku (Derinleşme)

b) Özel Hukuk Zorunlu Dersleri

- Karşılaştırmalı Hukuka Giriş
- Uluslararası Özel Hukuk Usulü
- Milletlerarası Özel Hukuk (derinleşme)
- Avrupa Sözleşme Hukuku ve BM-Satın Alma Hukuku
- Avrupa Özel Hukuk

4.1.2. Haftalık 2 Saatlik Dersler

Bu her iki zorunlu alandan haftalık en az 2 saatlik derse devam edip bu derslerin dönem sonu sınavlarının başarıyla verilmesi gerekmektedir.

4.2. Seçimlik Dersler

Haftalık 6 saatlik özellikle aşağıdaki seçimlik derslere devam edip bu derslerin dönem sonu sınavlarının başarıyla verilmiş olması lazımdır.

- Zorunlu Derslerden(başlık 4.1.) zorunlu dersler kısmında saydırılmayan dersler
- Milletlerarası Hukuk II
- Temel Haklar ve Özgürlükler ve milletlerarası Düzen
- Uluslararası Kamusal Ekonomi Hukuku (Dış Ekonomi Hukuku, Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Hukuku)
- Avrupa Hukukunda Yeni Mahkeme Kararları
- Avrupa Hukuku Olay Çözümleme (Pratik Çalışmalar)
- Rekabet Hukuku
- Kartel Hukuku
- Hakemlik Usul Hukuku
- Uluslararası Hakemlik Usul Hukuku
- Ceza Hukuku ve Avrupa Ceza Hukukunda Uluslararası Hukuki Yardım
- Milletlerarası Ceza Hukuku
- Avrupa Ortaklık Hukuku
- Avrupa ve Uluslar arası İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
- Yabancı Dille Eğitim Programından: „The Common Law of Contract“, „U.S. Constitutional Law“, „Droit des obligations français“ und „Droit commercial et des sociétés“.

4.3. Seminer

Temel Hukuk Bilimleri derslerinden, zorunlu ve seçimlik derslerden seminer programı sunulan derslerden seminer çalışması yapılabilir. Özellikle şu alanlardan:

- Uluslar arası Özel Hukuk, Milletlerarası Hukuk,
- Avrupa Hukuku, Avrupa Özel Hukuku,
- Avrupa ve Uluslar arası Rekabet ve Kartel Hukuku,
- Avrupa Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Alanında Uluslar arası Hukuki Yardım,

- Milletlerarası Ceza Hukuku,
- Dış Ticaret Hukuku,
- Uluslar arası Dış Ticaret Hukuku,
- Uluslar arası Medeni Usul Hukuku,
- Uluslar arası Hakemlik
- Mukayeseli Hukuk,
- Mukayeseli Hukuk Tarihi

4.4. Öğrenim Akış Planı

5. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Zorunlu Ders 1	2	3
Zorunlu Ders 1	2	3
Seçimlik Ders 1	2	3
6. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)		
Zorunlu Ders 3	2	3
Seçimlik Ders 2	2	3
Seçimlik Ders 3	2	3
Seminer	2	9

4.5. Avrupa Özel Hukuku

Bir kişi Avrupa Özel Hukukundan 15 krediden daha fazla krediye sahip olmuşsa, o kişi ağırlık alanı sınavını Avrupa Özel Hukuku alanında yaptığına dair ek bir belge almaya hak kazanmaktadır.

5. Hukuki Şekillendirme ve Anlaşmazlık Çözümü

Ağırlık alanı “Hukuki Şekillendirme ve Hakemlik” iki ana bölüm altında sunulmaktadır. “Özel Hukuk” ve “ Kamu Hukuku”

Bu bölümün programı kapsamında haftalık 2 saatlik Temel Hukuk Bilimleri, 6 saatlik ortak zorunlu derslerden ve 6 saatlik seçimlik derslerden alınarak sınavlarının başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Haftalık 2 saatlik seminer çalışması yine her ağırlıklı alanda arandığı gibi burada da aranmaktadır.

5.1.Zorunlu Dersler

Ağırlıkla alan bölümüne göre haftalık 6 saatlik aşağıdaki derslere devam edilip bu derslerin dönem sonu sınavlarının başarıyla verilmesi gerekmektedir:

a)Ağırlıklı Alan Ana Bölüm Özel Hukuk:

- Hukuki Şekillendirme I (Haftalık 2 saat.)

- Hukuki Şekillendirme II/1 (Ekonomi Hukukunda Sözleşme Metinleri Hazırlama) (Haftalık 2 saat)
- Avukatlık Mesleği I veya II (Haftalık 1 saat)
- Görüşme Stratejileri ve Adli Taktik I ya da II (Haftalık 1 saat)

b) Ağırlıklı Alan Ana Bölüm Kamu Hukuku:

- Hukuki Şekillendirme I (Haftalık 2 saat.)
- Hukuki Şekillendirme II/2 (Kamu Hukukunda Hukuki Şekillendirme) (Haftalık 2 saat)
- Avukatlık Mesleği I veya II (Haftalık 1 saat)
- Görüşme Stratejileri ve Adli Taktik I ya da II (Haftalık 1 saat)

5.2. Seçimlik Dersler

5.2.1. Haftalık 6 Saatlik Ders

Seçimlik dersler alanında ağırlıklı alanı ana bölümlerine bağlı olarak özellikle aşağıdaki derslerden toplam haftalık 6 saatlik ders alınması ve dönem sonundaki final sınavlarının başarılmaması gerekmektedir. Ancak Usul Hukuku Derinleşme derslerinden en az birinin başarılmaması gerekmektedir.

a) Ağırlıklı Alan Özel Hukuk

- Tüketiciyi Koruma
- Hasar Hukuku
- Aile Hukuku II (Boşanma Hukuku ve Takip Eden Sorunlar)
- Miras Hukuku II
- Muhasebe ve Bilanço (Muhasebe, Ticari Bilanço, Vergi Bilançosu)
- Sigorta Sözleşmesi Hukuku
- Rekabet Hukuku
- Fikri ve Sinaî Haklar
- İş Hukuku II
- Bakım Tazminatı
- Avrupa Sözleşme Hukuku ve BM-Satın alma Hukuku
- Doktorun Sorumluluğu ve Özel Hukuk
- Tıp Hukukuna Giriş
- Atölyeler (Ekonomi Arabuluculuğu, Retorik, Sorgulama Dersi, Arabuluculuk)
- Avukatlık Mesleği Hukuku I ya da II (§ 3 e göre zorunlu ders olarak saydırılmamışsa)

- Görüşme Stratejileri ve Adli Taktik I ya da II (§ 3 e göre zorunlu ders olarak saydırılmamışsa)
- Hukuki Şekillendirme II/2 (Kamu Hukukunda Hukuki Şekillendirme)
- Introductory course M & A

b) Ağırlıklı Alan Kamu Hukuku

- Planlama Hukuku
- Kamusal Ekonomi Hukuku
- Gelir Vergisi Hukuku
- Tıp Hukukuna Giriş
- Sosyal Sigorta Hukuku
- Avukatlık Mesleği Hukuku I ya da II (§ 3 e göre zorunlu ders olarak saydırılmamışsa)
- Görüşme Stratejileri ve Adli Taktik I ya da II (§ 3 e göre zorunlu ders olarak saydırılmamışsa)
- Hukuki Şekillendirme II/2 (Ekonomi Hukukunda Hukuki Şekillendirme)

5.2.2. Alınacak Usul Hukuku Dersleri

Usul Hukukunda Derinleşme olarak özellikle aşağıdaki dersler geçerlidir:

a) Özel Hukuktan

- Medeni Usul Hukuku (Derinleşme)
- İş Mahkemeleri Usul Hukuku
- Gönüllü Yargı
- Hakemlik Usulü Hukuku
- Uluslar arası Hakemlik Usulü Hukuku
- İflas Hukuku Usul Hukuku (Derinleşme)

b) Kamu Hukukundan

- İdari Usul Hukuku (Derinleşme)
- Anayasa ve Anayasa Yargısı Hukuku
- Vergi Usul Hukuku
- Usul Hukuku (Derinleşme)

5.3. Seminer

Temel Hukuk Bilimleri derslerinden, zorunlu ve seçimsel derslerden seminer programı sunulan derslerden seminer çalışması yapılabilir.

5.4. Öğrenim Akış Planı

5. Sömeſtr (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Hukuki Şekillendirme I	2	3
Avukatlık Mesleği Hukuku I	1	1,5
Görüşme Stratejileri ve Adli Taktik II	1	1,5
Seçimlik Ders	2	3
6. Sömeſtr (Başlama Kış Dönemi)		
Hukuki Şekillendirme II	2	3
Seçimlik Ders	4	6
Seminer	2	9

6.Devlet ve İdare

Ağırlıklı alan “Ekonomi ve Şirketler” dört ana bölüm altında sunulmaktadır: Özerk Yönetimler, Çevre ve Planlama, Anayasa, Kamusal Ekonomi Hukuku

Bu programda haftalık 2 saatlik Temel Hukuk Bilimleri, 4 saatlik ortak zorunlu derslerden ve 4 saatlik özel zorunlu derslerden ve 4 saatlik seçimlik derslerden alınarak sınavlarının başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Haftalık 2 saatlik seminer çalışmasını yine bu kapsamda başarıyla tamamlanması gerekmektedir.

6.1. Zorunlu Dersler**6.1.1. Bütün Ana Bölümler İçin Zorunlu Dersler**

Haftalık 4 saatlik aşağıdaki derslere devam edilip bu derslerin ağırlıklı alanın bütün bölümleri için dönem sonu sınavlarının başarıyla verilmesi gerekmektedir:

- İdare Bilimi ve Karar Bilimi
- Avrupa Hukuku II

6.1.2. İlgili Ana Bölümler İçin Zorunlu Dersler

Haftalık 4 saatlik aşağıdaki derslere devam edilip bu derslerin her bir bölüm için ayrı ayrı dönem sonu sınavlarının başarıyla verilmesi gerekmektedir:

- “Özerk İdareler” ana bölümünde Yerel Yönetimler Para İdaresi ve Sosyal Güvenlik Hukuku (Bölüm 1)
- “Çevre ve Planlama” ana bölümünde Çevre Hukuku ve Planlama Hukuku dersleri

- “Anayasa” ana bölümünde Anayasa ve Anayasa Yargılama Hukuku ve Kilise Hukuku
- “Kamusal Ekonomi Hukuku” ana bölümünde Kamusal Ekonomi Hukuku (giriş) ve Uluslar arası Kamusal Ekonomi Hukuku (Dış Ticaret Hukuku, Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Hukuku)

6.2. Seçimlik Dersler

Seçimlik dersler alanında, aşağıdaki derslerden haftalık 4 saatlik ders alınması ve dönem sonundaki final sınavlarının başarılması gerekmektedir.

- Devlet ve İdare ağırlık alanındaki daha önceden alınmamış olan bütün dersler
- Devletin Sorumluluğu Hukuku
- Avrupa Hukuku Olay Çözümleri
- Anayasa ve Uluslararası Düzen
- Kamu Hukukunda Hukuki Şekillendirme
- Telekomünikasyon Hukuku
- Radyo-Televizyon Hukuku ve Basın Hukuku
- İletişim Hukuku
- Kartel Hukuku
- Sigorta Denetleme Hukuku
- Banka Denetleme Hukuku
- Trafik Ceza Hukuku
- Vergi Hukukunun tarihi ve ekonomik Temelleri, Vergi Sistemine Giriş
- Muhasebe ve Bilanço (Muhasebe, Ticari Bilanço, Vergi Bilançosu)
- Kamu Hizmetleri Hukuku
- Ağırlık alanında kabul edilen diğer dersler

6.3. Seminer

Temel Hukuk Bilimleri derslerinden, zorunlu ve seçimlik derslerden seminer programı sunulan derslerden seminer çalışması olarak verilebilir.

6.4. Öğrenim Akış Planı

Dersler 5.ve 6.sömestrlerde sıraya göre serbest bir şekilde seçilebilir. Ancak seminer çalışması 6.sömestrden önce yapılamaz.

7. Suç Bilimi

“Suç Bilimi” ağırlık alanı iki bölüm olarak sunulmaktadır.

- Kriminoloji ve Ceza Hukuku
- Ekonomi Ceza Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku

Her iki bölümde de haftalık 2 saatlik Temel Hukuk Bilimleri dersi ve iki saatlik bir seminer programında yapılmak zorunluluğu vardır.

Kriminoloji ve Ceza Hukuku bölümünde bunun yanında haftalık 4 saatlik iki zorunlu ders ve haftalık sekiz saatlik seçimli derslerin başarıyla tamamlanması gerekmektedir.

Ekonomi Ceza Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku bölümünde de 3 zorunlu ders haftalık 6 saatlik ve 3 seçimli ders haftalık 6 saatlik başarıyla tamamlanmalıdır.

7.1. Zorunlu Dersler

Zorunlu derslerde her bölümde belirtilen derslerin final sınavların başarıyla tamamlanmalıdır. Bu dersler:

a) Kriminoloji ve Ceza Hukuku:

- Kriminoloji ve Ceza Hukuku Uygulamaları
- Ceza Usul Hukuku (Derinleşme)

b) Ekonomi Ceza Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku

- Ekonomi Ceza Hukuku
- Vergi Ceza Hukuku
- Ceza Usul Hukuku (Derinleşme)

7.2. Seçimli Dersler

Ağırlık alanı ana bölümüne göre aşağıdaki derslerin dönem sonu sınavlarının başarılması gerekmektedir.

a) Kriminoloji ve Ceza Hukuku:

- Çocuk Ceza Hukuku
- Cezanın İnfazı ve Ceza İnfaz Hukuku
- Yasal Yaptırımlar
- Yasal Yaptırımlar Araştırması
- Uyuşturucu ve Uyuşturucu Madde Araştırmaları
- Düzen Bozuculuk Hukuku, Ekonomik Düzeni Bozma Hukuku
- Trafik Cezası Hukuku
- Ekonomik Ceza Hukuku
- Vergi Ceza Hukuku
- Ekonomi Kriminolojisi
- Uluslar arası Hukuki Yardım
- Avrupa Ceza Hukuku
- Milletlerarası Ceza Hukuku

- Viktimoloji
- Özel Kriminolojik Problem Alanları (örnek Adalet Mekanizmaları ve Polis Tarafından Yapılan Sosyal Kontrol, Çocuk Suçluluğu, Alman Olmayanların Suçluluğu, Cinsel Suçlar, Kadın Suçluluğu)
- Ceza Usule İlişkin Özel Konular (Ceza Savunması, Temyiz, Görüşme, Arabuluculuk)
- Kriminoloji ve Kriminal Sosyoloji
- Ceza Hukuku Tarihi
- Ceza Hukuku Felsefesi
- Ceza Hukuku Teorileri
- Adli Psikiyatri
- Hukuk Psikolojisi
- Sorgulama Yöntemleri, Sorgulama Psikolojisi
- Adli Tıp
- Kriminalistik
- Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Yüksek Mahkemenin Yeni Kararları

b) Ekonomik Suçlar ve Vergi Ceza Hukuku

1) Ekonomik Suçların seçilen alanlarında derinleşme (örneğin, Dolandırma, Emniyeti Suiistimal, Rüşvet Cezası Hukuku, İflas Ceza Hukuku, Sermaye Piyasaları Ceza Hukuku, Dış Ticaret ve Gümrük Ceza Hukuku, Çevre Ceza Hukuku, Kartel Düzen Bozmaları Hukuku vb.)

- Ekonomik Düzeni Bozma Fiilleri
- Ekonomi Kriminoloji
- Hukuk ve Ceza Savunma Hukuku
- Avrupa Ceza Hukuku
- Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Yüksek Mahkemenin Yeni Kararları

2) Ekonomi ve Vergi Ceza Hukuku ağırlıklı alanda seçimlik bir ders Kriminoloji ve Ceza Hukuku ana bölümünden seçimlik ya da bir zorunlu bir ders ile ya da Ekonomi ve Şirketler ana bölümünün aşağıda listelenen derslerinden birinin başarıyla verilmesi gerekmektedir:

- Sermaye Şirketleri Hukuku
- Muhasebe ve Bilanço
- Sermaye Piyasaları Hukuku
- Banka Hukuku I
- Banka Hukuku II

- Banka Denetleme ve Sigorta Denetleme Hukuku
- Kartel Hukuku
- Rekabet Hukuku
- Fikri ve Sınâî Haklar
- Gelir Vergisi Hukuku
- Vergi Usul Hukuku
- Tüketici Vergisi Hukuku
- Avrupa Gümrük Hukuku

7.3. Seminer

Seminer çalışması ağırlıklı alan ana bölümünde yapılacaktır.

7.4. Öğrenim Akış Planı

a) Kriminoloji ve Ceza Hukuku

5. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Ceza Usul Hukuku (Derinleşme) (Zorunlu)	2	3
Kriminoloji ve Ceza Hukuku Pratiği (Zorunlu)	2	3
6. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)		
Seçimlik Ders	2	3
Seçimlik Ders	2	3

b) Ekonomik Suçlar ve Vergi Ceza Hukuk		
5. Sömestr (Kış)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Temel Hukuk Bilimleri	2	3
Ceza Usul Hukuk (Derinleşme Kursları)	2	3
Ekonomik Suçlar Hukuku	2	3
Seçimlik Dersler	2	3
6. Sömestr (Başlama Kış Dönemi)		
Vergi Ceza Hukuku (Zorunlu)	2	3
Seçimlik Ders	2	3
Seçimlik Ders	2	3
Seminer	2	9

8. Vergi Hukuku

Ağırlıklı alan “Vergi Hukuku”nun bölümleri bulunmamaktadır. Bu çerçevede haftalık 2 saatlik Temel Hukuk Bilimleri, 8 saatlik ortak zorunlu derslerden ve 4 saatlik seçimlik derslerden alınarak sınavlarının başarıyla tamamlanması gerekmektedir. Haftalık 2 saatlik seminer çalışmasının yine bu kapsamda başarıyla tamamlanması gerekmektedir.

8.1. Zorunlu Dersler

Haftalık 8 saatlik aşağıda listede yer alan derslerin başarıyla dönem sonunda verilmesi gerekmektedir.

- Gelir Vergisi Hukuku (Gelirin Vergilendirilme Sistemi, Vergi Yükümlülüğü, Gelir Kaynakları, Gelir Kaynaklarının Tesbiti, Özel Kesintiler)
- Vergi Usul Hukuku (Vergi Mahkemeleri Talimatnamelerinin Temel Esasları ve Ücret Talimatnamesi)
- Muhasebe ve Bilanço (Muhasebe, Ticaret Bilançosu, Vergi Bilançosu)
- Şirketler Vergi Hukuku I (Kar Araştırması, Zararın göz önüne alınması,

Şahıs Şirketlerinin Vergilendirilmesi, Ticari Devir ve Temlik)

8.2. Seçimlik Dersler

Seçimlik dersler alanında, aşağıdaki derslerden haftalık 4 saatlik ders alınması ve dönem sonundaki final sınavlarının başarılanması gerekmektedir.

- Şirketler Vergi Hukuku II (Kurumlar Vergisi ve Meslek Vergisi, Tahvil Vergisi Hukuku)
- Şirketler Vergi Hukuku III (Muamele Vergisi)
- Veraset Vergisi ve Bağış Vergisi (özellikle şirketlerdeki mirasta)
- Uluslar arası ve Avrupa Vergi Hukuku / International Taxation and European Tax Law (ingilizce)
- Tüketim Vergisi Hukuku (Gümrük Hukuk’u dâhil)
- Vergi Cezası Hukuku

8.3. Seminer

Seminer çalışması seçilen ağırlıklı alana ait bir derste yapılması gerekmektedir. Ders programı buna uygun olarak hazırlanmaktadır.

8.4. Öğrenim Akış Planı

5. Sömestr (Kış Sömestr)	Haftalık Ders Saati	Kredi
Vergi Hukukun Finansal Temel Esasları	2	3
Gelir Vergisi Hukuku	2	3
Muhasebe ve Bilanço	2	3
Şirketlerin Vergi Hukuku I	2	3
Vergi Usul Hukuku	2	3
Satış Vergisi, Miras ve Hediye Vergisi Hukuku, Avrupa Gümrük Hukuku, Ekonomik Suçlar Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku	2	3
6. Sömestr		
Şirketlerin Vergi Hukuku II, Uluslar arası ve Avrupa Vergi Hukuku (İngilizce ve Almanca), Tüketici Vergi Hukuku, Vergi Cezası Hukuku	2	3
Seminer	2	9

Bölüm IV**SINAVLARA DAİR ESASLAR**¹⁸**1. Sınav Organları****1.1. Sınav Komisyonu**¹⁹

Sınavlarının organizesi ve yapılması sınav komisyonunun görevi alanına girmektedir. Sınav komisyonunun bürosu Hukuk Fakültesinin sınav dairesidir.

Sınav komisyonu üç profesör, araştırma görevlilerinden bir temsilci, öğrencilerden bir temsilci ve sınav dairesinin müdüründen oluşmaktadır. Öğrenci temsilcisinin oy hakkı yoktur.

Bu üyeler ve yedekleri fakülte komisyonu tarafından seçilir. Profesörler iki yıl süreyle diğer üyeler bir yıllık süreyle seçilirler.

Profesör grubuna üyelik için aday önerisi üç ana bilim dalından birer kişi olacaktır. Sınav dairesinin müdürü mazeretli olduğunda bir kendisi yerine bir temsilci atar.

¹⁸ Prüfungsordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster vom 7. Mai 2004 in der Fassung vom 22. April 2008* (Prüfungsordnung Jura-WWM)

¹⁹ Prüfungsordnung Jura-WWM § 2

(4) Fakülte komisyonu sınav komisyonu profesörlerden başkan ve başkan yardımcısını seçer.

(5) Sınav komisyonu karar yetkisini geri alınacak şekilde oy hakkı olan bir üyeye kısmi ya da tam olarak devredebilir.

Ayrıca başkan sınav komisyonu yerine tek başına ertelenmeyecek şekilde kararlar almaya yetkilidir; bu konuyla ilgili sınav komisyonu hemen bilgilendirilir.

(6). Oy hakkı olan üyelerden, aralarında en az iki profesör ve başkan ya da başkan yardımcısı olmak şartıyla çoğunluk sağlandığı anda sınav komisyonu karar yeter sayısına sahiptir

Sınav komisyonu basit çoğunlukla kararlarını alır. Oylar eşit olması halinde başkanın oyununun yönüne göre karar verilir.

(7) Eğer branş normal bir üye tarafından temsil edilmiyorsa, branş sınavlarını ve ilgili konularda branştan sorumlu olan profesör danışman olarak sınav komisyonunun toplantılarına katılır.

1.2. Sınavı Yapanlar²⁰

Dönem sonu sınavları, ilgili derslerin sorumlu hocaları tarafından yerine getirilir²¹. Dönem ödevleri yine bu ödevi veren hocalar tarafından değerlendirilmektedir. Sınav komisyonu § 95 HG (Hochschulgesetz) göre başka sınav görevlisine de bu görevi verebilir. Sınav görevlileri (§ 2 JAG) a göre birinci devlet sınavını başarmış olan asistanlardan yardım alabilirler.

2. Sınavlar²²

(1) Ara Sınavı ve Ağırlıklı Alan sınavları öğrenim süresindeki dönem sonlarındaki final sınavlarından oluşmaktadır. Ayrıca ne ara sınav ve ne de ağırlıklı alan için bağımsız bir sınav yapılmamaktadır. Bu sınavlar ya dönem sonundaki sınavlar ya da sömestr sonunda verilen dönem ödevleri şeklinde yapılmaktadır. Temel Hukuk Bilimlerinden sözlü sunumlu seminer çalışması da yapılabilir.

Bu sınavlara katılım için kayıt zorunludur. Final sınavlarına, sınavın olacağı haftadan önceki haftanın pazartesiye kadar kayıt yaptırılması gerekmektedir. Ana derslerin sözlü sunumlu seminer çalışmalarına kayıt ilk ders haftasının sonunda yapılacaktır. Seminer çalışmasına kayıt en geç çalışmanın teslim edilmesi süresinin bitiminden iki hafta öncesine kadar yaptırılması gerekmektedir.

Ağırlıklı Alan dönem çalışmasına kayıt ise biten sömestrin sona ermesinden en geç üç hafta öncesinden yapılmış olması gerekmektedir. Final sınavlarına kayıt olanlar kayıt süresinin sona ermesine kadar tekrar kayıtlarını sildirebilirler.

²⁰ Prüfungsordnung Jura-WWM § 3

²¹ Prüfungsordnung Jura-WWM § 4

²² Prüfungsordnung Jura-WWM § 4

2.1. Sınavların Yapılması²³

Sömestr bitirme sınavının bitirilmesi için yer ve tarih altı hafta önce uygun bir surette bildirilir. Sınav soruları, süresi ve müsaade edilen yardımcı malzemeler sınavı yapan tarafından belirlenir.

Sınav süresi en 60 en çok 120 dakikadır. Engelliler dilekçeyle bu sürenin 45 dakika uzatılmasını sınav komisyonundan talep edebilir. Sınava girenin kimliğinin kontrol edilmesi zorunludur.

Dönem ödevinin içeriği bitirme sınavından sonraki haftada usulüne uygun olarak verilecektir. Bunun çalışması sömestr tatilinde yapılır. Bu kural seminer çalışması için de geçerlidir. Temel Hukuk Bilimleri derslerinde yapılan sözlü sunumlu seminer çalışmaları ders dönemi içinde de verilebilir. Dönem ödevi için çalışma süresi en az dört hafta olacaktır.

2.2. Sınav Neticesinin Değerlendirilmesi²⁴

Sınavlar § 17 JAG-NRW'a göre değerlendirilir. Final sınavları en az geçer (4 puan) alınmakla başarılır.

Bir öğrenci final sınavına kayıt yaptırmaya rağmen sınava girmezse, bu sınavdan (0) puan almış sayılır. Hastalık, ya da diğer engeller sebebiyle katılmama halinde bu hali ispatlamak şartıyla bu hakkını kaybetmez. Bu sınav başlandıktan sonra yeniden bu sınava katılmak artık mümkün olmamaktadır. Ancak en az geçer puan alınmaması halinde bu sınav, sınav yönetmeliği § 19 ve § 28 'e göre tekrarlanabilir²⁵.

2.3. Sınavların Tanıtılması²⁶

Diğer bölümlerde ya da başka üniversitelerde verilen derslerin tanınma şartları şunlardır: tanınabilir

- a) Tanınacak olan dersin verilen dersle içeriğinin aynı olması gerekir
- b) Kredisinin aynı ya da daha fazla olması gerekir
- c) Sınavın türü ya da yapılış tarzı da aynı olması gerekir

Tanımayla ilgili sınav komisyonu karar verir.

3. Ara Sınav (Zwischenprüfung)

Ara sınavın hedefi öğrencinin hukuk eğitimini devam ettirmeye yetecek hukuk ve hukukun temel bilgilerine sahip olup olmadığını tespit etmektir²⁷.

Ara sınav ilk dört sömestir de yapılacaktır. Bu sınavda şu final sınavlarının yapılmış olması aranır²⁸:

²³ Prüfungsordnung Jura-WWM § 6

²⁴ Prüfungsordnung Jura-WWM § 7

²⁵ Prüfungsordnung Jura-WWM § 8

²⁶ Prüfungsordnung Jura-WWM § 9

²⁷ Prüfungsordnung Jura-WWM § 15

Temel Hukuk Bilimleri üzerine en az iki saatlik iki dersten bir sömestir sonu sınavı veya bir seminer çalışmasını başarıyla tamamlamış olmak. Bunlardan birisi hukuk tarihi üzerine, diğeri ise hukuk felsefesi ve sosyolojisi üzerine olacaktır (her birisi 3 kredilik).

b) Dönem ödevi üç ana daldan (Medeni Hukuk, Kamu Hukuku, Ceza Hukuku) (her birisi 6 kredilik)

c) Sömestir sonu sınavlarını sınav yönetmeliği § 18'e belirtilen 60 kredilik zorunlu derslerden başarmış olmak. Bunlardan 30 kredilik Medeni hukuk, 20 kredilik Kamu Hukuku ve 10 kredilik Ceza Hukuku derslerinin başarmış olması aranmaktadır.

Bu krediler şu derslerden alınmış olacaktır:

a) Özel Hukuk

- Medeni Hukukun Temel Esasları ve Genel Hükümler (HAFTALIK 5 DERS SAATİ/7,5 Kredi)
- Borçlar Hukuku Genel ve Alım-Satım Sözleşmesi (HAFTALIK 4 DERS SAATİ/6 Kredi)
- Borçlar Hukuku Özel (HAFTALIK 3 DERS SAATİ/4,5 Kredi)
- Özel Sözleşme Hukuku/Tüketiciyi Koruma Hukuku (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Eşya Hukuku (HAFTALIK 4 DERS SAATİ/6 Kredi)
- Aile Hukuku (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Miras Hukuku (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Kredi Güvenliği Hukuku (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Medeni Usul Hukuku I (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Medeni Usul Hukuku II (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Kara Ticaret Hukuku (HAFTALIK DERS 2 SAATİ/3 Kredi)
- Şirketler Hukuku (HAFTALIK DERS 2 SAATİ/3 Kredi)
- Milletlerarası Özel Temel Hukuk Bilimleri (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- İş Hukukunun Temel Esasları (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)

b) Kamu Hukuku:

- Anayasa Hukuku I (Temel Haklar) (HAFTALIK 4 DERS SAATİ/6 Kredi)
- Anayasa Hukuku II (Devletin Organları) (HAFTALIK 4 DERS SAATİ/6 Kredi)

- İdare Hukuku AT (HAFTALIK 4 DERS SAATİ/6 Kredi)
- İdari Usul Hukuku (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Avrupa Hukuku (HAFTALIK DERS SAATİ/3 Kredi)
- Kolluk Hukuku (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- İmar Hukuku (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Mahalli İdareler (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)

c) Ceza Hukuku:

- Ceza Hukuku I (HAFTALIK 4 DERS SAATİ/6 Kredi)
- Ceza Hukuku II (HAFTALIK 4 DERS SAATİ/6 Kredi)
- Ceza Hukuku III (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Ceza Hukuku IV (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)
- Ceza Usul Hukuku (HAFTALIK 2 DERS SAATİ/3 Kredi)

Birinci deneme²⁹ başarısız olursa, öğrenci sınavı tekrar edebilir.

3.1. Ara Sınav Neticesi

Sınav yönetmeliği § 17/ 2'de belirtilen sınavları başaran ve gerekli kredilere ulaşan öğrenci "Ara Sınavı" başarmıştır. Eğer bir öğrenci "Ara Sınav"ı başaramıyorsa hukuk öğrenimi çerçevesinde artık bu sınavlara giremez³⁰.

3.2. Ara Sınav Belgesi

Öğrenci "Ara Sınav"ı başardığında kendisine bunu gösteren belge düzenlenir ve bu belgede "Ağırlıkla alan" eğitimine kayıt yaptırmaya hak kazandığı ifade edilir. Bu belge sınav komisyon başkanı tarafından imzalanır ve sınav tarihi olarak da son final sınavının yapıldığı tarih yazılır³¹.

4. Ağırlıklı Alan Sınavları

4.1. Ağırlıklı Alanlar³²

(1) Öğrenciler aşağıdaki bölümlerden birini seçebilir.

1. Ekonomi ve Şirketler
2. İş ve Sosyal Güvenlik
3. Telif Hakkı Hukuku, Telekomünikasyon Hukuku, Medya Hukuku
4. Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk
5. Hukuksal Şekillendirme ve Uzlaştırma
6. Devlet ve İdare
7. Suç Bilimleri
8. Vergi Hukuku

²⁹ Prüfungsordnung Jura-WWM § 8

³⁰ Prüfungsordnung Jura-WWM § 20

³¹ Prüfungsordnung Jura-WWM § 21

³² Prüfungsordnung Jura-WWM § 22

(2) Ağırlıklı alan 1, 5, 6 ve 7 de özellikle ağırlıklı alan dersleri programda yer almaktadır.

Ağırlıklı alanların programları iki gruptan oluşmaktadır. Bir grup her birisinde zorunlu olan ortak derslerden oluşurken diğer grup her bölüme mahsus seçimlik derslerden oluşmaktadır.

Öğrenci aşağıdaki ağırlıklı alanlardan seçimini yapabilir.

1. Ekonomi ve Şirketler
 - 1.1. Alman ve Avrupa Ortaklık Hukuku
 - 1.2. Banka Hukuku ve Sermaye Piyasaları Hukuku
 - 1.3. Mali Hizmetler
 - 1.4. Kamusal Ekonomi
5. Hukuki Şekillendirme ve Uzlaştırma
 - 5.1. Medeni Hukuk
 - 5.2. Kamu Hukuku
6. Devlet ve İdare
 - 6.1. Özerk Yönetim
 - 6.2. Çevre ve Planlama
 - 6.3. Anayasa
 - 6.4. Kamusal Ekonomi
7. Suç Bilimi
 - 7.1. Kriminoloji ve Ceza Hukuku
 - 7.2. Ekonomi Ceza Hukuku ve Vergi Ceza Hukuku

4.2. Ağırlıklı Alan Sınavının Hedefi³³

Ağırlık alanı sınavı ile öğrencinin hukukun bir bölümünde ve onun temel esasları üzerine derinliğine bilgi sahibi olup olmadığı kontrol edilir. Ağırlık alanı sınavının tamamlanmasıyla birlikte öğrenimin ikinci aşaması sona ermektedir. Bu § 2/ 1 ve § 29 JAG göre “ilk sınavın”³⁴ bir bölümüdür.

4.3. Ağırlıklı Alan Sınavına Kayıt³⁵

Ağırlıklı alan sınavına “ara sınavı” başaranlar girebilirler³⁶.

Öğrencilerin en geç ağırlık alanı ilk final sınavına kayıt olmadan evvel, ağırlık alanını seçmesi gerekmektedir. Ağırlık alanı değiştirme hakkı bir sınava kayıt yaptıran kadar devam etmektedir. Öğrencinin bir sınava kesin kayıt yaptırdıktan sonra bir defaya mahsus olmak üzere ve sadece takip eden sömestrde değiştirme hakkı vardır.

³³ Prüfungsordnung Jura-WWM § 23

³⁴ JAG- NRW § 2 Abs. 1 und § 29

³⁵ Prüfungsordnung Jura-WWM § 24

³⁶ Prüfungsordnung Jura-WWM § 20

4.4. Ağırlıklı Alan Sınavlarının Kapsamı³⁷

Ağırlıklı Alan sınavı şu sınavlardan oluşmaktadır:

- a) Haftalık iki saatlik temel hukuk derslerinden birinden, sömestr bitim sınavı ya da sözlü sunumlu bir seminer çalışması (3 Kredi),
- b) seminer çalışması³⁸ (9 Kredi),
- c) Ders programında yer alan diğer haftalık 12 saatlik zorunlu ya da seçimsel dersler (18 Kredi).

Her final sınavı bu sınav yönetmeliğine göre bir ağırlıklı alan sınavının bir parçasıdır.

Ağırlıklı alan sınavları sadece ağırlıklı alan programında yer alan derslerden yapılabilir³⁹.

4.5. Seminer Çalışması⁴⁰

(1) Seminer çalışması⁴¹ en az haftalık iki saatlik bir seminer programı çerçevesinde⁴² ve en erken ikinci sömestrde “ara sınavın” başarılmasından sonra hazırlanabilir ve bir sunum ve tartışmayla birlikte yapılır.

(2) Eğer öğrenci seçtiği seminere alınmazsa⁴³, ağırlıklı alandan bir başka seminer alır. Eğer seçtiği ağırlıklı alanda sunulan hiçbir seminere alınmazsa, öğrencinin dilekçesi üzerine sınav komisyonu bu öğrenciye bir seminer konusu vermesi için birini görevlendirir.

4.6. Ağırlıklı Alan Sınavının Tamamlanması⁴⁴

Sınav yönetmeliği § 26 da yer alan bütün sınavlar⁴⁵ en az ortalama 3,5 puana ulaşarak bitirilmişse ağırlıklı alan sınavı kazanılmış sayılır. Eğer bu puana ulaşamamışsa, öğrenci bütün sınavları bir defa daha deneme hakkına sahiptir. Bütün bunlardan sonra hala not ortalaması 4 puandan daha kötüyse sınav başlatılmamış sayılır.

(2) Bir öğrencinin birinci denemede başaramadığı bir ders takip eden sömestrde sunulmuyorsa, öğrenci ağırlıklı alanın bir başka aynı tür, yani sınav yönetmeliği § 26 Abs. 1 Buchst. a) bis c) de yer alan dersleri alabilir.

³⁷ Prüfungsordnung Jura-WWM § 26

³⁸ JAG-NRW § 28/ 3, 3

³⁹ Prüfungsordnung Jura-WWM § 26/1 b und c

⁴⁰ Prüfungsordnung Jura-WWM § 27

⁴¹ JAG-NWR § 28/ 3, 3

⁴² StudO § 7

⁴³ StudO § 14/ 2

⁴⁴ Prüfungsordnung Jura-WWM § 28

⁴⁵ Prüfungsordnung Jura-WWM § 26 Abs. 1 Buchst. a) bis c)

4.7. Ağırlıklı Alan Sınavı Başarı Belgesi⁴⁶

Başarılan sınavları gösterir bir belge düzenlenerek öğrenciye verilir. Bu belgede hangi ağırlıklı alan, eğer varsa ağırlıklı alan ana bölümünden mezun olduğu yer almaktadır. Yine alınan ağırlıklı alan notları bu belgede puan değeriyle yazılmaktadır. Bitirme tarihi olarak en son girilen sınav tarihi belgeye kaydedilir.

Bölüm V

Alman Hukuk Eğitimine Yapılan Eleştiriler

Çok uzun zamandır Alman Hukuk eğitimi üzerine eleştiriler yapılmaktadır. Eleştiriler özellikle Hukuk Fakültelerinde öğrencilerin “Devlet Sınavına” (Staatsexamen) başaracak derecede yeterli eğitim almadıkları noktasında yoğunlaşmaktadır. Bu sınavlara öğrencileri hazırlayan “Repetitorien” adı verilen kurslar bu eksikliğin önemli bir göstergesidir. Hukuk Fakülteleri bu suçlamayı reddetmektedirler. Onlara göre bu kurslar ekonomik çıkarları için öğrencilerin sınav korkularını kötüye kullanmaktadırlar. Hukuk Fakülteleri bu sınav için gerekli ve yeterli olan dersleri eğitim programının içinde sunduklarını iddia etmektedirler. Hukuk Fakültesi öğrencilerinin % 70’i bir ya da birden fazla Repetitorien kurslarına katılmaktadırlar

Eleştirilen ikinci husus ise hukuk öğrencilerine ekonomi özellikle iktisat bilgilerinin yeterince verilmediği hususudur. Doğrusu kanun yapma kararları hukukçulara rezerv edilmemiş, demokraside parlamentoya bırakılmıştır. Bu eksikliğe bir reaksiyon olarak bazı yüksek okullar ve üniversitelerde ilk adım olarak “ Ekonomist- Hukukçu (Wirtschaftsjuristen)” bir bölüm olarak ortaya çıkmıştır. Bu bölümden mezun olanlar sadece şirketlerde çalışabileceklerdir.

Eleştirilen üçüncü nokta ise hukuk dogmatığının eğitim sürecinde geniş yer aldığı ve Hukuk Felsefesi, Hukuk Tarihi ya da Hukuk Sosyolojisi gibi temel hukuk bilimlerinin, hukuk eğitimi sürecinde kenara itilmiş, ders programı içinde az önem verilir konuma getirilmiş olduğudur. Temel Hukuk Bilimleri eğitimi yeterli olarak almamış bir hukukçunun, hukuk normlarını bilimsel ve doğru bir şekilde yorumlaması beklenemez. Bir hukukçunun bir kuralı tarihi ve sosyal bağlantılarıyla ele alması gerekmektedir. Hukuk sadece yürürlükteki hukuk olarak algılanmamalıdır⁴⁷.

Bu eleştirilerin uygulamada etkilerinin olduğu gözlemlenmektedir. Nitekim giriş bölümünde de belirtildiği gibi, yeni Federal Hâkimler Yasasında bu bölümler zorunlu dersler arasına dâhil edilmiştir.

⁴⁶ Prüfungsordnung Jura-WWM § 30

⁴⁷ Reinhard Mußnug, Würzburger Thesen des Juristen-Fakultätentags zur Juristenausbildung, Juristische Schulung (JuS), C.H. Beck, München, 1995, s. 751

Kitap Değerlendirmesi

YABANIL TOPLUMDA SUÇ VE GELENEK ÜZERİNE

*Dr. Şule ŞAHİN CEYLAN**

I. GİRİŞ

Hukukun ne olduğu ve nasıl tanımlanabileceği sorunu, hukuku konu alan bütün disiplinlerin ortak problemidir. Bakış açıları ve öncelikler değiştiğinde, öne çıkarılan özellikler ve yanıtlar da değişmektedir. Kimilerine göre doğada kendiliğinden mevcut olan sistemin pozitif hukuka aktarılmış görünümü, kimilerine göre egemen tarafından çıkarılmış ve yürürlüğe konulmuş yasalar, kimilerine göre ise yargılama sürecinde ortaya çıkan karar ve tahliller toplamıdır. Hangi yaklaşım tercih edilirse edilsin, tartışmalar bir şekilde modern hukukla ilişkilendirilmektedir. Bu metindeki kullanımıyla modern hukuk, yasal aktörlerin rollerinin tanımlandığı, yasama, yürütme ve yargı faaliyetinin önceden belirlenmiş kurallar aracılığıyla yürütüldüğü ve hukukun muhatabı olanlar nezdinde aleniyet kazandığı bir düzenin ifadesidir. Söz konusu düzenin hangi özelliklerinin diğerlerine tercih edildiği veya edilmesi gerektiği etrafında şekillenen sorular, sadece hukuk felsefesi ve sosyolojisinin değil aynı zamanda hukuk antropolojisinin de araştırma konusunu oluşturur. Hukuk antropolojisini diğerlerinden ayıran ince çizgi, hukukun ne olduğuna ilişkin cevapların ‘ilkel’ olarak tanımlanan toplumlarda da aranmasıdır.

Hukuk antropolojisi çalışmaları, modern hukuk sistemlerinin mahkemeler veya yasalar gibi unsurlarını kültürel örnekler olarak değerlendirmekte, hukukun varlık koşulu saymamaktadır. Herhangi bir toplumdaki dengenin sağlanmasına, şiddetin kontrol altına alınmasına, anlaşmazlıkların giderilmesine ya da giderilemeyenlerden doğan uyuşmazlıkların çözülmesine yönelik usul ve kurumların incelenmesi yeterli görülmektedir. Bu anlamda hukukun klasik tanımı, insanların görece olarak düzenlenmiş sosyal bir yaşantıyı sürdürme biçimlerine doğru değişmektedir. Nasıl ondalık hesap sistemi, para veya bankalar bulunmasa bile ekonominin varlığından bahsedilebiliyorsa, yasaların ve mahkemelerin

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

yokluğunda da ‘hukuk’ olarak nitelendirilecek bir düzen mevcuttur¹. Dolayısıyla önüne modern ya da ilkel gibi sıfatların hangisini alırsa alsın, tüm toplumların bir hukuku ve önemli sosyal kurumların da hukuki bir yönü olduğu kabul edilmektedir.

Hukukun resmi tanımlar aşılarak yeniden tanımlanması ve toplumsal bir çerçeveye oturtulması örneğine ilk kez Bronislaw Malinowski'nin “Crime and Custom in Savage Society” (1926) isimli kitabında rastlanmaktadır². 2003 yılında Türkçeye çevrilip “Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek” adıyla yayımlanan bu çalışmanın hukuk ve antropoloji metinlerinin neredeyse hepsinde ismi geçmekte, halen temel eser olma özelliğini korumaktadır. Malinowski ilkel toplumların da bir hukukunun olduğu iddiasını ve bunun etrafında şekillenen diğer tezlerini, Malenezya topluluğunun yaşadığı Trobriand Takım Adaları'nda yaptığı alan araştırmasına dayandırmaktadır. Birçok açıdan öncü sayılan eser iki ana bölümden oluşmakta; hukukun tanımı, toplumsal hayatı düzenleyen genel normlar, ilkel insanların toplumsal normlara uyma ve sapma davranışı, medeni ve ceza hukuku uygulamalarına örneklerle yer verilmektedir. Bu makalede söz konusu kitapta ileri sürülen fikirlerin sistemli bir şekilde ortaya konulması amaçlanmaktadır.

II. “YABANIL TOPLUMDA SUÇ VE GELENEK”İN ÖNEMİ

Sosyal antropolojinin öncelikli amacı ilkel insanları, yarattıkları kültürü ve içinde yaşayıp eylemde buldukları toplumsal sistemi anlamaktır. Bir kültürü veya toplumsal sistemi anlamak ise iki farklı aşamada gerçekleşir. İlkinde, inceleme konusu olan kültür kendi koşulları içinde değerlendirilir. Bu yolla, ilgili toplumdaki insanların gözüyle hayata bakmak, davranışlarının mantıksal dayanaklarını kavramak mümkün olur. İkinci aşama, gözlemlenen davranışları anlamak için genel prensipler oluşturulmasıdır. Artık subjektif gerekçeler yerini objektif kıstaslara ve açıklayıcı kavramlara bırakmaktadır. Bu iki aşama tamamen bağımsız kutuplar olmayıp, birbirinin tamamlayıcısıdır. Her olayda bir aşamadan diğerine, bir kültürün özgün dilinden daha geniş ve evrensel uygulamaların diline geçiş yapılmaktadır³. Kültürel bir çevrenin kendi koşullarında incelenmesi ve genel kıstaslara uyarlanmasının zorunlu etkileşimi, alan araştırması ve antropolojik teori arasındaki ilişkiyle benzerlik göstermektedir. Herhangi bir gözlem veya araştırma teoriyle desteklenmediği, bazı varsayımları doğrulama olanağını taşımadığı müddetçe anlamsız kalacaktır. Malinowski

¹ Klaus- Friedrich Koch, “Law and Anthropology: “Notes on Interdisciplinary Research””, *Law and Society Review*, 4:1 (1969: Aug.), s. 12.

² Sally Falk Moore, “Law and Anthropology”, *Biennial Review of Anthropology*, Vol. 6. (1969), ss. 252-300, s. 256.

³ S. F. Nadel, “Understanding Primitive Peoples”, *Oceanica*, 26 (1955-1956), ss. 159-173, s. 159-161.

modern alan araştırmasının öncüsü olmakla, uygulama ve teoriyi birleştiren kişidir⁴.

Yine de Malinowski'nin çalışmasının ilk etkilerinin tamamen olumlu ve yapıcı olduğunu iddia etmek yanıltıcı olacaktır. Hukukun Avrupa kökenli klasik kurumların yokluğunda da mevcut olduğu savı, o dönem hukukçuları açısından oldukça yeni ve önemlidir. Böyle bir kabul hareket eden hukuk felsefesi çalışmalarında ise genelde, ilkel toplumların hukuku modern hukukun tarihsel veya tipolojik öncüleri, Batı Avrupa ve Anglo Amerikan hukukunun ön aşaması olarak nitelendirilmektedir. Endüstrileşme öncesi toplumların hukukunun, endüstrileşmiş olanlardaki sosyal kontrolle benzeşen ilkelere göre işlediği düşünülmemekte, aksine sonraki gelişmelerle yürürlükten kalktığına inanılmaktadır. Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek antropolojiye yabancı kişileri ilkel toplumlarda da hukukun varlığına ikna etmiş olsa bile, bu şimdiki zamana ait teorik bir bilgi değil, tarihsel altyapının parçası gibi düşünülmektedir. Bu eğilim birçok kültürel buluşun ortak talihsizliğidir. Antropolojiden farklı alanlara aktarılan bilgiler, yerleşik inanış ve kalıpları bozmayacak biçimde yorumlanmakta ve yaratıcı biçimde kullanılmamaktadır⁵.

Kabullenmeye ilişkin bu tip güçlükler bir yana bırakılırsa, Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek'in etnografik yöntemin hukuka uygulanması, hukukun doğası, olası görünüşleri, insanların hukuku uygulama, karşı koyma ve cevap verme biçimlerine ilişkin sorular sorulmasının ilk örneği olduğu söylenebilir⁶. Malinowski Trobriand Adaları'nda yerli halkın gündelik yaşantısını ve hukukunu doğrudan gözlemlemiş ve buradan elde ettiği verilere dayanarak genel çıkarımlarda bulunmuştur. Sonraki çalışmalarda gelişmiş örneklerine sıklıkla rastlanan bu yöntem zamanla antropoloji araştırmalarının ayırt edici özelliği haline gelmiş⁷, bu alanda yapılanların yönü tarihsel etnolojiden sosyal ilişkilerin gerçeğe geçtiği kültürel çevrenin işlevselci analizine doğru değişmiştir⁸.

III. HUKUKA İTAAT SORUNU

Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek, üç temel gözlem etrafında şekillenmektedir. İlki, Malenezya'daki Trobriand toplumunun genel bir düzeninin bulundu-

⁴ Ona göre antropolojik teori, antropolojik alan çalışmasının gözlem çizelgesidir. Malinowski bu doğrultuda büyüyle ilgili kendi yaptığı alan araştırmasını örnek vererek, yol göstericisi Frazer'i eleştirmektedir. Nadel, s. 167.

⁵ Moore, s. 257-258.

⁶ John M. Conley, William M. O'Barr, "Review: Back to the Trobriands: The Enduring Influence of Malinowski's Crime and Custom in Savage Society", *Law & Social Inquiry*, Vol.27, No.4 (Autumn, 2002), ss. 847-874, s. 847.

⁷ Vincent Crapanzano, "Review: An Outlook in Anthropology", *Science, New Series*, Vol. 236, No. 4808 (Jun. 19, 1987), ss. 1579, s.1579.

⁸ Koch, s. 14.

ğu, ikincisi bu düzenin mahkemeler veya kolluk teşkilatı gibi klasik Avrupa kurumlarının olmaksızın sürdürüldüğü ve sonucusu insanların itaat ve karşı çıkma davranışının genel yargının aksine kendi menfaatlerine göre belirlendiğidir⁹. Söz konusu düzenin Batılı kurumların yokluğunda nasıl sağlandığının cevabı, ilkelerin de bir hukuk sistemlerinin olduğu, hukuka ya da geleneklere 'kendiliğinden' ve 'kölece' uymadıkları iddiasında yatmaktadır. Malinowski insan doğasının, ilkel ya da modern, herhangi bir sınırlamayı doğallıkla ve sorgusuz kabul etmeye uygun olmadığını, her toplumda yasal sistemin işleyebilmesinin belirli bir kabul ve benimsemeyi gerektirdiğini, tüm kültürlerde yasa, tabu ve yükümlülükler ahlaksal ve duygusal nedenlerle ya da salt uymak gerektiği için uyulduğunu ancak bunun kölece bir itaat alışkanlığıyla açıklanamayacağını, ilkel toplumlardaki gelenek kurallarının diğer antropologların iddia ettiği gibi bilinçsizce ve otomatikman benimsenmediğini savunmaktadır¹⁰.

Malinowski ilkel insanların hukuku olmadığına ilişkin eski düşüncenin, ilkelerin geleneğin köleleri olarak görülme eğilimiyle yer değiştirdiğini ve her ikisinin de kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. İlkelerin 'geleneğe otomatikman boyun eğme' dogması, bu insanların zincirlerini asla kırmaya çalışmadıkları ve onlara göre tüm geleneklerin zorunlu ve kaçınılmaz olduğu varsayımına dayanır. Bu inancın uzantısı, ilkelerin kişisel hak ve konumlarını idrak etme yeteneğinin bulunmadığı ve ilkel komünizm düzeninde yaşadıkları düşüncesidir¹¹. Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek kapsamında biçimlenen asıl iddia bu anlayışa karşı oluşmaktadır. Malinowski'ye göre modern toplumun sıradan fertleriyle ilkel insanların itaat veya uyum davranışları arasında fark bulunmamaktadır. Trobriand'daki kültürel uygulamalardan yola çıkarak, herhangi bir gözlemciye komünizm gibi görünen yaşantının, bireysel menfaatlerin ön planda

⁹ Conley-O'Barr, s. 856.

¹⁰ Bronislaw Malinowski, *Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev: Şemsa Yeğin, Epsilon Yayınları, 2003 İstanbul, s. 20-24.

¹¹ Malinowski geleneğe kendiliğinden boyun eğme dogmasını yanlış yorumlamaktadır. Geleneğin gücü, ilkel insanların bunların zorlayıcı yapısını (modern toplumun yargısal yaptırımlarıyla desteklenmiyor olsa bile) bir şekilde kavramış olmalarıyla ilgilidir. Bu anlamda ilkel insanların gelenekleri kendiliğinden otomatiktir; kişi sanki gerçekten bunların kölesiymiş gibi davranmayı seçmiş bile olsa, asla karşı çıkmayan bir köle değildir. Malinowski bu durumun aksini iddia etse de, ilkel geleneklerin ihlal edildiği az sayıda örnekle karşılaştığı açıktır. Malinowski'nin eksikliği, geleneklere otomatikman uyma eğilimini anlamamasından kaynaklanmaktadır. Çoğu durumda bir geleneğe sadece gelenek olduğu için itaat edilmekte, gücünü gelenek olması durumundan almaktadır. Malinowski işlevselci düşünce paralelinde, toplumdaki her geleneğin bir işlevi olması gerektiğini iddia etmektedir. Bazı geleneklerin özel amaçları bulunmakla beraber, hepsi aynı kaderi paylaşmak zorunda değildir. Hatta kimilerinin neden ortaya çıktığını hatırlamak dahi güç olabilir. Bu bağlamda geleneklerin amacının, sosyal uzlaşma sağlamak adına, toplumdaki davranışlara ilişkin bir birlik sağladığını düşünmek yeterli olacaktır. William Seagle, "Primitive Law and Professor Malinowski", *American Anthropologist*, New Series, Vol. 39, No. 2 (Apr.- Jun., 1937), ss. 275-290, s. 276-278.

olduğu karşılıklı ödev ve yükümlülükler toplamı olduğunu ifade etmektedir. Toplumsal düzenin belirleyicisi, karşı taraftan beklenen fayda veya toplumda ün, saygınlık kazanma gibi nedenlerdir¹². İlkel insanların mevcut kurallarla katı bir uyum içinde yaşadıklarına ilişkin sav, gündelik hayatın stresi içinde yaklaşık olarak gerçekleşebilecek bir ideali yansıtmaktadır. Yerliler arasında da hukuk ve duygusallık, ahlak ve tutkular, centilmence davranışı düzenleyen geleneksel kurallar ve kişisel menfaatler arasında çatışmalar yaşanmaktadır. Malinowski'nin kurallardan sapmaya dair tespiti, ilkel insanların katı gelenekler ve grup talepleriyle sıkı sıkıya bağlı olduğu yargısının düzeltilmesi yönünde önemli bir adımdır. Ancak yine de yerlilerin toplumsal kurallar karşısında modern insanlar kadar özgür olmadığı da yadsınmayacak bir gerçektir. Eğer yaygın hata ilkel insanları sosyal otomatlar gibi göstermekse, Malinowski de diğer uçta aşırıya gitmekte ve bunları kendini düşünen, fayda peşinde koşan modern insan imgesine büründürmektedir¹³.

Neticede kurallara uyma davranışı 'küme içgüdüsü' veya 'egemen olan küme duygusundan' değil, karşılıklı yükümlülük ve haklardan (buradaki hak kavramı Batı hukukundaki anlamıyla bir hak değildir) kaynaklanır. Malinowski'ye göre alışkanlıkların gücü, mevcut kuralların elverişli ve işlevsel bulunması, başkaları tarafından aşağılanma veya dışlanma korkusu, geleneksel buyruklara karşı duyulan korku, bu korkuya duygusal bağlılık gibi çeşitli nedenler geleneği salt gelenek olduğu için uyulması gereken bir niteliğe büründürmektedir. Ancak geleneklere gönülden bağlı olmak, insanların kurallara boyun eğmesinin tek nedeni olmayıp bu nedenler arasında oldukça küçük bir yer tutar¹⁴. Kültürel yapının ideal görünümünün yerlilerin gündelik hayatını yansıttığı düşüncesi yanılığdan ibarettir. Malinowski hem olması gereken kültürel uygulamalara hem de gerçekte ne olduğuna yer vererek sapma davranışını ortaya koymaktadır¹⁵. Gerçekte kuralların bir şekilde ihlal edildiği ve toplumun geri kalanının bunu örtbas ettiği olaylar da görülmektedir. Örneğin dış evlilik kuralına uymadığı topluluk içinde yüzüne vurulan ve onuru kırılan kişinin intihar etmesi örneğine sık rastlanmaktadır. Ama aynı sıklıkta rastlanan diğer örnek ana yanlı akrabalarla kurulan ilişkinin sürdürülmesi ve toplumun diğer üyelerinin bunu bil-

¹² Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 57-59, 20-21. Leslie A. White, "Crime and Custom in Savage Society by Bronislaw Malinowski", *The American Journal of Sociology*, Vol. 32, No. 6 (May, 1927), ss. 1005-1007, s. 1005-1006.

¹³ Frank H. Hankins, "Reviewed work(s): Crime and Custom in Savage Society by Bronislaw Malinowski", *Social Forces*, Vol. 6, No. 3 (Mar., 1928), ss. 499-500, s. 500. " Herhangi bir sınırlamayı, doğal bir şeymiş gibi kabul etmek, insan doğasına aykırı değil midir, ve ister uygar olsun, ister yabanıl, insanoğlu, hoş olmayan, ağır gelen, acımasız kural ve tabulara zorunlu kılınmadığı sürece, hem de, karşı durmadığı bir güç ya da nedenin zorlaması olmaksızın uyar mı?" Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 21.

¹⁴ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 59, 63.

¹⁵ White, s. 1006.

miyormuş gibi davranmasıdır. Bu aslında kabilenin temel yasalarından birinden kaçınılması ve bunun yerleşik hale gelmesi örneğidir. Hatta bu tip cinsel ilişki-den kaynaklanabilecek hastalıkları giderecek büyü bozma ritüelleri bile bulunmaktadır. Doğüstü güçlerin kendiliğinden etkide bulunarak bir davranış kuralına bağlı kalınmasını sağladığı söylenemez. Benzer biçimde “yerleşik kurumları, önemli işleri bozmak amacıyla yapılan büyüler, aslında geleneklerin ortaya çıkardığı bir suç işleme aracı olmaktadır. Kötücül büyülere hedef olan kurum ve etkinlikler, çeşitli yasalarca korunmuş olduklarına göre, bu büyülerini yaşatan gelenek, yasaya karşı işlemekte, ve yasalarla doğrudan doğruya çatışmaktadır.” Kuralların ihlal edilmesi, üstüne üstlük yerleşik bir uygulama haline gelmesi, kurallara mutlak uyum davranışı sergileyen, küme bilincine sahip bir topluluğa işaret etmemektedir¹⁶.

IV. HUKUKUN TANIMI

Malinowski ilkel insanların gelenek kurallarına, karşı koyma güçleri bulunmadığı için itaat etmediklerini, eğer böyle olsaydı hukuk, ahlak ve diğer davranış kurallarını birbirlerinden ayırmanın imkânsız hale geleceğini ileri sürmektedir. Ona göre “kurallar, gelenekler ve davranış kalıpları toplamını bir gelenekler bütünü olarak tanımlarsak, yerlinin bunların hepsine karşı güçlü bir saygı duyduğu, başkalarının yaptığını, başkalarının onayladığı şeyleri yapma eğiliminde olduğunu, ve ilgi ve isteklerinin onu başka bir yöne çekmemesi halinde, geleneklerini çizdiği yolun dışında bir yola sapmayacağı, kuşku götürmez bir gerçeklik olarak ortaya çıkar¹⁷.”

Malinowski yasaklar ve yaptırımları değil karşılıklı yükümlülükleri, birbirini tamamlayan hakları, olumlu itibar sağlamaya yönelik pozitif yönlendirmeleri öne çıkarmakta¹⁸; tekil olgular yerine sıradan olayları, ihlal edilenler yerine uyulan yasaları, toplumsal yaşamdaki rastlantıları değil sürekliliği vurgulamaktadır. Hukuk kuralları, sıkı, katı veya ilahi olmayıp, esnek ve ayarlanabilir niteliktedir. Toplumsal güçler tarafından korundukları, mantıklı ve gerekli oldukları için uygulanırlar. Hukuk kurallarının getirisi olan hak ve yükümlülükler, bunların farkında olan ve karşılığını bekleyen bireyleri bağlamaktadır. Böylece hem hukuk formuna dönüşmemiş geleneklerden hem de ahlak ve din kurallarından ayrılırlar. Aslında dinsel kuralların ilahi yönlerinin yanı sıra mevcut yasalara uygun olmak gibi hukuki boyutunun da olduğu gözlenmektedir. Demek ki geleneklere saygı bu tip toplumlarda çok önemli olsa da, hukuk gelenekler bütünü değildir; hukuk kuralları, geleneklerin veya toplumsal kuralların yalnızca bir kısmını oluşturan ayrı bir kategoridir. Aynı şekilde tüm gelenekler de hukuk kuralı olarak nitelendirilemez. Bu durumda hukuk kurallarını diğerlerinden

¹⁶ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 92-94.

¹⁷ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s.61-63.

¹⁸ Moore, s. 257.

ayırır kıstas, bunların bir kişinin yerine getirme yükümlülüğü bulunan zorunluluklar şeklinde algılanması ve uygulanmalarını ikinci kişinin bir başkasından beklediği, üzerinde hak iddia ettiği kurallar olmalarıdır. Psikolojik bir itici güç, karşılıklı bağımlılık ilişkisi, bu karşılıklılığın kesin çizgilerle belirlenmiş ve çok yönlü bir ilişkiler zinciri halinde düzenlenmiş olması, kuralların uygulamasının çoğu kez törenlerle, kamu gücüyle desteklenmesi, hukuk kurallarını zorunluluk haline dönüştürerek bağlayıcılıklarını arttırır¹⁹.

Malinowski ilkel toplumlarda gelenek formunda görünen davranış kurallarından bir kısmının hukuku oluşturduğu, hukukun varlığı için modern kavramlarla ifade edilen mekanizmaların aranmasına gerek olmadığı savıyla bu toplumların hukuk sistemlerine ilişkin doğru bir noktaya temas etmektedir. Buradaki sıkıntı, hukuki ve sosyolojik kurumların ayırt edilmesinde ortaya çıkmaktadır. Geleneklerin zorlayıcı ve bağlayıcı olanları hukuku, diğerleri ise sadece gelenekleri oluşturur. İlgili menfaatin önemli veya gerekli sayılması hukuku belirleyen kıstastır. Ancak hangi geleneklerin etkisiz ya da önemli olduğunun tespiti, oldukça incelikli bir değerlendirmeyi gerektirmekte; menfaatin önemi kıstasına göre gelenekten çok hukuka rastlanma olasılığı da doğmaktadır²⁰. Malinowski'nin hukuk tanımı toplumsal ilişkilerin zorunlu yönlerine ilişkin bir çalışmadan ayırt edilemeyecek kadar geniş olduğu için hukuk ve toplumsal kontrol çevresinde oluşan kuralların sınırlarını belirlemek güçtür²¹. Onunki gibi bir yaklaşımla, yılbaşında veya doğum günlerinde hediye vermeye ya da insanların asansörde karşılıklı duruş mesafelerine ilişkin kurallar bile hukuk görünümü kazanabilir. Bu aşamada toplumsal norm ve yaptırımlar üçe ayrılır: Üçüncü kişilere veya taraflara açıklama ve uygulama imkânı verenler; karşılıklılık veya süre giden ilişki gereğince desteklenenler ve memnuniyetsizliğin veya fiziksel gücün ifadesi olan dolaysız yaptırımlar. Sonradan konuyla ilgili metni okuyan kişilerin farklı çıkarımlarda bulunması pahasına, bu norm ve yaptırım kombi-

¹⁹ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 86, 64-66. Malinowski, *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*'te değil ama bir başka çalışmasında hukukun dört farklı anlamı olduğunu yazmıştır. İlk anlamıyla hukuk, determinizm yasalarına atıfta bulunur. Bu kullanımı 'bilim yasaları' veya 'doğa yasaları' gibi kültürel determinizmle ilgilidir. İkincisi, kişilerin edimleriyle tek tipleştirilmiş veya sözlü yollarla formüle edilmiş davranış kurallarıdır. Bilgi, teknoloji veya işbirliği kuralları bu kapsamdadır. İlkel bilgi kuralları genelde emir veya en azından normatif ifadeler şeklinde görünür. Yüzeysel olarak gelenekten kaynaklı diğer zorunluluklarla benzerlik gösterirler. Üçüncüsü, kişiler ve gruplar arasındaki ilişkilere atıfta bulunan, çeşitli menfaatleri sınırlayan, yıkıcı psikolojik ve sosyolojik eğilimleri azaltan davranış kurallarını içerir. Dördüncüsü, talepler arasında bir çatışma doğduğunda veya toplumsal davranış kurallarından biri ihlal edildiğinde devreye giren özel bir mekanizmadır. Bronislaw Malinowski, "A New Instrument for the Interpretation of Law. Especially Primitive", *The Yale Law Journal*, Vol. 51, No. 8 (Jun., 1942), ss. 1237-1254, s. 1243.

²⁰ Seagle, s. 280-281.

²¹ Moore, s. 256.

nasyonlarından bazılarının ya da hepsinin hukuk olarak nitelendirilmesi mümkündür. Malinowski'nin iddiası bu eksende değerlendirilirse, karşılıklılığa dayanan ilişkilerle desteklenen normlara farklı bir yer vermek istediği, modern hukuk kurumlarının yokluğunda bile bunlara hukukilik kazandırdığı söylenebilir²².

İlkel hukuk aynı tip kuralların uyumlu, kusursuz, tutarsız bir bütünü değildir. Anaerkillik, baba hukuku, evlilik yasaı, reisin yetkileri gibi kendilerine ait alanları olan farklı ve bağımsız dizgelerden meydana gelmektedir. Örneğin aile kurumunda belirleyici olan kadının konumudur. Ana yanlı bir hukuk sistemi ve ana hakkı egemendir. Ancak erkeğin evlilik ilişkisindeki yetke ve yükümlülükleri bağımsız bir yasal ilkedir. Aynı şekilde bir köyün iç yasaları, büyücünün konumu da bağımsız yasal sistemlerdir. Farklı yasal dizgelerin varlığı bizi hukukun varlığıyla ilgili başka bir noktaya götürmektedir. Malinowski'ye göre diğer antropologların yanılığa düştüğü husus, ilkel hukukun yalnızca ceza yasalarından ibaret olduğu iddiasıdır. Oysa ilkel hukuk yalnızca olumsuz buyruk ve kararlar içermemekte, ceza hukukunun yanı sıra medeni hukuka ilişkin kuralları da barındırmaktadır. Temelde yerlilerin hukuk düzeninin modern kavramlarla açıklanmasına karşı çıkan Malinowski, mutlaka böyle bir isimlendirme yapılacaksa, yerlilerin de medeni hukukunun olduğunu belirtmektedir. Kabile yaşantısındaki medeni hukuk, tarafların hak ve ödev ilişkisinde bulunduğu, toplumsal yapıdan kaynaklanan karşılıklılık ve kamuya açıklık mekanizmalarıyla işleyen bağlayıcı yükümlülükler bütünüdür. Kurallar esnektir, hoşgörüyeye açıktır, yerine getirilmemesi halinde ceza, aksi halde ödül verilmemektedir. Yasaların neden ve sonuçları yerlilerce anlaşılmakta ve geçerlilik kazanmaktadır. Yasalar toplumsal yaşamın bir yönünü ifade eder, resmi kararnemelerle düzenlenmemiştir, yükümlülükler karşısında duyulan sorumluluk bunları uygulanır kılmaktadır²³.

Malinowski'nin ilkel hukukun esnekliğı, uyarlanabilirliğı, din kuralları ile insanlar tarafından konulan kurallar ayrımı ve bunları modern kavramlarla tanımlamanın doğru olmayacağına ilişkin tespiti hukuk antropolojisi alanında olumlu bir adımdır. Ancak modern hukuk kurumlarının ilkelere uyarlanmasına karşı çıkıyor oluşu, kendisini de aynı hataya düşmekten koruyamamaktadır. İlkel toplumdaki davranış kurallarını dini ve seküler, hem de seküler olanları kendi içinde 'ahlaki' 'hukuki' 'gelenek' kuralları olarak ayırması ve hukuk kurallarını 'medeni' ve 'ceza' hukuku ikiliğıyle sınıflandırması, ilkel kurumları modern olanlardan ayırt edilemez hale getirmekte, gerçek hukuki form ve mekanizmalar neredeyse terk edilmektedir. Batı kültürünün hukuki kurumlarını

²² Stewart MacAuley, Crime and Custom in Business Society, Journal of Law and Society, Vol.22, No. 2 (Jun., 1995), ss. 248-258, s. 251-252.

²³ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s.113, 87, 88, 25, 67, 69, 70.

ilkel topluma uyarladığının göstergesi, evlilik, veraset, mülkiyet gibi modern hukuk kavramlarını ilkel hukukta da arıyor olmasıdır²⁴.

V. TOPLUMSAL YAPI VE HUKUKUN İŞLEYİŞİ

Malinowski'ye göre Trobriand Takım Adaları'nın toplumsal yapısı, 'yasal konum' ilkesi çerçevesinde biçimlenir. Bu ilke 'aleniyet' ve 'karşılıklılık' olmak üzere iki unsuru barındırmaktadır. 'Aleniyet', bireylerin yükümlülüklerinin bütün toplumca biliniyor olması anlamına gelir. Malinowski'nin tarafın önceden belli olduğu kişi ile kişi, iki bölge veya köy, iki akraba grubu gibi ikili ayrımlarda gerçekleşmekte; her edimde toplumbilimsel bir ikiliğe rastlanmaktadır. Hem aleniyet hem de karşılıklılık gereği, taraflar birbirlerinin davranışlarının haklılığını daha fazla ön plana çıkardığı ve ekonomik, toplumsal, hukuki ilişkilerin tümünü dayandırdığı 'karşılıklılık' ise bir başkası yararına gerçekleştirilen edimlerin veya yapılan iyiliklerin ileride karşılığının ödenecek olduğu bilgisidir²⁵. Malinowski'ye göre her tip toplumsal dizge karşılıklılık esasına göre işlemekte ve böylece sadece Trobriand'da değil tüm ilkel toplumlarda kendiliğinden bir simetri ve ikili düzen²⁶ ortaya çıkmakta; toplumsal ilişkilerde (örneğin alış veriş, evlilik) karşılıklılık veya gereklilik gözetilmektedir. Bu, alınan ve verilenler arasında bir denge olmasına, kimsenin görev ve yükümlülüğüne son verilememesine veya durup dururken ayrıcalık tanınmamasına neden olmaktadır²⁷.

Medeni Hukuk:

Malinowski Trobriand'da süre giden toplumsal düzenin temelini, aleniyet ve özellikle karşılıklılık ilkelerinin gündelik hayattaki bağlayıcı gücüne dayandırmaktadır. Toplumsal yapı ve kurumların bütününe yayılan karşılıklılık bir yandan toplumsal hayatın düzenliliğini sağlamakta, öte yandan medeni hukuk benzeri ilişki ve yükümlülükler dayanak oluşturmaktadır. Medeni hukukun özü, karşılıklılıktan kaynaklı hak, yükümlülük ve sınırlandırmalarla biçimlenir. Ceza hukukundaki negatif ödevlerin yerini, medeni hukukun pozitif düzenleme-

²⁴ Seagle, s. 275-276, 283.

²⁵ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 36, 57, 43.

²⁶ Malinowski sosyal ilişkilerin temelini karşılıklılık ilişkisine dayandırmaktadır. Trobriand yerlilerinin ikili organizasyon yapılarına bölündüğü doğrudur. Ancak bunlar çoğu zaman ekonomi değil evlilik amaçlıdır. Ayrıca Malinowski tüm ilkeller için evrensel olduğu iddiasıyla tek bir gözlemi genelleştirme eğiliminde olsa da ikililik ilkel toplum ve hukuklar bakımından geçerli değildir. Kimi Afrika toplumlarında üçlü ya da beşli bölünmeler varken, kimilerinde hiç yoktur. Ayrıca Trobriand adalarında iş bölümünün bu şekilde işliyor oluşu, her ilkel toplumda böyle olduğu anlamına gelmez. Bazılarında düzenli bir alış veriş sistemi yokken, diğerlerinde yasal sözleşmelerle ifade edilecek kadar gelişmiş olabilir. Seagle, s. 278-279. Kaldı ki alma ve vermeye dayalı karşılıklı ilişkiler ikili gruplarla açıklansa bile karmaşık ilişkilerin toplumsal kaynakları her zaman bu şekilde olmayabilir. Hankins, s. 500.

²⁷ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 37.

leri almaktadır. Malinowski bu tespitini desteklercesine ceza hukuku uygulamalarına çok az yer verirken, medeni hukuktan kaynaklı edimde bulunma ve yükümlülük altına girmeye ilişkin örnekleri ayrıntılarıyla ortaya koymaktadır²⁸. Kitapta bu yöndeki örneklerden ilki, insanların geçimlerini sağlama biçimleriyle ilgilidir. Trobriand'ın ovalarının verimli, denizinin sığ ve balık dolu olması, hem ada sakinlerinin birbirleriyle yakın ilişki kurmalarına hem de geçim kaynağı olarak (el sanatları ve ticaretin yanı sıra) tarım ve balıkçılıkla uğraşmalarına neden olmuştur. Balık tutarken organize bir şekilde çalışan kano sahibi ve diğerleri, aynı alt klandan gelmektedir. Herkesin karşılıklı sorumluluğu vardır, hak ve yükümlülükler bellidir. Kanonun ortak mülkiyete tabi olmaması nedeniyle, sahibinin yıpranan kanoyu yenisiyle değiştirmek için ekonomik imkân sağlamak veya bakımını üstlenmek gibi yükümlülüklerinin karşısında diğerlerinin avlanmaya gitmeyi talep etmek, tutulan balıktan pay almak gibi hakları vardır. Benzer şekilde denizden uzak yerlerde yaşayanlar ve balıkçılar arasındaki sebze ve balık değiş tokuşunda da karşılıklılık geçerlidir. Taraflar kendilerine verilen armağanı kabul etmek, karşılığında bir şey vermek zorundadır. Bu da balıkçılar ve tarımcılar arasında bağımlılık ve buna bağlı olarak karşılıklılık ilişkisi doğurmaktadır; görevlerini savsama suçu işleyenler cezai sorumlulukla karşılaşmaktadırlar.²⁹

Aile ilişkilerinde de karşılıklılık esastır. Ana yanlı hısımlığın³⁰ egemen olduğu Trobriand ailelerinde dişi, erkek kardeşlerinden birinin, yoksa en yakın ana yanlı erkek akrabasının koruması altındadır. Ona itaat etmesi ve yükümlülüklerini yerine getirmesi karşılığında erkek kardeş ya da akraba tarafından korunur, evlendikten sonra bile ekonomik ihtiyaçları karşılanır. Dayı, çocuklarının koruyucusu, ekonomik gereksinimlerini karşılayan kişi ve onlarla ilişkisinde aile reisidir. Erkek kardeşin elde ettiği hasadın büyük kısmı kız kardeşe gider ve ikisinin evinin önünde de başkalarının görüp takdir etmesi için sergilenir. Bu işlemlerin törensel yönü ve bağlayıcılığı vardır. Eğer erkek kardeş yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmemezse hakarete uğramakta, cezalandırılmaktadır. Yine karşılıklılık ilkesi gereği koca, kadının erkek kardeşine hediyeler sunar; erkek çocuklar büyüyünce dayıya yardım eder, ödemelerine katkıda bulunur. Kız çocuklar ana yanlı toplumda mirasçı sağlar. Aile ilişkilerine bağlı edimler-

²⁸ Conley- O'Barr, s. 856-857.

²⁹ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 27-33.

³⁰ İlkel toplumlardaki kan hısımlığı ana soylu (ana yanlı) hısımlık, baba soylu (baba yanlı) hısımlık, iki yandan hısımlık ve çift soy hısımlığı olmak üzere dört ayrı tipte toplanmıştır. Bir başka hısımlık tasnifi dışevliliksel esaslara göre yapılır. Ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, Özne Yayınları, İstanbul 1998, s. 99-106.

den bazıları ekonomik açıdan özendirme işlevi görür, bazılarının yasal bağlayıcılığı vardır ve bazıları da akrabalığın dolaysız sonucudur³¹.

Bir başka karşılıklılık örneğine cenaze merasiminde rastlanmaktadır. Ölenin eşinin törende ağlamasının nedenlerinden biri ölenin kardeş ve ana yanlı akrabalarına üzüntüsünü göstermektir. Uzun süre yas tutmak, ölenin çene kemiğini boynunda taşımak karşılığında bol miktarda erzak alır. Trobriand adalarında bir kamu kurumu işlevi gören büyüçülük de karşılıklılık esasına göre işlemektedir. Büyüçünün sahip olduğu ayrıcalığın asıl kaynağı konumudur. Büyüçünün görevini yerine getirme sorumluluğu karşılığında diğerlerinin ona saygı gösterme ve bir takım hediyeler verme zorunluluğu vardır. Aynı ilkeye göre kabilenin reisinin bile topluluğa ilişkin tüm kararlarında diğerlerine karşı sorumlu olması; kendisine tanınan ayrıcalıklı konumun zorunlu davranış biçimleri ve yükümlülükleri içermesi söz konusudur. Malinowski'ye göre örneklerde gösterilen bağlayıcı yükümlülükler diğer geleneksel kurallardan ayrı, özel bir kategoridedir³².

Sadece değiş tokuş ilişkilerinde değil diğer alanlarda da işbirliğinin sürdürülmesi, toplumsal bağların korunması veya karşılıklılık etkili olmaktadır. Toplumsal ilişkilerin karşılıklılık esasına dayandığı durumlarda, hukuki ilişki ve yükümlülükten bahsedilebilmektedir. Yani bir yanda toplumsal hayatı düzenleyen, insanlar tarafından oluşturulmuş gelenekler, öte yanda hukuki sonuç doğuran kesin buyruk ve kurallar vardır. İkinciler Batının medeni hukukuna denk gelen düzenleme ve yükümlülükleri içerirler. Örneğin ekonomik yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişi katlanılması güç bir konuma itilir, rezil olur, ekonomik ve toplumsal ilişkilerden dışlanır. Sonucun böyle olacağını bilincinde olduğu için yükümlülüklere uyma yolunu seçer. Malinowski bu doğrultuda iki sonuca ulaşmaktadır. Birincisi ilkel yaşamdaki hukuk unsurunun, insanların yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlayan düzenlemeler içermesi ve 'karşılıklılık' ilkesinin bu düzenlemelerin kaynağı ve göstergesi oluşudur. Yani karşılıklılık esasına göre işleyen her kurum ya da ilişkinin hukuki bir boyutu ve dolayısıyla sorumluluğu vardır. Dinsel ritüellerin bile (ruhani yönlerinin yanı sıra) yasal yönleri bulunmaktadır³³. İkincisi sanıldığı gibi aksine ilkel toplumlarda yalnızca ceza hukuku değil medeni hukukun da bulunduğudır.

Ceza Hukuku

Malinowski Trobriand'daki ceza hukuku benzeri uygulamaları gündelik hayattan alıntılıdığı sınırlı sayıdaki örnekle ortaya koymuştur. Suçların cezalandırılmasında uygulanan genel ilkeler belirsiz, ceza yöntemleri düzensizdir. Bunlar rastlantı ve kişisel tutkulara göre uygulanmaktadır. En önemli yöntemler, huku-

³¹ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 46-49.

³² Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 45, 50, 53-54, 58.

³³ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 42-44, 52, 55-57.

ki olmayan kurumların, geleneklerin, büyücülüğün, intiharın, reisin yetkesinin, sihrin, tabu çiğnemenin olağanüstü sonuçlarının ve öğ almanın uzantısıdır. Bütün yasal kurumlar, adaleti sağlamak yerine olumsuz bir durumu giderme, bozulan dengeyi kurma, haksızlık ve baskı altında bulunma durumlarını dile getirme aracıdır³⁴.

Örneklerden ilki ana yanlı hukuk sistemi ve ana hakkının ihlaline ilişkindir. Dış evlilik esastır, ana ailesinden biriyle ilişkide bulunmak suçtur. Topluluk bu konudaki sapmaları bildiği halde çoğu zaman doğrudan tepki vermemekte ancak açıkça suçlama biçiminde duyurulunca cezalandırılması gerekmektedir. Gizlice ilişki yürütülürse dedikodu dışında yaptırımı bulunmamakla birlikte kamuya duyurulursa suçlu çifte tepki verilmektedir. Genelde bunlarla ilişki kesilmekte, hatta bazı durumlarda taraflardan biri veya ikisi intihar etmektedir. İntiharda kendini cezalandırma, işlediği suçun bedelini ödeme, yaptığı yanlış topluluğa duyuran kişiden öğ alma, eski saygınlığını kazanma ve duygusal acı düşüncesi etkili olmaktadır. Ana tarafından akrabalarla cinsel ilişki yasağı ve cezası, kan bağlarının yakınlığı ölçüsüne göre değişmektedir. Yakınlık arttıkça ceza ve yasak ağırlaşmaktadır³⁵.

Trobriand'da etkin ve önemli bir cezalandırma aracı olarak kullanılan diğer yöntem büyüdür³⁶. Büyücüler saygın, zengin ve korkulan kişilerdir. Büyü yapma faaliyetleri yasa dışı olmayıp, gerçek bir adaletsizlik veya hukuka aykırılık durumun kamuoyunun da baskısıyla gidermeye yöneliktir. Büyünün sadece cezalandırma ile sınırlanmayan birden çok işlevi vardır: Büyü yapılma olasılığı karşısında kişi pişmanlık hissedebilir, davranışını değiştirebilir veya verdiği zararı karşılamak isteyebilir. Bu durumda "...kötücül büyü, aslında kabile yasalarının öngördüğü kuralların uygulanmasında kullanılması, şiddete başvurmayı engellemesi³⁷ ve dengeyi koruması açısından gerçek bir yasal güç işlevi gör-

³⁴ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s.111.

³⁵ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 89-91, 95, 107.

³⁶ Malinowski nasıl Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek'te tüm toplumların kendilerine özgü bir hukuku olduğunu savunuyorsa, "Büyü, Bilim ve Din"de de bilimin evrenselliğini, büyü ve dinle birlikte, ilkel veya medeni bütün toplumlarda mevcut olduğunu ileri sürmektedir. Trobriand Adaları'nda ilkel olarak tanımlanan insanların tarım, balıkçılık, kano yapımı gibi yollarla tecrübe ve zorunluluklar sonucu doğal yaşamla baş ettiklerini, bilimi ihtiyaçları doğrultusunda nasıl kullandıklarını ortaya koymaktadır³⁶. Roberto J. Gonzalez, Laura Nader, C. Jay Ou, "Between Two Poles: Bronislaw Malinowski, Ludwik Fleck, and the Anthropology of Science", *Current Anthropology*, Vol. 36, No. 5 (Dec. 1995), ss. 866-869, s. 867.

³⁷ Herhangi bir üstünlük, göze çarpan özellik, toplumsal konum sayesinde kazanılmayan mal, yetenek, kişisel başarı veya erdem kabul görmemekte, reisi öfkeliendirmektedir. Bu öfkenin temelinde ortalamanın aşılması, dengenin bozulması vardır. Herhangi birinin bu tip özelliklere sahip olduğuna dair inanç, çoğu zaman kuşkuya dayandığı için doğrudan bedensel şiddet uygulanmayıp, büyü tek yasal çare olarak kullanılmaktadır. Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 98-104.

mektedir³⁸.” Büyücülüğün adaleti yürütmek ve ceza vermek gibi iki boyutu olduğu, eşitsizlikleri gidermeye ve yenilerini önlemeye hizmet ettiği söylenebilir. İntihar ve büyücülüğün ortak noktaları, yerlilerin yasalara uymasında ve insanların alışılmadık davranışlarda bulunmasında aracılık etmeleri, ikisinin de kamu önünde uygulanması, gelenekleri koruyucu etkileriyle hukuk ve düzeni desteklemeleridir. Uyuşmazlıkları sona erdirme yolu olarak kamusal alanda karşılıklı bağırma, beddua gibi özel kurumlar da vardır. Malinowski'nin değindiği diğer ceza hukuku ihlalleri hırsızlık ve adam öldürmedir. Hırsızlığın cezası suçlunun duyacağı utanç ve kendisine yöneltilen suçlama olmakla birlikte beyazların mallarını çalmak hukuk veya yasa ihlali sayılmamaktadır. Adam öldürmeye pek sık rastlanmamaktadır. Eğer öldürülen kişi başka bir alt klan üyesiye, ya öç alınmakta ya da daha sıklıkla öç alma yerine kan bedeli ödenmektedir³⁹.

Kitabın adı ‘Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek’ olduğu halde, ceza değil medeni hukuk üzerine yoğunlaşmaktadır. Ceza hukuku uygulamalarıyla ilgili yazılanlar sınırlı sayıda örnekten ibarettir. Ancak yine de söz konusu örneklerden ilerleyerek ilkel toplum ve özelde Trobriand Adaları için geçerli bir suç tanımına ulaşılabilir: Suç, temel toplumsal normları ihlal eden, karşılıklılığın sıradan teşvikleriyle önlenemeyen, kamuda gerçekleşen, sayılan özelliklerinden ötürü bireyler arasında çözülmesi veya göz ardı edilmesi mümkün olmayan bir eylemdir⁴⁰.

SONUÇ

Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek yayınlandığı dönem açısından yeni bir dünyaya açılan bir kapı niteliğindedir. Malinowski Trobriand yerlilerinin arasında yaşamış, gündelik hayatlarına ve hukuk düzenlerine ilişkin gözlemlerini yazılı forma dönüştürmüştür. Toplumsal yapıyı, ekonomik ve hukuki kurumları, hukukun genel işleyişini, medeni hukuk ve ceza hukuku ayrımını, toplum yaşantısını düzenleyen temel ilkeleri, kurallara uyma ve sapma davranışını verilerle destekleyerek ortaya koymuştur.

Bu topluma ve genelleyerek ilkel toplumlara dair çıkarımları daha çok kendi bakış açısını yansıtmaktadır. Hukuk kurallarının içeriğini ayrıntılı biçimde tanımlamak ve bu kuralların uygulandığı olayları doğrudan aktarmak yerine, savlarını desteklemek için sınırlı sayıda örneği kullanmıştır. Aslında Trobriand yerlilerinin konu edildiği çalışma, ilkel hukukun bütününe kapsayan bir açıklamaya dönüşmüş, inandırıcılığı zedelenmiştir. Malinowski'ye göre ne ilkel hukuk homojen ve mükemmel bir kurallar toplamı, ne buna muhatap olan kişiler

³⁸ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 99.

³⁹ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 71-73, 104, 106, 130-131.

⁴⁰ Conley-O'Barr, s. 869.

geleneklere kendiliğinden uyan köleler veya otomatlar, ne de hukuk sistemi ceza hukukunun baskın olduğu bir yasaklar dizgesidir. Toplumsal düzen ikili bir ayrımla bölünmüş kişi ve grupların, aleniyet ve karşılıklılık ilkeleri çerçevesinde eylemde bulunduğu ilişkilerle şekillenir. Trobriand'da böyle olsa bile, tüm ilkel toplumların ikili gruplara ayrıldığı söylemek bilimsel bir ifade olmaktan uzaktır.

Aleniyet ve özellikle karşılıklılık medeni hukuk benzeri ilişkilerin, medeni hukuk ise ilkel hukukun özünü oluşturur. Sanıldığı aksine ilkel toplumlarda ceza hukuku kaynaklı uygulamalara medeni hukuk kadar sık rastlanmamaktadır. Kitapta ağırlıklı olarak bu tespiti destekleyen olaylara yer verdiği için aksini savunmak kolay olmayacaktır. Malinowski'nin hukuk tanımı toplumsal anlamda kabul görmüş güç kullanımını dışarıda bırakarak olumlu edimlere yoğunlaştığı için, hukukun diğer kurallardan ayırt edilmesi güçtür. Malinowski gelenekleri hukuk ve sıradan gelenekler olmak üzere sınıflandırmıştır. Hukuk kurallarının ayırt edici özelliğinin önem ve etkililik olduğunu belirtse bile bu her koşula uyarlanabilecek elverişli bir kıstas değildir. Ayrıca Malinowski ilkel toplumların yaşantısının modern kavramlarla açıklanmasına karşı çıksa da taşıdığı kuyuya kendisi düşmektedir. Ceza hukuku, medeni hukuk, mülkiyet, aile gibi kavramlar modern hukuktan alıntılanmıştır.

Sayılan olumsuzluklar bir yana Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek halâ bir başucu kitabı olma özelliğini korumaktadır. Yayınlandığı dönemin doğrularını sorgulamakta, ilkel toplumların hayatının ve hukuk sisteminin aslında çeşitli yönleriyle modern olanlarla benzeştiğini bizlere göstermektedir. En azından bu eser sonrası, Batılı hukuk mekanizmasının dışında da bir hukukun varlığı ve birçok açıdan gelişmiş sayılabileceği, bireylerin geleneklerin köleleri olmayıp karşı çıkma, kendi menfaatlerini koruma seçeneklerinin de bulunduğu kabul edilmiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Conley, John M., O'Barr, William M. "Review: Back to the Trobriands: The Enduring Influence of Malinowski's Crime and Custom in Savage Society", *Law & Social Inquiry*, Vol.27, No.4 (Autumn, 2002), ss. 847-874.
- Crapanzano, Vincent. "Review: An Outlook in Anthropology", *Science, New Series*, Vol. 236, No. 4808 (Jun. 19, 1987) , ss. 1579.
- Gonzalez, Roberto J., Nader, Laura, Ou, C. Jay. "Between Two Poles: Bronislaw Malinowski, Ludwik Fleck, and the Anthropology of Science", *Current Anthropology*, Vol. 36, No. 5 (Dec. 1995), ss. 866-869.
- Hankins, Frank H. "Reviewed work(s): Crime and Custom in Savage Society by Bronislaw Malinowski", *Social Forces*, Vol. 6, No. 3 (Mar., 1928), ss. 499-500, s.500.

- Koch, Klaus- Friedrich. "Law and Anthropology: "Notes on Interdisciplinary Research"", *Law and Society Review*, 4:1 (1969: Aug.).
- Malinowski, Bronislaw. "A New Instrument for the Interpretation of Law. Especially Primitive", *The Yale Law Journal*, Vol. 51, No. 8 (Jun., 1942), ss. 1237-1254.
- Malinowski, Bronislaw. *Yabani Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev: Şemsa Yeğin, Epsilon Yayınları, 2003 İstanbul.
- Moore, Sally Falk. "Law and Anthropology", *Biennial Review of Anthropology*, Vol. 6. (1969), ss. 252-300.
- Nadel, S. F. "Understanding Primitive Peoples", *Oceanica*, 26 (1955-1956), ss. 159-173.
- Özcan, Mehmet Tevfik. *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, Özne Yayınları, İstanbul 1998
- Seagle, William. "Primitive Law and Professor Malinowski", *American Anthropologist, New Series*, Vol. 39, No. 2 (Apr.- Jun., 1937), ss. 275-290.
- Stewart, MacAuley. "Crime and Custom in Business Society", *Journal of Law and Society*, Vol.22, No. 2 (Jun., 1995), ss. 248-258.
- White, Leslie A. "Crime and Custom in Savage Society by Bronislaw Malinowski", *The American Journal of Sociology*, Vol. 32, No. 6 (May, 1927), ss. 1005-1007.