





ANKARA BAROSU

Yıl: 69 Sayı: 2011/3 ISSN 13009885

DERGİSİ

**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
TÜBİTAK ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**



ANKARA BAROSU DERGİSİ

Üç Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

Ankara Barosu Başkanlığı, 2011

Tüm hakları saklıdır.

ISSN 1300 9885

Ankara Barosu Dergisinde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir.

Ankara Barosunu bağlamaz.

Sahibi Ankara Barosu adına

Av. Metin FEYZİOĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Yayın Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Editör

Yrd. Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU

Yayın Kurulu

Av. İbrahim AKGÜL	Av. Oğuz Emre KILIÇ
Av. Şerafettin AKKAYA	Av. Kumru KILIÇOĞLU
Av. Melih AKKURT	Av. Yasemin OĞUZ
Av. Zeynep ALEMDAROĞLU	Av. Salih ÖNDER
Av. Hasan Oğuz ALTINKAYNAK	Av. İlknur Sezgin TEMEL
Av. Tuğba Gül ATEŞ	Av. Zennure TOKGÖZ
Av. M. Fatih ÇALIŞKAN	Av. Gülşah YEŞİLOĞLU
Av. Şamil DEMİR	Av. Göksel YÜKSEL
Av. Erdem EKMEKÇİ	

Grafik – Tasarım

Ali Kemal ÇERŞİL
(Ankara Barosu)

Basım Tarihi:

2011

Baskı ve Cilt

Koza Matbaacılık
Özveren Sk. 13/A Kızılay/ANKARA
Tel: (0.312) 229 37 41
Faks: (0.312) 229 37 42

İletişim Adresi

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA
T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr
ankarabarusuyayin@gmail.com

YAYIN DANIŞMANLARI

(Soyadı sırasına göre)

- Mustafa AKKAYA, Prof. Dr.
Olgun AKBULUT, Yrd. Doç. Dr.
Müslüm AKINCI, Doç. Dr.
Yusuf AKSAR, Prof. Dr.
Tuğrul ARAT, Prof. Dr.
Sabih ARKAN, Prof. Dr.
Çetin ARSLAN, Doç. Dr.
Ramazan ARSLAN, Prof. Dr.
Mehmet Emin ARTUK, Prof. Dr.
Zehrettin ASLAN, Prof. Dr.
Zühtü ASLAN, Prof. Dr.
İbrahim AŞIK, Yrd. Doç. Dr.
Ethem ATAY, Prof. Dr.
Ramazan AYDIN, Yrd. Doç. Dr.
Ahmet BAŞÖZEN, Doç. Dr.
Süleyman BAŞTERZİ, Doç. Dr.
Ferit Hakan BAYKAL, Prof. Dr.
Sanem BAYKAL, Doç. Dr.
Herdem BELEN, Doç. Dr.
Vahit BIÇAK, Prof. Dr.
Veysel BİLGİÇ, Prof. Dr.
Nur CENTEL, Prof. Dr.
Halil CİN, Prof. Dr.
Nami ÇAĞAN, Prof. Dr.
Yusuf ÇALIŞKAN, Doç. Dr.
Anıl ÇEÇEN, Prof. Dr.
Selma ÇETİNER, Prof. Dr.
N. İlker ÇOLAK, Doç. Dr.
Murat DOĞAN, Prof. Dr.
Mehmet DEMİR, Doç. Dr.
Timur DEMİRBAŞ, Prof. Dr.
İsa DÖNER, Yrd. Doç. Dr.
İbrahim DÜLGER, Doç. Dr.
Ali İhsan ERDAÇ, Yrd. Doç. Dr.
Mustafa Ruhan ERDEM, Prof. Dr.
Fikret EREN, Prof. Dr.
Doğu ERGİL, Prof. Dr.
Uğur ERİŞ, Yrd. Doç. Dr.
- Atila ERKAL, Yrd. Doç. Dr.
Muzaffer EROĞLU, Yrd. Doç. Dr.
Rıfat ERTEN, Doç. Dr.
Mesut Bedri ERYILMAZ, Prof. Dr.
Erzan ERZURUMLUOĞLU, Prof. Dr.
Metin FEYZİOĞLU, Prof. Dr.
Aytekin GELERİ, Prof. Dr.
Neslihan GÖKTÜRK, Yrd. Doç. Dr.
Celal GÖLE, Prof. Dr.
Levent GÖNENÇ, Doç. Dr.
Nadi GÜNAL, Prof. Dr.
Metin GÜNDAY, Prof. Dr.
Kudret GÜVEN, Prof. Dr.
Levent KORKUT, Yrd. Doç. Dr.
Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Prof. Dr.
Gülin GÜNGÖR, Prof. Dr.
Zeki HAFIZOĞULLARI, Prof. Dr.
Hakan HAKERİ, Prof. Dr.
Mehmet Emin HASPOLAT, Doç. Dr.
Ali Naim İNAN, Prof. Dr.
Hasan İŞGÜZAR, Prof. Dr.
İbrahim Özden KABOĞLU, Prof. Dr.
Korkud KANADOĞLU, Prof. Dr.
İbrahim KAPLAN, Prof. Dr.
Kasım KARAGÖZ, Doç. Dr.
Fatma KARAKAŞ, Yrd. Doç. Dr.
Hakan KARAKEHYA, Yrd. Doç. Dr.
Hakan KARAN, Prof. Dr.
İsmail KAYAR, Prof. Dr.
Ahmet KILIÇOĞLU, Prof. Dr.
İsmail KIRCA, Prof. Dr.
Arif B. KOCAMAN, Prof. Dr.
A. Mehmet KOCAOĞLU, Prof. Dr.
N. Kağan KOCAOĞLU, Dr. iur.
S. Sinan KOCAOĞLU, Yrd. Doç. Dr.
Fahrettin KORKMAZ, Prof. Dr.
İonna KUÇURADİ, Prof. Dr.
Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, Prof. Dr.
- Maksut MUMCUOĞLU, Prof. Dr.
Zehra ODYAKMAZ, Prof. Dr.
Erdal ONAR, Prof. Dr.
Cüneyt OZANSOY, Doç. Dr.
Mustafa ÖZBEK, Doç. Dr.
Ergun ÖZBUDUN, Prof. Dr.
Fatma ÖZCAN, Yrd. Doç. Dr.
Muharrem ÖZEN, Prof. Dr.
İzzet ÖZGENÇ, Prof. Dr.
Işıl ÖZKAN, Prof. Dr.
Bahri ÖZTÜRK, Prof. Dr.
Hüseyin PAZARCI, Prof. Dr.
Bırol SARAN, Yrd. Doç. Dr.
Engin SAYGIN, Yrd. Doç. Dr.
Doğan SOYASLAN, Prof. Dr.
Nurhan SÜRAL, Prof. Dr.
Cumhur ŞAHİN, Prof. Dr.
Murat ŞEN, Prof. Dr.
Kemal ŞENOCAK, Doç. Dr.
Ayhan TAN, Prof. Dr.
Süha TANRIVER, Prof. Dr.
Erdal TERCAN, Prof. Dr.
Durmuş TEZCAN, Prof. Dr.
Betül TİRYAKİ, Yrd. Doç. Dr.
Bilgin TİRYAKİOĞLU, Prof. Dr.
Nevzat TOROSLU, Prof. Dr.
Asuman TURANBOY, Prof. Dr.
Nur ULUŞAHİN, Yrd. Doç. Dr.
Fatih USAN, Prof. Dr.
Gülriş UYGUR, Doç. Dr.
Yener ÜNVER, Prof. Dr.
Saim ÜYE, Yrd. Doç. Dr.
İlhan ÜZÜLMEZ, Doç. Dr.
Turan YILDIRIM, Prof. Dr.
Ejder YILMAZ, Prof. Dr.
Aynur YONGALIK, Prof. Dr.
Recep YÜCEL, Yrd. Doç. Dr.
Yahya ZABUNOĞLU, Prof. Dr.

ANKARA BAROSU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait iletişim bilgileri (ad, soyad, ünvan, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar “Microsoft Word” veya “Open Office” programlarının formatlarında (.doc, .odt, .rtf, .txt) kaydedilmiş bir CD’de (yazı tipi Times New Roman, 12, normal stil) olarak ankarabarusuyayin@gmail.com adresine gönderilmelidir.
4. Makale Başlığı büyük harflerle, makale yazarının ünvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalıdır. (Örn: Av. Ali YILMAZ vb.)
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısına “basıma” verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. **Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.** Yazara ait makale; Öz, Anahtar Kelimeler, Makalenin İngilizce Başlığı, Abstract, Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
7. **Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, bibliyografyaya (kaynakçaya) yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunun olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem incelemesi yapılmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.

12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
13. **Ankara Barosu Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazıların, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlanması gereklidir.**

İÇİNDEKİLER

BAŞKANDAN	11
-----------------	----

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ YARGI SİSTEMİNİN TEMEL SORUNU “HÂKİM (& SAVCI) NİTELİĞİ” VE BU HUSUSTA EKLEKTİK BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ	15
Yrd. Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU	
TÜRK CEZA HUKUKUNDA CEZALARIN İÇTİMAİ KURUMUNUN DÜZENLENMESİ GEREKTİĞİ ÜZERİNE	85
Yrd. Doç. Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN	
İLAÇTA ZORUNLU PATENT LİSANSI	105
Başak BAK	
OSMANLIDAN GÜNÜMÜZE VATANDAŞLIK ANLAYIŞI	127
Av. Ezgi GÜZEL POLAT	
VERGİ MAHKEMELERİNDE “VEKALET ÜCRETİ” ÖZELİNDE YAŞANAN BAZI TARTIŞMALI UYGULAMALAR	159
Av. Hasan ORAL	
CUMHURBAŞKANININ GÖREV SÜRESİNİN BELİRLENMESİ SORUNU	195
Arş. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU	
AİHM BÜYÜK DAİRE BAYATYAN / ERMENİSTAN DAVASI	211
Arş. Gör. Nadire ÖZDEMİR	

MAKALELER (ARTICLES)

GÖREV SIRASINDA DİN HİZMETLERİNİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARI (TCK. M.219).....	249
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	
AVUKATLIK BAŞKA MESLEKLERİN EMEKLİLİK ALANI DEĞİLDİR.....	269
Av. A. Erdem AKYÜZ	
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE SPORDA DÜNYA ANTI-DOPİNG PROGRAMI.....	273
Av. Behiç Cüneyt FİDANOĞLU	
5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE “GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ”.....	287
Av. Göksel YÜKSEL	
SON FASIL GENÇ AVUKATLARLA GİZLİ KONUŞMALAR.....	299
Av. Ali Haydar ÖZKENT	

Ankara Barosu Yönetim Kurulu olarak, toplumumuzun hak ettiği çağdaş medeniyet seviyesine ulaşabilmesini teminen, Yeni Adli Yolda:

- Demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan adil yargılanma hakkının, yargılanan kişilerin sıfatına ve davanın konusuna bakılmaksızın bütün yargılamalarda hayata geçirilmesini;
- Avukatın dışlandığı bir yargılamada, hakimlik ve savcılık sıfatlarının da içlerinin boşalacağını herkes tarafından artık anlaşılmasını;
- Yargının siyasi iktidara bağımlı olmaktan kurtarılmasını;
- Yargı uygulamalarına baskıcı değil, özgürlükçü zihniyetin egemen olmasını;
- Adalet Bakanlığı'nın avukatlar ve barolar üzerindeki yetkilerinin Türkiye Barolar Birliğine ve barolara devredilmesini ve böylece savunma mesleğinin bağımsızlığa kavuşturulmasını;
- Avukatlara yönelik ayrımcılık uygulamalarına son verilmesini;
- Yürütmenin içinde yargı görevi gören, idarenin hukuka saygılı olmasını sağlamak suretiyle bireylerin haklarını koruyan kamu avukatlarının tasfiyesine yönelik girişimlerden vazgeçilerek, kamu avukatlarının özlük haklarına ilişkin dayanılmaz hale gelmiş sorunların bir an önce çözülmesini;
- Hakim ve savcılara ücretsiz olan UYAP hizmetinin avukatlara ücretli olarak açılması teşebbüsünün, Baromuzun Türkiye Barolar Birliğine sunduğu ayrıntılı görüşte açıklandığı üzere avukatın yargıdaki kurucu unsur konumuyla bağdaşmayacağını, bireylerin hak arama özgürlüğünü ihlal edeceğini ve tekel konumunu açıkça kötüye kullanan bir uygulama olacağını görülerek, bundan vazgeçilmesini;
- Avukatın meslek alanının daraltılması uygulamalarından vazgeçilmesini;
- Devlet ile birey karşı karşıya geldiğinde devlete hakim olan ideolojinin dikte ettiği menfaatleri koruma temeline dayanan ve kaldırıldığı söylenen Devlet Güvenlik Mahkemelerinin devamı niteliğinde olan Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin bir an önce kaldırılmasını;
- Yüksek yargının temel organlarını kanun hükmünde kararname ile düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunun görülmesini ve TBMM tarafından bu hukuksuzluğun bir an önce giderilmesini;
- Sivil toplumun kanuni düzenlemelerin oluşumu sırasında müdahalesini imkansız kılan, demokratik kitle örgütlerini dışlayan, toplumsal kesimlerin uzlaşmasını önemsemeyen kapalı ve baskıcı bir zihniyetin ürünü olan "kanun yerine kanun hükmünde kararname ile yönetim anlayışı"ndan vazgeçilmesini;
- Yeni anayasanın, 12 Eylül 2010'da sergilenen tek taraflı ve baskıcı yöntemlerle değil, toplumsal uzlaşma içinde hazırlanması için başta siyasi iktidar olmak üzere ilgili her kurumun üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmesini temenni ediyoruz.

Yürütülmekte olan ve son aşamasına getirilen bir soruşturmada 3 savcının, haklarında Adalet Bakanınca verilen bir soruşturma izni gerekçe gösterilerek aynı anda görevden alınması, toplumda yargının siyasi iktidarın etkisinde olduğu

algısını maalesef güçlendirmiştir. Bu algının daha da güçlenmesinin bir nedeni de, siyasi iktidarın kendini adeta iddia makamı yanında taraf konumuna getirdiği bazı soruşturmalarda bu tür görevden alma girişimlerine HSYK'nın değişmesinden önce şiddetli tepki vermiş olmasıdır.

Yine kamuoyunun gündeminde olan futbolda şike soruşturması da, yargı bağımsızlığının yalnızca siyasi davalar açısından değil, hiçbir ayırım gözetilmeksizin her dava açısından demokratik bir zorunluluk olduğunun açık bir göstergesidir. Yargının siyasi iktidara bağımlı olduğu algısı devam ettiği sürece, adalet mülkün temeli olmayacaktır. Toplumun geleceği açısından bu çok tehlikeli algıyı giderme görevi, hiç kuşkusuz öncelikle siyasi iktidarın sorumluluğundadır.

KHK'lar ile yargının yapılandırılmasını ve sivil toplumun kanunlaşma sürecinden tamamen dışlanmasını, adil yargılanma hakkının ihlalinin, hakim ve savcılara ücretsiz olan UYAP'ın vatandaşın hak arama özgürlüğünü hiçe sayarcasına avukatlara paralı hale getirilmek istenmesini ve özgürlüklere dair sayısız olumsuz gelişmeyi şiddetle kınıyoruz. Ancak haklı tepkimizi Adli Yıl açılışına katılmamak suretiyle göstermek yerine, binlerce meslektaşımızı temsilen düşüncelerimizi doğrudan ve her platformda dile getirmek amacıyla Ankara Barosu'nun törene katılacağını ve siyasi iktidarın uzlaşma ve istişare kültürünü hayata geçirmesinin takipçisi olacağını kamuoyunun bilgisine sunuyoruz.

Mesleğimiz ve özgürlükler adına yaşanan bütün olumsuzluklara rağmen, tarih boyunca baskıya direnmiş ve baskıcı rejimleri yenmeyi daima başarmış avukatların omuz omuza vereceği hukuk mücadelesi sonunda ülkemizin de demokrasiye kavuşacağına duyduğumuz sarsılmaz inançla, bütün meslektaşlarımızın, hakim ve savcılarının, tüm yargı mensupları ile adliye personelinin ve özgür yaşamak isteyen herkesin yeni adli yılını kutluyoruz.

Saygılarımla,

Avukat Metin FEYZİOĞLU
ANKARA BAROSU BAŞKANI

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

TÜRKİYE CUMHURİYETİ YARGI SİSTEMİNİN TEMEL SORUNU

“HÂKİM (& SAVCI) NİTELİĞİ” VE BU HUSUSTA EKLEKTİK BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ (KASSANDRA’NIN ÇIĞLIĞI*)

Yrd. Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU**

* Yunan Mitolojisi’nde, Cassandra, Truva Kralı Priam’ın kızıdır (BOCCACIO Giovanni, “*Famous Women*”, Translated by: BROWN Virginia, Harvard University Press, USA, 2003, s. 67, 68; CHOPRA Ramesh, “*Academic Dictionary of Mythology*”, Isha Boks, New Delhi, India, 2005, s. 62). Cassandra’ya geleceği görme ve kehanette bulunma yeteneği verilmiştir (id.). Ancak Tanrı Apollon’un aşkına karşılık vermeyince, Apollon tarafından Cassandra yaptığı kendini doğrulayan kehanetlere hiç kimsenin inanmaması ile lanetlenir (id.). Truva Savaşı’nı ve savaşın sonucunu bilen Cassandra’nın kehanetine kimse inanmaz (id.); ayrıca bkz. “*Mortal Women of the Trojan War*”, <http://www.stanford.edu/~plomio/cassandra.html> (Erişim Tarihi: 17. 04. 2011). Kehanetlerine inanmayan babası ve kardeşleri tarafından dövülür (id.). Cassandra çaresiz bir biçimde savaşın başlamasını, ölümleri ve Truva’nın yok edilmesini izler (id.). Biz de, aynen Cassandra’nın yapmış olduğu kehanetlerin sonuçsuz kalması gibi, akademisyenlerin, o dönemin Adalet Bakanı şimdiki TBMM Başkanı hukukçu Cemil ÇİÇEK’in, Ana Muhalefet Partisi Genel Başkanı Kemal KILIÇDAROĞLU’nun ve Yargıtay Başkanı Hasan GERÇEKER de dâhil olmak üzere en üst düzey yargı görevlilerinin de bulunduğu akademik ve siyasi pek çok platformda araştırmamızın konusunu ve sonucunu dillendirdiğimiz halde, maalesef bu hususta hiçbir amacımıza ulaşamadık.

** Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; Ankara Barosu Geçmiş Dönem Yönetim Kurulu Üyesi; LL. M. (Brussels), LL. D. (Ankara); e-mail: sinan@kocaoglu.av.tr

“Put yüklü bir eşek,
İnsanlar geçince önünden eğilerek,
‘Bana bayılıyorlar’ demiş.
Tütsüleri duaları hep kendine sanmış,
Durumundan çalım atmış.
Yanlığı gören biri,
Ona demiş ki:
‘Eşek hazretleri,
Kafandan sil bu aptalca düşüncüyü,
Sana değil bu saygılı davranışlar
Taşdığın put önünde eğiliyor insanlar!’
Bilgisiz bir mevki sahibinin de
Selam verilir yalnız giysisine.”

– LA FONTAINE –

Put/Kutsal Emanet Yüklü Eşek (The Donkey Carrying Relics)***

*** Bkz. Masallar Info, <http://www.masallar.info/put-tasiyan-esek/> (Erişim Tarihi: 02.09.2011).

ÖZ

Hakim (ve savcı) devletin buyurma gücünü azami ve en geniş takdir hakkı ile kullanan kamu görevlileridir. Hal böyle iken, bu statüleri işgal eden kişilerin niteliklerinin mukayeseli ve çağdaş bir bakış açısı ile irdelenmesi elzemdir. Common Law ve Kıta Avrupası ülkelerinin hakim (ve savcı) istihdamı için farklı yöntemler uygulamaktadırlar. Türkiye'nin ceza, medeni ve idari yargı mekanizmasının dönüştürülebilmesi için, hakim ve savcı niteliği meselesi acilen çözümlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi Hukuku, Hakim, Savcı, Avukat, Hukuk Eğitimi, Staj, Hukuk Fakültesi, Hakim İstihdamı, Temin Kurulları, Muhakemenin Yürüyüşü, Seçim, Atama, Liyakat Sistemi, Asgari Yaş, Azami Yaş, Hakimler ve Savcılar Kurulu, Bordo Deklerasyonu, Adil Yargılanma Hakkı, Nitelikli Yargılanma Hakkı, Hakim Bağımsızlığı, Hakim Tarafsızlığı.

THE FUNDAMENTAL PROBLEM OF THE
TURKISH JUDICIAL SYSTEM:

THE JUDGE (& THE PROSECUTOR) QUALITY
AN ECCLECTIC PROPOSAL FOR REFORM

(CASSANDRA'S PROPHECIES)

ABSTRACT

More than any other civil servants, Judges and State Prosecutors wield the ultimate state power and exercise broad discretionary authority. Common Law and Continental European countries use different sources for judicial recruitment. Therefore, qualifications of individuals appointed to judicial offices warrant a modern comparative law examination in order to reform of Turkish judicial career system.

Keywords: Criminal Procedural Law, Judge, Prosecutor, State Attorneys, Career Judges, Lawyer, Legal Training, Internship, Law School, Judicial Recruitment, Appointment Bodies, Adjudication Continuum, Election, Appointment, Merit System, Minimum Age, Judicial Age Cap, The High Council of Judges & Prosecutors, Bordeaux Declaration, Right to a Fair Trial, Right to a Qualified Trial, Independence of the Judges, Neutrality of Judges.

Uluslararası Yargıçlar Birliği Genel Sekreter Yardımcısı İtalyan Yargıç Dr. iur. Giacomo OBERTO'nun uluslararası bir konferanstaki bildirisinde kullandığı ünlü fabl yazarı Jean De LA FONTAINE'in “Put/Kutsal Emanet Yüklü Eşek” masalına atfen yapmış olduğu aşağıdaki isabetli saptama ile araştırmamıza başlamayı uygun gördük.^[1] Zira “kamu görevlisi” ile “nitelik” kavramı arasındaki ilişkiyi, La Fontaine'in ortaya koymuş olduğu edebi ve istihzalı tarzdaki anlatımdan daha kavraması kolay bir şekilde açıklayan analoginin halen var olmadığı kanaatindeyiz. Zaten kendisi de hâkim olan Dr. OBERTO, hâkim (ve savcı)^[2] bağımsızlığı konusunda geniş açıklamalara yer verdiği bildirisinin bir bölümünde “Cebaletten Bağımsızlık” (Freedom from Ignorance) olarak kavramsallaştırdığı hâkim ve savcı niteliği meselesi hakkındaki analizi ile, özgüvenli kişilere mahsus bir mütevazılık, asalet ve bilgelik içeren tarzda, kendisi ile de alay ederek konuyu şu şekilde ortaya koymuştur:^[3]

“La Fontaine, Put Yüklü Eşek hikâyesinde; ‘Eğer bir hâkim cabil ise, saygı duyulan şey kendisi değil, sadece cüppesidir’ şeklinde de ifade ettiği üzere; eğer o hâkim cüppesinin duruşma salonundaki herkes tarafından saygı duyulan ve vicdani karara varmakta tamamen özgür bir kimse tarafından giyilmesini istiyorsak, hâkimin uğraştığı meselenin özü ile ilgili tam bir bilgi sahibi olmasını sağlamamız gerekir. Çünkü, daha iyi eğitilmiş bir hâkim, muhakkak ki daha bağımsız bir hâkimdir” demiştir.

Bu anlatım çerçevesinde araştırma konumuz hakkında işaret etmeliyiz ki; İnsan Hakları Evrensel Beyanname (m. 10), Medeni ve Sivil Haklar Sözleşmesi (m. 14, f. 1), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 6, f. 1), Amerikan İnsan

- [1] OBERTO Giacomo, “Selection, Training, Career and Status of Judges: International Standards and the Italian Experience”, s. 6. Hâlihazırda Torino/İtalya Hâkimi olan, Dr. OBERTO'nun Avrupa Konseyi'nin 03.12.2002 tarihinde Erivan'da düzenlemiş olduğu “Ermenistan Cumhuriyeti'nde Hâkimlerin Rolü” konulu seminerde sunmuş olduğu bu bildirisinin elektronik formattaki hali için bkz. <http://giacomoooberto.com/yerevan/report.htm> (Erişim Tarihi: 09. 07. 2011). Bahsi geçen yazarın İngilizce özgeçmişini için bkz. http://www.iaj-uim.org/site/modules/mastop_publish/?tac=754 (Erişim Tarihi: 09. 07. 2011).
- [2] Savcı kavramını parantez içerisine almamızın nedeni ülkemizde toplumsal iddia makamını işgal eden savcılarının görevinin bazen İngiltere ve Galler'de olduğu gibi “polis” tarafından ya da bazı ülkelerde “kamu avukatları” [örnek Fransa ve “procurator” uygulaması] tarafından yürütülmesidir (REICHEL Philip L., “Comparative Criminal Justice Systems - A Topical Approach”, Third Edition, Pearson Education Inc., Upper Saddle River, New Jersey, 2002, s. 191, 194). İngiltere'de, “Office of the Director of Public Prosecutions” ve “Crown Prosecution Service” adlı kurumlar da toplumsal iddia işlevini görmektedir (id. s. 196). Halbuki, Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olan Türkiye'de hâkim ve savcı istihdamı aynı yöntem ile yapılmaktadır. Bu yüzden mukayeseli araştırmamıza savcılarının nitelik meselesini dâhil etmeyi uygun görmedik. Zira sonuç olarak hâkimler için bulacağımız karşılaştırmalı hukuka dayanan bulgular ülkemiz bağlamında savcılar için de geçerli olacaktır. ABD, Fransa, İngiltere ve Galler'de iddia makamının işlevi, kolluk ve savcılık ilişkileri için bkz. Reichel: s. 192-198
- [3] Supra note 1.

Hakları Konvansiyonu (m. 8, f. 1) gibi pek çok küresel ve bölgesel sözleşme "bağımsız" ve "tarafsız" bir mahkeme tarafından yargılama yapılmasını güvence altına almışlardır.

Keza "Birleşmiş Milletler Genel Kurulu" (BM GK) tarafından kabul edilmiş olan "Yargı'nın Bağımsızlığına Dair Ana İlkeler" in "Nitelikler, Seçim ve Eğitim" başlığını taşıyan 10. maddesinde "Hâkimlik statüsüne, münasip derecede hukuk eğitimi görmüş ve hukuki yeteneklere sahip, yetenekli ve dürüst kişiler seçilecektir. Uygun olmayan amaçlar ile hâkim teminine karşı her türlü seçim yöntemleri ile güvence altına alınacaktır. Hâkimlerin seçiminde kişiye ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya başka türlü düşünceler, milli veya sosyal köken ve mal varlığı nedenleri ile hiçbir olumsuz ayrımcılık yapılmayacak; ancak hâkim adayının ülke vatandaşı olması şartı, böylesi bir ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir"^[4] şeklindeki evrensel prensip kabul edilmiştir.

BM GK ile paralel bir biçimde "Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu" nun üye ülkeler için almış olduğu "Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı" başlıklı tavsiye kararının birinci ilkesinde "Hâkimlerin profesyonel kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözetken liyakat esasına göre yapılmalıdır. Hâkimlerin seçimi ve kariyerlerine dair karar alan otorite, hükümetten ve idareden bağımsız olmalıdır. Ancak bu bağımsızlığın sağlanabilmesi için, yapılacak düzenlemelerin, bu otoritenin üyelerinin yargı tarafından seçilmesini ve çalışma usulüne dair kurallara yine kendisinin karar vermesinin güvenceye alınması gerekir" görüşü yer almıştır (m. 2, f. c).^[5]

Nitekim atıf yapmış olduğumuz bu uluslararası düzenlemeler ile uluslararası örgüt kararları penceresinden yorumlandığında, bağımsızlık olgusunu hâkim (ve savcıların) cehaletten veya bilgisizlikten ya da keyfilikten arındırılmış olarak bağımsızlığını da kapsayan bir üst kavram olarak ele almak gerektiği fikri ortaya çıkmaktadır. Bu durumda karşımıza "Nitelikli Yargılanma Hakkı" olarak tanımlanabilecek, bireylerin nitelikli hukukçular tarafından yargılanmasını

[4] Bahsi geçen ilkelerin tam metnine elektronik formatta ulaşmak için bkz. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Web-Sitesi: <http://www2.ohchr.org/english/law/indjudiciary.htm> (Erişim Tarihi: 12. 5. 2011). Bu ilkeler 26 Ağustos- 6 Eylül 1985 tarihinde Milan'da toplanan "Suçun Önlenmesine ve Suçlulara Muameleye Dair VII. Birleşmiş Milletler Kongresi" nde kabul edilmiş; 29 Kasım 1985 gün ile 40/32 sayılı ve 13 Aralık 1985 tarihinin 40/146 sayılı BM Genel Kurulu kararı ile onaylanmıştır (id.). Bahsi geçen BM GK kararlarına elektronik formatta erişebilmek için bkz. <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r032.htm> ve <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r146.htm> (Erişim Tarihi: 12.05.2011).

[5] Bu tavsiye kararı Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 13 Ekim 1994 tarihli 518. toplantısında "Recommendation No. R (94) 12" sayılı kararı ile alınmıştır. Bahsi geçen tavsiye kararlarının elektronik formattaki hali için bkz. <https://wcd.coe.int/> (Erişim Tarihi: 12.05.2011).

kapsayan kaynak sorunu, yargıç kimliği ve yargı kültürü meseleleri açısından ele almayı gerektirecek, adaletin ne şekilde dağıtıldığı ile ilgili temel bir problem çıkmaktadır.^[6] Zira, yeterli niteliklere sahip olmayan hâkimlerin (ve savcılarının) yapacağı ceza muhakemesi ya da medeni usul hukuku işlemleri “gerçek” bir yargılama değil, adalet dağıtımını görünüşü altında haksızlığın bizatihi devlet eliyle yapıldığı “şekli” bir yargılama biçimine dönüşebilecektir. Ya da başka bir ifade ile söylemek gerekirse, düşük nitelikteki hâkim (ve savcılarının) yaptıkları her türlü muhakeme işleminin temelinde bir “meşruiyet” sorunu da ortaya çıkacaktır. Çünkü, meşruiyetin kaynağı, sadece devlet aygıtı tarafından yargılama veya iddia makamlarına hâkim ya da savcı olarak atanmış olmak da değil; ayrıca kamu vicdanında bu kişilerin adaleti gereğince tesis edecek mesleki ve kişisel özelliklere sahip olduklarına dair bir inancın sürekliliğinde var olmaktadır.

14 Mayıs 1950’de yapılan genel seçimler ile çok partili demokratik hayata geçildiği günden beri, ülkemizde temelde iki farklı eksen arasında, devletin temel yapılanmasına dair birbirine 180 derece ters, teşhis ve çözüm önerileri içeren bir iktidar mücadelesi yürütülmektedir.

Genel olarak ülke sorunlarına, özel olarak da yasama, yürütme ve yargı erklerinin sorunlarına bakışta, iki tarafın kullandığı gözlükler “ideolojik” mercekli olunca, bu kesimlerin çözümüne dair yaptığı analizler ve teklifler de bilimsellikten ve “olması gereken hukuk”tan çok uzak, şablonvari, hayatın gerçeğinden kopuk ve devlet kaynaklı rantın dağıtılmasına yönelik kadrolaşma odaklı olmuştur.

Başkanlık Sistemi, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu’nun (HSYK) yapısı, yüksek mahkemelerin kuruluşu, hangi yüksek mahkemenin diğerlerinden ne kadar farklı bütçesi olacağı, hangi yüksek mahkeme mensuplarının diğerlerinden ne derece ayrıcalıklı maaşa sahip olacağı gibi adil yargılanma hakkı açısından önemsiz, ama siyaseti ve kamusal statüleri üleşim savaşında bir araç olarak gören kişiler için her şeyden önemli olarak kabul edilen halkın genelini ilgilendirmeyen bu konular, Osmanlı’dan beri, sorunları çözmek değil birilerine makam yaratmak ya da var olan kaleleri/makamları ele geçirmek veya bunların özlük haklarını geliştirmek saikine dayanan bir kolektif paradigma sonucu asli işlevi olan “adalet” ve “güvenlik” hizmetlerini, “rant” dağıtmanın gerisine itmiştir.

Öyleyse, gerçekte yukarıda örnek kabilinden sayılan bu ve benzeri bölüşüm kavgası odaklı tartışmaların devletin asli işlevi olan adalet ve güvenliğin sağlanmasında faydası olmamıştır. Türk “ancien régime”^[7]inin yani resmi ideolojinin

[6] ÇELİK Burak, “Nitelikli Yargı Hakkı”, Güncel Hukuk, Temmuz 2011/7-91, s. 12-13.

[7] “Ancien Régime”, genel olarak “Eski Düzen” (ing: Ancient regime); özel olarak ise Fransız Devrimi öncesinde “rubban” (clergy), “aristokrasi” (nobility) ve “köylü” (peasants) sınıfları temelinde oluşmuş; köylülerin yani halkın bu ilk iki sınıfa hizmet için var olduğu mutlakiyetçi yapıyı betimlemek için kullanılan Fransızca bir kavramdır (Encyclopedia

bekçileri ile (güya!) yeni düzenin müjdecilerinin hedeflerinde, gerçekleştirilmek istenen hukuki sistemin asıl nedeni olması gereken bireyin mutluluk, huzur ve refahını sağlamaya yönelik olumlu sonuçlar yaratıcı temel amaç içermediği gözden kaçmamaktadır.

Ülkemizde iktidar mücadelesi yürütürken adeta varlık veya yokluk ikilemindeymiş gibi savaş veren her iki eksenin de yasama, yürütme ve yargı erklerinin sorunlarına bakışlarında var olan husus toplumun huzurunu sağlama, millî dayanışma ve adalet anlayışını gerçekleştirme, insan haklarına saygı ilkesini hayata geçirme, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma, insanın maddî ve manevî varlığının geliştirme değil (Any. Başlangıç İlkeleri; m. 2; m. 5 vb); Marksist terminolojide "*Refahın Dağıtımı*" na yani daha bizden bir tanım ile "*Bölüşüm Kavgası*" na yönelik siyaset üretmek olduğu düşüncesindeyiz.^[8]

Düşünmekteyiz, çünkü yargı sistemimiz ile ilgili olarak ampirik araştırma yöntemleri ile analitik ve bilimsel irdelemeler yapılmaksızın psiko-ideolojik yaklaşımlar ile iktidarı ele geçiren her siyasi partinin kendi menfaatleri merceğinden yaptıkları yap-boz oyunları, Türkiye'yi evrensel hukuk sistemine uygun bir yargı sistemine ulaşma idealinden uzaklaştırmaktadır.

Türk yargı sisteminin ıslahına yönelik yukarıda bahsi geçen biçimdeki mücadelenin ülkemize ve insanımıza faydalı olması imkânsızdır. Bu siyasi çıkar merkezli tartışmalar yerine bilim ve mukayeseli hukuku temel alan; bölüşüm kavgasının aracı olarak kullanılan resmi ve gayrı-resmi dogmalardan uzak;

Britannica, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/23266/ancien-regime> (Erişim Tarihi: 16.04.2011); ayrıca bkz. LADURIE Emmanuel Le Roy, "*The Ancien Régime: A History of France-1610-1774*", Blackwell Publishers Ltd, Massachusetts, USA, 1998, s. 4 vd). Fransız eski rejiminin kamu buyurma gücünü kullanan aristokratik yapısını ise "*ordu*" ve "*yargı*" oluşturuyordu (id.). Türk "*ancien régime*" i kavramı ile Osmanlı İmparatorluğu'ndan miras kalan ve Cumhuriyet döneminde ise Fransız örneğini takip eden İttihat ve Terakki kadrolarının geliştirdiği ordu ve yargı bürokrasisi odaklı ve devleti merkeze alan seçkin bir siyasi yapıyı ifade etmeye çalışıyoruz. Her ne kadar monarşik bir yönetim olmasa da Türk eski sisteminin otoriter yapıda olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve Avrupa Birliği İlerleme Raporları ile yıllardır zaten tescil edilmekte olan bir vakiydir. Halen var olan otoriter Türk "*ancien régime*" kurumları kullanılarak, bireyin yine devlet tarafından ezileceği ancak bu sefer dinsel karakterdeki totaliter bir "*yeni*" "*Eski Düzen*" in engellenebilmesi için ise, bizce, eski rejimin arızalı kurumlarını savunmak değil, evrensel hukuk kurumlarının ülkemize gereğince ithal edilmesi ve uygulanması şarttır.

- [8] Karl Marx'ın, Prof. Dr. İdris KÜÇÜKÖMER'in "*Bölüşüm Kavgası*" şeklinde dilimize kazandırdığı hali ile "*Refahın Dağıtımı*" (Distribution of Wealth) olarak yaygınlık kazandırdığı teori için bkz. MARX Karl, "*Das Kapital*", Gateway Editions, Regnery Publishing Inc, Washington DC, USA, 2000. Bu teoriye dair eleştiri ve saptamalar için bkz. WOOD Allen, "*Analytical Marxism*", Editor: ROEMER John E., Edition de la Maison des Sciences de l'Homme, Cambridge University Press, USA, 1993, s. 292 vd. Bu teori için ayrıca bkz. CLARK John Bates, "*The Distribution of Wealth: A Theory of Wages, Interest and Profit*", Cosimo Classics, New York, USA, 2005.

“ideolojik” değil, “idealist” bir üçüncü bir yolun tutulması mümkündür. Zaten bu araştırmanın amacı da bu idealist çerçevede Anayasa’da 37 kere geçen ve mülkün ya da devletin temeli olduğu mahkeme salonlarına yıldızlar ile yazılan “adalet” kavramının gereğince gerçekleştirilmesi için yargının en temel problemi, yani “Hâkim (ve Savcı) Niteliği”nin yükseltilmesi meselesini mukayeseli olarak analiz ederek, çözüm önerilerimizi sunmaktır.

Zira, tüm dünyada yargı düzleminde yapılan “ampirik” (deneye dayalı) çalışmaların temelinde her zaman “nitelikli” ve “liyakatli” hâkim (ve savcı) istihdamı meselesi vardır.^[9] Bu ampirik çalışmalar hâkimlerin (ve savcılarının) temin edildiği toplumsal sınıflardan, cinsiyet, işe alma ve atama süreçlerine kadar geniş bir yelpazede yapılmaktadır.^[10] Halbuki, ülkemizde “yargı” ve “bilim” ya da “ampirik araştırma” kavramları, adeta ve asla yan yana gelmemesi gereken farklı kavramlar gibi algılanmaktadır.^[11]

İşte bu yüzden, ülkemizde yargının temel problemi, ne Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), ne de Anayasa Mahkemesi, ne Yargıtay vb. yüksek mahkemelerin kuruluş ve teşkilat biçimlerine getirilecek değişikliklerdir. Çünkü, ne kadar mükemmel bir hukuk sistemi kurarsanız kurun, o sistemin karar verici asli unsuru olan hâkim (ve savcılarının) nitelikleri evrensel standartlara uymuyorsa, elde edilecek sonuç, adalet idealine ulaşmaktan çok uzağa düşecektir. Kimilerinin devamlı olarak ve haklı bir biçimde dile getirdiği hâkim (ve savcı) sayısının arttırılması önerisi ise, var olan düşük nitelikli ve kalitesiz adalet dağıtım sorununun çözücüsü değil, bizatihi artırıcısı olacaktır. Bu yüzden evrensel

[9] RUSSELL Peter H., “Judicial Recruitment, Training and Careers”, “The Oxford Handbook of Empirical Legal Research”, Editors: CANE Peter-KRITZER Herbert, Oxford University Press, New York, USA, 2010, s. 523.

[10] Ibid. Hâkimler ile ilgili ampirik araştırma örnekleri için bkz. GROSSMAN Joel B., “Lawyers and Judges: the ABA and the Politics of Judicial Selection”, John Wiley and Sons Inc. Publishing, New York, USA, 1965; SCHMIDHAUSER John Richard, “Judges and Justices: The Federal Appellate Judiciary”, Little Brown and Company, USA, 1979.

[11] Bu durumun başlıca bir kaç nedeni olarak, inter alia, konularını ülkemizde insanların yargı ve yargı mensuplarını başlarının üzerinde sallanan “Demokles’in Kılıcı” olarak görmeleri; bilim insanlarının ceza yargılaması tehdidinden çekinmesi; Adalet Bakanlığı ve HSYK gibi kurumların bilgi paylaşmak noktasında son derece isteksiz davranması (daha doğrusu hemen hemen hiç paylaşmaması); eleştiri kültürünün gelişmemiş olması gibi unsurlar sayılabilir. Ülkemizde yargıya ilişkin yapılmış saha araştırması tekniğine dayanan ender ampirik çalışmalardan birisi için bkz. SANCAR Mithat-ATILGAN Eylem Ümit, “Adalet Biraz Es Geçiliyor...Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar”, TESEV Yayınları, 2. Baskı (Ağustos), İstanbul, 2009. Bu çalışmanın birinci baskısının elektronik formattaki hali için bkz. http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/Yargi1_07_05_09WEB.pdf (Erişim Tarihi: 28. 05. 2011). Ülkemiz AB sürecinin gereğini yerine getirdikçe, sivil toplum örgütlerinin gelişeceğine ve doğal olarak da devlet hegemonyasının dışında sivil inisiyatif çerçevesinde böyleli önemli çalışmaların artacağına olan inancımız tamdır. Elbette ki bu çalışmaların yapılmasından daha önemli olan mesele bu çalışmaların karar mekanizmasındaki kişiler tarafından okunması ve hayata geçirilmesidir.

niteliklerden yoksun hâkim (ve savcı) sayısının fazlaştırılması, ülkemizdeki "olması gereken hukuka taban tabana aykırı" yargı kararlarının yarattığı kaotik ortamı artırmaktan başka bir işe yaramayacaktır.

Nitekim ülkemizde yargının asıl meselesi yargı mensuplarının "nicelik" yani sayısal çokluğu değil, "nitelik" yani kalite meselesidir. Bu bağlamda söylemeliyiz ki, "iyi kanunlar kötü uygulayıcıların elinde kötü; kötü yazılmış kanunlar iyi uygulayıcıların elinde iyi olur" anonim sözü, sanki ülkemizin bu üzücü gerçeğinin altını çizmek için söylenmiş gibidir.

Evet, HSYK'ya, Anayasa Mahkemesi'ne, Yargıtay'a veya Danıştay'a yönelik, öğretinin ve uygulayıcıların devamlı olarak dile getirdiği olumsuzluklar ve bunların üzerine eklenecek nice başka meseleler de ülkemiz yargısının kanayan çok önemli birer yarasıdır. Ancak, belirtmeliyiz ki bu sorunlar, problemin kaynağını tespit etmekten daha çok, yargı mekanizmasının "etkinlik" ve "verimlilik" meselelerinin çözümü ile ilgilidirler.

Hâlbuki bir ülkede yargı mekanizmasının varolmasının asıl nedeni ise sadece etkinlik ve verimlilik meselelerinin çözülmesinden ibaret değildir. Çünkü, yargının "ultima ratio"su yani "nihai amacı" "ben yaptım oldu" mantığı ile bir şekilde karar vermek değil, bizzat hukuka dayanarak "adaleti" sağlamaktır. Bu yüzden kamu vicdanını onaracak, bozulmuş güveni yeniden tesis edecek, suçluyu ıslah edecek, suçsuzu aklayacak, suçlunun hak ettiğinden fazla veya az ceza almamasını sağlayacak; her türlü siyasi, ideolojik, dini ve inançsal zihni kurgudan uzak bir şekilde nesnel bir biçimde karar alacak; bağımsız ve tarafsız bir biçimde kamu veya özel hukuk alanında her türlü uyuşmazlığı adilane bir şekilde çözecek analitik bazlı bir yargıya ulaşmak hedefi, hukukçuların "ideali ve mefkuresi" olmalıdır.

Bunu sağlayacak yöntemin ise "dogmatik" değil, "bilimsel" yaklaşımda yatdığı gerçeği ise tartışmadan uzaktır. Zira şabloncu bakış açıları ile hakikatin ışığına ulaşabilmek mümkün değildir. Bu yüzden ancak mukayeseli hukuk perspektifinden yapılacak eklektik bir analiz, tüm hukukçulara da lege ferenda (olması gereken hukuk) açısından yol gösterici olacaktır. "Avrupa Adalet Divanı" (ATAD/ECJ) gibi "ulusüstü" (supranational) ya da "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" (AİHM/ECHR), "Uluslararası Ceza Divanı" (ICC/UCC), "Rwanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi" (ICTR), "Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Divanı" (ICTY) gibi "uluslararası" (international) nitelikteki mahkemeler, kurulduklarından beri, bünyelerinde bulunan ve birlikte çalıştıkları için karşılıklı olarak etkileşimde bulunan Kıta Avrupası ve Common Law kaynaklı hâkimler ile hukuk yaratmaktadır. Bu "daimi" veya ad hoc mahkemelerin varlığı artık bölünmüş değil, ama, daha ortak çağdaş kavramlar etrafında bütünleşmiş bir" büyük dünya hukuk ailesi" kavramına doğru götürmektedir.

Yabancı öğretilerde de buna benzer yaklaşımlar yaygındır. Bunlardan en önemlisi ise “*İki Dünyanın En İyisi Melez Yaklaşımı*”dır (Best of the Two Worlds Hybrid Approach).^[12] Adından anlaşılacağı üzere bu yaklaşım, Common Law’dan Kıta Avrupası’na (ya da tam tersi bir şekilde) amaca en uygun ve işlevsel olanını ithal ederek bu iki temel hukuk sisteminin ayrışmasını bir kenara bırakarak “*melez/karma*” bir sistem oluşturmaktadır.

Zaten, biyolojik araştırmalar da karma türlerin kendisini oluşturan iki genin her birisinden ayrı ayrı olarak, daha kuvvetli bir organizma oluşturduğunu ortaya koymaktadır.^[13] Canlılar için geçerli olan bu saptamanın birer tüzel canlı varlık sayabileceğimiz hukuk sistemleri için doğru olduğu kabul edilebilir. Bu yüzden de pek çok Kıta Avrupası ülkesi bir takım Common Law araçlarını kendi sistemlerine aynen ya da uyumlaştırarak almaktadır. Bir Kıta Avrupası ülkesi olan İtalya’nın tipik bir Anglo-Sakson kurumu olan “*çapraz sorgu*” kavramını ceza muhakemesi sistemine katması, aynen almaya; Türkiye’nin yine çapraz sorgu kurumunu farklılaştırarak “*doğrudan soru yöneltme*” biçiminde düzenlemesini, uyumlaştırarak almaya örnek göstermek mümkündür.^[14]

Bu açıklamalar ile üç bölümden oluşan bu araştırmada, amacın iki dünyanın en iyisi yaklaşımı ile “*eklektik*” bir metodoloji ile tespit ve önerilere ulaşmak olduğunu belirtmek isteriz.^[15] Çalışmamızın birinci bölümünde “*Common-Law*” sistemine dâhil ve bu hukuk çevresinin en karakteristik özelliklerine sahip Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve İngiltere’de (Birleşik Krallık) hâkimlerin niteliklerini inceledikten sonra ikinci bölümde bu kez “*Kıta Avrupası*” sisteminin en belirgin özelliklerini taşıyan Avusturya, Fransa, Almanya ve İtalya’da

[12] WEIGEND Thomas, “*Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor*”, Çeviren: BOZBAYINDIR Ali Emrah, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 335.

[13] RIDLEY Mark, “*Evolution*”, Blackwell Publishing, Third Edition, MA, USA, 2004, s. 306 vd.

[14] ÇOLAK Haluk, “*Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu-Cross Examination*”, Bilge Yayınevi, 2. Bastı, Ankara, 2007, s. 26-28. Ayrıca İtalyan ceza muhakemesi sistemindeki 1989 sonrası değişiklikler için bkz. SOYASLAN Doğan, “*İtalya’da Ceza ve Ceza Usul Hukukları Reformu Hareketi*”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, Sayı: 1, 1996, s. 65 vd; KOCAOĞLU Sinan, “*Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliğini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, sayı: 92, Ocak-Şubat 2011, s. 273. Ayrıca bkz. Weigend: s. 335.

[15] Yunanca eklektikos yani seçmeli kavramından türetilmiş bir kavram olan “*eklektisizm*” (eclecticism), değişik düşünce sistemlerinden seçilen öğretilerin, tercih edilen doktrinin ana sistemin bütünü değil, uygun görülen parçaların ayrı bir sistem içerisinde birleştirilmesidir (LUIGI Pierre, “*Commentary and Tradition: Aristotelianism, Platonism, and Post-Hellenistic Philosophy*”, Editor: BONAZZI Mauro, Walter de Gruyter GmbH & Co, Berlin, Germany, 2011, s. 205, 206; Encyclopedia Britannica, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/178092/eclecticism> [Erişim Tarihi: 16. 04. 2011]; ayrıca http://www.felsefe.gen.tr/eklektisizm_nedir_ne_demektir.asp [Erişim Tarihi: 19. 04. 2011]). Eklektizm, kavramsal doğruluk içermektedir ve düşünce sistemlerini yüzeysel bir biçimde “*birleştirme*” (combine) ya da “*uzlaştırma*” (reconcile) yöntemi olan “*sinkretizm*” (syncretism)den farklıdır (id.).

hâkim istihdamının özellikleri masaya yatırılacaktır.^[16] Üçüncü bölümde ise, bu konuda Türkiye'deki düzenlemeleri ve uygulamayı irdeledikten sonra sonuç bölümünde Kıta Avrupası ve Common Law hukuk düzeninden ülkemiz yargı sistemine kıyasen ithal edilebilecek hususlar belirtilecektir. Bu noktada, araştırmanın sadece ilk derece mahkemelerinde görev yapacak hâkim ve savcılarının temini konusuna odaklandığını belirtmek gerekir. İstinaf ya da Yargıtay gibi üst derece mahkemelerinin üye, tetkik hâkimi, başkan vs. gibi makamlarının nitelik meselesi başka bir araştırmamızın konusu olacaktır. Ayrıca, hâkim temininden sonraki "*Başlangıç / Hizmet Öncesi Eğitimi*" adı verilen ilk eğitim ve ilerleyen süreçteki "*Hizmet İçi Eğitim*" konularına da konunun öneminden uzaklaşmamak maksadı ile sadece genel çerçevede değinilecektir.

1. GENEL OLARAK "NİTELİK"

Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğü'nde, "*Bir şeyin iyi veya kötü olma özelliği; kalite*" olarak tanımlanan "*nitelik*" kavramı aslında, bir nesne ya da birimi ötekilerden ayıran türsel ya da yapısal özelliklerden her birisidir.^[17] Dolayısıyla bu özellikler olumlu ya da olumsuz olabilir. Çalışmamız açısından "*nitelik*" ile kavramın dar anlamını yani "*kalite*" ve "*keyfiyet*"i anlatmaya çalışacağız.

XX. Yüzyıl, İşletme Bilimi'nin ortaya çıktığı ve müesseselerde yönetimi inceleyen bir bilimdir. Bu bilimin hayatımıza getirdiği en önemli açılımlardan birisi belki de "*Toplam Kalite Yönetimi*" olgusudur. Gelişmiş kapitalist toplumların uzunca bir süredir, uygulamaya çalıştığı toplam kalite yönetimi olgusu; ülkemizde yaşama alanı bulması ancak serbest piyasa ekonomisinin yavaş yavaş oturmaya başladığı 1990'lı yılları ortalarına tekabül etmektedir. Kalite arayışının sadece özel sektörde değil, kamu sektöründe de bir anahtar gereklilik olduğunu; bu bağlamda bir kamu görevi olan yargılama faaliyetinin hizmet kalitesinin, bu hizmeti verenlerin eğitim düzeyleri; bu kişilerin geliştirilmesi yöntemleri; teknik mükemmelliyet; hızlı ancak adil işleyen bir yargı; hâkim (ve savcı) davranışları

[16] Bu noktada belirtmeliyiz ki bu altı ülke Kıta Avrupası'nın hukuki karakterlerini en iyi şekilde ortaya koyan ülkelerdir. Ancak bu ülkelerin tarafımızdan seçiminde Roman-Germanic karakteristik özellikler kadar Avrupa Konseyi'nin bu altı devlet çerçevesinde Bologna Üniversitesi'nden Prof. Dr. Giuseppe di FEDERICO'nun editörlüğünde hazırlanmış olduğu son derece kapsamlı bir raporun etkisini inkar edebilmek mümkün değil. Zira Prof. FEDERICO öncülüğünde bu altı ülkenin en saygın hukukçularının hazırladığı anılan rapor, araştırmamız için kilometre taşlarını zaten döşemişti. Bize düşen bu kilometre taşlarını detaylandırıp, örneklem ülkeler ile ülkemiz yargı mekanizmasını mukayese ederek bir senteze ulaşmaktı.

[17] Büyük Türkçe Sözlük: <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi: 19. 05. 2011)

ya da davranış bozuklukları gibi konular üzerine Avrupa Konseyi’de akademik ve uygulama düzeyinde en üst düzey isimler ile kafa yormaktadır.^[18]

Dünyanın geldiği noktada artık bilim dalları ve disiplinler arası ilişkiler geçerlidir. Bu nedenle, bir olguyu her yönüyle inceleyebilmek ya da irdeleyebilmek için sadece bir bilim dalına dayanarak yapılan araştırmalar eksik ve yetersiz kabul edilmektedir. Bu nedenle batı dünyasında ekonomi, işletme, istatistik, ekonometri, hukuk vb. bilim dallarının birlikte çalışarak meselelere çözüm getirmeye çalıştığını görüyoruz. Bu yüzden de işletme biliminin dünyanın en önde gelen şirketlerinde ve müesseselerinde uygulanan ve gerçekte başarının bir sırrı olan “*Toplam Kalite Yönetimi*” yaklaşımının Türk Yargı Sistemi’ne ve özellikle ceza muhakemesi alanına uygulanmasını teklif ediyoruz. Zira yeknesak hukuki formülasyonlar ile artık ne kanun yapıcının ne de kanun uygulayıcının hukuksal barışın sağlanması, vicdana ve hukuka uygun bir karar verilmesi, maddi gerçeğe ulaşılması gibi amaçları sağlayamayacağı kanaatindeyiz.

Dolayısıyla Türk ceza yargılamasının (ve elbetteki özel ve idare hukuku yargılamalarının) Toplam Kalite Yönetimi prensiplerinin süzgecinden geçirilerek kuramsal çatısının kurulması ve uygulamanın da bu perspektifinden yapılması elzemdir. Çünkü, Fransız eski Başbakanı ve gazeteci Georges Clemenceau’nun (1821-1941) dediği gibi, nasıl ki savaş yalnızca askerlere bırakılmayacak kadar ciddi bir iş ise,^[19] kanaatimizce toplumsal hayatın her yönünü kapsayan hukuk da sadece hukukçulara teslim edilmeyecek kadar mühim bir meseledir.

[18] Dünyada yargının etkinliğini ölçmek için pek çok bilimsel araştırma yapılmakta, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Konseyi gibi ulusüstü ve uluslararası bir takım bölgesel kuruluşlar, yargıdaki “*nitelik*” (quality) ve “*nicelik*” (quantity) dikotomisinin çözerek bir Avrupa standardı oluşturmaya çalışmaktadır (PAULIAT Hélène-JEAN Paul Jean, “*En Evaluation of the Quality of Justice in Europe and its Developments in France*”, Utrecht Law Review, Volume 2, Issue 2 (December), 2006, s. 45 vd. Ayrıca bkz. ALAIX Michel, “*The Quality of Judicial training in the Light of the Recent European Developments (at National & International Level) in the Field of Training of Magistrates*”, Council of Europe Co-Operation Programme to Strengthen the Rule of Law for 2005, Seventh Plenary Meeting of the Lisbon Network (European Network for the Exchange of Information Between Persons & Entities Responsible for the Training of Judges and Public Prosecutors), RES/LISB/PL/RAP (2005) 1, Strausbourg, France, 10 November 2005, s. 2-6. Bu toplantının (Theme-1) raporunun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/rapports/Rapport-Allaix_en.pdf ; yine bu toplantının 9 Kasım 2005’de yapılan ve konusu temin sonrası devamlı eğitim ile ilgili olan kısmının Raportör Pasquale PROFITI tarafından hazırlanan raporun [RES/LISB/PL/Rap (2005)] elektronik formattaki hali için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/rapports/Rapport-Profiti_en.pdf ; Ayrıca toplantı sonuç bildirgesi (Conclusions) için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/meetings/plenary/2005Strasbourg_en.pdf (Erişim Tarihi: 11. 05. 2011).

[19] “*War is too serious a matter to entrust to military men*” ya da başka bir ifadeyle “*War is too important a matter to be left to the military*” (SHAPIRO Fred R., “*The Yale Book of Quotations*”, RR. Donnelley & Sons Print House, USA, 2006, s. 158). Ayrıca

Bu yüzden “*nitelik*”/“*kalite*” gibi bir işletme bilimi terimi, ceza muhakemesinin ve medeni muhakemenin teorik ve pratik çerçevede her konusunda başvurulması gereken bir mihenk taşıdır. Niteliksiz yani kalitesiz ceza muhakemesi aktörleri, toplumun harcı olan adalet kavramını ve bu kavrama duyulan inancı aşındırmakta; süreç içerisinde bireylerin birbirlerine ve devlet aygıtına olan güveni yok olmaktadır. Böylesi bir sürecin sonucu kaçınılmaz sosyolojik sonucu, bizce, “*anomi*”^[20]dir.

Zaten ülkemizde senelerdir binlerce vatandaşımızı kurban verdiğimiz etnik ayrılıkçı terör ya da din bezirgânlığı vb. sorunlarımız, Durkheim’in anomi yaklaşımının (bkz. dn. 20), makro düzeyde bir örneği değil midir? Mülkün ya da Devletin temelini adalet olduğunu duruşma salonlarına altın yıldızlar ile yazan; ancak devletin asli iki eş vazifesinden birisi olan “*adalet*”i sağlayamamış ve haliyle de ikinci vazifeyi yani “*güvenliği*” gerçekleştirememiş bir devlet aygıtının, toplumda anomi yaratmasından daha doğal ne olabilirdi ki? Hem “*Eski Düzen*”in ve hem de yeni “*Eski Düzen*”in ideologları maalesef ki bilimsel ve mukayeseli yaklaşımı yargı erkinden tamamen soyutlamış, Nazi Almanyası ya da SSCB gibi totaliter ülkelerdeki uygulamaların biraz daha seyreltilmiş bir örneği olarak,^[21] Türk yargısını adalet tevziini değil de gerek resmi ve gerekse gayr-ı resmi çeşitli ideolojilerin topluma yerleştirilmesi amacını güden bir kuvvet haline getirmiştir.

Bu bağlamda altını çizmemiz gereken en önemli husus, bir ülkedeki cari yargı mekanizmasının niteliğinin, o ülkenin “*ekonomik gelişme ve canlılığının*” en kuvvetli belirteçlerden birisi olduğudur.^[22] Nitekim yargının aldığı kararlar, “*özel mülkiyet*”, “*girişimcilik faaliyetleri*”, “*ekonomik kalkınma ve gelişmenin*” üzerinde yükseldiği esas sütundur.^[23] Haliyle, evrensel hukuka uygun olarak

Clemenceau’nun hayat hikayesi için bkz. Encyclopedia Britannica, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/120962/Georges-Clemenceau> (Erişim Tarihi: 16. 04. 2011).

- [20] “*Anomi*” (ing: anomie), bir kuralsızlık ve normsuzluk halidir (TIRYAKIAN Edward A., “*For Durkheim: Essays in Historical & Cultural Sociology*”, Rethinking Classical Sociology, Ashgate Publishing Company, Farnham, England, 2009, s. 120). Anomi, toplumun sancılı bir kriz ya da ani geçişler yaşadığı bir toplumsal çözümlü halidir (id.). Bu çözümlenin iki sosyolojik görünüşü vardır (id.). Bunlardan birincisinde yani makro bağlamda, toplum önceki istikrarlı bir arada yaşama durumundan “*birbirine karşılıklı güvenin kalkması*”, “*iç savaş*” ya da “*şiddete dayanan sınıf çatışması*” gibi olaylarda somutlaşacak anormal bir sapmadır (id.). Mikro bağlamda ise çalışma hayatında ve toplumsal yaşamda organik dayanışmanın ortadan kalkması, insanların ufku açıcı değil de, insan doğasının değerini düşürücü bir sanayi ve çalışma ortamının meydana gelmesidir (id.).
- [21] Totaliter ve otoriter sistemlerde yargı mekanizmasının işleyişine dair müşahhas bir kısım örnekler için bkz. KOCAOĞLU Serhat Sinan, “*Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/2, s. 125-141.
- [22] SOBEL Russell S.- HALL Joshua C., “*The Effect of Judicial Selection Processes on Judicial Quality: The Role of Partisan Politics*”, Cato Journal, Vol: 27, No: 1 (Winter), 2007, s. 69.
- [23] Ibid.

verilmemiş ve dünya gerçeği ile çatışan yargı kararları, birey hak ve özgürlüklerinin ihlalcisi oldukları için, sivil toplumun ve iyi işleyen bir serbest piyasa ekonomisinin temellerini dinamitleyen bir etkide bulunur.^[24] Bundan dolayı da bir ülkenin yargı sistemi ve bu yargı mekanizmasının aktörleri olan hâkimlerin (ve savcılarının) nitelikleri ile birlikte bu kişilerin öncelikle (ve özellikle) istihdam, nihayetinde de atama ve terfi süreçleri, bir ülkenin ekonomik aktivitelerinde belirleyici rol oynar.^[25]

Bu çerçevede “Avrupa Yargıçları Örgütü ile Avrupa Savcılarını Örgütlerinin Danışma Konseyleri”nin ortak görüşünü yansıtan “Bordeaux Deklerasyonu”nda demokratik bir toplumda hâkim ve savcılarının görevinin “adil”, “tarafsız” ve “etkin” bir şekilde yerine getirilmesi olduğu ilan edilmiştir (para. 1).^[26] Bahsedilen bildiride, hâkim ve savcılarının, kamu düzenini korumak kadar yargılamanın her safhasında bireysel hak ve özgürlükleri garanti altına almaları gerektiği gerçeğine önemle işaret edilmiştir.^[27] Ceza muhakemesi sistemimizde de kuramsal olarak olmaz ise olmazlığı devamlı olarak vurgulanan bu yaklaşımdaki “tarafsız”lık kavramının, resmi ve gayr-ı resmi her türlü dogma ve ideolojiden kendisini sıyrarak, mahkeme önünde tartışılmış delillere göre karar vermesi demek olduğunu araştırma konumuz açısından önemsemekteyiz. Çünkü, tarafsız olmayan, düşünsel yapısı resmi ya da gayr-ı resmi çeşitli ideolojilerin etkisi altındaki hâkim (ve savcılarının) nitelik sahibi olup olmadıklarını tartışmaya dahi açmamak gerektiği kanaatindeyiz. Tam bu noktada “Hür Brüksel Üniversitesi”^[28] nin eğitiminin objektifliğini ortaya koymak için kullandığı “Devletten ve Dinden Bağımsız” (Free from the State, Free from the Religion) mottosunun (şiarının) günün birinde Türk Yargı mensuplarının zihni kurgusu için de hem kuramsal ve hem de uygulama düzeyinde geçerli olmasını dileriz.^[29]

[24] Ibid.

[25] Ibid.

[26] Bordeaux Declaration, “Judges and Prosecutors in a Democratic Society”, Opinion No. 12 (2009) of the Consultative Council of European Judges and Opinion No. 4 (2009) of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), Starausburg, 8 December 2009. Bu deklarasyonun elektronik formattaki hali için bkz. <https://wcd.coe.int> (Erişim tarihi: 13. 16. 2011).

[27] Ibid.

[28] Yazar da bahsi geçen üniversitede eğitim almıştır.

[29] Hür Brüksel Üniversitesi’nin (VUB) Latince mottosunun da “Scientia Vincere Tenebras” (Science Defeats Darkness) yani “Bilim Karanlığı Yokeder/Yener” olduğunu belirterek, konusu geçmişken, “İdeoloji”lerin değil de “İdealizm”in genelde Türk Adalet Sistemi’ni ve özelden de Türk Hâkimi ve Savcısı’nın aydınlatmasını umarız. Bahsi geçen üniversitenin web-sitesi için bkz. <http://www.vub.ac.be/> (Erişim Tarihi: 14. 06. 2011). Burada “idealizm” ile kastımızın, ideolojik ve inançsal çerçevede “nakli” değil de “aklı” öne almış; bireylerin haklarını doğal hukuk kuralları ve evrensel hukuk normları çerçevesinde mukayeseli olarak ele alarak “devlet”i değil “hukuk”u korumak olduğunu söylemeliyiz.

Araştırmamızın özünden sapmamak için bu alt başlığı kısa keserek belirtmiyiz ki, nitelik meselesini yargı mekanizmasının toplumsal karar verme ve iddia mercilerini oluşturan hâkim ve savcılarının niteliğinin statülerine atanmadan önce aldıkları temel eğitim; statüye atanmada asgari ve azami yaş kısıtları; emekli olma yaşı vs. gibi alt öğeler merceğinden tümevarımcı bir yaklaşım ile ele almaya çalışacağız. Hâkim ve savcılarının statülerine atandıktan sonra almaları gereken eğitimlerin ve kazanmaları gereken niteliklerin başka bir araştırmanın konusu olması gerektiğini düşünüyoruz.

Adalet mekanizmasının asıl amacı da, etkin ve verimli bir yargı süreci sonunda vicdanen verilmiş adil kararlar ile toplumsal barışın sağlanması ve kamu düzeninin korunmasıdır. Bunun için basiretli bir yönetim yaklaşımı ile nitelikli personelin en uygun şekilde yargı mekanizmasına dâhil edilmesi bir zorunluluktur. Aslında yapılması gereken, özel sektörün geliştirmiş olduğu kalite yönetimi yaklaşımının adalet mekanizmasına uygulanması, adalet hizmetlerine nitelikli personel istihdamının sağlanmasıdır.^[30] Zira, kişilerin bazı nitelikleri eğitim ile iyileştirilebilir veya geliştirilebilirken, bazı nitelikler ise eğitim ile kazandırılmaz.^[31] Hal böyle iken, özellikle kamu görevlerine başlangıçta yeterli potansiyele sahip kişilerin seçilmemesi, daha sonra yapılacak hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimleri de faydasız kılacaktır.

II. COMMON-LAW HUKUK ÇEVRESİNDE HAKİM NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK COMMON-LAW HUKUK SİSTEMİ:

Norman İstilasından yani 1066 yılından sonra ortaçağ İngiltere'sinde ilk kez ortaya çıkan ve günümüzde İngilizce konuşan milletlerde yani İngiltere, Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya ve ABD'de cari hukuk sistemi common-law olarak adlandırılmaktadır.^[32] Zaten, İngilizce'de "*ortak hukuk*" anlamına gelen "*common-law*" tanımlamasının çıkış noktası da Normanların yukarıda bahsi

[30] Zira, yanlış bir anlayışla ve tüm dünyadaki uygulamaların tersine bir biçimde, ülkemizde "*kamu*" ve "*özel*" sektör kavramları sanki birbirleri ile kabil-i telif değilmiş gibi algılanmaktadır. Halbuki, kolayca anlaşılabilirliği üzere dünyadaki başarılı örneklerden yola çıkarak Türk Kamu İdaresinin ve özellikle yargı sisteminin özel sektör yönetim uygulamalarından öğreneceği çok şey olduğu düşüncesindeyiz.

[31] Bu konuda geniş bilgi için bkz. AVCI İbrahim, "*Türkiye'de Yönetici Geliştirme (Mülki İdare Amirleri Örneğinde)*", Yayınlanmamış Doktora Tezi.

[32] NEUBAUER David W. - FRADELLA Henry F., "*America's Courts and the Criminal Justice System*", Wadsworth Cengage Learning, Tenth Edition, Canada, 2009, s. 29. ABD'de

geçen istilasından sonra merkezi iktidarın güçlenmesi ile bütün İngiltere ve Galler Bölgesi’nde bu hukukun egemen hale getirilmesiydi.^[33] Zira, bu tarihten yani 1066’dan önce, tüm ülkeyi kapsayan bir ortak hukuk sistemi yoktu.^[34] Aslında bu tarihten Magna Carta’ya kadar olan dönemi, İngiliz Kralların baş mimar olduğu bir hukuk sistemi olarak da nitelendirebiliriz.^[35]

1215’de imzalanan “*Büyük Özgürlükler Sözleşmesi*” olarak Türkçeleştirebileceğimiz “*Magna Carta Libertatum*” dan sonraki dönemde ise Kral’ın sınırlanan yetkileri ile, hukuk sisteminin inşasındaki önemli rol, daha çok İngiliz yargıçlarına düşmüştür. Zira, Common-Law, Roma Hukuku’ndan çok az kural ödünç almıştır.^[36] Bu yüzden de yasama organının değil, hâkimlerin yarattığı hukuka dayanmaktadır.^[37] Zaten 19. Yüzyıl’a kadar da ne İngiltere’de ve ne de ABD’de önemli ölçekte “*yazılı hukuk*” (statutory law) var olmamıştı.^[38] Çünkü bu yüzyıla kadar, her iki ülkede de yazılı hukuk yaratacak düzeyde önemli bir organ mevcut değildi.^[39] Bunun yerine hâkimler, hemen hemen bütün alanlarda toplumsal ilişkileri, adeta hukuk yaratarak düzenliyordu.^[40]

Kanun koyucunun değil de hâkimlerin yarattığı bir hukuk ile yönetilen yani ilişkileri yargıçlar tarafından düzenlenen bir toplum yapısında hâkim niteliğine en önem veren devlet olması kaçınılmazdı. Kıta Avrupası ülkelerindeki ve haliyle Türkiye’deki gibi klasik “*devlet memuru*” anlayışı ile şekillenmiş değil de, gerçek anlamı ile bağımsız ve tarafsız karar verebilmesi için tarihsel bir evrim sürecinde modellenmiş “*Majesteleri’nin Mahkemeleri*” nin görevlileri olarak İngiliz Hâkimleri’nin, yüzyıllar boyunca yarattığı hukuk, Anglo-Sakson kültürün egemen olduğu ülkeleri dünya medeniyet hiyerarşisinde hak ettiği yerde bulunmasında en çok payı olan öğelerden birisi olduğu muhakkaktır.

Lousiana Eyaleti bu genellemenin dışındadır (id.). Bu eyalette ceza kanunları hariç hala Napolyon Kanunları yani Kıta Avrupası hukuku uygulanmaktadır (id.).

[33] REDMOND P. W. D. – STEVENS I. N.-SHEARS P, “*General Principles of English Law*”, Pitman Publishing, London, United Kingdom, 1991, s. 4-6.

[34] Ibid.

[35] CAENEGEM Raoul Charles van, “*The Birth of the English Common Law*”, Cambridge University Press, Second Edition, Cambridge, 1988, s. 5.

[36] Ibid.

[37] Neubauer/Fradella: s. 29. Bu çerçevede belirtmeliyiz ki yasamanın yani İngiliz Parlamentosu’nun yarattığı “*yazılı hukuk*” (statute-law) ile common-law çatıştığında, birincisi üstün tutulur (GELDART William, “*Introduction to English Law*”, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 1991, s. 3; SLAPPER Gary-KELLY David, “*English Legal System*”, The Cavendish Publishing Limited, London, United Kingdom, 1995, 77 vd.). Çünkü, Parlamento’nun bağımsızlığı, İngiliz siyasi ve hukuki yapısının baskın karakteridir (id.). Bu yüzden de İngiltere’de hiç bir mahkeme ya da yargıç Parlamento’nun çıkarmış olduğu normu görmezden gelemez (id.).

[38] Ibid.

[39] Ibid.

[40] Ibid.

Şüphesiz ki, 1066 Norman İstilası'nda sonra hemen hemen hiç istila görmeyen büyük bir ada devleti olmanın avantajını, İngilizler yaklaşık bin yıl boyunca müdahalesiz ve çeşitli olumsuzluklardan uzak bir şekilde, savunma konumunda enerji harçayarak değil de; ya istilacı ya da tarafsız durumda; ama daima kesintisiz bir sosyo-politik ve hukuksal evrim sürecinden geçerek kullanmıştır. Böylece İngiliz devleti kurumsallaşmasını tamamlamış, mukayeseli olarak daha ileri bir yönetim şekli geliştirebilmiştir. Belki de bu yüzden, İngiliz "common-law" u en eski olmasa da bir ülkede geçerliliği korumuş ve bütün bir krallıkta uygulanabilmiş ve uygulanmakta olan en eski ulusal hukuk sistemi olmuştur.^[41]

Halbuki Osmanlı İmparatorluğu gibi pek çok Avrupa ve Asya kara devletleri, ömürlerinin çok az bir kısmı hariç devamlı bir biçimde kendisine açılan savaşlar, işgal ve istila teşebbüsleri ile mücadele ile geçirmişlerdir. Bizce, özellikle Kıta Avrupası'nın Anglo-Sakson dünyaya nazaran, daha gelişmiş bir medeniyet, yönetim ve yargı sistemini ortaya koyamamasının en önemli nedenlerinden birisi de budur.

Amerikan Common-Law sisteminde de İngiliz yapısına benzer şekilde hâkim niteliği meselesi Kıta Avrupasına kıyasla çok önemsenmiş bir olgudur. Amerikan mahkemelerinde kürsüyü işgal eden kişiler ile ilgili ampirik araştırmalar, ABD'de yıllar önce başlamış ve bu araştırmalar hukuk akademisyenleri tarafından baskın bir şekilde yürütülmüştür.^[42] Bunun temel iki nedeni; Amerikan hukuk kültüründe 20. Yüzyıl başında "Hukuki Gerçeklik" (Legal Realism) akımının önem kazanması ve ABD tarihinin başlangıcından beri, yargının Amerikan tarihinde oynamış olduğu başat roldür.^[43]

B. COMMON LAW ÜLKELERİNDE HÂKİM İSTİHDAMI SİSTEMİ:

Hemen hemen bütün common law ülkelerinde, hâkimler "yüksek rütbe"deki avukatlar arasından istihdam edilir.^[44] Burada yüksek rütbe ile kastedilen, üst düzey mesleki tecrübeye sahip yani kıdemli ve saygın hukukçulardır. Bu yüzden genel olarak common law ülkelerinin büyük bir kısmında (özellikle İngiltere'de) hâkim temini, parallel bir usulle, "Niteliğe Dayanan Temin Sistemi" (Recruitment Based on Qualifications) adı verilen ve özel olarak sırf bu iş için atanmış bir

[41] DE CRUZ Peter, "Comparative Law in a Changing World", Cavendish Publishing Limited, Second Edition, London, Great Britain, 1999, s. 99.

[42] Russell: s. 523.

[43] Ibid.

[44] Russell: s. 528.

kurulun adayları belirlediği bir sisteme dayanmaktadır.^[45] Dolayısıyla, İngiltere ve İrlanda’da tecrübeli hukukçular arasında yapılmakta olan hâkim seçimi ile Kıta Avrupası’nda daha önceden hiçbir mesleki tecrübeye sahip olmayan yeni mezun hukukçular arasından genel hukuk bilgisine dayanılarak yapılan sınavlar neticesinde yapılan hâkim teminleri arasında taban taban zıt bir fark vardır.^[46]

1970’li yıllardan sonra common-law ülkelerinde hükümetler yeni atanan hâkimler ve hâlihazırda görev yapan hâkimler için eğitim programları yürürlüğe konulmuştur.^[47] Ancak bu eğitimler ile hâkim bağımsızlığının zedelenmesini engellemek için, Avustralya, Yeni Zelanda, İngiltere, Kanada ve ABD gibi common law ülkelerinde bu tür başlangıç ya da hizmet içi eğitimlere hâkimlerin katılması kasıtlı bir biçimde mecburi tutulmamış, bu hususta hâkimlerin sağduyularına güvenilerek, düzenlenen eğitimlere katılıp katılmamak onların tercihlerine bırakılmıştır.^[48] Bu çerçevede, Anglo Sakson kültürün yarattığı common law hukuk geleneğinin takipçisi ülkelerde “vatandaşal/bireye güven” ilkesi geçerli olduğu için, “hâkime güven” ilkesinin hayli hayli geçerli olduğu çıkarımında bulunmamız yanlış olmayacağı açıktır.

Giriş kısmından yaptığımız kısa açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, geleneksel olarak yüz yıllar boyunca common-law ile yönetilen ülkelerde en kaliteli hukukçu yetiştirebilmek ve bu kişileri yargı mekanizmasına dahil edebilmek için oldukça çok fikir ve eylem mesaisi harcanmıştır.

Bir saptama olarak ve Uluslararası Yargıçlar Birliği Genel Sekreter Yardımcısı İtalyan Yargıç Dr. iur. Giacomo OBERTO’ya atfen diyebiliriz ki Montesquieu’nun “*Kanunların Rubu*” adlı eserinde dile getirmiş olduğu “*Kuvvetler Ayrılığı*” ilkesinin yargı açısından bağımsızlığın tam ve en mükemmel uygulandığı ülke İngiltere’dir.^[49] Bu iddiayı ortaya koyan kişi bir Kıta Avrupası

[45] Supra note 18; Council of Europe Co-Operation Programme to Strengthen the Rule of Law for 2005, Seventh Plenary Meeting of the Lisbon Network (European Network for the Exchange of Information Between Persons & Entities Responsible for the Training of Judges and Public Prosecutors (bkz. s. 6). Bu toplantının (Theme-1) tutanaklarının elektronik formattaki hali için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/rapports/Rapport-Allaix_en.pdf .

[46] DI FEDERICO Giuseppe, “Preface”, “*Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*”, Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University and Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. VIII.

[47] Russell: s. 523.

[48] Ibid. s. 524.

[49] OBERTO Giacomo, “*Selection, Training, Career and Status of Judges: International Standards and the Italian Experience*”, s. 2. Halihazırda Torino/İtalya Hâkimi olan, Dr. OBERTO’nun Avrupa Konseyi’nin 03. 12. 2002 tarihinde Erivan’da düzenlemiş olduğu “*Ermenistan Cumhuriyeti’nde Hâkimlerin Rolü*” konulu seminerde sunmuş olduğu bu bildirinin elektronik formattaki hali için bkz. <http://giacomooberto.com/yerevan/report>.

kökenli yargıçlık ile akademisyenliği aynı potada eritmiş bir kimse olunca ve hele ki bu kişi aynı zamanda da saygın bir uluslararası yargıç örgütünün yöneticilerinden birisi konumunda ise, bu tespitte kulak vermek gerekliliği, zaten izahtan varestedir. Aslında Dr. Oberto'dan yapmış olduğumuz bu atıf, Hür Brüksel Üniversitesi mezunu rahmetli meslek büyüğümüz, Türkiye Barolar Birliği Kurucu Başkanı Üstadımız Prof. Dr. Faruk EREM'in, ülkemizin de dâhil olduğu Karma Sistemi devamlı bir suretle "engizisyon artışı" olarak sertlikle eleştirip, erdemlerini hemen her eserinde Türk Hukukçularına bıkıp usanmadan ısrarla anlatmaya çalıştığı Karma Sistem'den İtham Sistemine dönülmesi ile ilgili tezini kuvvetle desteklemektedir.^[50]

C. COMMON LAW ÜLKELERİNDE HUKUK EĞİTİMİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

Common Law ülkelerinde, hukuk eğitimi lisans düzeyinde yapılmaktadır.^[51] Genel olarak bu ülkelerde hukuk eğitimini bir (pupillage/articling/clerking adları verilen) "çıraklık" dönemi ya da özel bir eğitim programı şeklinde kendini gösteren bir staj veyahut da bu sayılan her iki alternatifinde yapılmasını öngören sistemler varolabilmektedir.^[52] Ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, bu staj programlarından önce, eleme maksatlı genel bir giriş sınavı da öngörülebilmektedir.^[53] Örneğin İngiltere'de "barrister" adayları, önce bir yıl özel bir eğitimi müteakiben meslek birliklerinde bir yıl boyunca meslek ustalarının yanında bir tür çıraklık (pupillage) yapmaktadırlar.^[54] Stajyer "solicitor"lar ise, bir yıllık bir hukuk eğitimine katılmakta ve daha sonra kıdemli "solicitor"ların yanında "katiplik" (clerking) olarak adlandırılan bir tür avukat yardımcılığı yani çıraklık yapmaktadırlar.^[55] Kanada'da ise avukat adayları önce "articling" adı verilen bir yıllık çıraklık döneminden sonra, eyaletten eyalete değişen asgari 2

htm (Erişim Tarihi: 09. 07. 2011). Bahsi geçen yazarın İngilizce özgeçmiş için bkz. http://www.iaj-uim.org/site/modules/mastop_publish/?tac=754 (Erişim Tarihi: 09. 07. 2011).

[50] EREM Faruk, "Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku", Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara, 1986, s. 27–31; 60–66. Bu konuda Erem'i kısmen eleştiren bir yaklaşım için krş. KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008, s. 78, dn. 11.

[51] ZWEIGERT Konrad, "International Encyclopedia of Comparative Law", Volume: 16, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, s. 14.

[52] Ibid.

[53] Ibid.

[54] Ibid.

[55] Ibid. Barrister ve solicitor ile ilgili açıklamalar için bkz. infra note 247 vd.

haftadan azami 6 aya kadar değişen sürelerdeki baroya kayıt eğitimine katılmak zorundadırlar.^[56]

ABD’de ise hukuk eğitimi lisans düzeyinde genel bir üniversite eğitiminden sonra yapılmaktadır.^[57] “*Hukuk Fakültelerine Kabul Testi*” (Law School Admission Test [LSAT]) adı verilen çoktan seçmeli yarım gün süren bir sınavla hukuk fakültesine başvurmak isteyen adayların bu disiplini öğrenebilmeleri için gerekli temel niteliklere sahip olup olmadıkları ortaya çıkartılmaktadır.^[58] Adayın, “*LSAT*” ve “*Yazma Yeteneği*” (Writing Ability [WA]) olmak üzere iki farklı puan türü ile akademik, mantık yürütme, yazma, İngilizceye’ye hakimiyet gibi becerileri ölçülmektedir.^[59] Sınavla aynı adı taşıyan “*LSAT*” kısmı ile adayın sözel, sayısal ve simgesel materyalleri anlamlandırabilmesi ve bunlar hakkında akıl yürütebilmesi yeteneğinin seviyesi anlaşılmasına çalışılırken; “*yazma yeteneği*” kısmı ile de kişinin kendini tam ve eksiksiz olarak ifade edebilmesi yetisi kavranmaya çalışılmaktadır.^[60]

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Amerikan hukuk sistemi, ancak önkoşul olarak lisans düzeyinde eğitim almış ve belli olgunluğa gelmiş kişilerin hukuk fakültelerinde eğitim alabilmelerini uygun bulmaktadır. Bizce, işin doğrusu da hukuk eğitimi gibi evveliyetle dünyayı anlamayı gerektiren zor bir disiplinin alt yapısının, önce başka disiplinler ile kurulduktan sonra kişilerin hukuk öğrencisi olabilmesidir. Ayrıca görülmektedir ki Amerikan sistemi, sadece başka bir lisans diplomasını değil, hukuk öğrencisi olabilecek sözel, sayısal, mantık ve anlam bilim kabiliyetlerine sahip olunması gerekliliğini şart koşmaktadır. Aksi takdirde, hukuk fakültelerine kabul için LSAT sınavını gereklilik olarak görmezdi.

Bu yüzden Amerikan hukuk sistemi, konularında “*uzman*” kişilerden oluşmaktadır. Avukat, hakim, savcı veya noter hangi statüyü işgal ederse etsin bütün hukukçular öncelikle başka bir branşta da eğitim almış oldukları için; o lisans diplomasının üzerine hukuk eğitimlerini inşa etmektedirler. Örneğin ilk diploması “*iktisat*” üzerine olan bir hukukçu, ekonomist kimliğinin üzerine vergi hukukçuluğunu inşa etmekte; “*sağlık bilimleri*” okumuş bir hukukçu malpractise yani tıpta görülen meslek hataları üzerine uzmanlaşabilmekte; “*işletme*” okumuş bir hukukçu şirketler hukuku alanında mütahassis olabilmektedir. Sayısı son derece atırılabilir bu örnekler ile hakim, savcı veya avukat olsun Amerikan hukukçuların genel anlamı ile uzmanlaşmayı sağladığı ortaya

[56] Ibid.

[57] Reichel: s. 188.

[58] “*Black’s Law Dictionary*”, Centennial Edition [1891-1991], Seventh Reprint, Edition, West Publishing Co., Minnesota, 1993, s. 948.

[59] Ibid.

[60] Ibid.

çıkmaktadır. Zaten bu nedenden dolayı da Amerikan hukuk sisteminde bahsi geçen statüler arasında yatay geçiş ve hareketlilik çok kolaydır.^[61]

D. İNGİLİZ COMMON LAW SİSTEMİ

A. GENEL OLARAK

İngiliz common-law sistemi, dünyadaki en itibarlı iki hukuk çevresinden birisi olarak kabul edilmektedir.^[62] Burada ilginç olan husus, bir ülkeye yani İngiltere'ye ait hukuk sisteminin, hukuki çözümleme kapasitesi, toplum barışını sağlama, adaleti gerçekleştirme, siyasi etki alanı, felsefik derinlik (devletçi değil ama bireyci yaklaşım) vb. gibi pek çok kıstas merceğinden pek çok ülkeyi içeren bir kıtanın yani Kıta Avrupası sisteminin hukuk sistemi ile birlikte eş değer bir mekanizma olarak kabul edilmesidir.

Belirtmeliyiz ki, Kıta Avrupası sisteminden ayrı bir biçimde, İngiliz common-law sistemi; ideoloji, doktrin, kurumlar ve hukuki düşünce modeli, hukuki kaynaklar açısından çeşitliliğe dayanan çok farklı ortamlarda evrimleşmiştir.^[63] Ayrıca İngiliz dili ve kültüründen çok farklı ya da İngiltere coğrafyasından oldukça uzaktaki Güney Doğu Asya, Hindistan, Hong Kong, Avustralya gibi pek çok bölgede geçerli hukuk sistemi olmuştur.^[64] Elbette, common-law hukuk sisteminin bu derece yaygın olmasının altında, İngiliz sömürgeciliğinin oynamış olduğu önemli rolü de asla yadsımamak gerekmektedir.

[61] Reichel: s. 189.

[62] De Cruz: s. 99. Birleşik Krallık'ta; İngiltere ve Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda olmak üzere üç farklı hukuk sistemi mevcuttur (CAMPBELL Ian (Rapporteur), "Conditions of Access to the Profession of Judge and Public Prosecutor- Selection Criteria and Recruiting Procedures in the United Kingdom", "The training of judges and public prosecutors in Europe", (Proceedings, Multilateral Meeting Organized by the Council of Europe in conjunction with the Centre for Judicial Studies, Lisbon, 27-28 April 1995, Lisbon), Volume 1995, Council of Europe, Centro de Estudos Judiciários (Lisbon, Portugal), Council of Europe Publishing, printed in Germany, 1996, s. 31). Kuzey İrlanda hukuk sistemi, İngiltere ve Galler'inkine benzerken; İskoç sistemi bu saydığımız ilk iki hukuk sisteminden tamamen farklıdır (id.). Bu yüzden araştırmamızın İngiliz Common-Law sistemini açıklamaya çalışırken, aslında İskoçya'yı dışarıda bırakarak, İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'ya odaklanmış olacağız.

[63] Ibid.

[64] Ibid.

B. HÂKİMLİK ŞARTLARI:

Konuya giriş mahiyetinde belirtmeliyiz ki İngiliz hâkim seçim ve temin sistemi aşağıda inceleyeceğimiz diğer sistemler ile karşılaştırıldığında en gayr-ı resmi, nizami olmayan ve şeffaflıktan yoksun olanıdır.^[65] Çünkü, aşağıda açıklayacağımız sistem tüm İngiltere’de 1000 barrister, 40 yüksek yargıç ve 60 sulh mahkemesinin olduğu bir dönem için tasarlanmıştır.^[66] Yaklaşık 8 yüzyıl süren bu dönemde Lord Chancellor, zaten az alan hukukçu sayısından dolayı, bizatihi kendisi seçim ve temin işi ile ilgilenebiliyor ve hâkim adaylarının kişisel kayıtları ofisi tarafından tutulabiliyordu.^[67] Ancak 1970’lerden sonra hem hâkim sayısı ve hem de makam sayısı arttığı için, Lord Chancellor’un bizatihi ilgilenmesi giderek güç bir hal almıştır.^[68]

Bundan dolayı 2005 yılında “*Anayasal Reform Yasası*” (Constitutional Reform Act of 2005 [CRA]; m. 61 vd.) ile birlikte Lord Chancellor’ın doğrudan kullandığı hâkim temin/atama görevlerini “*Yargı Atamaları Komisyonu*” (The Commission of Judicial Appointments/The Judicial Appointments Commission [JAC]) aracılığı ile kullanmasını düzenlendi.^[69] Bu Reform ile Lord

[65] BELL John, “*Judiciaries within Europe: A Comparative Review*”, Cambridge Studies in International and Comparative Law (CSICL), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2006, s. 312.

[66] Ibid.

[67] Ibid. “*Lord (High) Chancellor*”, İngiliz yargı sisteminin başıdır (Black’s Law Dictionary, Sixth Edition [Centennial Edition: 1881-1991], Editor: BLACK Henry Campbell, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1990, s. 231). Taç tarafından Başbakan’ın önerisi üzerine atanır ve Lordlar Kamarası’nın sözcülüğü görevi ile aynı zamanda hükümetin bir üyesi olarak Adalet Bakanlığı görevini de yürütür (id.); SUMPTION Jonathan, “*The Constitutional Reform Act 2005*”, “*Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy*”, Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 34. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

[68] Ibid.

[69] Constitutional Reform Act of 2005 için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/part/4> (Erişim tarihi: 15. 07. 2011). “*Judicial Appointments Commission*” in (JAC) resmi websitesi için bkz. <http://jac.judiciary.gov.uk/> (Erişim tarihi: 15. 07. 2011). Aynı yönde açıklamalar için bkz. Sumption: s. 35. Ayrıca bkz. VOLCANSEK Mary L., “*Exporting the Missouri Plan: Judicial Appointment Commissions*”, Missouri Law Review, Vol: 74, 2009, s. 794. On beş üyeli JAC yani Komisyon’un üyelerinin çoğunluğu tam ve yarım zamanlı hâkimler ile avukatlar ve hukuk profesyonellerinden oluşmaktadır ([Judicial Appointments Commission Framework Document of 24 March 2005, Department for Constitutional Affairs]. Bu düzenlemenin elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JAC_Framework_Document.pdf [Erişim Tarihi: 17. 04. 2011]).

Chancellor'un makamının ve yetkilerinin yeniden düzenlenmesi; yargı hakkında atama, disiplin ve ilgili diğer işlerin içeriğini düzenlemek amaçlanmıştır.^[70]

Bu değişiklikler ile, artık hâkim seçimleri, bahsi geçen komisyonun görevlendireceği bir "seçim paneli/jüri heyeti" (selection panel) tarafından yapılacak ve adaylara dair hazırlanacak rapor Lord Chancellor'a onay veya ret için sunulması gerekmektedir.^[71] Halbuki anılan değişiklikten önce hâkim temin/atamaları, tamamen, kamuoyuna kapalı bir şekilde ve kendisi de bir siyasetçi olan Lord Chancellor tarafından yapılmaktaydı.^[72]

Kısaca özetlemek gerekirse, yeni sistemde Komisyon (JAC) çeşitli süreçlerden sonra boş post için bir isim üreterek Lord Chancellor'a sunacak; Lord Chancellor bunu "kabul edebilecek/onaylayabilecek", "reddedebilecek" ya da ancak sınırlı nedenlere dayanarak ve gerekçelendirerek bu ismi "yeniden ele almasını/düşünmesini" (reconsider) Komisyon'a teklif edebilir.^[73] Gelen yeniden ele alma talebine rağmen, Komisyon yine aynı ismi Lord Chancellor'ın önünde koyabilir.^[74] Bu sistem ana hatları ile Yüksek Mahkeme ve biraz aşağıda açıklayacağımız yarı zamanlı hâkim atamaları hariç tutulmak üzere, bütün hâkim teminleri için geçerlidir.^[75] Dolayısıyla kısaca diyebiliriz ki Komisyon, bir

[70] Constitutional Reform Act of 2005, Introduction. Bahsi geçen yasanın elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/introduction> (Erişim tarihi: 15. 07. 2011). Her ne kadar İngiltere'nin tek bir metinde yazılı bir anayasası olmasa da dağıntık şekilde Parlamento kararlarından mahkeme içtihatlarına kadar geniş bir alana dağılmış yazılı İngiliz bir anayasası mevcuttur (Sumption: s. 31). Bu yüzden, İngiltere'nin, yanlış bir kavrayış ile, yazılı bir anayasaya sahip olmadığı ön yargısı ile ilk başta düşünüldüğünde, "Anayasal Reform Yasası" başlığı çarpıcı olsa da yukarıdaki açıklamaların ışığında düşünülünce (yani yazılı bir anayasa değil tek bir metinde toplanmış anayasanın var olmadığı) başlık anlam kazanmaktadır (id. s. 32).

[71] Constitutional Reform Act of 2005, m. 75A - m. 75G. Elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/part/4> (Erişim tarihi: 15. 07. 2011).

[72] JOWELL Jeffrey, "The Growing International Consensus in Favour of Independent Judicial Appointment Commission", "Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy", Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 2. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

[73] Sumption: s. 35.

[74] Ibid.

[75] Ibid.

“seçim” kurumudur; “atama” kurumu değildir.^[76] Zira, atama Lord Chancellor tarafından yapılmaktadır.^[77]

Bu yüzden, İngiliz geleneğinde, tarihsel çerçevede hâkimlik müessesinin gelişimi Kıta Avrupası ülkelerinden çok farklıdır. Örnek olarak aşağıda inceleteceğimiz gibi Kıta Avrupası’nda hâkimler “*Kariyer Yolu*” adı verilen ve daha objektif kriterlere dayanan yazılı/sözlü yarışmacı sınavlar ile seçilmekte ve temin edilmektedir. İngiliz Sistemi’nde ise Lord Chancellor’un hâkimlik şartlarını ilan ile yapılan başvurular ile şahsi mülakat sonrasında uygun görülen kişilerin hâkimliğe davet edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.^[78] Yine İngiltere’de, genel olarak Kıta Avrupası ülkelerinde mevcut olmayan “*Yarı Zamanlı*” (part-time) hâkimlik ya da ceza yargılamasında hukukçuluk mesleğinden olmayan kişilerin görev yaptığı biraz zorlama ile “*Sulh Hâkimi*” olarak tercüme edebileceğimiz “*Justice of the Peace*” adında tarihsel geleneğe haiz kurumlar mevcuttur.^[79] İngiltere’ye özel ve bizim hukuk yapımıza uyacağını düşünmediğimiz bu gibi kurumları araştırmamızı uzatmamak noktasından ilgi alanımızın dışında bırakacağız.

Ancak, lüzumuna binaen, 2005 Anayasa Reformu öncesinde, hâkim istihdamı ile ilgili var olan rehber ilkeleri özetlemek isteriz. Hakim temininin liyakat temelli olması (merit selection) için,^[80] tam zamanlı hâkim atamalarında adayın belirli

[76] PRASHAR Baroness Ushe CBE, “*Translating Aspirations into Reality: Establishing the Judicial Appointmenst Commission*”, “*Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy*”, Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 46. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

[77] Ibid.

[78] Bell: s. 312. 1960’larda Lord Chancellor’luk vazifesinin yürüten Lord Gardiner, kürsüye atanmadan önce her hâkim adayı ile şahsen mülakat ettiğini bir röportajında ifade etmiştir (id.).

[79] Campbell: s. 32. Önceden herhangi bir hukuk eğitime sahip olunmasını gerektirmeyen, ancak hukuk eğitimine sahip katipler tarafından görevlerinin icrasına yardım edilen bu sulh hâkimliklerine, Shakespeare’in “*İnsanın Yedi Çağı*” (Seven Ages of Man) olarak betimlediği 30’lu, 40’lı ve 50’li yaşlarda atamaları yapılmaktadır (id.). Atamalar Lord Chancellor tarafından, yerel tavsiye komitelerinin önerisi üzerine, uygun görülürse yapılmaktadır (id.). Artık meslekten olmayan Sulh Hâkimleri için de, atanmadan önce çeşitli eğitimler öngörülmektedir (id.). Ayrıca benzer yöndeki açıklamalar için bkz. BARTON Benjamin H., “*The Lawyer-Judge Bias in the American Legal System*”, Cambridge University Press, New York, USA, 2011, s. 294; Russell: s. 528; . “*Lay Justice*” olarak da adlandırılan bu hâkimlerden, 2000 yılında, İngiltere ve Galler’de, eşit oranda kadın ve erkek olmak üzere 28.029 kişinin, İskoçya’da ise 4000 kişinin bu şekilde hâkim görevini yaptığı belirtilmektedir (Russell: s. 528).

[80] “*Liyakat Seçimi*” (Merit Selection) ilkesi aynı şekilde Anayasa Reformu Yasasına “*Liyakat ve İyi Hal/Kişilik*” (Merit & Good Character) başlığını taşıyan 63. maddesinin ikinci fıkrasına “*Seçim, sadece liyakat esaslı olarak yapılmak zorundadır/Selection must be solely on merit*” şeklinde girmiştir. Yasanın elektronik formattaki tam hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/part/4> (Erişim tarihi: 15. 07. 2011). Yine paralel şekilde

bir dönem yarı zamanlı hâkimlik yapmış olması ve bu kişi hakkında hukuk çevrelerinde hâkim olarak atanabilmesi için olumlu bir kanaat oluşmuş olması gerekliydi.^[81] Bu prensiplerin hayata geçirilebilmesi için "cinsiyet", "etnik köken", "evlilik durumu", "cinsel yönelimler", "siyasi eğilimler", "dini inanç" ya da "bedeni engellilik" gibi özelliklerin kişi için herhangi bir olumsuzluk yaratması önlenerek, şartları tutan her aday için fırsat eşitliği yaratılmaya çalışılıyordu.^[82] Burada değinilmesi gereken bir diğer konu da, daimi göreve atanacak hâkimlerin yarı zamanlı hâkimlik dönemleri ile ilgili olarak diğer meslektaşlarının gözlem ve analizlerinin dikkate alındığı ve kimilerince çok eleştirilen "gizli sondaj" (secret sounding) adı verilen sistemdi.^[83]

Yeni dönemde İngiliz Parlamentosu'nda da tartışma konusu olan;^[84] ancak Anayasal Reform öncesinde daha çok iş başındaki Lord Chancellor'ın geleneksel yapıya uygun olarak şahsi yorumları ile şekillendirdiği, hâkim adaylarının bireysel liyakatları için öngörülen rejime bir örnek ise şu şekildedir:^[85] "Uygun seviyede hukuk bilgisi sahibi olmak", "tecrübe", "mesleki başarı", "entelektüellik", "analitik düşünce yeteneği", "çok sağlam bir muhakeme gücü", "azim", "kararlılık", "mahkemeye gelen her türlü kişi ile etkin iletişim kurabilme yetisi"; "mahkemenin otoritesini ve saygınlığını koruyabilme gücü", "dürüstlük", "hakkaniyet", "toplumu ve bireyleri anlayabilme yetisi", "sağlam bir mizaç", "nezaket", "şefkat", "kamu hizmetine bağlılık", "duruşmaları etkin bir biçimde idare edebilme yeteneği", "olumlu insani nitelikler" gibi gereklilikler. Ancak, burada gözden kaçırılma-

JAC Statüsü'nün 18. maddesinde de Komisyon'un temel amacının liyakate dayanan yargı atamaları için seçim ve tavsiyede bulunmak olarak düzenlenmiştir (Judicial Appointments Commission Framework Document of 24 March 2005, Department for Constitutional Affairs). Bu düzenlemenin elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JAC_Framework_Document.pdf [Erişim Tarihi: 17. 04. 2011]).

[81] MACKAY James Lord of Clashfern KT – STA David, "Selection of Judges Prior to the Establishment of the Judicial Appointments Commission in 2006", "Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy", Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 13. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

[82] Ibid. s. 13, 14.

[83] Ibid. s. 14.

[84] Sumption: s. 35.

[85] Mackay: s. 20. Örnek olarak özetlenen bu dönemsel hâkim temini liyakat rejimi, Lord Mackay'ın, Chancellor görevinin sürdürdüğü 1987-1997 yılları arasındaki politikayı özetlemektedir (id.). Bu çerçevede bir İngiliz yargıcın gözünden iyi bir hâkimin sahip olması gereken mesleki ve kişisel özelliklere dair görüş ve tecrübeleri için bkz. HICKINBOTTOM Gary, "What Makes A Good Judge?", "Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy", Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 55-67. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

ması gereken husus, Reform’dan önceki (eski) dönemde Lord Chancellor, yeni dönemde de Komisyon tarafından mihenge vurulacak hâkim adaylarının niteliklerin aşağıda bir “örnek olay”^[86] ile inceleyeceğimiz ülkemizdeki gibi “yüzeysel”, “afaki”, “özellik/subjectif” ve partizan” bir şekilde değil; “derinliğine”, “ayrıntılı”, “nesnel/objectif” ve “tarafsız” bir biçimde incelenmekte olduğudur.

İngiltere’de, bir Kıta Avrupası hukukçusunun zihni kurgusunun “hâkim” kavramını kavradığı anlamda, yani “tam zamanlı” bir hâkim ataması, “40” (kırk) yaşından önce fakat “60” (altmış) yaşından sonra yapılmamaktadır.^[87] Yani İngiliz common-law sisteminde, uygulamada hâkim olabilmek için asgari ve azami yaş sınırı 40 ile 60 arasında değişmektedir.

İngiliz toplumunun “çok ırklı” (multi-racial) bir yapıya sahip olduğu için, İngiltere ve Galler’deki yarı zamanlı/tam zamanlı/bölge hâkimi vs. gibi her çeşit hâkime, “etnik” konularda mecburi eğitimler verilmektedir.^[88] Burada amaçlanan, her türlü olumsuz ayrımcılığın (negative discrimination) engellenerek, toplumun “çok-kültürlü” (multi-cultural) ve “bir arada yaşamaya dayalı” (co-existence) yapısının, yargı eliyle bozulmasının engellenmesidir. Aslında, 2005 yılı Anayasal Reform Yasası’nda, Yargı Atama Komisyonu’nun görevlerini “çeşitliliği teşvik edecek” (encouragement of diversity) şekilde yapılması öngörülmüştü.^[89] Böylece kişilerin farklı geçmiş ve özelliklerinin yapılacak hâkim seçim ve teminlerinde gözönünde bulundurulması düşünülmüştür.

[86] Bkz. infra note 233.

[87] Campbell: s. 32. Ancak, bu kişi yarı zamanlı hâkim olarak 30’lu yaşlarında hâkimlik yapmaya başlamış da olabilir (id.).

[88] Campbell: s. 34. Bununla birlikte İngiliz hâkim ve savcı temin sisteminin bir benzerine sahip Avustralya’da etnik ayrımcılık yapıldığı, hâkimlerin genellikle Anglo-Saxon-Celtic kökenli erkeklerden seçilmediği ve atandığı iddiası ile eleştirilmektedir (MASON Antony, “The Appointment and Removal of Judges”, Judicila Commission of the New South Wales Website, <http://www.judcom.nsw.gov.au/publications/education-monographs-1/monograph1/fbmason.htm> (Erişim Tarihi: 22. 09. 2011). Bu iddianın sahibi Sir Antony Mason, bir hukuk akademisyeni ve Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin geçmiş dönem başkanıdır (id.).

[89] Constitutional Reform Act of 2005, m. 64, f. 1: “The Commission, in performing its functions under this Part, must have regard to the need to encourage diversity in the range of persons available for selection for appointments.” Anılan yasanın elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/part/4> (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011). Bu konuda ampirik bir çalışma için bkz. THOMAS Cheryl, “Judicial Diversity in the United Kingdom and Other Jurisdictions: A Review of Research Policies and Practices”, published by the Commission for Judicial Appointments, London, UK, November 2005, s. 71 vd. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/docs/Review_of_Judicial_Diversity.pdf (Erişim tarihi: 21. 06. 2011). İngiltere’de hâkim temininde çeşitliliği ve eşitliği sağlamak için etnik azınlıkların ve kadınların başvuru yapmaları cesaretlendirilmektedir (Mackay: s. 22). Uygulamalardan gelen başvurular için asgari ve azami yaş sınırları yine eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi için esnek bir şekilde değerlendirilmektedir (id.). Yine temin ve atamalarda başvurucunun siyasi görüşünün ya da hükümetin lehinde veya aleyhinde olması gibi konular dikkate alınmamaktadır

A. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ (ABD)

A. GENEL OLARAK

ABD hukuk sistemi köklerini İngiliz hukuk sisteminde bulur ve bu yüzden bu ülkedeki cari hukuk sistemi “*Anglo-Saxon*” ya da “*Anglo-American*” hukuku olarak adlandırılır.^[90]

ABD’de dünyanın başka bir yerinde olmayan hâkimlerin “*doğrudan*” halk tarafından seçilmesi uygulaması vardır.^[91] Ayrıca, Amerika’nın bir kısım eyaletlerinde, hâkimlerin “*dolaylı*” olarak seçilmesi yani yasama ya da farklı siyasi örgütler tarafından seçilmesi uygulaması da mevcuttur.^[92] Bu çerçevede, ABD’nin “*Kurucu Babalar*”ının şekillendirmiş olduğu “*doğrudan*” veya “*dolaylı*” seçimlere dayanan hâkim temin sisteminin, özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra “*siyaset bilimciler*” tarafından yeniden yapılandırıldığı belirtmelidir.^[93]

ABD’de temin sistemi, hâkim bağımsızlığının garantilerinden birisi olarak kabul edilmektedir.^[94] Aynen İngiliz sistemi gibi, Amerikan hâkim temin sisteminde de “*liyakat seçimi*” (merit selection) hukukçuların hâkimliğe kabul edilmesinde en başta gelen kriterdir.^[95]

(id. s. 25). Ayrıca, JAC Statüsü’nün 18. maddesinde de Komisyon’un temelde varlığının her seviyedeki İngiliz mahkeme ve divanlarında çeşitliliğin/farklılaşmasının artırılmasına adanmış düzenlenmiştir ([Judicial Appointments Commission Framework Document of 24 March 2005, Department for Constitutional Affairs]. Bu düzenlemenin elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JAC_Framework_Document.pdf [Erişim Tarihi: 17. 04. 2011]).

[90] Neubauer/Fradella: s. 29.

[91] Russell: s. 523.

[92] Ibid. Almanya ve İsviçre’de de bu şekilde hâkimlerin dolaylı biçimde seçildikleri mekanizmalar mevcuttur (id.). Uluslararası Adalet Divanı ya da Yüksek Mahkeme Üyelikleri’ne bu şekilde dolaylı seçim yapılmaktadır (id.).

[93] Russell: s. 524. Seçim sistemi ile hâkim temininin yargıyı partizanlaştırdığı ile ilgili saptamalar için bkz. (id.). ABD Yüksek Mahkemesi veya eyaletler düzeyindeki yüksek mahkemelere üye atanması sistemi araştırma konumuzun dışında olduğu için, sadece ilk derece mahkemelerinde görevlendirilecek olağan hâkim ve savcılarının temin sistemi ile ilgileneceğiz.

[94] Ibid. s. 525.

[95] Ibid.

B. HÂKİMLİK ŞARTLARI

Amerika Birleşik Devletleri’nde bir hukukçunun hâkimliğe geçme süreci, dünyadaki diğer örneklerden son derece farklıdır.^[96] Zira, her ne kadar, yöntem olarak eyaletten eyalete değişse de, her dereceden Amerikan hâkimleri, büyük oranda genel seçimler ile göreve gelmektedirler.^[97] Ancak bazı eyaletlerde son dönemlerde gelişmekte olan yeni bir akım olarak, “genel seçim” ve “atama” metotlarının bir karışımı olan süreçlere denemeye başlanmıştır.^[98]

Belirtmeliyiz ki, ABD’de genel seçimler ile yargıç koltuğuna oturmak isteyen kişilerin uzun süre avukatlık tecrübesine sahip kişilerden olması teamüli bir önkoşul olarak aranmaktadır.^[99] Hele yüksek dereceli mahkemelere seçilecek hâkimlerin, uzun avukatlık tecrübesi ile birlikte olması gereken diğer özelliklerin

[96] Reichel: s. 206; NEUBAUER David W.-MEINHOLD Stephen S., “*Judicial Process: Law, Courts & Politics in the United States*”, Fifth Edition, Wadsworth Cengage Learning, Boston, 2010, s. 183.

[97] Ibid. Bu genel seçimler bazı eyaletlerde siyasi partilerin doğrudan katılımı ile “partizan” bir şekilde (Alabama, Illinois, Louisiana, Ohia, Pennsylvania, Texas, West Virginia); bazı eyaletlerde siyasetin doğrudan müdahalesi olmadan “partizan olmayan” bir şekilde (Arkansas, Georgia, Idaho, Kentucky, Michigan, Minnesota, Missisipi, Montana, Nevada, Kuzey Carolina, Kuzey Dakota, Oregon, Washington, Wisconsin) yapılmaktadır (Neubauer/Mainhold: s. 183). Buna ek olarak bazı eyaletlerde “liyakat seçim sistemi” (Alaska, Colarado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Hawaii, Iowa, Maryland, Massachussets, Nebraska, New Hampshire, New Mexico, Rhoda Island, Utah, Vermont, Wyoming); bir takım diğer eyaletlerde de seçim ve liyakat sistemlerinin karışımından oluşan “karma” model (Arizona, Florida, Indiana, Kansas, Missouri, New York, Oklahoma, Güney Dakota, Tennessee); en nihayetinde de hâkimlerin “atama” ile göreve başlatıldığı (California, Maine, New Jersey, Güney Carolina, Virginia) eyaletler mevcuttur (id.). Görüldüğü üzere ABD’de genelinde hâkimlerin göreve başlatılmasında en fazla kullanılan model 16 eyalet ile liyakat seçimi sistemi birinci sırada iken 5 eyalet ile atama sistemi en az kullanılan modeldir. Benzer açıklamalar için bkz. CAUFIELD Racker Paine, “*The Curious Logic of Judicial Elections*”, Arkansas Law Review, Vol: 64, 2011, s. 254, 255; Sobel/Hall: s. 69, 70. Bu noktada söylemeliyiz ki özellikle partizan tarzda yapılan hâkim seçimleri, adaylara ekonomik olarak epeyce pahalıya patlamaktadır (Sobel/Hall: s. 70.). Misalen 2004 yılında Batı Virginia Eyaleti’nde yapılmış olan seçimlerde, o sırada zaten hakim olarak görev yapmakta olan Demokrat aday 376.000 ABD \$ harcamış iken, rakipleri 540.000 ABD \$ harcama yapmışlardır (id.). Bunun yanında siyasi kampanyalar, reklam ve propaganda için makamda oturan hakim taraftarı grup 1 milyon ABD \$ harcamışken, bu hakime karşı en büyük grup 2.5 milyon ABD \$ harcamıştır (id.). Bu yüzden, hakimlik seçimleri için bu kadar harcama yapılması ABD’de eleştirilmekte ve hakimlerde yapılan masrafları çıkartmak için yozlaşmaya yol açabileceği düşünülmektedir (SCHOTLAND Roy A., “*Judicial Elections in the United States: Is Corruption an Issue?*”, “*Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems*”, Editors: LABELLE Huguette-HOSSAIN Kamal, Transparency International, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2007, s. 26-31).

[98] Ibid. “*Missouri Liyakat Seçim Sistemi/Planı*” (Missouri Merit Selection Plan) olarak adlandırılan bu karma sistemi genel hatları ile aşağıda açıklayacağız.

[99] Ibid.

yanında, hukukçuluk mesleğinde ayrıcalıklı bir şekilde temayüz etmiş itibarlı kişilerden olmasına ayrı bir önem verilir.^[100]

Bir kısım Amerikan yargıçları tarafından hukuk fakültesinde hukukçuların öğrenmesi gereken asıl yeteneğin, “*aydın virgülü*” (intellectual comma) adı verilen zihni bir disiplin olduğuna dair görüşler ileri sürülmektedir.^[101] Bu disiplin, yargısal bir karar vermeden önce hâkimin sürece son bir virgül koyup, somut olayın etrafında düşünsel olarak 360 derecelik bir tur atmasıdır. Böylesi yapıcı bir zihni disipline sahip olabilmek yani son karara ulaşmadan önce son kez olayları bütünü ile çepeçevre analiz edebilmek için, hukukçuların öncelikle hayatın içerisinde pişip daha sonra hâkimlik statüsüne sahip olmaları gerekliliği ortadadır. Bir tür kemale erme ya da olgunlaşma yolculuğu olarak algılayabileceğimiz bu hâkimliğe hazırlık sürecinin en önemli noktası, yeni mezun hukukçunun öncelikle avukat (bir çırak) olarak mesleğe doğması yani yaşamın içerisinde inisiye olması; çalışmaları ve yaşadıkları ile (bir kalfa gibi) olgunluğa geçiş yapması; en nihayetinde de hakikatı bulacak ustalık düzeyine tekamül etmesidir. Burada dikkatin çekilmesi gereken asıl husus, sadece avukat olarak değil, mesleki üstad olarak bilinen iyi bir avukat olmak; ancak kazanılan bu tecrübe ve ulaşılan yüksek idraktan sonra, kararlarından önce aydın virgölünü koyabilen kamil bir hukukçu niteliğiyle hâkim adaylığına hazırlanmak ve soyunmaktır. Zira, sadece “*kamil*” bir insanın vereceği hükümler “*adil*” olabilir.

Böylelikle genel oy ile hâkim seçimi sisteminin maksatlarından en önemlisi, inter alia, yargı mekanizmasının “*yetkin*”, “*bağımsız*”, “*hesap verebilir*”, “*adil*”, “*temel hakların koruyucusu*” ve “*kültürel çeşitlilik duygusuna sahip*” hâkimler ile yürütülmesidir.^[102] Ya da bir başka ifade ile, ABD’de genel oy ile hâkim seçiminde yargının en uygun şekilde işlemesi için “*bağımsızlık*” ve “*hesap verme yükümlülüğü*” arasındaki dengenin sağlanması amaçlanmaktadır.^[103] Bununla birlikte hâkimlerin dolayısıyla da mahkemelerin siyasete sokulması ve hâkimlerin birer siyasetçi gibi davranmaya zorlanması kürsüye duyulan saygıyı yok eden bir hal alması, bir kısım saygın Amerikan hukukçularının hâlihazırda 16 Eyalette

[100] Ibid.

[101] FOX Timothy Davis, “*Electiones Regnat*”, *Arkansas Law Review*, Vol: 64: 89, 2011, s. 91.

[102] GREENE Norman L., “*Advancing The Rule of Law Through Judicial Selection Reform: Is the New York Court of Appeals Judicial Selection Process The Least of Our Concerns in New York?*”, *Albany Law Review*, Vol: 72, 2009, s. 635.

[103] VOLCANSEK Mary L., “*Exporting the Missouri Plan: Judicial Appointment Commissions*”, *Missouri Law Review*, Vol: 74, 2009, s. 783. UCLA Berkeley Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü Öğretim Üyesi Prof. Martin SHAPIRO’ya göre hakimlere gerçekte asla bağımsız olamazlar, çünkü hakimlerin kendilerine hakimlik görevini bahşedenlere karşı ödemeleri gereken manevi borçları vardır (id.). Ya da Floransa’daki Avrupa Üniversitesi Enstitüsü’nde öğretim üyesi olan Prof. Martin SHAPIRO’nun “*Hakimler kimden bağımsız olmalıdır?*” sorusunun esas cevabı (id.); hakimlerin hesap vermek zorunda oldukları kişilere karşı bağımsız olmadıklarıdır (id.).

uygulama alanı bulan “*Missouri Liyakat Seçimi*” (Missouri Merit Selection) adı verilen bir model geliştirilmesini sağlamıştır.^[104]

Bu modelde, hâkimlerin “*atanma*” (appointive) ve “*seçim*” (elective) sistemleri melez bir anlayışla birleştirilmekte ve “*Vatandaşların Aday Gösterme Komisyonu*” (Citizens’ Nominating Commission) adı verilen bir kurul, Eyalet Valisi’ne liyakatlarına göre bir hâkim adayları listesi sunmaktadır.^[105] Bu komisyonda sendikalar, meslek örgütleri, iş organizasyonları, sivil toplum örgütleri temsilcileri ile varolmakta ve bu şekilde gerçek bir vatandaş komisyonu olarak çalışması sağlanmaktadır.^[106] Aralarında belli ölçekte hukukçu olsa da üyelerin her meslek grubundan olabilir yani hukukçu olmaları mecburi değildir.^[107] Vali, hâkim atamalarını yaparken bu komisyonun listesi ile bağlıdır ve yapılan atamalar Eyalet Senatosu’nun onayına tabidir.^[108] Listeye alınacak hâkim adaylarının meslek ve hayat tecrübeleri, ahlaki durumları, toplumdaki ünleri, eğitimleri, geçmişleri vb. kriterler komisyon üyeleri tarafından ele alınmakta ve hâkim adayları komisyon üyeleri takip edilmektedir.^[109]

Amerikan öğretisinde hâkim seçimleri ile ilgili önerilen bir başka model de hâkimlerin göreve başlamak için yapılması gereken “*ilk seçim*”lerinde (initial selection), çıkar gruplarının bu seçimlere müdahil olabilmelerine izin verilmesidir.^[110] Ancak, göreve başlamayı sağlayan ilk seçimden sonra hâkimin aynı görevi yapmaya devam etmesinin oylandığı “*görevde kalma*” (retention) seçimlerine çıkar gruplarının dâhil olmasının engellenmesi gerektiği; ancak bu durumda göreve devamın sağlanması için eyaletlerin yenilenmesi mümkün olmayan uzun süreli dönemler ihdas etmesi gerekliliği ileri sürülmektedir.^[111]

Belirtmeliyiz ki (Missouri) Liyakat Seçimi Planında, belli bir dönem görev yapan hâkimlerin görevlerine devam edebilmeleri için yapılması gereken “*görevde kalma*” (retention) seçimlerinin maksadı hâkimlerin kamuya hesap vermelerinin sağlanmasıdır.^[112] Burada, ilk dönem görev yapan hâkimin göreve devamı veya görevinin sonlandırılması için sadece “*evet*” ya da “*hayır*” şeklinde bir genel halk oylaması yapılmaktadır.^[113] Ancak uygulamada görevde kalma

[104] Caufield: s. 254; Neubauer/Mainhold: s. 183.

[105] Neubauer/Mainhold: s. 188; Caufield: s. 266.

[106] Ibid.

[107] Neubauer/Mainhold: s. 188; Caufield: s. 267.

[108] Ibid.

[109] Caufield: s. 269, 270.

[110] EPSTEIN Lee, “*Shedding (Empirical) Light on Judicial Selection*”, Missouri Law Review, Vol: 74, 2009, s. 564.

[111] Ibid.

[112] Caufield: s. 269, 270.

[113] Ibid. s. 272.

seçimlerinin neticesinde, halk tarafından çok az sayıda hâkimin bir sonraki dönemde görevine devam etmesinin engellendiği öğretilmektedir.^[114]

Amerikan sisteminde genel oy ile hâkim seçimlerinin altında yatan mantık, demokrasilerde kamu görevlilerinin seçiminde halkın oy hakkının olduğu; doğası gereği yargı erkinin kontrolünün halk tarafından yapılmasının gerektiği; genel oy ile yapılan hâkim seçimlerinin alternatiflerine göre daha iyi çalıştığı; hâkim seçimlerinde seçimler ile ortaya konulacak farklı bir bakış açısının varolması gerektiği gibi düşünceler ileri sürülmektedir.^[115]

Son olarak ABD Ticaret Odası'nın eyaletler bazında yargıç temin metodu ile kalitesini çeşitli kriterler çerçevesinde ampirik araştırma ile incelediği aşağıdaki tablonun konumuz ile doğrudan ilişkili olduğu düşüncesindeyiz.^[116]

SEÇİMLE TEMİN EDİLEN HÂKİM KALİTESİ TABLOSU

SİSTEM TİPİ	ORTALAMA EYALET DERECELENDİRMESİ	ORTALAMA PUAN
ATAMA	21.1	61.0
SEÇİLMİŞ	31.5	53.5
Partizan	39.9	47.9
Partizan Olmayan	26.4	56.9

Benzer araştırmalar ile tutarlılık gösteren bu tablodan da anlaşılacağı üzere, ABD'de yargı kalitesi, seçimle hâkim temini yapılan eyaletlerde, atama ile hâkim temini yapılan eyaletlere göre daha düşüktür.^[117] Yukarıdaki tabloda görülen incelemenin sonucu ile paralel bir şekilde Amerikan Barolar Birliği de (ABA) 2003 yılında yayımladığı "*Adalet Tehlike Altında*" (Justice in Jeopardy) başlıklı bir raporda atama sisteminin hâkim istihdamında tercih edilen yöntem olmasını önermiştir.^[118] Yine seçim ile hâkim istihdamına yönelik eleştirilerden

[114] Ibid. Örneğin 1964-2006 yılları arasında görev yapan 6306 Eyalet Mahkemesi hâkiminin sadece 56'sı yani %1'den azının hâkimliğe devamı engellenmiştir (id. s. 272, 273).

[115] Caufield: s. 256-265.

[116] Sobel/Hall: s. 73, 74.

[117] Ibid.

[118] GREENE Norman L., "*Perspectives on Judicial Selection Reform: The Need to Develop A Model Appointive Selection Plan for Judges in Light of Experience*", Albany Law Review, Vol: 68, 2009, s. 598. Burada seçim yöntemi ile hakim istihdamı yöntemine eleştiri mahiyetinde, yeniden seçilmeyi güvence altına alabilmek için bazı hakimler tarafından kamuoyuna karşı kendilerini "*Suçla Karşı Sertliğini*" ispatlamak için idam cezası istemi ile açılmış davalarda duruşmanın idaresini bir tür gösteriye çevrildiğine dair bir araştırma için bkz. BRIGHT Stephen B.-KEENAN Patrick J., "*Judges and the Politics of Death: Deciding Between the Bill of Rights and the Next Election in Capital Cases*", 75 B.U.L. REV. 759, 816 ([1995] (id. s. 599)).

birisi de seçmenin genel olarak hâkim adayları hakkında bilgi sahibi olmadan oy kullanmaları ile ilgilidir.^[119] Hatta bu bilgisizlik o boyuttadır ki seçmen hâkim adayının kim olduğunu bile bilmemektedir.^[120] Sadece bu eleştirilerden bile Amerikan örneğinden ülkemiz için yapmamız gereken çıkarım, bizce, atama ile hâkim (ve savcı) istihdamı sisteminin genel olarak adalet tevziinde daha nitelikli sonuçlar vermesidir.

III. KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNDE HÂKİM (VE SAVCI) NİTELİĞİ:

A. GENEL OLARAK KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİ:

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu Almanya, Fransa, İtalya, Avusturya, İspanya, Belçika, İtalya, Hollanda gibi Avrupa ülkeleri ile birlikte Güney Afrika, Güney Amerika, Quebec (Kanada), Louisiana (ABD) gibi ülke ve eyaletlerde uygulanan teorik ve uygulama olarak modern Roma Hukuku'na dayanan hukuk sistemidir.^[121]

B. KITA AVRUPASI ÜLKELERİNDE HUKUK EĞİTİMİNİN VE YARIŞMACI SINAV SİSTEMİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

Aralarındaki bir takım kendilerine özgü farklılıkları bir kenara bırakarak, Kıta Avrupası ülkelerindeki hukuk eğitiminin ortak özellikleri üzerine yoğunlaştığımızda; ülkemiz de dahil olmak üzere bu ülkelerde, hukuk eğitiminin “çok amaçlı” (multi-purpose), hukukun bütün alanları ile ilgili olarak genel bir bakış açısı kazandırmayı amaçlayan, uzmanlaşmayı önemsemeyen bir yapıda olduğu ortaya çıkmaktadır.^[122] Mezuniyet sonrası yapılan yarışmacı sınavlar, genellikle ve sadece, çok az tecrübeye haiz veya hiçbir tecrübe sahibi olmayan genç hukuk mezunlarına açıktır.^[123] Özetle, hukuk eğitimi ve çeşitli pozisyonlara hukukçu temini “uygulama”yı dışlayan, sadece “hukuk teorisi”ne hâkimiyeti

[119] Ibid. s. 601, 602. Bu durumu engellemek için içerisinde hâkim adaylarına dair her türlü bilginin bulunduğu “Seçmen Kılavuzları”nın hazırlanması önerilmektedir (id. s. 602).

[120] Ibid.

[121] Redmond/Stevens/Shears: s. 4.

[122] GUARNIERI Carlo, “Judicial Independence in Latin Countries of Western Europe”, “Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World”, Editor: RUSSEL Peter H.-O'BRIEN David M., Constitutionalism & Democracy Series, University of Virginia Press, Charlottesville, USA, s. 115.

[123] Ibid.

ölçmeyi amaçlayan yazılı ve sözlü sınavlara dayanmaktadır.^[124] Bu yüzden de hâkimlerin (ya da savcılarının) ceza yargılmasından, özel hukuk muhakemesine kadar uzanan bir çerçevede, atandıkları her görevin gereğini yerine getirebilecek vasıflara sahip oldukları düşünülmektedir.^[125]

Son tahlilde, her ne kadar ülkeden ülkeye biraz farklılık gösterse de, Kıta Avrupası üniversitelerinde verilen hukuk eğitimi genel yapıda ve disiplinlerarası özellik göstermektedir.^[126] Bu eğitim, "mesleki" nitelikte değildir.^[127] Yani, bu okullardan mezun olan kişilere, hukukçuluğun icrasına hazırlık mahiyetinde, mesleğe "derhal" başlayabilecek bir vasıf kazandırılmaz.^[128] Bunun yerine, mezunların hukukçuluk mesleğini icra etmek istedikleri hakimlik, savcılık, serbest avukatlık, noterlik, kamu avukatlığı gibi statülerin icapları için ek eğitim almaları gerekir.^[129]

C. KITA AVRUPASI ÜLKELERİNDE HÂKİM TEMİNİ SİSTEMİ:

Hâkimi, teknik ve hukuki bilgiye dayanarak "sırf kanunu uygulayan" (mere executor of the law) bir kişi olarak kabul eden Klasik Batı anlayışını temelini koymuş olan Kıta Avrupası hukuk sistemi, yargıyı devlet aygıtının bürokratik mekanizmasından daha farklı bir şekilde ele almamaktadır.^[130] Bu yüzden de Kıta Avrupası'nın yargıyı yönetme biçimi "hukuk" ve "siyaset" arasındaki eski ve keskin farkı ifade etmektedir.^[131] Bu yüzden de Kıta Avrupası'nda hâkim (ve savcı) temini, aynen diğer kamu görevlilerinin temini gibidir.^[132] Zira Kıta Avrupasında hâkimler, diğer kamu görevlileri gibi sadece ve sadece evvelen var olan hukuki kuralları uygularlar.^[133] Bu statülere intisap için çeşitli sınavları geçmek ve çıraklık dönemi olarak adlandırılabilen bir tür staj eğitiminden geçmeleri.^[134]

Dolayısıyla, aralarında ülkemizin de bulunduğu Kıta Avrupası hukuk çevresine dahil ülkelerde, diğer kamu görevlilerinin temininde kullanılan benzer yöntem ile, yani demokratik bir şekilde adayın bilgi seviyesini onaylanmış bir

[124] Ibid.

[125] Ibid.

[126] Reichel: s. 188.

[127] Ibid.

[128] Ibid.

[129] Ibid.

[130] Guarnieri: s. 115.

[131] Ibid.

[132] Ibid.

[133] Ibid.

[134] Ibid.

şekilde ortaya koyacak, “Yarışmacı Sınav ile Temin Sistemi” (Recruitment by Competitive Examination) ismi verilen bir sistem ile hâkim (ve savcı) temin edilmektedir.^[135] Aşağıda detaylı bir şekilde açıklayacağımız gibi, aralarında Fransa'nın da bulunduğu kimi Kıta Avrupası ülkeleri ise, Romano-Germanic geleneğe dayanan bu yarışmacı anlayış ile nitelik ölçütü ile seçim yapan anlayışın karışımından müteşekkil “melez” bir hâkim (ve savcı) temin sistemi yaratmaya çalışmaktadır.^[136] Temin sisteminin adı ne olursa olsun, her halukarda, adaylarda hâkimlik (ve savcılık) görevlerini yerine getirebilecek “insani” ve “karakter” niteliklerinin olup olmadığı; “bilgi seviyesi” ile “düşünsel yetenekleri”nin “analiz” ve “sentez” yapabilecek düzeyde olup olmadığını ölçen “iki seviyeli bir ölçme metodu” uygulanmalıdır.^[137] Görüldüğü üzere Avrupa Konseyi, hâkim (ve savcı) temininde sadece bilginin değil, aynı zamanda “insani” ve “kişisel” özelliklerinin de önemli olduğunun altını çizmektedir.

Adayların bilgi seviyesi ve düşünsel yeteneklerinin, yazılı sınav ve ek olarak Fransa'da uygulandığı gibi bir “özet not” (synoptic note/note de synthèse) ile ölçülebileceği gibi, kişisel ve karakter özellikleri için çeşitli ve detaylı psikolojik testlerin, sözlü sınavın, sınavları geçen adayın hâkim (ve savcılık) eğitiminin atanmadan önce bir deneme süreci olarak kullanılması gibi kıstaslar kullanılmaktadır.^[138]

D. AVUSTURYA

GENEL OLARAK:

Avusturya'da ortalama beş yıl süren hukuk eğitimini müteakiben mezunlar, üniversite ile statülerine göre icra edecekleri hukukçuluk mesleği arasında bir tür köprü oluşturması için “Mahkeme Uygulama Eğitimi” (Gerichtspraxis) adı verilen mahkemelerde, avukat ya da noter yanında yapılan uygulamaya yönelik 9 aylık bir zorunlu eğitime tabi tutulmaktadır.^[139] Bir hâkimin gözetiminde devam eden bu eğitimde stajyerler, hukukun değişik dallarında da eğitilebilmek

[135] Alaix: s. 5; Guarnieri: s. 115.

[136] Ibid.

[137] Ibid. s. 6.

[138] Ibid. s. 7; European Judicial Systems, “Efficiency and Quality of Justice-Edition 2008 (Data 2006)”, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe Publishing, Belgium, 2008, s. 325.

[139] STAWA Georg, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Austria”, “Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain”, Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry

için üç ayda bir farklı mahkemelerde eğitimlerine devam ederler.^[140] Bahsi geçen uygulama eğitiminin esas maksadı hâkimin davalara hazırlık çalışmaları, duruşmalara katılım, ceza işlerinde duruşmalara katip olarak çalışmak gibi mahkemelerin günlük işleri hakkında alışkanlık ve bilgi sahibi olmasıdır.^[141] Stajyerin gözetmeni olan her hâkim, bu süre bitiminde, gözetimi altındaki yeni mezun hukukçunun yetenekleri, üç ay boyunca yapmış olduğu çalışmalar ve kişilik özellikleri hakkındaki kanaatleri içeren teferruatlı bir rapor hazırlar.^[142] Bunun anlamı, dokuz aylık süre boyunca ilgili stajyere gözetmenlik yapan üç farklı hâkimin mahkeme uygulama eğitimindeki kişinin "tam" ve "doğru" bir profilini elbirliği ile çıkartmalarıdır.^[143] Yukarıda da açıklandığı gibi, bu eğitim avukat, hâkim, savcı ya da noter olmak isteyen her hukukçu için zorunludur.^[144] Bu eğitimden sonra hangi statüde çalışacakları ayrı temin usullerine bağlıdır.^[145] Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken asıl husus, hukukçuluğun dört klasik statüsünde çalışacak kişilerin sadece mesleki bilgi veya çalışmalarının değil, "kişilik özelliklerinin" de dokuz ay boyunca çok dikkatli bir şekilde üç tecrübeli hâkim tarafından farklı ortamlarda mercek altına alınmasıdır.

HÂKİMLİK ŞARTLARI

Mahkeme uygulama eğitimini başarı ile bitiren hukukçulardan hâkim olmak isteyenlere, teminden sonra verilen "Başlangıç Eğitimi", hâkimler (ve savcılar) için aynıdır.^[146] Zira Avusturya'da savcılar, hâkimler arasından seçilmektedir.^[147] Dolayısıyla sadece hâkim olmaya yönelik yöntemin, savcılar da kapsamaktadır.

Avusturya'da hâkim olmak için gerekli hukuki şartlar Federal Anayasa'da ve hâkimlik statüsü, özlük hakları ve maaşları gibi hususların düzenlendiği "Hâkimlik Bürosu Kanunu"nda (Richterdienstgesetz) düzenlenmektedir.^[148] Yukarıda açıklanan mahkeme uygulama eğitiminden sonra, adaylar "Hâkim Hazırlama Hizmetleri"ne başvurarak "Hâkimlik Bürosu Adaylığı" (Richteramtsanwärter) statüsüne kabul edilmek için başvurmalıdırlar.^[149] Kanun'a

of Education, University ann Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 5.

[140] Ibid.

[141] Ibid.

[142] Ibid

[143] Ibid

[144] Ibid

[145] Ibid

[146] Ibid.

[147] Ibid.

[148] Ibid.s.6.

[149] Ibid.

göre İstinaf Mahkemesi Başkanı, bütün koşulların sağlanıp sağlanmadığını kontrol ettikten sonra, hâkimlik bürosu adaylarının atanması için Federal Adalet Bakanı'na talepte bulunur.^[150] Başarılı adaylar, yapılan inceleme neticesinde hâkimlik mesleği için en uygun oldukları kabul edilen kişilerdir.^[151] Adayların yaptıkları başvuruların kabulü, seçimi, reddi vb. hususlarda itiraz hakkı yoktur. İdari Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre, hâkim adayları seçimi sürecinde başvuru sahiplerinin taraf ehliyeti yoktur.^[152] Kuramsal olarak federal Adalet Bakanı, İstinaf Mahkemesi Başkanı'nın hâkim adaylarına dair yaptığı teklifi kabul etme zorunluluğunda değildir.^[153] Ancak uygulamada sadece İstinaf mahkemesi Başkanı tarafından önerilen adaylar Hâkim Bürosu Adayı olarak atanmaktadırlar.^[154]

İstinaf Mahkemesi Başkanı'nın bütün başvuruları şahsen inceleme gibi bir lüksü olmadığı için yukarıda üç farklı hâkimin “*Mahkeme Uygulaması Eğitimi*”nde hazırladığından bahsettiğimiz detaylı raporlar; ek olarak eğitim seminerlerini veren hâkimler tarafından ceza ve özel hukuk alanında yapılan sınavlar ve en nihayetinde de İstinaf Mahkemesi Başkanı'nın şahsen ya da görevlendirdiği hâkimler aracılığı ile adayın kişiliği hakkında intiba edinmek için yapılan mülakatlar çok önemli yer tutmaktadır.^[155] Kanunda açık olarak öngörülmesi de adayların sabıka kayıtları da istenilmektedir.^[156] Ayrıca adaylar teferruatlı bir sağlık taramasından da geçirilmektedir. Buna ek olarak “*yargı erkinden bağımsız psikolog*”lar tarafından adaylar psikolojik yetenek testinden geçirilmektedirler.^[157] Bu psikolojik yetenek testleri, “*kişisel özelliklerin belirlenmesi*”, “*karar alma becerisi*”, “*çalışma hızı*”, “*dava taraflarına karşı muamele tarzı*” vb. hususlarda aday hakkında karar almayı sağlayacak derinlikte icra edilmektedir.^[158] Elbette ki bu hususta psikologların başvuru sahibiyle standardize edilmiş bir tarzda yaptıkları kişisel mülakatların neticeleri de mühim bir yer tutmaktadır.^[159] Görüldüğü üzere, “*kişiliğin*”, hâkimlik (ya da savcılık) statüsünün gereğini icra edebilecek uygunlukta olduğunun tespiti, Avusturya sisteminin özel bir bölümünü oluşturmaktadır. Kanaatimizce ülkemizde de hâkim (ve savcı) adaylarının temin işleminden önce son derece ayrıntılı bir psikolojik test/

[150] Ibid. Federal sistemle yönetilen Avusturya'da dört adet istinaf mahkemesi vardır (id. s. 1-3).

[151] Ibid.

[152] Ibid.

[153] Ibid.

[154] Ibid.

[155] Ibid.

[156] Ibid.

[157] Ibid.

[158] Ibid.

[159] Ibid. s. 7.

testler sürecinde geçirilmelidir.^[160] Zira başkalarının temel hak ve özgürlükleri üzerinde karar verebilme gibi son derece hayati bir kamu buyurma gücünün tevdi edileceği kişilerin, bu yetkiyi taşıyabilecek yetenekte olmaları adaletin hakkaniyet içerisinde tevzi edilebilmesi için şarttır.

Netice olarak belirtmeliyiz ki Avusturya'da yapılmış 1 Nisan 2003 tarihi temel alınarak yapılmış bir istatistik çerçevesinde mahkeme uygulamasına katılan 1147 yeni mezun hukukçudan 820'si resmen hâkim bürosu adaylığına başvurmuştur.^[161] Bu başvurular arasından her yıl hâkim olarak ataması yapılan kişi sayısı % 7 oranında yani 50-60 rakamları arasında değişmektedir.^[162] Yeni hâkimlerin ortalama yaş sınırı 29, hâkimlik bürosu eğitimine başlayan adayların yaş ortalaması ise 25-26 arasında değişmektedir.^[163] Araştırma konumuzla sınır kalarak Avusturya'da hâkimlik başlangıç eğitimi ile kısaca belirtmek isteriz ki hâkim temininden sonra başlangıç eğitimi (her hukukçu için mezuniyet sonrası mecburi olduğunu yukarıda görmüş olduğumuz mahkeme uygulama eğitimi dahil edildiğinde 4 yıl), edilmediğinde ise\ teminden sonra toplam 3 yıldır.^[164]

[160] Burada not düşmeliyiz ki çeşitli psikolojik sorunların yanında özellikle "dikkat dağınıklığı", "dikkat eksikliği" ya da "dikkatini toplayamama" gibi hastalıklara sahip adayların, bizce, hâkim ve savcı olamaması gerekir. Zira, ceza yargılamasında savcı, müdafî, sanık, tanık vb. sùjeleri; medeni muhakemede de tarafları, tanıkları vb. sùjeleri dinlerken dikkati dağılan bir kişinin; diğerk bütün özellikleri mükemmel olsa bile hâkim ya da savcı yapılmaması gerekir. Bunun için de tıbbi muayene sürecinin hâkim ve savcı adaylarına adeta jet pilotu muayeneleri gibi tam kapsamlı bir psikolojik ve psikiyatrik gözlem ve testten sonra verilmesi gerekir. Bir jet pilotu ÷lkemizin hazinesine yüz milyonlarca liralık malolan bir uçağı kullanacağı için çok detaylı şekilde tıbbi testlerden geçiriliyor; vereceğı kararlar ile bireylerin maddi ve manevi varlığına değeri para ile telafi edilemeyecek zarar verebilme yetkisinin teslim edileceğı kişilerin en az bir jet pilotu kadar önemle kontrol edilmesi gerekir. Bu yüzden hâkim ve savcı aday kişisinin bedeni ve ruhi özelliklerinin irdelendiğı bu temin muayeneleri asla baştan savma bir şekilde yapılmamalıdır. Özellikle psikolojik muayenelerin hâkim ve savcılar için mesleğk girdikten sonra da periyodik şekilde yapılması gerekir. Çünkü hâkimlik veya savcılık statüsüne başlarken gerekli psikolojik yeterliliklere sahip bir kişinin sonradan bu özellikleri çeşitli iş, aile, genetik vs. gibi çeşitli nedenlerden kaybedebileceğı her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

[161] Ibid.

[162] Ibid.

[163] Ibid.

[164] Ibid.

E. FRANSA

A. GENEL OLARAK

Fransız “*yargı sistemi*” (le corps judiciaire), “*hâkimler*” (magistrats du siège) ve “*kamu savcıları*”ndan (le parquet) oluşmaktadır.^[165]Bu iki kategori yargı mensubunun temini ve eğitimi aynı olduğu gibi; hâkimlikten savcılığa ya da savcılıktan hâkimliğe geçiş mümkündür (Ordonnance du 22 Décembre 1958 sur le Status des Magistrats).^[166]

Anglo-Saxon sistemin tersine bir şekilde Fransa’da hâkimler tecrübeli hukukçulardan değil, en az dört yıl eğitim veren hukuk fakültelerinden mezun genç kişilerden temin edilmektedir.^[167] “*Yarışmacı bir giriş sınavı*” (competitive entrance exam) ile yapılan bu temin, sadece “*hâkim*”ler için değil aynı zamanda “*savcılar*” için de aynı şekilde gerçekleştirilmektedir.^[168]Bu durumun istisnası ise, ender görülmekle birlikte, en az sekiz sene çalışmış avukat ve profesyonel hukukçuların hâkim veya savcılık için aday gösterilmesidir.^[169]Bu yüzden Fransa’da “*Kariyer Modeli*” (Career Model) adı verilen genç bir yaşta daha çok yirmili yaşların ortalarında girilen ve emekliliğe yani 65 (Yargıtay’daki bir takım pozisyonlar için 68) yaşına kadar kalınan bir sisteme dayanmaktadır.^[170]Buraya kadar ki Fransız yargı sistemi hakkındaki genel açıklamalardan kolayca anlaşılacağı üzere İttihat ve Terakki’den günümüze uzanan tarihsel, yapısal, sosyo-politik ve hukuksal evrim sürecinde ülkemiz ile Fransa arasındaki paralellikler, pek çok şeyde olduğu gibi, yargı mekanizmamız için de geçerlidir.

[165] ERRERA Roger, “*The Recruitment, Training, Evaluation, Career and Accountability of Members of the Judiciary in France*”, “*Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*”, Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University and Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 44.

[166] Ibid.

[167] CHAMPFEU Henri de Larosiére, “*Some Aspects of the French Penal Procedure*”, Visiting Experts Papers, s. 60. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. “*The United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI) Website*”: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No53/No53_11VE_Champfeu.pdf (Erişim Tarihi: 21. 06. 2011).

[168] Ibid.

[169] Ibid.

[170] Errera: s. 45.

B. HÂKİMLİK ŞARTLARI

Fransa'da da Avusturya'daki hâkim ve savcı temini arasında bir fark olmadığı ve her iki pozisyon arasında geçiş mümkün olduğu için burada hâkim temini ile ilgili olarak yapacağımız açıklamalar savcı temini için de geçerli olacaktır. Buradan hareketle Fransa'da hâkim teminini aslen devlet tarafından yürütülen "Ecole Nationale de la Magistrature" olarak adlandırılan hâkimlik okulu mezunları ve bu asıl temin biçiminden farklılaştırılmış bir yöntemeye dayanan dış kaynaktan ithal olmak üzere iki kanaldan yapılmaktadır.^[171]

İ. "ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE" (ENM) MEZUNU OLMAK

Bu hâkimlik okulundan mezun olabilmek için\ elbette ki önce okula kaydola-bilmek gerekir. Fransız yargısının bütün mensuplarının başlangıç eğitimi ve hizmet içi eğitiminde sorumlu tek kurum olan ENM, "hâkim" (magistrats) alımı için üç farklı grup aday için sıkı "yarışmacı imtihan"lar (concours) neticesinde başarılı olan hukukçuları hâkim adayı olarak eğitime kabul etmektedir.^[172]

Hâkim temini için birinci tip "concour", 27 yaşın altında ve herhangi bir alanda 4 yıllık üniversite lisans diploması olan kişiler için açılmaktadır.^[173] Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip, iyi ahlaki özelliklere haiz, fiziksel olarak uygun, askerlikle ilişkisi olmayan (Fransa'da mecburi askerlik yıllar önce kaldırılmıştır) Fransız vatandaşları bu imtihana başvurabilir.^[174]

İkinci tip "concour" ise, en az dört yıl boyunca kamu görevinde bulunmuş devlet memurları için açılmaktadır.^[175] Bu imtihana başvuru için şartlar yaş ve özellikler hariç olmak üzere, birinci tip "concour" un aynısıdır.^[176] 1996 yılından beridir yapılmakta olan üçüncü tip concour'un başvuruçuları ise ancak 8 yıl boyunca profesyonel olarak çalışmış ya da bu süre boyunca seçim neticesinde belediye meclisi üyeliği yapmış veya eş zamanlı olarak devlet memuru yahut yargı mensubu olarak bir mahkemenin profesyonel olmayan üyeliğini yapmış

[171] Ibid.

[172] Ibid; Guarnieri: s. 116.

[173] Ibid; LUDET Daniel, "The French System for Recruiting the Judges & Prosecutors", "The training of judges and public prosecutors in Europe", (Proceedings, Multilateral Meeting Organised by the Council of Europe in conjunction with the Centre for Judicial Studies, Lisbon, 27-28 April 1995, Lisbon), Volume 1995, Council of Europe, Centro de Estudos Judiciários (Lisbon, Portugal), Council of Europe Publishing, printed in Germany, 1996, s. 19.

[174] Ibid.

[175] Ibid. s. 46; Ludet: s. 20.

[176] Ibid.

kişiler arasından olabilir.^[177] Bu üç tip concour neticesinde her yıl ENM’ye 200 civarında hâkim adayı eğitim için alınmaktadır.^[178]

Yukarıda açıklanan bu üç tipe ek olarak ENM’ye şu şartları taşıyan kişiler sınavsız olarak alınmaktadır: Yargıda çalışabilecek özelliklere sahip hukuki, sosyal ya da ekonomik bir alanda 4 (dört) yıllık tecrübe sahibi olan ve 4 (dört) yıllık hukuk fakültesi diploması sahibi kişiler; (veya) hukuk alanında doktora derecesine sahip olan ve başka bir alanda lisans diplomasına sahip kişiler; (ya da) hukuk diplomasına sahip ve üniversitede öğretmenlik ya da araştırma yapmış kişiler.^[179] Ancak unutmadan hatırlatmalıyız ki bu kategorideki adaylar ancak “*commission d’avancement*” adı verilen bir komisyonun çok titiz incelemeleri neticesinde “*olur*” vermesi ile ENM’ye kabul edilebilirler.^[180]

Bahsi geçen üç kategoride, küçük istisnalar ile birlikte, genellikle benzer bir format uygulanmaktadır.^[181] İlk kısımda isimsiz şekilde çeşitli hukuki konularda yapılan bir yazılı sınav; bu sınavı geçenlere ise ikinci kısımda genel konularda mülakat; müteakiben çeşitli hukuk konularında dört adet sözlü sınav; ek olarak “*yabancı dil*” ve “*spor*” sınavları yapılmaktadır.^[182] Bu sınavlarda görevli komisyon üyeleri üniversite profesörleri, yargı mesupları, bir Danıştay üyesi vb. çeşitli kişilerden oluşmaktadır.^[183] Eğitim açısından ise ENM’de hâkimlik stajının 2 yıl 7 ay sürdüğünü ve görevlerine atandıktan sonra kalitenin sürdürülebilmesi için her yıl bütün hâkim ve savcıların 5 (beş) gün hizmet içi eğitim zorunluluğunun bulunduğu altını çizmek isteriz.^[184]

Toparlamak açısından işaret etmeliyiz ki\ Fransız hâkim temin sisteminin amacı gerçekleştirilebilir için gelecekte bir takım reformlar yapılması düşünülmektedir.^[185] Bu değişiklikler ile amaç yargı kararlarının kalitesini ve adayların hukuki yeterliliklerini ölçerek adalet önünde eşitlik ve mahkemelerin düzgün işlev görmeleri ilkelerini kanunen güvence altına almaktır.^[186]

[177] Ibid.

[178] Ibid. s. 47.

[179] Ibid. s. 48. 1995-2004 yılları arasında toplam 216 kişi ENM’ye bu usulü takip ederek hâkim adayı olarak girmiştir (id.).

[180] Ibid.

[181] Ibid. s. 48.

[182] Ibid. Burada özellikle hâkim adaylarında aranan çok iyi derecede “*yabancı dil*” bilme gerekliliğine dikkat çekeriz. Ülkemizde, biz de, çok iyi derecede yabancı dil bilmeyen, daha doğrusu başka bir ülkenin yargı kararlarını, mevzuatını, öğretilerindeki tartışmaları takip edebilecek derecede en azından bir yabancı dile hâkim olmayan hukukçunun, keasinlikle hâkim ya da savcı olamaması gerektiği kanaatindeyiz.

[183] Ibid.

[184] Ibid. s. 51-55.

[185] Ibid. s. 51.

[186] Ibid.

Bununla birlikte Fransa'da "Herhangi bir mesleki tecrübesi olmadan ve çok genç yaşta işe alınan hâkim ve savcıların karakterlerine, karar verme kapasitelerine, organizasyonel yeteneklerine, takım arkadaşlığı ve liderlik özelliklerine nasıl güvenebiliriz? Yarışmacı imtihanlar bu sorunları kapsamıyorlar (Ama zaten kapsayabilir miydiler ki?)"^[187] sorusunu yüksek sesle sorarak cevabını arayan Fransız Hâkimler Savcılar Kurulu Eski Üyesi ve Fransız Danıştay Eski Üyesi Roger ERRERA kadar\ en az Türkiye'de de bu sorunun çözümü için akademisyenler, yargı mensupları, avukatlar ve bunların meslek örgütleri barolar ile birlikte bütün siyasi partiler geniş bir yelpazede fiiliyata da geçebilecek ortak bir düşünce mesaisi yapmalarının zamanın çoktan gelip de geçtiği düşüncesindeyiz.

İİ. İSTİSNAİ YÖNTEMLER İLE HÂKİM ALIM

Konumuzla sınırlı kalmak için çok ilişkili görmediğimiz için dış alım vasıtası ile istisnai hâkim temini yöntemlerine (B1 ve B2 kategorisinde geçici ve daimi esaslı) girmeyeceğiz.^[188]

F. ALMANYA

A. GENEL OLARAK

"Alman Anayasası"nın (Grundgesetz) 92. maddesi gereğince, federal yapıda bir devlet olan Almanya'da, yargı gücü "Federasyon" (Bund) ve 16 (on altı) "Eyalet" (Länder) arasında federal mahkemeler ve eyalet mahkemeleri arasında bölüştürülmüştür.^[189] 2005 yılı itibarı ile 82. 431. 390 nüfusun yaşadığı Almanya'da,

[187] Ibid. s. 52-53.

[188] Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Errera: s. 49-51.

[189] RIEDEL Johannes, "Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges in Germany", "Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain", Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University and Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 69; STAATS Johann Friedrich (Rapporteur), "The Requirements for Admission to the Profession of Judge and Public Prosecutor-Selection Criteria & Means of Recruitment- Comparative Examination (The Netherlands)", "The training of judges and public prosecutors in Europe", (Proceedings, Multilateral Meeting Organized by the Council of Europe in conjunction with the Centre for Judicial Studies, Lisbon, 27-28 April 1995, Lisbon), Volume 1995, Council of Europe, Centro de Estudos Judiciários (Lisbon, Portugal), Council of Europe Publishing, printed in Germany, 1996, s. 11 vd.

yine aynı yılda yaklaşık 20.000 hâkim ve 5000 savcının görev yapmış olduğunun altını çizmek gerekmektedir.^[190]

Almanya’da yargı sistemi, “*kariyer hâkimleri*” adı verilen hayatlarını adalet mekanizması içerisinde yargıçlık yaparak kazanan kişilerden oluşmaktadır.^[191] Hâkimler, bu kariyerlerine ilk derece mahkemelerinde yani Eyalet Mahkemeleri’nde başladıkları için, hâkim temini genel olarak Eyalet İdareleri’nin görevidir.^[192] Yargıç temini ve ataması işlerini, bazı eyaletlerde Adalet Bakanlığı (eyalet); diğer bir kısım eyaletlerde sosyal ve iş mahkemelerine atamalar İş ve Sosyal İşler Bakanlıkları (eyalet) tarafından yapılmakta iken; 16 eyaletin yaklaşık yarısında ise “*Yargı Seçim Komiteleri*” (Richterwahlausschüsse) adı verilen komisyonlar yürütmektedir.^[193]

B. HÂKİMLİK ŞARTLARI

Alman Anayasası’na göre, hâkimlik ve savcılık dâhil olmak üzere, herhangi bir kamu görevine atanmanın şartları belirlidir (m. 33, f. 2).^[194] Buna göre, Alman vatandaşları kamu görevlerine “*yetenek*”leri, “*nitelik*”leri ve “*mesleki yeterlilik*”leri çerçevesinde eşit erişim hakkında sahiptir.^[195] Bu anayasal düzenleme yargı makamlarına, eşit bir şekilde herkesin talip olabildiğini sağlamaktadır. “*Alman Adli Teşkilat Kanunu*” (Deutsches Richtergesetz [DriG] of April 19, 1972) ise, yargı imtiyazının sadece; hâkimlik mesleğinin gerektirdiği “*sosyal yeterlilikler*”e haiz ve bu kanunun 5-7 bölümleri arasında belirlenmiş olan yargıçlık niteliklere sahip, Anayasal bağlamda özgür ve demokratik düzeni her zaman savunacak Anayasa’nın 116. Maddesindeki şartları taşıyan Alman vatandaşlarına verilebileceğini öngörmektedir.^[196] Burada özellikle altını çizmek istediğimiz husus Alman Kanun Koyucunun, “*sosyal yeterlilik*” kavramına sahip olunmasının hâkim olabilmek için son derece önemli bir olgu olarak kabul edilmesidir.

Alman Adli Teşkilat Kanunu’nda hâkimlik makamını işgal edebilmek için gerekli kıstaslar, bir üniversite mezunu olmak, yapılacak “*Birinci Devlet Sınavı*”nı geçmek, staj yapmak ve daha sonra yapılacak “*İkinci Devlet Sınavı*”nı geçmek olarak şeklinde düzenlenmiştir (DriG Section 5).^[197] Almanya’da asgari 4 yıl olması gereken bu üniversite eğitimi özel hukuk, ceza hukuku, idare hukuku, anaya hukuku, usul hukuku, hukuk teorisi, hakukun tarihsel-sosyolojik ve

[190] Riedel: s. 70. Yıllara göre Almanya nüfusu için bkz. <http://www.indexmundi.com/g/g.aspx?c=gm&v=21> (Erişim Tarihi: 21. 06. 2011).

[191] Ibid. s. 71; Staats: s. 9 vd.

[192] Ibid.

[193] Ibid.

[194] Staats: s. 11.

[195] Riedel: s. 71; Staats: s. 11.

[196] Ibid.

[197] Ibid. s. 72; Statss: s. 10.

felsefik temelleri ile birlikte Avrupa Hukuku gibi çeşitli alanları kapsamak zorundadır.^[198] Bu sayılanlara ek olarak ticaret hukuku, aile hukuku gibi pek çok dalı da kapsayan çok geniş bir spektrumda yapılan Birinci Devlet Sınavı'na girmek için mezunlar, ortalama 4 yıl kadar hazırlandıktan sonra başvuru yapmaktadırlar. Mezunların bu sınava 3 kere girmek hakları vardır.^[199] Birinci devlet sınavı 6 veya 7 adet yazılı sınav ve bir adet sözlü mülakattan oluşmaktadır.^[200]

Bu sınavı geçen kişiler, İkinci Devlet İmtihani'na girmeden önce 2 yıllık "Hazırlık Hizmeti" adı verilen bir uygulama eğitimine alınmaktadır. İkinci Devlet Sınavı'nı geçmek sadece hâkim ya da savcı olmak için değil, Baro'ya kayıt olarak serbest avukatlık yapabilmek veya kamu avukatı olarak çalışmak için şarttır. Hazırlık Hizmeti esnasında stajyerlere bir miktar harçlık niteliğinde para verilmekte; ayrıca bu süreç boyunca mezunlar çeşitli mahkemeler, savcılık büroları, belediye yahut da merkezi devlet dairelerinde ve bir avukat yanında staj görmektedirler.^[201] Örneğin Kuzey Ren/Westfalya bölgesinde stajyerler eğitimlerinde 5 ay ilk derece hukuk mahkemesinde, 3 ay savcı yanında ve ceza mahkemesinde, 3 ay yerel düzeyde bir idari kurumda, 3 ay kendi tercihlerine göre özel bir konuda ve en nihayetinde de 10 ay boyunca da avukat yanında uygulamaya yönelik eğitim görerek geçirmek zorundadırlar.^[202] Çeşitli kurslar ile de desteklenen bu eğitimle maksat, stajyerlerin karar yazmak, delilleri tespit etmek ve değerlendirmek, iddianame yazmak, talepname hazırlamak gibi faaliyetler ile kılğısal/pratik yönden kendilerini geliştirmelerini sağlamaktır.^[203] Özellikle avukat yanındaki eğitimde, stajyerin mümkün olduğunca günlük işlerinde avukatın yanından ayrılmaması şarttır.^[204] Buradan Alman sisteminin, sadece hâkim ve savcı olmak da dâhil olmak üzere hukukçuluk mesleğinin her türlü statüsünde çalışabilmek için avukat yanında yapılacak staja ne derece önem verdiği de ortaya çıkmaktadır.

İkinci ve haliyle de nihai devlet imtihanında sınav daha çok uygulamaya yönelik olarak genellikle hâkimler, savcılar, baro mensupları ve akademisyenler tarafından yapılmaktadır.^[205] Pek çok mahkeme başkanı bu imtihanın jürilerinde yer almaktadır.^[206]

Görüldüğü üzere Alman sisteminde iki devlet sınavı ve bunların arasında yapılan staj haricinde başka her hangi bir mesleki gereklilik ya da tecrübe

[198] Ibid. s. 73.

[199] Ibid. s. 73 dn. 9.

[200] Ibid. s. 74.

[201] Ibid.

[202] Ibid. s. 74-75.

[203] Ibid. s. 75.

[204] Ibid.

[205] Ibid.; Staats: s. 11.

[206] Ibid.

aranmamaktadır.^[207] Hâkim olabilmek için herhangi bir “*asgari*” ya da “*azami*” yaş sınırlaması yoktur.^[208] Elbette ki emeklilik yaşı olan 65’in geçmiş olan kişilerin hâkim olabilmeye ihtimalleri yoktur.^[209] Sağlık raporu, sabıka kaydı, borçları olup olmadığına dair beyanları alınmaktadır.^[210] Bütün bu kriterleri sağlayan adaylar eyaletlerin Adalet Bakanlıkları tarafından atanan temin komisyonları aracılığı ile yapılmaktadır.^[211] Savcılar (Staatsanwalte) temini ise, yukarıda anlatıldığı şekilde hâkim temini ile hemen hemen benzer usulde yapılmaktadır.^[212]

G. İTALYA

A. GENEL OLARAK

İtalya’da, yukarıda açıkladığımız diğer Kıta Avrupası lkeleri ile paralel bir biçimde, hâkimlik ve savcılık için kariyer sistemi geçerlidir.^[213] Aynen Fransız sistemi gibi İtalyan sisteminde de hâkim ve savcı pozisyonları arasında temin açısından bir fark yoktur ve meslek hayatları boyunca kişiler her iki statü arasında değişim hareket edebilirler.^[214] İtalya’da hâkim ve savcılar, teorik olarak çeşitli hukuk dallarını kapsayan yazılı ve sözlü ulusal çapta icra edilen imtihanlar neticesinde başarılı bulunan adaylar arasından çok sıkı şartlar ile temin edilirler.^[215] Bu adaylar genellikle üniversitelerden yeni mezun olmuş ve herhangi bir mesleki tecrübe sahibi olmayan kişilerdir.^[216] İtalya’da diğer Kıta Avrupası lkelerindeki gibi hukuk uygulamasında tecrübesi olan hukuk profesörü ya da avukat gibi profesyonellerden de hâkim ve savcı temin edilmesi istisnai yöntemi yoktur.^[217]

[207] Ibid. s. 77.

[208] Ibid.

[209] Ibid.

[210] Ibid.

[211] Ibid.

[212] Ibid. s. 85.

[213] DI FEDERICO Giuseppe, “*Recruitment, Professional Evaluation, Career and Discipline of Judges and Prosecutors in Italy*”, “*Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*”, Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University and Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 127; Guarnieri: s. 117; Russell: s. 523.

[214] Ibid. s. 128.

[215] Ibid.

[216] Ibid.

[217] Ibid. Ancak olağanüstü bir uygulama olarak belirtmeliyiz ki İtalyan Yargıtay’ına hukuk profesörlerinden ya da 15 sene çalışmış avukatlardan üye atanabilir (id.)

İtalya'da hâkim ve savcı adayları mesleğe genel olarak 25-30 yaş arasında başlarlar ve zorunlu emeklilik yaşı olan 75'e kadar ortalama 45 sene çalışabilirler.^[218] Bu açıdan İtalyan hâkim (ve savcı) temin sistemi bürokratik bir modeldir ve temin edilen adayların olgunlaşması ve mesleki tecrübe edinmelerini "hizmet içi"nde başarmaya çalışır.^[219] Bu durum da mesleki yeteneklerin inkişafında ve kültürel sosyalizasyon sürecinde hukukçuluk mesleğinin avukatlık ve noterlik gibi diğer statülerinden ayrışmaya götürür.^[220] Böylesi bir ayrışmanın öngörüldüğü İtalyan sistemi, hâkim ve savcılarının avukatlar arasından seçildiği İngiliz sistemiyle tamamen zıttır.^[221] Bu bağlamda İtalyan sistemi Kıta Avrupası sisteminin en katı örneklerinden birisini teşkil etmektedir. Hâkim ve savcı temini işinin bu derece bürokratize edilmiş olması, İtalya'nın faşist dönemlerinden kalan zihni kurgunun belki de hala etkisini sürdürdüğü ihtimalini düşündürmektedir.

B. HÂKİMLİK ŞARTLARI

İtalyan Anayasası'nın 106. Maddesinin birinci fıkrası mucibince, İtalya'da hâkim ve savcı alımları kamusal ve açık yarışmacı sınavlar aracılığı ile olmaktadır.^[222] Hâkim ve savcı temini işlemlerini hızlandırmak ve İtalyan hukuk dünyasının hangi statüden olurlarsa olsunlar bütün üyelerine ortak bir kültürel temel oluşturabilmek için 398/97 sayılı Kararname ile hâkim, savcı, avukat veya noter olmak isteyen tüm hukuk mezunları için üniversiteler bünyesinde "Hukukçuluk Mesleği İçin Uzmanlaşma Okulları" adı verilen zorunlu lisansüstü eğitim kurumlarını hayata geçirmiştir (Legislative Decree No: 398/97).^[223]

Yukarıda bahsedildiği gibi hâkim veya savcı olmak isteyen genç hukuk mezunları ulusal çapta yapılan bir yarışmacı sınava girmek mecburiyetindedirler (concorso per uditore giudiziario).^[224] Bu sınava girebilmek için hukuk mezunlarının İtalyan vatandaşı olmaları, medeni ve siyasi haklara tam anlamı ile sahip olmaları, sabıkasız olmaları, en az 21 yaş en fazla 40 yaşında olmaları, bedeni olarak uygun özelliklere sahip olmaları, askerlik ile ilişkilerinin olmaması (Ocak 2005 yılında İtalya'da mecburi askerlik kaldırılmıştır), 2 yıllık eğitim veren "Hukukçuluk Mesleği İçin Uzmanlaşma Okulları"ndan derecelerini elde etmiş olmaları gerekmektedir.^[225] Bu sınavlarda toplamda "üç" defa başarısız olan

[218] Ibid.

[219] Ibid.

[220] Ibid. s. 128-129.

[221] Ibid. s. 129.

[222] Oberto: s. 27.

[223] Ibid.

[224] Di Federico: s. 132.

[225] Ibid. s. 132-133.

kişiler bu sınavlara bir daha girememektedir.^[226] Aynı şekilde herhangi bir kamu kurumundan ihraç edilmiş kişilerde bu sınava başvurması mümkün değildir.^[227]

Çeşitli hukuk branşlarında 3 adet yazılı ve 9 adet sözlü sınavdan oluşan concorso, 24 hâkim ve 8 üniversite profesöründen oluşan sınav komisyonu tarafından incelenmektedir.^[228] Sınavlardan başarı olan hâkim ve savcı adayları, 18 aydan aşağı olmamak üzere bir başlangıç eğitimine tabi tutulmaktadırlar.^[229]

D. TÜRKİYE’DE HAKİM (VE SAVCI) NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

1923 yılında Cumhuriyet’in ilanı ile ülkemiz resepsiyon yöntemi ile çeşitli ülkelerden benimsediği kanunları içselleştirerek Kıta Avrupası hukuk çevresinin bir parçası haline gelmiştir. Normlar hiyerarşisi açısından baktığımızda, hâkim ve savcılarının atamaları, bağımsızlığı, tarafsızlığı vb. konular ile ilgili olarak Anayasa’da pek çok hüküm düzenlenmiştir (Any m. 68, f. 5; m. 76, f. 3; m. 104; m. 129, f. 4; m. 138-140; m. 144-147; m. 154-159). Ancak, bu düzenlemeler dikkatli bir şekilde incelendiğinde anayasa yapıcının, hâkim ve savcı niteliğini düzenleyen ya da bir standarda bağlayan herhangi bir norm öngörmediğini; hatta “*nitelik*” meselesini adeta es geçerek, gerek alt derece mahkemelerinde ve gerekse de yüksek yargıda görevli hâkim ve savcılarını, normal devlet memurundan çok da farklı olmayan ancak yüzeysel olarak biraz daha güvenceye sahipmiş gibi algılanan bir kamu görevlisi olarak tasarladığı görülmektedir.

24 Şubat 1983 tarih ve 2802 sayılı “*Hâkimler ve Savcılar Kanunu*” ile de, diğer şeylerle birlikte, adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının niteliklerini, atanmalarını, meslek içi eğitimlerini, özlük hakları vb. konuları düzenlemiştir. Dolayısıyla diyebiliriz ki hâkim ve savcı istihdam sisteminin temeli, 2802 sayılı Kanun’dur. Bununla birlikte, özellikle yüksek yargı bağlamında, ülkemize mahsus çift başlı sistemin doğal neticesi olarak 26 Ekim 1963 tarihli ve 357 sayılı “*Askeri Hâkimler Kanunu*” ile de, diğer bütün unsurları ile birlikte, askeri hâkim ve savcılarının mesleğe giriş, nitelik ve özlük hakları düzenlenmektedir.

Yargı mekanizmasının en yüksek kalitede çalışabilmesi için hâkim ve savcılarının hizmet öncesi bir kısım eğitimlerinin avukatlar ile birlikte ortak bir

[226] Ibid. s. 133.

[227] Ibid.

[228] Ibid. s. 136.

[229] Ibid. s. 137.

şekilde yapılması önerilmektedir.^[230] Bu ortak eğitimin, ortak bir hukuk kültürü yaratılmasında çok büyük rol oynayacağı düşünülmektedir.^[231]

B. SİVİL HÂKİMLİK ŞARTLARI (ADLİ VE İDARİ YARGI)

2802 sayılı "Hâkimler ve Savcılar Kanunu" ile 357 sayılı "Askeri Hâkimler Kanunu" sivil ve askeri yargıda görevlendirilecek hâkim ve savcı adayları için benzer genel şartlar öngörmüştür. Buna göre adli ve idari yargıda görevlendirilecek hâkim ve savcı adaylarının

"a) Türk vatandaşı olmasını; b) Giriş sınavının yapıldığı tarih itibarıyla otuzbeş yaşını doldurmamış olmasını; c) Adli yargı adayları için; hukuk fakültesinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye'deki hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden sınava girip başarı belgesi almış bulunmasını- İdarî yargı adayları için; hukuk fakültesinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye'de hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden sınava girip başarı belgesi almış bulunmak, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından, her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmasını; d) Kamu haklarından yasaklı olmamasını; f) Askerlik durumu itibarıyla askerlikle ilgisi bulunmamak veya muvazzaflık hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedeğe geçirilmiş olmasını; g) Hâkimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya sakatlığı, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi özürlü durumları bulunmamasını; h) Taksirli suçlar hariç olmak üzere, (...) üç aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan veya kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak veya bu suçlardan veya taksirli suçlar hariç olmak üzere üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir fiilden dolayı soruşturma veya kovuşturma altında olmamak; ı) Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı göstermek; j) Hâkimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak; k) (Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en

[230] Bordeaux Declaration: para. 10.

[231] Ibid., Explanatory Note: para 45.

az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle kırkbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmasını” şart haline getirmiştir (2802 sayılı Kanun m. 8). Bununla birlikte, “hukuk” alanında doktora yapmış olanlar ilân edilen boş kadrolara başvurabilir (id. m. 9, f. 3 ve m. 9/A). Bunlar, sadece mülâkata tâbi tutulur (id.). Bu durumda olanlar için mülâkat puanı esas alınarak ayrı bir nihai başarı listesi düzenlenir (id.).

Hâkim ve savcılık imtihanına başvuranlar yazılı ve sözlü sınava alınırlar (2802 sayılı Kanun m. 9/A). Hem adli ve hem de idari yargıda yazılı sınav; Türkçe, matematik, Türk kültür ve medeniyetleri, Atatürk ilkeleri ve inkılâp tarihi ve temel yurttaşlık bilgisi sorularından oluşan genel yetenek ve genel kültür konuları ile hukukun çeşitli alanlarını kapsar (id.).

“Mülakat” adı verilen sözlü sınavda ise adayın “a) Muhakeme gücü; b) Bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneği; c) Genel ve fizikî görünümü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu ve liyakati; d) Yetenek ve kültürü; e) Çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı” bir kurul tarafından ölçülür (id.). “Mülakat Kurulu” ise; “Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden” oluşur (id.).

Bu bağlamda 23 Temmuz 2003 tarih ve 4954 sayılı “Türkiye Adalet Akademisi Kanunu”na göre, adli ve idari yargıda hâkim ve savcı adaylığına atananların meslek öncesi eğitim süresi “iki yıl”dır (m. 28). Maalesef ki, ülkemiz sisteminde, Fransız örneğinde öngörüldüğü gibi hâkim ve savcılar için mecburi tutulacak her yıl için belirli gün sayısında hizmet içi eğitim düzenlenmemiştir. Yeni düzenlemelere göre, hizmet içi eğitimi yaptıracak sorumlu merci olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun (2802 sayılı Kanun m. 119); hâkim ve savcılarının eğitimlerinin sürdürülebilir bir şekilde devamının sağlanması için her yıl “mecburi” tutulacak belirli süreli bir hizmet içi eğitim hususunun normatif olarak düzenlenmesi örneğinin gözden kaçırılmamasını dileriz.

C. ASKERİ HÂKİMLİK ŞARTLARI

Benzer şekilde Askeri Hâkimler Kanunu askeri hâkim ve savcı adayları için; "a) Türk vatandaşı olmak; b) Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde belirlenen sağlık şartlarına sahip olmak; c) Taksirli suçlar hariç olmak üzere; affa veya zamanaşımına uğramış yahut ertelenmiş olsa bile, bir cürümden hükümlü bulunmamak veya ceza soruşturması veya kovuşturması altında olmamak; d) Sarhoşluğu, kumar oynamayı adet edinmiş veya kumar oynatmış olmamak, yahut kendisinin veya ana ve babasının ve varsa eşinin ahlak yönünden kötü hali bulunmadığının veya kendisinin yasa dışı tutum ve davranışları olmadığının yaptırılacak araştırma sonunda anlaşılması bulunmak" koşullarını getirmiştir (357 sayılı Kanun m. 1). Görüleceği üzere askeri hâkim ve savcı sınıflarına nasıp olabilmek için kanun koyucu adli ve idari yargı mensubu hâkim ve savcılardan farklı olarak askerlik mesleğine özel mahiyetteki ek sağlık ve bedeni yeterlilikleri getirilmiştir.

Bununla birlikte "Hukuk fakültelerini bitirmiş ve yedek subay okuluna girişlerinde düzeltilmemiş nüfus kayıtlarına göre lisans ve yüksek lisans öğrenimi yapmış olanlar için otuz, doktora öğrenimini tamamlamış olanlar için otuzbeş yaşından büyük olmayan yedek subaylar ile 2 nci maddenin birinci fıkrasının (D) bendinde belirtilen subaylar ve hukuk fakültelerini bitirmiş ve düzeltilmemiş nüfus kayıtlarına göre lisans ve yüksek lisans öğrenimi yapmış olanlar için otuz, doktora öğrenimini tamamlamış olanlar için otuzbeş yaşından büyük olmayan bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkeklerden istekli olanlar, Milli Savunma Bakanlığınca yapılan sınavla alınır. Sınavı kazananlardan askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekte olanlar terhis edilir. 2 nci maddenin birinci fıkrasının (D) bendinde belirtilen subaylar hariç sınavı kazananlardan, adaylık öncesi intibak eğitimini başarı ile tamamlayanlar muvazzaf subaylığa nasbedilerek askeri hâkim adaylığına geçirilecekleri" de öngörülmüştür (357 sayılı Kanun m. 8, f. 1). Yazılı ve sözlü sınavları aşan adayların, adaylık süresi bir yıl olup bu hizmet askeri hâkimlik ve askeri savcılık hizmetlerinden sayılmaz (id. m. 8, f. 1).

D. SON DEĞİŞİKLİKLER

26 Ağustos 2011 tarihli ve 28037 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış olan "Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" (Karar Sayısı: KHK/65) ile araştırma konumuz açısından önemli bir kısım değişiklikler yapılmıştır.

Bu değişikliklerden birincisi, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmuş

avukatlardan hâkimlik veya savcılık statüsüne geçecekler için giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle “otuzbeş” yaşını doldurmamış olmak koşulu “kırkbeş” yaş olarak değiştirilmesidir (2802 sayılı Kanun m. 8, f. 1, b. k). Yani avukatlık hâkimlik ve savcılık mesleğine geçişler için azami yaş sınırı “on” yıl yükseltilmiştir.

Bizce, bu değişiklik tecrübeli hukukçuluğun hâkimlik ve savcılık statüsünde çalışmalarının sağlanabilmesi için son derece olumludur. Fakat burada kilit sorun, atamaların partizanca bir tavırla değil, nesnel kıstaslar gözetilerek yapılıp yapılmayacağı üzerinedir. Ancak tarafsız bir şekilde ve liyakat esasına bağlı olarak, mülakatlara siyaset sokmadan yapılacak hâkim ve savcı teminleri hukukun üstünlüğü ilkesinin ve nitelikli yargılanma hakkının ihlal edilmesini engelleyecektir.

Bahsi geçen KHK ile yapılan ve araştırma konumuz ile ilgili ikinci değişiklik “Türkiye Adalet Akademisi Kanunu”na eklenen bir geçici madde ile “KHK’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl süreyle Bakanlığın teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararı ile bir yıllık staj süresini tamamlayan adli ve idari yargı hâkim ve savcı adayları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca mesleğe kabul edilmeleri hâlinde, hâkimlik ve savcılık mesleğine atanabilecekleri”nin düzenlenilmiş olmasıdır (4954 sayılı Kanun Geçici 11. Madde). Bizce bu düzenleme son derece sakildir.

Zira, yukarıda mukayeseli olarak açıkladığımız gibi çoğu ülkede “Başlangıç Eğitimi” (initial training) olarak adlandırılan 2802 ve 4954 sayılı kanunlarda ise “Meslek Öncesi Eğitim”^[232] terimi ile isimlendirilen teori ve uygulamaya yönelik staj türü eğitim, kimi ülkelerde 4, kimilerinde 3, kimilerinde ise iki senedir. Hal böyle iken, evelden hemen hemen hiç meslek veya hayat tecrübesi olmayan, olgunluk açısından ise evrensel hukuk ilkeleri ile bağdaşmayan genç hukuk fakültesi mezunlarının, hâkimlik veya savcılık statülerine atanmadan önce “iki” yıl olan başlangıç eğitimi süresini, belirli bir sürelik de olsa “bir” seneye düşürmenin karşılaştırmalı hukuk yaklaşımı ve bilimsellik ile en ufak tevیل götürür yanı yoktur.

İlk bakışta hâkim ve savcı açığını kapatmaya yönelik iyi niyetli bir yaklaşım gibi gözükse de bu değişiklik, Türk adalet sisteminin “nitelik/kalite”ye değil “nice-lik/sayısal”lığa kurban edilmesidir. Meslek ve hayat tecrübesi zayıf ve olması gerekenden az staj eğitimi görmüş, olgun kişilikleri tartışma götürür bir takım genç insanlara hâkim veya savcı postunda ceza ve özel hukuk uyuşmazlıklarını çözmek gibi önemli bir yetkiyi ya da kolluk güçlerine emir verebilme vb. tarz-daki kamu buyurma gücünü tevdi etmek adeta adalet olgusu ile “Rus Ruleti”

[232] Hakimlik ve savcılık bir meslek olmadığı için bu eğitim “Hizmet İçi Eğitim” olarak adlandırılmalıdır.

oynamaktır. Böylesi savcı ve hâkimleri hele ki kontrolsüz bir biçimde küçük yerleşim yerlerinde atamak, o yörenin halkının sanki kaynayan kazanın üstüne oturtmak, o ilçede görevli kaymakamından jandarmasına görevli personel arasında türlü ceza ve disiplin hukuku çerçevesinde sıkıntıların yaratılmasının fitilinin yakılması olabilir. Bu hatalı yaklaşımdan en kısa zamanda dönülmesini dileriz. Çünkü, bu tip uygulamalar geçmişte milli eğitim sistemimizde iki aylık kurstan sonra atama yapılarak, öğretmen açığını kapatmak için kullanılmış olan yanlış yola, adalet dağıtımında da girilmesi anlamını taşır. Geçmişinden ders almayan uluslar, geleceklerini de sağlıklı bir şekilde düzenleyemezler

E. TÜRK HAKİM (VE SAVCI) İSTİHDAM SORUNUNA YÖNELİK ELEŞTİRİLERİMİZ

Görüldüğü üzere, maalesef ki, yazılı sınavda başarılı olmuş hâkim ve savcı aday adaylarını sözlü sınava alan mülakat kurulu objektif yaklaşıma sahip hukukçu teknokrat ya da akademisyenlerden değil, daha çok siyasi karakteri ağır basan bürokratik nitelikteki kişilerden oluşmaktadır. Dolayısı ile, ülkemizde hâkim ve savcı istihdamı sürecinde, Adalet Bakanlığı'nın elinde tutan siyasi partinin, tekeline ve insafına terk edilmektedir. Bu yüzden her siyasi iktidar, partizanca bir yaklaşımla kendisine yakın yargıç ve savcı istediği için, medyada sıklık ile karşılaştığımız gibi yazılı sınavda Türkiye derecesine girmiş pek çok aday adayının, sözlü sınavda Adalet Bakanlığı'nın elinde tutan siyasi kadro ile irtibat kuramadığı için elendiği haberlerinden üzüntü ile bilgileniyoruz.^[233] Ülkemizdeki yargıda kadrolaşmaya çalışılması, giriş bölümünde anlatıldığı üzere devletin rant dağıtma işlevi ile ilgili bir sorundur. Ülkemizde tarafsız kişilerin çalışması gereken bir kurumda, her siyasi iktidarın örgütlenmesi öylesine kanıksanmıştır

[233] Her hakimlik ve savcılık sınavından sonra bir "şehir efsanesi" (urban legend) şeklinde, sınav dönemindeki iktidar partisinin/partilerinin kendi adaylarını nasıl kayırıp, kendi zihni yapısından olmayanları mülakatta ne şekillerdeelediğine dair pek çok hikaye dilden dile dolaşmaktadır. Ancak bu konuda yazılı ve görüntülü belgelere dayanarak verilmesi gereken bir örnek Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 2008/963 E ve 2010/2014 K sayılı kararına konu olmuş 26. 04. 2008 tarihli Avukatlar için Adli Yargı Hakim ve Savcı adayları Seçme sınavının hatalı sorularını bahsi geçen dava ile iptal ettiren Av. Mustafa Kemal ÇİÇEK'in, iptal neticesinde kazanmış olduğu yazılı sınavdan sonra mülakatta sorulan "Sputnik 1'in ne olduğu?" ya da "Uluslararası Af Örgütü'nün (UAÖ) Hangi Tarihte, Kim Tarafından ve Nerede Kurulduğu?" şeklindeki açık bir biçimde adayı elemek maksatlı sorulduğu açık sorular ile başarısız sayılmasıdır. Acaba mülakatı yapan üyelerin önlerindeki doğru cevap şablonunu ellerinden alınıp, aynı soruları kendilerine sorulsa, UAÖ'nün kurulduğu tarihi doğru bilebilirler miydi? Keza, mülakat'ta sorulması gereken soruların içeriği 2802 sayılı Kanun m. 9'da düzenlenmiştir. Bahsi geçen soruların kanunun öngördüğü amaç ile ilgili olmadığı açıktır. Av. Çiçek'in, girmiş olduğu yoğun bir mücadele neticesinde Bilgi Edinme Kanunu mucibince elde etmiş olduğu mülakat CD'si izlenildiğinde, ülkemizde hakim ve savcı temin kriterlerinin nesnellikten ne kadar uzak ve politize bir şekilde uygulandığı görüntülü bir belge ile ortaya çıkmaktadır.

ki, geçmiş yıllarda bir Adalet Bakanı, kendi parti ve görüşüne bağlı kimseleri hakim ve savcı olarak istihdam ettiğini partisinin il kongresinde övünerek ilan etmiştir.^[234]

Bu nedenle, evrensel hukuk normları ile çalışan bir yargı düzenine geçiş için, hâkim ve savcı temininde seçim süreci “bürokratik” değil, “teknokratik” yöntemler aracılığı ile yapılmalıdır. Burada çözülmesi gereken konu “Seçicileri kim seçecek?” sorusudur. Nitelikli, bağımsız ve tarafsız olmayan bir seçici; nitelikli, bağımsız ve tarafsız bir hâkim ya da savcı adayını seçebilir mi? Varlığını o dönemdeki siyasi iktidara borçlu bürokrat, partizanca davranmaktan kendisini alıkoyabilir mi ya da bu bürokrat, kendisine yapılacak baskıları bertaraf edebilir mi? Demek ki, hâkim ve savcı temininde en az adayların nitelikleri kadar, seçicilerin kalite, tarafsızlık ve bağımsızlıkları da önemlidir. Bu yüzden yargıda istihdam için teknokrat temelli, bağımsızlığı ve tarafsızlığı güvence altına alınmış bir seçim mekanizmasının teşkil edilmesi gerekmektedir.

Yargı istihdamındaki kadrolaşmaya yönelik eleştirilerimizin dışında, bir başka tenkidimiz de ülkemizde hâkim ve savcı istihdamında “yas” politikasıdır. Zamanında Türkiye’nin ithal etmiş olduğu, Fransa, İtalya, Almanya gibi Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanan kariyer sistemi, bu devletlerin tarihsel evrim süreçleri içerisinde yine o ülkelerin kendi koşulları için anlamlı olabilir. Ancak aynı kariyer sistemi, Türkiye için çok olumlu sonuçlar vermeyebilir. Bunun nedeni de karmaşık kuramlarda değil, çok basit sosyoloji gerçekliklerde yatıyor olabilir.

[234] M.M. isimli bu eski bakanın, internet ortamında pek çok websitesinde mevcut olan partisinin 22 Ağustos 1995 tarihli İstanbul İl Kongresi’nde yapmış olduğu beyanları için bkz. <http://www.youtube.com/watch?v=COOxmtyZS5I> [Erişim Tarihi: 25. 08. 2011]). “Onlar yaptı-Biz de yapacağız” anlayışını yansıtan, günümüze ait dolaylı bir kadrolaşma itirafı için bkz. 12. 08. 2010 tarihli “Milliyet” Gazetesi, “Erdoğan 2011’de Son Kez Aday Olacak” başlıklı haber, bu haberin elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.milliyet.com.tr/erdogan-2011-de-son-kez-milletvekili-adayi-olacak/siyaset/sondakikaarsiv/12.08.2010/1275524/default.htm?PAGE=3> [Erişim Tarihi: 23. 08. 2011]). Yine bir dini cemaat lideri olduğu iddia edilen şahsın, yargıda kadrolaşılması için takipçilerine verdiği talimatlar için bkz. <http://www.vindir.net/fethullah-gulen-hakim-de-kiralayaksin-avukat-da-kiralayacksin-21296.html> (Erişim Tarihi: 25. 08. 2011). Halbuki, yargı mensubu olarak görev yapmanın birinci şartı X dininden, Y mezhebinden, W inancından, Z etnisitesinden veya Q siyasi partisi sempaticisi olmak değil “nitelikli bir hukukçu” ve “liyakatlı bir insan” olmaktır. Bu iki kavramın birleştiği üst kavram ise “tarafsızlık”tır. Elbette ki bir insanın kendisine ait bir inaç sisteminin veya siyasi görüşünün olması eşyanın tabiatı gereğidir. Ancak hakim ya da savcının önüne gelen olaylarda, her türlü dinsel, mezhepsel, inançsal dogma ile birlikte, resmi veya gayr-ı resmi olsun her türlü ideolojiden kendisini sıyrarak karar vermemelidir. “Partizan” ve “ideolojik” bir yargı istihdamı sisteminin devam ettirildiği aksi bir durum, totaliter veya otoriter devletlerde görülür yanlı ve zalim bir yargı garabetini yaratır. Bu durumda bireylerin içinde yaşadıkları toplum ve devlete karşı güvenlere sarsılır, kamu vicdanı yaranılır; toplumsal çözümler (anomi) başlar (bkz. *supra* note 20).

Misalen Türk aile yapısı ile Fransız, İtalyan veya Alman aile yapıları aynı değildir. Keza Türk gençleri ile Fransız, İtalyan yahut da Alman gençleri benzer sosyolojik özellikler göstermezler. Korumacı bir aile yapısında, şehirler arası yolculuğa bile aileden birisi yanında olmadan gitmesine izin verilmeyen Türk gencinin hayat tecrübesi ile lise çağlarında sırt çantası ile dünyayı gezen Avrupalı gencin hayat tecrübesi aynı mıdır? Ya da ergenliğe girdikten çok kısa bir süre sonra cinsel tecrübeyle tanışan Avrupalı genç ile evleneceği yaşa kadar karşı cinsle konuşmayı dahi başaramamış Türk gencinin olgunluk düzeyi denk midir? Veya çeşitli sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel nedenlerden dolayı 40'lı yaşlara yaklaştığı halde ailesinden ayrı yaşamasına izin verilmeyen Türk genci ile ailesinden 15-16 yaşında ayrılıp, dışarıda çalışarak kendi ayaklarının üzerinde durmaya çalışan Avrupalı gencin hayat tecrübesi benzer midir? Dolayısı ile yargı mekanizmasına istihdam politikalarında sosyal gerçekler gözardı edilemez. Edilmesinin sonuçları, adaleti zedeler.

Herhangi bir bilimsellik taşıma iddiasında olmayan bu basit bakış açısından değerlendirince dahi, mantıken 25 yaşındaki bir Alman genci ile aynı 25 yaşındaki bir Türk genci aynı hayat tecrübesinde ya da olgunluğunda olmaması gençlerin içlerinden çıktıkları toplumların gereğidir. Yani, Cumhuriyet'in kuruluşundan beri resepsiyon yöntemi ile yasalarını aldığımız Batı toplumları, atomize düzlemde "birey"i merkeze alırken, içinde yaşadığımız toplumumuz sosyolojik manada "cemaat"i veya "örgütlenmiş cemaat" olan "devlet"i koymaktadır. Şurası bir gerçektir ki batı toplumu "kendine yeten", "otonom", "özgür" bireyler yetiştirmekte iken; Türk toplumu ailesine ya da içinde yaşadığı cemaate sadece karar alma düzeyinde değil, hayatının her safhasından ve sosyal, siyasal, dini ve ekonomik olmak üzere bütün açılardan bağımlı kişiler yetiştirilmektedir.^[235]

Bu noktada, Batı toplumlarının gençlerini hâkim ya da savcı olarak atandığı sistemin aynısını, Türkiye'de kurmuş olmanın akıl, mantık, hukuk, sosyoloji ve bilimin herhangi bir dalı ile bağdaşmayacağı açıktır. Bu yüzden motomot Fransız sistemini ya da İtalyan sistemini kopyalamak yerine, mukayeseli hukuk penceresinden olaylara bakarak dünyadaki başarı kazanmış uygulamaları kendi gerçekliğimiz ve insan unsurumuzun kalitesi içerisinde hayata geçirmek mecburiyetindeyiz.

Madem ki medeniyet insanlığın ortak malı ve mirasıdır;^[236] hali hazırda sosyo-ekonomik, bilimsel vb. pek çok alanda önümüzde olan Kıta Avrupası

[235] Bu konuda paralel eleştiriler için bkz. SOYASLAN Doğan, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 2010, s. 7 vd.

[236] Medeniyetin evrimsel süreçte toplumların birbirlerinden etkilenmesi ile gelişmesi ile ilgili olarak bkz. FASCHING Darrell J., "The Ethical Challenge of Auschwitz and Hiroshima: Apocalypse or Utopia?", State University of New York, Albany, New York, 1993, s. 67 vd. Ayrıca "İnsanlığın Ortak Mirası" (Common Heritage of Mankind) kavramı ile ilgili

ya da Common-Law hukuk çevrelerinin sadece birisine bağlı olmadan, eklektik bir şekilde her iki hukuk çevresinden de uygun argümanları ödünç alarak nev-i şahsımıza mahsus bir sistem kurabiliriz. Kuracağımız bu sistem, adaletin etkin ve verimli dağıtılması, maddi hakikatin ortaya çıkması, adil yargılanma hakkı gibi evrensel hukukun değerlerinin ülkemizde kök salmasını gerçekleştirebiliriz. Bireylerin mahkeme salonlarından verilmiş yanlış karar neticesinde devlet aygıtına, sisteme, uyuşmazlığın karşı tarafında, hâkim, savcı, avukat gibi yargı görevlilerine nefret ile değil, adaletin tecelli ettiği inancı ile çıkmasını sağlayabiliriz.

Önceki bölümlerde açıklandığı gibi günümüzde her ferdin ortak sıkıntısı olan etnik, dinsel vb. nedenler ile yaşadığımız toplumdaki çözümlenemeyen (anomi) sorununu, ancak ve ancak, içinde yaşayan bireylerin bir çiçek gibi üzerine titreyecekleri bir medeniyet projesi ortaya koyarak halledebiliriz. Bu ideali başarabilmenin yolu da toplumun harcı ve mülkünün temeli olan adaletin, evrensel ve çağdaş ilkelere uygun biçimde tecelli etmesinden, yani yargının temeli niteliğindeki hâkim, savcı ve avukatların görevlerini nitelikli bir şekilde ifa etmelerinden geçmektedir. Fakat unutulmamalıdır ki, niteliksiz bir kişi, nitelikli hizmet sunamaz. Aynen La Fontaine’in “*Put Yüklü Eşek*” hikâyesindeki gibi asıl işini unutup, insanların önünde eğilmesini sağlamaya çalışır.

F. AVRUPA KONSEYİ ÜLKELERİNDE HÂKİM VE SAVCI İSTİHDAMI YÖNTEMLERİNİN DAĞILIMI

“*Yargının Etkinliği için Avrupa Komisyonu*” (European Commission for the Efficiency of Justice [CEPEJ]), Avrupa Konseyi üyesi 45 ülkenin hâkim ve savcı istihdamı yöntemlerine dair yapmış olduğu araştırma neticesinde şu sonuç ortaya çıkmıştır:^[237]

tartışmalar için bkz. WELLS H.G., “*The Salvaging of Mankind*”, Macmillan Company, New York, 2006, s. 124 vd.

[237] European Judicial Systems: s. 176.

YARIŞMACI SINAV İLE TEMİN YAPAN ÜLKELER	MESLEKİ TECRÜBE İLE TEMİN YAPAN ÜLKELER	HER İKİ YÖNTEMİN KARMASINI KULLANANLAR	DİĞER YÖNTEMLER
Andorra	Kıbrıs	Arnavutluk	Finlandiya
Avusturya	Hırvatistan	Ermenistan	Macaristan
Bulgaristan	İrlanda	Azerbaycan	Lüksemburg
Çek Cumhuriyeti	İzlanda	Belçika	Karadağ
Yunanistan	Malta	Bosna-Hersek	Sırbistan
İtalya	Norveç	Danimarka	Slovenya
Litvanya	Slovakya	Estonya	İsveç
Moldova	Kuzey İrlanda	Fransa	İsviçre
Türkiye	İskoçya	Monaco	
Portekiz	İngiltere ve Galler	Gürcistan	
Ukrayna		Hollanda	
İspanya		Letonya	
		Polonya	
		Romanya	
		Rusya Federasyonu	
		Makedonya	

Yarışmacı sınav ya da mesleki tecrübe ile hâkim ve savcı istihdamı hususu yukarıdaki bölümlerde zaten açıklanmıştı. Diğer hâkim istihdam yöntemlerinin anlaşılabilmesi için ise hukuk fakültesi mezunlarının adaylıklarını doğrudan mahkemelere sunabilmesi (Macaristan); belirli bir staj döneminden sonra hâkim tarafından aday gösterilme (Finlandiya, İsveç) ya da bir hukuk firması tarafından aday gösterilme (Lüksemburg) gibi örnekler verilebilir.^[238]

[238] Ibid.

Hâkim ve savcı istihdamı yöntemleri ile ilgili bağımsız olarak altının çizilmesi gereken bir başka önemli husus ise, bu alanda yetkili otoritelerin öncelikle kendilerinin bağımsız bir statüye sahip olmalarının gerekliliğidir.^[239]

[239] Ibid. Avrupa Konseyi üyelerinde, temin komisyonlarının oluşumu konusunda ülkelere göre dağılım için bkz. Grafik Q100 (id.).

SONUÇ

Türkiye’de, sivil ve askeri yargıda çalışacak hâkim ve savcılar ile ilgili Anayasa’nın ilgili hükümleri ile birlikte 2802 ve 357 sayılı kanunlar incelendiğinde, kanun koyucunun, bu görevleri icra etmeleri için sisteme dâhil edilecek adayların genel olarak lisans düzeyinde bilgi ve görgü sahibi, çok genç yaşlarda hâkim ya da statü olarak devlet aygıtının ideolojik ve ekonomik alanına sokulan, istisnalar dışında devlet memurluğu haricinde herhangi bir yaşam tecrübesi olmayan kişilerden oluşmasını arzu ettiği görülmektedir. Bu düşünce değişmedikçe, adaletin tecelli etmesi ve adil yargılanma hakkının gerçekleşmesini mümkün değildir.

Anayasa yapıcı ile kanun koyucunun hâkim ve savcı meselesine bakışındaki çarpıklık hâkim ve savcılığı “meslek” olarak nitelemesiyle başlamaktadır (Any. m. 140; 2802 sayılı Kanun m. 1; 357 sayılı Kanun Birinci Kısım Başlığı). Zira hâkimlik ve savcılık asla bir meslek değildir. Çünkü, hâkim ve savcılık bir “statü”dür. Hâkimlik, savcılık, noterlik ve avukatlık gibi kavramlar, bir mesleği değil, bir statüyü betimler. Saydığımız bu ve benzeri statüleri işgal eden kişilerin “ortak” mesleği “hukukçuluk”tur (jürist). Dolayısı ile sadece hukuk diploması almış olanlar değil, hukukçu niteliğini kazanmış kişiler hâkimlik (ve savcılık) statüsünü işgal edip, kanunda belirlenmiş statülerinin icaplarını yerine getirmelidirler. İşte bu yüzden, hâkim (ve savcılarının) bir meslek icra etmeyip, bir statünün gereğini hukukçu mesleğinden birisi olarak yerine getirdiklerini idrak etmeleri gerekir. Yoksa, anayasanın ya da kanunun bir statüyü meslek olarak tanımlaması, onu bilimsel anlamda meslek haline getirmez.

Yargının temel işlevi, inter alia, bireylerin birbirleri ve/veya devlet ile olan uyumsuzluklarını akla, vicdana, delillere uygun olarak çözmektir.^[240] Peki, hayatında teoride ve pratikte hiç bir uyumsuzluğun ne aktif ve ne de pasif süjesi olmamış,^[241] hayat ve meslek tecrübesi çok sınırlı kişilerin uyumsuzluk çözmek

[240] Bu meyanda, Anayasa’daki uyumsuzluk kavramının, ceza ya da medeni yargılama için değil de özellikle idari yargılama için kullanıldığına dikkat çekmek isteriz (Any. m. 155, f. 2; m. 157, f. 1). Teori ve uygulamada adalet mekanizmasının çalışmasında uyumsuzlukların çözümünde görülen vicdan ve ahlak sorunu ile ilgili önemli bir analiz için bkz. ÖZEKES Muhammet, “Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu”, Eskişehir Barosu Dergisi, 2005/6, s. 1-16.

[241] CAN Osman, “Darbe Yargısının Sonu: Karargah Yargısından Halkın Yargısına”, 3. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2010, s. 136. Her ne kadar atıf yaptığımız kitabın adında ifade edilmek istenildiği gibi Türkiye’de karargah yargısından halkın yargısına geçildiği gibi bir yaklaşıma/mesaja katılmasak da, bu çalışmanın içeriğinde yer alan “Yargının Hukuk Tanınamazlığının Nedenleri” başlığı altında yapılmış ve araştırmamızın sonuçlarını doğrulayacak isabetli bir gözlem/yorum şu şekildedir: “Askerin ve yargı mensuplarının gerçekleştirdiği anti-demokratik uygulamaların altında, Bülent Somayın da dediği gibi ‘hiçkimseye hesap vermeme duygusu yatar’. Örneğin, savunmasız bir

kadına tecavüz edilmesinin sadece cinsel baz ile açıklanması mümkün değildir. Çünkü onun daha meşru bir çerçevede tatmin edilme imkanları vardır, bu esasen bir iktidar ilişkisidir. Yargı ve ordu bu noktada kendi iktidarı karşısında bütün iradelerin teker teker kırıldığı ve çaresizleştiğini görek bundan haz alan bir ruh hali içindedir.

Bu benzetmeden yola çıkarak, yargı ve ordu elemanlarının devşirilme süreçlerinin sosyolojik arka planına bakalım. Örneğin, Türkiye’de yargıçların, genelde alt-orta sınıf ve taşrada yaşayan ailelerden geldikleri ve özellikle yargı veya jandarma tarafından mağdur edilmiş ailelerin çocukları oldukları gözlenmektedir. Yargı veya jandarma tarafından mağdur edilmiş aileler, iktidarlar karşısındaki çaresizliklerinin ancak o iktidara ortak olmak ile kırılacağı düşünerek, çocuklarının bu iktidar koalisyonu içerisinde olmasını isterler. Bunun için mesela, çocuklarının hukuk okuması için ellerinden gelen gayreti gösterirler. Eğer çocuk hukuk fakültesini kazanırsa bu defa da hukuk eğitiminin zorluğu ve ekonomik yetersizlikler çocuğun yeterli şekilde sosyalleşmesini engeller. Çocuk bir şekilde okulu bitirir ve hemen çalışmak zorunda olduğu için hakimlik ve savcılık sınavına girer. Bu sınavlarda başarılı olduktan sonra, belirli ölçüde hakim veya savcı statüsüne kavuşur ve adalet akademilerinde staj eğitimi almaya başlar. Aldıkları eğitimle devlet iktidarının ortakları oldukları ve bu statü ile artık halktan farklı oldukları kendilerine aşılır. Yüksek yargı hariç kimsese hesap vermeycekleri söylenir. Bu noktada, yukarıda bahsettiğimiz şekildeki bir geçmişten gelen çocuğun ‘yargıç kimliği’ oluşana kadar herhangi bir kimlik oluşturamadığına dikkat etmemiz gerekir. Siyasal işleyişe ilişkin bir perspektif ve anlamlandırma kuramamıştır. Sinema, edebiyat ve tiyatro hakkında yeteri kadar bilgiye vakıf değildir. Hayatı boyunca ne sözleşme yapmayla ilgili bir tecrübeye sahip olmuş, ne de bir uyuşmazlığın tarafı olmuştur. 23-24 yaşında, çektiği kurayla yargı yetkisine sahip olup hiçbir fikir sahibi olmadığı uyuşmazlık konularını çözüp adalet dağıtmayı beklerin. Oysa artık iktidar sahibidir. Ailesinin özlediği tabloyu gerçekleştirmiştir.

Tüm bu ‘eksik’ tamamlanmamış süreçlerden sonra da yeni hakim veya savcı olmuş bu kişiler kendilerine ayrılan lojmanlarına ‘halka karışmamaları’ gereğine bağlı kalarak çalışmaya başlarlar. Halka temas kurmaması, farklı politik eksenlerde yer alan insanlarla bir araya gelmemesi, zengin ve fakirleri görmemesi, pazardan alışveriş yapmaması, pazarlık yapmaması vb. onlara telkin edilen düsturlardır. Kısacası sağlıklı bir insan kimliğinin inşası için gerekli olan bütün adımlardan uzak durması gerekir. Osmanlı’nın yenicileri devşirip içinden çıktıkları toprağa bir silah olarak kullanması gibi, bir yargıç da Türkiye toplumunda devşirilip ve toplumun demokrasi ve özgürlük taleplerine karşı en etkili silah olarak kullanılır.

Sosyalleşme imkanı sadece alay komutanı, emniyet müdürü, jandarma komutanı, vali, vali yardımcısı ve kendi meslektaşları olan yargıçlar ile sınırlı kalır. Bu şekilde devlet tarafından devşirilip ve bu devşirme ekseninde bu profile uygun olduğu ölçüde yükselir. Bu durum genç nesillerde giderek kırılrsa da yargıç zihniyetinde İsmet İnönü’nün ‘Padişah düşmanınızdır. Yedi düvel düşmanınızdır. Kimse işitmesin ama millet düşmanınızdır’ ifadesi çok önemli bir yer tutar. Ankara’ya gelip Yargıtay veya Danıştay üyesi olduğu zaman bu insandan ancak kendisine yüklenen misyona uygun davranmasını beklersiniz ki, bu misyon kapsamında hesap verilmezlik esastır.

Ayrıca içinde yaşanan sosyal ağ; biliş, vicdan ölçüleri, hukuk, politika, korku ve tehdit algılarını belirler. Yukarıda anlattığımız sosyal etkileşim içerisinde yetişen yargıcın verdiği kararlardan sonra toplum aktörlerinin vicdanları nezdinde test edebilecekleri bir imkana sahip olmamaları durumu da oldukça sorunludur. Çünkü vicdanları ve ölçüleri, buldukları sosyal ağ tarafından şekillenmiştir ve bu yüzden dünyanın şok olarak nitelendirdiği bir kararı, Türkiye’de yüksek yargı vicdanı rahat bir şekilde verebilir. Örneğin, son bir kaç yıl içerisinde yüksek yargıçlar, Batı’da sıradan bir insanın dahi kabul edemeyeceği siyasal içerikli, çoğu zaman partizan açıklamalarının ‘hukuksal’ olduğunu gerçekten inanırlar. Toplumun ezici bir çoğunluğunda infial yaratmış hukuk dışı kararlara ‘yüz akı’derken, bu kararların eleştirilmesini gerçektede ‘mümkün’ görmediklerinden, kesin bir inançla, bunun

için kamu buyurma gücünün kullanmak üzere istihdam edilmelerinin, evrensel hukuk kuralları ile işleyen bir yargı mekanizmasına sahip olmak isteyen bir devlet için rasyonel bir davranış biçimi olduğu söylenebilir mi? Bu kişilerin dağıtacağı adaletin, akla, vicdana, delillere uygun, kamu vicdanını yaralamayacak gerçek bir adalet olduğu iddia edilebilir mi? Judeo-Christian anlayışın sonucu olan Kıta Avrupası (ve Common Law) hukuk sistemlerinin temelinde yatan “barış biçmek için, adalet eklemek gerekir”^[242] önermesinden yola çıkarsak, günümüzde ülkemizde yaşanan toplumsal kaosu nedenini biraz da adalet ekemeyen yargının niteliğinde aramak gerekmez mi?

Şüphesiz ki, gereğince işleyen bir adalet mekanizması için hâkim, savcı ve müdafî niteliğinin iyileştirilmemesi düşünülemez.^[243] Müdafîin savunma yapabilmek için belli bir yaş, bilgi ve birikimi arandığı çağımızda,^[244] terör olarak 21 yaşında hukuk fakültesini bitirip, test şeklinde yapılan adli hâkimlik/savcılık sınavını ve müteakiben de sözlü mülakatı geçerek hâkim veya savcı olunmasının, ceza muhakemesinin hiçbir ilkesi ile örtüşen bir tarafı bulunmamaktadır.

Keza, TCK bağlamında “çocuk” (m. 6, f. 1, b. b) vasfından çıkmalı daha bir kaç sene geçmiş bir gencin, hâkimlik, savcılık ve müdafîlik yapması yanlıştır. Bizler özellikle şahıslarında adaleti temsil eden hâkimleri (savcılar ve avukatları da) birer insan-ı kâmil olarak hayal ediyoruz. Yargılama mekanizmasında bütün makamlarda hayat tecrübesi sahibi, dünyayı tanımış, hukukçuluk mesleğinde tecrübe kazanmış insanların yer almasını bekliyoruz. Nitekim daha bağımsızlığını kazanalı 20 sene dahi olmamış Azerbaycan’da dahi, bu durumu biraz gerçekleştirebilmek için hâkimler için “asgari yaş sınırı” getirilmiştir. Çünkü hâkimlik koşullarının anayasal olarak düzenlendiği Azerbaycan’da ancak yaş 30’dan aşağı olmayan, seçilme hakkına sahip, hukuk fakültesi mezunu, en az

olsa olsa ‘yargının saygınlığını zedeleme’ yönünde kötü niyetli bir girişim olduğuna inanırlar. Ardından eleştirenler hakkında açılan davaları yine kendileri karara bağlar, mahkumiyete tazminatla sonuçlandırılır. Kuşkusuz bu tutum ‘çok şey’ olabilir, ancak ‘hakimlik’ olmaz” (id. s. 135-137). Bir akademisyen ve aynı zamanda da eski anayasa mahkemesi raportörü olan yazarın kendi bakış açısı ile isabetli bir şekilde özetlemiş olduğu hakim ve savcılara dair yorumların evvelden beridir pek çok hukukçu, öğretim üyesi, avukat için ortak bir sohbet konusu olduğunu bilinen bir husus olduğu için, bu gözlemleri bilimsel olarak da ortaya koyacak ampirik araştırmaların ülkemizde en kısa zamanda hayata geçirilmesini dileriz.

[242] Aslında “*Fruitus autem iustitiae in pace seminatur facientibus pacem/And the fruit of righteousness is planted in peace for those who make peace (ya da)The Harvest of Justice is Sown in Peace/Adalet biçmek için, barış eklemek gerekir*” (James 3:18)’in “*The Harvest of Peace is sown in Justice*” (Barış biçmek için, adalet eklemek gerekir) şeklinde kullanılan halinin daha doğru bir önerme olduğunu düşünmekteyiz.

[243] Müdafî niteliğinin artırılması maksadı ile yapılmış çeşitli öneriler için bkz. KOCAOĞLU S. Sinan, “Müdafî”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

[244] Bkz. Ibid.

beş yıl hukukçu olarak görev yapmış Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşları hâkim olabilirler.^[245]

Ülkemizde ise bu durumun tam tersi yani “*azami yaş sınırı*” geçerlidir. İlgili bölümde açıklanmış olan değişikliklerden önce, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’na göre, lisans ve lisansüstü öğrenimi yapmış olanlar için bu sınır “*otuz*” yaşı (m. 8, f. 1, b. b). Yani ülkemizde anılan gerekli özelliklere sahip bir hukukçu, eğer yaşı 30’dan büyük ise hâkimlik ve savcılık giriş sınavına başvurusu dahi kabul edilmiyordu. Bahsi geçen değişiklikten sonra bu azami yaş sınırı “*Giriş sınavının yapıldığı tarih itibarıyla otuzbeş yaşını doldurmamış olmak*” olarak değiştirildi (m. 8, f. 1, b. b). Ayrıca bu genel kaideye bir istisna olarak avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için, diğer şartlar ile birlikte, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibarıyla kırkbeş yaşını doldurmamış olmak koşulu getirildi(m. 8, f. 1, b. k).^[246]

Burada yanlısın devam ettirildiği, hakim ve savcılara asgari yaş sınırı getirerek hayat ve mesleki tecrübe sahibi kişilerin bu mesleklerde istihdam edilmesini sağlamak yerine, istihdamda “*asli*” olması gereken kaynak, yani avukatlık yaptıktan sonra hâkim ya da savcılık statüsüne geçmek isteyen adaylar, “*tali*” kaynak haline getirilmiştir.

Hâlbuki, ilgili yerlerde açıklandığı üzere, örneğin, İngiltere’de hâkimler “*barrister*”ların içinden, en azından on yıllık meslek tecrübesi olanlar arasından seçilir.^[247] Ülkemiz hukuk sisteminde denkliği olmayan ve aslında bir tür duruşma avukatı olarak açıklayabileceğimiz (kıdemli avukat) “*barrister*” olabilmek için önce müvekkiller ile doğrudan teması olan “*solicitor*” olarak avukatlık yapmak gereklidir.^[248] Solicitor davayı hazırlar, barrister ise hazırlanmış olan bu davayı duruşmada sunar.^[249] Nüfusu 60 milyon civarlarında olan İngiltere’de 55.000 adet “*solicitor*” avukatlık yapmakta iken; “*ipek giyenler*” olarak adlandırılan ve seçkin avukat sınıfından addedilen “*barrister*”ların sayısı 6600 kadardır.^[250] Kısaca, “*barrister*”lar “*solicitor*”ların erişiminin olmadığı yüksek

[245] ÖZEN Muharrem, “*Hâkimin Cezai Sorumluluğu*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 38, dn. 61.

[246] Görüldüğü üzere kanun koyucu yine aynı mantık hatasını tekrarlayarak, bu sefer “*avukat*”lığı bir meslek olarak kabul etmiştir. Mafafih tekraren belirtmek gerekirse avukatlık, hakimlik, savcılık, noterlik birer statüdür, meslek değildir. Bu gibi gibi statüleri işgal eden kişilerin mesleği ise “*hukukçu*”dur (ing: jurist) .

[247] OĞUZ Arzu, “*Karşılaştırmalı Hukuk*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 276, 277.

[248] SLAPPER Gary-KELLY David, “*The English Legal System: 2009/2010*”, Tenth Edition, Routledge- Cavendish Publishing, 2009, s. 541 vd

[249] Ibid.

[250] TARR Alan G., “*Judicial Process & Judicial Policy Making*”, 5th Edition, Wadsworth Cengage Learning, Boston, USA, 2010, s. 95.

mahkemelerde duruşmalara katılıp davasını sunabilir ve savunma yapabilir.^[251] Bu yüzden İngiltere'de bir kişinin 45 yaşından önce hâkim olduğu pek görülmemiş bir olay değildir.^[252]

Bu çerçevede ülkemizde hâkimlik veya savcılık yapacak kişilerin en azından belli bir süre (örneğin on yıl)^[253] avukatlık/müdafilik yaptıktan sonra hâkim olabilmeye koşullarını sağlayabilmelerinin, adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Hâkimlik ve savcılık yapmadan önce getirilecek belli bir süre avukatlık yapma ön şartı, bu kişilerin hayatın içinde pişme, şüpheli ve sanıkla bir de kürsünün öbür tarafından muhatap olma, bu kişilerin ve ailelerinin yargılanma sürecinde yaşadıklarını gözlemleyebilme, yargılamanın toplumdaki yansıması, adliye sistemindeki hatalar ile birebir mücadele etme vb. hususlarda tecrübe kazanmasını sağlayacaktır. Ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan "cezaların kişiselleştirilmesi" ancak bu şekildeki tecrübe sahibi hâkimler tarafından daha yetkin bir biçimde gerçekleştirilebilecektir. İddianamenin gerçeği yansıtır şekilde hazırlanması, ancak evvelden müdafilik ve avukatlık mesleğinde pişmiş savcılar tarafından yapılabilecektir.

Ülkemizde yirmili yaşların başlarında, aile sorumluluğu üstlenmek gibi hayatın normal akışına uygun olaylara fiilen karışmamış gençlerin müdafilik, savcılık ve hâkimlik yapmaları adaletin bihakkin gerçekleştirilmesini engelleyen en önemli psikolojik eksikliklerdendir. Örnek olarak, TCK'nın m. 102-106'da düzenlenmiş olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümü ile ilgili hükümleri, önlere gelen olaylarda doğru şekilde uygulanması, olayların doğal ve normal akışının bilinmesine; hâkim, savcı ve müdafilerden teşkil olmuş bir yargılama sürecinde, üzerine atılı cinsel saldırı suçundan yargılanan masum kişinin suçlu sayılmaması, suçlu kimsenin ise cezasız kalmaması yargı görevi yapanların yeterli tecrübe ve sağduyu sahibi olmasına bağlıdır. Bu gibi, çetrefilli uyuşmazlıkların çözümünü toplumsal yaşamı ve toplumun psikolojisini iyi hazmetmeye bağlıdır.

Bu bağlamda belirtmeliyiz ki, ülkemizde, kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde bir şekilde tasarruf yetkisi kullanan savcı, hâkim ve avukatların meslek icrası için gerekli eğitimleri almaya ve hatta mesleğe başladıkları yirmili yaşların

[251] Reichel: s. 190.

[252] HAMSON C. J., "İngiltere'de Avukatlık Mesleği", Çeviren: KAPANİ Münci, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 1951, s. 293, 294.

[253] 2802 sayılı kanundaki en az 5 sene avukatlık yapmış olma şartının, "en az 10 sene" olarak değiştirilmesi; en az bu kadar süre avukatlık yaptığını ispatlayan hukukçuların, öngörülecek diğer şartları gerçekleştirdikten sonra (çalışmamızda incelediğimiz ülkelerin hâkim istihdam sistemlerinin bir karması olacak şekilde örneğin asgari yaş sınırı, yazılı sınav, mülakat, tam teşekküllü bir üniversite hastanesinden alınacak gerçek anlamında bir beden ve ruh sağlığı raporu, asgari eğitim şartı [master veya doktora], çok iyi düzeyde en az bir yabancı dil bilgisi vb.) istihdam edilmeleri taraftarıyız. Bu temin yöntemi istisnasız olmayan bir genel kaide olarak kanunlaştırılmalı yani tek ve asli istihdam yöntemi belli bir süre avukatlık icra edildikten sonra hakim ve savcılığa geçiş olmalıdır.

başlarında, dünyanın pek çok ülkesinde insanların alkollü içecek satın almaları ve kullanmaları dahi yasaktır. Örneğin, ABD’nin bütün eyaletlerinde federal olarak uygulanan bir kanun neticesinde alkollü içecek satın alabilmek ve bunları kamuya açık olarak kullanabilmek yaşını, asgari 21 olarak düzenlenmiştir.^[254] Pek çok eyalet de, anılan bu yasaya dayanarak yaptıkları düzenlemeler ile 21 yaşın altındaki kişilerin alkollü içecek tüketmesini yasaklamışlardır. Hatta yine ABD’de bırakınız alkollü içeceği, 21 yaşından küçüklerin ticari ehliyet sahibi bile olmaları yasaktır.^[255]

Dolayısıyla bazı gelişmiş ülkelerde bir şişe bira dâhil olmak üzere alkol satın alması veya kamyonet şeklindeki bir ticari araba kullanması dahi kamu sağlığı ve kamu güvenliği açısından uygun görülmeyen yaştaki kimselerin, ülkemizde hâkim, savcı veya avukat olabilmesi herhalde içinde bulunduğumuz traji-komik durumun en basit göstergelerinden birisidir. Bu ve verilebilecek pek çok başka örnek yüzünden müdafî, hâkim veya savcı olsun ceza muhakeme sisteminde yargı görevi yapan kişilerin sadece hukuk bilgisine sahip olması, hatta olgunlaşması yetmez. Ek olarak, hayat tecrübesi sahibi kişilerden oluşturacak bir sistemin kurulmasının gerekli olduğunu gözardı edemeyiz.

Netice olarak, unutulmamalıdır ki, hâkimlik ve savcılık bir meslek değildir. Hâkimlik ve savcılık aynen avukatlık gibi bir statüdür. Her statü ve makam gibi hâkimlik ve savcılık da gelip geçicidir. Kişilerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde söz sahibi olunan bu statüler, kişilerin kendi şahsiyetlerini bulmak ve kişiliklerini geliştirmek için ihdas edilmiş birer araç değildir. Bilakis, özellikle hâkim ve savcılık başta olmak üzere bu görevler “*şahsiyetini bulmuş*” ve “*kişiliği oturmuş*”, aynı zamanda evrensel ve çağdaş hukuki değerleri benimsemiş olarak hukukçuluk mesleği ile iştigal eden kişilerin icra etmesi gereken görevlerdir. Sahip olduğu makamdan kudret alan değil, bu makama kudret katacak derecede kendini olgunlaştırmış (gerçekleştirmiş) kişiler, bu makamları ve görevleri işgal etmelidirler. Bu yüzden, özelde ceza muhakemesi sistemi ve genelde yargı mekanizması ancak bu özelliklerdeki kişilerin çalışabileceği şekilde donatılmalıdır. Zira, kanaatimizce, ancak “*insan-ı kâmil*” vasıflarını taşıyan hukukçular hâkim, savcı veya avukat (müdafî) olarak devletin adalet dağıtma işlevini gereğince yerine getirebilir. Çünkü, hâkimler başta olmak üzere savcı ve avukatlar, yani tüm yargı görevi yapanlar, yasaların dilidirler. Bahsi geçen kişiler bu dili ne kadar mükemmel konuşurlarsa, adil yargılama da o derecede kusursuz gerçekleşmiş olur.

[254] National Minimum Drinking Age Act of 1984 [Federal Uniform Drinking Age Act], 23 U.S.C.; bkz. Title 23, § 158

[255] Federal Law of 49, Code of Federal Regulations, § 383 [Commercial Driver’s Licence].

Hâkim ve savcı adaylarının hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimleri konusu ayrı bir araştırma konusudur. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, ilgili bölümde açıklandığı gibi Fransa'da hâkim ve savcılar her yıl 5 gün boyunca meslek içi eğitime katılmak zorundadır. Yine daha önce izah edildiği üzere, pek çok gelişmiş ülkede hâkim ve savcı adayları son derece teferruatlı bir psikiyatrik muayeneden geçirilmektedir. Ülkemizde ise hâkim ve savcı adaylarına psikolojik veya psikiyatrik muayene devlet hastanelerinde baştan savma bir şekilde, bir formalite olarak yapılmaktadır. Bizce, bireylerin hak ve hürriyetleri üzerinde tasarruf yetkisine sahip hâkim ve savcıların sadece işe alma safhasında değil, uygun görülecek periodlarda, örneğin her üç sene bir gerçek anlamda, tam teşekküllü üniversite hastanelerinde bedeni ve ruhi sağlık kontrolünden geçmelerinin zorunlu tutulması adaletin selameti için şarttır. Keza, her sene pilotlarını tam sağlık muayenesi yaptıran Türk Devletinin hâkim ve savcılarını böyle bir mecburiyetten niçin bağımsız tuttuğunu anlayabilmek mümkün değildir.^[256]

Ayrıca, hâkim ve savcı adaylarının edebiyat (Dünya ve Türk Klasikleri), felsefe ve sosyoloji gibi alanlar ile ilgi ve bilgisi de muhakkak ölçülmelidir. Zira yabancı mahkeme kararları, örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi ya da Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile Türk mahkeme kararlarını (örneğin Anayasa Mahkemesi ya da Yargıtay) okuyup karşılaştırınca, bu kararları yazan hâkimler arasındaki nitelik farkı da açıkça ortaya çıkmaktadır.^[257]

[256] Ülkemizde, kurumun özelliğinden dolayı asker kişiler için çıkarılmış olan "TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliği" mevcuttur. Böylesi bir hukuksal düzenlemenin hakim ve savcılar içinde yapılmasının lüzumu vardır. Adaletin tevzii gibi önemli bir vazife ile iştigal edildiği için, bu düzenlemenin, devlet memurları rejiminden farklılaştırılmış (yani diğer kamu görevlilerinden içerik olarak ayrıştırılmış) ve hakimlik teminatının siyasi iktidarlar tarafından suistimal edilebilme ihtimalini ortadan kaldıracak nitelikte engelleyici teferruatlı ve normlar hiyerarşisi çerçevesinde güvenli bir yapıda oluşturulması şarttır. Zaten, kanun koyucu da adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi için, hakim ve savcılarının görevlerini yerine getirebilecek sağlamlıkta beden ve ruh sağlığına sahip olmalarını şart görmüştür (2802 sayılı Kanun, m. 44). Ancak unutulmamalıdır ki bir takım kamu görevlerini işgal edenlerde, hoşgörülebilir bir takım basit psikolojik hastalıklar, hakim ve savcılarda, toplumda yaratacakları neticeler açısından asla hoşgörülemez. Nasıl ki T.C. Devleti milyarlarca liralık jet uçaklarını her yönü ile sağlam olmayan kişilere emanet etmiyor, ayrıca bu kişilerin sağlıklarını da her yıl detaylı bir şekilde kontrol etmektedir; aynı şekilde, bir kararı ile hem kişilerin hayatlarında ve hem de toplumda yüzlerce jet uçağının açamayacağı zararı açabilecek yetkiye sahip hakim ve savcılarının sağlığına, istihdam esnasında ve görevleri boyunca düzenli şekilde takip edilmek zorundadır.

[257] Başta Yüksek Mahkemelerimiz olmak üzere Türk yargı kararlarındaki "edebi" ve "felsefi" derinlikten yoksunluk meselelerinden de fazla önem taşıyan bir konu olan yargı kararlarındaki "isabet/hukuki doğruluk" hususlarında Yargıtay eski Başkanı Prof. Dr. Sami Selçuk'un Prof. Sahir Erman'dan aktardığı bir hatırayı nakletmemizin oldukça manidar olacağı kanaatindeyiz: "Yıl 1990. Merhum Prof. Dr. Sahir ERMAN'dan bir mektup aldım. 1983'de Roma Hukuk Fakültesi'nde konuk profesördür, Erman. İtalya'dan alınan Ceza Yasamızın nasıl uygulandığı konusunda bir konuşma isteriz, kendisinden. Erman en güzel kararları seçerek konuşur (Bu konuşma İtalya'da basıldı). Konuşmanın

Son söz yerine, Mecelle'nin 1792. maddesini ifade etmenin çalışmamızın neticesini perçinleyeceği kanaatindeyiz. Son demlerini yaşayan ve hastalıklı adam olarak nitelendirilen Osmanlı İmparatorluğu'nda “*olması gereken hâkim*” tanımı kanunen şu şekildedir: “*Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.*”^[258] Bir yargı görevlisinin bu özelliklere sahip olmasının ancak iyi bir eğitim, sağlam bir kişilik ve yeterli hayat tecrübesinin getirdiği olgunluk ile iktisap edilebileceği de izahtan varestedir.

sonunda homurdanmalar başlar. Bir ara sonradan Adalet Bakanlığı da yapan Prof. Conso, Türk yargıçlarının hukuk eğitimi alıp almadıklarını sorar. Erman 'Elbette' deyince Conso 'Öyleyse neden böyle kararlar çıkıyor? Demek hukukun en basit kavramlarını öğretememişsiniz' diye çıkışır. Erman'ın en acı anılarından biridir bu olay. Milliyet'te de daha sonra yazdı, bu anıyı. Anel, 1980'de 'İtalyan Ceza Yasası, Türk uygulamasında yozlaştırılmıştır' diyordu. Rahmetli Hocam Erem, Belçika Kongosu'ndan Prof. Bolongo'nun yapıtını inceledikten sonra 'Bunlar bizi geçmiş. Onca yıl ders verdim. Başarısız mıydım?' diye sormuştu, bana. Üzgündü elbette.” (SELÇUK Sami, “Kısıtlı Demokrasi Sancılı Hukuk”, Birinci Baskı, Truva Yayınları, İstanbul, 2009, s. 93).

[258] Yani yargıç, “*bilge ve bilgin, akıllı, anlayışlı, doğru, kendisine güvenilen, korkusuz, vakarlı, temkinli, metanetli, dayanıklı olmalıdır*” (ÖKÇESİZ Hayrettin, “Bir Yargıç Nasıl Adil Olur?” bkz. <http://www.hukukihaber.net/bir-yargic-nasil-adil-olur-makale,2138.html> [Erişim Tarihi: 29.10.2011]). Osmanlı'da hâkimlik/kadılık düzenlemeleri için ayrıca bkz. Mecelle m.1792-1794.

KAYNAKÇA

- ALAIX Michel, "The Quality of Judicial training in the Light of the Recent European Developments (at National & International Level) in the Field of Training of Magistrates", Council of Europe Co-Operation Programme to Strengthen the Rule of Law for 2005, Seventh Plenary Meeting of the Lisbon Network (European Network for the Exchange of Information Between Persons & Entities Responsible for the Training of Judges and Public Prosecutors), RES/LISB/PL/RAP (2005) 1, Strausbourg, France, 10 November 2005, s. 2-6. Bu toplantının (Theme-1) raporunun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/rapports/Rapport-Allaix_en.pdf
- AVCI İbrahim, "Türkiye'de Yönetici Geliştirme (Mülki İdare Amirleri Örneğinde)", Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- BARTON Benjamin H., "The Lawyer-Judge Bias in the American Legal System", Cambridge University Press, New York, USA, 2011.
- BELL John, "Judiciaries within Europe: A Comparative Review", Cambridge Studies in International and Comparative Law (CSICL), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2006.
- Black's Law Dictionary, Sixth Edition [Centennial Edition: 1881-1991], Editor: BLACK Henry Campbell, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1990.
- BOCCACIO Giovanni, "Famous Women", Translated by: BROWN Virginia, Harvard University Press, USA, 2003.
- Bordeaux Declaration, "Judges and Prosecutors in a Democratic Society", Opinion No. 12 (2009) of the Consultative Council of European Judges and Opinion No. 4 (2009) of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), Starasburg, 8 December 2009. Bu deklarasyonun elektronik formattaki hali için bkz. <https://wcd.coe.int> (Erişim tarihi: 13. 16. 2011).
- CAENEGEM Raoul Charles van, "The Birth of the English Common Law", Cambridge University Press, Second Edition, Cambridge, 1988.
- CAMPBELL Ian (Rapporteur), "Conditions of Access to the Profession of Judge and Public Prosecutor- Selection Criteria and Recruiting Procedures in the United Kingdom", "The training of judges and public prosecutors in Europe", (Proceedings, Multilateral Meeting Organized by the Council of Europe in conjunction with the Centre for Judicial Studies, Lisbon, 27-28 April 1995, Lisbon), Volume 1995, Council of Europe, Centro de Estudos Judiciários (Lisbon, Portugal), Council of Europe Publishing, printed in Germany, 1996, s. 31-35.
- CAN Osman, "Darbe Yargısının Sonu: Karargah Yargısından Halkın Yargısına", 3. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2010.
- CAUFIELD Racker Paine, "The Curious Logic of Judicial Elections", Arkansas Law Review, Vol: 64, 2011, s. 249-279.
- CLARK John Bates, "The Distribution of Wealth: A Theory of Wages, Interest and Profit", Cosimo Classics, New York, USA, 2005.
- CHAMPFEU Henri de Larosiére, "Some Aspects of the French Penal Procedure", Visiting Experts Papers, The United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI) Website. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No53/No53_11VE_Champfieu.pdf (Erişim Tarihi: 21. 06. 2011).
- CHOPRA Ramesh, "Academic Dictionary of Mythology", Isha Boks, New Delhi, India, 2005.
- ÇELİK Burak, "Nitelikli Yargı Hakkı", Güncel Hukuk, Temmuz 2011/7-91, s. 12-13.
- ÇOLAK Haluk, "Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu-Cross Examination", Bilge Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2007.
- DE CRUZ Peter, "Comparative Law in a Changing World", Cavendish Publishing Limited, Second Edition, London, Great Britain, 1999.
- DI FEDERICO Giuseppe, "Preface", "Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain", Editor: DI FEDERICO Giuseppe,

Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University ann Research (FISR Progamme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. I-X. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.irsig.cnr.it/index.php?option=com_booklibrary&task=view&id=1561&catid=54&Itemid=75&lang=en (Erişim Tarihi: 15. 05. 2011).

DI FEDERICO Giuseppe, “Recruitment, Professional Evaluation, Career and Discipline of Judges and Prosecutors in Italy”, “Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain”, Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University ann Research (FISR Progamme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 127-159. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.irsig.cnr.it/index.php?option=com_booklibrary&task=view&id=1561&catid=54&Itemid=75&lang=en (Erişim Tarihi: 15. 05. 2011).

EREM Faruk, “Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara, 1986.

ERRERA Roger, “The Recruitment, Trainig, Evaluation, Career and Accountability of Members of the Judiciary in France”, “Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain”, Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University ann Research (FISR Progamme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 43-69. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.irsig.cnr.it/index.php?option=com_booklibrary&task=view&id=1561&catid=54&Itemid=75&lang=en (Erişim Tarihi: 15. 05. 2011).

EPSTEIN Lee, “Shedding (Emprical) Light on Judicial Selection”, Missouri Law Review, Vol: 74, 2009, s. 563-571.

European Judicial Systems, “Efficiency and Quality of Justice-Edition 2008 (Data 2006)”, European

Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe Publishing, Belgium, 2008.

FASCHING Darrell J., “The Ethical Challenge of Auschwitz and Hiroshima: Apocalypse or Utopia?”, State University of New York, Albany, New York, 1993.

FOX Timothy Davis, “Electiones Regnat”, Arkansas Law Review, Vol: 64: 89, 2011, s. 89-98.

GELDART William, “Introduction to English Law”, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 1991.

GREENE Norman L., “Advancing The Rule of Law Through Judicial Selection Reform: Is the New York Court of Appeals Judicial Selection Process The Least of Our Concerns in New York?”, Albany Law Review, Vol: 72, 2009, s. 644-654.

GREENE Norman L., “Perspectives on Judicial Selection Reform: The Need to Develop A Model Appointive Selection Plan for Judgesin Light of Experience”, Albany Law Review, Vol: 68, 2009, s. 597-611.

GUARNIERI Carlo, “Judicial Independence in Latin Countries of Western Europe”, “Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World”, Editor: RUSSEL Peter H.-O'BRIEN David M., Constitutionalism & Democracy Series, University of Virginia Press, Charlottesville, USA, s. 111-131.

GROSSMAN Joel B., “Lawyers and Judges: the ABA and the Politics of Judicial Selection”, John Wiley and Sons Inc. Publishing, New York, USA, 1965.

HAMSON C. J., “İngiltere’de Avukatlık Mesleği”, Çeviren: KAPANİ Münci, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 1951, s. 292-297. Ayrıca makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/358/3755.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Mart 2009).

HICKINBOTTOM Gary, “What Makes A Good Judge?”, “Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy”, Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 55-67. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. <http://jac.judiciary>.

gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

JOWELL Jeffrey, "The Growing International Consensus in Favour of Independent Judicial Appointment Commission", "Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy", Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 1-11. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

KOCAOĞLU Serhat Sinan, "Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/2, s. 125-141.

KOCAOĞLU S. Sinan, "Müdafî", Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

KOCAOĞLU Sinan, "Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliğini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, sayı: 92, Ocak-Şubat 2011, s. 238-287.

KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008.

LADURIE Emmanuel Le Roy, "The Ancien Régime: A History of France-1610-1774", Blackwell Publishers Ltd, Massachusetts, USA, 1998.

MACKAY James Lord of Clashfern KT – STA David, "Selection of Judges Prior to the Establishment of the Judicial Appointments Commission in 2006", "Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy", Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 11-31. Bu kitabın elektronik format-taki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

MARX Karl, "Das Kapital", Gateway Editions, Regnery Publishing Inc, Washington DC, USA, 2000.

NEUBAUER David W.-MEINHOLD Stephen S., "Judicial Process: Law, Courts & Politics in the United States",

Fifth Edition, Wadsworth Cengage Learning, Boston, 2010.

LADURIE Emmanuel Le Roy, "The Ancien Régime: A History of France-1610-1774", Blackwell Publishers Ltd, Massachusetts, USA, 1998.

LANGBROEK Philip M., "Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges in the Netherlands", "Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain", Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University ann Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 127-159. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.irsig.cnr.it/index.php?option=com_booklibrary&task=view&id=1561&catid=54&Itemid=75&lang=en (Erişim Tarihi: 15. 05. 2011).

LUDET Daniel, "The French System for Recruiting the Judges & Prosecutors", "The training of judges and public prosecutors in Europe", (Proceedings, Multilateral Meeting Organised by the Council of Europe in conjunction with the Centre for Judicial Studies, Lisbon, 27-28 April 1995, Lisbon), Volume 1995, Council of Europe, Centro de Estudos Judiciários (Lisbon, Portugal), Council of Europe Publishing, printed in Germany, 1996, 19-23.

LUIGI Pierre, "Commentary and Tradition: Aristotelianism, Platonism, and Post-Hellenistic Philosophy", Editor: BONAZZI Mauro, Walter de Gruyter GmbH & Co, Berlin, Germany, 2011, s. 205, 206.

MARX Karl, "Das Kapital", Gateway Editions, regnery Publishing Inc, Washington DC, USA, 2000.

NEUBAUER David W. - FRADELLA Henry F., "America's Courts and the Criminal Justice System", Wadsworth Cengage Learning, Tenth Edition, Canada, 2009.

OBERTO Giacomo, "Selection, Training, Career and Status of Judges: International Standards and the Italian Experience". Bu makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://giacomoberto.com/yerevan/report.htm> (Erişim Tarihi: 09. 07. 2011).

OĞUZ Arzu, “Karşılaştırmalı Hukuk”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖKÇESİZ Hayrettin, “Bir Yargıç Nasıl Adil Olur?” bkz. <http://www.hukukihaber.net/bir-yargic-nasil-adil-olur-makale,2138.html> (Erişim Tarihi: 29. 10. 2011).

ÖZEKES Muhammet, “Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu”, Eskişehir Barosu Dergisi, 2005/6, s. 1-16.

ÖZEN Muharrem, “Hâkimin Cezai Sorumluluğu”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 38, dn. 61).

REDMOND P. W. D. – STEVENS I. N. -SHEARS P., “General Principles of English Law”, Pitman Publishing, London, United Kingdom, 1991.

PAULIAT Héléne-JEAN Paul Jean, “An Evaluation of the Quality of Justice in Europe and its Developments in France”, Utrecht Law Review, Volume 2, Issue 2 (December), 2006, s. 44-60. Bu makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/25/25>

POBLET Marta and CASANOVAS Pompeu, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges in Spain”, “Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain”, Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University ann Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 159-185. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.irsig.cnr.it/index.php?option=com_booklibrary&task=view&id=1561&catid=54&Itemid=75&lang=en (Erişim Tarihi: 15. 05. 2011).

PRASHAR Baroness Ushe CBE, “Translating Aspirations into Reality: Establishing the Judicial Appointment Commission”, “Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy”, Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 46. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf (Erişim Tarihi: 25. 07. 2011).

REICHEL Philip L., “Comparative Criminal Justice Systems - A Topical Approach”, Third Edition, Pearson Education Inc., Upper Saddle River, New Jersey, 2002.

RIDLEY Mark, “Evolution”, Blackwell Publishing, Third Edition, MA, USA, 2004.

RIEDEL Johannes, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges in Germany”, “Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain”, Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University ann Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 69-127. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.irsig.cnr.it/index.php?option=com_booklibrary&task=view&id=1561&catid=54&Itemid=75&lang=en (Erişim Tarihi: 15. 05. 2011).

RUSSELL Peter H., “Judicial Recruitment, Training and Careers”, “The Oxford Handbook of Empirical Legal Research”, Editors: CANE Peter-KRITZER Herbert, Oxford University Press, New York, USA, 2010, s. 522-545.

SANCAR Mithat-ATILGAN Eylem Ümit, “Adalet Biraz Es Geçiliyor...Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar”, TESEV Yayınları, 2. Baskı (Ağustos), İstanbul, 2009. Bu çalışmanın birinci baskısının elektronik formattaki hali için bkz. http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/Yargi1_07_05_09WEB.pdf (Erişim Tarihi: 28. 05. 2011).

SELÇUK Sami, “Kısıtlı Demokrasi Sancılı Hukuk”, Birinci Baskı, Truva Yayınları, İstanbul, 2009.

SCHMIDHAUSER John Richard, “Judges and Justices: The Federal Appellate Judiciary”, Little Brown and Company, USA, 1979.

SHAPIRO Fred R., “The Yale Book of Quotations”, RR. Donnelley & Sons Print House, USA, 2006.

SCHOTLAND Roy A., “Judicial Elections in the United States: Is Corruption an Issue?”, “Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems”, Editors: LABELLE Huguetta-HOSSAIN Kamal, Transparency International, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2007, s. 26-31.

SLAPPER Gary-KELLY David, "English Legal System", Second Edition, The Cavendish Publishing Limited, London, United Kingdom, 1995.

SLAPPER Gary-KELLY David, "The English Legal System: 2009/2010", Tenth Edition, Routledge- Cavendish Publishing, United Kingdom, 2009.

SOBEL Russell S.-HALL Joshua C., "The Effect of Judicial Selection Processes on Judicial Quality: The Role of Partisan Politics", *Cato Journal*, Vol: 27, No: 1 (Winter), 2007, s. 69-82.

SOYASLAN Doğan, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", *Gözden Geçirilmiş 8. Baskı*, Yetkin yayınları, Ankara, 2010

SOYASLAN Doğan, "İtalya'da Ceza ve Ceza Usul Hukukları Reformu Hareketi", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 45, Sayı: 1, 1996, s. 61-66. Ayrıca makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2712.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Mart 2009).

STAATS Johann Friedrich (Rapporteur), "The Requirements for Admission to the Profession of Judge and Public Prosecutor-Selection Criteria & Means of Recruitment- Comparative Examination (The Netherlands)", "The training of judges and public prosecutors in Europe", (Proceedings, Multilateral Meeting Organized by the Council of Europe in conjunction with the Centre for Judicial Studies, Lisbon, 27-28 April 1995, Lisbon), Volume 1995, Council of Europe, Centro de Estudos Judiciários (Lisbon, Portugal), Council of Europe Publishing, printed in Germany, 1996, s. 9-13.

STAWA Georg, "Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Austria", "Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain", Editor: DI FEDERICO Giuseppe, Research Project with Financial Support from the Italian Ministry of Education, University ann Research (FISR Programme), Research Centre for Judicial Studies (ceSROG), University of Bologna, Italy, 2005, s. 1-43. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz.

http://www.irsig.cnr.it/index.php?option=com_booklibrary&task=view&id=1561&catid=54&Itemid=75&lang=en (Erişim Tarihi: 15. 05. 2011).

SUMPTION Jonathan, "The Constitutional Reform Act 2005", "Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy", Editor: JOWELL Jeffrey, funded by the the Law Society –the Judicial Appointments

Commission-ILEC-the Central Council of the Bar, London, 2010, s. 31-43. Bu kitabın elektronik formattaki hali için bkz. http://jac.judiciary.gov.uk/static/documents/JA_web.pdf [Erişim Tarihi: 25. 07. 2011.

TARR Alan G., "Judicial Process & Judicial Policy Making", 5th Edition, Wadsworth Cengage Learning, Boston, USA, 2010, s. 95.

THOMAS Cheryl, "Judicial Diversity in the United Kingdom and Other Jurisdictions: A Review of Research Policies and Practices", published by the Commission for Judicial Appointments, London, UK, November 2005. Bu raporun elektronik formattaki hali için bkz. http://www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/docs/Review_of_Judicial_Diversity.pdf (Erişim tarihi: 21. 06. 2011).

TIRYAKIAN Edward A., "For Durkheim: Essays in Historical & Cultural Sociology", Rethinking Classical Sociology, Ashgate Publishing Company, Farnham, England, 2009, s. 120.

VERBURG Joep J. I. (Rapporteur), "The Requirements for Admission to the Profession of Judge and Public Prosecutor-Selection Criteria & Means of Recruitment-Comparative Examination (The Netherlands)", "The training of judges and public prosecutors in Europe", (Proceedings, Multilateral Meeting Organized by the Council of Europe in conjunction with the Centre for Judicial Studies, Lisbon, 27-28 April 1995, Lisbon), Volume 1995, Council of Europe, Centro de Estudos Judiciários (Lisbon, Portugal), Council of Europe Publishing, printed in Germany, 1996, s. 23-27.

WEIGEND Thomas, "Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor", Çeviren: BOZBAYINDIR Ali Emrah, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 330-344.

WELLS H.G., "The Salvaging of Mankind", Macmillan Company, New York, 2006.

WOOD Allen, "Analytical Marxism", Editor: ROEMER John E., Edition of la Maison des Sciences de l'Homme, Cambridge University Press, USA, 1993, s. 283-304.

VOLCANSEK Mary L., “Exporting the Missouri Plan: Judicial Appointment Commissions”, *Missouri Law Review*, Vol: 74, 2009, s. 783-800.

ZWEIGERT Konrad, “International Encyclopedia of Comparative Law”, Volume: 16, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA CEZALARIN İÇTİMAİ KURUMUNUN DÜZENLENMESİ GEREKTIĞİ ÜZERİNE

Yrd. Doç. Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN*

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Makalede cezaların içtimalı kurumu incelenmiştir. Mevzuatımızda yer almayan cezaların içtimalı kurumu, Alman Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ışığında incelenmiş ve buna ilişkin başlıca sistemler anlatılarak, kurumun gerekliliği ve yokluğundan kaynaklanabilecek sakıncalar üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Cezaların içtimalı, gerçek içtima, erime sistemi, toplama sistemi, cezaların arttırılması sistemi.*



ON THE NECESSITY OF THE INSTITUTION OF THE CONCURRENCE OF PUNISHMENTS IN THE TURKEY PENAL LAW

ABSTRACT

This article intends to analyse the concurrence of punishments. Institution for concurrence of crimes that does not exist in Turkish legislation is analyzed in the light of German Criminal Code and 765 of Turkish Criminal Code. The major systems on the subject are examined and the necessity of such an institution is argued out.

Keywords: *Concurrence of punishments, real concurrence, melting system, collection system, increasing the penalties system.*

I. GENEL OLARAK

Birleşme, kaynaşma ya da toplanma olarak da adlandırılan içtimanın^[1] ceza hukukunda iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki suçların, ikincisi cezaların içtimadır.

Suçların içtimai, suç genel teorisi içinde yer alan bir kurum olup, içtima eden suçlardan bazılarının cezasının fail hakkında uygulanmamasına yol açmaktadır. Gerçekten de suçların içtimaini suçtan doğan ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak gören görüşler terk edilmiş, buna karşılık birleşen suçların birbiri içinde eridiğini ve sonuç olarak tek suça dönüştüğünü kabul eden görüşler ağırlık kazanmıştır.^[2] Suçların içtimanda korunan hukuki yararın birden fazla olduğu gözetilerek bu konunun suçların özel görünüş biçimlerinden birisi olarak incelendiğini görmekteyiz.^[3] 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da suçların içtimaina ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olmakla birlikte uygulama alanı daraltılmıştır.^[4]

Cezaların içtimai kurumu ise, aynı fail hakkında tek veya farklı yargılamalarda verilmiş olan birden fazla cezanın biraraya getirilmesine olanak sağlamaktadır. İşte failin birden fazla hareketle, herbiri cezalandırılabilir olan birden fazla ihlale yol açması ve bunun sonunda birden fazla sayıda cezaya mahkum edilmesi halinde cezaların içtimaidan bahsedilir.^[5]

Tek veya farklı kararlarla hükmedilmiş birbirinden bağımsız birden fazla cezanın içtima ettirilebilmesi bazı koşullara bağlanmaktadır. Bunlardan en önemlisi, içtimaya tabi tutulacak herbir cezanın infaz yeteneğine sahip olmasıdır.^[6]

İlk tasarıda yer almasına karşın, cezaların içtimai kurumuna, Türk Ceza Kanununun son şeklinde yer verilmemiştir.^[7]

[1] “İçtima” sözcüğü “toplanma” sözcüğünün karşılığıdır. Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.44’ün “fikri içtima” biçimindeki başlığında da “içtima” sözcüğü kullanılmıştır. Türk Ceza Kanunu sistemi izlenerek bu çalışmada “içtima” sözcüğünün kullanılması tercih edilmiştir.

[2] Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, 12. B., İstanbul 1999, 373-374.

[3] Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 447; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., İstanbul 2005, 488 vd.

[4] Mahmut Koca, “Fikri İçtima”, Ceza Hukuku Dergisi, Y:2, S:4, Ağustos 2007, 197.

[5] Mehmet Emin Artuk/Ahnet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, 792; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. B., Ankara 2011, 628-629.

[6] Doğan Gedik, “Türk Ceza Kanununda ve Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısında Cezaların İçtimai (Toplanması) Sistemi”, <http://yeniforumuz.biz/showthread.php?402262-T%C^%BCrk-ceza-kanununda-ve-yeni-ceza-kanunu-tasarisinda-cezalarin-i%C%A7timai-sistemi> (20 Haziran 2011)

[7] Doğan Gedik, “Türk Ceza Kanununda...”.

II. CEZALARIN İÇTİMAİ SİSTEMLERİ

1. KAVRAM

Bir kişinin işlediği birbirinden bağımsız suçlar nedeni ile mahkum edildiği cezaların yargılama veya infaz sırasında birleştirilmesi, cezaların içtimali için benimsenen bir sistemin uygulanması suretiyle mümkün olmaktadır. Böylece fail hakkında hükmedilen birden fazla cezanın ne surette infaz edileceği belirlenmektedir.^[8]

Cezaların içtimalından bahsedebilmek için suçların içtimali suretiyle çeşitli ihlallerin kaynaşmaması yani faile birden fazla ceza verilmesinin mümkün olması gerekir. Ayrıca bu cezalar, infaz, zamanaşımı, af veya ön ödeme gibi nedenlerle düşmemiş olmalıdır. İçtima edilecek cezaların aynı anda işlenen suçlardan kaynaklanması gerekmez. Aksine suçlar arasında içtima olmadığı sürece bir kişi hakkında verilmiş bağımsız cezaların içtima ettirilmesi mümkündür.

Bazı görüşler tarafından infaza ilişkin bir mesele^[9] olarak görülen cezaların içtimalının, ceza kanunu içinde düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüş genellikle benimsenmektedir.^[10]

765 Sayılı TCK m.68-80 arasındaki hükümler, suç ve cezaların içtimali başlığını taşımaktaydı.^[11] Bu dönemde Yargıtay, bir sanık hakkında hükmedilen birden fazla ceza bulunması halinde cezaların içtimalının yapılmasını bozma nedeni saymaktaydı.^[12]

765 Sayılı Türk Ceza Kanununun aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda cezaların içtimalına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla birden fazla suç işleyen bir faile verilecek cezaların mahkumiyet kararında toplanması yoluna gidilemeyecektir. Hükmolunan birden fazla ceza, her cezanın bağımsız olduğu ilkesi gereği, aynı türden cezalar olsalar dahi içtima ettirilemeyecek ve

[8] Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1978, 715; Haluk Çolak/Uğurtan Altun, Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara 2007, 537-538.

[9] "...cezaların içtimali bir infaz kurumu ve işlemidir...infaza ilişkin uygulamalar kazanılmış hak oluşturmadığından...", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T:06.11.2007, E:2007/6-190, K:2007/228, Dominant Mevzuat ve İçtihat Programı.

[10] Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: III, 12. B., İstanbul 1999, 100-101; Kayhan İçel/Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, 253.

[11] 765 Sayılı TCK m.68; "bir kimse müteaddit suçlardan dolayı hüküm veya ceza kararnamesiyle mahkum edilirse cezalar bu bab hükümlerine göre içtima ettirilir.", 765 Sayılı TCK m.69; "Bir hüküm veya ceza kararnamesinden sonra aynı kimsenin bu mahkumiyetten önce veya sonra işlediği bir suçtan dolayı mahkum edilmesi halinde cezaların içtimali hükümleri tatbik olunur."

[12] Yargıtay 1.Ceza Dairesi E.2003/4262, K.2004/754, T.10.3.2004, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=15309> (29 Haziran 2011).

mahkumiyet kararında ayrı ayrı gösterilmeleri ile yetinilecektir.^[13] Nitekim Yargıtay, Türk Ceza Kanununda cezaların içtimai kurumunun düzenlenmediğini belirterek, yerel mahkemenin sanık hakkında verilen cezaların içtima ettirilmesine dair kararını bozmuştur.^[14]

Fail hakkında kurulacak hükmü etkilemesi nedeni ile cezaların içtimai kurumunun ceza kanunu içinde düzenlenmesi gereklidir. Buna karşılık fail hakkında birleştirilmeksizin yapılan yargılamalar sonucunda kurulmuş hükümlerden kaynaklanan cezaların içtimainın infaz aşamasında, yetkili ve görevli mahkemece yapılması mümkündür. Almanya Hukukunda, gerek birleştirilerek yapılan yargılamalarda gerekse toplam cezanın sonradan oluşturulmasında uygulanacak hükümler Ceza Kanunu içinde düzenlenmiştir.

2. CEZALARIN İÇTİMAİ SİSTEMLERİ

Suçların ve cezaların içtimainda farklı sistemlerin kabul edildiği ülkelerde, cezaların içtimainın uygulanabilmesi için, suçların içtimai koşullarının bulunmaması gerekmektedir.^[15] Cezaların içtimai konusunda kabul edilen üç temel sistem bulunmaktadır. Erime, cezaların arttırılması ve toplama sistemi olan bu üç sistem aşağıda incelenmiştir.

a. Erime Sistemi

Bu sistemde fail, işlediği suçlardan en ağırının cezası ile cezalandırılır ve daha hafif olan suçlara ait cezalar, ceza tayininde dikkate alınmaz. Hafif olan cezaların, ağır olan cezanın içinde eridiği kabul edilir.^[16] Failin işlediği suçların bazılarının cezasız kalmasına yol açması sisteme yöneltilen eleştirilerden birisidir.^[17]

Sistemin uygulanma gerekçesi, toplumun faili işlediği birinci suçtan dolayı cezalandırmayarak ihmal ettiği ve sonraki suçların işlenmesine olanak sağladığı biçimindeki görüştür. Cezaların birbiri ardına infaza konulmasının insafsızlık olduğu, en ağır ceza çekildikten sonra daha hafif cezaların çekilmesine gerek

[13] Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 3. B., Ankara 2008, 283; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, 574; Çolak/Altun, 543; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.B., Ankara 2009, 506; Ali Rıza Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara 2005, 34.

[14] Yargıtay 1.CD., E:2006/2074, K:2006/4686, T:3.11.2006, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Temmuz-Ağustos 2008, S:47-48, İstanbul 2008, 227.

[15] Kayıhan İçel, Suçların İçtimai, İstanbul 1972, 12-13.

[16] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, 254; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 601; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, 555; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Hukuku, 9.B., Ankara 2006, 353; Çolak/Altun, 540.

[17] Vidal Magnol, Ceza Hukuku (çev.Şinasi Z. Devrin), Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1946, 296.

kalmayacağı kabul edilmektedir. Fransa'da uygulama alanı bulan erime sisteminin gelişimi, hürriyeti bağlayıcı cezaların gelişimine paralel seyretmiştir. Nitekim hürriyeti bağlayıcı cezaların toplanması halinde ağır sonuçlara ulaşılmaması, zaman içinde erime sisteminin kabul edilmesine yol açmıştır.^[18]

Kuzey Kıbrıs ceza hukuku mevzuatında cezaların içtimasında erime sistemi kabul edilmiştir. Buna göre, birleştirilerek yapılan bir yargılamada, sanık birden fazla suç işlemekten dolayı birden fazla cezaya mahkum edilirse, bu cezalar ayrı ayrı olarak mahkumiyet kararında gösterilir. Mahkemenin kararda, sanık hakkında hükmedilmiş olan cezaların birlikte çekilmesine karar vermesi halinde, hükmedilmiş olan en ağır cezanın infaz edilmesi ile yetinilecektir. Daha hafif olan cezaların infazı yapılmayarak en ağır ceza içinde eridiği kabul edilecektir.^[19]

b. Cezaların Arttırılması Sistemi

Hukuki içtima veya ağırlaştırma sistemi olarak da adlandırılan bu sistemde faile, işlediği tüm suçlardan ceza verilmekte ancak cezaların tamamı değil bir kısmı temel olarak alınan cezaya eklenmektedir. Bazı hallerde de ceza infaz rejimi ağırlaştırılmak suretiyle, failin işlediği daha hafif suçların cezasız kalması önlenmeye çalışılmaktadır. En ağır cezanın içine diğer cezaların bir kısmı eklenerek oluşturulan ceza miktarı, önceden belirlenmiş olan üst sınırı geçmemektedir.^[20] Temel cezanın nasıl arttırılacağına ilişkin olarak farklı sistemler kabul edilmektedir.^[21] Bu sistemde ulaşılan sonuç ceza, erime sistemine oranla daha ağır olmaktadır.^[22]

Alman Ceza Kanununda kabul edilen sisteme göre, toplanan cezalar belirli bir üst sınırı geçmemeli ve toplama sonucu ulaşılan ceza miktarı, cezaların tek tek toplanması suretiyle ulaşılan miktardan az olmalıdır. Süreli hapis cezasında

[18] Dönmezer/Erman, III, 102-103; Magnol, 297.

[19] "...Sanığın taammüden ve silahla adam öldürme, kanuna aykırı tabanca kullanma ve taşıma, izinsiz patlayıcı madde taşıma, izinsiz olarak tabancaya ait mermi taşıma, silahla yaralama suçlaması ile yapılan yargılama sonunda sanık hakkında her suçtan ayrı ayrı verilen cezaların birlikte çekilmesine yani en ağır ceza içinde diğer cezaların erimesine dair karar vermiştir. "...Mahkemeye izah edilen olgularda Sanık lehindeki hafifletici sebepleri dikkate aldiktan sonra sırası ile Sanık 2. davadan 25 yıl, 5. davadan 7 yıl, 6. davadan 4 yıl, 8. davadan 2 yıl hapislik cezası vermiş ve 3, 4, 7 ve 9. davalardan ise mahkûmiyet kaydetmiş ayrıca ceza vermemiştir...sanığa takdir edilen cezalar mahkumiyet tarihinden başlayıp birlikte çekilecektir..." Kararın devamı için bkz., <http://www.mahkemeler.net/Kararlar/Yargitay/Ceza/dno/2010/1-2010.doc> (29 Haziran 2011)

[20] İçel, Suçların İçtimaı, 12; Dönmezer/Erman, III, 104; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 601; Öztürk/Erdem, 353; Çolak/Altun, 540, Magnol, 296.

[21] Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 555.

[22] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoglu/Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, 254.

onbeş yılın, malvarlığı cezalarında failin malvarlığı değerinin ve adli para cezasında yediyüzyirmi gün birimi para cezası sınırının aşılması mümkün değildir.^[23]

Evvelden erime sisteminin kabul edildiği Fransa'da halen, en yüksek kanuni sınır aşılmamak üzere, bir tek cezaya hükmedilmesi de mümkündür.^[24] Türk Ceza Hukukunda 1953 yılına kadar bu sistem uygulanmıştır.^[25] Türk Ceza Kanununun yasallaşması sürecinde bu sistem önerilmişse de kabul edilmemiştir.

c. Cezaların Toplanması Sistemi

Maddi içtima olarak da adlandırılan bu sistem, failin işlediği her suçtan ayrı ayrı cezalandırılması esasına dayanır. Fail işlediği suçların tümünün cezasını çeker.^[26] Failin mahkum edildiği cezalardan birisinin ölüm veya müebbet hapis cezası olması halinde, cezaların toplanması sistemi, failin tabi tutulacağı ceza infaz sisteminin zorlaştırılması suretiyle uygulanmaya çalışılmıştır. Bu yöntem de cezaların infazında zorluklara yol açması nedeniyle eleştirilmiştir.^[27]

Birden fazla cezanın birbirine eklenmesine neden olan sistem, süreli hapis cezalarını süresiz hapis haline getireceği için eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin haklı olduğunu savunan yazarlar, cezaların toplanmasında aşılması mümkün olmayan bir üst sınır konulmasını veya birbirine eklenmesi olanaksız olan cezalarda kısmen erime sistemi uygulanmasını önermektedir.^[28]

Hukukumuzda 1953 yılına kadar uygulanan hukuki içtima sistemine, 09.07.1953 tarihli ve 6123 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile son verilmiş ve toplama sistemine geçilmiştir. Toplama sistemine yapılan en büyük itiraz, toplama sonucunda cezaların çok yüksek bir miktara ulaşması olasılığı idi. İşte bu sakıncayı gidermek üzere yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanunu m.77'ye ilave bir hüküm konularak cezaların toplanmasında aşılması mümkün olmayan yukarı sınır konulmuştur.^[29]

[23] Alman Ceza Kanunu, 43.

[24] Dönmezer/Erman, III, 103.

[25] Gedik, "Türk Ceza Kanununda..."

[26] İçel, Suçların İçtima, 12; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 601; Öztürk/Erdem, 353.

[27] Magnol, 296.

[28] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, 254.

[29] Gedik, "Türk Ceza Kanununda..."; Cengiz Otacı, "Türk Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların İçtima", <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?401399-T%C3%BCrk-ceza-hukukunda-su%C3%A7lar%C4%B1n-ve-cezalar%C4%B1n-i%C3%A7tima%C4%B1> (4 Ağustos 2011).

III. TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA CEZALARIN İÇTİMAY

1. TÜRK CEZA HUKUKUNDA CEZALARIN İÇTİMAY

a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun Döneminde Cezaların İçtimalı

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununda cezaların içtimalı kurumu düzenlenmiş idi. 765 Sayılı TCK m.68 ve devamında yer alan yedinci bap “suçların ve cezaların içtimalı” başlığını taşımakta idi. Bu dönemde, cezaların içtimalı ile ilgili olarak, cezaların mümkün olduğunca toplanması, toplama sisteminin imkansız olması ve daha ağır sonuçlara yol açması halinde cezaların türünün değiştirilmesi ve içtimalı kuralları uygulanmak suretiyle elde edilecek ceza miktarının kanunda belirlenmiş olan genel bir yukarı sınırı aşmaması ilke olarak kabul edilmişti.^[30]

765 Sayılı TCK m.68 “Bir kimse mütaaddit suçlardan dolayı hüküm veya ceza kararnamesiyle mahkum edilirse cezalar bu bap hükümlerine göre içtimalı ettirilir.” biçiminde idi. Madde 77’de ise birden fazla cezanın nasıl toplanacağı düzenlenmişti.^[31] Maddenin birinci bendine göre, aynı türden şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların birleştirilmesi halinde uygulanacak ceza ağır hapiste 36, hapiste 25 yılı geçememekteydi. İçtimalı ettirilecek cezaların farklı türden olması halinde uygulamanın nasıl yapılacağı maddenin ikinci bendinde gösterilmiş idi. Farklı türden cezaların içtimalı halinde hapis cezasının otuz seneyi geçmesi

[30] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T: 06.11.2007, E: 2007/6-190, K:2007/228, Dominant Mevzuat ve İçtihat Programı.

[31] “...Madde 77-(Değişik madde: 09/07/1953-6123/1 md.)

1) Aynı neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların birleştirilmesi halinde tatbik edilecek ceza ağır hapiste 36, hapiste 25, sürgünde 15, hafif hapiste 10 seneyi geçemez.

2) Başka neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların mecmuu otuz seneyi geçemez. Bu haddi aşan ceza miktarı sırası ile sürgün, hafif hapis, hapis ve ağır hapisten tenzil edilir.

3) Ağır para cezası ile hafif para cezası birleştiği takdirde çevrilecek cezanın nev’i hapidir.

4) Birleştirilen para cezalarının şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çevrilmesi halinde bu ceza müddeti beş seneyi geçemez.

5) (Değişik bent: 21/11/1990-3679/4 md.) İçtimalı neticesinde uygulanacak süreli fer’i cezalar, kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasında on, muayyen bir meslek ve sanatın icrasının tatilinde dört yılı geçemez.

6) Yukarıki fıkralarda yazılı yukarı hadlere baliğ olan cezalara kati surette mahkumiyetten sonra işlenen suçlardan dolayı verilecek cezalar aynen tatbik olunur...” <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (20 Haziran 2011)

mümkün değildi. Bu süreyi aşan kısımların, kanunda gösterilen sıraya göre indirilmesi gerekmekteydi.^[32]

Birleştirilen para cezalarının hapis cezasına çevrilmesi halinde bu ceza süresinin beş seneyi geçemeyeceği de aynı maddenin dördüncü bendi olarak düzenlenmiş idi.

Kuşkusuz cezaların içtimaı ettirilebilmesi için, içtimaı ettirilecek cezalara ilişkin kararların kesinleşmiş olması ve içtimaya katılacak cezaların af, zamanaşımı veya vazgeçme gibi bir nedenle ortadan kalkmamış olması gerekmektedir.^[33]

765 Sayılı Türk Ceza Kanununun cezaların içtimasına ilişkin düzenlemesi yanında, aynı dönemde yürürlükte olan 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m.19 ile şartla salıverilme hükümleri düzenlenmiş idi. Buna göre, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 25 yıllarını; müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 20 yıllarını; diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 1/2'ni; çekmekle şartla salıverilme hükümlerinden yararlanmaya hak kazanmakta idi.

Açıklandığı üzere, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 sayılı Ceza İnfaz Kanununun yürürlükte bulunduğu 1 Haziran 2005 öncesi ceza hukuku mevzuatımızda cezaların içtimaı kurumu Ceza Kanunu içinde yer almaktaydı. Şartla salıverilmeden yararlanmak için cezaevinde iyi halli olarak geçirilmesi gereken asgari sürelerle ilişkin hükümler ise Ceza İnfaz Kanunu içinde düzenlenmiş idi.

b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Döneminde Cezaların İçtimaı

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda, cezaların içtimasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kurumun düzenlenmemiş olmasını, kanun koyucunun üstü kapalı olarak, cezaların toplanması sistemini kabul ettiğine yorumlamak mümkün olsa da Türk Ceza Kanunu metninde buna ilişkin de herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.^[34]

[32] Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 604-605.

[33] Erhan Günay, Türk İnfaz Hukuku, Ankara 2002, 189; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 603.

[34] Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.04.2007 günlü 2007/1-32-97 sayılı kararı; Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi T:17.05.2007, E:2006/16727, K:2007/6057 sayılı kararı, "...Eski 765 sayılı TCK'da cezaların toplanmasının olduğu, ancak yeni 5237 sayılı TCK'da cezaların toplanmasının düzenlenmediği, her bir suç için hükmolunan cezaların birbirinden bağımsız cezalar olduğu ve ayrı ayrı infazı gerektiği, infaz rejimi farklı olan cezaların içtimaı edilemeyeceği gözetilmelidir. Ancak infaz rejimi aynı olan cezalarda, 5275 sayılı yasanın 99/1 ve 101/2 md. sine göre cezaların toplanması mümkündür. (5275 Sayılı Yasanın 107/3,e md.sinde birden fazla süreli hapislerde en fazla 28 yıl yatırılacağı, yine 5275 Sayılı Yasanın 106/7 md.sinde birden fazla hükümle adli para cezasına mahkumiyet halinde en fazla 5 yıl Hapis yatırılacağı için,

Yürürlükteki hali ile ceza hukuku mevzuatımızda aynı sanık hakkında verilmiş birden çok mahkumiyet kararında bulunan cezaların nasıl uygulanacağı ile ilgili düzenleme sadece 5275 sayılı Ceza İnfaz Kanununda yer almaktadır. Birden fazla hükümdeki cezaların toplanması başlıklı İnfaz Kanunu m.99'a göre, bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, m.107'nin uygulanabilmesi yönünden mahkemenin bir toplama kararı istenir.^[35]

İşte İnfaz Kanunu m.99'da yer alan toplama kararını verecek olan mahkeme İnfaz Kanunu m.107'de yer alan düzenlemeyi dikkate alacaktır. Bu aşamada toplama işlemini yapacak olan mahkeme İnfaz Kanunu m.101/(2)'de düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, toplama işlemini yapacak mahkemenin cezaları değiştirme veya dönüştürme konusunda hiçbir takdir yetkisi yoktur, sadece çok sayıdaki cezayı bir araya getirmek için toplama işlemi yapacaktır.^[36] Koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanabilmek için cezaevinde geçirilmesi gereken asgari süreler İnfaz Kanunu m.107'de düzenlenmiştir. Buna göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzaltı, birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuz, bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzaltı, bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz, birden fazla

bu durumlarda cezaların toplanması kanunen zorunludur.)...”,http://infazhukuku.org/index.php?option=com_content&view=article&id=64&Itemid=71 (26 Haziran 2011)

[35] Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2007, 126; Hakan Hakari, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, 417.

[36] Erhan Günay, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Ankara 2008, 178; “...anılan maddenin atıfta bulunduğu 107. madde incelendiğinde, maddedeki toplama işleminin koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasına matuf ve matematiksel basit bir toplama işleminden ibaret bulunduğu, norm ile hakime herhangi bir şekilde takdir ve değerlendirme yetkisinin tanınmadığı, değişmez ve dönüşmez süreleri ihtiva ettiği, gerek hükümdede gerekse hükmün sonuçlarında herhangi bir değişiklik yaratmadığı, bu haliyle hükmün tesisi aşamasında ictima kararı verilmemesinin 5237 sayılı Yasanın yaptırım sistemine uygun olduğu ve kesinleşme koşulunun aranmasının herhangi bir hak kaybına da yol açmayacağı ortaya çıkmaktadır. Açıktır ki anılan normun uygulanmasında cezaları ictima eden hakimin hiçbir takdir ve değerlendirme yetkisi bulunmamakta veya cezanın başka başka cezaya dönüşmesi sözkonusu olmamakta, bir başka ifadeyle hakim veya mahkemenin takdirine dayalı değişim olanağı bulunmamaktadır...”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T:19.06.2007, E:2007/1-122, K:2007/153, Dominant İcra Programı.

sürelî hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla yirmisekiz yılın cezaevinde geçirilmesi gerekmektedir.

Kanunun düzenlemesine göre, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, sürelî hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çıktıkları takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Bu süreler, birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk, birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört, bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile sürelî hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk, bir müebbet hapis cezası ile sürelî hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört, birden fazla sürelî hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki yıldır.

İnfaz Kanunu m.107/(16)'ye göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Millî Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere gerek Türk Ceza Kanununda ve gerekse Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununda, aynı kişi hakkında verilmiş birden fazla cezanın toplanması halinde, aşılması mümkün olmayan herhangi bir üst sınır bulunmamaktadır. Failin işlediği birden fazla suça ait cezalar toplanacak ve herhangi bir üst sınır olmaksızın ayrı ayrı çekilecektir. İnfaz Kanunu m.107'de yer aldığı biçimi ile koşullu salıverilme sürelerinin hesaplanması için İnfaz Kanunu m.99 gereği yapılan toplamada amaç, aynı fail hakkındaki cezaları toplamak değil, koşullu salıverilmeden yararlanması için cezaevinde iyi halli olarak geçirmesi gereken asgari süreyi hesaplamaktır. Bu kurum, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan cezaların içtimai kurumunun yerine ikame edilemeyeceği gibi, ondan farklı bir işleve de sahiptir.

İnfaz Kanunu m.99 gereği mahkemedeki koşullu salıverilme sürelerinin hesaplanmasının istenebilmesi için, İnfaz Kanunu m.107/1'de yer alan, mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmiş olması koşulunun yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Hükümlü hakkında koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanmanın koşulları yok ise artık birden çok ceza, hiçbir toplama

işlemi yapılmaksızın ve herhangi bir üst sınır olmaksızın sırası ile ve herbiri diğerinden bağımsız olarak çektirilecektir.^[37]

Mevzuatımızda koşullu salıverilme kararının geri alınmasına yol açabilecek iki neden yer almaktadır. İnfaz Kanunu m.107/(12) uyarınca, koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresi içinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülükler, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır. İnfaz Kanunu m.107/(13)'e göre, koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün; sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen, yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, koşullu salıverilme kararının geri alınması kararının kesinleştiği tarih ile hakederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla takdir edilecek bir sürenin, ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez.^[38]

Denetim süresi içinde hapis cezasını gerektiren bir suç işlemesinden dolayı hakkında verilmiş olan koşullu salıverilme kararı kaldırılan hükümlü, sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasını aynen çekecek ve bir daha koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamayacaktır. İşte birden fazla hapis cezasının toplanmasında mevzuatımızda bir üst sınır bulunmaması, birden fazla süreli hapis cezasının fiilen ömürboyu hapis cezasına dönüşmesine ve cezaevinde geçirilecek sürelerin ölçsüz derecede fazla olmasına yol açacak niteliktedir.^[39] Nitekim cezaların toplanması sistemine yöneltilen en önemli eleştiri, birden fazla cezanın birbirine eklenmesi sonucu, süreli hapis cezasının, süresiz hapis cezası haline getirilmiş olmasıdır. Bu sakıncayı gidermek üzere, cezaların toplanmasında aşılması mümkün olmayan bir üst sınır konulması veya birbirine eklenmesi olanaksız olan cezalarda kısmen erime sistemi kabul edilmesi önerilmiştir.^[40]

[37] Metin Feyzioğlu/Devrim Güngör, “Cezaların Toplanması ve Koşullu Salıverilme İlişkisi”, TBB Dergisi, Yıl:2007, S:69, Ankara 2007, 53.

[38] Timur Demirbaş, “Tekerrür, Erteleme, Koşullu Salıverilme ve Zamaşımı”, in:Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları No:10, İstanbul 2008

[39] Feyzioğlu/Güngör, “Cezaların Toplanması ve Koşullu Salıverilme İlişkisi”, 53; Yıldırım Giden, Türk Ceza Hukukunda Koşullu Salıverme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Koçeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, <http://tez2.yok.gov.tr/> (3 Ağustos 2011), 79-80.

[40] İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, 254; Cezaların içtimali kurumunun mevzuatımızda düzenlenmemiş olmasına ilişkin farklı bir eleştiri için bkz. “...cezaların içtimalına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, sözgelimi birden fazla ağırlaştırılmış ömürboyu hapis veya ömür boyu hapis cezasına mahkumiyet durumunda, sözkonusu mahkumiyetler bakımından tekerrür koşulları gerçekleşmediği takdirde, hükümlüye adeta müteakip suçları işleme konusunda açık çek verme anlamına gelmektedir...”, Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 353.

Yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanunda para cezasından kaynaklanan hapis cezalarının toplanması halinde aşılması mümkün olmayan bir sınır bulunmakta ve m.77/4 hükmünde yer almakta idi. Buna göre birleştirilen para cezalarının hapis cezasına çevrilmesi halinde bu ceza süresi beş seneyi geçememekteydi. Bu hükme benzer bir hükme 5275 Sayılı Ceza İnfaz Kanunu m.106/7'de yer verilmektedir. Buna göre, adli para cezasının yerine çektirilen hapis cezasının süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümle adli para cezasına mahkumiyet halinde ise para cezasından çevrilen hapis cezası süresi toplamda beş yılı geçemez.

2. ALMAN CEZA KANUNUNDA CEZALARIN İÇTİMAINA İLİŞKİN DÜZENLEME

Alman hukukunda cezaların içtimai kurumu Alman Ceza Kanunu içinde düzenlenmiştir. Alman ceza hukukunda failin birbirinden müstakil birden fazla suç işlemesi hali gerçek içtima olarak adlandırılmaktadır. Gerçek içtimadan bahsetmek için, birden fazla hareketin varlığı ve bunların bir arada yargılanmalarının mümkün olması gerekir. Gerçek içtima halinde en ağır cezanın arttırılması yöntemi uygulanarak bir toplam ceza oluşturulur. Eğer birden fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya veya birden fazla para cezasına hükmetmek gerekiyorsa, toplam cezanın oluşturulması zorunludur.^[41]

Alman Ceza Kanununun “Gerçek İçtima” başlıklı m.53 hükmüne göre, bir kişi birleştirilerek yargılanan birden fazla suç işlemiş olur ve böylece kendisi hakkında birden fazla hapis cezasına hükmedilmesine neden olursa o kişi hakkında tek bir toplam cezaya hükmedilir. “Toplam Cezanın Oluşturulması” başlıklı ve 765 sayılı TCK m.69'un karşılığı olarak kabul edilen Alman Ceza Kanunu m.54 hükmüne göre, bir kişi hakkında yapılan yargılamada verilecek cezalardan birisi müebbet hapis cezası ise, toplam ceza olarak, müebbet hapis cezasına hükmedilir. Diğer hallerde toplam ceza, hak edilen en yüksek cezanın arttırılması, değişik cins cezalarda ise, cins itibari ile en ağır cezanın arttırılması suretiyle oluşturulur. Maddenin ikinci fıkrasına göre, toplam ceza, tek tek cezaların toplamından az olur. Hapis cezalarında toplam ceza onbeş yılı geçemez.^[42]

Alman Ceza Kanununun konuya ilişkin diğer düzenlemesi ise “Toplam Cezanın Sonradan Oluşturulması” başlıklı m.55 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, bir kişi hakkında farklı mahkumiyet kararları ile verilmiş olan

[41] Hans-Heinrich Jescheck, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş* (çev. Feridun Yenisey), İstanbul 1989, 56.

[42] *Alman Ceza Kanunu*, (Çev. Feridun Yenisey/Gottfrid Plagemann), İstanbul 2009, 42-44

cezaların infaz aşamasında toplanmasında m.53 ve m.54 hükümleri uygulama alanına sahiptir.^[43]

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İnsanlık tarihi boyunca suç ve suç karşılığı bir yaptırım uygulanması varolmuştur. Geçirilen her aşamada gerek suç ve gerekse ceza kavram ve uygulamaları değişmiştir. Öngörülen veya uygulanan cezanın ağırlığının tarihin hiçbir döneminde suçu engellemeye yetmediğinin anlaşılması ceza hukukunun daha insani boyutlara çekilmesine katkı sunmuştur. Gerçekten de en şiddetli cezaların uygulandığı dönemlerde dahi suç oranları azaltılamamıştır.^[44] Tarihi gelişime bakıldığında, cezaların içtimai kurumunun uygulanmaya başlanmasıdaki en belirgin nedenin, cezaların şiddetini azaltmak ve failin makul bir süre sonra yeniden toplum içine dönmesine olanak sağlamak olduğu görülmektedir. Nitekim bu genel ilke gerek Anayasalarda gerekse ceza ve infaz yasalarında yerini almıştır.^[45] Bu makalenin konusu olmamakla beraber, cezaların şiddetini azaltmak amacıyla uygulanmaya başlanan diğer önemli kurumun da suçların içtimai olduğu anımsanmalıdır.

Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girme aşamasında, suçlar karşılığında öngörülen cezaların ağır olduğu eleştirisi ile karşı karşıya kalmıştır. Öyle ki bazı suçlar için öngörülen cezaların orantılılık ilkesini ihlal edecek derecede ağır olduğu ileri sürülmüştür.^[46] Bu eleştirinin yanında cezaların şiddetini arttıran diğer hususlar olarak, suçların içtimai ile ilgili hükümlerin uygulanma alanının daratılması ve cezaların içtimai kurumuna yer verilmemiş olmasını belirtmek gerekir.

Cezaların içtimai bir fail hakkında hükmedilen birden çok suça ait cezaların toplanmasına olanak sağlayan bir kurumdur. Bu konuda kabul edilecek sisteme göre, fail hakkında hükmedilen birden fazla cezanın biraraya getirilmesi sağlanmaktadır. Böylece birden çok süreli hapis cezasının birbirine eklenerek ölçüsüz bir cezaya ve giderek ömürboyu hapis cezasına dönüşmesi engellenmektedir.

[43] Alman Ceza Kanunu, 42-44.

[44] Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev. Sami Selçuk), İstanbul 2004, 129-130.

[45] İspanyol Anayasası m.25; "hürriyeti bağlayıcı cezalar...yeniden eğitime ve suçlunun itibarını iade etmeye yönelik olacaktır", İtalyan Anayasası m.27; "cezalar...mahkumun yeniden eğitilmesine yönelik bulunmalıdır.", bkz. Jean Pradel, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü (çev.Sulhi Dönmezer), İstanbul 2000, 111-112; Aynı yönde bkz. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.3; "...İnfazda temel amaç: ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılacak istenen temel amaç... hükümlünün yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek..."

[46] Roxin Claus "Yeni TCK ile Türkiye Avrupa'ya Dahil Oluyor", in:HPD ile Röportaj, S:2, 2004, 23.

Cezaların içtimai kurumunun, varolan sistemlerden bir tanesinin kabul edilmesi suretiyle uygulanmasının mümkün olduğunu yukarıda incelemiştik. Toplam cezanın oluşturulmasında aşılması mümkün olmayan bir sınır konulabileceği gibi, erime sistemi kabul edilerek en ağır cezanın infazı ile de yetinilebilir.

Yürürlükteki hali ile Türk Ceza Hukukunda cezaların içtimai kurumuna ve toplam cezanın oluşturulmasında kullanılacak bir üst sınıra yer verilmemiştir. Böylelikle^[47], failin işlediği birden fazla suça ait cezaların bağımsız olarak ve ardı ardına infaz edilmesi benimsenmiş ve cezaların ölçsüz bir şekilde infaz edilmesine kapı aralanmıştır. Mevzuatımızdan ölüm cezasının çıkarılması, uzun süreli hapis cezasının uygulama alanını genişletmiştir. Hapis cezasının belirli bir sınırdan tutulmasını sağlayan en önemli kurum olan cezaların içtimaina yer verilmemesi, en başta cezanın ve infazın amacı ile uyumlu olmamıştır.^[48] Bu hali ile hukukumuzda bir kişi hakkında Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi, yüzlerce yılı bulan hapis cezalarına hükmedilmesi mümkün hale gelmiştir.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.99 ve m.107'de yer verilen cezaların toplanmasını, cezaların içtimai kurumundan ayırdetmek gerekmektedir. Yargıtay tarafından da benimsenmiş olduğu üzere, toplama işlemini yapan mahkemenin yetkisi, basit bir matematiksel işlem yapmaktan ibarettir. Örneğin mahkemenin cezaların süresini veya türünü değiştirmesi sözkonusu olamaz. İnfaz aşamasında cezaların toplanmasının tek amacı, hükümlünün şartla salıverilme hükümlerinden yararlanması için cezaevinde geçirmesi gereken asgari süreyi belirleyebilmektir. Nitekim hükümlünün şartla salıverilme hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmaması yahut şartla salıverilmeye dair verilen kararın sonradan geri alınması halinde böyle bir toplama işlemi yapmaya gerek kalmaması, cezaların içtimai kurumunun gerekliliğini ortaya koymaktadır. Oysa yürürlükteki hali ile mevzuatımızın benimsediği sistem, İnfaz Kanunu m.99'da açıklanmış olduğu üzere, bir kişi hakkında hükmedilmiş olan her bir cezanın diğerinden bağımsız olduğu ve varlığını ayrı ayrı koruduğudur.

Mevzuatımızın benimsediği sistemi bir örnek ile açıklamak mümkündür; TCK m.149'da düzenlenen nitelikli yağma suçunu üç farklı kişiye karşı farklı zamanlarda işleyen bir failin birleştirilerek yapılacak olan yargılaması sonucunda mahkeme fail hakkında, üç ayrı onbeş yıllık hapis cezasına hükmedecektir. Failin yağma suçlarından aldığı toplam ceza kırkbeş yıl olacaktır. Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış hallerinden birisinin gerçekleşmesi halinde TCK m.87/2 uyarınca sekiz yıl hapis cezasına karar verilebilecektir. Bu halde failin aldığı dört tane süreli hapis cezasının toplamı elliüç yıl olacaktır. Mevzuatımızda cezaların içtimaina ilişkin herhangi

[47] Veli Özer Özbek, İnfaz Hukuku, Ankara 2007, 264-265.

[48] Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul 2010, 185-186.

bir sistem kabul edilmediğine göre mahkeme, birden fazla cezanın içtimaina dair bir karar veremeyecektir. Hükümlü, şartla salıverilme hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmaması yahut hakkında verilmiş olan şartla salıverilmeye ilişkin kararın bilahare geri alınması halinde, elliüç yıllık hapis cezasının tamamını cezaevinde geçirecektir. Bu durum fail hakkında hükmedilen süreli hapis cezasının süresiz hapis cezasına çevrilmesi ve nihayetinde fiilen ömürboyu sürmesi anlamına gelecektir. Hükümlünün şartla salıverilme hükümlerinden yararlanmasının mümkün olması halinde ise cezaevinde geçireceği süre İnfaz Kanunu m.107/3(e) uyarınca yirmisekiz yıl olacaktır.

Yukarıdaki örnek olayın Almanya'da meydana geldiği varsayılırsa, Alman Ceza Kanunu m.54/(2) uyarınca toplam ceza oluşturulması zorunluluğu nedeni ile fail hakkında en fazla onbeş yıl hapis cezasına hükmedilebilecektir. Failin şartla salıverilme hükümlerinden yararlanmasının koşullarının bulunması halinde, cezaevinde geçirilmesi gereken asgari süre ayrıca hesaplanacaktır.

Aynı olayın 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde meydana gelmiş olması varsayımında ise; 765 sayılı TCK m.77 uyarınca fail hakkında hükmedilen birden fazla cezanın toplanması zorunluluğu bulunduktan, dört ayrı süreli hapis cezasının toplanması yoluna gidilecekti. 765 Sayılı TCK m.77/2 uyarınca, aynı türden hapis cezalarının toplamının 25 yıl ve farklı türden hapis cezalarının toplamının 30 yıl sınırını aşması mümkün olamayacaktı. Aynı dönemde yürürlükte olan 647 sayılı Ceza İnfaz Kanunu m.19/1 uyarınca fail, mahkum olunan süreli hapis cezası süresinin ½ kısmını cezaevinde geçirmekle şartla salıverilme hükümlerinden yararlanmaya hak kazanacaktır.

Yargıtay tarafından kısmen onanan bir başka olay ile olarak yapılan yargılama sonunda, fail hakkında aynı yargılama sırasında ve aynı kararda bir müebbet

hapis, 5 ay hapis, 1 sene 3 ay hapis ve 2 sene 6 ay hapis cezası ile cezalandırmaya karar verilmiştir.^[49] Failin şartla salıverilme hükümlerinden yararlanmaya hak kazanmaması halinde, mevzuatımızda cezaların içtimai kurumuna yer verilmiş olması nedeniyle, hakkında verilmiş olan cezalar ard arda infaz edilecektir. Failin şartla salıverilmeden yararlanmasının mümkün olması halinde ise; infaz aşamasında cezaların toplanması yoluna gidilecek ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.107/(4)d hükmü uyarınca bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkumiyet nedeni ile 34 yıl cezaevinde geçirildikten sonra şartla salıverilme mümkün olabilecektir.

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere, erime sisteminin kabul edilmesine yol açan en güçlü gerekçe, cezaların ard arda infaza konulmasının insafsızlık olduğu ve en ağır ceza çekildikten sonra daha hafif olan cezaların çekilmesine gerek kalmayacağıdır. Gerçekten de hükümlünün mahkum edildiği müebbet hapis cezası karşılığı cezaevinde geçireceği süre İnfaz Kanunu m.107/4 uyarınca 30 yıl olarak belirlenmekle yeterince ağırlaştırılmıştır. Bu kadar süre cezaevinde tutulan hükümlüyü, hemen ardından infaza konulacak süreli hapis cezalarının infazına tabi tutmak^[50] cezanın ve infazın amacı ile uyumlu sayılamaz.

[49] Sanığın yasadışı örgüte üye olmak ve örgüt adına eylemlerde bulunmaktan yapılan yargılaması sonunda; "...TCK 302/1 maddesi uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasına...TCK 62/1 maddesi uyarınca indirim yapılarak müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasına..., TCK 170/1-c maddesi uyarınca takdiren 6'şar ay müddetle hapis cezası ile cezalandırılmasına...indirim yapılarak 5'şer ay müddetle hapis cezası ile cezalandırılmasına..., TCK 86/1 maddesi uyarınca takdiren 1'er sene müddetle hapis cezası ile cezalandırılmasına...TCK 86/3-e m. Gereğince verilen cezanın ½ oranında artırılmasıyla 1'er sene 6'şar ay müddetle hapis cezası ile cezalandırılmasına... TCK 62/1 maddesi uyarınca takdiren 1/6 oranında indirim yapılarak 1'er sene 3'er ay müddetle hapis cezası ile cezalandırılmasına..., sahte kimlik kullandığı anlaşılmakla...TCK 204/1...204/3 md. gereğince...3 sene müddetle hapis cezası ile cezalandırılmasına...TCK 62/1 md. uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak 2 sene 6 ay müddetle hapis cezası ile cezalandırılmasına..." karar verilmiştir. İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi (CMK 250. Madde ile Görevli), E:2005/197, K:2008/317, T:05.12.2008. Yargıtay 9. Ceza Dairesi E:2009/15835, K:2009/12140 ve T:07.12.2009 kararı ile kısmen onanmış ve kısmen bozulmuştur.

[50] 765 sayılı TCK m.125'in karşılığı, TCK m.302 olup Yargıtay'ın yerleşik görüşü uyarınca, 765 sayılı TCK m.125'i ihlal eden fail, eylem ve neticelerin çokluğu dikkate alınmaksızın bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. TCK m.302 uyarınca yapılan yargılamalarda ise, fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilmekte ve subut bulan her eylemi karşılığında ayrıca cezalandırılmaktadır. Bkz., dn.49'da anılan Yargıtay 9. Ceza Dairesi E:2009/15835, K:2009/12140 ve T:07.12.2009 kararı. Kuşkusuz bu uygulama değişikliğinin nedeni, TCK m.302(2) ile getirilen; "...Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükümlenir..." ifadesidir. Kanun koyucu tek suç tipinin yaptırımı olarak, şartla salıverilme hakkından yararlandırılması mümkün olmayan (İnfaz Kanunu m.107/16) ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile birlikte, başka müebbet hapis veya süreli hapis

Türk Ceza Kanunu içinde cezaların içtimaı kurumuna yer verilmesi ve yukarıda değinilen sistemlerden birisinin benimsenmesi gerektiği kanısındayız. Erime sistemi ile bir üst sınır kabul edilmek suretiyle cezaların toplanması sistemlerinin karma bir şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır. Nitekim Almanya'da cezaların içtimaı kurumu Alman Ceza Kanunu içinde yer almaktadır. Birleştirilerek yapılan yargılamaların dışında, bir kişi hakkında toplam cezanın sonradan oluşturulması aşamasında Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Birden fazla cezaya mahkumiyet halinde, koşulları var ise şartla salıverilme süresinin belirlenmesine yarayan Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.99, cezaların içtimaı kurumundan farklı bir işleve sahiptir ve cezaların içtimaı kurumunun düzenlenmesine engel değildir.

İşlenen suçların ve mahkum olunan cezaların birden çok olmasına karşın, failin tek kişi olduğu gözardı edilmemelidir. Cezalar sistemimizin belkemiği niteliğinde olan hapis cezası açısından, failin yeniden topluma dönmesine olanak sağlayacak, hatta faili buna yönlendirecek ve eylemsel olarak infazı mümkün olabilecek bir ceza miktarının belirlenmesi, cezanın ve infazın amacı ile uyumlu olacaktır.

cezalarına da hükümlenmesini düzenlemiş ve birden çok cezanın birbirinden bağımsız olarak ard arda infazını öngörmüştür.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2007.
- BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev. Sami Selçuk), İmge Yay., Ankara 2004.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., Beta Yay., İstanbul 2005.
- ÇINAR, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri, Bilge Yay., Ankara 2007.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 2. B., Ankara 2005.
- DEMİRBAŞ, Timur, "Tekerrür, Erteleme, Koşullu Salıverilme ve Zamanasımı", in: Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları No:10, İstanbul 2008.
- DOMİNANT Mevzuat ve İçtihat Programı.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, Beta Yay., 12. B., İstanbul 1999.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:III, Beta Yay., 12. B., İstanbul 1997.
- GEDİK, Doğan, "Türk Ceza Kanununda ve Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısında Cezaların İçtimal (Toplanması) Sistemi"; <http://yeniforumuz.biz/showthread.php?402262-T%C3%BCrk-ceza-kanununda-ve-yeni-ceza-kanunu-tasarısında-cezaların-içtimal-sistemi> (20 Mayıs 2011)
- GİDEN, Yıldırım, Türk Ceza Hukukunda Koşullu Salıverme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, <http://tez2.yok.gov.tr/> (3 Ağustos 2011).
- GÜNAY, Erhan, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yay., Ankara 2006.
- GÜNAY, Erhan, Türk İnfaz Hukuku, 4.B., Seçkin Yay., Ankara 2002.
- FEYZİOĞLU, Metin/GÜNGÖR, Devrim, "Cezaların Toplanması ve Koşullu Salıverilme İlişkisi", TBB Dergisi, Y:2007, S:69, Ankara 2007, 51-54.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 3. B., Seçkin Yay., Ankara 2008.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 7.B., Ankara 2008.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- İÇEL, Kayhan, Suçların İçtimalı, İstanbul 1972.
- İÇEL, Kayhan/SOKULLU/AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, S. Fatih/ÜNVER, Yener, İçel Yaptırım Teorisi, Beta Yay., İstanbul 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (çev. Feridun Yenisey), Beta Y., İstanbul 1989.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yay., İstanbul 2010.
- KAZANCI Hakemli Hukuk Dergisi, Temmuz-Ağustos 2008, S:47-48, İstanbul 2008.
- KOCA, Mahmut, "Fikri İçtimal", Ceza Hukuku Dergisi, Y:2, S:4, Ağustos 2007, 197-221.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.B., Seçkin Yay., Ankara 2009.
- KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- MAGNOL, Vidal, Ceza Hukuku (çev.Şinasi Z. Devrin), Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1946.
- OTACI, Cengiz, "Türk Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların İçtimalı", <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?401399-T%C3%BCrk-ceza-hukukunda-su%C3%A7ların-içtimalı> ve <http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?401399-T%C3%BCrk-ceza-hukukunda-su%C3%A7ların-içtimalı> (4 Ağustos 2011).
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Orion Yay., Ankara 2007.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2006.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2008.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Seçkin Yay., 9. B., Ankara 2006.

PRADEL, Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usul Hukuku (çev. Sulhi Dönmezer), Beta Yay., İstanbul 2000.

ROXİN, Claus, "Yeni TCK ile Türkiye Avrupa'ya Dahil Oluyor", in: HPD ile Röportaj, S:2, Sonbahar 2004, 21-24.

YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried (çev), Alman Ceza Kanunu, Beta Yay., İstanbul 2009.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. B., Yetkin Yay., Ankara 1992.

YILDIZ, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2007.

İLACHTA ZORUNLU PATENT LİSANSI

Arş. Gör. Başak BAK*

ÖZ

Türk hukuku uyarınca ilaçlar patent korumasından yararlanmaktadır. İlaçların patent korunmasından yararlanmaları imkânı hukuk sistemimize Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle Bağlantılı Yönlerine Dair Anlaşma (TRIPS) ile beraber girmiştir. İlaçlar aynı zamanda zorunlu lisans uygulamalarına da konu olabilmektedir. Zorunlu lisansa ilişkin hükümler 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de (551 sayılı KHK) düzenlenmiştir. Buna karşılık ilaçların zorunlu patent uygulamalarına konu olmaları bakımından uluslararası düzenlemeler 551 sayılı KHK'dan farklı bazı hükümler içermektedir. Özellikle ilaçlara erişim güçlüğü çeken ülkelerin bu ilaçlara erişimlerinin önündeki engellerin kamu sağlığı mülahazasıyla kaldırılmasının yolunu açan Doha Deklarasyonu ve 30 Ağustos 2003 Kararı, ilaçta zorunlu patent lisansı uygulaması bakımından öncü düzenlemeler olmuştur. Türkiye de TRIPS metnini kabul eden bir üye ülke olarak Doha Deklarasyonu ve 30 Ağustos 2003 Kararı ile getirilen evrensel ilkeler ve insani düşünceler ile uyumlu düzenlemeler geliştirmek zorundadır. Bu düzenlemeleri kabul ettiğini deklare eden Türkiye bakımından yapılması gereken, kabul edilen sisteme uygun yasal bir zemin oluşturmaktır.

Anahtar Kelimeler: İlaç Patenti, Zorunlu Lisans, Doha Deklarasyonu, 30 Ağustos 2003 Kararı, TRIPS

COMPULSORY PATENT LICENSING FOR PHARMACEUTICALS

ABSTRACT

Pharmaceuticals are granted patent protection under Turkish Law. This protection is adopted under the guidance of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Pharmaceuticals are also subject to compulsory licensing. Provisions regarding compulsory licensing are issued by the Decree-Law No. 551 on the Protection of Patent Rights (Decree-Law No. 551). However, in terms of compulsory licensing of pharmaceuticals, international regulations embrace some provisions other than those accepted by the Decree-Law No. 551. In particular, the Doha Declaration which opens the way for some countries experiencing difficulties accessing pharmaceuticals to eliminate these obstacles by means of the notion of public health and the 30 August 2003 WTO Decision are the pioneering regulations with respect to compulsory licensing of pharmaceuticals. As one of the contracting parties of TRIPS, Turkey is obliged to make arrangements in accordance with universal principles and humanistic notions prescribed by the Doha Declaration and the 30 August 2003 WTO Decision. As Turkey has declared to accept the international regulations, it has to provide a legal basis much more adequate to the system accepted.

Keywords: *Pharmaceutical Patents, Compulsory Licensing, Doha Declaration, 30 August 2003 WTO Decision, TRIPS*

GİRİŞ

İlaç sektöründe patent koruması büyük önem taşımaktadır. Patentler dışında faydalı modeller, marka, yeni bitki çeşitleri üzerindeki haklar ve endüstriyel tasarım hakları da ilaçla bağlantılı diğer fikri mülkiyet haklarındandır.

İlaçlar üzerindeki patent koruması, ilaç üreten firmaların haklarını korumaktadır. Bu hak, zorunlu lisans kurumu ile sınırlandırılmaktadır. İlaçların insan sağlığı üzerindeki önemi düşünülecek olursa söz konusu sınırlamanın özellikle bu ilaçlara ulaşamayan veya ulaşmakta güçlük çeken ülkeler bakımından hayati öneme sahip olduğu görülmektedir.

İlaçlar üzerinde patent korumasının sağlanması göreceli olarak yeni bir uygulamadır.^[1] İlaçların kamu sağlığı mülahazasıyla zorunlu lisansa konu edilmesi ise çok daha yeni bir tartışmadır. Bu durum uluslararası alanda hala tartışılan, son derece güncel bir konudur. Bu konudaki öncü uluslararası düzenlemeler sadece 15 sene öncesine dayanmaktadır. Oysa çok daha uzun bir süredir dünyanın birçok yerinde ortaya çıkan hastalıklar ve bu hastalıklar için gerekli olan ilaçlara ulaşamaması sebebiyle birçok insan hayatını kaybetmektedir.^[2] Bu ilaçlara ulaşamamasının en büyük sebebi, birçok ülkenin ihtiyaç duyduğu ilaçları üretebilmeleri için yeterli teknolojiye sahip olmaması ve ithal edilen ilaçların son derece pahalı olması sebebiyle halkın çoğunluğun bunlara ulaşamamasıdır.

İlaçta zorunlu lisans uygulamaları, ilaç üreticilerinin fikri mülkiyet haklarını kamu sağlığı mülahazasıyla sınırlandırmış ve bu ilaçlara çok daha makul fiyatlarla ulaşılabilmesi konusunda bir zorunluluk sistemi yaratmıştır. İlaç üreticileri ve ihracatçı ülkeler ise bu sisteme direnmektedirler. Buna karşılık bu sistem uyarınca ilaç patentinde zorunlu lisans talep eden ülkelerin sayısı da gün geçtikçe artmaktadır.

Bugüne kadar gelinen nokta, uluslararası alanda gerçekleştirilen öncü düzenlemelerin eseridir. Konunun uluslararası düzenlemelerle paralel gittiği ve sürecin uluslararası düzenlemeler incelenmeden anlaşılamayacağı çok açıktır. Bu nedenle “İlaçta Zorunlu Patent Lisansı” başlıklı makalemizde öncelikle ilaç-patent ilişkisi ve sonrasında genel olarak zorunlu patent lisansı kurumuna yer verilmiş; çalışma uluslararası düzenlemeler çerçevesinde bu düzenlemeler ile Türk hukuku

[1] Bilinen en eski ilaç patentinin Barbitol'e ait 1903 tarihli Alman patenti olduğu ifade edilmektedir (Pınar Bulut: İlaç Endüstrisinde Patent Uygulamaları İle Türkiye'deki Mevcut Durum Üzerine Araştırmalar, Ankara 1998, s. 52 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

[2] Dünya Sağlık Örgütü'nün verileri uyarınca bugün dünyanın gündemindeki en önemli hastalıklardan biri olarak kabul edilen HIV/AIDS nedeniyle sadece 2008 yılında dünya genelinde hayatını yitiren insan sayısı 2.0 milyondur. http://www.who.int/hiv/data/2009_global_summary.gif (03.01.2011).

arasında paralellik kurularak geliştirilmiş ve ilaç hukukunda zorunlu lisansın ele alındığı bir bölüm ile son bulmuştur.

I. GENEL OLARAK PATENT VE ZORUNLU PATENT LİSANSI KAVRAMLARI

A. PATENT

1. Patent Kavramı

Patent, bir buluşun sahibine o buluştan yararlanma ve başkalarının izinsiz yararlanmasını engelleme konusunda mutlak yetki veren yasal bir belgedir. Bu belge ile patent sahibi, patentten doğan hakkını ispatlama imkânına sahip olur.^[3]

Bir buluşa^[4] patent verilmesinin amacı, buluşları özendirmektir. Bir buluşa patent verilerek o buluş, toplumun bilgisine sunulur ve toplumda bilgi birikiminin artmasına katkı sağlanır. Böylece teknik, ekonomik ve sosyal ilerleme gerçekleştirilir. Buluş sahibi de devlet tarafından kendisine verilen belge ile buluşu üzerinde inhisari bir hak elde eder.^[5]

Türk hukukunda patentten doğan haklar 24.06.1995 tarihli ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (551 sayılı KHK) ile düzenlenmiştir.^[6] 551 sayılı KHK md. 5 uyarınca patent belgesi, yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilen buluşlara verilir. Yenilik, tekniğin bilinen durumuna dahil olmamayı ifade eder. Bir bilgi, patent başvurusundan önce dünyanın herhangi bir yerinde toplumca her hangi bir yolla erişilebilen bir bilgi ise tekniğin bilinen durumunu aştığından ve yeni olduğundan bahsedilemez (551 sayılı KHK md. 7). Bu nedenle yenilik unsurunu içermeyen bu bilgiye patent verilemez. Buna karşılık, buluş tekniğin bilinen

[3] Feyzan Hayal Şehirali: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s. 7; Tahir Saraç: Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003, s. 29.

[4] Buluş bir zeka ürünü olan, teknik bir problemin ilerleme olarak görülebilen çözümünü sağlayan, uygulanabilir bir öğretiy ve yenilik olarak tanımlanabilir (Şehirali, s. 7; Ünal Tekinalp: Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 4, İstanbul 2005, s. 494).

[5] Saraç, s. 29; Saibe Oktay Özdemir: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemeleri, İstanbul 2002, s. 34-36.

[6] Bunun yanı sıra, fikri mülkiyet alanında önemli bir yere sahip olan 1883 tarihli Paris Anlaşması'nın eki niteliğindeki Patent İşbirliği Sözleşmesi (PCT) de 01.01.1996 tarihinden itibaren uygulama alanı bulmaktadır. PCT uyarınca, sözleşmeye üye ülkelerden veya Paris Anlaşması ülkelerinden birinin vatandaşı olan veya bu ülkelerde yerleşim yeri bulunan buluş sahibi, yapacağı tek uluslararası patent başvurusu ile tüm üye ülkelerde patent belgesi alabilmektedir. Nitekim 551 sayılı KHK md. 2 uyarınca bu KHK ile sağlanan korumadan, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai ve ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin yanı sıra Paris Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip olan kişiler de yararlanabilmektedir.

durumundan aşikâr bir biçimde çıkarılamayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmiş ise o buluşun tekniğın bilinen durumunu aştığı kabul edilir (551 sayılı KHK md. 9). Bir buluşa patent verilebilmesi için o buluşun tarım dahil sanayinin herhangi bir alanında üretilebilir ve kullanılabilir olması da gerekmektedir (551 sayılı KHK md. 10).

Bir patentin konusu bir ürün veya bir usul olabilir. Ürün patenti, ortaya çıkan sonuca değil, o sonucu gerçekleştiren ürüne verilen patenttir. Bir diğer ifadeyle ürün patentinde buluş bir ürün olarak somutlaştırılmıştır. Usul patentinde ise bir ürünü veya sonucu meydana getiren ve maddi bir varlığı olmayan teknik bilgilere patent verilir. Usul, üretim usulü şeklinde ortaya çıkabileceği gibi sonuç usulü şeklinde de ortaya çıkabilir. İlkinde bir usul uygulanarak bir ürün meydana getirilirken, ikincisinde bir usul uygulanarak bilim alanında etki doğuran bir sonuç meydana getirilmektedir.^[7]

Patentin süresi incelemeli ve incelemesiz patentler bakımından farklılık gösterir. İncelemeli patentin süresi başvuru tarihinden itibaren 20 yıl iken incelemesiz patentlerde bu süre 7 yıldır (551 sayılı KHK md. 72).

2. Patent-İlaç İlişkisi

İlaç, hastalıkların teşhis ve tedavisinde veya vücudun fizyolojik faaliyetlerinin düzeltilmesi, düzenlenmesi ve değiştirilmesinde kullanılan kimyasal, bitkisel veya biyolojik kaynaklı maddelerdir.^[8] Hastalıkların belirtilerini önlemek amacıyla kullanılan oksijen, tuz ve vitamin gibi fizyolojik maddeler de ilaç olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık 5324 sayılı Kozmetik Kanunu kapsamındaki ürünler ile Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Cihazlar Yönetmeliği kapsamındaki ürünlerin ilaç olarak değerlendirilebilmeleri mümkün değildir.^[9]

Yenilik, tekniğın bilinen durumunu aşma ve sanayiye uygulanabilir olma koşullarıyla ilaçlar da 20 yıl süre ile patent korumasından yararlanır.^[10] İlaç

[7] Serap Keskin: Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Ankara 2003, s. 39–40.

[8] 1262 sayılı ve 26.05.1928 tarihli İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu md. 1 uyarınca ilaç, kodekste yazılı şekil ve formül haricinde bilimsel kurallara uygun şekilde yapılan, üreticisinin adıyla veya özel bir kimsenin ismiyle piyasaya sürülen tıpta kullanılan her türlü basit veya bileşik tedavi edici üründür.

[9] Hasan Petek: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 124-125 ve 128-129. İlaç üretmek ve ilaç araştırmaları yapmak son derece uzun ve pahalı bir süreçtir. Yeni bir ilaç geliştirmek için temel olarak şu üç aşamadan geçmek gerekmektedir: 1. Erkin Maddenin Bulunması, 2. Preklinik Geliştirme ve 3. Klinik Geliştirme. Son aşama olan Klinik Geliştirme aşaması da kendi içerisinde Faz I-Faz II-Faz III ve Faz IV şeklinde kademeli olarak ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Petek, s. 132 vd.

[10] İlaçlar için faydalı model belgesi elde edilebilir. Ancak her hukuk sisteminin ilaçlara faydalı model koruması tanımadığı ve usullere faydalı model belgesi vermediği gözden kaçırılmamalıdır (Ayşe Odman Boztosun: “İlaçta Zorunlu Lisans Uygulaması”, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2009, s. 225).

üretimi yapan ve ilaç sektöründe yeni usuller geliştiren firmalar bakımından ilaçlara patent verilmesi son derece önemlidir. Zira ilaç sektöründe yenilik geliştirme faaliyeti rekabetin temel unsurlarından birisidir ve ilaç üreticileri buluşları üzerinde patent hakkı elde etmek suretiyle inhisari hak sahibi olur; patent korumasından faydalanırlar. İlaç firmalarının ürünlerine ve usullerine patent verilmesiyle hem toplumsal yarar sağlanır hem de ilaç üreticileri ekonomik bakımdan fayda elde eder. İlaç üreticileri patent koruması sayesinde, üçüncü kişilerin, buluşlarına yönelik tecavüzlerini de önleyebilirler.

İlaç patentleri üç başlık altında toparlanabilir; zira her ilaç bünyesinde temelde üç çeşit patent bulundurulur. Bunlar: Ürün Patentleri, Usul Patentleri ve Endikasyon Patentleridir.^[11]

Ürün patentleri ilacın etkin madde ve yardımcı maddelerinin yer aldığı kimyasal formüle verilen bir patenttir. İlaç sektöründe patent verilen, kullanılan ilacın kendisi değildir. Patent, ilacın etkin maddesini oluşturan kimyasal formüle verilmektedir. Ürün pateni ilacın etkin maddesi ile ilgili patenttir.^[12] Ürün patentleri molekül patenti, türev patenti, kristal form patenti ve etkin madde karışım patenti olmak üzere alt gruplara ayrılmaktadır.^[13]

Usul patenti kavramı ise bir ilaçta bulunan etkin maddelerin sentezlenmesi bakımından var olan yollarıdır (pathway). İlacın üretilme usulü, usul patentinin konusunu oluşturur.^[14]

Endikasyon patenti bir etkin maddenin çeşitli endikasyonlarda kullanılması üzerine alınabilecek olan patenttir. Örneğin aspirinin etkin maddesi olan asetilsalisilik asitin ağrı endikasyonlarında kullanıldığı bilinmektedir. Ancak daha sonra yapılan araştırmalarda bu maddenin kanser veya kalp krizi endikasyonlarında da kullanılabileceği keşfedilmiş ise bu endikasyonlardaki kullanım da yeni bir patentin konusunu oluşturabilir.^[15]

Bu üç patent türü dışında ilaçlarla ilgili olarak bir de formülasyon patenti bulunmaktadır.^[16]

İlaç üreticileri buluş olarak nitelendirilen kimyasal formüllerinin üretilmesini, satılmasını, kullanılmasını, ithal edilmesini ve kişisel ihtiyaçtan başka bir amaçla

[11] Uğur Yalçınar, "İlaç ve Patent Türkiye'de ve Dünyada Son Gelişmeler", FMR, C. 2, S. 3, 2002, s. 23; Murat Yıldırım: "İlaç Patentlerinde İstemlerin Yorumlanması", FMR, C. 6, S. 2, 2006, s. 106. Sadece bir reçetenin oluşturulması için eczanelerde yapılan ilaçların seri üretim olmadan hazırlanarak kullanılması ve bu şekilde hazırlanan ilaçlara ilişkin fiiller patentten doğan hakların kapsamı dışında kalmaktadır (551 sayılı KHK md. 75/b).

[12] Yıldırım, s. 107; Odman, s. 225; Yalçınar, s. 23.

[13] www.ilacpatenti.com (02.01.2011).

[14] Yıldırım, s. 107.

[15] Yıldırım, s. 107, dipn. 1. Endikasyon ile ilgili buluşların patent ile korunabilmesi aslında oldukça tartışmalı bir konudur. Nitekim bu konuda değişik ülkelerde farklı düzenlemeler mevcuttur (Yalçınar, s. 24).

[16] Yalçınar, s. 23.

elde bulundurulmasını önleyebilirler. Aynı şekilde bu kişiler, etkin maddelerin bir araya gelme çeşitlerinden doğan bir usulün kullanılmasını veya kullanılmasının yasak olduğu bilinen veya bilinmesi gereken usul patentinin kullanılmasının üçüncü kişiler tarafından başkalarına teklif edilmesini engelleyebilirler. Bunun yanı sıra, patent konusu usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satışa sunulması veya kullanılması veya ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle olursa olsun elde bulundurulmasını engelleme hakkına da sahiptirler (551 sayılı KHK md. 73/III).

B. ZORUNLU PATENT LİSANSI

1. Zorunlu Patent Lisansı Kavramı

Patent lisansı, patent hakkı sahibinin patentten doğan haklarının kullanımını bedel karşılığında, bir sözleşme ile lisans alan kişiye devretmesidir. Patent lisansı sözleşmesi sonucunda lisans veren, buluşu üzerinde hak sahibi olarak kalmaya devam etmekte ancak bu buluşu kullanma hakkı bir başkasına geçmektedir. İki tarafı, isimsiz ve yazılı geçerlilik koşuluna tabi olan lisans sözleşmeleri, patent sahibinin buluşunu kullanmadaki tekel durumunu zayıflatmaktadır. Patent lisansının inhisari nitelikte olması istisnai bir durumdur.^[17]

Patent lisans sözleşmeleri, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde isteğe bağlı olarak kurulabilmekle beraber bu durum patent lisansının verilebilmesinin tek yolu değildir. Buluşu üzerinde inhisari hak sahibi olan kişi bazen bu hakkını kötüye kullanabilmektedir. Bu kişinin hakkını kötüye kullanmasını önlemek için ve diğer başka gerekçelerle patent hakkının sınırlandırılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Patent hakkını sınırlandıran kurumlardan biri, patentten doğan hakkın kullanımının buluş sahibinin rızası hilafına devredilmesi olarak tanımlanan zorunlu patent lisansıdır.^[18]

Zorunlu lisans, kural olarak inhisari değildir.^[19] Bu sebeple lisans veren kişi daha sonra başkalarına da lisans verebilme hakkına sahiptir. Buna karşılık inhisarilik zorunlu lisansın amacına uygunsa ve patent konusu buluşun değerlendirilmesi bakımından gerekliyse, kamu yararının olduğu durumlarda

[17] Bahadır Erdem; Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, B. 2, İstanbul 2002, s. 133-134 ve 137; Ahmet Kılıçoğlu; Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 289-290; Özdemir, s. 53 ve 67.

[18] Erdem, s. 147-148; Gianna Julian-Arnold, "International Compulsory Licensing: The Rationales and The Reality" The Journal of Law and Technology, 1993, p. 349, http://www.ipmall.org/hosted_resources/IDEA/33_IDEA/33-2_IDEA_349_Arnold.pdf (10.05.2010); Alberto do Amaral Junior, "Compulsory Licensing and Access to Medicine in Developing Countries, SELA, 2005, p. 5, [http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Alberto%20Amaral%20\(Final%20English%20Version\)%20v%201.0.pdf](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Alberto%20Amaral%20(Final%20English%20Version)%20v%201.0.pdf) (09.05.2010).

[19] Arnold, p. 349, Amaral, p. 5.

zorunlu lisansın inhisari olarak verilmesi de söz konusu olabilir (551 sayılı KHK md. 114).

Zorunlu lisans söz konusu olduğunda her ne kadar lisans, patent hakkı sahibinin rızası hilafına veriliyor olsa da patent sahibine, buluşun ekonomik önemi göz önüne alınarak belirlenen makul bir bedel ödenir (551 sayılı KHK md. 114).

İsteğe bağlı lisansa ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde zorunlu lisansa da uygulanır (551 sayılı KHK md. 119).

2. Zorunlu Patent Lisansının Şartları

a. Buluşun Kullanılmaması

551 sayılı KHK md. 9 uyarınca patent sahibi veya onun yetkili kıldığı kişi, patent konusu buluşu kullanmak zorundadır. Patent konusu buluşa bağlı ürünün üretilmesi veya söz konusu olan bir usul patenti ise bu usulün uygulanması, patentin kullanılması kavramı içerisinde yer alır. Bunun yanı sıra buluşu bizzat patent sahibinin değil, lisans alan kişinin kullanması durumunda da buluşun kullanılıyor olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık patent konusu buluşun Türkiye dışında bir başka ülkede kullanılması veya deneysel amaçlarla kullanımı “buluşun kullanılması” kavramına dahil değildir.^[20]

Bazı durumlarda patent konusu buluş kullanılmamasına rağmen, kullanım-daki bu gecikme haklı bir sebebe dayanır. Bu haklı sebepler patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındaki, objektif nitelik taşıyan teknik, ekonomik veya hukuki sebeplerdir (551 sayılı KHK md. 100/II).^[21]

Patent konusu buluş kullanılmaz veya kullanılmasıdaki gecikme haklı bir sebebe dayanmazsa bu buluş zorunlu lisansa konu olabilmektedir. Bu çeşit bir zorunlu lisans verilebilmesi için buluşun kullanılmama durumunun aralıksız olarak en az üç yıl devam etmesi gerekmektedir (551 sayılı KHK md. 100/I).

b. Patent Konularının Bağımlılığı

Patente konu olan bir buluşun kullanılması patentle korunan önceki tarihli bir başka buluşun kullanılması ile mümkün oluyorsa patent konularının bağımlılığından söz edilir.^[22] Her ne kadar bu çeşit bir bağımlılık patentlerin geçerliliğini etkilemeyecek olsa da her iki patent sahibi de karşılıklı olarak izinsiz bir şekilde birbirlerinin buluşlarını kullanamazlar (551 sayılı KHK md. 79). Elbette patent

[20] Saraç, s. 121 ve 123.

[21] Örneğin, buluşun kullanılmasına resmi makamlar tarafından izin verilmemesi, buluş için gerekli olan hammaddelerin ithalatının geçici olarak yasaklanması veya patentin kullanımı için gerekli teknik personel yokluğu vs. (Saraç, s. 122).

[22] Arnold, p. 349.

sahiplerinin bu izni elde edememiş olmaları da bir olasılıktır. Böyle bir durumda zorunlu lisans kurumu etkin bir çözüm olmaktadır.

Patent konusu bir buluşun kullanımını önceki bir patentten doğan hakka tecavüz etmeyebilir. Ancak buluşun önceki patentten doğan hakka tecavüz etmeden kullanılması mümkün değilse sonraki patentin sahibi, kendi patentinin önceki patentten daha değişik bir sınai amaca hizmet ettiğini veya önemli bir teknik ilerleme gösterdiğini ispat ederek kendisi lehine zorunlu lisans verilmesini talep edebilir. Patent konusu buluşların her ikisinin de aynı sınai amaca hizmet etmesi ve bağımlı patentlerden biri lehine zorunlu lisans verilmiş olması durumunda ise önceki patentin sahibi de sonraki patentin kullanılması için kendisi lehine zorunlu lisans verilmesini isteyebilir (551 sayılı KHK md. 101).

551 sayılı KHK' da ilaçta zorunlu patent lisansına ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bazı durumlarda patente konu olan buluş kimyasal veya farmasötik bir maddenin usulüne ilişkin olabilir. Bir kimse bir usul ile eczacılıkla ilgili belirli bir ürün elde ederek hem bu usulü hem de bu usul neticesinde ürettiği ürünü patent ile koruma altına almış olabilir (551 sayılı KHK md. 101). Böyle bir durumda bu usul patenti, önceki tarihli patent konusu buluşa oranla daha ileri bir teknik ilerlemeyi gerçekleştiriyorsa her iki patent sahibi de zorunlu lisans talep edebilir. Bu bağımlılık ilişkisinde aynı ürüne ilişkin iki usul bulunmaktadır ve ikinci usul teknik bakımdan daha ileri bir düzeydedir. Sonraki tarihli patent daha ileri bir teknik gelişmeyi ifade ettiği için önceki usulün patent sahibi, sonraki tarihli patent üzerinde zorunlu lisans elde ederek bu usulü kullanır. Böylece önceki usul patenti sahibi daha ileri bir usulle aynı ürünü daha hızlı sürede üreterek verimliliğini ve karlılığını artırmış olur. Sonraki patent sahibi ise ürün önceden patentlendiği için zorunlu lisans almadan zaten ürününü için patent koruması elde edemez. Bu nedenle zorunlu lisans kurumunun kabul edilmesinde her iki patent sahibinin de menfaati bulunmaktadır. [23]

c. Kamu Yararı

Bir buluşun zorunlu lisansa konu yapılabilmesinin diğer yolu kamu yararadır. Kamu yararından ne anlaşılması gerektiği 551 sayılı KHK md. 103/II'de örneklenmiştir. Buna göre "Kamu sağlığı veya milli savunma nedenleriyle buluşun kullanılmaya başlanması, kullanımın artırılması veya genel olarak yaygınlaştırılması veya yararlı bir kullanım için ıslah edilmesi büyük önem taşıyorsa, kamu yararının bulunduğu kabul edilir. Patent konusu buluşun kullanılmamasının veya nitelik veya miktar bakımından yetersiz kullanılmasının ülkenin ekonomik veya teknik gelişmesi bakımından ciddi zararlara sebep olacağı hallerde de kamu yararının bulunduğu kabul edilir."

[23] Amaral Junior, p. 4; Saraç, s. 124.

Kamu yararından söz ederken değerlendirme, toplumun geneli açısından yapılmalıdır.^[24]

Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisansa hükmedilebilmesi diğer zorunlu lisans konularından farklı olarak Bakanlar Kurulu'nun tasarrufundadır. Bakanlar Kurulu uygun görürse "şartlı zorunlu lisansa" da karar verebilir (551 sayılı KHK md. 103/III).

3. İhracat ve İthalat Gereçekleri ve Zorunlu Lisans

Türk hukukunda patent konusu buluşun ihraç edilmesi bir zorunlu lisans sebebi olarak kabul edilmemektedir. Bu durum 551 sayılı KHK md. 102 ile açıkça hüküm altına alınmıştır.

Türk hukuku uyarınca zorunlu lisans alan kişi zorunlu lisans konusunu ithal edemez. Ancak kamu yararı varsa ve kamu yararı gerekçesiyle açıkça ithale yetkili kılınmışsa patent konusunu ithal etme hakkı ihtiyaçla sınırlı olarak ve geçici bir süre için bulunmaktadır (551 sayılı KHK md. 114).

II. İLAÇ HUKUKUNDA ZORUNLU LİSANS

A. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

1. Düzenlemelerin Tarihçesi

1995 yılında kurulan Dünya Ticaret Örgütü (WTO) çok taraflı uluslararası sistemin yasal ve kurumsal organıdır. Bugünkü yapısı Uruguay Round Görüşmelerinde şekillenen WTO, ticaretin önündeki engellerin çok taraflı müzakereler yoluyla kaldırılması amacıyla kurulan Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması'nın (GATT) devamını oluşturmaktadır.^[25]

Dünya Ticaret Örgütünü kuran anlaşmaya ek niteliğinde olan Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle Bağlantılı Yönlerine Dair Anlaşma (TRIPS) ise WTO'ya üye ülkelerde belirli standartlarda bir fikri mülkiyet rejiminin oluşturulması hedefine yöneliktir. Çoğu WTO anlaşması gibi TRIPS de 1986-1994 Uruguay Round Görüşmelerinin sonucunda ortaya çıkmış bir anlaşmadır ve 1994'te Marakeş'te imzalanmıştır. TRIPS, 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.^[26]

TRIPS md. 27 uyarınca yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilen teknolojik usuller veya ürünler patent korumasından yararlanabilmektedir. TRIPS'in yorumundan, bu korumanın kapsamına ilaçların da

[24] Saraç, s. 126.

[25] http://www.deik.org.tr/pages/TR/DEIK_CokTaraflıKuruluslar.aspx?ctID=3&IKID=10 (19.05.2010).

[26] http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm (18.05.2010).

dahil olduğu sonucuna varılmaktadır.^[27] Öte yandan TRIPS, patentli buluşlar üzerinde -ve dolayısıyla ilaçlar üzerinde- zorunlu lisans tanınmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere de yer vermektedir.

Esasen zorunlu lisansa ilişkin ilk düzenlemeler patentlerle ilgili ana anlaşma niteliğinde olan 1883 tarihli Paris Anlaşmasında yer almaktadır. Buna göre tüm üye ülkeler patent hakkının kötüye kullanımını engellemek için patentler üzerinde zorunlu lisans tanıma hakkına sahiptir. Bunun yanı sıra Anlaşma uyarınca, patent başvurusundan itibaren 4 yıl veya patent hakkının kazanılmasından itibaren 3 yıl geçmeden zorunlu lisansa hükmedilemeyecek ve patent hakkı sahibi uygun bir tazminat elde edemeyecektir (Paris Anlaşması md. 5).

Zorunlu lisansa ilişkin bu ilk düzenlemeler, tartışmaları sona erdirmekten oldukça uzak bir noktada bulunmaktaydı. TRIPS görüşmelerinin başlangıcını da zaten zorunlu lisansa ilişkin makul bir kapsam yaratabilme üzerine yapılan bu tartışmalar oluşturuyordu. 1970'lerin sonu ve 1980'lerin başlarında gelişmekte olan ülkeler teknolojiye ulaşma konusundaki taleplerini arttırmıştı. Bu talepler Paris Anlaşmasının revize edilmesi sürecini başlattı. Zorunlu lisansa ilişkin yarışan talepler nedeniyle bu görüşmeler 1982 yılında kesintiye uğramıştı ve bu kesinti söz konusu uyuşmazlığı GATT bünyesinde çözüme kavuşturma eğilimini doğurmuştu.^[28]

Uruguay Round Görüşmeleri kapsamında yapılan TRIPS görüşmelerinde Amerika Birleşik Devletleri öncü rol oynamıştır. Bu görüşmelerde Amerika, zorunlu lisans uygulaması söz konusu olduğunda patent hakkı sahibine uygun bir tazminat verilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Bu tazminatın mahkemeler tarafından belirlenmesi gerekliliği de Avrupa Birliği tarafından öne sürülmüş bir diğer görüş olmuştur. Hindistan, görüşmeler için oldukça kapsamlı bir öneri hazırlayarak ilaçlar, gıdalar ve tarımsal kimyasallarla ilgili olarak buluşun kullanılabilmesi durumunda zorunlu lisans tanınması gerektiğini ileri sürmüştür.^[29]

Görüşmelere katılan ülkeler tarafından gerçekleştirilen tüm bu tartışmalar sonucunda oluşturulan TRIPS, patentli buluşlar ve dolayısıyla ilaçlarda zorunlu lisans uygulamalarına ilişkin detaylı düzenlemeler içermektedir.^[30]

[27] Amaral Junior, p. 2; UNCTAD-ICTSD: Resource Book on TRIPS and Development: Building Project on IPRs, USA 2005, p. 356.

[28] UNCTAD-ICTSD, p. 463.

[29] Uruguay Round Görüşmelerinin başlangıcında 50 kadar ülke farmasötik ürünlere patent verilemeyeceğini, bunlardan bir kısmı da farmasötik usullere dahi patent verilemeyeceğini ileri sürmekteydi (UNCTAD-ICTSD, p. 353).

[30] UNCTAD-ICTSD, p. 463-464.

2. Zorunlu Lisansa İlişkin TRIPS Hükümleri

TRIPS, bir yandan gelecek buluşları ve yaratıcılığı teşvik etme konusundaki uzun vadeli toplumsal hedefleri gerçekleştirmeye çalışırken diğer yandan da bu uzun vadeli hedefler ile mevcut buluşlardan yararlanılması konusundaki kısa vadeli hedefler arasında denge kurmaktadır. Bu amaç çerçevesinde WTO üyeleri bir farmasötik ürüne veya usule patent koruması sağlarken aynı zamanda da bazı istisnalara izin vermek zorundadır. Bu nedenle TRIPS'te, var olan ilaçlara erişme hedefi ile yeni ilaçlar araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesi arasındaki dengeyi sağlama amacıyla zorunlu lisans uygulamaları öngörülmüştür. TRIPS md. 30'da patentten doğan haklara bazı istisnalar getirilebileceğinden bahsedilmektedir. TRIPS md. 31'de ise "hak sahibinin izni olmaksızın diğer kullanımlar" ifadesi yer almaktadır. "Diğer kullanımlar" ifadesi ile de md. 30'da yer alan kullanımlardan başka kullanımlar kastedilmektedir. Buna karşılık TRIPS metninde hiçbir yerde "zorunlu lisans" kavramı açıkça yer almamaktadır. Ancak md. 31'de yer alan "diğer kullanımlar" ifadesi, ülkelerin buluşları kendi amaçları için kullandıkları bütün durumları ve bu arada zorunlu lisansları da kapsamaktadır. Bu nedenle zorunlu lisans kurumunun TRIPS md. 31'de düzenlenmiş olduğu söylenebilir.^[31]

"Diğer kullanımların" bir kısmını oluşturan zorunlu lisans uygulamalarının hangi durumlarda tanınabileceği TRIPS'te özellikle belirtilmemiştir. Buna karşılık TRIPS md. 31'de ulusal tehlike (national emergency), diğer fevkalade aciliyet halleri (other circumstances of extreme urgency) ve rekabete aykırı uygulamalar (anti-competitive practices) söz konusu edilerek bu hallerin varlığı halinde buluşun hak sahibinin izni olmadan kullanımına izin verilmiştir. Bu sebeple, sayılan bu hallerde zorunlu lisans kararı alınabilecektir.

TRIPS uyarınca bir buluştan hak sahibinin rızası hilafına yararlanılabilmesi için (hem zorunlu lisans tanıma suretiyle hem de devlet tarafından kullanım halinde) öncelikle hak sahibi ile söz konusu buluş için ihtiyari lisans alınması konusunda görüşme yapılmış ve makul bir süre^[32] geçmiş olmasına rağmen bu görüşmelerden bir sonuç alınamamış olması gereklidir. Bu çeşit bir görüşme yapılmadan zorunlu lisans talep edilebilmesi söz konusu olmayacağı gibi zorunlu lisans alınmışsa da hak sahibine makul bir ücret ödenmesi gereklidir. Buna karşılık üye ülkeler, ulusal tehlike, diğer fevkalade aciliyet halleri ve rekabete aykırı

[31] http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm (18.05.2010); UNCTAD-ICTSD, p. 460.

[32] Görüşmeler için gereken makul süre talep edilen lisansın amacına yönelik olarak belirlenir. Örneğin hayat kurtaran bir ilaç için zorunlu lisans talep edilmekteyse bu görüşmelerdeki makul süre ivedi bir sonuç alınması gerektiği için geliştirilmiş bir balık tutma aleti görüşmeleri için gereken süreden daha kısa olacaktır (UNCTAD-ICTSD, p. 470).

uygulamalar söz konusu ise hak sahibi ile görüşme yapılması ön koşulundan feragat edilmesine yönelik düzenlemeler yapabilmektedir (TRIPS md. 31/b).

Zorunlu lisans uygulaması esasen (predominantly)^[33] bu uygulamaya izin veren üye ülkenin iç pazarının ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak verilebilir (TRIPS md. 31/f).

TRIPS uyarınca zorunlu lisans verilebilecek haller sayma suretiyle belirlenmediği için WTO üyesi ülkeler zorunlu lisansa yönelik ulusal düzenlemeler yapabilmekte ve şayet bu çeşit düzenlemelerde özel koşullar öngörülmüşse bu koşullara uyulması gerekmektedir.

3. Doha Deklarasyonu ve 30 Ağustos 2003 Kararı

14 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığına İlişkin Doha Deklarasyonu (Doha Deklarasyonu/Deklarasyon), üye ülkelerin TRIPS ile kabul ettiği istisnaları ve bu arada zorunlu lisans uygulamalarını teyit eden bir deklarasyondur. Bu bakımdan TRIPS'ten önemli ölçüde ayrılan hükümler içermemektedir. Buna karşılık Doha Deklarasyonu ile çok önemli bir yenilik de getirilmiş ve zorunlu lisansın esasen iç pazarın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması gerektiğine ilişkin TRIPS md. 31/f hükmünün farmasötik ürünler yönünden değişmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bu gelişme 30 Ağustos 2003 kararı (Karar) ile yürürlüğe girmiş ve böylece ihtiyaç duydukları ilaçları üretemeyen ülkelerin bu ilaçları zorunlu lisans yoluyla ithal etmeleri imkânı yaratılmıştır. Doha Deklarasyonu ile TRIPS'in uygulanması ve yorumunda, hem mevcut ilaçlara ulaşma hem de yenilerinin üretilmesini sağlama yoluyla, kamu sağlığı ilkesine ağırlık verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.^[34]

Deklarasyon gelişmiş, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler bakımından farklı düzenlemeler içermektedir.^[35] Türkiye, Doha Deklarasyonu çerçevesinde kendisini gelişmekte olan bir ülke olarak tanımlayarak, farmasötik ürünleri sadece ulusal tehlike ve diğer fevkalade aciliyet hallerinde ithal edeceğini bildirmiştir.^[36]

[33] "Esasen" hakim durumun ne olması gerektiğine ilişkindir ve zorunlu lisans verilecek ürünün %50'sinden fazlasının iç pazarın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması gerektiğini ifade etmektedir. Bir ülke ihracat amacıyla da zorunlu lisans imkânı tanıyabilir. Ancak yine de böyle bir durumda lisansın çoğunlukla iç piyasanın ihtiyacını karşılamaya yönelik bir yükümlülük içermesi gerekmektedir (UNCTAD-ICTSD, p. 474). Türk hukukunda ihracat bir zorunlu lisans sebebi olarak kabul edilmemiştir (551 sayılı KHK md. 102).

[34] UNCTAD-ICTSD, p. 484.

[35] Gelişmiş, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler WTO' da tanımlanmamakta ve her ülke kendi gelişmişlik düzeyini, gelişmiş veya gelişmekte olan ülke olarak, kendisi belirlemektedir. Ancak bir ülkenin kendisi için yaptığı gelişmişlik düzeyi kararına diğer ülkelere karşı çıkılması söz konusu olabilmektedir. http://www.wto.org/english/tratop_e/develop_e/d1who_e.htm (19.05.2010).

[36] http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm#compulsorylicensing (19.05.2010) Kendisini gelişmekte olan ülke olarak tanımlayan

Kendisini gelişmiş ülke olarak tanımlayan 33 ülke^[37] ise farmasötik ürünlerin zorunlu lisans yoluyla ithal edilebilmesi imkânından ithalatçı ülke olarak yararlanmayacağını açıklamıştır.

Doha Deklarasyonunun en önemli düzenlemesi, TRISP'in üye ülkelerin kamu sağlığına yönelik önlemler almalarını engelleyemeyeceğinin ve fikri mülkiyet korumasının yeni ilaçların geliştirilmesi bakımından önemli olduğunun vurgulanmasıdır. Doha Deklarasyonu 1. maddesinde, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerdeki kamu sağlığı problemlerinin önemi vurgulanmış ve özellikle HIV/AIDS, tüberküloz, sıtma ve diğer salgın hastalıkları acil önlem alınması gereken hastalıklara örnek olarak gösterilmiştir. Deklarasyon bu yönüyle teknolojik bakımından dezavantajlı olan ve yetersiz üretim kapasitesine sahip ülkelerin de ilaçlara makul fiyatlarla ulaşabilmesinin öncüsü olmuştur. Doha Deklarasyonu ile bu tür ilaçların söz konusu ülkeler bakımından son derece maliyetli olduğu bir kere daha vurgulanmıştır.

2001 tarihli Doha Deklarasyonun öncülük ettiği bu gelişmeler, 30 Ağustos 2003 kararıyla nihayete ermiştir. Karar, farmasötik ürünleri, Deklarasyonun 1. maddesinde örneklenen türden hastalıklara yönelik olarak farmasötik sektörün ihtiyaç duyduğu patentli ürünler veya patentli bir usul sonucu üretilen ürünler olarak tanımlamıştır. Karar çerçevesinde ithalata elverişli ülkeler, az gelişmiş ülkeler veya kendisini ithal eden ülke olarak TRIPS Konseyine bildiren diğer üye ülkeler olarak tanımlanmıştır.^[38]

Karar uyarınca bir ilacı zorunlu lisans yoluyla ithal etmek isteyen ülke, WTO Sekreterliğine ihtiyaç duyduğu ilacın adı ve ilaçtan beklenen özellikleri, kendisinin bu ilacı üretme bakımından yeterli kapasitesi olmadığını, ülkesinde patenli bir ilaç bulunuyorsa bu ilaca TRIPS md. 31 ve Karar hükümleri uyarınca zorunlu lisans verildiğini veya verileceğini bildirir. İhtiyaç içinde olan bir ülkeye zorunlu lisans yoluyla ilaç ithal edilmesi halinde, ithalatçı ülkeye TRIPS md. 31'e uygun şekilde bir bedel ödenecektir.^[39] Ancak bu bedel söz konusu sistem nedeniyle oldukça düşüktür. Örneğin, 2003 yılında Doha Deklarasyonunu Asya'da kabul eden ilk ülke olan Malezya, CIPLA isimli bir Hint

diğer bazı ülkeler: Brezilya, Bolivya, Şili, Kolombiya, Küba, Mısır, Hong Kong, Çin, Hindistan, Endonezya, İsrail, Kenya, Jamaika, Kore, Kuveyt, Malezya, Meksika, Fas, Nijerya, Pakistan, Peru, Singapur, Tayland, Tunus, Birleşik Arap Emirlikleri vs. http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_e/brief_e/brief20_e.htm (19.05.2010).

[37] Bu ülkeler, Avustralya, Belçika, Kanada, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Japonya, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, İsviçre, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Çek Cumhuriyeti, Kıbrıs, Estonya, Macaristan, Litvanya, Letonya, Malta, Polonya, Solavak Cumhuriyeti ve Slovenya'dır. http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfq_e.htm#Transition (19.05.2010).

[38] UNCTAD-ICTSD, p. 489.

[39] UNCTAD-ICTSD, p. 490.

şirketinden ARVs adlı patentli bir ilacın jenerik versiyonunu ithal etme konusunda zorunlu lisans talebinde bulunmuştur. Bu zorunlu lisans sayesinde aylık tedavi masraflarının hasta başına aylık maliyeti % 83 oranında düşmüştür.^[40]

TRIPS, 1995 yılında yürürlüğe girdiği andan itibaren özellikle vatandaşlar ile yabancı gerçek veya tüzel kişiler arasında ayrımcılık yapılmayacağına ilişkin hükümler açısından, her üye ülkenin söz konusu düzenlemelere mutlaka, eşit biçimde uyması gerektiğini öngörmüştür. Ancak durum, TRIPS'te yer alan her hüküm bakımından bu şekilde değildir. Bu husus özellikle farmasötik ürünler bakımından önem taşımaktadır. TRIPS md. 66'da yer alan geçiş hükümleri uyarınca, gelişmiş ülkelerin TRIPS'i tam anlamıyla uygulayabilmesi için gerekli olan geçiş süreci TRIPS'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl olarak belirlenmiştir (1 Ocak 1996'ya kadar). Bu süre geliştirmekte olan ülkeler bakımından 5 yıl (1 Ocak 2000) ve az gelişmiş ülkeler^[41] bakımından ise 11 yıldır (1 Ocak 2006'ya kadar). Bu süre daha sonra (30 Kasım 2005'te) az gelişmiş ülkeler için 1 Haziran 2013'e kadar uzatılmıştır. Sözleşmeye üye az gelişmiş ülkeler geçiş süresinin sonuna kadar TRIPS hükümlerinin uygulanması yönünde düzenlemeler yapmakla yükümlüdürler (TRIPS md. 66)

Daha sonra Doha Deklarasyonu ile beraber ilaç patentleri yönünden az gelişmiş ülkelerin geçiş süresi 2016 yılına kadar uzatılmıştır. Bu sebeple söz konusu ülkeler kendi ülkelerinde ilaçların patent ile korunmasını 2016 yılına kadar erteleyebilmektedir.^[42]

B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

1. Düzenlemelerin Tarihçesi

Türk hukukunda 1879 tarihinde yürürlüğe giren ve 1995 tarihine kadar yürürlükte kalan İhtira Beratı Kanunu ülkemizde patent konusundaki düzenlemelerin yasal dayanağını oluşturmaktaydı. Söz konusu kanun ilaçları patent korumasının dışında bırakılmaktaydı. Ne var ki 24 Haziran 1995 tarihinde kabul edilen 551 sayılı KHK da yürürlüğe girdiği tarihte ilaçları patent korunması kapsamı dışında bırakmıştır.

[40] Martin Khor: "Patents, Compulsory License and Access To Medicines: Some Recent Experiences", Intellectual Property Rights Series, 2009, p. 7-8. 2002 yılında Zimbabve, 2004 yılında Endonezya, 2005 yılında Gana, 2006 yılında Tayland ve 2007 yılında Brezilya HIV/AIDS salgın hastalığının kontrol altına alınması amacıyla jenerik ilaçların zorunlu lisans yoluyla kendi ülkelerine ithal edilebilmesi yönünde talepte bulunmuştur. (Khor, p. 9, 11, 14 ve 15).

[41] Angola, Bangladeş, Benin, Burkina Faso, Çad, Haiti, Madagaskar, Malavi, Maldivler, Mozambik, Nijerya, Ruanda, Senegal, Tanzanya, Togo, Uganda, Zambiya vs. http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_e/brief_e/brief20_e.htm (19.05.2010).

[42] http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm04_e.htm#pharmsandags (19.05.2010).

Türkiye 26 Mart 1995'ten beri WTO'nun bir üyesidir. 15 Nisan 1994'te kabul edilen ve 1 Ocak 1995'te yürürlüğe giren WTO'nun eki niteliğinde olan TRIPS uyarınca ilaçlar da patent koruması kapsamına alınmıştır. TRIPS md. 70/8 uyarınca daha önce ilaçları patent koruması kapsamına almayan üye ülkeler farmasötik buluşları için patent başvurularını WTO Kuruluş Anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kabul etmekle yükümlüdür. WTO Kuruluş Anlaşması 1 Ocak 1995'ten itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple Türkiye 1 Ocak 1995'ten itibaren ilaç patentleri ile ilgili başvuruları işleme almaktadır. Her ne kadar ilaç patentlerinin işleme alınış tarihi 1 Ocak 1995'ten itibaren başlayacak olsa da geçiş süreleri nedeniyle Türkiye'de ilaç patentlerinin fiilen korunmaya başlanma tarihi 1 Ocak 1999'dur.^[43] Zira bilindiği gibi Türkiye kendisini geliştirmekte olan bir ülke olarak deklare etmiştir. TRIPS uyarınca geliştirmekte olan ülkelerin TRIPS hükümlerini tam anlamıyla uygulayabilmesi için ihtiyaç duyulan geçiş süresi de 5 yıldır. Nitekim 551 sayılı KHK'ya 19.09.1995 tarihinde eklenen Geçici md. 4 uyarınca "Tıbbi ve veteriner ilaç üretim usullerine ve ürünlerine bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki patent belgesi ile sağlanan koruma 1 Ocak 1999 tarihinde başlar".

TRIPS'in yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Ocak 1995'ten önceki dönemlerde başka ülkelerde patent ile korunan ilaçlar Türkiye'de patent korumasından yararlanamamakta ve bu ilaçların jenerikleri patent sorunu yaşanmaksızın piyasaya verilebilmekteydi.^[44] Türkiye'de 1 Ocak 1995 tarihine kadar ilaçlara patent verilmemesi pek çok ülkenin ve inovatör firmaların zararına yol açmıştır. Türkiye'nin Arjantin, Mısır ve Hindistan ile birlikte bu konuda eleştiriye maruz kalan ülkeler arasında olduğu ifade edilmektedir.^[45] Bir ilacın piyasaya çıkış süresinin 8-12 yılı aldığı bilinmektedir. Dünyada 1995-rüçhan hakkı söz konusu olduğunda 1994-tarihinden önce üretilen ilaçların Türkiye'de patent koruması dışında kalması nedeniyle 1990'larda bulunmuş ancak 2000 yılında piyasaya çıkmış ilaçların Türkiye'de patent koruması kapsamı dışında kalması

[43] Bu sistem "mailbox" sistemi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre ilaçları patent koruması kapsamına almak için geçiş süresine ihtiyaç duyan ülkeler ileride söz konusu ilaçlar için paten koruması sağlasa da sağlamasa da 1 Ocak 1995'ten itibaren ilaçlar için patent koruması başvurularını işleme almak zorundadır. Bu sistemi kabul ettiğini belirten diğer bazı ülkeler Arjantin, Brezilya, Küba, Hindistan, Kuveyt, Fas, Pakistan, Tunus, Paraguay, Birleşik Arap Emirlikleri ve Uruguay'dır. http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm04_e.htm#pharmsandags (22.05.2010).

[44] Yalçınar, s. 19.

[45] Bulut, s. 52.

söz konusu olabilmektedir. Bu durum Türkiye’de ilaçların jeneriklerinin^[46] piyasaya çıkmasına yol açmıştır.^[47]

2. 551 sayılı KHK uyarınca İlaçların Zorunlu Lisansa Konu Edilmesi

Türkiye’de 1995 ile 2002 yılları arasında toplam 3527 yabancı başvuru sahibinin ilaç patenti için başvurduğu; bu sayının yerli başvuru sahipleri için 53 olduğu gözlenmiştir.^[48] İlaçların patent korumasından yararlanabilmesi için başvuru yapılıyor olmasına karşın henüz ilaçlar için fikri mülkiyet hukuku kapsamında Türkiye’de zorunlu lisansa hükmedilmediği ifade edilmektedir.^[49]

551 sayılı KHK uyarınca kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda Bakanlar Kurulu tarafından ilaçlar için zorunlu lisans kararı verilebilir. Bunun yanı sıra patent konularının bağımlılığı söz konusu ise 551 sayılı KHK md. 101/3 ‘te ilaçlarla ilgili özel bir düzenleme yer almaktadır.^[50] Türkiye, Doha Deklarasyonu çerçevesinde kamu sağlığı mülahazasıyla ilaçların zorunlu lisans ile ithal edilmeleri imkânından sadece ulusal tehlike ve diğer fevkalade aciliyet hallerinde yararlanacağını bildirmiştir.^[51] Patent konusu buluşun kullanılmaması da bir diğer zorunlu lisans sebebidir.

551 sayılı KHK uyarınca zorunlu lisans talep eden kişi öncelikle sözleşmeye dayalı lisans verilmesi için Türk Patent Enstitüsü’nün (TPE) aracılığına başvurulabilir (551 sayılı KHK md. 104) Ancak bu ihtiyari bir durumdur. Zorunlu lisans talep eden kişi TPE’nin arabuluculuğuna ihtiyaç duymadan doğrudan kendisi de sözleşmeye dayalı lisans verilmesi için görüşmelerde bulunabilir.^[52] Bu görüşmelerden veya arabuluculuk faaliyetlerinden olumlu sonuç alınması halinde taraflar arasında sözleşmeye dayalı lisans ilişkisi kurulur ve lisans alan kişiye lisans konusunu kullanması için bir yıllık süre verilir (551 sayılı KHK md. 107). Bu görüşmelerden veya TPE’nin arabuluculuğundan bir sonuç alın-

[46] Orijinal ilacın yasal koruma süresinin dolması ile birlikte ilaç şirketleri orijinal ilacın benzerini piyasaya sürebilirler. Bu nedenle jenerik ilaçlar, patent süresi bittikten sonra üretilen ilaçlardır. Orijinal ilaçtan daha ucuza mal olan jenerik ilaçlar, orijinal ilaç ile etkin maddeyi aynı miktarda içermeli, aynı formasyon ve farmasötik şekilde olmalı ve orijinal ilaçla biyoeşdeğer olduğu kanıtlanmış olmalıdır. www.ilacpatenti.com (02.01.2011). Patent mücadelesinin asıl olarak, orijinal ilaç üreticileri ile jenerik ilaç üreticileri arasında olduğu ifade edilmektedir (Bulut, s. 61).

[47] Yalçınar, s. 26.

[48] Yalçınar, s. 25.

[49] Odman, s. 231.

[50] Bkz. Bölüm II, B., 2., s. 9-10.

[51] http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm#compulsorylicensing (19.05.2010).

[52] 551 sayılı KHK’nun zorunlu lisansa ilişkin hükümlerinin yorumlanması sonucunda Türk hukuku uyarınca zorunlu lisansa hükmedilebilmesi için ön şartın sözleşmeye dayalı lisans alma teşebbüsünde bulunmak olduğu ifade edilmektedir (Tekinalp, s. 558).

maması halinde ise mahkemeden zorunlu lisans verilmesi talep edilebilir (551 sayılı KHK md. 108). Kamu yararının varlığı halinde zorunlu lisans kararı ilgili Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca verilir. Patent konusu buluşun kullanımının halk sağlığı bakımından önemli olması durumunda teklif ilgili Bakanlık ile Sağlık Bakanlığı tarafından birlikte hazırlanır (551 sayılı KHK md. 103/4).

Türk hukukunda zorunlu lisansa ilişkin bu düzenlemeler, özellikle TPE'nin arabuluculuğuna ilişkin düzenleme bakımından, oldukça eleştirilmektedir. Bunun yanı sıra kamu yararı kavramının belirsiz oluşu, 551 sayılı KHK' da zorunlu lisans önlemlerinin çok geniş tutulduğu ve zorunlu lisans hükümlerinin TRIPS md. 31 çerçevesinde yeniden düzenlenmesi gerektiği yöneltlen diğer eleştirilerdir. Söz konusu eleştiriler zorunlu lisansa ilişkin genel hükümler çerçevesinde toplanmakta; ancak 551 sayılı KHK düzenlemeleri, özellikle ilaç sanayisi bakımından tatmin edici bulunmamaktadır.^[53]

3. Patent ve Faydalı Model Kanunu Ön Tasarısı

17.04.2009 tarihinde Başbakanlığa gönderilen Patent ve Faydalı Model Kanunu Ön Tasarısı (Ön Tasarı) md. 70, patent konusu buluşun kullanılmaması, buluş konularının bağımlılığı ve kamu yararı gerekçeleriyle zorunlu lisansa hükmedilebileceğini tekrar etmiştir. Ön Tasarı md. 70/ç ise kamu sağlığı sorunları nedeniyle farmasötik ürünlerin TRIPS kapsamında uygun ülkelere ihracatının söz konusu olması halinde de zorunlu lisans verilebileceğine ilişkin yeni bir hüküm içermektedir. Ön Tasarı uyarınca kamu yararı gerekçesi hariç olmak üzere md. 70/ç de dahil, söz konusu zorunlu lisans kararının mahkeme tarafından verileceği karara bağlanmıştır. Ön Tasarıda TPE arabuluculuğuna ilişkin hükümlerin kaldırıldığı görülmektedir. Mahkemeden zorunlu lisans talep edilebilmesi için zorunlu lisans talep eden ile talep edilen arasında sözleşmeye dayalı lisans görüşmelerinin ise hala bir ön şart olarak korunduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık md. 70/ç'ye dayanan zorunlu lisans taleplerinde aciliyet halinde bu şarttan vazgeçilmiştir (Ön Tasarı md. 70/2). Ön Tasarı md. 70/3'te zorunlu lisansın esas olarak yurtiçi pazara arz için verilebileceği yönünde TRIPS düzenlemesi ile uyumlu yeni bir düzenleme yer almaktadır. Bunun yanı sıra md. 70/ç bendi uyarınca verilecek zorunlu lisanslarda lisans bedeli belirlenirken, ticari olmayan ve insani amaçlar göz önüne alınmalıdır.

Patent konularının bağımlılığına ilişkin olarak 551 sayılı KHK' da yer alan patentle korunan kimyasal veya farmasötik bir maddenin elde edilmesi usulüne yönelik düzenlemenin Ön Tasarıda yer almadığı dikkat çekmektedir. TRIPS'e uyumlu şekilde hazırlanan ve md. 70/ç'de zikredilen yeni zorunlu lisans gerekçesi

[53] Odman, s. 231–232; Bulut, s. 68.

ise Tasarı md. 74'te ayrıntılandırılmıştır. Tasarı md. 74 uyarınca kamu sağlığı sorunları nedeniyle farmasötik ürünleri Birleşmiş Milletlerin (BM) az gelişmiş ülkeler listesinde yer alan WTO üyesi ülkelere, BM'nin az gelişmiş ülkeler listesinde bulunmamasına rağmen TRIPS kapsamındaki sistemden yararlanmak istediğini belirten WTO üyesi ülkelere ve WTO üyesi olmamasına rağmen bu sistemden yararlanmak istediğini Dışişleri Bakanlığına bildiren diğer ülkelere ihraç etmek isteyenler, kendilerine zorunlu lisans verilmesini talep edebilirler. Söz konusu madde kapsamında zorunlu lisans verilmesi halinde bu durum TPE tarafından TRIPS Konseyine bildirilir. Bu madde kapsamında verilen zorunlu lisansla üretilen ürünler, Türkiye pazarına arz edilemezler. Ön Tasarı uyarınca, zorunlu lisans kapsamında farmasötik ürünler ithal eden ülkeler ise zorunlu lisans ile ithal edilen maddeleri zorunlu lisansın amacına aykırı olarak kullanmazlar; aksi halde talep üzerine zorunlu lisans mahkeme tarafından iptal edilir (Tasarı md. 76/3).

Ön Tasarı henüz Başbakanlığa sunulan bir metin aşamasındadır. Ancak Tasarının yasalaşması durumunda zorunlu lisansa ilişkin düzenlemeler bakımından TRIPS sistemine daha uyumlu bir düzenlemenin yürürlüğe gireceği anlaşılmaktadır. Nitekim 551 sayılı KHK'nın zorunlu lisansa ilişkin düzenlemelerine yönelik eleştirilerin bir kısmının Ön Tasarı kapsamına alındığı görülmektedir. Buna karşılık Ön Tasarının zorunlu lisans kurumu anlamında sorunlara bütünüyle çözüm olamadığı ve bazı hatalı düzenlemelerin hala Ön Tasarıda mevcut olduğu belirtilmektedir. ^[54]

[54] Eleştiriler için bkz. Odman, s. 232 vd.

SONUÇ

Patent korumasından yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan buluşlar yararlanmaktadır. İlaçlar da bu özellikleri haiz iseler patent ile korunurlar. İlaç patentleri değişik görünümledir ancak temel olarak her ilaç şu üç patent türünü bünyesinde barındırır: Bunlar ürün patenti, usul patenti ve endikasyon patentidir.

Patent hakkı sahibi söz konusu buluşa yönelik tecavüzleri önleyebilir. Söz konusu buluşun kullanımını lisans sözleşmesi yoluyla bir başkasına bırakabilir. Her hak gibi buluş sahibinin hakkı da kötüye kullanılabilir ve kanun her hak gibi bu hakkın da kötüye kullanımına izin vermez. Buluş sahibinin hakkını kötüye kullanmasını önleyecek mekanizmalardan biri olan zorunlu lisans uygulaması ile buluş, hak sahibinin rızası hilafına bir başkası tarafından kullanılmaktadır. Zorunlu lisans yoluyla buluşun kullanılması ancak bu kullanımın amacı çerçevesinde, belirli bir süre için ve buluş sahibine makul bir bedel ödenerek söz konusu olabilmektedir.

Türk hukukunda patent korumasına ilişkin düzenlemeler 551 sayılı KHK' da yer almaktadır. 551 sayılı KHK uyarınca zorunlu lisans ancak kamu yararı, lisans konularının bağımlılığı ve buluşun kullanılmaması halinde söz konusu olur. Türk hukukunda ilaçlar bakımından da ilacın kullanılmaması, var olan iki ilaç usulünün birbiriyle bağlantılı olması ve kamu yararının gerektirmesi durumlarında zorunlu lisans kararı verilebilir. Buna karşılık ihracat bir zorunlu lisans sebebi olamaz. İlaçlar için zorunlu lisans kararı verilebilecek olmasına rağmen henüz Türk hukukunda zorunlu lisansa hükmedilmediği bilinmektedir. Ancak ilaçların patent ile korunabilmesi için yapılacak başvurular 1 Ocak 1995'ten itibaren alınmakta ve 1 Ocak 1999'dan itibaren de Türkiye'de ilaçlar yasal olarak korunmaktadır. Bu düzenlemeler Türkiye'nin de dahil olduğu WTO sistemine uyumlu düzenlemelerdir. Türkiye'nin taraf olduğu TRIPS uyarınca, üye ülkeler kendi ülkelerinde ilaçları patent koruması kapsamına almakla mükelleftir ve her ülkeye kendi mevzuatını bu sisteme uyumlu hale getirmek için bir geçiş süresi öngörülmüştür.

Doha Deklarasyonu ve 30 Ağustos 2003 Kararı ile de ihtiyaç içindeki ülkeler kendi üretmedikleri ilaçları kamu sağlığı gerekçesiyle, zorunlu lisans kurumu yoluyla oldukça makul bedeller karşılığında ülkelerine ithal edebilmektedir. Bu karar, TRIPS'in zorunlu lisansın esasen iç pazarın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması gerektiğine ilişkin hükmüne getirilen bir istisnadır. Türkiye, ihtiyaç duyduğu ilaçları başka ülkelerden zorunlu lisans yoluyla makul fiyatlara ithal edebilme imkânından sadece ulusal tehlike ve diğer fevkalade aciliyet hallerinde yararlanacağını deklare etmiştir.

KAYNAKÇA

- AMARAL J. Alberto: "Compulsory Licensing and Access to Medicine in Developing Countries, SELA, 2005, p. 1–18.
- ARNOLD Gianna J.: "International Compulsory Licensing: The Rationales and The Reality" The Journal of Law and Technology, 1993, p. 349–363.
- BULUT Pınar: İlaç Endüstrisinde Patent Uygulamaları İle Türkiye'deki Mevcut Durum Üzerine Araştırmalar, Ankara 1998. (Yayımlanmamış Doktora Tezi)
- ERDEM Bahadır: Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, B. 2, İstanbul 2002.
- KESKİN Serap: Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması, Ankara 2003.
- KHOR Martin: "Patents, Compulsory License and Access To Medicines: Some Recent Experiences", Intellectual Property Rights Series, 2009.
- KILIÇOĞLU Ahmet: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.
- YILDIRIM Murat: "İlaç Patentlerinde İstemlerin Yorumlanması", FMR, C. 6, S. 2, 2006, s. 105–140.
- ODMAN B. Ayşe: "İlaçta Zorunlu Lisans Uygulaması", İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2009, s. 223–236.
- ÖZDEMİR O. Saibe: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemeleri, İstanbul 2002.
- PETEK Hasan: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2008.
- SARAÇ Tahir: Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003.
- ŞEHİRALİ Feyzan H.: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
- TEKİNALP Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 4, İstanbul 2005.
- UNCTAD-ICTSD: Resource Book on TRIPS and Development: Building Project on IPRs, USA 2005.
- YALÇINER Uğur: "İlaç ve Patent Türkiye'de ve Dünyada Son Gelişmeler", FMR, C. 2, S. 3, 2002, s. 15–44.
- <http://www.deik.org.tr>
- www.ilacpatenti.com
- <http://www.who.int>
- <http://www.wto.org>



OSMANLIDAN GÜNÜMÜZE VATANDAŞLIK ANLAYIŞI

Av. Ezgi Güzel POLAT*

* Avukat, Ankara Barosu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi.

ÖZ

Osmanlı İmparatorluğu'nda vatandaşlık anlayışı, II. Meşrutiyet dönemine kadar "Osmanlılık" ideolojisi temeline dayanmaktaydı. 1908'de II. Meşrutiyetle birlikte merkezi bir ulus devlet yaratılması hedeflenmiş ve ilk defa cemaatten topluma geçişin bir göstergesi olarak vatandaşlık kurumu ortaya çıkmıştır. Cumhuriyetin ilanını izleyen dönemde Osmanlılık fikri yerini "Türkçülük" fikrine bırakmış, vatandaşlık kavramı giderek daha milli bir çizgiye çekilmeye başlanmış, yasal düzenlemelerde milliyetçi vurgu açıkça ön plana çıkarılmıştır. 1961 Anayasası ile milliyetçi söylemden uzaklaşmaya çalışılsa da çok partili dönemdeki uğraşlar dahi vatandaşlık anlayışını olması gereken demokratik ve eşit vatandaşlık çizgisine ulaştırmaya yetmemiştir. Bu makale ile vatandaşlık kavramının Osmanlı'dan günümüze kadar geçirdiği serüven gözler önüne serilerek günümüzde hala devam eden vatandaşlık konusundaki tartışmalar ve çözüm arayışlarına bir ışık tutmak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Vatandaşlık Kavramı, Osmanlı'da Vatandaşlık, Osmanlılık, Milli Mücadele Yıllarında Vatandaşlık Anlayışı, Kimlik.*

THE CONCEPT OF CITIZENSHIP FROM THE OTTOMAN EMPIRE TO CURRENT TIMES

ABSTRACT

The concept of citizenship in Ottoman Empire was based on "ottomanism ideology" untill the Second Constitutional Monarchy. In 1908, with the Second Constitutional Monarchy, a creation of a centralized nation-state was targeted and, for the first time, a citizenship organization was born as a sign of transit from "congregation" to "community". In the following years after the declaration of the Republic, "ottomanism ideology" gave way to "turkism ideology", the citizenship concept was started to bring to a more nationalist point and the nationalist emphasis was taken clearly to the forefront. Although there was an attempt to move away from the nationalist expression via the 1961 Constitution and the efforts in multi-parties period, it was not able to bring the concept of citizenship to a standart of democratic and equal citizenship concept. This article aims to sheed light on the continuing discussion and research for results related to citizenship while the history of the concept of citizenship from Ottoman Empire to current times is brought into sharp relief.

Keywords: *The Concept of Citizenship, The Citizenship in the Ottoman Empire, Ottomanism, The Concept of the Citizenship in the Year of the National Struggle, Identification.*

I. GİRİŞ

1. VATANDAŞLIK KAVRAMI VE VATANDAŞLIK HUKUKU

Vatandaşlık kavramı, etimolojik olarak Antik Yunan'daki şehir devletlerini işaret eden “*cite*” ya da “*city*” sözcüğünden türetilerek, şehir devletine mensubiyeti belirten “*citizen*” ya da “*citoyen*” kelimesinden doğmuştur. Eski Roma'da, bir cemaatin/topluluğun üyesi olma durumunu karşılamak için geliştirilen “*civis*” ve “*civitas*” kavramlarından türeyen vatandaş (*citizen*) kavramı, bir siyasal kimlik olarak sahip olduğu niteliğe ancak Fransız Devrimi öncesi kavuşabilmiştir.^[1] Herkes tarafından kabul edilebilecek belirli bir niteliği ve içeriği olmayan ve çoğunlukla teorik açıklamalarla anlatılmaya çalışılan vatandaşlık kavramının ne olduğu daha çok vatandaşlığın pratik geçerliliği ve sonuçları ile belirlenebilmektedir.^[2] Vatandaşlık kavramı için, en basit ifadeyle, bireyin belirli bir devletle arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bir bağ demek yanlış olmayacaktır.^[3] Tarih boyunca vatandaşlık hem kişiler tarafından talep edilen bir haklar kategorisi, hem de devletler tarafından verilen bir statü ve kimlik niteliğinde olmuştur. Vatandaşlık kavramı, liberal, bireysel hak ve yetki düşünceleriyle olduğu kadar, belli bir topluluğa üye olma ve bağlanmayı savunan toplulukçu düşüncelerle de son derece alakalı bir kavram olduğu için hem liberaller hem cemaatçiler tarafından ilgiyle karşılanmıştır. Bu özelliği nedeniyle her iki görüş arasında arabuluculuk yapabilme misyonuna sahip olan bu kavram, siyaset kuramcılarını uzun yıllardır meşgul etmekte ve etmeye devam edecek gibi görünmektedir. Bu ilginin tek sebebi pek tabii ki kuramsal gelişmeler değildir. Milliyetçiliğin dirilmesi, göçlerle değişen çok etnikli, çok kültürlü demografik tablolar, küreselleşme, ulus devlet yapılarının zarar görmesi endişesi gibi son dönemdeki bir dizi gelişme ve eğilim bu ilgiyi hem beslemiş, hem artırmıştır.

Vatandaşlık hukuku ise vatandaşlık konusunu düzenlemekte kullanılan hukuki hükümleri ifade etmek için başvurulan, daha çok, vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi konularıyla ilgilenen bir hukuk dalıdır.^[4] Vatandaşlık hakkının, bir devlete aidiyeti belirleyen ve kişiye ait olan bir hak olması, vatandaşlık kavramının bir devletin üyelerini yabancılardan veya başka devletlerin

[1] Boineau, Jacques, “*Fransa'da Devrim Döneminde Yurttaşlar ve Yurttaşlık*”, Dersimiz: Yurttaşlık, Haz. Turhan Ilgaz, Çev. Yeşim Küey, Kesit Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 109.

[2] Nomer, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 18-19.

[3] Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 4.

[4] Nomer, 2010, s. 4.

vatandaşlarından ayırma işlevi görmekte kullanılan bir kavram olarak algılanmasına yol açmaktadır. Kişi bu hakla, devletin vatandaşlarına sağlamış olduğu hak ve ödevlere sahip olabilecek ve vatandaşlık hakkı aracılığıyla üyesi olduğu devletin ekonomik ve siyasal hayatına katılmış olacaktır. Aynı zamanda vatandaşlık hakkıyla kişi, seçme ve seçilme hakkına da sahip olabilecektir. Pek doğal ki hukuki bir kişilik olarak kabul görmek, hak ve özgürlüklerin korunması ve sağlanması açısından önemlidir.^[5]

Vatandaşlık hukuku ile ilgili düzenlemelerde dikkati çeken en önemli kavram “*tabiiyet*”tir. Devletler, iç hukuk düzenlemelerinde kendisine tabiiyet bağı ile bağlı olanları diğerlerinden ayırarak onlara bir kısım haklar vermek ve ödevler yüklemek yolunu seçmektedirler. Yabancılar ile vatandaşlar arasındaki fark, aslında o ülkede yararlanan haklar arasındaki farkta kendini göstermektedir. Ancak, vatandaşlık kavramını, tabiiyet kavramı ile, yani, “*devlete ait olanlar*” ile “*devlete yabancı olanları*” ayırmakta kullanılan hak ve yükümlülüklerdeki farklılık metodu ile açıklamak günümüzde artık mümkün değildir. Öyle ki, modern devlette yabancılar, vatandaşlarla birçok konuda aynı haklara ve yükümlülüklerle sahiptirler. Aradaki fark, devlete ait olanlardan devlete karşı sadakat bağı ile bağlı olmaları beklenirken, yabancıardan sadece kanunlara uymalarının beklenmesidir.^[6]

Devletler, vatandaşlık hukukunca, kimlerin kendi vatandaşı olacağını belirlemek konusunda serbest bırakılmışlarsa da bu alan, devletlere, münhasır bir iç hukuk meselesi olarak da terk edilmemiştir. Aksi halde, bir devletin diğer bir devletin vatandaşlarını kütle halinde kendi vatandaşlığına alması mümkün olabilirdi.^[7] Bu nedenle, bir devletin vatandaşlık verirken doğum gibi, kadının evliliği gibi, toprak esası gibi bazı kriterleri kullanmakta serbestisi olması uluslar arası hukukun genel kabulüdür. Ayrıca, devletin vatandaş olabilme şartlarını tespit edebilme serbestisine sosyolojik faktörler nedeniyle de sınır getirilmesi gerekmektedir. Bu faktörlere kişinin ülke ile arasındaki bağı, kişinin milliyeti gibi örnekler verebiliriz. Devlet, bu tür faktörleri, yani, bireyin vatandaşlık hakkının doğumuna sebep olan ve kişi lehine doğmuş olan sosyolojik gerçekleri tanımak zorundadır. Bu nedenle vatandaşlık konusu devletlerin serbestçe karar verecekleri bir alan olmanın çok ötesinde, geniş sosyolojik, felsefi temelleri olan bir konudur.

[5] Nomer, 2010, s. 3-4.

[6] Nomer, 2010, s. 21.

[7] Nomer, 2010, s. 10.

2. VATANDAŞLIĞIN TARİHSEL GELİŞİMİNE KISA BİR BAKIŞ

Kavramsal kökenleri itibariyle Antik Yunan'a dayanan vatandaşlık kavramının, Yunan Polisi'ndeki anlamı siyasi hayata katılma hakkına sahip, şanslı azınlıkları işaret etmektedir. Bunlar genel nüfusa oranla küçük bir azınlıktır. Vatandaşların dışındaki büyük çoğunluğu ekonomik hayatta bir üretim aracı olmakla beraber siyasi ve sosyal hayatta yeri bulunmayan köleler oluşturmaktadır. Yurttaşların yasa süreçlerine, yönetici seçimine, yargılamaya katılma, savaş ve barışa karar verme hakları olmakla beraber sosyal ve ekonomik konularda karar mekanizmalarına katılma hakları bulunmamaktadır.^[8] Yunan site devletleri arasında en gelişmiş ve demokrasinin beşiği sayılan Atina'da da, Antik Yunan'daki gibi, kadına, köleye ve yabancıya oy hakkı verilmediğini, bu hakkın sadece 20 yaşını tamamlamış erkeklere verildiğini bilmekteyiz. İlerleyen süreçte, Roma hukukunda da Antik Yunan hukuk sistemiyle aynı anlayış hakim olmuştur.^[9]

Ortaçağın ilk dönemlerinde ise, Hıristiyanlığın giderek yayılmasından, vatan kavramı da etkilenmiş; gerçek Hıristiyanın ancak gökler ülkesinin vatandaşı olabileceği fikri doğmuştur. Dünyevi anlamda doğulan yeri veya yerel ölçekte bir bölgeyi ifade eden patria (vatan) kavramı anlamını yitirmiştir. Senyör/vassal ilişkisi nedeniyle bir çeşit kişisel sadakat ilişkisine dönüşen siyasi bağlar, insanların artık ya İsa, kilise ve kutsal topraklar için ya da senyörler için ölmek yoluyla onura kavuşabilecekleri bir yapıyı temsil etmeye başlamıştır.^[10] Hıristiyanlık sadece Antik Yunan vatandaşlık anlayışını reddetmekle kalmamış, yeni bir cemaat anlayışını da beraberinde getirmiştir.^[11] Roma vatandaşlığından dışlanmışların, kölelerin, alt sınıfların kendilerini bütün insanlarla eşit hissedecekleri ayrı bir cemaat yaşamını yansıtan Hıristiyanlık, böylelikle Antik Yunan'daki kamusal değerleri tamamen yok ederek Antik Yunan vatandaşlık anlayışını silmiştir.^[12] Hıristiyanlıkla beraber vatandaşlık kavramının katılım, ortaklık, eşitlik gibi değerleri de anlamlarını yitirmeye başlamış, topluma aidiyet, devlete hizmet gibi değerlerin yerine içe dönük bir hayat tarzı gelişmeye başlamıştır.

Feodal dönemde toplum katı hiyerarşik bir yapılanma göstermiş ve bu yapılanma da gelenek hukukuyla perçinlenmiştir. Ortaçağ kent devletleri kentsoyluların ekonomik bir etkinlik modelinden sağlayacakları karşılıklı çıkar anlayışı ile tanımlanmış bir birlik niteliği arz ettiğinden vatandaş her şeyden

[8] Göze, *Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, İstanbul, Beta, 1995, s. 5.

[9] Aybay, *Rona Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku Ders Kitabı ve Temel Yasa Metinleri*, Ankara, 1982, s.5.

[10] Erözden, *Ozan, Ulus Devlet*, Ankara, Dost Kitabevi, 1997, s.50-51

[11] Reisenberg, Peter, *Citizenship in the Western Tradition, Plato to Rousseau*, The University of North Carolina Press, U.S.A., 1992, s. 87.

[12] Reisenberg, 1992, s. 88.

önce ekonomi güçlerinin özgürlüklerini güvenceye alan zorunlu bir etkinlik olarak anlaşılmıştır. 13. yüzyılla birlikte ulusal monarşinin gelişmeye başladığı ve kilisenin, feodal güçlerin ve evrensel imparatorluk düşüncesinin giderek zayıfladığı bir sürece girilmiştir. Bu da, vatan ve vatandaş kavramlarının içeriğinde ciddi bir değişim meydana getirmiştir. Vatan bir yandan kutsallık bir yandan da siyasi bir içerik kazanmıştır. Böylelikle vatan, siyasi iktidarın uygulandığı coğrafi alan olarak değişen içeriğiyle, modern devlet kurgusunun içine yerleşmiş ve vatandaşlık kavramı da ulus devlet yapılanmalarının bünyesindeki değişen içeriğiyle bugünlere gelmiştir.^[13]

Bugünkü anlamıyla modern devlet teorisinin bir ürünü olarak kabul edilen “*vatandaşlık kavramı*”, 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında dilimize girmiştir. Toplumsal hayatımıza girdiği ilk günlerden beri “*vatandaşlık*”, devletle birey arasında yasal düzeni oluşturan ve o yasal düzenden meşruiyetini alan bir kurum olarak değerlendirilmiştir. Bunun sebebi, vatan ve yurt kavramlarının devlet ve birey arasındaki ilişkinin vazgeçilmez bir ifadesi olmasıdır. Kavramın anlatmak istediği vatandaşlığın devletle birey arasındaki yasal ilişkinin somut göstergesi olduğudur. Bu kapsamda devlet bireyin haklarını tanıyan, koruyan ve güvence altına alan bir kurumdur. Bu koruma, tanıma ve güvence altına alma, devletin sorumluluğu haline gelerek, devletin ve milletin hakimiyetinin temeli olur. Buradan çıkan sonuç şudur ki, vatandaşlık aslında son derece yalın bir şekilde devletle birey arasındaki bağı ifade eden bir kavramdır. Ancak ülkemiz açısından bu yalın anlama kavuşmak sanıldığı kadar kolay olmamıştır. Bugün bile “*vatandaş*”ın kim olduğu sorusuna verilen cevaplar birbirinden farklıdır. Bu farklılık, vatandaşlık kavramının Osmanlı’dan bu yana izlediği seyir ve kavrama yüklenen yakıştırmalardan kaynaklanmaktadır.

[13] Erözden, 1997, s. 51.

II. OSMANLIDA VATANDAŞLIK

1. MEŞRUTİYET DÖNEMİNE KADAR VATANDAŞLIK

Osmanlı İmparatorluğu'nun vatandaşlık anlayışı genel olarak "*Osmanlılık*" ideolojisi temeline dayanmaktadır. Osmanlılık, Osmanlı vatandaşlığının imparatorluk dahilinde yaşayan halkların özel kimliklerini aşan bir aidiyet düzenini ifade eder. Bu söylemin benimsenmesinin arkasında yatan düşünce, tüm halkların eşit şekilde siyasi hayata katılması sayesinde Osmanlı Devletine karşı olan ayaklanmaların ve bağımsızlık hareketlerinin son bulacak olması inancıdır. Bu sayede devletin devamlılığı garanti altına alınmış olacaktır. Ancak ne Tanzimat ve Islahat Fermanları ne de meşrutiyetin ilanı Avrupa devletlerinin Osmanlı siyasi hayatı üzerindeki etkilerini azaltmaya yetmemiştir. Aksine, Osmanlı bünyesindeki milletlerin kendi ulusal devletlerini kurma girişimleri giderek hız kazanmıştır. Hiçbir millet, Osmanlı çatısı altında, bir arada yaşamak uğruna kendi ulusal kimliğini geri plana atmak istememiştir. Bu tepkiler karşısında akla ister istemez şu soru gelmektedir: "*Eğer Osmanlılık yapay bir idealden ibaretse Osmanlılığı savunan halk aslında kimlerden oluşmaktaydı?*" Bu sorunun cevabı Osmanlılıktan Türkçülüğe nasıl geçildiğini açıklamak bakımından önemlidir.^[14]

Osmanlı Devleti'nde kimlik, soyut düzeyde Osmanlı, somut düzeydeyse din ve yerel özelliğe değinilerek tanımlanırdı. Osmanlı kimliği esas olarak "*Müslümanlık*" referansı ile tanımlansa da "*Türk*" unsurunu himaye eden bir yanı da vardır. Özellikle Osmanlı'nın başlangıç dönemlerinde görülen "*Türklük*" vurgusu, Osmanlı İmparatorluğu'nun siyasi anlamda ortaya çıkışından önce o coğrafyada meydana gelen olayların Osmanlı kimliğinin İslam dini ve Türk etnisitesi temelli oluşumundaki katkısının sonucudur. Bu anlamda, 1071 Malazgirt Savaşı ve Türklere Anadolu kapılarının açılması, fethedilen yeni coğrafyada merkezi otoritenin gerçekleşebilmesi için, Hazar'ın güneyinden İran-Anadolu güzergahından Türk beşeri unsurlarının bu bölgeye yerleştirilmesi, 1243 Köseadağ Savaşı'nda Moğollara karşı alınan yenilgi neticesinde Selçuklu hakimiyetinin sona erdiğine inanılması, Anadolu'nun yeni sahipleri olan Moğolların, bu coğrafi alanda hakimiyeti altına aldıkları topluluklara karşı güttüğü siyaset, Osmanlı siyasi yapılanmasının kurulmasında etkili olan olaylardır. Osmanlı'nın kuruluşunda etkili olan bu olaylar aynı zamanda İmparatorluğu kuran beşeri

[14] Işın, Engin-İşyar, Bora, "*Türkiye'de Ulus-Devlet ve Vatandaşlığın Doğuşu*", Türkiye'de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları, Der. Ayhan Kaya, Turgut Tarhanlı, Tesev Yayınları, İstanbul, 2005, s. 79.

düşüncenin de Türk devlet geleneğinden miras edilmesine yol açmıştır.^[15] Osmanlı hanedanının kendi soy ağacını Oğuz boylarından Kayı kabilesine dayandırıyor olması ve bu iddiayı da dönemin eserlerinde dillendirmeleri, Türk kültür değerlerinin Osmanlı kimliğinin kuruluşundaki rolüne işaret etmektedir. Yine, konuşma dilinin “*Türkçe*” olması ve Osmanlı kuruluşunun akabinde telif edilen eserlerin bir kısmının Türkçe yazılması^[16] da kuruluştaki “*Türk*” etkisini anlamak adına önemlidir.

Osmanlı Devleti’nde yaşayan ve bu devletin uyruğu sayılan insanlar Müslüman olup olmamalarına göre farklı statülere sahiplerdi. Özellikle, devlet hizmetine alınma, vergi ve kişisel statü gibi konularda kendini gösteren bu farklar, uyrukluk konusundaki düzenlemeleri de etkilemekteydi. Müslüman olmayan uyrukların mezhep veya dinlerine göre ayrıldığı ve her biri bir “*Miller*”i oluşturan bu gruplar, Müslüman uyruklardan farklı bir hukuk düzenine tabi olarak yaşamaktaydılar.^[17] İslamiyet’teki egemenlik ve ümmet kavramlarını kabul ederek bir devlet anlayışı geliştiren Osmanlı İmparatorluğu, kendi topraklarında yaşayan ve Müslüman olmayan kişileri, tek Tanrılı bir dine inanmaları koşuluyla İslam anlayışındaki zimmet kavramı ile hukuken tanımıştır.^[18] İslam hukukuna göre, tek tanrılı dinlere mensup kişiler yani, ehl-i kitap topluluklar, Müslümanlarla birlikte yaşamak konusunda herhangi bir yasakla karşı karşıya değillerdir. Zimmet sözleşmesine göre, cihad yapılmadan önce, sözleşmenin bir tarafı olan gayrimüslimler İslam egemenliğini kabul ederler ve sözleşmenin diğer tarafı olan İslam Devleti ve halife ise, gayrimüslimlerin dinlerini değiştirmeden, devlet korumasından faydalanmalarını, can ve mal güvenliklerinin teminat altına alınmasını ve İslam ülkesinde oturmalarını sağlarlardı.

Osmanlı’da hükümdar idarecilerini kapı halkı/kapı kulu olarak tanımlar ve yetkisinin bir parçasını devrederdi. Bu zümre, hükümdara hizmet eden, vergi vermeyen askeri sınıfı oluştururdu ve çoğunluğu Müslüman Sünnilerden oluşurdu.^[19] Zimmiler ise askerlik yapamaz, ancak buna karşılık cizye adı altında bir vergi öderlerdi. Ayrıca zimmilerin Müslüman halkla tamamen eşit statüde olmadıkları, giyimleri, evleri, ibadet yerleri gibi İslam anlayışından farklılaşan konularda devletin belirlediği bazı kurallara tabi olmaları gerekmektedir.

[15] Köprülü, M. Fuad, Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluşu, Ötügen Yayınları, İstanbul, 1981, s. 144.

[16] Turan, Şerafettin, Türk Kültür Tarihi, Bilgi Yayınları, Ankara, 1990, s. 56.

[17] Aybay, 2008, s. 70.

[18] Zimmet kavramı Darül-Harb’te yaşarken kendilerine cihad açılacak ehlikitap toplulukların cihad öncesi haraç ve cizye ödeyerek İslam egemenliğini kabul etmeleri halinde sahip oldukları statüyü ifade eder.

[19] Göçek, Fatma Müge, “*Türkiye’de Çoğunluk, Azınlık ve Kimlik Anlayışı*”, Türkiye’de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları, Der. Ayhan Kaya, Turgut Tarhanlı, Tesev Yayınları, İstanbul, 2005, s. 61-62.

Osmanlı Devleti fetih sonrasında da gayrimüslimlere zimmilik statüsü tanıyarak, İslam anlayışındaki bu zimmet sözleşmesini bir parça değiştirerek uygulamaya devam etmiştir. İmparatorluğun gerileme döneminde gayrimüslimlerin ekonomik olarak güçlenmeye başlaması, Müslüman tebaada rahatsızlık yaratmaya başlamış ve o güne kadar benimsenen cemaat endekslili tanımlar artık yetersiz kalmaya başlamıştır.^[20] Bunu izleyen süreç ise, Tanzimat dönemi reformları ve meşrutiyetin ilanı ile devam etmiştir.

2. MEŞRUTİYET DÖNEMİNDE VATANDAŞLIK

İmparatorluğun çöküş dönemlerinde gayrimüslim uyrukların yabancı devlet uyrukluna geçerek kapitülasyonlardan yararlanma arayışı Osmanlı Devleti'nde uyrukluk konusunu ciddi bir hukuki düzene bağlama gereksinimi doğurmuştur. Bu gereksinimin bir sonucu olarak 1869 yılında Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi yayımlanmıştır. Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi, Osmanlı uyruklüğünün kazanılmasında soydanlık (kan bağı) ilkesini benimsemiştir. Kanunnamenin 1. maddesine göre anne veya babası Osmanlı uyruğundan olanlar Osmanlı uyruğu sayılmaktaydılar. Kanunname'nin 2. maddesine göre ise ayrıksı durumlarda toprak ilkesi de Osmanlı uyruklüğünün kazanılmasında başvurulan bir yöntemdi. Bunun için Osmanlı ülkesinde doğan çocukların erginliğe erişmelerinden başlayarak üç yıl içinde Osmanlı uyruğunu elde etmek için istemde bulunmaları gerekmekteydi. Kanunnamenin 9. maddesi ise, Osmanlı ülkesinde ikamet eden herkesi Osmanlı uyruğu sayarak yabancı uyrukluk ileri sürülmesinin önüne geçme amacı taşımaktaydı. Bu maddeye göre, yabancı bir devletin uyruğu olduğunu iddia edenler bunu kanıtlamak durumundaydı.^[21]

Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi, o güne kadar ilk defa vatandaşlık hukukunu düzenlemesi, vatandaşlık konusunun yasal bir zemine taşınması bakımından çok önemlidir. Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nden sonra 1876'da kabul edilen ilk Osmanlı Kanun-i Esasisi'nde ise Osmanlı vatandaşlığı anayasal düzeyde koruma görmüştür. Anayasanın, "*Devlet-i Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi bir din ve mezhepten olur ise olsun bila istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve izae edilir*" söyleminden din ve mezhep farkı gözetilmemesi ve uyruklüğün kazanılması ve kaybedilmesinde keyfi uygulamalardan uzak durulmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.^[22]

[20] Göçek, 2005, s. 62-63.

[21] Aybay, 2008, s. 71-72.

[22] Aybay, 2008, s. 72.

24 Temmuz 1908'de ilan edilen II. Meşrutiyet, cemaatten topluma, mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya geçiş olarak açıklanan yeni bir siyasal-kamusal alan anlayışının ve onun aktörü olarak “*vatandaş*”ın ortaya çıkışına vesile olmuştur.^[23] İkinci Meşrutiyetin getirdiği modern yönetim anlayışında eşitlik önemli bir kazanım olarak ortaya çıkar. Vatandaşların başlıca görevleri, kanunlara itaat etmek, askerlik yapmak ve vergi vermektir. Bu görevler, vatandaşlar arası görev eşitliğini sağlarken haklarda da eşit bir vatandaşlık topluluğunun kurulmasına önayak olmuştur.^[24] Çağdaş topluma yönelik bir dizi yeniliğin gündeme geldiği, kişi hak ve özgürlüklerinin yeni dönemin temel sorunsallarını oluşturduğu ve yeni bir insan tipinin yaratıldığı II. Meşrutiyet döneminde “*Osmanlı*”, artık reaya ve tebaa niteliğini yitirmiş, “*vatandaş*” olmuştur. Cemiyet, toplumsal bir kategori olmaktan çok, bir yığını ifade eden ahalinin yerini almıştır.^[25]

1908'de II. Meşrutiyetle birlikte iktidara ortak olan İttihat ve Terakki, modern, merkezi bir ulus devlet yaratılmasını hedefleyerek, bunun en temel ilkesinin vatandaşlık kurumu olduğuna inanmış ve tüm üyelerin eşitlik ilkeleri dahilinde, sadece devlete karşı sorumlu olmalarını sağlayacak bir yapı kurmayı planlamıştır. Bu amaç için, Osmanlı millet sistemi içerisinde asker vermeyen, vergi ödemeyen cemaatlerin yaşadığı bölgeleri merkeze bağlayan ve buralar için merkezi bir eğitim programı uygulanmasını isteyen İttihat ve Terakki, böylece imparatorluğun tüm unsurlarının birlik olmasının sağlanabileceğini düşünmüştür. Fakat bu birliği sağlayacak, ortak bir kültürel bağ mevcut değildir. İttihat ve Terakki'nin bu soruna çözümünü son derece klasik bir yöntem olarak, vatandaşlık prensiplerini, egemen ulus olan Türklerin değerleri etrafında yaratılan bir kültürel kimlik ile birleştirmek şeklinde olmuştur.^[26]

İttihat ve Terakki, 1913 yılına kadar çıkarılan çeşitli kanun ve mevzuatlarla vatandaş ile devlet arasındaki hukuksal, siyasal ilişkinin kurallarını belirlemeye çalışmıştır. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de yer almayan dernek kurma ve toplanma haklarını düzenleyen 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu ve yine 1909 tarihli Tatil-i Eşgal Kanunu, örgütlü topluma yönelmenin ve bu bağlamda vatandaşın sivil ve siyasal katılımının önünü açarken, derneklerin amaç ve nitelikleriyle ilgili olarak bir takım sınırlamalar getirmiştir.^[27] Cemiyetler Kanunu'na bir millet ismi taşıyan politik dernek ve birliklerin kurulmasını yasaklayan hükmün getirilmesiyle

[23] Üstel, Füsün, Makbul Vatandaşın Peşinde, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 27.

[24] Üstel, 2004, s. 59.

[25] Toprak, Zafer, “80. Yıldönümünde ‘Hürriyetin İlanı’ (1908) ve Rehberr-i İttihad”, Toplum ve Bilim, S. 42, Yaz 1988, s. 157.

[26] Akçam, Taner, “Hızla Türkleşiyoruz”, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik, Haz. Nuri Bilgin, Bağlam Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 145-146.

[27] Üstel, 2004, s. 27.

birlikte, Rumeli'deki Rum, Bulgar ve diğer azınlık dernekleri kapatılmıştır.^[28] Bu düzenlemeler devlet ve sivil toplum ilişkisinde ilerleyen yıllarda daha da belirginleşecek olan gayrimüslimlere karşı güvensizlik ve tedirginliğin çoktan baş gösterdiğinin birer örneğidir. Bu dönemde, azınlık derneklerinin büyük bir bölümünün amaçlarının “*siyaset dışı*” olduğuna inanılmış ve bu inanç bir çeşit miras olarak Cumhuriyet dönemine de aktarılmıştır.^[29] Hatırlanacağı gibi, 31 Mart Vakası'nı (13 Nisan 1909) izleyen dönemler iktidarın sertleşmesine ve var olan bir dizi hak ve özgürlüğün askıya alınmasına tanık olunan yıllardır.

Balkan Savaşları'ndaki yenilgiden sonra Osmanlılık politikasının iflas ettiğini resmen açıklayan İttihat ve Terakki, gizliden gizliye Osmanlılık adı altında savunduğu Türk-İslam sentezini, İslam birliği ilkesinin de yıkılması sonucu artık sadece “*Türkçülük*” olarak savunmaya başlamış; böylece, o zamana kadar, imparatorluk bünyesindeki farklı din ve ulus gruplarını bir arada tutmak anlamına gelen “*İttihad-ı Anasır*” politikalarının bir hayalden öte olmadığı kabul edilmiştir. 1913 kongresinde alınan kararlar ile bu ilke bir program maddesi olarak dile getirilmiştir.^[30]

İttihat ve Terakki, ulusal bir devlet yaratmak için ideolojik, siyasi, idari, ekonomik tüm alanları kapsayan son derece kapsamlı bir çalışma içine girerek her alana ilişkin ayrıntılı planlar hazırlamıştır. Öncelikli mesele olarak görülen Türk olmayan unsurların tasfiyesi süreci gerçekleştirilmiş; Anadolu hızla Türkleştirilmeye başlanmıştır. İşe Ege Bölgesi'nden başlanarak, iktisadi yönden güçlenmiş Rumların siyasi ve iktisadi tedbirlerle tasfiye edilmesi kararlaştırılmıştır. Buna uygun olarak alınan tedbirler 1914 yılı itibariyle uygulamaya konmuş, bu kapsamda bir kısım Rumlar Yunanistan'a göçe zorlanırken, bir kısmı Anadolu'ya gönderilmiştir. Rumlardan sonra, Anadolu'nun Türkleştirilmesi yolunda ikinci adım atılarak bu kez Ruslarla işbirliği yaptıklarına inanılan Ermeni nüfusu Anadolu'dan çıkarılmıştır. Böylece Anadolu, %90'ı Müslümanlardan oluşan bir toplum haline gelmiştir.^[31]

1908-1919 yılları, yeni vatandaşlık anlayışının benimsetilmeye ve sevdirmeye çalışıldığı yıllardır. Bu kapsamda, yeni ulusal egemenliğin dışı vurumu olarak oy verme işlemi, bir vatandaşlık töreni olarak görülmüş; bu sayede birleşik bir kamusal-siyasal alanın varlığı hem fiili hem de sembolik olarak ortaya konmuştur. Siyasal katılımın dışında kalan kitleleri “*yeni toplum-yeni insan*” projesi çerçevesinde seferber etmek için ise kutlamalar, bayramlar icat edilmiş, vatandaşları bölen dini bayramların karşısına onları bir bütünün parçaları

[28] Lewis, Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Çev. Metin Kıratlı, T.T.K. Basımevi, Ankara, 1984, s. 149.

[29] Üstel, 2004, s. 28.

[30] Akçam, 1997, s. 147-149.

[31] Akçam, 1997, s. 150-155.

yapacak bir dizi yeni bayram ve kutlamalar getirilmiştir. Bunlara örnek olarak İkinci Meşrutiyet'in yıldönümlerinde kutlanan “*İyd-i Milli-yi Osmani*” (Osmanlı Ulusal Bayramı), II. Meşrutiyet Meclisi'nin toplandığı günün yıldönümünde “*Meclis-i Millinin Yevm-i Küşadı*”, “*Mektepliler Bayramı*”, “*Çocuklar Bayramı*”, “*İdman Bayramı*” gibileri sayabiliriz.^[32]

II. Meşrutiyet, hedeflediği yeni insanın yaratılmasında en hayati kurumlardan biri olarak okulu ve özellikle de ilkokulu görmüştür. 1908 sonrasında müfredat programlarında yapılan değişikliklerle Yurttaşlık Bilgisi dersi “*Malumat-ı Medeniye ve Ahlakiye ve İktisadiye*” adıyla bağımsız bir ders olarak okutulmaya başlanmıştır. Müfredat programlarına Malumat-ı Medeniye dışında, Osmanlı Tarihi, Osmanlı Coğrafyası dersleri de eklenmiştir. Tüm bunlar, ortak bir Osmanlılık kimliği etrafında bütünleşmeyi sağlamaya yönelik son kurtarma çabalarıdır. Ancak azınlık ve yabancıların sahip oldukları okulların statüsünü düzenleyen 1915 tarihli Mekatip-i Hususiye Talimatnamesi'nin 6. maddesi resmi lisan Türkçeden başka dilde eğitim verecek özel okullarda Türkçe, Osmanlı Tarihi ve Osmanlı Coğrafyası derslerini zorunlu dersler arasında saymış, fakat Malumat-ı Medeniye dersinden bahsedilmemiştir.^[33]

İttihat ve Teraki'nin vatandaş yaratma çabalarının somut örneklerinden birisi de memurluk alanında görülmüştür. Memur olabilmeyi, resmi yüksek okulları bitirme koşuluna bağlayan yeni düzenlemelerle Türk olmayan kişileri memurluk gerekçesi ile Türkleştirmek hedeflenmiştir. Ayrıca, memurların “*umum milletin, umum devletin memurları*” olduğu, yaptıkları hizmet sonrası “*umum efradı milletten cebinden çıkmış bir maaş*” alacakları özellikle vurgulanarak,^[34] bir bakıma memurluk özendirilmiş ve yüceltilmiş, bu sayede Türkleştirme hareketine direkt bir katkı sağlanmıştır.

Bu iktidar döneminin dine olan yaklaşımı, Osmanlı Devleti'nin resmi dininin Kanun-i Esasi'de belirtildiği gibi İslam olduğunun her seferinde vurgulandığı, devlet tarafından “*tanınmış dinlere*” mensup kişilerin inanç ve ibadetlerinde tümüyle serbest olduklarının belirtildiği bir yaklaşımdır. Dönemin yazarları din ve vicdan özgürlüğünü bir yandan savunurken diğer yandan da bir “*şer aleti*” olarak kullanılmasından çekinerek ahlaka ve kamu düzenine aykırı uygulamaların yasal takibat konusu edileceğini belirtmişlerdir.^[35]

II. Meşrutiyet'in “*vatandaş*” anlayışı, organik bir bütünü üyesi, ailenin bir ferdi olmak şeklinde anlaşılmaktadır. Vatan bir ortak ev iken, vatandaş da o vatanın evladıdır. Bu dönem, vatandaşlık anlayışının ardında “*iyi*” ve “*kötü*” tutum ve davranışlarla anlam kazanan “*yeni insan*” profili yer almaktadır. Bu

[32] Üstel, 2004, s. 28-29.

[33] Üstel, 2004, s. 39-40.

[34] Üstel, 2004, s. 59.

[35] Üstel, 2004, s. 562.

yeni insan profili, “*beden*” ve “*akıl*” dan sonra “*ruh*” ya da “*ahlak*” özelliğine de sahiptir. Seküler bir ahlakla donatılmış bu vatandaş tipi, ahlaki çöküş varsayımı üzerinden anlatılmaya çalışılmaktadır. Buna göre, Osmanlı’nın Batı karşısındaki askeri yenilgilerine, İmparatorluğun iktisadi bağımlılığına ve parçalanmasına yönelik tahlillerde bu ahlaki çöküşün büyük bir yeri vardır. Beden-akıl-ruh ekseninde tanımlanan vatandaştan hareketle inşa edilen vatandaşlar topluluğunun ahenk içinde bir arada yaşayabilmesi için bir asgari kurallar bütününe ihtiyaç vardır. Tüm bu kurallar, Malumat-ı Medeniye kitapları aracılığıyla yeni nesillere öğretilmeye çalışılmıştır. Hitap biçimlerinden kişilerin selamlanmasına, yaşlıların elinin öpülmesinden sofa terbiyesine, konuşma kurallarından toplu taşıma araçlarındaki davranış biçimlerine kadar hayatın her alanına ilişkin kurallara ve tespitlere yer verilerek aynı kültürü almış yeni nesiller yaratılmak istenmiştir.^[36]

Osmanlı’da vatandaşlık kavramının gelişiminde vurgulanması gereken en önemli nokta, vatandaşlığın, ulusal vatandaşlıkla bir tutulma eğiliminin ilk tohumlarının İttihat ve Terakki’nin önderliğinde atıldığı saptamasıdır. Henüz tam anlamıyla ulusallaşamamış bir coğrafyada vatandaş yaratma çabası, tam da ulus yaratma kaygısıyla eş zamanlı ve eşgüdümlü olarak gelişmiştir. Günün şartlarında bağımsızlığın korunması ve dış baskılardan kurtulmak olarak son derece basit bir temele dayandırılabilir, Türk-Müslüman sentezine dayalı tek ulus, tek millet yaratma çabaları, ileride doğacak Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin de izinden gideceği bir yol olmuş; ulus-devlet yapılanmasına bir beşik oluşturmuştur.

3. MİLLİ MÜCADELE DÖNEMİNDE VATANDAŞLIK

Milli Mücadele Dönemi, Sevr Antlaşması’nın yarattığı psikolojik yıkımın etkisiyle hareket eden kurucu kadronun, Misak-ı Milli hudutları içindeki bütün coğrafyayı içine alacak egemen ve bağımsız bir devlet kurmak amacına yöneldiği yıllardır. Bu nedenle kurucu kadro, gelecekte oluşturmayı düşündüğü ulusal kimliğe ilişkin kucaklayıcı mesajlar vermeyi tercih etmiş, vatandaşlık kavramının tesisinde de yine aynı kucaklayıcılığa yaslanmıştır. Mustafa Kemal Atatürk, Kurtuluş Savaşı sırasında Türk etnik kimliğine vurgu yapmaktan özenle kaçınmış; sürekli olarak “*Türkiye*” ve “*Türkiye halkı*” kavramlarını kullanmayı tercih etmiştir. Bununla, “*kan*” temelli vatandaşlık tanımından uzak kalınacağı; “*teritoryal*” veya “*toprak*” temelli bir vatandaşlık anlayışının esas

[36] Üstel, 2004, s. 73-82.

alınacağı mesajını vermiştir.^[37] Nitekim bu anlayışın anayasal ifadesi olarak, 1924 tarihli Anayasa'nın 88. maddesinde, “*Türkiye abalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle (Türk) ıtlak olunur*” denilmiştir. Böylece vatandaşlığın; ırk, din, mezhep ya da kan bağı esasına dayalı olarak değil, birlikte yaşam arzusu gibi sübjektif bir ölçüte dayalı olarak kurulduğu ifade edilmiştir. Ortak bir vatandaşlık kimliğini oluşturmayı hedefleyen bu tanım, alt kimliklerin varlığını inkar anlayışı üzerine kurulmamıştır. Ancak bu durum, 1930’lu yılların dünyasında yaygınlaşan otoriter/totaliter rejimlerin de etkisiyle tersine dönmeye başlamıştır. Bu dönemde geliştirilen “*halkçılık*” ilkesi, ulusal kimliğin fiili tanımının değişimine katkıda bulunmuştur. Bu ilke halkı; sınıfsız, imtiyazsız, kaynaşmış bir kitle olarak kabul etmiştir. Türk toplumunun farklı sınıflardan değil, dayanışma içerisinde ve birbirlerine sıkıca bağlı bulunan meslek gruplarından oluştuğu kabul edilerek, yegane farklılığın, mesleki farklılık olduğu savunulmuştur. Değişimin en önemli gerekçelerinden birini de, 1925’de baş gösteren “*Seyh Sait İsyanı*” oluşturmuştur. Etnik çatışmaların ne tür sonuçlar doğurduğunu Balkanlar’da yaşadığı deneyimden bilen devletin kurucuları, Seyh Sait İsyanı karşısında Anadolu’nun da “*Balkanlaşması*” gibi bir endişeye kapılmışlardır. Bu endişelerin de etkisiyle, her türlü farklılığı yadsıyan bir düşünce temeline yaslanmak suretiyle, bir yandan kültürel türdeşliği sağlamaya çalışmışlar, diğer yandan da yaratılmaya çalışılan ulusal kimliğin dışında kalan farklılıkların kültürel yaşam alanlarını daraltılmışlardır.^[38]

Ulusal kimliğin fiili inşasında gerekli olduğu düşünülen tarih yazımında da aynı anlayış takip edilmiş, güçlü milliyetçi duygularla donatılmış kuşaklar yetiştirilmesi anlayışına uygun bir tarih yazımı gerçekleştirilmiştir. Milli Mücadele dönemi millî kimlik mühendisliğinin^[39] henüz tam olarak yapılmadığı bir dönemdir. Bu yıllarda her ne kadar ulus devlet fikrinin ilk tohumlarının atılmasına şahit olunduysa da, Türklük ve Türk milliyetçiliği kavramlarının henüz telaffuz edilmediğini görürüz. Örneğin Erzurum Kongresi Beyannamesi’nin 1. maddesinde, doğu illerinden söz edilirken hiçbir ilin “*camia-ı Osmaniye*”den ayırlamayacağı ifade edilmiştir. Sivas Kongresi’nde de aynı şekilde, Mondros Mütarekesi tarihindeki hudutlar içinde kalan ve her noktası “*İslam ekseriyet-i kahiresiyle meskûn olan Memalik-i Osmaniye aksamı yekdiğerinden ve Camia-i Osmaniye’den ayırlamaz*” denmektedir. Beynamede sık sık Memalik-i Osma-

[37] Oran, Baskın, *Türkiye’de Azınlıklar, Kavramlar, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama, Tesev Yayınları*, İstanbul, 2004, s. 73.

[38] Erdem, F. H.-Bağlı, Mahzar, “*Modernleşme ve Ulus Devlet Olgusu Kısacasında Azınlıklar Sorunu: Süryaniler*”, Süryaniler ve Süryanilik III, Haz. Ahmet Taşgın ve diğerleri, Ankara, 2005, s. 143.

[39] Oran, Baskın, “*İnşa Döneminde Türk Millî Kimliği*”, Toplum ve Bilim, 1996, S. 71, s. 172.

niye, Camia-ı Osmaniye, Ekseriyet-i İslamiye gibi ifadeler kullanılmaktadır. Yine, Misak-ı Milli'de de benzer ifadeler yer almaktadır.^[40]

Bu belgelerde, Türklük, Türk milleti, Türk milliyetçiliği gibi deyimlere rastlamak mümkün değildir. Daha çok milli topluluk, Osmanlılık, Müslümanlık gibi geleneksel kriterlere yer verilmiştir. Milli Mücadele yıllarında böyle bir söylemin tercih edilmesinin nedenlerine ilişkin olarak Bülent Tanör, Türk ulusçuluğunun henüz billurlaşmış olmamasını ve İtilaf bloğunun etnik bölünme yaratma hedeflerini boşa çıkarma niyetini göstermektedir.^[41] Bu yıllarda milliyetçi söylemde özellikle kaçınılmasının önemli bir nedeni, başarılı bir Kurtuluş Savaşı verebilmenin yolunun, Türkler dışındaki Müslüman etnik gruplarla anlaşmaktan geçtiğine inanılmasıdır. Çünkü hem azınlıklarla, hem işgal kuvvetleriyle, hem sultanın ordularıyla hem de iç ayaklanmalarla uğraşmak yeterince zordur. Bu sebeple Anadolu'da sorunlar çıkaran Çerkezler ve Kürtlerle anlaşmak, onların ayrılıkçılık yaratmadan Türklerle birlikte savaşmasını sağlamak gerekmiştir.^[42]

III. CUMHURİYET DÖNEMİNDE VATANDAŞLIK

1. KURULUŞ YILLARINDA VATANDAŞLIK

Milli mücadele yıllarının bu çok kimlikli, çok çeşitli yapısından, Cumhuriyetin Türk milliyetçiliği söylemine net bir şekilde geçilmesi, ister istemez akla, daha Milli Mücadele yıllarında bile yönetici kadrolarının akıllarında Türk milliyetçiliğine dayanan yeni bir devlet kurma kararlılığı olduğunu ama dönemin hassas koşulları nedeniyle bu kararın telaffuzundan kaçınıldığı fikrini getirmektedir.

Yeni devletin ilk anayasası olan 1921 Anayasası, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu bildirdiği birinci maddesinin akabinde tüm güçlerin Mecliste toplandığına ve devletin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümeti tarafından yönetileceğine yer verdiği ikinci maddesi ile milli devlet ilkesini açıkça ortaya koymaktadır.^[43] Atatürk'ün Samsun'a çıkışı ile ortaya çıkan ulusal irade, Amasya Genelgesi ve kongreler aşamalarından sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kişilik kazanmış, bundan sonra, TBMM'nin çıkardığı

[40] Özbudun, Ergun, "Milli Mücadele ve Cumhuriyetin Resmi Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu", Cumhuriyet, Demokrasi, Kimlik, Ed. Nuri Bilgin, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1997, s. 63-64.

[41] Özbudun, 1997, s. 65.

[42] Oran'dan aktaran Özbudun, 1997, s. 65-66.

[43] Çeçen, Anıl, Türkiye Cumhuriyeti Ulus Devleti, Ulusal Türkiye Dizisi:5, Fark Yayınları, 1. Basım, Ankara, 2007, s. 187.

tüm anayasalarda ulusal irade temelinde ulus devlet yapısı benimsenmiştir. Bu yıllarda getirilmeye çalışılan yeni devlet düzeni konusunda hiçbir devlet modelinin ya da ideolojinin doğrudan esas alınmadığı ya da taklit edilmediği, tamamen ülke gerçekleri doğrultusunda hareket edildiği savunulmuştur. Eski Osmanlı topraklarında yaşayan ve göç ederek Anadolu ve Rumeli bölgelerine gelen halk toplulukları, Türklük üst kimliği çatısı altında bir araya getirilmek istenmiştir. Bundaki maksat ise, etnik ve dinsel alt kimliklerin bölücü ve bölgesel çatışma çıkarıcı yaklaşımları devre dışı bırakma isteğidir.^[44]

Ulus devletler, kuruluşlarından itibaren, coğrafi olarak sınırları dahilinde bulunan halkı belli idealler, inançlar, değerler etrafında birleştirerek eğitim ve dil birliği sağlayarak, toplumsal sınıflar arasında çatışmaları ortadan kaldıracı önlemler almışlardır. Bu sayede yeni bir ulusal kimlik yaratmayı hedeflemişler; homojen, bütüncül bir ulusal kimlik tanımına ulaşmışlardır. Aynı süreç, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluşunda da yaşanmıştır. Atatürkçü ideoloji ile modern bir çizgide yeni bir ulusal kimlik inşa edilmiştir.

Mustafa Kemal Atatürk'e göre, halkın bir kişi veya grup altında ezilmediği ve egemenliği elinde bulundurduğu tek devlet biçimi demokrasidir ve demokrasinin tam olarak uygulanabildiği tek yönetim tarzı cumhuriyettir. Ulusun hamisi olan devlet ise bu ilke doğrultusunda vatandaşların her türlü özgürlüğünü korumakla mükelleftir.^[45] 1923 yılında kurulan cumhuriyet, ümmetin yerine milleti, tebaanın yerine ise vatandaşı koyarak, ^[46] Misak-ı Milli sınırları içinde yaşayan herkesi eşit hak ve ödevleri olan Türk vatandaşları olarak kabul etmiştir.

"*Tabiiyet*" yerine geçen vatandaşlık deyimini, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile Türk hukukuna anayasal düzeyde girmiştir. 1924 Anayasası'nın 88. maddesinde "*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk itlak olunur*" demek suretiyle Osmanlı dönemi vatandaşlık kurumuna ilişkin düzenlemelerdeki "*tebaanın padişaha bağlılığı*" kanıksamasının geride bırakıldığı ve artık anayasal düzeyde "*vatandaşlık*" deyiminin kabul edilerek laik ve çağdaş bir vatandaşlık anlayışının benimsendiği gösterilmeye çalışılmıştır.^[47] Atatürkçü bakış açısıyla inşa edilen yeni, modern, ulusal kimlik; yukarıdan aşağıya yapılan ve devlet eliyle gerçekleştirilen bir projedir. Dönemin aydınları, Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşünün en önemli sebeplerini tek bir kişinin hegemonyasındaki devlet sistemine ve gelişmeyi, kalkınmayı engelleyen devletin

[44] Çeçen, 2007, s. 203.

[45] İnan, Afet, Atatürk'ün Yazdığı Yurttaşlık Bilgileri, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 1998, s. 31-32.

[46] Ünsal, Artun (Der.), 75 Yılda Tebaa'dan Yurttaş'a Doğru, Tarih Vakfı, İstanbul, 1998, s. 13.

[47] Aybay, 2008, s. 73.

İslami özelliklerine bağladıkları için, devlet ve kimlik düşüncelerini bu sorunlar üzerinden üreterek çözüm arayışı geliştirmişlerdir.

1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi, Cumhuriyetin ilanından sonra 5 yıl daha yürürlükte kaldıktan sonra, 23 Mayıs 1928 tarih ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun kabulü ile yürürlükten kalkmıştır. Yeni kanun, kan bağı ilkesine ek olarak toprak ilkesine de yer vermiş, Türkiye'de doğup anası babası belli olmayan veya bunlardan biri vatansız olan çocukları da Türk vatandaşı saymıştır. Bu durum, kanunun, Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yıllarındaki nüfus azlığı nedeniyle olabildiğince çok kişiye Türk vatandaşlığı verme eğiliminde olduğu görülmektedir.^[48]

Ulusal kurtuluş savaşı süreci, emperyalizme karşı tüm unsurların birlikte mücadele ettikleri bir süreçtir. Bu dönem, etnik köken ayrımı yapılmaksızın Misak-ı Milli sınırları içinde yaşayan herkesin siyasi anlamda birleştiği ve milliyetçi bir söylemin yer almadığı bir dönemdir.^[49] Dönemin siyasi gerçekleri nedeniyle milliyetçi bir söylemden özellikle uzak durulmuşsa da, milli mücadele sonrası dönemde rejim yavaş yavaş yerine oturdukça, milli mücadele dönemindeki çoğulcu üslup yerini Türk milliyetçiliğine yaklaşan söylemlere bırakmaya başlamıştır. Bora'nın ifadesiyle kimlik mühendisliğinin yapılmadığı kurtuluş döneminin arkasından homojen bir millet inşa etme sürecinin gereği olarak sabit bir tek milli kimlik oluşturulmaya çalışılmıştır.^[50]

Kemalist ulus-devlet modelinde, toplum örgütleyici ve tamamlayıcı egemen özne konumundadır. Dolayısıyla devlet, toplumsal ilişkilerin kurucusu değil tamamlayıcısıdır. Bu tip devlette, devlet ulusun ta kendisi sayılmaktadır. Yani, ulus ve devlet aslında tek bir kavramı ifade etmektedir. Devlet ve millet ögeleri ulus-devlet adı altında birleştirilmiş, tek bir kavram haline getirilmiştir. Devlet ve millet özdeş kavramlar olarak kabul edildiği için, vatandaşların tek başlarına "birey" olarak herhangi bir önemleri kalmamış, "görevleri olan vatandaşlar" olarak bir önem arz etmeye başlamışlardır. Bu vatandaş tipi, toplumsal yarara hizmet etme misyonunu üstlenmiş ve devletin toplum üzerinde egemen ve aktif olmasına meşruiyet sağlamıştır.^[51]

2. TEK PARTİ DÖNEMİNDE VATANDAŞLIK

Cumhuriyetin kurulması ve Cumhuriyet Halk Partisi'nin iktidarıyla geçen tek parti dönemi, ulusal vatandaşlık anlayışının oturması ve daha da güçlenmesi

[48] Aybay, 2008, s. 75.

[49] Özbudun, 1997, s. 63.

[50] Bora, Tanıl, "İnşa Dönemi Türk Milli Kimliği", Toplum ve Bilim, 1996, S. 71, s. 18.

[51] Kahraman, H. Bülent, "Kemalist Cumhuriyetçilik, Yurttaşlık ve Demokrasi İlişkisi", Varlık, 1996, s. 1069.

adına bir dizi girişimde bulunulan yılları kapsamaktadır. Bu dönemin vatandaşlık anlayışını anlamada şüphesiz ki kabul edilen bir dizi hukuki mevzuatın ve eğitim sisteminde benimsenen ilkelerin büyük rolü vardır.

1924 Anayasası, Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkıntıları üzerinde yükselen bir devrimin 1921 Anayasası ile başlayan sıçramalarının bir yenisi olmuştur. Bu anayasa, ulusal, demokratik ve laik bir devletin temellerini atmıştır. Anayasanın özünde ulusal egemenlik ilkesi yer almıştır. Demokratik bir niteliğe sahip olmasına rağmen çoğulcu ve iktidarı bölüştürücü olmaktan çok çoğunlukçu ve bütüncü bir niteliktedir. Bunun nedeni, anayasanın yapıldığı dönemin ana sorununun çoğulcu demokrasi değil, köklü reformlarla devletin çağdaştırılması olarak görülmesidir.^[52]

1924 Anayasası "*dil, din, ırk farkı olmaksızın tüm vatandaşların eşit olacakları*" hükmünü taşır. 1945'e kadar yürürlükte kalan ilk haliyle 88. madde "*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak olunur*" demektedir. Yani burada, 1961 ve 1982 Anayasaları'ndan farklı olarak "*bu kim-seler Türktür*" denmemiş, Türk şeklinde bir adlandırmanın uygun kabul edildiği belirtilmiştir. Ayrıca maddede geçen "*vatandaşlık*" kelimesi ile de bu kişilere Türk denilmesinin vatandaşlık ilişkisi ile sınırlı olduğuna işaret edilmiştir.^[53] Anayasa'nın dinsel ve ırksal farklılıkların olduğunu kabul ettiği, ancak "*Türklük*" sıfatının dinsel ve ırksal bir anlam taşımadığını, coğrafi (Türkiye ahalisi) ve siyasi (vatandaşlık bağı) bir anlam taşıdığını benimsediği kabul edilmektedir.^[54] Anayasanın görüşülme aşamasında dahi, Türk olmayan Müslüman etnik grupların statüsü konusu hiç gündeme getirilmeyerek, bu unsurlar da Türklük kavramı içerisinde değerlendirilmiştir. Ancak bu durum, Türklüğün tanımlanmasında az da olsa din olgusunun hala hakim unsur olarak hüküm sürdüğü şeklinde yorumlanabilir. Türkiye ile Yunanistan arasında yapılan ahali mübadelesinde dilin değil din bağının esas alınması ve ana dili Türkçe olduğu halde Ortodoks Karaman Rumlarının mübadeleye dahil edilmesi bunun bir göstergesidir.^[55]

Ancak bu eşitliğin fiilen uygulanabildiği söylenemez. 1923 Lozan Antlaşması'nın gayrimüslim azınlıkların korunmasına ilişkin hükümlerine karşın, iktidarın birincil hedefi, azınlıkların Türkleştirilerek, tek dil, tek ülkü, tek hars söylevinin hayata geçirilmesi olmuştur. İktisadi alanda Cumhuriyetin ilk yıllarında yabancı sermayeli ticari müesseselerde istihdam edilen gayrimüslim azınlıkların sayıları ile ilgili olarak bir kota uygulanmaya başlanması, 1923'e

[52] Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, İstanbul, 1992, s. 328-329.

[53] Berzeg, Kazım, "*İnsan Hak ve Özgürlükleri, Demokrasi, AB Kriterlerine Uyum ve Çağdaşlaşma İçin Atatürk'ün 1924 Anayasası'nı Tekrar Yürürlüğe Koyalım*", Yeni Türkiye, Avrupa Birliği Özel Sayısı, 2000, S. 35, s. 634.

[54] Tanör, 1992, s. 309-310.

[55] Özbudun, 1997, s. 66-67.

kadar müesseselerin yönetici ve memur kadrolarında %90 yabancı uyruklu ve gayrimüslim kişiler çalışırken, bu tarihten sonra yabancı şirketlere Müslüman memur çalıştırmaları şartı konması,^[56] 5 Haziran 1935 tarihli Vakıflar Kanunu'nun uygulanmasında gayrimüslim azınlıklar aleyhine durumlar yaratılması, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne irad kaydedilmek üzere vakıf gelirlerinden yüzde beş kontrol hakkı kesilmesi, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne azınlık cemaatlerinin vakıflarını yönetecek olan mütevelliyi seçip tayin etme hakkının verilmesi bu baskıya örnek teşkil eden uygulamalardan bazılarıdır.^[57]

1924 Anayasası'ndaki eşitlik ilkesinin gayrimüslim azınlıklar yönünden tam olarak uygulanamamasının sebebi olarak, Anadolu topraklarının işgal edildiği dönemlerde gerek Ermenilerin gerekse İzmirli Rumların bir bölümünün işgalci kuvvetlere destek çıkan tavırları gösterilmektedir. Azınlık olarak tabir edilen bu kesimlerin işgalci güçlere gösterdiği sevgi, Türk (Müslüman) vicdanı üzerinde kolay silinemeyen izler bırakmıştır. Uygulamada azınlıklar, kamu hizmetlerinde istihdam edilmemişler ve siyasi iktidar ve kamuoyu gözünde daha az güvenilir kişiler olarak kabul edilmişlerdir. 1934 yılında Trakya'da Yahudi vatandaşların yaşadığı yerlerde meydana gelen Yahudi karşıtı olaylar, 1941'de Yirmi Kur'a İhtiyatlar olayı olarak bilinen gayrimüslim ihtiyatların silah altına alınmaları ve 1942'de yürürlüğe giren Varlık Vergisi Kanunu da azınlıklara karşı anayasada ifadesini bulan eşitlik anlayışını bertaraf eden olaylardır.

1927'den sonra "*dil*" unsurunun vatandaşlığın önemli bir unsuru olduğuna vurgu yapılmaya başlanmıştır. 1925'te Şeyh Sait İsyanı'nın yurttaşlar topluluğu oluşturma idealinin sınırları konusunda oluşturduğu kuşku, 1926'da Türkçe dualarla namaz kıldırma teşebbüsleriyle İslam'ı Türkleştirme sürecine ön ayak olmuştur. 1930 itibarıyla "*Vatandaş, Türkçe konuş*" kampanyası başlatılmış ve bu kampanya 1930'lar boyunca sürdürülmüştür.^[58]

1923-1950 arası dönem, yeni bir ulusun, devletin ve bu ulusa üyelik anlamında bir vatandaşlık anlayışının oluşturulmaya çalışıldığı bir dönemdir. Bu dönemde haklardan ziyade ödevlere vurgu yapılarak edilgen bir vatandaşlık uygulamasına gidildiyse de, çağdaş, modern ve laik bir çizgi benimsenerek böyle bir kimliği benimsemiş vatandaşlar yaratılmaya çalışılmıştır. Bu dönem Osmanlı ile hesaplaşma dönemi olduğu için İslam ve Osmanlılık gibi unsurlardan özenle kaçılmıştır.

Bu dönemde Osmanlı döneminin ideolojisine bağlı olan görüşler ayıklanmış, yerlerine, Cumhuriyet'in temel ilkeleriyle uyumlu görüşler getirilmiştir. II. Meşrutiyet'in bir ailenin fertleri olarak tanımladığı vatandaşlar, Cumhuriyet'in

[56] Bali, Rifat N., "*Cumhuriyet Döneminde Azınlıklar Politikası*", Birikim, 1998, S. 115, s. 81.

[57] Bali, 1998, s. 82.

[58] Üstel, 2004, s. 166-167.

ilkeleri doğrultusunda yeniden ele alınarak, vatandaşlığa devlet eksenli bir nitelik kazandırılmaya başlanmıştır. Bu dönemde okullarda okutulan “Yurt Bilgisi” dersleri ile de öğrencilere devlet, yurt, millet, milliyet gibi kavramlar hakkında bilgiler verilerek yurdu ve milletini sevdirmek amaçlanmıştır.^[59] Tek parti iktidarı döneminde okullarda okutulan Tarih dersleri ve Yurt Bilgisi dersleri birbirini tamamlayan nitelikteki derslerdir ve milli kimliğin topluma aktarılmasında çok kilit bir rol üstlenmişlerdir. Tarih derslerinde millete, kendisi tanıtılarak, yarınlara için yol ve hedef gösteren bir kılavuzluk misyonu üstlenilmiştir. Yurt Bilgisi derslerinde ise bu hedefe ulaşmada izlenecek yol ve bu yolda bireylere düşen görevler konuları işlenmiştir.^[60] Yurt Bilgisi derslerinde, bayrak, vatan gibi sembollerle milli kimlik etrafında kolektif bir bilinç oluşturulmaya çalışılarak, kişinin kendisini Türk milletine ait hissetmesinin gurur verici bir duygu olduğu vurgulanmıştır.^[61]

Bu dönemdeki yaygın kanaate göre “Türk vatandaşlığı” bir ayrıcalıktır. Bu ayrıcalığı destekleyen kimi yasalar ve uygulamalar da hayata geçirilmiştir. Örneğin, 1924 yılında çıkarılan bir kanunla Türk vatandaşlarının sahip olduğu şirketlerin gümrük vergilerinden muaf olması sağlanmıştır.^[62] 1928 yılında çıkarılan 1346 Sayılı Kanun’la Türkiye Cumhuriyeti dahilinde, gerek okullarda ve gerekse okul dışında, izcilik, keşşafılık, boyskavntik veya diğer herhangi nam ve unvan altında izcilik teşkilatı oluşturma hakkı münhasıran Türk vatandaşlarına verilmiştir.^[63] Yine, 1926 tarihli Memur Kanunu’nun dördüncü maddesi, memur olabilmek için “Türk” olmak şartını koşturmuştur. 1928 tarihli 1219 Sayılı Kanun’da ise, ülkedeki doktorların İstanbul Darülfünun Tıp Akademisi mezunu ve Türk olmalarını şartı yer almıştır.^[64] Aynı kanunda yabancı okullardan diploma alan Türk doktorların derecelerinin Sağlık Bakanlığı’na kabul edilmesi halinde doktorluk mesleğini icra edebilecekleri düzenlenirken, Türk olmayan doktorlar için böyle bir hakka yer verilmemiştir. 1930’larda ise milliyetçilik akımları gittikçe daha etkili olmaya başlamış, bu durum çıkarılan yeni yasalarda da kendini göstermiştir. 1931 tarihli Matbuat Kanunu’na göre ancak Türklerin dergi ve gazete sahibi olabilecekleri düzenlenmiştir.^[65] 1936’da

[59] Üstel, 2004, s. 135.

[60] Caymaz, Birol, Türkiye’de Vatandaşlık Resmi İdeoloji ve Yansımaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 12.

[61] Caymaz, 2007, s. 17.

[62] Çağaptay, Soner, “Kim Türk, Kim Vatandaş? Erken Cumhuriyet Dönemi Vatandaşlık Rejimi Üzerine Bir Çalışma”, Toplum ve Bilim, 2003, S. 98, s. 168.

[63] Düstur, Üçüncü baskı, C. 9, s. 527.

[64] TBMM Zabıt Ceridesi, C. 1983, s. 63.

[65] Düstur, Üçüncü baskı, C. 12, s. 527.

kabul edilen Cemiyetler Kanunu, etnik ve dini azınlık gruplarını temsil eden derneklerin kurulmasını yasaklamıştır.^[66]

1932’de 2007 sayılı Türkiye’de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun’la bazı mesleklerin yapılması sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiştir. Asıl amacın Türk vatandaşını korumak olduğunu öne çıkararak bu kanun, yürürlükte olduğu dönemin ana kanunu olma özelliğine sahiptir.^[67] 2007 sayılı Kanunun 1. maddesi yabancıların Türkiye’de yapamayacakları işleri saymaktaydı. Buna göre; ayak satıcılığı, çalgıcılık, fotoğrafçılık, berberlik, müretteplik, simsarlık, elbise, kasket ve kundura imalçiliği, borsalarda mubayaacılık, devlet inhisarına bağlı maddelerin satıcılığı, seyyahlara tercümanlık ve rehberlik, inşaat, demir ve ahşap sanayi işçilikleri, umumi nakliye vesaiti ile su ve tenvir, teshin ve muhabere işlerinde daimi ve muvakkat işçilik, tahmil ve tahliye işleri, şoförlük ve muavinliği, alelumun amelelik, her türlü müesseselerde ticarethane, apartman, han, otel ve şirketlerde bekçilik, kapıcılık; odabaşılık, otel, han, hamam, kahvehane, gazino ve barlarda kadın ve erkek hizmetçilik (garson ve servant), bar oyunculuğu ve şarkıcılığı, veterinerlik, kimyagerlik ve borsa simsarlığı gibi meslekler sadece Türk vatandaşlarının yapmasına izin verilen mesleklerdi.^[68] Yargıtay ve Danıştay, 2007 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerinin yazılış tarzlarından, bu maddelerde sayılan sanat ve hizmet nevelerinin “*tahdidi ve iltizami*” olduğu sonucuna varmıştır ve sütçü çıraklığı, kuyumcu çıraklığı, kahvecilik, arabacılık, pazarda sergi açma, mücellitlik, makinistlik ve kalaycılık gibi kanunun yer vermediği mesleklerin Kanunun 1. maddesindeki sanat ve hizmetlere dahil olmadığı yönünde görüş belirtmiştir.^[69] Bu kanun işverenlere bu kanun kapsamına girmeyen kişileri, yani Türk vatandaşı olmayan çalışanları işten çıkarma hakkı vermektedir. Bu sebeple özellikle Yunan vatandaşı olan İstanbul Rumlarının işsiz kaldığı ve ülkeyi terk etmek zorunda kaldığı kaydedilmiştir.^[70] Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, yabancıların tayyare makinistliği ve pilotluğu ve devlete veya vilayetlere bağlı müesseselerle belediyeler ve bunlara bağlı tesisat hizmetlerini yapabilmeleri için Bakanlar Kurulu’nun özel izni gerekliydi.^[71]

[66] TBMM Zabıt Ceridesi, C. 1983, s. 1-21.

[67] Ökçün, A. Gündüz, Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti, 2. Baskı, Ankara 1998, s. 66-67.

[68] Düstur, Üçüncü baskı, C. 13, s. 649-650; Ökçün, 1998, s. 67 vd.

[69] Yargıtay kararları için bkz. Ökçün, 1998, s.68.

[70] Amerikan diplomatik kaynaklarına göre bu rakam 15000’den fazladır. Aktaran, Çağaptay, s. 170.

[71] Ökçün, yabancıların çalışma hürriyetine, Bakanlar Kurulu kararı ile yapılacak her çeşit sınırlamanın, bir kanun hükmüne dayansın veya dayanmasın, Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Ökçün, 1998, s. 70-71.

1930'ların sonlarında özellikle “*Türk ırkı*” lehine sayılabilecek düzenlemelerin de yapıldığını görmekteyiz. Örneğin, 1938'de Türk ırkından olan yabancılara Türkiye içindeki seyahatlerinde kolaylıklar sağlayacak düzenlemeler getirilmiştir.^[72] Türk vatandaşlığının giderek imtiyazlı bir kategori haline dönüşmesiyle, Türk vatandaşlığından çıkarılma, Türk vatandaşlığına kabul edilme girişimleri başlamıştır.

1930'lu yıllar devlet eksenli yurttaşlık anlayışının okul aracılığıyla yaygınlaştırılması hedeflerine hız verildiği bir dönem olarak ortaya çıkar. Bu dönemde eğitimin amacı “*aynı*”laştırmaktır. Cumhuriyet ve ulus-devletin siyaset projesi, bu aynılaştırma operasyonuna destek vermek adına “*milli terbiye*” söylemini benimsemiştir. Milli terbiye, başta ilkokul öğrencilerini, sonra tüm fertleri toplumun öz, sadık ve temelli evladı yapmak, onları topluluğun bir parçası yapmak, ancak o topluluk içinde bir varlık olmalarını sağlamaktır.^[73]

1930'larda karşımıza çıkan bir başka yurttaş yetiştirme mekanizması da köylünün yurttaşlaştırılmasıdır. 1938 tarihli Köy Mektepleri Müfredat Programı ile köy ilkokulları için ayrı bir öğretim programı hazırlanmıştır. Bununla, Cumhuriyet rejimini köylere kadar yaymak, Türk köylüsüne cumhuriyet rejiminin bir yurttaşı olduğu bilincini vermek, böylelikle köylüyü rejimin bir parçası haline getirmek hedeflenmiştir.^[74] Köylü “*devletin efendisi*”, “*bizi doyuran*”, “*şanlı ordumuzun temeli*”, “*yurdun nüfus desteği*” dir. Dolayısıyla, köylü birçok açıdan milletin en kuvvetli desteği, yurdun öz sahibi olarak nitelendirilir. Bu yaklaşım, makbul bir köy ve köylülük anlatısını da beraberinde getirerek nüfusun büyük bir bölümünü oluşturan köylünün hem yurttaşlar topluluğuna dahil edilmesi, hem de hemşerilik aidiyetini etkisizleştirmek adına benimsenmiştir. Pek tabii ki, köylüye verilen bu özel önemin bir başka sebebi de, köylünün çalışma ve verimlilik kapasitesinin “*modern*” yöntemler doğrultusunda azamileştirilmesi ve ülke kalkınmasında başat üretici rolünü modern bir çehreyle sürdürmesinin sağlanmasıdır.^[75]

O yıllarda, bir yurttaşlar topluluğu oluşturmak için öncelikle söz konusu topluluğa ait bir mekan (vatan/yurt) imgesi tasavvur etmek gerekmektedir. Ayrıca, bu tasavvurun ulus-devlet bağlamında yapılması ve kurgulanan bu mekana yönelik sadakat duygusunun uyarılması da gerekmektedir. Ancak, vatan ya da yurdu hayal etmek ve oradan hareketle bir ulus veya yurttaşlar topluluğu oluşturmak konusunda bir fikir birliği bulunmamaktaydı. Bazı yazarlara göre vatan, Misak-ı Milli'den ibaretken, bazılarına göre, ulusal sınırları aşan bir organik ulus kavramı kabul edilmeliydi. Ulus/millet kavramlarıyla ilgili olarak

[72] TBMM Zabıt Ceridesi, C. 1983, s. 468.

[73] Üstel, 2004, s. 139.

[74] Üstel, 2004, s. 145-152.

[75] Üstel, 2004, s. 201; Caymaz, 2007, s. 29.

Batı'da dahi kavramsal tanımlama bakımından sorunlar yaşanırken bu kavramlarla yeni tanışan Türkiye Cumhuriyeti'nin kavramlar üzerinde hemen bir ağız birliği geliştirmesini beklemek mümkün olmazdı. Batı'da ulus/millet kavramları başlangıçta, aralarında kan, dil ve kültür birliği bulunan insan topluluğunu ifade ederken, 18. yüzyılın sonlarına doğru, bir siyasi topluluğa irade ve özgür katılımı ifadesini bulan bir yaklaşıma kavuşmuştur. Ancak bir başka yanda da ulusu organik, doğal bağlarla tanımlayan romantik ulus kavrayışı yükselmiştir. Aynı kavram kargaşasının “ülke” kavramı için de geçerli olduğunu söylemek gerekir. Ülke, kişinin doğduğu yer olarak kabul edilmiş, bir topluluğun yaşadığı yer olarak betimlenmiş, bir coğrafi gerçeklik olarak yani “*toprak*” olarak adlandırılmıştır. Vatan ise ülkeden farklı olarak daha değer yüklü bir kavram olarak algılanmıştır. Vatan, her zaman bireyle aidiyet, duygu ve bağlılık ilişkisi dahilinde olan bir vurguya sahip olmuştur. Bazı yaklaşımlar, örneğin Alman milliyetçiliği, vatana daha da fazla anlamlar yüklemiştir. Vatan için savaşmak, onun için ölmek gibi. Kısacası, gerek millet kavramı gerekse vatan kavramı, Batı'da dahi tek ve kesin bir anlam içermeyen kavramlardır.

Bu dönemde “*vatan*” anlayışının bir kimsenin doğduğu yer, yani memleket anlamından modern vatana, yani fiziksel olarak tanımlanmış bir coğrafi bedene dönüştürülme gayretleri olmuştur. Ancak bu dönemde, hem coğrafi anlamda köy, kasaba ya da kentte yerleşmeyle ifadesini bulan bir vatan anlayışının, hem mekan zaman ve aidiyet açısından üç katmana sahip ve Misak-ı Milli'nin oluşturduğu siyasal sınırlarla tanımlanan bir vatan anlayışının, hem de Türklerin tarihine göndermede bulunan bir vatan anlayışının birlikte hakim olduğunu görüyoruz.^[76]

Türkiye'de tek parti rejiminin etkili olduğu 1930'lu yıllar, aynı zamanda uyumlu yurttaş üretimi misyonunun taşındığı ve bu amaca uygun atılımların yapıldığı yıllardır. Ancak 1940'lı yıllar, 1930'lu yıllardan bazı noktalarda farklılık göstermektedir. Millet, toprak, kan ve dil gibi özcü ve objektif faktörler etrafında tanımlanması, Atatürk dönemine nazaran daha ırkçı bir tona bürünmüştür. 1924 Anayasası'nın 88. maddesinin birinci fıkrasındaki gibi, “*Türkiye ahalisine din ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak olunur*” şeklindeki resmi söylem ile Türklerin tarihine ilişkin resmi anlatı birlikte ele alınmıştır. Vatandaş için bir yandan dil, kültür ve mefkûre birliğine dayanılarak sözleşmecî bir ulus tanımı geliştirilirken, diğer yandan, Türk ulusunun tarihsel vatanına ve Türklerin kökenine ilişkin açıklamalar ve göndermeler yapılarak organik bir ulus anlayışına da yer verilmiştir.^[77] Artık Osmanlı tarihinin paranteze alındığı,

[76] Muslihiddin Adil'in görüşleri üzerinden yapılan değerlendirme için bkz. Üstel, 2004, s. 162.

[77] Üstel, 2004, s. 229.

Türk tarihinin ise açıktan açığa öne çıkarıldığı özgür bir ulus anlayışı egemen olmaya başlamıştır. Türk milletinin tarihini ve kültürünü anlatan, bu millete övgüler düzen yaklaşımlar egemen olmaya başlamıştır.

Özetlemek gerekirse, vatandaşlığın, medenilik, vatanperverlik ve milliyetçiliğin bulunduğu bir kavşakta tanımlandığı 1930'lu yıllarda vatandaşlar, aktif, özgür bireyler olarak değil, devletin onlara bahsettiği, sınırları belirli bir hareket alanında devletin askerlik, vergi, oy verme gibi beklentilerini karşılamaktan sorumlu kişiler olarak biçimlenmekteydi. Fransız modeline daha yakın duran Türk vatandaşlık anlayışı, bireysel haklar ve bireylerin eşit muamele görmesi üzerine kurulan liberal vatandaşlık anlayışından farklı olarak, cumhuriyetin değerlerinin taşıyıcısı olan seküler politik cemaati, yani milleti, edilgen bir özne olarak kurmuştur. Fransız modelinde ortak karar alma süreçlerine vatandaşın katılımı vatandaşlık hak ve özgürlüklerinin temelini teşkil ederken, Türk vatandaşlık sisteminde vatandaşların aktif katılımlarından ziyade milli bütünlük içerisinde pasif, onaylayıcı bir rol oynamaları istenmektedir.^[78]

3. ÇOK PARTİLİ DÖNEMDE VATANDAŞLIK

1945 yılında önce Milli Kalkınma Partisi'nin kurulmasıyla başlayan çok partili yaşam, 1946'da ilk kez birden çok partinin katıldığı ve şaibeli olarak anılan genel seçimlerle serüvenine devam etmiş ve nihayet Demokrat Parti'nin 1950'de tek başına iktidara gelmesiyle yeni bir dönemece girmiştir. Demokrat Parti ilkin, parti programında evrensel insani değerlere ve demokratikleşmeye yaptığı vurgu ile tarih sahnesine çıkmıştır. Okullarda çocuklara demokrasi bilinci verilmesi amaçlanmış, öğrencilerin insan haklarına saygılı, hoşgörülü bireyler olmaları, okul yönetimine katılmaları, kurullarda görev almaları özendirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca, vatandaşlığı ulusal birliğe aidiyet merkezinde tanımlayan, devlet ve partiye itaati ve onun koyduğu kanun ve nizamla uymayı ön plana çıkartan tek parti dönemi vatandaşlık anlayışı, 1950'lerle birlikte bir dönüşüm geçirmiş, uygar ve erdemli insan olma vasıflarıyla belirlenen yeni bir vatandaşlık anlayışına geçilmesi hedeflenmiştir.^[79]

Bu dönemde vatandaşlık eğitimine ilişkin olarak CHP'nin altı okuna dayalı anlayış terk edilmiş; cumhuriyetçi, milliyetçi, halkçı, devletçi, laik ve devrimci yurttaşlar fikrinden vazgeçilmiştir. Buna karşılık millet kavramı içerisinde; Türk milletinin birer evladı olmanın şeref ve sorumluluğundan, Türk milletinin zeki, çalışkan, cesur, kahraman olduğundan, milletimizin üstün özelliklerini sürdürüp

[78] Caymaz, 2007, s. 27.

[79] Caymaz, 2007, s. 35.

geliştirdikleri ölçüde geleceğe güvenle bakabileceğimizden ve hatta en ileri millet vasfına bu sayede sahip olabileceğimizden bahsedilmeye devam edilmiştir.^[80]

II. Dünya Savaşı'ndan sonra çok partili demokrasi dönemine giren Türkiye, azınlık hakları konusunda daha hassas davranmaya başlamıştır. Vakıflar Kanunu'nun uygulamasına yönelik yüzde beş kontrol hakkı kesilmesi hükmü ile azınlık cemaatlerine ait vakıfları idare edecek mütevellilerin Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından tayin edilmesi kararı iptal edilmiştir. Her üç azınlık cemaati milletvekilleri sayesinde mecliste temsil edilmişlerdir. Demokrat Parti'nin azınlıklar tarafından da desteklenen bir parti olması bakımından bu dönemde azınlıklar konusunda 6-7 Eylül Olayları'na kadar pek fazla sorun yaşanmamıştır. 6-7 Eylül 1955'te Rumlara ait mağaza ve kiliselere karşı bir yağma hareketi gerçekleştirilmiş, bütün azınlık grupları bu olaylardan maddi ve manevi anlamda fazlasıyla etkilenmişlerdir ve takip eden yıllarda özellikle İsrail'e göçler gerçekleşmiştir.^[81]

Bu dönemde kabul edilen 1961 anayasası, insan ve bireyi yüce bir değer sayan, bunların ve toplumun hak ve özgürlüklerini uzlaştırılıp geliştirilmesini ana hedef olarak kabul etmiş bir anayasadır. Bu anlayışın nedeni, 27 Mayıs Hareketi ile anayasanın misyonunun devlet otoritesini pekiştirmek değil, özgürlük ve demokrasiyi kurumsallaştırmak olması gerektiği anlayışıdır.^[82]

1961 Anayasası'nda vatandaşlık konusu, oldukça ayrıntılı düzenlenmiştir. 54. Maddenin birinci fıkrasında “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes*”in Türk olduğu belirtilmektedir. Aslında, 1924 Anayasası'nın 88. maddesinin yenilenmiş hali olan bu fıkra, kişi ile devlet arasındaki vatandaşlık ilişkisinin ırk, dil, etnik köken ve din kavramlarından soyutlanmış bir hukuksal bağ olduğunu göstermek amacıyla benimsenmiştir.^[83]

1961 Anayasası devletin niteliklerinin sayıldığı 2. maddesinde, “*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletidir*” denmiştir. 1924 Anayasası'nın 1937 değişikliği ile getirilen milliyetçi sözcüğüne bu anayasada özellikle yer verilmek istenmemiş, bunun yerine milli sözcüğü kullanılmıştır. Kurucu Meclisteki anayasa görüşülmesi sırasında “*Milli devlet*” kavramı uzun tartışmalara neden olmuştur. Milliyetçiliğin anlamı açık olmayan bir kavram olduğu, mesela Almanya ve İtalya'da kurulmuş olan Nasyonal Sosyalist ve Faşist rejimlerin de kendilerini milliyetçi olarak adlandırdıkları ileri sürülmüştür. Bu tartışmalar sonucunda, milliyetçilik sözcüğü demokratik dünyada hiçbir anayasada bulunmamakta olduğundan ve ırkçılık, şovenizm, saldırganlık gibi kavramları

[80] Üstel, 2004, s. 261.

[81] Bali, 1998, s. 82-84.

[82] Tanör, 1992, s. 378.

[83] Aybay, 2008, s. 76.

çağırıştırma tehlikesi taşıdığından tercih edilmemiştir.^[84] Ortalama bir yol kabul edilerek 1961 Anayasası'nın 2. maddesinde "*Milli devlet*" kavramının kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatine varılmıştır. Buna karşılık Anayasanın Başlangıç bölümünde Türk Milliyetçiliğinin uzun ve ayrıntılı bir tanımının yer alması ilkesi de benimsenmiş; bu yolla milliyetçilik ilkesinin, yanlış anlama ve yorumlara yol açması önlenmeye çalışılmıştır.^[85]

"*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*" hükmüne yer veren 1961 Anayasası, 1924'ün aksine, hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerin hemen hemen tümünde "*Herkes...*" diyerek söze başlamıştır. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin öznesi Türk ya da yabancı olmasına bakılmaksızın bireydir. Ancak yabancıların hak ve özgürlüklerden tam olarak yararlanmalarını engelleyen koşullara yine de yer verilmiştir. Buna ilişkin olarak 13. maddede "*Bu kısımda gösterilen hak ve hürriyetler, yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir*" denmiştir.^[86]

1961 Anayasasında ve daha sonra 1982 Anayasasında da ifadesini bulan "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*" hükmü, Anayasa Mahkemesince, bireysel insan hakları yönünden eşitliği getirmek amacıyla getirilmiş bir ilke olarak değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir kararında, bu ilkenin ulusu kuran herhangi bir etnik gruba ayrıcalık tanınmasını önleyen, birleştirici ve bütünleştirici bir temel olduğu vurgulanmış; burada "*Türklük*"ün ırka dayalı bir anlam taşımadığı, her kökenden gelen vatandaşların vatandaşlığı ve ulusal kimliği anlamına geldiği belirtilmiştir.^[87]

1961 Anayasası'nın İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan klasik, sosyal ve siyasal hak ve özgürlükler listesine yer verdiği ve bu haliyle döneminin pek çok anayasasından daha dolgun olduğu kabul edilmektedir.^[88] Anayasada, basın ve yayınlara ilgili koruyucu hükümler çok sayıdadır. Ayrıca toplantı, dernek, siyasal parti, sendika hakkı gibi kolektif özgürlüklerin izinsiz ve sadece bildirim yoluyla kullanılabileceğini belirtmesi de önemlidir.

1961 Anayasası'nın 1971 değişikliğine uğraması ile temel hak ve özgürlükler rejimi, devlet otoritesinin kişi ve toplum aleyhine büyümesi ile sekteye uğramıştır. İlk şeklinde özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu Anayasa, değişiklikten sonra bu sistemin tersine çevrildiği bir Anayasa haline gelmiş, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sebepleri çoğaltılmıştır. Ancak genel olarak

[84] Tanör, 1992, s. 389.

[85] Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1998, s.52.

[86] Tanör, 1992, s. 381.

[87] Anayasa Mahkemesi, E.1993/1 (siyasi parti kapatma), K. 1993/2, Karar tarihi 23 Kasım 1993, VI- Gerekeçe bölümü, "B- Esas yönünden, 4- Kanıtların değerlendirilmesi.

[88] Tanör, 1992, s. 382.

1961 Anayasası'nın 1924 Anayasası'ndaki çoğunlukçuluğun aksine çoğulculuğu öne çıkardığını söylemek mümkündür.

1961 Kurucu Meclisi'nde azınlıklar devlet başkanlığı kontenjanından faydalandırılmış, her üç azınlık cemaati de bu mecliste temsil edilmiştir. 1961 sonrası siyasi iktidarın azınlıklarla ilgili belirli bir politikası olmamıştır. Bu durum, biraz da azınlıkların nüfus itibarıyla pek bir öneminin kalmamasından kaynaklanmaktadır. Gelişen süreçte 1974 Kıbrıs askeri harekati sırasında ABD'nin koyduğu silah ambargosunda Rum, Ermeni ve Yahudi asıllı temsilcilerin etkili olması, Ermeni terör örgütü ASALA'nın yurt dışındaki Türk diplomatlara yönelik eylemleri ve Ermeni lobisinin 1915 yılında gerçekleşen olaylar nedeniyle 24 Nisan'ın "soykırım günü" olarak ilan etmesi gibi süreçler yaşanmıştır.^[89] Bu gelişmeler, azınlıklar konusunda daha atılımcı düzenlemeler yapılması şöyle dursun, azınlık hakları ve kültürel haklar anlayışında gerileme oluşmasına yol açmıştır. Zaten 1982 Anayasası ile birlikte girilen yeni süreç, değil azınlık hakları, temel hak ve özgürlükler konusunda bile ciddi sıkıntıların yaşanmasına vesile olmuştur.

1961 Anayasası'nın getirdiği geniş özgürlükler, sosyalist partilerin kurulmasına yeşil ışık yakılması, sendikaların geniş hakları ve basın özgürlüklerinin nerdeyse sınırsız kullanılması giderek artan sosyal çalkantılara neden olmuş ve 1968 öğrenci olayları, yabancı misyon şeflerinin kaçırılması gibi önüne geçilemez çatışmalar doğmuştur. Sonuçta, 12 Mart 1971 askeri muhtırası gerçekleşmiş, özgürlükler rafa kaldırılmıştır. 12 Mart darbesinin ardından getirilen Milli Eğitim Temel Kanunu ile bir önceki süreç durdurulmuş ve Türk milli eğitiminin genel amacının, Atatürk İnkılaplarına, Anayasa'nın başlangıcında ifadesini bulan Türk milliyetçiliğine bağlı, Türk milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren, ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan, insan haklarına ve Anayasa'nın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan milli, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek olduğu vurgulanmıştır.

1980 darbesiyle birlikte o zamana kadar hiç olmadığı kadar "*millileşme*" politikası söz konusu olmuştur. Olağanüstü hal konjonktürü nedeniyle yeniden tanımlanan yurttaşlık anlayışı, "*anarşist*" e dönüşen "*yabancı ideolojiler*" e karşı "*Atatürk milliyetçiliği*" ve "*milli şuur*" u hakim kılmayı amaçlamıştır. 1980'lerin makbul yurttaş profili, 1982 Anayasası'nın kurguladığı birey-toplum-devlet sistematığının belirleyiciliğinde anlam kazanmıştır. 1982 Anayasanın 66. maddesinin birinci fıkrasında Türk vatandaşlığı tıpkı 1961 Anayasasının 54. maddesinde olduğu gibi "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes*

[89] Bali, 1998, s. 85-86.

Türktür” şeklinde yer bulmuştur. Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarındaki vatandaşlık tanımı, Anayasa Mahkemesi’nin, bu tanımı, herhangi bir etnik gruba ayrıcalık tanınmasını önleyen, birleştirici ve bütünleştirici bir temel olarak betimleyen yorumuna rağmen bazı çevrelerce yeterince kapsayıcı olmadığı, dışlayıcı ve ırk temelli bir anlayışı yansıttığı için eleştirilmektedir.^[90]

1982 Anayasası, devlet karşısında toplumun ve birey-yurttaşın haklarını kısıtlayıcı özellikler gösterir ve hakkın öznesinin öncelikle devlet olduğuna vurgu yapar. Düzen ve güvenlik arayışının hakim olduğu bu dönem, hak eksenli bir yurttaşlık anlayışına değil, ödev ve sorumluluklara dayalı bir vatandaşlık anlayışına dayanır. Vatandaşların tehdit ve tehlikelere karşı hassas ve uyanık olmaları, milli birlik ve dayanışma içinde olmaları beklenir.^[91]

Yurttaşlar topluluğu, genetik ve kültürel özellikleri nedeniyle tarihsel köken iddiasında birleşen, bu anlamda doğal bir dayanışma içinde bulunan bir topluluktur. Milletın kurucu unsurlarından maddi unsurlar, dil, din ve ırk; manevi unsurlar ise, tarih ve kültür birliğidir. Maddi unsurlar arasında sayılan “*din*” olgusu, Cumhuriyet’in özünde yer alan laikliğin, toplumdaki sosyal bağı güçlendirmek adına ikinci plana atıldığı anlamına gelmektedir. Din birliği, bireylerin birbirini sevmesinde, yardımlaşmasında, kaynaşmasında etkili bir unsurdur. Bu sebeple, 1980 dönemi, birlik ve beraberliği kollamak ve geliştirmek adına din unsurunu göz ardı etmekten kaçınmış, toplumdaki fertlerin birlik ve bütünlük içinde yaşamalarını sağlayan bu harcı ön plana çıkarmıştır. Böylece yeniden, Türklük ve Müslümanlık temeline dayanan bir entegrasyon modeli geliştirilmiştir. Ancak bu yaklaşım hem Yahudi, Ermeni, Rum gibi dini azınlıkların hem de dini İslam olmakla birlikte devletin kolladığı, örgütlediği ve kontrol ettiği resmi İslam’ın dışında kalan toplulukların dışlanmasına yol açmıştır.^[92] Böylece, sivil ve katılımcı boyutları eksik, pasif bir itaati hedefleyen bir vatandaşlık fikri hüküm sürmeye başlamıştır.

[90] Aybay, 2008, s. 84.

[91] Üstel, 2004, s. 282.

[92] Caymaz, 2007, s. 49.

IV. SONUÇ

1982 Anayasası bu güne kadar defalarca değiştirilmiştir. Ancak hala ideal bir vatandaşlık anlayışına ulaşılabilmiş değildir. Asıl mesele, anayasamızın ruhunu oluşturan siyasal felsefeyi antidemokratik ve ırkçı söylemlerden kurtarmak gereğidir. Devletin kutsandığı, bireyin hak ve özgürlüklerinin temel millî yararlar ulaşılabilmek gibi söylemlerle perçinlendiği bir söylem özgürlükçü, eşit, demokratik vatandaş anlayışına ulaşmada maalesef en büyük engeldir. Toplum, önemli ölçüde karar alma mekanizmalarının öznesi konumuna getirilmelidir ki liberal demokrasiye biraz olsun yaklaşmak mümkün olabilsin. Bu haliyle anayasamız, sivil iradenin üstünlüğüne dayanmaktan çok uzak, demokratik katılımı hala arzu edilen seviyeye çıkaramamış bir anayasadır. Osmanlı döneminden beri vatandaşlık serüveninde geçilen yollardan bahsedilirken özellikle vurgulandığı gibi, hemen her dönemde devletin bir ideolojisi olmuş ve devlet bu ideoloji etrafında bir vatandaşlık anlayışı geliştirmiştir. Görüldüğü gibi, bu yöntem bugüne kadar fayda sağlamamış ve farklı vatandaşlık taleplerinin önüne geçilememiştir.

Osmanlı'dan günümüze kadar vatandaşlık anlayışının geçirdiği serüvenleri incelediğimizde, aslında hiçbir zaman vatandaşlığın en temel varlık sebebine; yani, birey ile devlet arasındaki bağa hiçbir zaman gerçekten önem verilmediği, vatandaşlık kavramının sadece devlet ideolojisini pekiştirmek için kullanılan bir araç olduğu görülmüştür. Oysaki, vatandaş, her şeyden önce bir bireydir. Modern, demokratik bir ülkede olması gereken çağdaş, katılımcı, eşit bireylerden oluşan bir siyasal toplum yaratmaktır ve ancak böyle bir toplumun fertlerinin gerçekten birer "vatandaş" olması beklenir. Bizde ise bugüne kadarki en demokratik anayasa olarak kabul ettiğimiz 1961 Anayasası döneminde dahi ideal vatandaşlık anlayışına yaklaşamamıştır. Bu konudaki en büyük engel, devletin veya yönetim kadrolarının hiçbir dönemde demokrasiyi gerçekten tesis etme çabasına girmemeleri, sadece demokrasi varmış gibi yapmalarıdır. Bugüne kadar demokrasi konusundaki başarısızlığın en önemli nedeni taraf tutan bir devlet anlayışı olmuştur. Bu sebeple vatandaşlık anlayışı da gerek anayasalarda, gerekse günlük hayatta hak ettiği ve varması gereken konuma ulaşamamıştır.

KAYNAKÇA

- Akçam, Taner, "Hızla Türkleşiyoruz", Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik, Haz. Nuri Bilgin, Bağlam Yayın-cılık, İstanbul, 1997.
- Aybay, Rona Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku Ders Kitabı ve Temel Yasa Metinleri, Ankara, 1982.
- Aybay, Rona, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üni-versitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Bali, Rifat N., "Cumhuriyet Döneminde Azınlıklar Politikası", Birikim, 1998, S. 115.
- Berzeg, Kazım, "İnsan Hak ve Özgürlükleri, Demokrasi, AB Kriterlerine Uyum ve Çağdaşlaşma İçin Atatürk'ün 1924 Anayasası'nı Tekrar Yürürlüğe Koyalım", Yeni Türkiye, Avrupa Birliği Özel Sayısı, 2000, S. 35.
- Boineau, Jacques, "Fransa'da Devrim Döneminde Yurttaşlar ve Yurttaşlık", Dersimiz: Yurttaşlık, Haz. Turhan Ilgaz, Çev. Yeşim Küey, Kesit Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Bora, Tanıl, "İnşa Dönemi Türk Milli Kimliği", Toplum ve Bilim, 1996, S. 71.
- Caymaz, Birol, Türkiye'de Vatandaşlık Resmi İdeoloji ve Yansımaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Çağaptay, Soner, "Kim Türk, Kim Vatandaş? Erken Cumhuriyet Dönemi Vatandaşlık Rejimi Üzerine Bir Çalışma", Toplum ve Bilim, 2003, S. 98.
- Çeçen, Anıl, Türkiye Cumhuriyeti Ulus Devleti, Ulusal Türkiye Dizisi:5, Fark Yayınları, 1. Basım, Ankara, 2007.
- Düstur, Üçüncü baskı, C. 9.
- Düstur, Üçüncü baskı, C. 12.
- Düstur, Üçüncü baskı, C. 13.
- Erdem, F. H.-Bağlı, Mahzar, "Modernleşme ve Ulus Devlet Olgusu Kiskacında Azınlıklar Sorunu: Süryaniler", Süryaniler ve Süryanilik III, Haz. Ahmet Taşgın ve diğerleri, Ankara, 2005.
- Erözden, Ozan, Ulus Devlet, Ankara, Dost Kitabevi, 1997.
- Göçek, Fatma Müge, "Türkiye'de Çoğunluk, Azınlık ve Kimlik Anlayışı", Türkiye'de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları, Der. Ayhan Kaya, Turgut Tarhanlı, Tesev Yayınları, İstanbul, 2005.
- Göze, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, Beta, 1995.
- Işın, Engin-İşyar, Bora, "Türkiye'de Ulus-Devlet ve Vatandaşlığın Doğuşu", Türkiye'de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları, Der. Ayhan Kaya, Turgut Tarhanlı, Tesev Yayınları, İstanbul, 2005.
- İnan, Afet, Atatürk'ün Yazdığı Yurttaşlık Bilgileri, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 1998.
- Kahraman, H. Bülent, "Kemalist Cumhuriyetçilik, Yurttaşlık ve Demokrasi İlişkisi", Varlık, 1996.
- Köprülü, M. Fuad, Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluşu, Ötüken Yayınları, İstanbul, 1981.
- Lewis, Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Çev. Metin Kıratlı, T.T.K. Basımevi, Ankara, 1984.
- Nomer, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Oran, Baskın, "İnşa Döneminde Türk Milli Kimliği", Toplum ve Bilim, 1996, S. 71.
- Oran, Baskın, Türkiye'de Azınlıklar, Kavramlar, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama, Tesev Yayınları, İstanbul, 2004.
- Ökçün, A. Gündüz, Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti, 2. Baskı, Ankara 1998.
- Özbudun, Ergun, "Milli Mücadele ve Cumhuriyetin Resmi Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu", Cumhuriyet, Demokrasi, Kimlik, Ed. Nuri Bilgin, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1997.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1998.
- Reisenberg, Peter, Citizenship in the Western Tradition, Plato to Rousseau, The University of North Carolina Press, U.S.A., 1992.
- Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, İstanbul, 1992.

TBMM Zabıt Ceridesi, C. 1983.

Toprak, Zafer, "80. Yıldönümünde 'Hürriyetin İlanı' (1908) ve Rehber-i İttihad", Toplum ve Bilim, S. 42, Yaz 1988.

Turan, Şerafettin, Türk Kültür Tarihi, Bilgi Yayınları, Ankara, 1990.

Ünsal, Artun (Der.), 75 Yılda Tebaa'dan Yurttaş'a Doğru, Tarih Vakfı, İstanbul, 1998.

Üstel, Füsun, Makbul Vatandaşın Peşinde, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

VERGİ MAHKEMELERİNDE “VEKALET ÜCRETİ” ÖZELİNDE YAŞANAN BAZI TARTIŞMALI UYGULAMALAR

Av. Hasan ORAL*

* İstanbul Barosu, Ankara Üniversitesi Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) ABD doktora öğrencisi.

ÖZ

Vergi Mahkemelerinde davanın kabulünün ardından hükmedilen vekalet ücretinin hem kanuni hem de içtibadi dayanakları bulunmaktadır. Birleştirilen davalarda tek vekalet ücreti öngörülmesi ya da vekaletin dosyaya sunulmasına rağmen vekalet ücretinin hükmedilmemesi, hem hukuka açık aykırılık teşkil etmekte hem de avukatlık mesleğine ciddi zarar vermektedir. Bu durum aynı zamanda avukata karşı adli mobbing uygulamasının da önünün açılmasına neden olabilmektedir.

Anahtar Sözcükler: Vergi davası, vergi mahkemesi, vergi avukatı, vekalet ücreti, nispi vekalet ücreti, maktu vekalet ücreti, mobbing, adli mobbing, davaların birleştirilmesi, bağlantılı davalar



SOME CONTROVERSIAL PRACTICES IN THE TAXATION COURTS RELATED TO THE ATTORNEYS' FEE

ABSTRACT

“The attorney’s fee” ruled by the taxation courts is a concept which has both normative and case law basis. The joint cases’ decisions of the aforementioned courts which deny the attorney’s fee or rules for a single fee is an action which directly hinders the rule of law as well as gives damage to the legal profession. This situation paves road for mobbing praxis against the lawyers.

Keywords: Taxation Case, Tax Courts, Tax Lawyer, Attorney’s Fee, Attorney’s Fee on Percentage Basis, Fixed Attorney’s Fee, Mobbing, Judicial Mobbing, Joint Cases, Connected Cases.

GİRİŞ

Yakın bir zamana kadar vergi yargısında davanın kabulü ile davacı lehine hükmedilen vekâlet ücretinin nispi yahut maktu olmasına ilişkin tartışmalar, bu konuda çıkan yasal düzenleme ile son buldu^[1]. Bu düzenleme, kazanılan vergi davası sonunda davacı lehine hükmedilecek vekâlet ücretinin maktu olacağı yönündedir.

Vekâlet ücretine ilişkin düzenleme öncesinde akademik çevrelerce yapılan tartışmaların özünü vergi davalarının hukuki niteliği oluşturmaktaydı. Kimi akademisyen idare/vergi hukukçularınca vergi davaları tam yargı davası olarak benimsenirken, içlerinde Ankara Üniversitesi Vergi Hukuku Bölümü mensuplarının da bulunduğu kimi akademisyenler ise vergi davalarının iki istisna hariç iptal davası niteliğinde olduğunu benimsemişlerdi^[2].

Vekâlet ücretine ilişkin yaşanan bu tartışmalar devam ederken, doğrudan avukatları ilgilendiren bu özel meseleye ilişkin yasal düzenleme, birkaç duyarlı meslektaşımızın kişisel tepkisini^[3] de görmemezlikten gelerek, sessiz sedasız meclisten geçip, Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girdi.

Zaten idari işlem niteliğinde olan vergisel işlemlerin iptaline ilişkin davalarda yargılama sonunda hükmedilecek vekâlet ücreti elbette ki maktudur ve yürürlüğe giren yasal düzenleme malumun ilanı olmuştur denilerek, vekalet ücretine ilişkin tespitler, vergi davalarının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara göre şekillendirilmiştir. Ancak vergi avukatı şapkamızı taktığımızda bu yasal

-
- [1] 16.06.2009 günü kabul edilen 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 135. Maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücret Tarifesi'nin Hazırlanması" başlıklı 168/2 maddesine, birinci cümlesinden sonra gelmek üzere, "Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir." Cümlesi eklenmiştir.
- [2] ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet, ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitapevi, 19. Bası, Ankara 2010, s. 191 "... Biz, vergi davasının kural olarak iptal davası niteliği taşıdığı, duruma göre tam yargı davası şekline de bürünebileceği görüşüne yatkınız. Vergi uyumsuzluklarında istisnai olarak vergi mahkemesince bakılacak iki tam yargı davası yasadaki ayrıca düzenlenmiştir; bunlar vergi mahkemesi kararlarını uygulamayan idare aleyhine açılacak tazminat davaları ile vergi dairesince kararın infazının geciktirilmesi nedeniyle kanunen öngörülen gecikme faizine ilişkin davalar olup ilk davaya bakan vergi mahkemesinde görülür (İYUK 28)." Ayrıca daha ayrıntılı bilgi için bakınız; KUMRULU Ahmet, Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, İşlev – Yapı – İlkeler – Nitelik, Ankara 1989
- [3] Bknz AĞAR Serkan, Vergi Davalarında Yasal Vekalet Ücretinin Maktu Olması –Sıra Dışı Bir Yasama Pratiği- Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, 2009, S. 308 vd.

düzenlemenin vergi avukatlığının gelişimine büyük bir darbe vurduğu kanımca tartışmasıdır.

Bir vergi işlemi olan ödeme emri ile, kambiyo senetlerine özgü icra takibinin sonuçları ve icra takibinin durmasına ve ortadan kaldırılmasına ilişkin usul hükümleri büyük benzerlikler göstermektedir. Kendisine ödeme emri gönderilen vergi yükümlüsü ya da sorumlusu vekili ile kambiyo senedi borçlusu vekilinin süresi içinde mahkemede "borcum yoktur, ödedim ya da borcum zamaşımına uğramıştır" iddiası ile dava açarak takibin / ödeme emrinin iptali ve takibin durmasını talep edecektir. Kambiyo senetlerine özgü icra takibine karşı açılacak davalarda öngörülen vekalet ücreti nispi iken, hüküm ve sonuçları aynı olan vergi/ceza ödeme emirlerine karşı açılan davalarda hükmedilecek vekalet ücretinin maktu olmasına ilişkin haksız ve çelişkili durum ne yazık ki yasal düzenleme halini almıştır.

Vergi hukukunun modern anlamda ortaya çıkışını 1950'li yıllar olarak aldığımızda, vergi hukuku ülkemizde çok genç bir hukuk dalıdır. Vergi mahkemelerinin tabii hâkim ilkesi çerçevesinde bağımsız bir mahkeme niteliği kazanması ise 1982 yılıdır. 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile vergi uyuşmazlıklarında görevli ilk derece yargı mercii olarak vergi mahkemeleri kurulmuştur. Vergi hukukunun bu kadar genç bir hukuk alanı olması, vergi avukatlığının, diğer birçok hukuk dalı kadar yaygın olmamasının önemli bir nedeni oluşturur. Ayrıca vergi mevzuatının karmaşık ve sürekli değişen yapısı, hukuk fakültesinde vergi hukukuna ayrılan ders sayısının azlığı, avukatlık stajının yetersizliği gibi etmenlerde genç avukatların vergi avukatlığını tercih etmeme nedenlerini oluşturmuştur^[4].

Mezun olduktan sonra kendisini büyük bir çaba ile ayrıca vergi hukuku alanında geliştirmek zorunda kalacak genç bir avukat için vergi davaları, maktu vekâlet ücreti göz önüne alındığında, kuşkusuz ki cazip olmayacaktır. Aynı şekilde vergi avukatları da ekonomik sıkıntılarla karşı karşıya kalmamak için vergi hukuku dışında başka alanlarla da yoğunlaşmak zorunda kalacaktır. Bu yasal düzenleme bu yönü ile vergi avukatlığının gelişimini sekteye uğratmıştır. Ayrıca yargılamanın önemli bir alanını oluşturan avukatlık hizmetinin vergi yargısında giderek zayıflaması, vergi mahkemesi kararlarına yansiyarak vergi yargısının gelişimine olumsuz etki edecektir.

Yasal düzenlemenin ardından vergi yargılaması sonunda hükmedilecek maktu vekâlet ücreti, müvekkilinden alacağı ücret ile beraber vergi avukatının hizmet karşılığı olacaktır. Bu makalemizin konusunu kimi vergi mahkemelerinin

[4] Bknz; SABAN Nihal, Vergi Hukuku, Genel Kısım, Der Yayınları, İstanbul 2003, s. 402 vd.

son dönemlerde davanın kabulüne rağmen “maktu vekâlet ücreti”ne dahi hükmetmemesine ilişkin bazı gerekçeli kararları oluşturmaktadır. Söz konusu kararların, lehe sonuçlanmasına rağmen, vekalet ücretine hükmedilmemesine ilişkin gerekçeleri incelenerek, bu kararların vergi yargısının ve vergi avukatlığı mesleğinin gelişimine etki edebilecek olumsuz sonuçları değerlendirilecektir.

İKİ ÖRNEK KARARIN VEKALET ÜCRETİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ VE BU HÜKÜMLERE İLİŞKİN TARTIŞMALAR

İLK KARAR: Ankara 5. Vergi Mahkemesinin 2010/1694 Esas, 2010/1876 Karar ve 22.09.2010 tarihli kararı;

“Yargılama giderleri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdir olunacak vekalet ücretine gince;

Birleştirme kararları, taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözümleyen bir karar niteliğinden olmadığından, bu kararlarda taraflara yargılama gideri veya vekalet ücreti yüklenmemekte, birleşme kararı gereğince ilk esas numaralı dava dosyasında birleştirilen davalar esastan hükme bağlanırken bu hususta ayrıca karar verilmektedir. Burada her bir uyuşmazlık için ayrı veya ortak yargılama gideri söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda, ortak masrafların dosyalar arasında paylaşılması, diğer giderlerin ise her bir dosya için ayrı ayrı hesaplanması gerekmektedir

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 5/1 maddesinde; her bir idari işlem için ayrı ayrı dava açılacağı kabul edilmekle birlikte, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep – sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir hükmüne yer verilerek, birden fazla idari işlem hakkında tek dilekçe ile dava açılabilmesi için; işlemler arasında “maddi bağıllık”, “hukuki bağıllık” veya “sebeb-sonuç” ilişkisi aranmıştır. “Maddi bağıllık”; dava konusu edilen birden fazla işlemin aynı maddi olay ve sebepten dolayı tesis edilmiş olmasını, “hukuki bağıllık”; davada göz önünde tutulması ve uygulanması gerekli hukuk düzenlemelerinin aynı olmasını ifade etmektedir. İşlemler arasındaki “sebeb-sonuç” ilişkisi ise; işlemlerden birinin sebep işlem, diğerinin sonuç işlem olması, yani işlemlerden birinin diğerinin sebebi ya da sonucu olmasıdır.

Anılan Yasa hükmüyle düzenlenen “birden fazla işleme karşı tek dilekçe ile dava açılabilmesi” müessesesi; kanunen düzenlenmiş bir davaların birleştirilmesi yöntemidir. 2577 sayılı Yasanın 5/1. maddesi hükmü çerçevesinde tek dilekçe ile açılabilen davaların ayrı ayrı açılması halinde, bu davaların sonradan aynı

Yasanın 38 ve devamı maddeleri çerçevesinde birleştirilmesinin talep edilmesine veya resen birleştirilmesine hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, vergi yargısının yerleşik hale gelen kararlarıyla birden fazla vergi ve/veya cezalara karşı tek dilekçe ile dava açılmasının kabul edildiği durumlarda, kanunen korunması mümkün olmayan değişik saiklerle her bir işleme veya tek bir işlemin içeriğinde yer alan birden fazla unsura karşı ayrı ayrı dava açılmış olması halinde dava açma hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilebileceğinden, böyle bir durumda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” kuralının dikkate alınması gerekmektedir.

Bu itibarla, “aralarında maddi ve hukuki bağlılık veya sebep sonuç ilişkisi bulunması” nedeniyle 2577 sayılı Yasanın 5/1. maddesinde öngörülen yasal koşulları taşıyan ve tek bir dilekçe ile dava açılabilen birden fazla işleme veya bir işlemin içeriğinde yer alan birden fazla vergi ve/veya cezalara karşı ayrı ayrı dava açılmış olması halinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesi uyarınca “hakkın kötüye kullanılmaması” kuralı göz önüne alındığında bu vasıftaki birleştirilmiş davalar için ayrı ayrı vekalet ücretine karar verilmesinin hukuka uygun bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim, benzer bir uyuşmazlıkta Yargıtay 9. Hukuk Dairesince verilen 28.11.2007 gün ve E:2007/25124, K:2007/35726 sayılı karar da bu yöndedir. “ denilerek davanın kabulüne ve tek vekalet ücretine hükmedilmiştir.

İLK KARARA İLİŞKİN TARTIŞMALAR:

A. SERİ DAVALARIN BİRLEŞTİRİLEREK TEK VEKALET ÜCRETİNE HÜKMEDİLMESİ:

Dava konumuz davacının 2008 dönemine ait katma değer vergisi beyannamesinin süresinden sonra elektronik ortamda 231 sayılı VUK'nun mükerrer 355. maddesi uyarınca kesilen ve ihbarname ile tebliğ edilen özel usulsüzlük cezasını oluşturmaktadır. Davacı, vekili vasıtasıyla açtığı 2008 yılına ait her bir aya ilişkin ceza ihbarnamelerine ilişkin dosyaları vergi mahkemesi tek bir dosyada birleştirmiştir. Dosyaları birleştirme gerekçesi olarak da “aralarında maddi ve hukuki bağlılık veya sebep sonuç ilişkisi bulunması” dayanak gösterilmiş, birleştirilen dosyalara tek vekalet ücreti hükmedilmesine ise, “hakkın kötüye kullanılmaması” ve “Yargıtay 9. Hukuk Dairesince verilen 28.11.2007 gün ve E:2007/25124, K:2007/35726 sayılı karar” dayanak gösterilmiştir.

İlk derece mahkemesi vermiş olduğu bu karar ile vekalet ücretine birden fazla hükmedilmemesi hükmünün gerekçelerini hukuktan yoksun nedenlere dayandırmıştır. İlk derece mahkemesinin hükmünde yer alan "kanunen korunması mümkün olmayan değişik saiklerle her bir işleme veya tek bir işlemin içeriğinde yer alan birden fazla unsura karşı ayrı ayrı dava açılmış olması halinde dava açma hakkının kötüye kullanılması" ifadesi kendi içinde bir dizi hatalı tanımlamayı ve tespiti içermektedir.

Öncelikle "tek bir işlemin unsurlarına karşı ayrı ayrı dava açılmasına" hukuk sistemimiz müsaade etmemektedir. İdare hukukunda yetki, şekil (biçim/usul), sebep (neden), konu ve maksat öğeleri idari işlemin esaslı unsurları olarak kabul edilir. Bu esasın, pozitif düzenlemelerde yer alan temelini 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi oluşturmaktadır. Bu unsurlardan herhangi birine dava açıldığı zaman, mahkeme ortada bir idari işlemin bulunmaması nedeni ile dava reddedilecektir. Örneğin tarh işleminin sebep unsuru vergiyi doğuran olaydır. Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesinin ardından dava açılması halinde idarenin herhangi bir işleminin bulunmaması nedeni ile dava, vergi mahkemesi tarafından reddedilecektir. Burada taraflardan herhangi biri için bir hak söz konusu olmadığı için de "hakkın kötüye kullanılması" gibi bir durum da söz konusu olmamaktadır.

Kararın devamında "Kanunen korunması mümkün olmayan değişik saiklerle her bir işleme ... ayrı ayrı dava açılmış olması halinde dava açma hakkının kötüye kullanılması" söz konusu olacaktır denilmektedir. Bu durumda mahkeme, davanın reddine karar vererek, hukuken korunması mümkün olmayan saiklerin önüne geçecektir. Bu sayede kamu düzeninin korunmasının devamlılığı sağlanacaktır. Ancak hukuken korunması mümkün olmayan saiklerin kararda tespitine rağmen, davanın kabulüne karar verip, davanın kabulünün kanuni sonucu olarak birleştirilen dosyalardan sadece bir tanesi için vekalet ücretine karar verilerek diğerlerine vekalet ücreti verilmemesinin kanunen korunacak bir saiki bulunmamaktadır.

Anılan kararda Mahkeme, elektronik ortamda süresinde beyanname verilmemesi nedeni ile gönderilen özel usulsüzlük cezasına karşı her bir ay için açılan davaları birleştirme yoluna giderek tek bir vekalet ücretine hükmetmiş, böylece kendini kanun koyucu yerine koymak suretiyle fonksiyon gaspında bulunmuştur. Zira Mahkeme birden fazla vekalet ücretine hükmetmemek için davaları birleştirerek ve hukuken birleşmesi mümkün olmayan davaları birleştirilmesine yasal dayanak oluşturarak kanun koyucunun yerine geçmiştir.

Ankara 5. Vergi Mahkemesi'nin davaların birleştirilmesinin ardından tek vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin gösterdiği diğer bir dayanak ise Yargıtay 9. Hukuk Dairesince verilen 28.11.2007 gün ve E:2007/25124, K:2007/35726 sayılı kararı olmuştur. Ancak bu karar ek dava açılması halinde hem ek dava

hem de asıl dava için ayrı ayrı vekalet ücreti istenmesi talebini kabul etmeyen bir hüküm içermesi nedeni ile birbirinden bağımsız özel usulsüzlük cezalarına ilişkin davaların tek esasta birleştirilmesine ilişkin davaya ışık tutacak nitelikte değildir.

Bağlantılı davaların birleştirilmesinin ardından mahkemenin vereceği kararda tek vekalet ücretine hükmetmenin doğuracağı en önemli sakınca usul hükümlerine ilişkin olacaktır. Usul hukuku hükümleri, Danıştay ve Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları vekalet ücretini, muhakeme masraflarından saymaktadır. Mahkemeler tarafından, muhakeme masrafları her davada ayrı ayrı haksız çıkan tarafa hükmedildiğine göre, bu masraflar içerisinde bulunan vekalet ücretinin de, her dava için ayrı ayrı hükmedilmesi, usul hükümleri ve bu konuda yerleşmiş içtihatlar gereği hukuki olduğu gibi, 1136 sayılı yasanın zorunlu sonucudur.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1971/13 esas, 1975/8 karar ve 28.02.1975 tarihli kararında, seri davalarda her bir dava için ayrı vekalet ücreti hükmedilmesi gerektiğini belirterek, konumuza ışık tutacak açıklamayı hükmünde şu şekilde ifadelendirmiştir: “Avukatlık Kanununun 163. maddesinde öngörüldüğü üzere, tarifedeki asgari miktar altına düşen bir ücret karşılığında iş ve dava kabul edilemez. Demek oluyor ki avukatlık ücreti, kural olarak, avukatla ona vekalet veren kişi arasında yapılan bir ücret sözleşmesiyle tesbit edilmekte ve bu niteliği bakımından da mahkeme masrafının bir unsuru olarak tavsif olunmaktadır. Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 169 ve 170 nci maddesinde “yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz. Danıştay, vergi itiraz ve temyiz komisyonları gibi mercilerde görünen dava ve işlerde de bu merciler, tarifede yazılı avukatlık ücretine hükmederler” denilmek suretiyle bunun bir mahkeme masrafı olduğu kesinlikle belirtilmiş ve 521 sayılı Danıştay Kanununun mahkeme masrafları başlığını taşıyan 103 ncu maddesinde de, taraflardan birinin isteği üzerine, Danıştay’da açtığı dava dolayısıyla ödediği harç, kaydiye ve posta ücretleriyle bilirkişi incelemeleri, delil tesbiti ve keşif için yaptığı harcamalar ve avukat marifetiyle takip olunan davalarda, tarifesine göre hesaplanacak avukatlık ücretinin haksız çıkan tarafa yükletileceği hükme bağlanmak suretiyle vekalet ücretinin, mahkeme masraflarının bir unsuru olduğu bir kez daha açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktadır.

Hiç kuşku yoktur ki, tarifede yazılı avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar yapılmış olan işlemlerin karşılığıdır. Duruşmaya konan dosyalar hakkında, açıklamada bulunmak üzere, duruşmayı yapacak olan dava daireleriyle Dava Daireleri Kuruluna gelmiş olan avukatın konuşmasını aynı nitelikteki bütün dosyalara yöneltilmiş olması, sözü geçen birçok doyanın bir iş olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Aksi takdirde avukat marifetiyle takip edilmiş olmasına rağmen davasında haklı çıkan tarafı, mahkeme masraflarının

bir kısmından yoksun bırakmak gibi onun mağduriyetini gerekli kılan yanlış ve yasa hükümlerine uymayan bir yöntem izlenmiş olur.”

B. VERGİ YARGILAMA HUKUKUNDA BAĞLANTILI DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİNİN KANUNİ DAYANAKLARI

Özel usulsüzlük cezalarına karşı açılan davaların mahkemelerce birleştirilmesinin yasal dayanağının olup olmadığına ilişkin tartışmaya geçmeden önce vergi yargısında bağlantılı davaların birleştirilmesinin yasal dayanaklarının incelenmesine ilişkin bir değerlendirmenin konunun daha da aydınlığa kavuşması açısından faydalı olacağı kanısındayız.

Türkiye’de vergi yargısı idari yargı bünyesinde düzenlenmiştir. Vergi uyuşmazlıklarında uygulanacak usul hükümleri esas olarak idari yargıyı düzenleyen bir kod olarak kabul edebileceğimiz İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda yer almaktadır^[5].

Vergi Usul Kanunu ile İdari Yargılama Usulü Kanunu arasındaki ilişki özel kanun–genel kanun ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Özel bir idari usul yasası olan Vergi Usul Kanunu, yargılamaya ilişkin kurallar da içerir. Vergi Usul Kanunu’nda yer alan bir yargılama usulü kuralı, özel kural olması nedeniyle, salt vergi yargılaması ile sınırlı olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu’ndaki yargılama usulü kuralından önce uygulanır^[6].

İdari Yargılama Usulü Kanunu 31/2. maddesine baktığımızda İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda yer alan ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanunu’nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda bağlantılı davalar ve bağlantılı davaların birleştirilmesine ilişkin bir hükmün bulunmadığını görmekteyiz. Vergi yargılaması hukukunda vergisel uyuşmazlıklara ilişkin olarak görülen davalar arasında bağlantı bulunması halinde Vergi Usul Kanunu’na göre genel nitelikte olan İdari Yargılama Usulü Kanunu uygulanacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu 38. maddesinde bağlantılı davalar “Aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar” şeklinde tanımlanmıştır^[7]. Vergi

[5] ÖNCEL, KUMRUL, ÇAĞAN, s. 3

[6] AKKAYA Mustafa, Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, s. 193

[7] MELİHŞAH Yasin, İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%C4%B0DAR%C4%B0%20YARGIDA%20BA%C4%9ELANTILI%20DAVALAR&kimlik=-1715152877&url=makaleler/myasin-2.htm> (08.05.2008) ‘den “GÖZÜBÜYÜK A.Şeref- DİNÇER Güven; İdari Yargılama Usulü, 2.Bası, Ankara 1999, s. 842”

yargılama sürecinde de davaların bağlantılı olduğunun kabul edilebilmesi için aynı “maddi sebepten” veya “hukuki sebepten” doğması ya da “biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte” olması gerekir. “İdari dava konularının çeşitliliği nedeni ile bağlantı ile ilgili çözümlerin herhangi bir tanımlama yapılmayarak düzenlenmesinin daha isabetli olduğu” ileri sürülmektedir. Bunun nedeni mahkemelerin davalar arasında bağlantı bulunmadığı yönünde karar verebilmesidir. Bu nedenle de, görülmekte olan iki dava arasında bağlantı bulunup bulunmadığı hususuna, derdest davaların özelliklerine bakılarak karar verilmesi daha doğru olacaktır^[8].

VERGİ YARGISI HUKUKUNDA BAĞLANTILI DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİNİN KOŞULLARI

İdari Yargılama Usulü Kanunu 38/1. maddesi uyarınca, aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır. Ayrıca söz konusu madde hükmünde yer almamakla beraber Danıştay’ın yerleşik içtihatlarında birleştirmeye konu olan davaların aynı yargı aşamasında bulunmasını da ön görmektedir. Buna göre davalar arasında bağlantı bulunması ve bağlantı bulunan davaların birleştirilebilmesi için şu şartların varlığı gerekmektedir^[9];

- Görülmekte olan birden fazla dava olması
- Aynı maddi veya hukuki sebepten doğmuş olması,
- Davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması,
- Davaların aynı yargı aşamasında bulunması,
- Davaların idari yargı organları nezdinde açılan davalar olması gerekmektedir.

1.1. Görülmekte Olan Birden Fazla Dava Olması

Davaların birleştirilmesi için, açılmış birden fazla davanın bulunması gerekir. Ayrıca yeni bir dava açılıp, dava dilekçesinde derdest bulunan bir dava ile bağlantı iddiası ileri sürülerek, açılan davanın bu dava ile birleştirilmesi talep edilebilir. Bu durumda da, esasen açılmış iki farklı dava olduğundan, bağlantı iddiası incelenerek bir sonuca varılacaktır.

[8] MELİHŞAH’dan “GÖZÜBÜYÜK A. Şeref- DİNÇER Güven” s. 842

[9] TEKİN Cem, Vergi Yargısında Bağlantılı Davalar ve Birleştirilmesi, Vergi Sorunları, Sayı 180, Eylül 2003, s. 43

Aralarında bağlantı bulunan davaların İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen dava açma koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu bağlamda; dilekçe ön koşulları^[10], görev ve yetki kuralları, süre koşulu, dava ehliyeti gibi unsurların kanuna uygun olması gerekir. Bu hususlara aykırı olarak açılmış ve hakkında bağlantı kararı verilmiş olan davalarda, kanunun öngördüğü işlem yapılacaktır. Örneğin; hakkında bağlantı kararı verilen iki davadan birinin süresinde açılmadığının bağlantı kararından sonra tespit edilmesi halinde; süresinde açılmayan davanın süre yönünden reddine karar verilecektir. Aynı şekilde, dava ehliyetine sahip olmayan kişiler tarafından açılmış ise bu dava da ehliyet yönünden reddedilecektir^[11].

1.2. Aynı Maddi veya Hukuki Sebepden Doğmuş Olması

İdari Yargılama Usulü Kanunu 38/1. maddesi, aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olan davaları bağlantılı davalar olarak tanımlamıştır. İdari yargı organı nezdinde açılan birden fazla dava arasında bağlantı bulunduğunun ileri sürülmesi için gereken "aynı maddi sebepten doğmuş olma" kavramından vergiyi doğuran olayın aynı olması, "aynı hukuki sebepten" kastedilen ise yürürlükteki yasa hükmü yani soyut normdur. Vergilendirme sürecinde vergilemenin sebep unsuru incelenirken yapılan bu tanım, aynı zamanda maddi ve hukuki sebebin birbirini tamamlayıcı niteliğini de ortaya koymaktadır. Bu tanım esas alındığında "veya" ibaresini "ve" şeklinde algılamak ve anılan yasa hükmünün "aynı maddi ve hukuki sebepten doğan davaları" bağlantılı davalar olarak kabul ettiği sonucuna varmak bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksi halde, aynı Yasa hükmünün uygulanması sonucu görülen ya da aynı vergi doğurucu olaya

[10] İdari Yargılama Usulü Kanunu 3. madde "1. (Değişik: 4001-10.6.1994) İdarî davalar, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılır.

2. Dilekçelerde;

a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ile adresleri,

b) Davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı deliller,

c) Davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihi,

d) Vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyumsuzluk konusu miktar,

e) Vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılı, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarası ve varsa mükellef hesap numarası gösterilir.

3. Dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur."

[11] YASİN Melihsah, İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%C4%B0DAR%C4%B0%20YARGIDA%20BA%C4%9ELANTILI%20DAVALAR&kimlik=-1715152877&url=makaleler/myasin-2.htm> (02.07.2011)

dayanan tüm davalar arasında bağlantının varlığından söz etmek gibi anlamsız bir sonuç ortaya çıkacaktır^[12].

Aynı maddi ve hukuki sebepten ne anlaşılması gerektiğini şu örnekle somutlaştırabiliriz: Yapılan bir vergi incelemesi sonucu mükellef kurumun bir kısım satış hâsılatını yasal defterlerine kaydetmediği tespit edilmiş, bulunan matrah farkı üzerinden de kurumlar ve katma değer vergisi tarh edilmiş ve vergi ziyai cezası kesilmiştir. Bu durumda söz konusu olayda tarh edilen kurumlar vergisi ile katma değer vergisinin ayrı ayrı dava konusu yapılması durumunda söz konusu davalar arasında maddi sebep aynı olmasına rağmen hukuki sebep farklı olması nedeniyle bağlantı iddiasında bulunulamayacaktır. Söz konusu olayda hem kurumlar vergisi hem de katma değer vergisi, satış hâsılatının yasal defterlere kaydedilmemiş olması nedeniyle aynı maddi sebebe dayanmakta, ancak her bir vergi türü için uygulanacak hukuk normlarının farklı kanunlara dayanıyor olması nedeniyle aynı hukuki sebepten doğmuş olmaları söz konusu değildir^[13].

Bağlantılı davaların birleştirilmesinde aynı maddi ve hukuki sebepten doğmuş olması şartının arandığına ilişkin bazı Danıştay kararları şu şekildedir:

"... İki veya daha çok dava arasında bağlantının varlığından söz edebilmek için bunların aynı maddi ve hukuki sebeplerden kaynaklanmış olmasının yanında bu davaların biri hakkında verilecek kararın, diğerinin veya diğerlerinin sonucunu etkileyecek nitelikte bulunması gerekmektedir. Yoksa davanın taraflarının ve konusunun aynı olmasının önemi bulunmamaktadır. Davaların aynı hukuksal nedenlerden doğması hususu, bağlantılı davaların temelini teşkil etmektedir.

Vergi mahkemesince bağlantı bulunduğu iddiası ile gönderilen bu dosyadaki uyuşmazlığın ithalde alınan istihsal vergisine ilişkin bulunduğu dolayısıyla 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'ndan doğduğu halde, bağlantı bulunduğu iddia edilen dairemizin 1982/7776 Karar sayılı dosyasında incelenen uyuşmazlığın konusunun, gümrük vergisi ile ilgili olup, 1615 sayılı Gümrük Kanunu'ndan doğduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda her ne kadar uyuşmazlık aynı maddi nedenden doğmakta ise de her ikisinin hukuki dayanakları dolayısıyla uygulanması gereken yasalar ve hukuki ilkeler birbirinden farklı bulunmaktadır.

Bu nedenle, bu iki dava arasında yukarıda açıklanan biçimde bir bağlantının varlığından söz etmeye olanak bulunmadığından, bağlantı iddiasının reddi ile 2577 sayılı İ.Y.U.K.'nun 39. maddesinin c bendi uyarınca dosyanın vergi mahkemesine geri gönderilmesine oy birliği ile karar verildi."^[14]

[12] TAŞKAN Ziya Yusuf, Vergi Yargısında Bağlantılı Davalar ve Davaların Birleştirilmesi, Yaklaşım, Ağustos 1998, Sayı 68, s. 139

[13] TEKİN s. 44

[14] Danıştay 7. Daire, 1984/1152 E., 1984/1391 E. ve 09.07.1984 tarihli kararı

"...3568 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca müştereken ve müteselsilen sorumlu olan mükellef ve yeminli mali müşaviri adına salınan vergilere karşı açılan davalar arasında bağlantı bulunduğu..."^[15]

"Farklı üniversitelere ait işlemlere karşı açılan davalar arasında, aynı maddi ve hukuki sebepten kaynaklanma koşulu bulunmadığı..."^[16]

Davalardan Biri Hakkında Verilecek Hükümün Diğerini Etkileyecek Nitelikte Olması

Bağlantı kararının verilebilmesi için kanun davalar arasında maddi ve hukuki bağlantının yanında, davalardan biri hakkında verilecek kararın diğerini de etkileyecek nitelikte bulunması koşulunu aramıştır.

Doktrinde bir yükümlünün belirli bir yıla ait işlemlerinin incelenmesi sonucunda birden fazla vergi açısından vergi tarhiyatı ile karşılaşması durumu örnek olarak gösterilmektedir. Örneğin bir mükellefin, belirli bir yıla ait hesaplarının incelenmesi sonucunda, hizmet erbabına yapılan ücret ödemeleri ile ilgili olarak 500,00YTL'lik matrah üzerinden gelir vergisi stopajına ilişkin tarhiyat, bir kısım kâğıtların damga vergisinin ödenmemiş olması nedeniyle 30.00YTL'lik damga vergisi ve 1.000.00YTL'lik matrah farkı üzerinden gelir vergisi salındığında, yükümlü her üç tarhiyata karşı da ayrı ayrı dava açmak durumunda kalacaktır. Ancak bu davalar arasında İYUK anlamında bağlantı söz konusudur ve birlikte görülmeleri daha sağlıklı sonuç verecektir. Çünkü gelir vergisi stopajına ilişkin tarhiyat ile damga vergisine ilişkin tarhiyat hakkında verilecek kararlar, asıl gelir vergisi tarhiyatına esas alınan matrah farkı bakımından indirilecek gider unsuru olmaları nedeniyle ilgili mahkeme kararını etkileyebilecek niteliktedir^[17].

Danıştay, müştereken ve müteselsilen sorumluluk nedeni ile mükellef ve yeminli mali müşaviri adına açılacak davalar^[18] arasında ve özel usulsüzlük cezasına karşı açılan dava ile gelir vergisi dosyaları ve cezaya ilişkin davalar arasında bağlantı bulunduğuna ilişkin kararlar vermiştir^[19].

Danıştay bu kararı ile de biri hakkında verilecek kararın diğer davayı etkilemesinin bağlantılı dava olarak birleştirilmesindeki önemini vurgulamıştır: "...Türk Milleti Adına Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 4001 sayılı Kanunla değişik 38 inci maddesinin 1. fıkrasında, aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olan davaların bağlantılı olduğu belirtildikten sonra maddenin 2. fıkrasında ise, idare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştay'a veya birden fazla idare veya

[15] Danıştay 4. Dairesi 1994/2181 E., 1995/1629 K ve 10.04.1995 tarihli kararı

[16] Danıştay 8. Dairesi 1998/2615E., 1998/2473 K. ve 07.07.1998 tarihli kararı

[17] TAŞKAN s. 140

[18] Danıştay 4. Dairesi., 1994/2181E., 1995/1620K. ve 10.04.1995 tarihli kararı

[19] Vergi Dava Daireleri Kurulu, 1996/33E, 1995/152K ve 26.01.1996 tarihli kararı

vergi mahkemelerine açılmış bulunan davalarda bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verileceği öngörülmüş ve aynı maddenin 5. fıkrasında da, bağlantılı davaların aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki mahkemelerde bulunduğu takdirde dosyaların o yer bölge idare mahkemesine gönderileceği hükme bağlanmış, aynı Kanun'un 42/3. maddesiyle de, bağlantının bulunup bulunmadığı yolundaki bölge idare mahkemesi ve Danıştay kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir.

3568 sayılı Kanun'un 12. maddesinde düzenlenen müştereken ve müteselsilen sorumluluk ilkesinden dolayı yeminli mali müşavir olan davacı adına, ... Anonim Şirketinin ihtilaflı yıldaki yeniden değerlendirme işlemlerini tasdik etmesi sebebiyle salınan vergi ve cezanın, adı geçen mükellef kurum adına aynı nedenle salınan tarhiyatla maddi ve hukuki bakımdan ilişkili olduğu tartışmasızdır. Çünkü müştereken ve müteselsilen sorumluluk ilkesinin hukuki niteliği dikkate alındığında, sorumlulardan birisi hakkında açılan davada verilecek hükmün diğer sorumlu hakkındaki davanın sonucunu doğrudan etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu hem aynı maddi ve hukuki nedenden doğan davaların sağlıklı incelenmesi ve hem de Anayasanın en kısa sürede ve en az masrafla davaların sonuçlandırılmasını öngören 141. maddesi açısından da zorunluluktur...

Bu açıklamalara göre, birisi hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyeceği kuşkusuz olan davalarda, bağlantı bulunduğu açık olduğundan, aynı mahkeme tarafından incelenerek karar verilmesi gerekmektedir. Aralarında bağlantı bulunan davalardan, asıl mükellef kurum tarafından açılan dava İstanbul 2. Vergi Mahkemesince ve Dairemizin bozma kararı gereğince incelenecek olması karşısında, yeminli mali müşavir adına salınan tarhiyata ilişkin bu davanın da anılan mahkeme tarafından incelenerek karar vermesi gerekir...^[20]

1.4. Davaların Aynı Yargı Aşamasında Bulunması

Aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesinde aranan bir diğer koşul ise birleştirilmesi istenen davaların aynı aşamada olmasıdır. Davaların aynı aşamada olmasından kastedilen davalardan her ikisinin de ilk derece mahkemesinde bulunması veya temyiz ile itiraz merciinde bulunmasıdır. Bağlantılı davaların birleştirilmesi için aranan bu koşul yasa kanunda açıkça belirtilmemiştir. Danıştay içtihatları ile öngörülen bir koşuldur.

Danıştay 9. Dairesi 21.09.1984 tarihli; "... Bağlantılı davalara ilişkin sözü edilen yasal düzenleme ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a açılan davalar ile vergi ve idare mahkemelerine açılan davalar arasındaki bağlantının belirlenmesi amacı güdülmüştür... Olayımızda ise, yükümlü adına salınan gayrimenkul kıymet artış vergisi tarhiyatına ilişkin olarak vergi mahkemesinde açılan bir dava

[20] Danıştay 4. Daire, 1994/2181 E., 1995/1620 K ve 10.04.1995 tarihli kararı

ile aynı verginin tahsili amacıyla düzenlenen ve yine vergi mahkemesinde açılmış fakat taraflardan birinin mahkemece verilen kararı temyiz etmesi nedeniyle Danıştay'da temyizen incelenen bir uyuşmazlık söz konusu olduğuna göre... vergi mahkemesinde açılan dava ile ... Danıştay'da bulunan dava arasında bağlantı olduğunu kabule imkân bulunmamaktadır" kararı ile ilk derece yargı yerinde görülmekte olan bir dava ile itiraz ya da temyiz aşamasındaki bir dava arasında bağlantı iddiası yargı yerlerince kabul edilmemektedir^[21].

Danıştay'da görülmekte olan bir dava ile vergi mahkemesinde görülmekte olan bir dava arasında bağlantı nedeni ile birleştirilmesi kararının alınmasının tek koşulu, Danıştay'da görülen davanın, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalardan biri olmasıdır. Aksi halde Danıştay'da temyiz yolu ile incelenmekte olan bir dava ile vergi mahkemesinde görülmekte olan bir dava arasında bağlantıdan söz edilemez. Bu anlamda, idare mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile vergi mahkemesinde görülmekte olan bir dava arasında bağlantı söz konusu olabileceği gibi, farklı yerlerdeki vergi mahkemeleri arasındaki davalarda da bağlantı söz konusu olabilir. Davaların yargılamanın aynı aşamasında bulunması koşulunu, dar yorumlamamak gerekir. Buna göre sadece ilk derece mahkemelerinde görülmekte olan davalar arasında değil, örneğin; temyizdeki iki dava arasında da bağlantı bulunabileceğini kabul etmek gerekir^[22].

Davaların aynı aşamada olmasından anlaşılması gereken bir husus da davalardan birinin ya da tamamının karara bağlanmamış olmasıdır. Bağlantı bulunması nedeniyle birleştirmeye konu olan davalardan herhangi biri hakkında karar verilmiş olması durumunda, diğer şartlar mevcut olsa dahi bağlantı iddiasında bulunulması mümkün değildir. Davalardan biri için nihai olarak karar verilmesine rağmen taraflarca bağlantı iddiasında bulunulması üzerine Danıştay tarafından verilen karar metni şu şekildedir; ... Bağlantı bulunduğu belirtilen Danıştay 6. Dairesinin 1982/2564 esas sayısında kayıtlı bulunan

[21] Danıştay'ın aynı aşamada bulunmayan davaların birleştirilemeyeceğine ilişkin farklı kararları da mevcuttur. Danıştay 2. Dairesi 1985/408 E., 1985/1845 K. ve 05.06.1985 tarihli kararında "... Vergi Dairesi Müdürlüğü'nce ... Adi Ortaklığının ortaklarından olan ...'ye ait ve miktarı ...liradan fazla tarhiyatlara ilgili uyuşmazlıklar hakkında Vergi Mahkemesinde verilen kararların Dairelerince Danıştay nezdinde temyiz edilmesi nedeniyle bu dosyalarla, uyuşmazlık konusu iş bu temyiz işlemine ilişkin dosya arasında bağlantı olduğundan bahisle, Danıştay nezdinde temyiz edildiği belirtilmekteyse de; söz konusu dosyaların ilk aşamadaki dava dosyaları olmamaları nedeniyle aralarında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 38. maddesinde öngörülen anlamda bağlantıdan söz etmeye de olanak yoktur" hükmü örnek verilebilir. Ayrıca;

Danıştay 3. Daire, 1986/2378 E., 1986/1428 K ve 28.05.1986 tarihli kararı,

Danıştay 3. Daire, 1986/1924 E., 1986/2691 K ve 24.12.1986 tarihli kararı,

Danıştay 9. Daire, 1983/159 E., 1985/2658 K ve 02.07.1985 tarihli kararı,

Danıştay 5. Daire, 1987/2660 E., 1987/1520 K ve 16.11.1987 tarihli kararı,

[22] TAŞKAN s. 140'den, ÖZBALCI Yılmaz, Vergi Davaları, Ankara, 1988

dava, 23.06.1983 günlü, 2738 sayılı kararla reddedilmiş, ... A.Ş.’nin kararın düzeltilmesine ilişkin istemi de 06.12.1983 günlü 3911 sayılı kararla “istem red” şeklinde sonuçlandırılmıştır. Bu durumda iki dava arasında bağlantıdan söz edilemeyeceğinden dava dosyasının İstanbul 7. Vergi Mahkemesi’ne gönderilmesine oy birliği ile karar verildi.”

1.5. Davaların İdari Yargı Organları Nezdinde Açılan Davalar Olması

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 38/2. maddesi “İdare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştay’a veya birden fazla idare veya vergi mahkemelerine açılmış bulunan davalarda bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verilir” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu madde hükmünde birleşmeye konu olacak davaların mahkemelerin neler olduğu belirtilmiştir. Tarafların bağlantı iddiasıyla birleştirilmelerini talep ettikleri davaların idari yargı organları nezdinde açılmış davalar olması gerekmektedir. Farklı yargı kollarında bulunan davaların bağlantılı davalar olması nedeniyle birleştirilmesine yasal olanak bulunmamaktadır.

Aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilebilmesi için davaların, idari yargı organları nezdinde açılan davalar olması durumu bazı tartışmaları gündeme getirmektedir. Bu tartışmalardan ilki görevleri farklı idari yargı yerlerinde görülen davalar arasında bağlantı bulunarak bu davaların birleştirilip birleştirilemeyeceği sorundur.

Gerek doktrinde gerek de Danıştay içtihatlarında; aynı idare mahkemesinde, aynı vergi mahkemesinde veya Danıştay’ın aynı dairesinde açılmış bulunan davalar arasında ve aynı yargı çevresi içindeki birden çok idare mahkemesinde ya da birden çok vergi mahkemesinde açılmış davalar arasında bağlantı bulunması halinde, bu davaların birleştirilebileceği ifade edilmektedir. Yine aynı şekilde Danıştay’da açılan davalar ile idare veya vergi mahkemesinde açılan davalar arasında, Değişik bölge idare mahkemelerinin yargı çevresindeki idare mahkemelerinde veya vergi mahkemelerinde açılan davalar arasında bağlantılı davaların birleştirilmesi öngörülmektedir.

Görev yerleri farklı olan mahkemelerde ise, örneğin bir idare mahkemesi ile vergi mahkemesinde, açılan davalar arasında bağlantı bulunarak bu davaların birleştirilip birleştirilemeyeceği konusunda farklı düşünceler söz konusudur. CANDAN bağlantı müessesesinin yetki kurallarının işleyişi ile sınırlı olduğunu, görevleri farklı idari yargı yerlerinde görülen davalar arasında bağlantı olamayacağını ifade etmektedir^[23]. Bu düşünce çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bu

[23] CANDAN Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005, s. 858’den “Danıştay’ın vergi dava dairelerinden birinde görülmekte olan dava ile idare mahkemesinde veya idari dava dairelerinden birindeki dava ile vergi mahkemesinde

eleştirilerden ilki, Danıştay ile vergi ve idare mahkemesi farklı görevli mahkemeler olmasına rağmen, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi görevli olduğu davalar ile idare ve vergi mahkemelerindeki davalar arasında da bağlantının bulunması halinde davalar birleştirilmektedir. Bağlantı müessesesinin yetki kuralları ile sınırlı olduğu düşüncesi bu duruma açıklık getirememektedir. İkinci eleştiri noktası ise, bağlantı müessesesinin yetki kuralları ile sınırlı olduğu düşüncesinin yasal dayanağının bulunmamasıdır. İdari Yargılama Usulü Kanunu 38. maddesine tekrar baktığımızda bağlantılı davaların "aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hükmün, diğerini de etkileyecek olan davalar" şeklinde tanımlamıştır. Kanunun bu hükmünde ve diğer hükümlerinde mahkemelerin alacağı bağlantı kararının, davaların konusuna göre tespit edilen görev kurallarından etkileneceğine ilişkin bir çıkarım bulunmamaktadır^[24]. Danıştay'ın bu konudaki görüşü ise; idari yargı içerisinde yer alan vergi ve idare mahkemelerinin bağlantılı davalarının birleştirilebileceği yönündedir. Danıştay 22.05.2003 tarihli İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında idare mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlığın vergi mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıkla "sebepten sonuç ilişkisi"nin bulunması nedeniyle, davanın vergi mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar verilmiştir^[25].

görülmede olan dava arasında, bağlantıdan söz edilmesi olanaklı değildir. Bunun nedeni, bu idari yargı yerlerinin görevlerinin farklı olması ve bağlantı müessesesinin işleyişinin de, yetki kuralı ile sınırlı bulunmasıdır."

[24] YAŞIN

[25] 22.05.2003 tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı "... idare mahkemesinin görev alanına giren fonlara ilişkin uyuşmazlıkta Danıştay 10.Dairesi "vergiyle bağlantılı fon uyuşmazlığının çözümünün maddi olaydaki birlik sebebiyle vergi hakkındaki uyuşmazlığın sonucuna bağlı olduğu, vergiyle bağlantılı bulunan fonlarla ilgili davanın, vergi ile ilgili uyuşmazlık sonucunda ortaya çıkan hukuki duruma bağlılığı karşısında, bu iki uyuşmazlığın gerek usul ekonomisi gerekse davaların farklı mahkemelerde görülmesinin uygulamada ortaya çıkardığı sakıncalar nedeniyle vergi mahkemesinde çözülmesi gerektiği," gerekçesiyle uyuşmazlığın vergi mahkemesinde çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu görevsizlik kararı üzerine davanın görüldüğü Danıştay 7.Dairesi ise, aynı uyuşmazlığa ilişkin değerlendirmesinde; "vergi mahkemesinin özel görevli mahkeme olduğunu, fonlara ilişkin uyuşmazlıkların genel görevli olan idare mahkemelerinin görev alanına girdiğini, idare mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlığın vergi mahkemesince çözülmesinin Anayasanın 37inci maddesinde öngörülen kanuni hâkim ilkesine aykırı olduğu, fon payı ile ilgili uyuşmazlıklarda kanuni hâkim ilkesinin ihlalinin dava açma süresini almış günden otuz güne indirerek hak arama özgürlüğünü kısıtlayacağı, böyle bir sonucun ancak içtihatla değil kanun koyucunun iradesiyle sınırlandırılabilceği, usul ekonomisinin kanuni hâkim ilkesinin ihlalinin gerekçesi olamayacağı" gerekçesi ile davada idare mahkemesinin görevli olduğunu ifade etmiştir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu ise, kararında "Gümrük vergisi ile bağlantılı olduğu açıklanan toplu konut fonu ile ilgili davanın vergi ile ilgili uyuşmazlık sonucunda ortaya çıkan hukuki duruma bağlılığı ve aralarında bir yönden sebep sonuç ilişkisi bulunması karşısında bu iki uyuşmazlığın, gerek usul ekonomisi ve gerekse davaların farklı mahkemelerde görülmesinin uygulamada

C. ÖZEL USULSÜZLÜK CEZALARINA KARŞI AÇILAN DAVALAR BİRLEŞTİRİLEBİLİR Mİ?

Bağlantılı davaların birleştirilmesinin hukuki koşullarını aktarmaya çalıştığımız bu uzun ancak zorunlu açıklamanın ışığında her bir özel usulsüzlük cezasına karşı ayrı ayrı açılan davaların birleştirilip birleştirilemeyeceğini tartışmak yerinde olacaktır.

Özel usulsüzlük suçu fiilleri, usulsüzlük suçu fiillerinde olduğu gibi, vergi kanunlarınca öngörülen şekle müteallik ödevlerin yerine getirilmemesine dayanır. “Yakın tehlike suçu” olarak da değerlendirilen^[26] özel usulsüzlük suçunun, usulsüzlük suçundan farkı, vergi yükümlülüğünü daha ağır ihmal etmesi ve vergi ziyat oluşturma açısından daha elverişli ortam yaratmasıdır.

Maliye Bakanlığı tarafından 2011 yılında uygulanacak olan; 213 Sayılı VUK 353. maddede ve VUK mükerrer 355. maddede düzenlenen özel usulsüzlük cezaları 29 Aralık 2010 tarihli Resmi Gazete’de (6. mükerrer) yayımlanan 402 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile duyurulmuştur.

İlk kararda dava konusu edilen özel usulsüzlük cezası ise Vergi Usul Kanununun mükerrer 355. maddesinde düzenlenen elektronik ortamda beyanname verilmemesi nedeni ile kesilmektedir.

Mükellefler beyanlarını iki şekilde yapmaktadırlar. Bunlardan ilki kağıt ortamında beyan, diğeri ise elektronik ortamda beyandır. Beyannamede asıl olan mükellefin beyanı olmakla birlikte, Maliye Bakanlığı bu beyanların şeklini belirlemeye ve beyannamelerin beyan şeklini belirlemeye yetkilidir.

Yine aynı şekilde VUK 141. madde de yer alan bildirim veya bilgi isteme yetkisi bulunmaktadır. Maliye Bakanlığı bu yetkiye dayanarak, yaptığı düzenleme ile bazı mükelleflerin, bazı beyanname ve bildirimlerini elektronik ortamda verilmesini mecburi kılmıştır^[27].

Beyannamelerini elektronik ortamda göndermek zorunda olan mükellefler (veya bu mükelleflerin muhasebecileri/mali müşavirleri), bu formları da süresi içinde elektronik ortamdan, yasal düzenleme gereği, göndermeleri gerekmektedir.

Hiç verilmeyen, süresinde verilmeyen, elektronik ortam yerine kağıt üzerinde verilen, eksik veya yanıltıcı bir biçimde verilen her form için özel usulsüzlük

ortaya çıkardığı sakıncalar nedeniyle 2576 sayılı kanunun 6ncı maddesi uyarınca vergi mahkemesince çözümlenmesi gerekmektedir.”

[26] ŞENYÜZ Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Ezgi Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 2003, s. 75

[27] (17/01/2008-VUK 31/2008-1/e-beyanname VUK 31 sirkü)

cezası kesilmektedir. Ba^[28] ve Bs^[29] formlarının her ikisinde de bu yükümlülüğe uyulmadıysa o dönem için ikisi tek bir form olarak kabul edilip tek ceza kesilir.

Her bir dönem için tebliğ edilen birden fazla özel usulsüzlük cezasına karşı mükellefin, her bir özel usulsüzlük cezasına karşı ayrı dava açması halinde, vergi mahkemesi bu davaları birleştirebilir mi?

Bağlantılı davaların birleştirilmesinin koşulları hatırlanacağı üzere şu şekildedir:

- Görülmekte olan birden fazla dava olması
- Davaların aynı maddi veya hukuki sebepten doğmuş olması,
- Davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması,
- Davaların aynı yargı aşamasında bulunması,
- Davaların idari yargı organları nezdinde açılan davalar olması gerekmektedir.

Görülmemekte olan birden fazla dava olması, davaların aynı yargı aşamasında bulunması, davaların idari yargı organları nezdinde açılan davalar olması koşulları, her dönem için ayrı ayrı açılan özel usulsüzlük cezalarına ilişkin davalarda da bulunmaktadır. Ancak bu davalarda birleştirme koşulları, davaların aynı maddi veya hukuki sebepten doğmuş olması ile davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması yönlerinden bulunmamaktadır.

Özel usulsüzlük cezalarına karşı her bir dönem için ayrı ayrı açılan davalar, aynı maddi veya hukuki sebepten kaynaklanmamaktadır. Şöyle ki; İdari Yargılama Usulü Kanunu 38/1. maddesi, aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olan davaları bağlantılı davalar olarak tanımlamıştır. İdari yargı organı nezdinde açılan birden fazla dava arasında bağlantı bulunduğunun ileri sürülmesi için gereken "aynı maddi sebepten doğmuş olma" kavramından vergiyi doğuran olayın aynı olması, "aynı hukuki sebepten" kastedilen ise yürürlükteki yasa hükmü yani soyut normdur. Vergilendirme sürecinde vergilemenin sebep unsuru incelenirken yapılan bu tanım, aynı zamanda maddi ve hukuki sebebin birbirini tamamlayıcı niteliğini de ortaya koymaktadır. Bu tanım esas alındığında "veya" ibaresini "ve" şeklinde algılamak ve anılan yasa hükmünün "aynı maddi ve hukuki sebepten doğan davaları" bağlantılı davalar olarak kabul ettiği sonucuna varmak bir zorunluluk

[28] Form Ba; bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerin, belirli bir sınırı (Ocak 2010'dan itibaren KDV hariç 5.000 TL'yi) aşan mal ve hizmet alımlarını beyan ettiği "Mal ve Hizmet Alımlarına İlişkin Bildirim Formu"nu ifade ediyor.

[29] Form Bs; bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerin, belirli bir sınırı (Ocak 2010'dan itibaren KDV hariç 5.000 TL'yi) aşan mal ve hizmet satışlarını beyan ettiği "Mal ve Hizmet Satışlarına İlişkin Bildirim Formu"nu ifade ediyor.

olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksi halde, aynı Yasa hükmünün uygulanması sonucu görülen ya da aynı vergi doğurucu olaya dayanan tüm davalar arasında bağlantının varlığından söz etmek gibi anlamsız bir sonuç ortaya çıkacağını yargı kararları ile de destekleyerek yukarıda açıklamaya çalışmıştık.

Beyannamenin verilmemesi, sadece verilmediği döneme ilişkin olarak özel usulsüzlük cezasına neden olmaktadır. Farklı dönemlerde beyannamelerin verilmemiş olmasından dolayı, mükellefe tebliğ edilen özel usulsüzlük cezalarında her ne kadar hukuki bağlantı var ise de maddi bağlantının varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Aralarında maddi bağlantının olmadığı özel usulsüzlük cezalarına karşı açılan davaların birleştirilmesinin hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır.

Özel usulsüzlük cezalarının birleştirilememesinin diğer bir nedeni ise bu davalar arasında, davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkilememesidir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, özel usulsüzlük, şekli bir ödevin yani e-beyannamenin süresinde idareye gönderilmemesi nedeni ile oluşmaktadır. Mahkeme burada her bir dönem için ayrı ayrı idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleyecektir. Mükellefin bir dönem yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı özel usulsüzlük cezası alması, diğer dönemlerdeki hukuki durumunu etkilememektedir. Davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkilememesi durumu da, özel usulsüzlük cezalarına karşı açılan davaların birleştirilmesine engel teşkil etmektedir.

İkinci Karar: Ankara 3. Vergi Mahkemesinin 2010/3060 E. ve 2011/1233 K. nolu kararı;

"...Davanın davacı tarafından bizzat açıldığı, davalı idarenin dava dilekçesine cevabını 21.12.2010 tarihinde Mahkememiz kaydına giren savunma dilekçesiyle verdiği, anılan savunma dilekçesinin 31.12.2010 tarihinde davacının eşi Semiha Sarıkaya'ya (davacıya) tebliğ edildiği ve dosyanın tekemmül ettiği, Avukat Hasan Oral tarafından Mahkememize 09.02.2011 tarihinde verilen dilekçeyle davaya vekalet sunduğu, söz konusu avukatın dava dosyası dışında Mahkememizde ve diğer vergi mahkemelerinde her nasılsa tekemmül eden veya karar aşamasında olan özel usulsüzlük cezalarına ilişkin dosyalara vekaletname sunduğu hususu, adı geçen avukatın vekalet ücretine hak edecek herhangi bir işlem yapmadığı, dosyanın davacının gayretiyle sunduğu dava dilekçesi ve eki belgelerle karara bağlandığı gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde, davacı vekilinin bundan sonra yapacağı hukuki yardımlar için vekalet ücretine hak edeceği göz önüne alınarak vekalet harcı iade edilmeksizin, hukukun vazgeçilmez ilkesi olan hakkaniyet ilkesi ve emek harcamadan para kazanılamayacağı yolundaki genel hayat tecrübesinin de bir sonucu olarak vekalet ücretine hükmedilmesine gerek görülmemiştir..."

İkinci Karara İlişkin Tartışmalar:

Dava konumuz davacının 2007 yılında ve 2007 yılının muhtelif dönemlerinde verilmesi gereken muhtelif beyannameleri yasal süresinde elektronik ortamda vermediğinden bahisle kesilen özel usulsüzlük ve usulsüzlük cezalarına ilişkin vergi ihbarnamelerinin iptali istemiyle açılmıştır. Yargılama sonunda mahkeme, özel usulsüzlük cezalarının iptali ile davanın kısmen kabulüne, usulsüzlük cezalarının ise onanması ile davanın kısmen reddine, vekalet ücreti yönünden ise yukarıda belirtilen gerekçe ile vekalet ücretine hükmedilmemesine karar vermiştir.

Makalemizin bu bölümünde vekalet ücretinin yasal dayanaklarına değinilerek, ilk derece mahkemesinin davanın kısmen kabulüne rağmen vekalet ücretine hükmedilmemesinin gerekçeleri tartışılacaktır.

A. VEKÂLET ÜCRETİNİN YASAL DAYANAKLARI

Avukatlık mesleği, Cumhuriyet döneminde ilk defa 3 Nisan 1924 yılından çıkarılan 460 sayılı Muhamat Yasasıyla^[30] hukuk sistemimize girmiştir. Söz konusu yasanın birinci maddesine göre avukat; "bütün hukukî meselelerde başvuranlara sözlü ve yazılı görüş bildiren, her türlü belgeleri düzenleyen, mahkeme ve hakemler önünde gerçek ve tüzel kişileri vekil sıfatıyla temsil eden ve dava ve savunmayı kendisine meslek seçmiş kişi" olarak tanımlanmıştır.^[31] Güncel Avukatlık Kanununun da ise avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak ifadelendirilmiştir.^[32] Gerek Cumhuriyetin ilk yıllarında gerek de günümüzde avukatın görevi hem mahkeme dışında hem de mahkemelerde hukuki yardımda bulunmak ve onu temsil etmek avukatın görevi olarak belirtilmiştir.

Avukatlık ücreti ise Avukatlık Kanununda iki başlık altında tanımlanmıştır. Bunlardan ilki; Avukatlık Kanununun 164. maddesinde, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Avukatın vekalet ücretine hak kazanabilmesi için sadece mahkemede mükellefini temsil etmek ve mahkemelerdeki hukuki yardım sınırlaması yapmamış, avukatın

[30] Modern anlamdan ilk kez hukuk sistemimize "muhami" (himaye eden) unvanıyla giren mesleğin unvanı, 1926 tarihinde çıkarılan yasa ile "avukat" olarak değiştirilmiştir.

[31] KAYHAN Fahrettin, Avukatlık Kimliği ve Avukatın Yargı Sistemi İçindeki Yeri, Ankara Barosu Dergisi • Yıl:68 • Sayı: 2010/3, s.276

[32] 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Madde 2 – (Değişik birinci fıkra : 2/5/2001–4667/2 md.)

mahkemelerde ve mahkeme dışında mükellefine yaptığı hukuki hizmetin ve temsilin karşılığı olarak vekalet ücretini tanımlamış ve kapsam içine almıştır.

4667 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce avukatlık ücreti Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinde, "Avukatlık ücreti, avukatın vekalet hizmetine karşılık olan meblağı ifade eder" şeklinde tanımlanmaktaydı. Bu hükümden hareketle uygulama ve doktrinde de benzer bir tanımlama yapılarak avukatlık ücretinin, avukatın yaptığı avukatlık hizmetinin karşılığı olarak avukata ödenen meblağı ifade ettiği belirtilmiştir. 4667 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra ücretin tanımı 164. maddeye alınmış ve bu maddenin 1. fıkrasında, "Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder" hükmü getirilmiştir. Bu değişiklik ile vekalet hizmetinin karşılığı olduğu bildirilen ücret artık avukatın yaptığı hukuki yardımın karşılığı olacaktır. Yeni düzenleme, avukatın yaptığı iş ve işlemlerin kapsamını genişletmiştir. Artık hukuki konularda mütalaa verme, sözleşmelerin hazırlanmasına katılma gibi avukatlık hizmetleri de avukatlık ücreti kapsamındadır.

Avukatlık Kanunda düzenlenen diğer bir vekalet ücreti ise Avukatlık Kanununun 169. maddesi yargılama gideri olarak belirtilmiştir. Yargılama gideri niteliğindeki vekalet ücreti dava veya takip sonucu haksız çıkan tarafa yükletilecektir ve Avukatlık Kanunu m. 164/son gereği bu vekalet ücreti avukata aittir^[33].

Avukatlık Kanununun 169. maddesinde düzenlenen "karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti"nde hakim, dava sonucunda avukatın harcamış olduğu emeği, işin zorluğunu, yargılamanın sürdüğü zamanı, haksız çıkan tarafın yargılama sırasındaki başta davayı uzatmaya yönelik olanlar olmak üzere bazı davranışları gibi unsurları dikkate alarak avukatlık ücretini belirler. Bu belirleme asgari ücretin altına inmemeye ve üç katından fazlaya çıkmama olarak iki şekilde sınırlandırılmıştır. Bu durum avukatlık asgari ücret tarifesinin 3. maddesinin ilk fıkrasında da açıkça belirlenmiştir. Ancak; bu hüküm uygulamada hemen hiçbir zaman uygulanmamakta, karşı tarafa yükletilecek vekalet ücretinin belirlenmesinde tarifedeki miktarın üzerine çıkılmamaktadır.

Hakim davanın seyrine göre karşı tarafa yükletilecek vekalet ücretini belirtilen sınırlar içerisinde belirlemelidir. Bunun yanında başta da belirttiğimiz gibi 169. madde hükmü sadece karşı tarafa yükletilecek olan ve yargılama gideri niteliğinde olan avukatlık ücretini düzenler, yoksa avukat ile müvekkil arasındaki ücretle ilişkin değildir. Avukat ile müvekkili arasındaki ücret belirlenirken aralarında bir ücret sözleşmesi yok ise ücret, Avukatlık Kanunu madde 164/4'e

[33] 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Madde 164/son-(Değişik madde: 02/05/2001-4667/77. md.) Dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.

göre belirlenir. Bu belirleme yapılırken avukatlık asgari ücret tarifesi tam olarak uygulanır. Bu durumda ücretin üç katına kadar çıkarılması söz konusu olamaz.

B. İNCELEME KONUSU MAHKEME KARARINDA VEKALET ÜCRETİNE HÜKMEDİLMEMESİNE İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Dava veya takiplerde, taraflardan birisi dava ya da takibinde haklı çıktığında, karşı tarafa yargılama giderlerinin yüklenmesi gerekir. Avukatlık ücreti de yargılama gideri olduğundan, kendisini avukat ile temsil ettiren kişi yararına avukatlık ücretine de hükmedilmesi gerekir. Karşı tarafa yargılama gideri olarak yüklenecek avukatlık ücretinin miktarı, asgari ücret tarifesindeki hükümlere göre belirlenir.

7.4.1969 tarih ve 13168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" başlıklı 2.5.2002 tarih ve 4667/76 sayılı Kanunla değişik 164. maddesinde "Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder." denilmiş, aynı Kanun'un "Avukatlık Ücret Tarifesinin Hazırlanması" başlıklı 02/05/2001 tarih ve 4667/81 sayılı kanunla değişik 168. maddesinde; "Avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır." hükmüne, söz konusu maddenin yolumada bulunduğu ve olay tarihinde yürürlükte olan 03.12.2010 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2011 yılı Avukatlık Ücret Tarifesi'nin "Ücretin Tümünü Hak Etme" başlıklı 5. maddesinde ise "Hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Ankara 3. Vergi Mahkemesinin makale konusu kararda belirtilen "... Avukat tarafından Mahkememize 09.02.2011 tarihinde verilen dilekçeyle davaya vekalet sunduğu, söz konusu avukatın dava dosyası dışında Mahkememizde ve diğer vergi mahkemelerinde her nasılsa tekemmül eden veya karar aşamasında olan özel usulsüzlük cezalarına ilişkin dosyalara vekaletname sunduğu hususu, adı geçen avukatın vekalet ücretine hak edecek herhangi bir işlem yapmadığı,..." tespiti, Avukatlık Ücret Tarifesi'nin "Ücretin Tümünü Hak Etme" başlıklı 5. maddesinde ifadelendirilen "Hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır" düzenlemesine açık aykırılık teşkil etmektedir. Yasal düzenlemenin yargılama gideri olarak öngördüğü vekalet ücretine hükmedilmesinin tek koşulu, dava dosyasına davanın kabulü ya da kısmen kabulü kararı verilmesinden önce, vekaletnamenin dilekçe ile dava dosyasına sunulmasıdır. Mahkemenin kabulünün

aksine, vekâletnamenin karardan önce dava dosyasına dilekçeyle sunulması ile vekalet ücretine hak edilecek işlem eksiksiz olarak yapılmıştır.

Ankara 3. Vergi Mahkemesinin makale konusu kararının devamında “... davacı vekilinin bundan sonra yapacağı hukuki yardımlar için vekalet ücretine hak edeceği göz önüne alınarak vekalet harcı iade edilmeksizin, hukukun vazgeçilmez ilkesi olan hakkaniyet ilkesi ve emek harcamadan para kazanılamayacağı yolundaki genel hayat tecrübesinin de bir sonucu olarak vekalet ücretine hükmedilmesine gerek görülmemiştir...” hükmü ile hakimin, Avukatlık Kanununun 164. maddesinde belirtilen “avukatlık ücreti” ile Avukatlık Kanununun 169. maddesinde düzenlenen “yargılama gideri olan ve karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti”ni karıştırdığını görmekteyiz.

Davacı vekilinin yapacağı hukuki yardımlar için vekâlet ücretini hak etmesine ilişkin düzenleme Avukatlık Kanununun 164. maddesinde düzenlenmiştir.

Kanunun belirlediği sınırlar içerisinde, avukat ile müvekkilin sözleşme ile serbestçe belirleyebileceği avukatlık ücreti konusunda, Mahkeme hüküm verme yoluna gitmiştir. Zira vergi mahkemesinin böyle bir kararı verebilmesi için, müvekkil ile vekili arasında akdedilen sözleşme hükümlerine vekilin riayet etmediği; vekilin müvekkiline olan sorumlulukları yerine getirmediği, sorumluluklarını ihmal ettiği, bu nedenle de müvekkil ile vekili arasında sözleşmeden kaynaklı ücret uyuşmazlığı olduğu; bu ücret uyuşmazlığının da davaya bakan vergi mahkemesinin önüne geldiği gibi bir tablonun oluşması gerekir ki, böyle bir tablonun oluşmasına, vergi mahkemelerinin görev alanını düzenleyen mevzuatımız çerçevesinde imkân bulunmamaktadır.

Sonuç olarak emsal gösterdiğimiz kararda vekâlet ücretine hükmedilmemesi hükmünün yasal hiçbir dayanağı bulunmadığı gibi; davası kabul olan ve davaya vekili ile katılan taraf lehine, yargılama gideri olarak vekâlet ücretine hükmetmesi mahkemenin görevidir. Mahkeme hâkiminin böyle bir durumda takdir yetkisi bulunmamaktadır.

MAKALE KONUSU KARARLARDA ADLİ MOBİNG UYGULAMASINA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Mobbing kelimesi Latince kökenli olup, bir kimseyi sıkıştırmak, bunaltmak ve taciz etmek anlamındadır. İş yaşamında ise mobbing kavramının ilk kez, 80’li yılların başında İsveç’te yaşayan Alman asıllı endüstri psikoloğu Heinz Leymann tarafından kullanıldığı bilinmektedir. Mobbing işyerlerinde bazen bir kişinin,

bazen bir grubun, bir çalışan üzerinde uzun bir süreli, yani aylar ve yıllar boyu, sistematik bir baskı uygulaması durumunu açıklamak üzere kullanılmaktadır^[34].

Meslektaşımız Av. Fahrettin KAYHAN'ın, Ankara Barosu Dergisi'nde yayınlanan "Avukatlık Kimliği ve Yargı Sistemi İçindeki Yeri" isimli makalesinde Avukata yönelik adli mobbingi; "avukatın görevini gereği gibi yapmasının hukuka ve ahlaka aykırı yöntemlerle fiilen engellenmesine yönelik her türlü psikolojik saldırı" olarak tanımlamıştır. KAYHAN gözlemleriyle tespit ettiği saldırı türlerinin bir kısmını şu şekilde sıralamıştır:

- a. Duruşmalarda ve duruşma dışında hakim-Savcı-avukat ilişkilerinde avukata yönelik olarak olumsuz, küçük düşürücü, yıldırıcı, taciz edici, kontrol edici, alaycı iletişim biçiminin tercih edilmesi ve utandırma eylemleri;
- b. Duruşmada veya duruşma dışı ilişkilerde, alenen avukatın mesleki yeterliliğinin tartışılması veya ima edilmesi;
- c. İlişkilerde göz teması kurmama, avukatın tutarsız gösterilmesi, görmezden gelinmesi, muhakeme hukukundan kaynaklanan yetkilerinin fiilen kullanılmaması;
- d. Duruşmada alenen bir hukuk kuralını açıkça ve ısrarla inkâr ederek avukatın çok iyi bildiği bir konuda kuşkuya düşürülmesi ;
- e. Avukatı müvekkiliyle özdeşleştirme;
- f. Söyleneni tutanağa geçmeme veya ısrar halinde eksik geçme;
- g. Duruşmada avukatın sözünü kesme, dinlememe ve ısrar halinde söyleneni kale almadığını beden diliyle ifade etme
- h. Alenî-gizli yargılama (İzleyenin duruşmada ne olup bittiğini anlayamayacağı tarzda duruşma icrası);
- i. Yargılamayı savsama, ayrıntıya boğma, konuyu yüzeysel alma;
- j. Tartışma ve hak arama halinde konuyla ilgili olmayan yaptırım, örtülü şantaj, dışlama, takdir hakkının suiistimali (özellikle tedbir, tespit vs. gibi acele işlerde ve ceza işlerinde);
- k. Keyfi muamele ve muhakeme kurallarını uygulamamakta direnme;
- l. Kılık kıyafetle ilgili taciz;
- m. Müvekkille görüşmesini engelleme, sınırlandırma, çok yorucu,, yıpratıcı ve bıktırıcı prosedürlere bağlama; Özellikle polis merkezleri, ceza

[34] DEMİR Şamil, Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 2, Bahar 2009, s. 139

tutukevleri gibi avukatın yalnız olduğu ortamlarda birden fazla görevli tarafından adli mobbing daha etkili uygulanabilmektedir.

- n. Gereksiz ve özensiz karar;
- o. Duruşma Salonu ve kalemde çalışma alanını kısıtlama;
- p. Ceza işlerinde soruşturma evrakını incelememe, eksik inceletme, sistematik fiili engeller çıkarma ;
- q. Örnek ve fotokopi taleplerinde zorluk çıkartma;
- r. Duruşma tutanağı vermeme;
- s. Duruşma salonunda avukatın hukuka aykırı olmayan davranışlarına müdahale;
- ş. Avukatı hukuka aykırı davranmaya tahrik;
- t. Yok sayma;^[35]

Makale konusu ettiğimiz kararlarda, karşımıza sıklıkla çıkmayan, yukarıda belirtilenler içerisinde yer almayan, ancak üslup ve tespitleri ile “avukatın görevini gereği gibi yapmasının hukuka ve ahlaka aykırı yöntemlerle fiilen engellenmesine yönelik her türlü psikolojik saldırı” olarak ifadelendirilebilecek cümleleri tartışmaya çalışacağız.

Bu tartışmaya başlamadan önce belirtmek gerekir ki; yukarıda örneklerle verilen adli mobbing uygulamalarının mahkeme tutanaklarında yer almasının ayrıca bir dizi sakıncası da bulunmaktadır. Mahkeme kararları “Türk Milleti Adına” verilmektedir, hukuk dünyasında bir yer teşkil etmektedir. Ayrıca vergi mahkemesi kararlarının idare tarafından derhal yerine getirilmesi gerekmektedir. Adaletin sağlanmasına esas teşkil eden, kamu gücünü arkasına alan belge niteliğinde olan mahkeme kararlarında mobbing uygulamalarına yer verilmesi, adalet değerlerinin, kamu gücünün kullanılarak bu fiillerin gerçekleştirildiği anlamına gelir ki, bu durumda en büyük zararı ne yazık ki hukukun kendisi alacaktır.

Mahkeme kararlarına yansıyan mobbing uygulamalarının doğuracağı bir diğer sakınca ise; mahkeme kararları ile beraber mobbing uygulamalarının da alenileşmesidir. Mahkeme kararlarında yer alan avukata karşı yapılan haksız ithamlar ve tespitler, kararların elden ele geçmesi ile hızla yaygınlaşacak ve hem mahkemeler için hem de bu durumun mağdurları için olağan hale gelecektir. Böylece adli mobbing uygulamaları mahkeme kararlarından almış oldukları destekle meşru hale gelebilecektir.

[35] KAYHAN Fahrettin, Avukatlık Kimliği ve Avukatın Yargı Sistemi İçindeki Yeri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/3, s. 283–284

İlk kararın vekalet ücretine ilişkin bir bölümünde "...Bununla birlikte, vergi yargısının yerleşik hale gelen kararlarıyla birden fazla vergi ve/veya cezalara karşı tek dilekçe ile dava açılmasının kabul edildiği durumlarda, kanunen korunması mümkün olmayan değişik saiklerle her bir işleme veya tek bir işlemin içeriğinde yer alan birden fazla unsura karşı ayrı ayrı dava açılmış olması halinde dava açma hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilebileceğinden, böyle bir durumda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralının dikkate alınması gerekmektedir." hükmü yer almaktadır.

Mahkeme, hukuken korunması mümkün olmayan saiklerle her bir işleme ayrı ayrı dava açılmış olmasını, dava açma hakkının kötüye kullanılması olarak gördüğü, dava açma hakkının açıkça kötüye kullanılmasının ise hukuk düzenince korunmadığını ifade etmiştir. Mahkemenin hukuken korunması mümkün olmayan saiklerden ne kastettiği anlamaya çalışmamız gerekmektedir. Öncelikle mahkeme davanın kabulüne karar vermiştir. Hukukun korunmasının mümkün olmadığı saikle açılan davanın mahkemece kabul edilmesi, mahkeme cephesinden tarafımızca anlaşılabilir bir çelişki içermektedir.

Mahkemenin davanın kabulüne rağmen, davanın kötü niyet içeren saik ile açıldığının vurgulamasında anladığımız, davaların sonucunda hükmedilecek vekalet ücretinin sayısına ilişkindir. Zira mahkeme, yasal bir dayanağı olmadığı halde seri açılan davaları birleştirmiş, Yargıtay'ın konu ile alakasız vekalet ücretine ilişkin hükmüne emsal göstermiş ve nihayetinde de tek vekalet ücretine hükmetmiştir.

Mahkemeye göre "vergi yargısının yerleşik hale gelen kararlarıyla birden fazla vergi ve/veya cezalara karşı tek dilekçe ile dava açılmasının kabul edildiği durumlarda" tek dava yerine birden fazla dava açılması, davayı açan kişiyi, ki makale konusu davayı açan avukat meslektaşımızdır, dürüstlük kuralına uymayan, hakkını kötüye kullanan kişi haline getirmiştir.

Davayı kazanan müvekkil davacı, mahkemenin gerekçeli kararını okuduğunda, avukatın davayı başarı ile sonuçlandığını, ama avukatının dürüstlük kuralına uymayan, hakkını kötüye kullanan kişi olduğunu düşünecektir. Peki gerçekten böyle midir? Yani avukatın birden fazla idari işlemi tek bir dava konusu edebilecek iken, bunu yapmayıp her bir idari işlemi ayrı dava konusu yapması hakkın kötü kullanması mıdır? Dürüstlük sınırının çizildiği kırmızı çizgide, avukat sınırın diğer yanına mı geçmiştir? Bu sorulara verilecek yanıt kesinlikle hayırdır.

Vergi idaresinin yapmış olduğu vergisel işlemlere karşı açılacak davaların anayasal dayanağını Anayasanın 125. maddesi oluşturmaktadır. Anayasanın 125. maddesi "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"

diyerek idari işlem niteliğinde olan vergisel işlemlere karşı açılacak davaları kapsayan, idarenin yargısal sorumluluğuna ilişkin düzenleme getirmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu ise, üst norm niteliğinde olan Anayasanın, idarenin idari işlem ve eylemlerine karşı açılacak davaların usulüne ilişkin yasal düzenlemeler getirmiştir. İYUK 5. maddesinin ilk fıkrasında^[36] ise “Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep–sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir” diyerek idari işlemlere karşı açılacak davalarda temel ve istisna olmak üzere iki düzenleme getirmiştir. Buna göre her idari işleme karşı ayrı ayrı dava açılması temel kuraldır. Kanun koyucunun öncelikle davacıdan ve vekilinden beklediği budur. İstisna kural ise davacı ve/veya vekiline seçimlik hak tanımıştır. Kanun koyucu “aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yada sebep–sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir” diyerek idari işlemlerin, aralarında maddi veya hukuki bağlantı olması halinde, tek bir dava konusu edilebileceğini dava açacak kişiye tanımıştır.

Görüleceği üzere yasal düzenlemenin, idareye dava açacak kişiden beklediği öncelikli olarak idari işlemlere karşı her bir davayı ayrı açmasıdır. Her bir idari işleme ayrı dava açılmasının dava hakkını açıkça kötüye kullanıldığı, dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı tespitine mahkemece varılması, kanımızca davayı açan avukata karşı adli mobbing uygulamasından başka bir şey değildir.

Mahkemenin kötü niyet tespitinin yasal gerekçesi maddi veya hukuki davaların birleştirilebilir iddiasına dayanmaktadır. Bağlantılı davaların birleştirilmesi, davaların açılmasından sonraki aşamaya bırakılmıştır ki, bu da tarafların veya mahkemenin İYUK madde 38’e göre tercihine sunulmuştur. Yani kanun koyucu aralarında bağlantı olan davaların mahkemenin resen birleştirmesini istemesini bile zorunlu kılmamıştır. Böylesi bir durumda davaların birleştirilmesini uygun bulmayan hâkimlerin niyeti ve dürüstlüğüne ilişkin nasıl bir yargıya varılamaz ise, davayı açan avukatın kötü niyetli ve dürüstlük kuralına aykırı davranan kişi olduğunun yargı kararında yer alması, kanımızca yerinde bir tespit olmamıştır.

İkinci kararın vekalet ücretine ilişkin bir bölümünde ise “... savunma dilekçesinin 31.12.2010 tarihinde davacının eşi’ya (davacıya) tebliğ edildiği ve dosyanın tekemmül ettiği, Avukat tarafından Mahkememize 09.02.2011 tarihinde verilen dilekçeyle davaya vekalet sunduğu, söz konusu avukatın dava dosyası dışında Mahkememizde ve diğer vergi mahkemelerinde her nasılsa tekemmül eden veya karar aşamasında olan özel usulsüzlük cezalarına ilişkin dosyalara vekaletname sunduğu hususu, adı geçen avukatın vekalet ücretine hak edecek herhangi bir işlem yapmadığı, dosyanın davacının gayretiyle sunduğu dava dilekçesi ve eki belgelerle karara bağlandığı gerekçesiyle birlikte

[36] Değişik: 10.6.1994 – 4001/3 md.

değerlendirildiğinde, davacı vekilinin bundan sonra yapacağı hukuki yardımlar için vekalet ücretine hak edeceği göz önüne alınarak vekalet harcı iade edilmeksizin, hukukun vazgeçilmez ilkesi olan hakkaniyet ilkesi ve emek harcamadan para kazanılmayacağı yolundaki genel hayat tecrübesinin de bir sonucu olarak vekalet ücretine hükmedilmesine gerek görülmemiştir...” denilmektedir.

Avukatın sır saklama yükümlülüğünü hukuk sistemimizde ayrıntıları ile düzenlenmiştir^[37]. Avukatlara getirilen sır saklama yükümlülüğünün en önemli nedeni, avukatlık mesleğinin güven ilişkisine dayanmasıdır. Avukatlar güven ilişkisini titizlikle korumakla yükümlü iken, yargının en önemli ayağını oluşturan hakimlerin de, görevleri gereği, bu güven ilişkisini tehlikeye sokacak davranışlardan kaçınması gerekir. Zira avukatın üzerine aldığı görev kamu hizmetidir.

Avukatın üzerine aldığı hukuki uyumsuzlukta izleyeceği yolu belirleyen unsurların en önemlisi, müvekkil ile avukat arasındaki vekalet sözleşmesidir. Hukuki uyumsuzluğa avukatın hangi aşamada müdahale etmesi gerektiğine müvekkilin kendisi karar verecektir. Zira kişi, hukuki uyumsuzluğu başından sonuna kadar kendisi sürdürebileceği gibi, uyumsuzluğu başından sonuna kadar vekili vasıtasıyla sürdürebilir ya da uyumsuzluğun herhangi bir aşamasında avukata vekalet vererek kendisini temsil etmesini avukattan talep edebilir. Avukat da, uygun görmesi halinde, hukuki uyumsuzluğun herhangi bir aşamasında sürece dahil olabilir.

Hakimlerin görev alanına girmeyen, sadece müvekkil ile avukatı ilgilendiren bir konuda "...söz konusu avukatın dava dosyası dışında Mahkememizde ve diğer vergi mahkemelerinde her nasılsa tekemmül eden veya karar aşamasında olan özel usulsüzlük cezalarına ilişkin dosyalara vekaletname sunduğu hususu, adı geçen avukatın vekalet ücretine hak edecek herhangi bir işlem yapmadığı..." şeklinde bir ifadenin, gerekçeli kararda yer alması, tarafımızca anlaşılır değildir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere hakim, avukatın, sadece görevli olduğu mahkemede değil, görevli olmadığı diğer mahkemelerdeki dosyalarına da bakarak vekaletin hangi aşamada olduğunu araştırmış ve müvekkil ile avukatın kurmuş olduğu ilişkide kendisini müdahil görmüştür.

Meslek örgütümüz Baronun görevlerinden biri de avukatlar hakkındaki şikayetleri, disiplin kurulu vasıtasıyla incelemek ve sonuçlandırmaktır. Ancak Baro dahi, müvekkil ile avukat arasında bir uyumsuzluk olmadığı hallerde, müvekkilin talebi üzerine avukatın yargılamanın hangi aşamasında davaya katılacağına ilişkin bir konuda, re'sen müdahil olmamaktadır.

Mahkeme hakimi vekalet ücretine hükmetmemeye yasal bir dayanak göstermek yerine, hukuk yaratma yoluna gitmiş, gerekçe olarak da hakkaniyet

[37] Avukatın sır saklama yükümlülüğünün hukuki dayanakları ulusal hukukta 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun (Av. K.) 36. maddesi ile Avukatlık Meslek Kurallarının (AMK) 37. maddesinde düzenlenmiş iken, uluslararası hukuk açısından, Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek Kuralları (ATAMK) başlık 2.3. vd. hükümleri düzenleyici hükümler getirir.

ilkesini kararına dayanak göstermiştir. Kuşkusuz ki hukukun genel ilkeleri, “vergilerin yasallığı ilkesi” ve “vergi hukukunda kıyas yasağı” gereği doğrudan bir kaynak sayılmamıştır. Hukukun genel ilkeleri, vergi yargısında, usule ve şekle ilişkin boşlukların doldurulmasında bir işlev görmektedir^[38]. Ancak açık yasal düzenlemelerin mevcut olduğu hallerde, hukukun genel ilkelerine başvurulması mümkün değildir. Ayrıca açık yasal düzenleme olmasaydı, kararda belirtildiği gibi bir sonuca varılması da kanımızca mümkün değildir.

Kararın mobbing uygulamasına yönelik en açık ifadesi ise “emek harcamadan para kazanılamayacağı yolundaki genel hayat tecrübesinin de bir sonucu olarak vekalet ücretine hükmedilmesine gerek görülmemiştir...” cümlesi olmuştur. Bir hukuki uyuşmazlıkta hakimden beklenen hayat tecrübesi gibi sübjektif, kişiye, mekana ve zamana göre değişen yaklaşımlarla değerlendirmeler yapmak değil, hukukun işlemini sağlamaktır.

Yasalarımızda ve yönetmeliğimizde avukatın emeği ölçü alınarak vekalet ücretinin belirlenmesine ilişkin bir düzenleme zaten bulunmaktadır. Avukatlık Kanununun 169. maddesinde düzenlenen “karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti”nde hakim, dava sonucunda avukatın harcamış olduğu emeği, işin zorluğunu, yargılamanın sürdüğü zamanı, haksız çıkan tarafın yargılama sırasındaki başta davayı uzatmaya yönelik olanlar olmak üzere bazı davranışları gibi unsurları dikkate alarak avukatlık ücretini belirler. Bu belirleme asgari ücretin altına inmemeye ve üç katından fazlaya çıkmama olarak iki şekilde sınırlandırılmıştır. Bu durum Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 3. maddesinin ilk fıkrasında da açıkça belirlenmiştir. Hakimin, bu düzenlemenin ötesine, hayat tecrübesine dayanarak geçmesine hukuk düzenimiz izin vermemektedir.

Emek harcamadan para kazanılamayacağına ilişkin bir tespit, hukuki bir içerik taşımamakla beraber, etik bir değerlendirme taşımaktadır. Avukata yönelik mobbing uygulaması da etik değerlendirme kapsamında tartışılmalıdır. Bilindiği üzere meslek kurallarımız “Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları” başlığı altında düzenlenmiştir. Mesleğimizin etik kurallarını düzenleyen bu düzenlemeye aykırılık halinde barolarımıza yaptırım yetkisi verilmiştir. Hakimler de, meslek kurallarına aykırı davranılması halinde, avukatı baroya şikayet etmesi mümkündür. Kanımızca böylesi bir şikayet, haklı bir nedene dayanıyorsa, mesleğimizde oluşabilecek yozlaşmanın da önüne geçecektir. Ancak avukatın mesleğini icra ederken davranışları meslek kurallarına aykırılık teşkil etmiyorsa, avukat mesleğini icra etmeye çalışıyorsa, avukatın sanki etik değerleri çiğniyor muşçasına, “emek harcamadan para kazanılamayacağı” tarzında bir ifadenin gerekçeli kararda yer alması telafisi imkansız zararlar doğurabilir. Zira avukat,

[38] ÖNCEL, KUMRUL, ÇAĞAN, s. 17

meslek kurallarına aykırılığı incelemeye görevli olmayan mahkemenin kararıyla, "emek harcamadan para kazanan" kişi olarak, kamuya karşı tescillenmiştir.

"Emek harcamadan para kazanan" tabirinin bir diğer tartışılması gereken boyutu ise emeğin miktarının ölçülmesinin getireceği bir dizi sıkıntıdır. Hakimlerin, seri davalara ilişkin kararlarında, "kes-yapıştır" uygulaması yaptıkları, her bir karar için ayrı ayrı emek harcamadıkları, dolayısıyla hakimlik görevini yerine getirmedikleri nasıl söylenemez ise, Picasso'nun restoran hikayesinde^[39] de geçtiği gibi, avukata da, vekalet sunduğu davanın kabulü halinde, "emek harcamadan para kazanan" kişi olduğunun söylenmesi doğru bir tespit olmayacaktır.

SONSÖZ YERİNE

BİR ARA BAŞLIK; ÇUVALDIZI VERGİ MAHKEMESİNE

Belirtmek gerekir ki, mahkemeler elbette ki hukuka uygun olmayan kararlar verebilmektedir. İlk derece mahkemesinin hukuka uygun olmayan kararlarının temyiz ve itiraz mercileri bulunmaktadır ve bu kararlar kuşkusuz ki hukuka uygunluk süzgecinden geçecektir.

Özel usulsüzlük cezalarına ilişkin açılan davaların birleştirilerek tek vekalet ücretine hükmedilmesine ve dosyada vekalet olduğu halde kabul edilen davalarda vekalet ücretine hükmedilmemesine ilişkin kararlarda temyiz ve itiraz mercii hukuka uygun hüküm veriyor ise de, davacı ve avukatları açısından bir dizi sorun gündeme gelmektedir.

Bu sorunların ilkinin vekalet ücretinin temyiz ve itiraz süresi boyunca elde edilememesi oluşturuyor. Davacı ve vekilinin vekalet ücretine hak kazanması kimi zaman davanın kabulünü takip eden 6 ay ila bir yıl arasında sürebiliyor. Bu durum ise davacı taraf ve vekili açısından, vekalet ücretine faiz uygulamasının öngörülmediği de hesaba katıldığında, mağduriyet oluşturuyor.

Diğer bir sorun ise davanın kabulüne rağmen vekalet ücretine hükmedilmemesi halinde, davanın temyizi veya itirazı için gereken harcın ödenmesinde yatıyor. Zira kimi zaman, vekalet ücretine hükmedilmemesine rağmen, sonuçtan kısmen memnun olan davacı, harcın ödenerek dosyanın temyize ya da itiraz

[39] Picasso yemek için bir gün bir restorana gitmiş. Yemeğini yerken restoranın sahibi kendisini tanıyarak karısı için bir resim yapmasını istemiş. Yemek arasında istediği resmi yapıp vermiş. Sıra hesap ödemeye geldiğinde Picasso yemek ücretini ödemiş. Sonra da yaptığı resim için restoran sahibinden 5.000\$ istemiş. Adam küçük dilini yutacak gibi olmuş. "Beş dakika içinde yaptığınız bir resim için bu kadar para çok değil mi?" deyince, Picasso şu cevabı vermiş; "Beş dakika değil, 40 yıl beş dakika..."

merciine gönderilmesine, ekonomik nedenlerle yanaşmıyor. Bu durum ise kanun gereği avukatın hak edeceği vekalet ücretinin alınamamasına neden olabiliyor.

Tüm bu nedenlerden dolayı, vergi mahkemelerinin vekalet ücretine ilişkin hüküm verirken, Avukatlık Kanununu, Avukatlık Ücret Tarifesi, Danıştay'ın ve Bölge İdare Mahkemesinin bu yönde verdiği kararları dikkate alması, lehine hüküm verilen davacı taraf ve vekili açısından büyük önem taşımaktadır.

Vergi mahkemelerinde, diğer mahkemelerden farklı olarak, hukuk fakültesi mezunları dışında alanlardan mezun olan hakimler de görev yapmaktadır. Bu durumun en önemli nedeni vergi gibi çetrefilli bir alana ilişkin uyuşmazlığın çözümünde, hukuk fakültelerinde ayrıntılı okutulmayan muhasebe, iktisat gibi alanlardan da yararlanılmasının gerektiğidir. Vergi mahkemesi, vergi uyuşmazlığı önüne geldiğinde işin esasına girerek hem hukuki, hem iktisadi açıdan olayı inceleyerek yargılmasını gerçekleştirecektir. Ancak yargılama gideri niteliğindeki vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin karar, esasa ilişkin değil, usule ilişkindir. Usule ilişkin kararların alınmasında hukuk mezunu hakimlerin yer alması, bu nedenle önem arz edecektir. Böylece vekalet ücretine ilişkin hatalı yaklaşımın en aza ineceği kanaatindeyiz.

Bir insan hakları ihlali olan mobbing uygulamasının adli boyuta taşınması, adli mobbing uygulaması olarak tanımlamıştır. Avukat mahkeme ilişkisinde meslektaşlarımız kimi zaman adli mobbing uygulamasına maruz kalmaktadır. Adli mobbing uygulamasının, avukatın tek geçim kaynağı olan vekalet ücretinin kararda öngörülmeyle, cezalandırma yoluyla yapılması ya da mobbing uygulamasını hayata geçirir iken gerekçeli kararın vasıta olarak kullanılması sadece avukatlık mesleğine katmerli zarar vermekle kalmayacaktır. Adli mobbing uygulamasına, hukuk dünyasında önemli bir yere sahip olan mahkeme kararlarında yer verilmesi, mahkemenin esasa ilişkin kararının gölgede kalmasına neden olabilecektir.

İKİNCİ ARA BAŞLIK; İĞNEYİ BİZ AVUKATLARA VE BAROMA

Ülkemizde vergi hukukunun genç bir hukuk dalı olmasının doğal sonucu olarak, vergi hukuku alanında avukatlık mesleği de yeni gelişmektedir. Vergi avukatlarının, vergi hukukunun gelişimine sağlayacağı katkı büyük önem taşımaktadır. Ancak vergi avukatları, aşağıda özet şeklinde de belirtildiği üzere, bir dizi aşılması gereken sorun ile karşı karşıyadır.

Vergi avukatlarının doldurması gereken alanlarda, hukuk nosyonundan yoksun, ancak vergilendirme sürecini bilen mali müşavir ve muhasebeciler faaliyetlerini sürdürmektedir. Bir avukat gibi vergi uyuşmazlığı konusunda

danışmanlık hizmeti veren, dava dilekçesi yazan ancak davayı, davacı asile açtıran kimi mali müşavir ve muhasebecilerin, davanın yanlış açılması, dava dilekçesine yer alan hatalar, eksiklikler ve diğer ihmallerden dolayı, davacı asile karşı hukuki ve cezai sorumlulukları da bulunmamaktadır. Bu durum vergi avukatlığı alanının gelişimine fiili engel niteliğindedir.

Avukatlık mesleğinin güçlenmesinde ve bağımsızlığını korumasında en önemli dayanaklardan biri, vekalet ücretinin yasalarla güvencesinin sağlanmasıdır elbette. Vergi yargısında vekalet ücretinin maktu olmasına ilişkin yasal düzenleme, kanımızca vergi avukatlığı mesleğinin gelişimini olumsuz etkileyen diğer bir etmendir. Bu yasal düzenleme, çok sayıda hukukçu milletvekilinin mecliste yer almasına rağmen, baroların da kamuoyu oluşturacak bir itirazı olmadan, sessiz sedasız yasalaşmıştır.

Vergi yargısında vekalet ücretine ilişkin yaşanan bir diğer sıkıntı ise bazı ilk derece vergi mahkemelerinin kararlarında karşımıza çıkmaktadır. Vekalet ücretinin yasal dayanağının bulunması tek başına yetmemekte, yargı uygulamasının da yasalara uygun kararlar vermesi gerekmektedir. Tek vekalet ücretine hükmedilmesi amacıyla, hukuken birleşmesi mümkün olmayan vergi davalarının birleştirilmesi; kabul edilen davalarda vekalet ücretine hükmedilmemesi, vekalet ücretine yönelen hatalı uygulamalardır. Ayrıca kimi zaman bu kararlar, adli mobbing içeren ifadelerle alınmaktadır.

Zayıf ve bağımlı bir avukatlık sistemi totaliter ve otoriter rejimlerin tercihi; böyle bir avukatlık sistemi uzun vadede yargı sisteminin yozlaşmasına yol açmaktadır ve rejimin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Avukatlık mesleğinin, çağımıza yaraşır bir konumda kalmasının sağlanması için biz avukatlara ve meslek örgütümüz barolara büyük sorumluluklar düşmektedir.

Mesleğimizin güvencesine ve bağımsızlığına ilişkin yasal düzenlemelerin korunması ve geliştirilmesi için baromuz meclisteki hukukçu milletvekilleri ile diyalog içinde olmalıdır. Zira vergi mahkemelerinde hükmedilen vekalet ücretinin maktu olmasına ilişkin düzenleme, vergi avukatlığının gelişimini negatif yönde etkilemiştir. Ne yazık ki baroların bu konuda yeterli bir çalışması olmamıştır.

Meslektaşlarımız, avukatlık faaliyetlerini sürdürür iken karşılaştıkları hukuk dışı uygulamalara ve sorunlara bireysel çözümler aramamalı, bu uygulamaların karşısına, nihai çözümün sağlanabilmesi için, baromuzdan aldığımız destekle çıkılmalıdır. Zira kimi vergi mahkemelerinde, yukarıda saydıklarımızdan farklı uygulamalar da bulunmaktadır. Örneğin Vergi Usul Kanunu 5. madde "Vergi Mahremiyeti" gerekçe gösterilerek, avukatın dava dosyasını incelemesi engellenmektedir. Mahkeme hakimleri, vergi mahremiyeti ihlali nedeni ile hukuki ve cezai sorumluluğunu ileri sürerek, avukatın yasal hakkı olan dava dosyalarını inceleme hakkını, fiili olarak engelleyebilmektedir. Avukatlar olarak, bu ve

benzeri hukuk dışı uygulamalara ilişkin başlattığımız hukuki süreci, yanımıza baromuzu da alarak, gerçekleştirmeliyiz. Yine, baronun hukuk dışı uygulamalara gösterdiği tepkiye, kamuoyunun oluşması ve mesleki duyarlılığımız gereği, desteğimizi esirgememeliyiz.

KAYNAKÇA

- Mualla ÖNCEL, Ahmet KUMRULU, Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, Turhan Kitapevi, 19. Bası, Ankara
- Ahmet KUMRULU, Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, İşlev – Yapı – İlkeler – Nitelik, Ankara 1989
- Serkan AĞAR, Vergi Davalarında Yasal Vekalet Ücretinin Maktu Olması –Sıra Dışı Bir Yasama Pratiği- Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, 2009,
- Nihal SABAN, Vergi Hukuku, Genel Kısım, Der Yayınları, İstanbul 2003,
- Mustafa AKKAYA, Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4,
- Yasin MELİHŞAH, İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, <http://www.e-akademi.org>
- Cem TEKİN, Vergi Yargısında Bağlantılı Davalar ve Birleştirilmesi, Vergi Sorunları, Sayı 180, Eylül 2003
- Ziya Yusuf TAŞKAN, Vergi Yargısında Bağlantılı Davalar ve Davaların Birleştirilmesi, Yaklaşım, Ağustos 1998, Sayı 68,
- Turgut CANDAN; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ekim 2005
- Doğan ŞENYÜZ, Vergi Ceza Hukuku, Ezgi Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 2003
- KAYHAN Fahrettin, Avukatlık Kimliği ve Avukatın Yargı Sistemi İçindeki Yeri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/3
- Şamil DEMİR, Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 2, Bahar 2009

CUMHURBAŞKANININ GÖREV SÜRESİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

Arş. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU*

ÖZ

Görevi devam eden cumhurbaşkanının görev süresinin belirlenmesine ilişkin iki önemli sorun bulunmaktadır. Bir taraftan cumhurbaşkanının görev süresinin hangi hukuki araçlarla belirleneceği, diğer taraftan, cumhurbaşkanının görev süresinin ne kadar (kaç yıl) olduğu tespit edilmelidir. Çalışma, bu sorunları ortaya koymayı ve bu sorunların nasıl çözülebileceği konusunda katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Yürütme Organı, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanının Görev Süresi.*



THE PROBLEM OF DETERMINING THE LENGTH OF THE PRESIDENT'S TERM

ABSTRACT

There are two significant problems concerning term of office of the incumbent President of the Turkish Republic. On the one hand, one should clarify by which legal instrument the term of office of the President is going to be determined. On the other hand, one should settle the length of the President's term. This research note aims at contributing to these debates.

Keywords: *Executive Power, President of the Republic, Term of Office of the President of the Republic.*

1. 11. CUMHURBAŞKANI ABDULLAH GÜL'ÜN GÖREV SÜRESİ BELLİ OLDU MU?

Kaynağı Akşam Gazetesi olarak gösterilen 18 Ağustos 2011 tarihli habere^[1] göre, “Gül’ün görev süresi belli oldu.”. Haber, ayrıntısında Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Mustafa ELİTAŞ’ın konuyla ilgili beyanlarını içermektedir. Habere göre ELİTAŞ, “...Cumhurbaşkanı’nın görev süresini de anayasa değişikliğiyle 7 yıldan 5 yıla indirdik. Ama bu düzenleme de bir sonraki cumhurbaşkanının görev süresi için geçerli... .. Cumhurbaşkanlığı seçildiğinde yürürlükte olan yasa ne ise o süre kadar görev yapar. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül seçildiğinde görev süresinin 7 yıl olmasını öngören anayasa hükmü vardı. Bu yüzden 7 yıl görev yapacak. Aksi halde siz 5 yıla düşürürseniz, yarın bir başkası gelir, ‘Ben de 3 yıla indirdim’ der. Hatta başka iktidar gelir ‘Ben de seni şimdi görevden alıyorum’ der. Cumhurbaşkanı, devletin, 74 milyonun temsilcisidir. Görev süresi ile oynarsanız, o makamı hafifletirsiniz.” şeklinde beyanda bulunmuştur. Acaba iktidar partisi grup başkanvekilinin cumhurbaşkanının görev süresi hakkında bu tür bir beyanda bulunması ne anlama geliyor olabilir ve bu beyanla birlikte gerçekten “Gül’ün görev süresi belli oldu.” mu? Burada öncelikle kısaca esas “sorun”u özetleyip, bu sorunla ilgili olarak ortaya koyduğumuz bu soruyu cevaplamaya çalışacağız.

Dönemin Kayseri Milletvekili Abdullah GÜL’ün 28.08.2007 tarih ve 26.627 sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete’de yayınlanan aynı tarihli meclis kararıyla, Türkiye Cumhuriyeti’nin 11. Cumhurbaşkanı olarak seçilmesinin ardından, cumhurbaşkanlığı statüsüne ilişkin hükümler içeren 5678 sayılı Kanunun öngördüğü anayasa değişiklikleri 21.10.2007 tarihli halkoylaması ile kabul edilmiştir. Bu kapsamda yapılan önemli değişikliklerden birisi de cumhurbaşkanının görev süresine ilişkindir; değişiklik öncesi cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıl olarak öngörülmüşken değişiklik bu süreyi beş yıl olarak belirlemiştir. Böylece, süreye ilişkin değişikliğin 11. Cumhurbaşkanı’nın görev süresiyle ilgili olarak da uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorun birçok hukukçu tarafından ele alınmış ve çeşitli iletişim araçları vasıtasıyla tartışılmıştır.^[2] Bu

[1] “Gül’ün görev süresi 7 yıl”, Akşam Gazetesi, 18.08.2011. Aynı haber şu kaynaklarda da yer almıştır: “Gül’ün görev süresi belli oldu”, Milliyet Gazetesi, 18.08.2011, “Gül’ün görev süresi belli oldu mu?”, Cumhuriyet Gazetesi, 18.08.2011, “Gül’ün görev süresi belli oldu”, Sabah Gazetesi, 18.08.2011, “ABDULLAH GÜL’ÜN GÖREV SÜRESİ BELLİ OLDU”, odatv.com, 18.08.2011.

[2] Tartışmaların bir özeti için şu çalışmaya bakılabilir: Cengiz GÜL, “Türkiye’de Cumhurbaşkanının Görev Süresine İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme”, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül 2010, Sayı 103. (Kaynak bir internet yayını olduğu için yaptığımız atıflarda sayfa numarası veremiyoruz. Eserin biçimsel

tartışmalara “2” numaralı başlıkta değineceğiz. Burada, başka bir hususa dikkat çekmek istiyoruz. Dikkat çekmek istediğimiz noktaya gelebilmek için öncelikle tartışmalara ilişkin şu tespitleri belirtmek gerektiği kanaatindeyiz. Bir defa, şu anda görevde bulunan Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin ne olacağı konusu, hukuki boyutu itibarıyla oldukça tartışmalıdır, bu hususta ne doktrinde ne de bu konuda söz söyleyen siyasi çevrelerde bir görüş birliği mevcuttur. Özellikle doktrinde bu konuda bir görüş birliğinin olmaması, konuya ilişkin hukuki bir boşluğun bulunduğu önemli bir işaret, hiç değilse, sorunun “yorum” yoluyla çözüleceğine ilişkin kuvvetli bir kanıttır. Öyleyse, konuyla ilgili hukuken yetkili bir irade söz söyleyecek, varsa başka yetkili iradeler buna karşılık verecek ve son olarak hukuken söz söyleyebilecek bir irade kalmadığında^[3] sorun çözülmüş sayılacaktır. Şimdi bu tespitler ışığında birinci paragrafta sorduğumuz soruya cevap arayalım.

Türkiye Cumhuriyeti 11. Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL'ün görev süresinin kim tarafından nasıl tespit edilebileceğine ilişkin çeşitli olasılıklar üzerinde durulabilir. Bir defa, yukarıda belirttiğimiz gibi, sorunun hukuki bir boşluğa işaret ettiği kabul edilmelidir. Özellikle sorunun kaynağı sayılabilecek anayasa değişiklikleri içerisinde çözüme ilişkin bir geçiş hükmünün bulunmayışı, bir hukuki boşluğun mevcut olduğu yönünde bir başka önemli veridir. Bu halde akla gelen ilk kuvvetli olasılık, bunu engelleyen bir anayasa hükmü olmadığına göre, sorunun çözümüne ilişkin bir yasal düzenleme yapılmasıdır. Hatta “Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usûl ve esaslar kanunla düzenlenir.” hükmünü gösteren, Anayasa'nın 102. maddesinin son fıkrası karşısında, bunun anayasal bir zorunluluk olduğu dahi savunulabilir. Yasal düzenlemenin yapılması halinde ise karşımıza iki ihtimal çıkar. Ya yasal düzenlemeye göre davranılır ve yasal düzenlemenin öngördüğü biçimde sorun çözülmüş olur; ya da söz konusu olası yasal düzenleme Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne götürülür ve sonuçta son sözü Mahkeme söyler. Akla gelen ikinci olasılık, yasama organının sorunun çözümüne ilişkin herhangi bir işlem tesis etmemesidir. Bu durumda, belirleyici olacak olan cumhurbaşkanı seçimi sürecine ilişkin hukuken yetkili konumda bulunan Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK'nın) tavrıdır. Bu ihtimalde, ya YSK, cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğunu kabul edip buna göre seçim takvimini başlatacak, ya da bunu yapmayacak ve görev süresini yedi yıl olarak

kurgusu nedeniyle, net ve anlaşılır bir biçimde paragraf sayısı verilebileceği kanaatinde de değiliz. Bu yüzden, bu kaynağa yaptığımız atıflarda eseri göstermekle yetiniyoruz.) Ayrıca bkz.: Kürşat ERDİL, Ömer KESKİNSOY, “Cumhurbaşkanının Görev Süresi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı:2010/1, s. 253-258.

[3] Kemal GÖZLER, hukuken son sözü söylemeye yetkili olan iradeye “otantik yorumcu” demektedir. Bunun için bkz: Kemal GÖZLER, Hukukun Genel Teorisine Giriş –Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu-, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s.192.

kabul ettiği anlaşılacaktır.^[4] Nihayet her iki ihtimalle ilgili olarak vurgulamak gerekir ki, sorunun çözümüne ilişkin bir yasal düzenleme yapılsa bile, söz konusu olası yasal düzenlemede öngörülenden farklı bir çözüm, YSK tarafından benimsenebilir. Özellikle konunun esasına ilişkin tartışmaların “hukukun genel ilkeleri” ve “hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanması sorunu” gibi, yasal düzenleme alanının bir adım ötesindeki bağlamlarda yürütülmesi, bu ihtimali akla getirmektedir.^[5]

Şimdi kısaca çıkış noktamız olan haberde yer verilen beyanların ne anlama gelebileceği üzerinde durup vardığımız noktayla bağlantısını kurarak sonuca ulaşmaya çalışalım. Söz konusu haberde yer verilen beyanlar, İktidar Partisi Grup Başkanvekili tarafından ortaya konulmuştur. Fikrimizce, ya İktidar Partisi, üzerinde durulan sorunun çözümüne ilişkin bir yasal düzenleme yapmayı planlamaktadır ve söz konusu beyanlar buna işaret etmektedir; ya da İktidar Partisi bu türden bir yasal düzenleme yapmayı planlamamaktadır, ancak konuya ilişkin siyasi ve bu “yön”den çok da ayrı olmamak üzere hukuki değerlendirmesini ortaya koymaktadır. Böylece, bu beyanlarla birlikte bu aşamada, sorunun çözülmüş olduğu sonucuna varılamayacağı kanaatindeyiz. Çünkü henüz sorunun çözümüne ilişkin hukuken son sözü söylemeye yetkili olanların^[6] iradesi belirmemiştir. Henüz İktidar Partisinin konuyla ilgili görüşünü ortaya koyduğu ve sergileyeceği tavır belli ettiği^[7] iddia edilebilir, ancak bu, tartışmaların son bulunduğu anlamına gelmez. Hatta söz konusu beyanlar bir yasal düzenlemenin işareti olarak değerlendirilirse, bir yasal düzenlemenin yapılmasıyla AYM’nin de sürece dahil olacağı ve tartışmanın bir başka düzlemde daha yürütüleceği ihtimalinin kuvvetli olduğu sonucuna varılabilir. Öte yandan, yapılan değerlendirmeler, yani haberde yer verilen beyanlar, konuya ilişkin sonucun siyasi davranışlarla netleştirilmesine yönelik adımlar olarak da nitelendirilebilir. Bu

[4] YSK görüşünü, yapılacak bir başvuruya vereceği cevapla ya da seçimlerin yönetim ve denetimine ilişkin anayasal yetkisine (m.79) dayanarak yürüttüğü faaliyeti çerçevesinde kendiliğinden yapabileceği açıklamayla da ortaya koyabilir. Nitekim YSK başkanı Ali EM’in konuya ilişkin basına yansıyan bir beyanına dayanılarak, sürecin sonuna doğru YSK’nın konuyla ilgili karar alıp bir açıklama yapacağı tahmin edilebilir. (Sözünü ettiğimiz açıklamanın yer aldığı haber için bkz.: “YSK: Cumhurbaşkanının görev süresi...”, samanyoluhaber.com, 29.09.2010.)

[5] Bu tartışmalara “2” numaralı başlıkta ayrıntılı olarak değineceğiz.

[6] Bunların AYM ve YSK olduğunu yukarıda ifade etmiştik.

[7] İktidar Partisinin bazı mensupları bu konuda daha önce de beyanlarda bulunmuştur, ancak önceki beyanlar daha çok kişisel görüşler olarak algılanmaktadır. Örneğin, Burhan KUZU’nun konuya ilişkin görüşü için bkz.: “Cumhurbaşkanı’nın görev süresi 7 yıldır”, Yeni Şafak Gazetesi, 16.02.2010. Yine Bülent ARINÇ’ın farklı açıklamaları için bkz.: “Arınç: Cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldır”, Zaman Gazetesi, 18.08.2010, “Cumhurbaşkanının görev süresi 5 yıl olmalı” sözleri tartışma yarattı”, Milliyet Gazetesi, 17.08.2010.

kuvvetli bir olasılık gibi görünmekle birlikte, bu adımın, henüz sorunu çözüm aşamasına getirdiği söylenemez. Öyleyse, cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin hukuki sorun henüz çözülmemiş olup, bu sorun cumhurbaşkanının göreve başlamasından sonraki beş yıllık sürenin sonuna yaklaşıldıkça daha sık gündeme gelecek gibi görünmektedir.

Sorunun henüz çözülmediği tespitini, ne zaman çözülmüş sayılabileceği sorusu izlemektedir. Şimdi bu soruya aslında yukarıdaki değerlendirmelerimiz içerisinde verdiğimiz cevabı özetleyip daha açık bir hale getirelim ve bu cevaba dayanarak bir adım öteye gidip çözüme nasıl ulaşılması gerektiği noktasındaki fikrimizi ortaya koyalım.

Yukarıda belirttiğimiz gibi sorun, hukuken son sözü söylemeye yetkili olan iradenin sözünü söylemesiyle birlikte çözülmüş sayılır. Bu halde, yukarıda işaret ettiğimiz süreçler çerçevesinde YSK'nın veya AYM'nin sürece dahil olup karar vermesinden sonra sorun çözülmüş sayılacaktır. Peki, çözüme nasıl ulaşılmalı, bu aşamada ne yapılmalıdır? Kanaatimizce sistem içerisinde, hukuka uygun bir çözüm şu şekilde geliştirilebilir: Bir defa içinde bulunulan duruma göre 11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresine ilişkin bir hukuk boşluğu bulunmaktadır, bu boşluk kesin ve güvenceli olarak ancak yasal düzenleme ile doldurulabilir. Diğer taraftan cumhurbaşkanı seçimi sürecini YSK yürüteceği için YSK her durumda sürece dahil olacak ve bir biçimde son sözü o söyleyecektir. Bunun için, YSK'nın yasa yapım sürecine dahil edilmesi gerekir. Yasa yapım sürecinde YSK'nın görüşünün alınmaması, Kurul'un yasada öngörülecek olandan farklı bir görüşte olması durumunda, yasada öngörülenle uygulamanın farklı olmasına yol açabilir. Bu, sistem içerisindeki aktörlerin çatışması demektir ve özellikle kurumlar dengesi ve kuvvetler ayrılığı prensibi yönünden istenmeyen bir şeydir. O halde yapılması gereken, YSK'nın görüşünün alınması ve bu görüş doğrultusunda yasal düzenlemeye gidilmesidir. Yasal düzenleme yapılması halinde de konunun AYM önüne götürüleceği oldukça kuvvetli bir ihtimaldir. Ancak kanaatimizce AYM'nin bu konuda bir iptal kararı verme olasılığı çok düşüktür. Çünkü özellikle Anayasa'nın 102. maddesinin son fıkrası karşısında, sorunlu konuda yasal düzenleme yapılmasının Anayasa'ya aykırı olacağı sonucuna varmak zordur. Şimdi sorunun esasına geçelim.

2. 11. CUMHURBAŞKANI ABDULLAH GÜL'ÜN GÖREV SÜRESİ NE KADARDIR (KAÇ YILDIR)?

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız sorunu daha açık ve ayrıntılı bir biçimde ortaya koyalım. Sorunun ortaya çıkmasına yol açan olaylar şöyle gelişmiştir. Dönemin Kayseri Milletvekili Abdullah GÜL, 28.08.2007 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi(TBMM) tarafından 11. Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Cumhurbaşkanının görev süresini gösteren anayasa hükmünde değişiklik getiren ve TBMM tarafından 31.05.2007 tarihinde kabul edilen 5678 sayılı Kanun ise, 16.06.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmış ve 21.10.2007 tarihli halkoylaması ile kabul edilip halkoylamasının sonuçlarının 31.10.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Burada bazı hususların özellikle altını çizmek gerekir. 11. Cumhurbaşkanı'nın seçildiği tarihte görev süresini gösteren Anayasa hükmü önceki hükümdür, bu hükme göre görev süresi yedi yıldır. Yine cumhurbaşkanının seçildiği tarihte, görev süresini değiştirecek olan kural, TBMM'de kabul edilmiş ancak henüz halkoylamasına sunulmamıştır. Yani hukuken henüz işlem tamamlanmamış ve bunun mantıksal bir uzantısı fakat bundan başka bir şey olmak üzere, yürürlüğe de girmemiştir. Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olduğunu öngören Anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılıp bu süreyi beş yıl olarak değiştiren düzenlemenin yürürlüğe konulmasıyla birlikte, bu tarihte görevi devam eden 11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin kaç yıl olacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorun çok farklı yönlerden ele alınmış ve tartışılmıştır. Tartışmaların temel olarak siyasi ve hukuki olmak üzere iki farklı bakış açısıyla yürütüldüğü söylenebilir. Bu iki tür bakış açısı, kimi zaman sorunun doğası gereği iç içe geçmekte ve görüş bu karmaşık yapıda oluşmaktaysa da, biz burada daha çok sorunun hukuki boyutu üzerinde durmaya çalışacağız. Bu nedenle, çalışmamızın bu bölümünde hukuki yönünün ağır bastığını düşündüğümüz görüş ve değerlendirmelere yer vermeye gayret edeceğiz. Bu çerçevede, tartışmaların üç aşamada izlenebileceği kanaatindeyiz. Buna göre, ilk olarak tartışmaların "kazanılmış hak" kavramı odaklı boyutunu inceleyip, daha sonra sırasıyla cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl ve beş yıl olduğu görüşleri ile bunların gerekçeleri üzerinde duracağız.

A. KAZANILMIŞ HAK TARTIŞMASI

Sorunun çözümüne ilişkin gündeme gelen tartışmalardan birisi 11. Cumhurbaşkanı'nın yedi yıl görev yapma yönünde bir kazanılmış hakkının bulunup bulunmadığıdır. Kazanılmış hak kavramının idare hukukundaki

görünümünden yola çıkan Bülent YAVUZ'a göre, özetle, kazanılmış haktan söz edilebilmesi için kanun ya da diğer düzenleyici işlemlerle yaratılan bir hukuki durumun bireyselleşmiş olması gerekir. Cumhurbaşkanı'nın seçildiği dönemde Anayasa hükmüyle yaratılan hukuki durum kişiselleşmiştir, cumhurbaşkanlığı statüsü tüm hüküm ve sonuçlarıyla hukuka uygun bir şekilde elde edilmiştir. Bu halde burada kazanılmış hakkın varlığından söz edilir ve buna göre görev süresi yedi yıl olmalıdır.^[8] Birçok yazar ise burada bir kazanılmış haktan söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bunların bir kısmı doğrudan, kamu hukukunda ya da anayasa karşısında kazanılmış haktan söz edilemeyeceğini ileri sürerken,^[9] bir kısmı da mevcut durumu değerlendirmekte ve somut olayda bir kazanılmış hak bulunmadığını iddia etmektedir.

Jean MARCOU ve Mustafa KOÇAK'a göre burada kazanılmış haktan söz edilemez, çünkü kazanılmış haktan söz edilebilmesi için ortada mülkiyet hakkına ilişkin bir konunun olması gerekir.^[10]

Anayasa hukukunda kazanılmış hak kavramıyla karşılaşıldığında çoğunlukla atfı yapılan kararlarına^[11] göre Anayasa Mahkemesi, kazanılmış hakkın varlığından söz edilebilmesi için (1) hakkın elde edildiği anda yürürlükte olan kurallara uygun şekilde ve (2) bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması

- [8] Bülent YAVUZ, "2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Haziran-Aralık 2008, Sayı I-II, s.1173-1214. (Aslında YAVUZ, bu görüşünü temel olarak, makalesinde ele aldığı bir başka sorun olan, 2007 Anayasa değişiklikleri ile yasama döneminin beş yıldan dört yıla indirilmesinin, değişikliğin yapıldığı tarihte görevi devam eden 23. Dönem yasama organını etkileyip etkilemeyeceği, bu dönem milletvekillerinin kazanılmış haklarının olup olmadığı tartışması bağlamında geliştirmiştir. (YAVUZ, age. s. 1183,1184) YAVUZ, Aynı eserde, konumuz olan sorunu tartışırken de kazanılmış hakla ilgili olarak öncesinde yürüttüğü, sözünü ettiğimiz bu tartışmayı ele aldığı bölüme atfı yapmış ve bu ikinci tartışmada da görüşünün ilkinde paralel olduğunu ifade etmiştir. (YAVUZ, age. s. 1199,1200))
- [9] Örneğin, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU "Anayasa karşısında kazanılmış haktan söz edilemez..." demektedir. (Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2011, Sayı 94, Sayfa 329-358. s.340.) Yine, örneğin Hikmet Sami TÜRK'e göre "Kamu hukukunda kazanılmış hak yoktur." (Açıklamanın yer aldığı haber için bkz.: "Cumhurbaşkanının görev süresi 5 yıl olmalı" sözleri tartışma yarattı", Milliyet Gazetesi, 17.08.2010.) Mustafa ERDOĞAN konuya ilişkin görüşünü belirtirken "kamu hukukunda 'kazanılmış haktan değil...' bir başka şeyden söz edileceği noktasından hareket etmektedir. (Bu görüşe daha sonra daha kapsamlı değineceğiz.) Bu açıklama için bkz.: "Cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldır", Star Gazetesi, 13.02.2010.
- [10] Prof. Dr. Jean MARCOU'nun konuya ilişkin bu ve diğer görüşlerini kendisiyle yapılan kapsamlı bir söyleşiden öğrenmekteyiz. Bu söyleşinin metni için bkz.: "Yedi yıllığına seçilmiş biri zaten yedi yıl görev yapar", Milliyet Gazetesi, 21.02.2010. Mustafa KOÇAK'ın değerlendirmesi için bkz.: "Cumhurbaşkanının görev süresi", Radikal Gazetesi, 03.09.2010.
- [11] E.1986/3, K. 1986/15, k.t. 3.7.1986, AMKD, Sayı 22, s. 175; E. 1991/9, K. 1991/36, k.t. 8.10.1991, RG, 9 Mayıs 1992, s. 17.

koşullarını aramaktadır.^[12] Bir statü ve bu statüden kaynaklanan bir takım haklar söz konusu olduğunda, bu haklardan herhangi birinin kazanılmış hak sayılıp sayılamayacağı hususunda şu esas belirleyicidir. Bir hakkın fiilen bütün sonuçlarıyla elde edilmiş olması koşulunun tamamlanmış sayılabilmesi için, kişinin hakkın kaynağı olan statüye girmiş olması yeterli değildir; kişi yönünden girdiği statüden kaynaklı belirli bir hakkın tahakkuk etmiş, kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş olması şarttır ve ancak bu özellikleri taşıyan belirli bir hakkın kazanılmış hak niteliğinde olduğu sonucuna varılabilir.^[13] Yani, bir statüye girilmekle, o statüden kaynaklanan beklemece haklar o statüye giren kişi yönünden kazanılmış hak niteliğini kazanmaz. O halde bir statüye ilişkin kural işlemde yapılan değişiklik, o statüde bulunan kişiyi etkiler, sadece o statüden kaynaklanan ve yukarıda belirtilen özellikleri taşıyan belirli hakları etkilemez. Cengiz GÜLe göre, cumhurbaşkanının statüsü devam ederken yapılan görev süresine ilişkin değişiklik, anayasal boyuttaki bir kural işlemle yapılan bir değişikliktir ve kazanılmış hak kapsamında değerlendirilemez.^[14]

Kamu hukukunda veya anayasa karşısında kazanılmış haktan söz edilemeyeceği görüşlerine katılmadığımız gibi, kazanılmış haktan söz edilebilmesi için mülkiyet hakkına ilişkin bir konunun bulunması gerektiği kanaatinde de değiliz. Bir defa kazanılmış haklara saygı kuralı, kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanabilmesi amacına yönelik olup, bu yönüyle hukuk devleti ilkesiyle bağlantılıdır.^[15] Bu noktada altının çizilmesi gereken husus, konunun kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle olan ilişkisidir. Bu bağlamda, gördüğümüz kadarıyla, sözünü ettiğimiz kural ve ilkeler, nihayetinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma amacına yöneliktir.^[16] Kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kapsamı mülkiyet hakkından çok daha geniştir ve doğrudan anayasadan ve kamu hukuku işlemlerinden bu kapsamı ilgilendiren sonuçlar doğabilir, doğduğunda da yorum, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacına yönelik olarak yapılmalıdır. Bu nedenlerle, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla, bir kamu hukuku statüsünden kaynaklı belirli bir kişisel hakkın korunması için kazanılmış haklara saygı kuralının işletilmesi ihtiyacı söz konusu olabilir. Öte yandan, belirli bir kişinin cumhurbaşkanlığı statüsüne girmesiyle kullanmakla

[12] Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 131.

[13] ÖZBUDUN, *age.* s. 131,132.

[14] GÜL, *age.*

[15] Kazanılmış haklara saygı ile hukuki güvenlik ilkesi bağlantısına ilişkin açıklamalar için bkz.: Mehmet ALTUNDİŞ, "Hukuki Güvenlik İlkesi", *Yasama Dergisi*, Sayı 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, Sayfa 60-94, s.83 vd.

[16] Tüm esas kuruluşun insan haklarının tanınması ve korunması amacına yönelik olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz.: İoanna KUÇURADİ, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2007, s.55 vd.

görevlendirildiği yetkiler, o kişinin sahip olduğu bir takım haklar niteliğinde değildir. Aynı kapsamda olmak üzere, kişinin bu yetkileri kullanabileceği süre de o kişi yönünden bir hak doğurmaz. Bu nedenle, bizce somut olayda kazanılmış haklara saygı ilkesine başvurulamaz. Tartışılan konu, örneğin cumhurbaşkanlığı statüsünün o statüye giren kişi bakımından sağladığı birtakım özlük haklarının korunup korunmayacağı olsaydı, bu konu kazanılmış hak kavramı çerçevesinde değerlendirilebilirdi, ancak kanaatimizce cumhurbaşkanlığı statüsünün getirdiği kamusal yetkiler ve bu yetkilerin kullanılma süresi, bu çerçevede değerlendirilebilecek nitelikte değildir. Şimdi sorunun çözümüne ilişkin diğer argüman ve görüşlere bakalım.

B. “11. CUMHURBAŞKANI’NIN GÖREV SÜRESİ YEDİ YILDIR” GÖRÜŞÜ

Türkiye’yi iyi tanıdığı iddia edilen Fransız hukukçu Jean MARCOU’ya göre, 11. Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL’ün görev süresi yedi yıldır, çünkü kamu hukukunda reformlar geleceğe etki eden sonuçlar doğurur, geçmişe dönük olmaz. MARCOU’ya göre, “Yasaların geriye yürümezliği” ilkesinin gereği olarak görev süresinin yedi yıl olduğu kabul edilmelidir. Yasaların geriye yürümezliği esası, aynı zamanda hukuki güvenlik ilkesine de dayanır, hukuki güvenlik ilkesi de kişilerin göreve geldikleri zaman o göreve bağlı sonuçların neler olabileceğini bilecek durumda olmalarını gerektirir. Bu da, kişi göreve geldiğinde yürürlükte olan kuralın kendisine uygulanmasıyla sağlanabilir.^[17] Erdoğan TEZİÇ de, 11. Cumhurbaşkanı’nın görev süresinin yedi yıl olması gerektiği kanaatindedir. TEZİÇ’e göre Cumhurbaşkanı yeni kurala tabi kılınırsa, onu göreve getiren irade yok sayılmış, sistemin yapısı bozulmuş ve süre kısaltma yoluyla cumhurbaşkanı görevden azledilmiş olur ve bunlar hukuka aykırıdır.^[18] Görev süresinin yedi yıl olması gerektiğini öne süren yazarlardan birisi de Mustafa ERDOĞAN’dır. Yazara göre, burada “görev süresinin henüz dolmadığı”ndan veya “statüden usulüne uygun olarak ayırma veya ayrılma”dan söz etmek gerekir. “Statüden usulüne uygun olarak ayırma veya ayrılma” esasının gerçekleştirilebilmesi için ise, cumhurbaşkanının seçildiği sırada öngörülmüş olan yedi yıllık sürenin doldurulması gerekir. Aksi bir uygulama, cumhurbaşkanının fiilen görevden alınması anlamına gelir ve bu hukuka aykırıdır. Böyle bir şey ancak anayasa değişikliği ile yapılabilir.^[19]

[17] “Yedi yıllığına seçilmiş biri zaten yedi yıl görev yapar”, Milliyet Gazetesi, 21.02.2010. Aynı görüşlerin özeti için ayrıca bkz. GÜL, age.

[18] Oktay EKŞİ’nin 01.10.2009 tarihli köşe yazısından aktaran: YAVUZ, age. s.1201.

[19] “Cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldır”, Star Gazetesi, 13.02.2010.

Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin yedi yıl olması gerektiği görüşü öne sürülürken atıf yapılan Fransa örneğine de değinmek gerekir. Fransa'da Jacques Chirac 1995 yılında, cumhurbaşkanı seçilmiştir ve bu dönemde Anayasa'da görev süresi yedi yıl olarak öngörülmüştü. Daha sonra cumhurbaşkanının görev süresinin değiştirilmesi konusu gündeme gelmiş, bu konu doğrudan Cumhurbaşkanlığı'nın kendisi ve düzenlemenin yapılabilmesi noktasında etkili olacak diğer siyasal aktörler arasında görüşülmüş, Chirac'ın yedi yılın sonuna kadar görev yapması şartıyla, 2000 yılında cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olarak değiştirilmiştir. Sonuçta, herhangi bir geçiş hükmünün de öngörülmemesine rağmen mevcut cumhurbaşkanı herhangi bir itirazla karşılaşmadan yedi yıllık süre dolana kadar görevde kalmıştır.^[20] Mustafa KOÇAK, bu örneğin Türkiye'de tartışılan problem bakımından bir ölçü olmayacağını ileri sürmektedir. Buna göre, Fransa'da değişiklik yapılmadan önce, tüm siyasal aktörler değişiklikten mevcut cumhurbaşkanının etkilenmeyeceği konusunda anlaşmaya varmışlardır, oysa Türkiye'de bu tür bir anlaşmaya varmak için bir görüşme sürecinden dahi geçilmemiştir. Ayrıca, Abdullah GÜL seçildiğinde görev süresine ilişkin değişikliğin yasallaşmış ve halkoyuna sunulmuş olması da durumları farklılaştıran önemli bir etkidir.^[21] Buradan hareketle, Chirac'ın göreve geldiğinde görev yapacağı süreye ilişkin öngörüsünün tartışma bakımından önem taşıdığı ve bunun, Chirac'ın sürece dahil edilmesini ve sonuçta görev süresinin korunması koşullunu öne sürmesini meşrulaştırdığı sonucuna varılabilir.^[22]

C. "11. CUMHURBAŞKANI'NIN GÖREV SÜRESİ BEŞ YILDIR" GÖRÜŞÜ

11. Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL'ün görev süresinin beş yıl kabul edilmesi gerektiğini savunanlar görüşlerini ortaya koyarken, çoğunlukla, bu tartışmada kazanılmış hak kavramının kullanılmayacağı yönündeki eleştiriyle işe başlamaktadırlar.^[23] Ancak, bu tartışma yönünden kazanılmış hak kavramına başvurulamayacağını veya somut olayda kazanılmış hakkın söz konusu olmadığını ileri sürmek, kendiliğinden görev süresine ilişkin yeni kuralın uygulanacağı görüşünün savunulmasını gerektirmez, çünkü tartışma başka argümanlarla da

[20] "Cumhurbaşkanının görev süresi", Radikal Gazetesi, 03.09.2010.

[21] "Cumhurbaşkanının görev süresi", Radikal Gazetesi, 03.09.2010.

[22] Cengiz GÜL de Fransa örneği bakımından etkin siyasal konumdakiler arasındaki uzlaşmanın önemine dikkat çekmiştir. (GÜL, age.)

[23] Örneğin, Hikmet Sami TÜRK: "Cumhurbaşkanının görev süresi 5 yıl olmalı" sözleri tartışma yarattı", Milliyet Gazetesi, 17.08.2010. Kemal GÖZLER: Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2010, s.314.

yürütülebilir.^[24] Bu nedenle, görev süresinin beş yıl olacağı yönünde, kazanılmış hak kavramının bu tartışmada kullanılmayacağı veya somut olay yönünden kazanılmış hakkın söz konusu olmadığı fikrinden başka bir takım önemli argümanlar da ileri sürülmüştür. Şimdi bunları inceleyelim.

Hikmet Sami TÜRK'e göre, statüde yapılan değişiklik, derhal uygulanır. Nasıl örneğin, cumhurbaşkanını Anayasa'nın 104. maddesinde gösterilen görev ve yetkilerinde yapılacak bir değişiklik değişikliğin yapılacağı anda görevi devam eden cumhurbaşkanı için de geçerli olacaksa, görev süresinde yapılan değişiklik de bunun gibi derhal uygulanır.^[25] Aynı hususa Mustafa KOÇAK da dikkat çekmiştir. KOÇAK, bu noktaya "Cumhurbaşkanının statüsünün bir parçası olan Anayasa Mahkemesi üyelerini seçme yetkisi (Any. Md.104/2-c) kaldırılıp yerine yeni bir düzenleme getirilmiş olsaydı acaba boşalan Anayasa Mahkemesi üyeliklerine Cumhurbaşkanı eski statüsü gereği yeniden üye seçmeye devam edebilecek miydi?" sorusuyla vurgu yapmaktadır.^[26] Ergun ÖZBUDUN da mevcut cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğu kanaatinde dir. ÖZBUDUN'a göre kamusal statülerde mutabakat olmaz, şu anda yürürlükte bulunan düzenlemeye göre cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır ve bu sürenin uygulanması gerekir. Bunun için gerekirse yasal düzenleme de yapılabilir.^[27] Kemal GÖZLER'e göre ise, cumhurbaşkanının görev süresi tarafların irade serbestisiyle belirlenen akdi bir durum olmayıp "kanuni ve nizami" bir durumdur. Böyle durumlarda da kanunların derhal uygulanması ilkesi geçerlidir. Cumhurbaşkanının görev süresinin belirlenmesine ilişkin bir boşluk var ise, bu boşluk kamu görevlisinin statüsüne kıyasen doldurulur. Kamu görevlisinin statüsüne ilişkin değişikliğin de derhal uygulanacağı kabul edilmektedir. O halde cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin değişiklik de derhal uygulanmalıdır.^[28] Cengiz GÜL'e göre de, kamu hukukunda devam eden hukuki statülere ilişkin düzenleme ve değişiklikler derhal uygulanmalıdır. Değişiklik öncesi var olan hak ve imkanlar değişiklikle ortadan kaldırılıyorsa, değişiklik sonrası devam etmez.^[29] Yine, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU'na göre, Anayasada yapılan değişiklik herkes için bağlayıcıdır, anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği cumhurbaşkanının görev süresi Anayasa'da şu anda yer alan hükme göre hesaplanmalı, yani beş yıl olarak

[24] Kaldı ki görev süresinin yedi yıl olması gerektiğini savunan çoğu yazar da burada kazanılmış haktan söz edilemeyeceği görüşündendir. Jean MARCOU ("Yedi yıllığına seçilmiş biri zaten yedi yıl görev yapar", Milliyet Gazetesi, 21.02.2010.) ve Mustafa ERDOĞAN ("Cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldır", Star Gazetesi, 13.02.2010.) bu görüştedir.

[25] "Cumhurbaşkanının görev süresi 5 yıl olmalı" sözleri tartışma yarattı", Milliyet Gazetesi, 17.08.2010.

[26] "Cumhurbaşkanının görev süresi", Radikal Gazetesi, 03.09.2010.

[27] "Arınç'ın sözlerini hukukçular tartışıyor", Cumhuriyet Gazetesi, 17.08.2010.

[28] GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri. s. 314.

[29] GÜL, age.

kabul edilmelidir.^[30] Erdener YURTCAN'a göre de, aksine bir hüküm yoksa "kanunların derhal tatbik edilmesi" ilkesi gereği, yeni norm ve kurallar derhal uygulanır; cumhurbaşkanının görev süresi konusunda değişiklik getirilirken geçici hükümlerle bu değişiklikten 11. Cumhurbaşkanı'nın etkilenmeyeceği düzenlenmediğine göre, görev süresi beş yıldır.^[31]

11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin beş yıl olması gerektiğini öne sürenlerin atfı yaptığı önemli bir örnekten^[32] söz etmek gerekir. 1921 Anayasası'nın 5. maddesine göre yasama dönemi iki yıl olarak düzenlenmiştir.^[33] 1924 Anayasası'nın 13. maddesinde ise yasama dönemi dört yıl olarak belirlenmiştir.^[34] Bu değişikliğe rağmen, 1921 Anayasası döneminde, 11.08.1923'te göreve başlayan ikinci dönem meclis,^[35] 1924 Anayasası'nın kabulünden sonra devam etmiş ve sonuçta dört yıl görev yapmıştır. Yasama dönemi süresinde yapılan değişikliğin, eski hüküm yürürlükteyken seçilen İkinci Meclis'e uygulanıp uygulanmayacağı o dönem tartışılmış, sonuçta İkinci Meclis, yeni hükmün öngördüğü dört yıllık sürenin sonuna kadar görev yapmıştır.^[36]

D. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, şimdiye kadar tartışmaların hukuki boyutu itibarıyla, yukarıda özetlemeye çalıştığımız görüşler öne çıkmıştır. Bizce, cumhurbaşkanının görev süresinin kaç yıl olacağına ilişkin tartışma, ipuçlarını yukarıda özetlemeye çalıştığımız görüşlerde bulduğumuz şu fikirlerle geliştirilebilir. İlk olarak, "Acaba tali kurucu iktidarın, görevi devam eden cumhurbaşkanının görev süresini değiştirme yetkisi var mıdır?" sorusuyla bir yol bulunabilir. Bu soruya cevap verirken ikili bir ayırım yapılabilir. Buna göre, yapılan değişiklik görev süresini kısaltıyorsa, bu durumda cumhurbaşkanını görevden alma yetkisi bulunmayan iradenin, görev süresini değiştirerek bunu sağladığı, bunun bir tür "yetkinin kötüye kullanılması" ya da anayasayı dolanma olduğu ve hukuka uygun sayılamayacağı sonucuna varılabilir. Görev süresinin artırılması durumunda ise aynı sonuca varılamaz. Çünkü görev süresinin artırılması, cumhurbaşkanını fiilen görevden alınması ya da azledilmesi

[30] ALİEFENDİOĞLU, age. s. 340,341.

[31] "Cumhurbaşkanının Görev Süresi...", Cumhuriyet Gazetesi, 30.09.2010.

[32] Örneğin Mustafa KOÇAK bu örneklerden söz etmektedir. ("Cumhurbaşkanının görev süresi", Radikal Gazetesi, 03.09.2010.)

[33] Suna KİLLİ, Şeref GÖZÜBÜYÜK, Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Baskı, Eylül 2006, s.105.

[34] KİLLİ, GÖZÜBÜYÜK, age. s.129.

[35] Bülent TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri(1789-1980),Yapı Kredi Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, Ekim 2002, s.282.

[36] TANÖR, age. s.297.

niteliğinde sayılamayacaktır. Dikkat edilirse, bu noktada az önce ifade ettiğimiz “cumhurbaşkanının görev süresini kısaltan bir değişikliğin, görevi devam eden cumhurbaşkanına uygulanamayacağı” görüşü, tali kurucu iktidarın cumhurbaşkanını görevden alma yetkisinin bulunmadığı varsayımına ya da ön kabulüne dayanmaktadır. Acaba gerçekten öyle mi, tali kurucu iktidarın cumhurbaşkanını görevden alma yetkisi yok mu? Bizce sözünü ettiğimiz düşüncenin kabul edilebilirliğini sınavabilmek için bu noktanın tartışılması da şarttır. Cumhurbaşkanlığı statüsü doğrudan anayasadan kaynaklanmaktadır, bu nedenle görev ve yetkileri de, görev süresi de anayasaya dayanmaktadır. Bu halde, örneğin bir kanun değişikliği ile cumhurbaşkanının görevden alınamayacağı, yani yasama organının cumhurbaşkanını azletme yetkisine sahip olmadığı söylenebilir. Ancak kanaatimizce aynı şey tali kurucu iktidar için geçerli değildir. Çünkü tali kurucu iktidar, sadece anayasanın değiştirilmesine ilişkin hükümlerle bağlıdır.^[37] Bu hükümlere bağlı kalarak anayasal kurumları düzenleme, değiştirme, hatta ortadan kaldırma yetkisine sahiptir. Tali kurucu iktidarın anayasal bir kurum olan cumhurbaşkanlığına tümten ortadan kaldırma imkanı varken, bu görevi yapan belirli bir kişiyi azletme yetkisinin bulunmadığını savunmak pozitif hukuk bakımından güçtür. Ancak, cumhurbaşkanının görev süresi dolmadan görevden alınamayacağı, kanaatimizce iki farklı gerekçeye dayandırılabilir. Bunlardan ilki temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgilidir. Eğer belirli bir kişinin cumhurbaşkanlığı statüsüne girerek kullanma imkanını elde ettiği yetkiler, temel hak ve özgürlükler bağlamında “hak” niteliğinde sayılırsa, bu durumda bu hakların korunması ihtiyacından söz edilebilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, bizce cumhurbaşkanlığı statüsüne girmek de, bu statüden kaynaklanan görev ve yetkiler de bu kapsamda değerlendirilemez. Bunların tümü kamusal nitelikli birtakım ödev ya da olanaklara işaret etmekte olup, bu nitelikleri gereği yine kamusal iradenin hukuka uygun bir biçimde belirmesi suretiyle değiştirilebilirler. İkinci olarak, cumhurbaşkanlığı kurumunun hükümet sistemleri açısından önemi noktasından hareket edilebilir. Buna göre, devlet başkanının konumu, görev ve yetkileri ve hatta süresi, hükümet sisteminin belirlenmesi bakımından önemlidir. Yasama yürütme ilişkileri bağlamında, devlet başkanının görev süresinin yasama organının görev süresiyle çakışıp çakışmaması, hükümet sisteminin hukuksal kurgusu bağlamında hayati bir seçimdir. Bu noktada yapılacak tercih, belirli bir düzende kabul edilen belirli bir hükümet sisteminin yapısına uygun ya da aykırı sayılabilir. Bu çerçevede düşünüldüğünde, cumhurbaşkanının görev süresiyle oynanmasının hükümet sistemini ve bir biçimde kurulu anayasal düzeni etkileyebileceği ve bunlara zarar verebileceği ileri sürülebilir. Kanaatimizce bu tür bir itiraz teorik olarak haksız

[37] Kemal GÖZLER, Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998, s.122 vd.

sayılmaz; ancak bu tür bir itirazda bulunmak, kural koyma yetkisini elinde bulunduranlara yöneltilebilecek ikna edici bir eleştiri ve olması gerekeni doğru bir biçimde göstermeye yönelik bir çaba sayılabilir. Yoksa, bu itirazın dayandığı fikirden hareketle, tali kurucu iktidarın hukuken bu tür bir değişikliğe gitme yetkisinin olmadığını ileri sürmek zordur. Öte yandan, bu tartışmaya, çözmeye çalıştığımız somut problem yönünden baktığımızda, cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl ya da yedi yıl sayılmasının Türkiye'deki hükümet sisteminin bütünlüğü bakımından hayati bir tercih olmadığı kanaatine ulaşmaktayız. Çünkü üzerinde durduğumuz problemin de kaynağı olan anayasa değişiklikleriyle birlikte, Türkiye'deki hükümet sistemine yönelik temel tercihler daha geniş bir kapsamda değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle de birlikte, sonuçta mevcut durumda, Türkiye'de, devlet başkanının görev süresinin beş yıl ya da yedi yıl olması gerektiğini savunmayı mümkün kılacak bütünlüklü bir referans hükümet sisteminden söz etmek güçtür.

Tüm bu tartışmalar sonucunda, 11. Cumhurbaşkanı'nın mevcut duruma göre görev süresinin beş yıl sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasında temel kural, "yürürlük ötesi uygulanmazlık", bir başka deyişle "yürürlüğe giren kuralın derhal uygulanırlığı" ilkesidir. Bu ilkenin gereği olarak belirli bir kamu hukuku statüsünde yapılan değişik, o statüde bulunanlara da uygulanır. Söz konusu ilkeye istisna getirebilmek için, konumuz bakımından ileri sürülebilecek şu iki gerekçe tartışılabilir. Bunlardan ilkinde göre, bir kazanılmış hak söz konusu ise, bu korunur. Bizce cumhurbaşkanlığı statüsünden kaynaklanan kamusal yetkiler ve aynı kapsamda olmak üzere görev süresi, kazanılmış hakka konu olabilecek nitelikte değildir; çünkü bu yetkiler ve süre hem idari hem siyasi boyutu itibarıyla tamamen devlet yönetimiyle ilgili olup, bu yetkileri kullanan ve süresince görevi yürütecek kişi yönünden o kişinin temel hakları kapsamında sayılamaz. Cumhurbaşkanı, seçilmekle belirli bir süre belirli anayasal yetkileri kullanmak "hak" kını elde etmiş olmaz, bu süre için söz konusu yetkileri kullanmakla "görevlendirilmiş" olur. İkinci olarak, cumhurbaşkanının görev süresi bir anayasal düzende temel tercihlerden birisi olan hükümet sistemi ile ilgilidir. Bu yüzden, bu sürede yapılacak bir değişikliğin uygulanması bakımından yaşanacak tereddüt, sistemdeki bütünlüğü koruyacak şekilde giderilmelidir. Yani, cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olarak kabul edilmesi mevcut hükümet sisteminin temel tercihlerine ve yapısına aykırıdır denebilseydi, bu durumda görev süresinin yedi yıl olduğu kabul edilebilirdi. Ancak mevcut durumda bu tür bir yargıyı haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

GÖZLER Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş –Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu-, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998,

GÖZLER Kemal, Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998.

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2010,

KİLLİ Suna ve GÖZÜBÜYÜK Şeref, Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Baskı, Eylül 2006.

KUÇURADI İoanna, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2007.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri(1789-1980),Yapı Kredi Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, Ekim 2002.

Makaleler

ALTUNDIŞ Mehmet, "Hukuki Güvenlik İlkesi", Yasama Dergisi, Sayı 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, Sayfa 60-94.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2011, Sayı 94, Sayfa 329-358.

ERDİL Kürşat ve KESKİNSOY Ömer, "Cumhurbaşkanının Görev Süresi", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı:2010/1, s. 253-258.

GÜL Cengiz, "Türkiye'de Cumhurbaşkanının Görev Süresine İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme", e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül 2010, Sayı 103.

YAVUZ Bülent, "2007 Anayasa Değişikliğinin Doğduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Haziran-Aralık 2008, Sayı I-II, s. 1173-1214.

Gazete Haberleri

"ABDULLAH GÜL'ÜN GÖREV SÜRESİ BELLİ OLDU", odatv.com, 18.08.2011.

"Arınç: Cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldır", Zaman Gazetesi, 18.08.2010.

"Arınç'ın sözlerini hukukçular tartışıyor", Cumhuriyet Gazetesi, 17.08.2010.

"Cumhurbaşkanının Görev Süresi... ", Cumhuriyet Gazetesi, 30.09.2010.

"Cumhurbaşkanının görev süresi", Radikal Gazetesi, 03.09.2010.

"Cumhurbaşkanının görev süresi 5 yıl olmalı" sözleri tartışma yarattı", Milliyet Gazetesi, 17.08.2010.

"Cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldır", Star Gazetesi, 13.02.2010.

"Cumhurbaşkanı'nın görev süresi 7 yıldır", Yeni Şafak Gazetesi, 16.02.2010.

"Gül'ün görev süresi belli oldu", Milliyet Gazetesi, 18.08.2011.

"Gül'ün görev süresi belli oldu", Sabah Gazetesi, 18.08.2011.

"Gül'ün görev süresi belli oldu mu?", Cumhuriyet Gazetesi, 18.08.2011.

"Gül'ün görev süresi netleşti", samanyoluhaber.com, 18.08.2011.

"Gül'ün görev süresi 7 yıl", Akşam Gazetesi, 18.08.2011.

"Yedi yıllığına seçilmiş biri zaten yedi yıl görev yapar", Milliyet Gazetesi, 21.02.2010.

"YSK: Cumhurbaşkanının görev süresi... ", samanyoluhaber.com, 29.09.2010.



AIHM
BÜYÜK DAİRE
BAYATYAN /
ERMENİSTAN DAVASI

Arş. Gör. Nadire ÖZDEMİR*

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı.

Başvuru no. 23459/03

KARAR

STRASBOURG

7 Temmuz 2011

Bu karar kesindir; fakat editöryel düzeltmelere tabi tutulabilir.

Bayatyan/Ermenistan davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire olarak şu isimlerden oluşmaktadır:

Jean-Paul Costa,, Başkan

Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Nina Vajić,

Lech Garlicki,

Alvina Gyulumyan,

Dean Spielmann,

Renate Jaeger,

Sverre Erik Jebens,

Päivi Hirvelä,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Ledi Bianku,

Mihai Poalelungi,

Nebojša Vučinić,

Guido Raimondi, hâkimler ve Vincent Berger, danışman 24 Kasım 2010 ve 1 Haziran 2011'de gizli görüşmeler sonucunda,

En son belirtilen tarihte kabul edilmiş olan şu karara varmışlardır:

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, 22 Temmuz 2003'te, Ermenistan vatandaşı Bay Vahan Bayatyan ("başvuran") tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin ("Sözleşme") 34.maddesi kapsamında Ermenistan Cumhuriyeti'ne karşı açılmıştır.
2. 2. Başvuran, Georgetown (Kanada)'da avukatlık yapan Bay J.M. Burns, Patterson'da (ABD) avukatlık yapan Bay A. Carbonneau, Erivan'da avukatlık yapan Bay R. Khachatryan ve Savoy ve Geneva Üniversitelerinde hukuk profesörü olan Bay P. Muzny tarafından temsil edilmektedir. Ermenistan Devleti ("Devlet") ise Bay G. Kostanyan tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde temsil edilmektedir.
3. Başvuran, inter alia, orduya hizmet etmeyi reddedmesi sebebiyle mahkûm edilmişinin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.
4. Başvuru, Mahkemenin Üçüncü Bölümüne (Mahkeme İçtüzüğü m.52/1) tahsis edilmiştir. 12 Aralık 2006'da başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulan söz konusu Bölümün ilgili Dairesi şu hâkimlerden oluşmaktaydı: Boštjan M. Zupančič, Başkan, John Hedigan, Corneliu Bîrsan, Vladimiro Zagrebelsky, Alvina Gyulumyan, David Thór Björgvinsson, Isabelle Berro-Lefèvre, hakimler, ve ayrıca Vincent Berger, Bölüm Yazı İşleri Müdürü. 27 Ekim 2009'da, Josep Casadevall, Başkan, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ann Power, hakimler, ve ayrıca Stanley Naismith, Yazı İşleri Müdürü Vekili, isimlerinden oluşan ilgili Bölümün Dairesi, 6'ya karşı 1 oyla Sözleşmenin 9.maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Hâkim Fura'nın mutabakat şerhi ve Hâkim Power'ın muhalefet şerhi de karara eklenmiştir.
5. Başvuranın 25 Ocak 2010 tarihli talebi üzerine 10 Mayıs 2010'da Büyük Daire heyeti, Sözleşmenin 43.maddesi uyarınca davayı Büyük Daireye göndermeye karar vermiştir.
6. Büyük Dairenin oluşumu Sözleşmenin 26/4 ve 26/5.maddeleri ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 24.maddesi uyarınca gerçekleştirilmiştir.
7. Gerek başvuran gerek Devlet, yazılı görüşlerini sunmuştur. Ayrıca Başkan tarafından verilen izinle üçüncü taraf olan Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International), Uluslararası Vicdan ve Barış Vergisi Örgütü (Conscience and Peace Tax International), Dostlar Dünya Danışma

Komitesi (Friends World Committee for Consultation-Quakers), Uluslararası Hukukçular Komisyonu (International Commission of Jurists) ve Uluslararası Savaş Karşıtları'nın (War Resisters' International) ortak görüşleri ve Avrupa Hristiyan Yehova Şahitleri Birliği'nin (the European Association of Jehovah's Christian Witnesses)'ın görüşü yazılı beyana eklenmiştir. (Sözleşme Madde 36/2, Kural 44/3).

8. 24 Kasım 2010'da Strasbourg'taki İnsan Hakları binasında kamuya açık bir duruşma gerçekleşmiştir (Kural 59/3).

Mahkeme huzurunda:

(a) Devlet için

Bay G. Kostanyan, Ajan,

Bay E. Babayan, Ajan Yardımcısı;

(b) başvuran için

Bay A. Carbonneau, Avukat,

Bay P. Muzny, Avukat,

Bay V. Bayatyan, başvuran.

Mahkeme, Bay Carbonneau, Bay Muzny ve Bay Kostanyan'ın beyanlarını ve Mahkeme üyelerinin sordukları sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

ESAS

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

9. Başvuran 1983'te Erivan'da doğmuştur ve orada yaşamaktadır.

A. Davanın arkaplanı

10. Başvuran bir Yehova Şahididir. 1997'den itibaren çeşitli Yehova Şahitleri dini hizmetlerine katılmış ve 18 Eylül 1999'da 16 yaşındayken vaftiz edilmiştir.

11. Başvuran, 16 Ocak 2000'de, Erebuni İlçe Askeri Komiserliği'nde (□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□) askeri hizmetten sorumlu biri olarak kayıt altına alınmıştır.

12. Başvuran, 16 Ocak 2001 tarihinde, 17 yaşındayken, tıbbi muayeneden geçmek üzere çağırılmış ve askeri hizmet için sağlıklı olduğu rapor edilmiştir. Başvuran, bahar 2001 asker alımı (Nisan-Haziran) için seçilebilir hale gelmiştir.

13. 1 Nisan 2001'te, başvuran, asker alımlarının başlangıcında, Ermenistan Genel Savcılığı'na (□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□) Ermenistan Askeri Komiserliği'ne (□□ □□□□□□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□□□)

□□□□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□) ve Millet Meclisi İnsan Hakları Komisyonu'na gönderdiği benzer mektuplarda şu beyanda bulunmuştur:

“Ben, Vahan Bayatan, 1983'te doğdum, İncil'i 1996'dan beri okuyorum ve vicdanım İsaiah 2:4'ün sözcüklerinin harmonisiyle birlikte İncil'le oluşmuştur ve ben bilinçli olarak askeri hizmet vermeyi reddediyorum. Aynı zamanda askeri hizmete alternatif bir hizmet sunmaya hazır olduğumu da sizlere bildiriyorum.”

14. Mayıs ayının başında gönderilen askeri hizmete çağrı, 15 Mayıs 2001'de başvuranın evine ulaşmıştır. 14 Mayıs 2001'de Erebuni Askeri Komiserliği'nden bir memur başvuranın evine telefon etmiş ve annesine, başvuranın ertesi gün askeri hizmete beklendiğinden haberi olup olmadığını sormuştur. Aynı akşam başvuran, zorla askere alınacağı korkusuyla evden geçici olarak ayrılmıştır.

15. 15 ve 16 Mayıs 2001'de Komiserlik memurları başvuranın annesine telefon edip başvuranın nerede olduğunu sormuşlardır. Kendi rızasıyla askere gelmediği takdirde zorla alınacağı hususunda tehdit etmişlerdir. 17 Mayıs 2001'de, görevliler, sabah erkenken başvuranın evine gelmişlerdir. Anne-babası uyuduğu için kapıyı açmamışlardır. Aynı tarihte başvuranın annesi Komiserliğe gidip oğlunun evden ayrıldığını ve ne zaman döneceğini bilmediğini söylemiştir. Başvurana göre Komiserlik, ailesiyle bağlantıya geçmek için başka bir çaba göstermemiştir.

16. 29 Mayıs 2001'de Millet Meclisi Devlet ve Hukuk İşleri Komisyonu (□□□□□□□□□□ □□□□□□ □□□□□□□□-□□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□) başvuranın 1 Nisan 2001'deki mektubuna şöyle bir cevap göndermiştir:

“Beyanınıza ilişkin olarak,...Ermenistan Cumhuriyeti kanunlarına göre her vatandaşın Ermeni ordusunda hizmette bulunmasının zorunlu olduğunu bildiririz... Alternatif hizmete dair Ermenistan'da henüz bir kanun bulunmadığından dolayı mevcut kanuna uymalı ve Ermeni ordusunda hizmet etmelisiniz.”

17. Başvuran, 2001'in Haziran ortası başlarında, Eylül 2002'deki tutukluğuna kadar yaşayacağı evine dönmüştür.

18. 12 Haziran 2001'de Millet Meclisi, sadece 11 Haziran 2001'den önce suç işlemiş olanlara uygulanacak ve 13 Eylül 2001'e kadar geçerli olacak olan bir genel af ilan etmiştir.

B. Başvuran aleyhine ceza davası

19. 26 Haziran 2001'de Erebuni Askeri Komiserliği (□□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□), başvuranın 15 Mayıs 2001'de askeri hizmet için hazır bulunmadığını ve iradi olarak askeri hizmetten kaçtığını Erebuni Bölge Savcılığına (□□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□) bildirmiştir.

28. 9 Eylül 2002'de soruşturma mercii başvuran aleyhine cezai takibatı yeniden başlatmıştır.

29. 11 Eylül 2002'de, başvurana, 1 Ekim 2001 tarihli suçlama (bknz yukarıda 22.paragraf) ilk defa tebliğ edilmiştir. Başvuran aynı tarihte yapılan sorgulama sırasında kendi dini inançları nedeniyle askerlik hizmetini yapmayı bilinçli olarak reddettiğini, ancak bunun yerine alternatif bir sivil hizmet yapmak için hazır olduğunu söylemiştir.

30. Aynı tarihte başvurana ve savunma avukatına dava dosyasına erişim izni verilmiştir. İddianame, 18 Eylül 2002 tarihinde tamamlanmış ve 23 Eylül 2002 tarihinde savcı tarafından kabul edilmiştir.

31. 22 Ekim 2002'de Erebuni ve Erivan Nubarashen Bölge Mahkemesinde başvuranın duruşmasına başlanmıştır. Duruşma, iddianamenin bir kopyasının başvurana tebliğ edilmediği gerekçesiyle 28 Ekim 2002'ye ertelenmiştir.

32. Başvuran, 28 Ekim 2002'deki duruşmada, soruşturması sırasında sunduğu beyanlarda bulunmuştur (bknz yukarıdaki 29.paragraf)

33. Aynı tarihte Erebuni ve Erivan Nubarashen Bölge Mahkemesi başvuranı suçlu bulmuş ve 1 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırmıştır.

34. Savcı bu karara, daha ağır bir ceza istemiyle 29 Kasım 2002'de itiraz etmiştir. İtiraza göre:

"Başvuran İncil'i okuyan bir Yehova Şahidi olarak inancının Ermeni silahlı kuvvetlerine hizmet etmesine izin vermediği açıklamasıyla suçunu kabul etmemiştir.

Başvuran fiziksel olarak sağlıklıdır ve işsiz biridir.

Mahkemenin, suçun sosyal tehlikesinin şiddetini, başvuranın kişiliğini ve askeri hizmeti reddine dair açıkça temelsiz ve tehlikeli gerekçelerini hesaba katmayarak başvuranı oldukça hafif bir cezaya mahkûm ettiğine inanmaktayım."

35. 19 Aralık 2002'de başvuran, savcının itiraz dilekçesine cevapta, kararın, Anayasanın vicdan ve din özgürlüğünü garanti altına alan 23.maddesini ve Sözleşmenin 9.maddesini ve diğer uluslararası düzenlemelerini ihlali ettiğini belirtmiştir. Ayrıca, askerlik hizmetine alternatif kamu hizmetinin bulunmamasının bir insanın vicdani sebeplerden ötürü askeri hizmeti reddetmesi sebebiyle cezai sorumluluğunun doğacağına gerekçe olarak sunulamayacağını eklemiştir.

36. 24 Aralık 2002'de Askeri Ceza Üst Mahkemesi Criminal and Military Court of Appeal (□□ □□□□□□ □ □□□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□), huzurundaki duruşmada, savcı, başvuranın soruşturma sırasında saklanması sebebiyle inter alia, daha ağır bir ceza isteminde bulunmuştur. Başvuran, temyiz duruşmaları esnasında, askerlik hizmetine dair dini inançlarını terk etmesi konusunda kendisine baskı yapıldığını, özellikle savcı ve hâkimlerden birinin itirazından vazgeçip askeri görevini yerine getirirse davasını sonlandırmayı teklif ettiğini ileri sürmüştür.

37. Aynı tarihte İstinaf Mahkemesi, savcının itirazını kabul etmiş ve başvuranın cezasını 2,5 yıl arttırarak:

“İlk derece mahkemesi başvuranı cezaya mahkûm ederken, suçunun ağır olmamasını, başvuranın genç olmasını, sicilinin temiz olmasını, suçunu itiraf etmiş bulunmasını ve pişmanlık duymasını göz önünde bulundurmıştır.

Ancak temyiz duruşmalarında başvuran, suçunu kabul etmediği gibi suçundan pişmanlık duymadığını belirtmiş ve soruşturmadan saklanmış. Bulunduğu yer bilinmediği için aramanın başlatılması gerekmektedir.

Bu şartlar altında, ve suçun niteliği, suçun sebebi ve suçun sosyal tehlikesinin derecesi dikkate alındığında İstinaf Mahkemesi savcının itirazının kabulüne ve başvurana daha uygun ve ağır bir cezanın verilmesine karar vermiştir.

38. Belirsiz bir tarihte başvuran, bu kararın kanuna aykırı olduğuna dair 19 Aralık 2002'deki savına benzer bir itirazda bulunmuştur (bakınız yukarıda 35.paragraf). Alternatif sivil hizmette bulunma isteğini yinelemiş ve 2,5 yılı hapiste geçirmek yerine sosyal olarak işe yarar bir iş yapabileceğini söylemiştir. Ona göre böyle bir olasılık Askeri Sorumluluk Kanununun 12.Kısım altında öngörülmektedir (bkz aşağıda 43.paragraf). Başvuran ayrıca, alternatif hizmet ilkesinin Vicdan ve Din Özgürlüğü Örgütleri Kanununun 19.Kısımında saklı tutulduğunu (bkz aşağıda 44.paragraf) ve uygun yorum mekanizmalarının yokluğundan dolayı sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir.

39. 24 Ocak 2003'te Temyiz Mahkemesi (the court of cassation) (□□ □□□□□□ □□□□□□) Anayasanın 23.maddesiyle garanti altına alınan hakların, inter alia, 44.madde kapsamındaki, örneğin Devletin güvenliği, kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması gibi sınırlamalara tabi olduğunu belirterek İstinaf Mahkemesinin kararını onaylamıştır. Benzer sınırlandırmalar Sözleşmenin 9/2 maddesinde de öngörülmüştür.

40. 22 Temmuz 2003'te başvuran cezasının yaklaşık 10,5 ayını doldurduktan sonra şartlı olarak tahliye edilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

A. 1995 Ermenistan Anayasası (2005'teki değişikliklerden önce)

41. Anayasanın ilgili maddeleri şöyledir:

Madde 23: “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir”

Madde 44: “Anayasanın 23-27 maddelerindeki temel hak ve özgürlükler devlet ve kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı ve başkalarının ahlakı, hakları, özgürlükleri, onuru ve şereflerini korumak amacıyla ancak kanunla sınırlandırılabilir.”

Madde 47: “Her vatandaş, kanununla öngörülen usule uygun olarak Ermenistan Cumhuriyetinin savunmasına katılır.”

B. 1961 Ceza Kanunu (1 Ağustos 2003'ten beri yürürlükte değil)

42. Ceza Kanununun ilgili hükümleri şöyledir:

Madde 75: Aktif askerlik hizmetine düzenli çağrıdan kaçmak

“Aktif askeri hizmet yoklamasında kaçmak 1 yıldan 3 yıla kadar hapisle cezalandırılır.”

C. Askeri Sorumluluk Kanunu (16 Ekim 1998'den beri yürürlükte)

43. Askeri Sorumluluk Kanunun ilgili hükümleri şöyledir:

Kısım 3: Askeri Sorumluluk

“1. Askeri sorumluluk vatandaşların Ermenistan Cumhuriyetini savunmaya katılımlarının anayasal zorunluluğudur.”

Kısım 11: Mecburi Askerlik Hizmetine Çağırma

“1. ilk kategori asker ve subay erkekler 18 ve 27 yaş arasından, fiziksel olarak barış zamanında askeri hizmete uygun bulunanlar mecburi askeri hizmetine alınırlar.

Kısım 12: Mecburi askeri hizmetten muafiyet

“1. Bir vatandaş, mecburi askeri hizmetten şu koşullarda muaf tutulabilir: (a) milli askerlik şubesi ilgili kişiyi sağlığının kötü olması sebebiyle askeri hizmet için yetersiz bulup askeri kayıtlardan silmesi (b) ilgili kişi ailenin tek erkeği ise ve babası (annesi) ya da erkek kardeşi (kızkardeş) Ermenistan savunması ya da Ermeni silahlı kuvvetlerdeki veya diğer bölüklerdeki görevini gerçekleştirirken ölmüşse (c) Devlet kararnamesiyle (d) Ermeni vatandaşlığını kazanmadan önce mecburi askeri hizmetini yabancı bir silahlı kuvvetlerde yerine getirdiyse veya (e) bir bilim derecesi varsa (Bilim “Adayı” veya Bilim Doktoru) ve bilimsel veya eğitsel faaliyetlerde uzman olarak çalışıyorsa”

Kısım 16: Mecburi askerliğin diğer sebeplerle ertelenmesi

“2. Devlet, belirli durumlarda, mecburi askerliğin ertelenmesinden yararlanacak vatandaş ve belirli bireylerden oluşan kategoriler oluşturabilir.

**D. Vicdan ve Din Özgürlüğü Örgütleri Kanunu
(6 Temmuz 1991'den beri yürürlükte)**

44. Vicdan ve Din Özgürlüğü Örgütleri Kanununun ilgili hükümleri şöyledir:
[Önsöz]

“Ermenistan Cumhuriyeti Yüksek Sovyeti vicdan ve din örgütlerine dair uluslararası hukukta tanınan insan hakları ve temel özgürlükler doğrultusunda ve Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmenin 18.maddesine sadık kalarak... bu yasayı koymuştur.”

Kısım 19

“Kanunda öngörülen tüm vatandaşlık yükümlülükleri, dini bir örgütün inanan üyelerine de, diğer vatandaşlara olduğu gibi eşit uygulanacaktır.

“Vatandaşlık görevi ve dini akidelerin çatıştığı durumlarda vatandaşlık görevinin yerine getirilmemesi hususu, alternatif bir ilke yoluyla, ilgili Devlet mercii, ve dini örgüt arasında karşılıklı bir anlaşmayla ve kanunda belirtilen usullere göre çözülür.

E. Alternatif Hizmet Kanunu (17 Aralık 2003'te Kabul edilip 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe girmiştir)

45. 22 Kasım 2004'teki değişikliklerle birlikte ilgili hükümler şöyledir:

Kısım 2: Alternatif Hizmet kavramı ve çeşitleri

“1. Bu kanun kapsamında alternatif hizmet, sabit dönem zorunlu askerlik yerine silah taşımayı, tutmayı, muhafaza etmeyi ya da kullanmayı içermeyen ve hem askeriyede hem de sivil kurumlarda yerine getirilebilen hizmet anlamına gelmektedir.

2. Alternatif hizmet şu çeşitlerde olabilir: (a) askeri hizmet yani Ermeni silahlı kuvvetlerinde gerçekleştirilen fakat silah taşıma, tutma, muhafaza etme ya da kullanma durumunu ve muharebe görevini kapsamayan alternatif askeri hizmet (b) alternatif çalışma yani Ermeni silahlı kuvvetleri dışında gerçekleştirilen çalışma hizmeti

3. Alternatif hizmet, vatan ve toplum için bir vatandaşlık yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla olup cezalandırıcı, aşağılayıcı ya da onur kırıcı bir nitelik teşkil etmemektedir.

Kısım 3: alternatif hizmet yapılması için gerekçeler

“1. Bir Ermeni vatandaşı, dini ya da inancı gereği askeri bir birimde silah taşıma, tutma, muhafaza etme ve de kullanma da dâhil askeri bir hizmet vermeye izinli değilse alternatif hizmet gerçekleştirebilir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

46. Avrupa Konseyi üyesi Devletlere ait, Mahkeme nezdinde kullanılabilir düzenlemeler mevcut bulunup, zorunlu askeri hizmet koşulu olmuş olan ya da hala bulunan neredeyse tüm üye Devletlerin kanunlarında, kimi devletlerin Avrupa Konseyi üyesi olmadan önce bile, vicdani red hakkının tanınması ve uygulanması için çeşitli yollar öngörülmüş bulunmaktadır. Bu ülkelerden ilki 1916'da Birleşik Krallık, sonra 1917 Danimarka, 1920 İsveç, 1920-1923 Hollanda, 1922 Norveç, 1931 Finlandiya, 1949 Almanya, 1963 Fransa ve Lüksemburg, 1964 Belçik, 1972 İtalya, 1974 Avusturya, 1976 Portekiz ve 1978 İspanya'dır.

47. 1980 ve 1990'larda mevcut ve gelecek üye Devletlerin iç hukuklarında söz konusu hakkı düzenlemesiyle birlikte büyük bir tanınma dalgası meydana gelmiştir. Bunlar arasında Polonya (1988), Çek Cumhuriyeti ve Macaristan (1989), Hırvatistan (1990), Estonya, Moldova ve Slovenya (1991), Kıbrıs, önceki Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (2006'da iki üye devlete bölünmüştür: Sırbistan ve Karadağ, her iki devlet de bu hakkı tanımıştır) ve Ukrayna (1992), Latviya (1993), Slovakya Cumhuriyeti ve İsviçre (1995), Bosna ve Hersek, Litvanya ve Romanya (1996), Gürcistan ve Yunanistan (1997), Bulgaristan (1998).

48. Geri kalan üye devletlerden 1992'nin başında silahlı askeri hizmet olanağını öngörmüş olan önceki Makedonya (the Former Yugoslav Republic of Macedonia) gerçek alternatif sivil hizmeti 2001'de tanımıştır. 1993 ve 1998'de vicdani red hakkını anayasal olarak tanıyan Rusya ve Arnavutluk, 2004 ve 2003'te kanunlar aracılığıyla bu tanımayı düzenlemiştir. Azarbecyan 1995'te vicdani red hakkını anayasal olarak tanımakla birlikte uygulamaya yönelik kanuni düzenlemeyi henüz oluşturmamıştır. Türkiye'de vicdani red hakkı tanınmamaktadır.

49. Vicdani red hakkının tanınıp tamamen uygulandığı birçok üye Devlette, vicdani retçinin durumu sadece dini inançlar temelinde değil; ayrıca geniş bir çerçevede din dışı niteliği haiz kişisel inançlar bazında da temellendirilebilmektedir. Bunun iki istisnası, vicdani reddi sadece dini temellerle sınırlanmış olan Romanya ve Ukrayna'dır. Polonya, Belçika ve Finlandiya gibi bazı üye Devletlerde vicdani ret hakkını kullanım sadece barış döneminde söz konusu olurken, Karadağ ve Slovakya Cumhuriyeti gibi diğer Devletlerde bu hak sadece seferberlik ve savaş zamanında kullanılabilir. Son olarak, Finlandiya gibi bazı üye Devletler bazı belirli vicdani retçileri alternatif hizmetten de muaf tutabilen düzenlemelere sahiptir.

IV. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER VE UYGULAMA

A.Avrupa belgeleri

1. Avrupa Konseyi

(a) Ermenistan'a özgü belgeler

Avrupa Konseyi Parlamenter Topluğunun(the Parliamentary Assembly of the Council of Europe:PACE) 221 (200) no.lu Ermenistan'ın Avrupa Konseyine üyelik için başvurusuna dair görüşü:

50. 28 Haziran 2000'de PACE, Ermenistan'ın Avrupa Konseyine üyelik başvurusuna dair 221 No.'lu görüşünü kabul etmiştir. PACE, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine, Ermenistan'ı belirli bir süre zarfında birtakım sorumlulukları yerine getirdiği takdirde üyeliğe davet etmesini önermiştir. Görüşün ilgili kısım şöyledir:

"13. Parlamenter Topluluğu, Ermenistan Başkanı, parlamento sözcüsü, Başbakan ve meclisteki siyasi parti başkanlarından aldığı görüşler doğrultusunda Ermenistan'ın şu yükümlülükleri üstlendiğini belirtmektedir: ...3 yıl içinde Avrupa standartlarına uygun bir alternatif hizmet kanunu çıkarmak ve bu esnada hapis cezasına ya da tabur disiplinine çarptırılmış tüm vicdani retçileri affederek alternatif hizmet kanunu yürürlüğe girdiğinde silahlı askeri hizmet ya da sivil hizmet sunmaları hususunda seçim hakkı sağlamak."

(b) Genel belgeler

(i) Avrupa Konseyi Parlamenter Topluluğu (PACE)

51. PACE vicdani ret hakkından ilk defa 1967'nin başında 337. ilke kararında bahsetmiş olup şunları öngörmüştür:

"1. Mecburi hizmetle sorumlu olan kişiler, vicdani ya da derin inançtan, dini, etik, ahlaki, insani, felsefi ya da benzeri sebeplerden ötürü silahlı hizmet vermeyi reddederse böyle bir hizmeti vermekten muaf tutulma kişisel hakkına sahip olacaktır.

2.Bu hak doğal olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9.maddesinde öngörülen demokratik hukuk devletindeki bireyin temel haklarından çıkarılmış bulunmaktadır."

52. Bu ilke kararına dayanarak, PACE, üye Devletlerin iç hukuklarını ola-bildiğince bu ilke doğrultusunda şekillendirmeleri için Bakanlar Komitesini toplayıp 478(1967) no.lu tavsiye kararını düzenlemiştir. PACE, 816(1977) ve 1518(2001) no.lu tavsiye kararlarında temel ilkeleri yineleyerek geliştirmiştir. Son tavsiye kararında, vicdani reddin Sözleşmede öngörülen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkının temel bir uzantısı olduğunu belirlemiştir. Sadece 5 üye Devletin söz konusu hakkı henüz tanımadığını ve Bakanlar Komitesinin onları uyarmasını tavsiye etmiştir.

53. 2006'da PACE, silahlı güçlerin üyelerinin insan haklarına dair 1742(2006) no.lu tavsiyesinde, üye Devletlerden, inter alia, vicdani ret hakkını her zaman için tanınmasını ve askeri mensup üyelerinin de bu haktan yararlanmasına dair düzenlemeler yapmalarını istemiştir.

(ii) Bakanlar Komitesi

54. 1987'de Bakanlar Komitesi, üye Devletlere vicdani reddi tanımalarını tavsiye eden ve iç hukuklarındaki düzenlemeyi henüz bu temel ilke kapsamında şekillendirmeyen Devletleri bunu yapmaya davet eden R(87)8 no.lu tavsiyesinde: "Askeri hizmete mecbur olup vicdani zorunluluklarla silah kullanmayı reddeden kimse söz konusu hizmeti vermeye zorunlu olmaktan muaf tutulabilir... ve alternatif bir hizmet vermeye sorumluluğu kılınabilir..."

55. 2010'da Bakanlar Komitesi CM/Rec(2010)4. Tavsiyesinde üye Devletlere silahlı kuvvetlerin üyelerinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne dair herhangi bir sınırlamanın Sözleşmenin 9/2.maddesi uyarınca yapılmasını, askerlerin de vicdani retçi statüsünden yararlanma hakkına sahip olduğu ve sivil nitelikli alternatif hizmetin onlara da sunulmasını önermiştir. Bu tavsiyeyi açıklayıcı bildiri (the explanatory memorandum) şöyledir:

"Vicdani red hakkı Mahkeme tarafından bugüne kadar Sözleşmenin 9.maddesi kapsamında tanınmamıştır. Bununla birlikte uluslararası forada şu anki eğilim söz konusu hakkı vicdan ve din özgürlüğünün ayrılmaz parçası olarak kabul etmektedir.

2. Avrupa Birliği

(a) Avrupa Parlamentosu

56. Avrupa Konseyi kurumları tarafından geliştirilen ilkeler, Avrupa Parlamentosunun 7 Şubat 1983, 13 Ekim 1989, 11 Mart 1993 ve 19 Ocak 1994 tarihli tavsiyelerinde tekrarlanmıştır. Avrupa Parlamentosu da benzer bir şekilde vicdani red hakkının Sözleşmenin 9.maddesi kapsamındaki düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün bir parçası olduğunu ve Avrupa Birliği üye Devletlerini vicdani red hakkını temel bir hak olarak hukuk sitemlerine katmalarını öngörmüştür.

(b) Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

57. Bildirgenin 7 Aralık 2000'de kabul edilen 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren 10 maddesi:

" 1. Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü içerir.

2. Bu hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak dini nedenlerle askerlik görevini yapmayı reddetme hakkı tanınmaktadır.

B. Diğer uluslararası belgeler ve uygulama

1. Birleşmiş Milletler

(a) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu

58. İnsan Hakları Komisyonu 1987/46 ilke kararında devletlerin vicdani red hakkını tanımaları ve bu hakkı kullananları cezalandırmaktan kaçınmaları gerektiğini belirtmiştir. 1989/59 ilke kararında Komisyon bir adım daha öteye giderek vicdani red hakkını İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 18.maddesi ve Siyasi ve Medeni Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 18.maddesinde (ICCPR) öngörülmüş olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında resmi olarak kendisi tanımıştır. Daha sonra konuyla ilgili olarak 1993/84, 1995/83 ve 1998/77 ilke kararlarında mevcut ilkeleri genişleterek onaylamıştır. Bunu takiben, komisyon, Devletlere, tavsiye kararları ışığında kanunlarını ve uygulamalarını gözden geçirmelerini söylemiştir. 2004/35 no.lu ilke kararında Devletleri, vicdani red temelinde askeri hizmette bulunmayı reddedenler için af ve hakların iadesi uygulamalarını gerçekleştirmelerini öngörmüştür.

(b) ICCPR ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (UNHRC)

59. Birleşmiş Milletler Genel Meclisinin 2200 A (XXI) ilke kararıyla düzenlediği, 23 Mart 1979'da yürürlüğe giren ve Ermenistan'ın 23 Haziran 1993'te onayladığı 16 Aralık 1966 tarihli ICCPR'nin ilgili hükümleri:

Madde 8: "3....(a) Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz;

c) Aşağıdaki haller, bu fıkra bakımından "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma" sayılmaz

(ii) Askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani redcilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti;

Madde 18: 1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile, tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir

60. ICCPR'yi uygulayan organ UNHRC, ICCPR ve 18.madde kapsamında bireysel şikâyetleri incelerken özellikle 8/3 (c)(ii)'yi dikkate alarak vicdani red hakkını tanımamıştır. Finlandiyalı bir vicdani retçinin başvurusu ICCPR hükümleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. (L.T.K. v. Finland, Bildirim no. 185/1984, U.N. Doc. CCPR/C/25/D/185/1984, 9 Temmuz 1985).

61. UNHRC'in yaklaşımındaki ilk değişim 7 Kasım 1991'deki J.P./Kanada kararında, ICCPR'nin 18.maddesinin obiter dictum olarak olsa da kanaat ve görüş sahibi olmak, bunları ifade etmek ve yaymak hakkını, askeri faaliyet ve

harcamaları vicdani reddi de içerecek biçimde kapsadığını belirtmesiyle gerçekleşmiştir (Bildirim no. Tebliğ no. 446/1991, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/446/1991, 7 Kasım 1991).

62. 1993'te UNHRC 18.maddeye dair 22 no.'lu Genel Yorumunda *inter alia*, maddeyi şöyle yorumlamıştır:

“11...Sözleşme, vicdani red hakkına açıkça göndermede bulunmamakta, ancak öldürücü güç kullanımının vicdan özgürlüğü ve dini ya da inancı açıklama hakkıyla ciddi anlamda çatışacağı için, Komite söz konusu hakkın 18.maddeden çıkarılabileceğini düşünmektedir.”

63. UNHRC'nin görüşlerindeki sonraki gelişmeler, ülkelerinde vicdani red hakkı tanınmamakta olan iki Yehova Şahidinin şikâyetleri doğrultusunda 3 Kasım 2006'daki Yeo-Bum Yoon/Kore Cumhuriyeti ve Myung-Jin Choi/Kore Cumhuriyeti kararlarında görülmektedir. UNHRC şöyle demektedir:

“8.2: Kurul...Sözleşmenin 8 maddesinin 3.paragrafında yasaklanan ‘zorla ya da mecburi çalıştırma’nın, askeri hizmet özelliğindeki hizmetler ve vicdani reddin tanındığı ülkelerde kanunla düzenlenen ulusal hizmet kapsamının dışında kaldığını belirtmişmektedir. Sözleşmenin 8.maddesi, vicdani reddi tanıyor veya onu reddediyor değildir. Dolayısıyla söz konusu iddia, Sözleşmenin zamanla evrimleşen metni ve amacı açısından sadece 18.maddesi ışığında değerlendirilmelidir.

8.3. ...ilgililerin hüküm ve cezası, dinlerini ya da inançlarını açıkça göstermenin kısıtlanmasıyla ilgilidir. Böyle bir kısıtlama m.18/3'de belirtilen, kamu emniyetini, düzenini, sağlığını veya ahlakını ya da diğerlerinin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla kanunla izin verilmiş olan sınırlar çerçevesindedir.

64. UNHRC, başvuruların 18.madde kapsamında korunan haklarına yapılan müdahalenin yerinde olmadığını ve söz konusu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (Bildiriler no. 1321/2004 ve 1322/2004, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 Ocak 2007).

(c) Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu

65. Vicdani retçilerin tutukluluğu hususu, 1991'de UNCHR tarafından kurulan Keyfi Gözaltı Çalışma Grubuna yapılan bireysel şikâyetler kapsamında çeşitli durumlarda değerlendirilmiştir. Yakın zamana kadar Grubun başlıca ilgilendiği husus ne bis idem ilkesini çiğneyen keyfi uygulamalarla (örneğin, bknz, Görüş no. 36/1999 (Türkiye) ve Görüş no. 24/2003 (İsrail)) vicdani retçilerin tekrarlayan hapis ve cezalandırmaları olmuştur. 2008'de Grup bir adım öteye gitmiş ve Türkiye'deki bir vicdani retçinin yargılanmasını, mahkûm edilmesini ve özgürlüğünden yoksun bırakılmasının keyfi olduğu sonucuna varmıştır (bakınız Görüş no. 16/2008 (Türkiye))

2. Amerika ülkeleri İnsan hakları koruma sistemi

66. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3 (b) ve 12. maddeleri Avrupa Sözleşmesinin 4/3 (b) ve 9. maddeleriyle benzerlik göstermektedir.

67. 1997 ve 1998'de Amerika Ülkeleri İnsan Hakları Komisyonu, düzenlemeleri vicdani redçileri askeri hizmetten ya da alternatif hizmetten muaf tutmayan üye Devletleri uyararak hukuk sistemlerini gözden geçirip vicdani red durumunda askeri hizmet muafiyeti öngören uluslararası hukukun ruhuyla uyumlu değişiklikler yapılmasını tavsiye etmiştir.

68. 10 Mart 2005'te Amerikan Ülkeleri Arası Komisyon vicdani redde ilişkin ilk bireysel başvuru hakkında karar vermiştir. Komisyon, 12. maddenin 6/3 (b) maddesiyle ilişkili olarak yorumlanması ve Amerikan Anlaşması kapsamında vicdani reddin sadece tanındığı ülkelerde koruma altına alınış olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, Amerika Ülkeleri Komisyonu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve UNHRC'in 2005 öncesi içtihatlarına istinat etmiştir (bakınız Cristián Daniel Sahli Vera ve Diğerleri/ Şile, Dava 12.219, Rapor no. 43/05, 10 Mart 2005, §§ 95-97). Bu yaklaşım daha sonra, Amerika Ülkeleri Komisyonu tarafından bir başka davada tekrar edilmiştir. (bakınız Alfredo Díaz Bustos v. Bolivia, Dava 14/04, Rapor no. 97/05, 27 Ekim 2005, § 19).

3. İbero-Amerikan Gençlerin Hakları Sözleşmesi (The Ibero-American Convention on Young People's Rights)

69. İbero-Amerikan Gençlik Organizasyonu çerçevesinde, 15-24 yaş arası bireylerin birtakım haklarına ilişkin İbero-Amerikan Gençlerin Hakları Sözleşmesi 10-11 Ekim 2005'te kabul edilmiştir. Sözleşmenin 'vicdani ret hakkı'na ilişkin 12. maddesi şöyledir:

“1. Gençlik, zorunlu askerlik hizmetini vicdani ret etme hakkına sahiptir.

2. Taraf Devletler, bu hakkın kullanımına ilişkin hukuki önlemler almayı ve zorunlu askerlik hizmetinin ortadan kaldırma hususunda ilerlemeler kaydetmeyi üstlenmişlerdir.”

4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (OSCE) (The Organisation for Security and Cooperation in Europe)

70. OSCE de vicdani red hususunu 1990'da ele almıştır. Katılımcı Devletler, İnsani Boyut Konferansında (Human Dimension Conference) Birleşmiş milletler İnsan Hakları Komisyonunun vicdani red hakkını tanıdığını ve çeşitli alternatif hizmet uygulamalarını hukuk sistemlerinde öngöreceklərini belirtmiştir. OSEC, 2004'te, Din ya da İnanca dair Düzenlemenin Gözden geçirilmesi İlkelerinde (Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief), bu hususa dair uluslararası bir kontrol olmasa da demokratik ülkelerdeki eğilim

askeri hizmete dair ciddi ahlaki ya da dini itirazları olan kişilere alternatif hizmet (askeri olmayan) olanağı sağlamak olduğunu belirtmiştir.

KANUN

I. SÖZLEŞMENİN 9.MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

71. Başvuran, orduda hizmeti reddetmeye ilişkin mahkûmiyetinin Sözleşmenin 9.maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

A. Dairenin hükmü

72. 27 Ekim 2007'deki hükmünde öncelikle Avrupa Konseyinin üye Devletlerinin çoğunluğu vicdani retçiler için alternatif hizmet öngören kanunlar kabul ettiğini belirtmiştir. Bununla beraber, Sözleşmenin^[1] 9.maddesi, vicdani reddi tanıma tercihini akit taraflarına bırakan 4/3 (b) maddesi ışığında yorumlanmalıdır. Böylece, akit taraflarının çoğunluğunun bu hakkı tanıyor olmasından, tanımamış olan ülkelerin Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucu çıkarılamaz. Dolayısıyla bu husus, Sözleşmenin evrimsel yorumu (evolutive interpretation) amacına fayda sağlıyor değildir. Daire, bu şartlarda, madde 9'un askeri hizmeti vicdani gerekçelerle red hakkı öngörmediği ve dolayısıyla başvuranın davasına uygulanabilir olmadığını söylemiştir. Madde 9'un uygulanamazlığı dolayısıyla başvuranın askeri hizmeti reddine ilişkin mahkûmiyet kararı, yetkili makamların Sözleşmedeki yükümlülükleri yerine getirmediği anlamına gelmemektedir sonucuna varılmıştır.

B. Tarafların görüşleri

1. Başvuran

[1] Sözleşmenin 4.maddesinin ilgili kısımları şöyledir: "2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya mecburi çalışmaya tabi tutulamaz. 3. Şu haller "zorla çalıştırma veya mecburi çalışmadan" sayılmazlar:... (b) askeri mahiyette bir hizmet ya da vicdani retçilerin tanıdığı ülkelerde, kimselere mecburi askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet"

(a) madde 9'un uygulanabilirliği

73. Başvuran, Dairenin, “yaşayan belge” (living instrument) doktrinini uygulamayı reddederek Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun m.4/3 (b)'nin vicdani retçiler için 9.maddenin uygulanabilirliğini hiçbir gerekçe ve açıklama getirmeden sınırladığı yorumunu tebellür ettiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte madde 4/3(b)'nin 9.madde kapsamında vicdani red hakkını dışladığı iddiası, özellikle 2000'den bu yana vicdani reddi tanıyacağını resmi olarak taahhüt eden Ermenistan açısından kullanılamaz . Başvuran, Travaus préparatoires 'a dayanarak m.4/3 (b)'nin hiçbir zaman madde 9'la bağlantılı olarak yorumlanamayacağını iddia etmiştir. Onun tek amacı madde 4/2'de güvence altına alınan hakkı sınırlamak olup vicdani reddi tanıyıp ya da dışlar bir nitelik arz etmemektedir. Madde 4/3 (b) Sözleşmenin diğer hükümlerine uygulanabilir nitelikte olmayıp onu madde 9'a uygulamak için de herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Eğer 9.madde vicdani retçilere hiçbir zaman uygulanmayacağı anlamına gelseydi, böyle bir sınırlama Sözleşme taslağını hazırlayanlar tarafından kolayca metine dâhil edilebilirdi. Bu sebepten ötürü, Mahkeme, madde 9'u vicdani retçilere uygulayarak en başta Sözleşmede bulunmayan bir hakkı Sözleşmeden yatarmış sayılmaz.

74. Başvurana göre, neredeyse tüm Avrupa Konseyi Üye Devletlerince vicdani red hakkının giderek tanınması hesaba katılırsa, bugünün koşulları, madde 9'un bu hakkı tanımayı desteklediğini söyleyebiliriz. Bu görüşbirliği Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği organlarının görüşlerinde de yansıtılmıştır. Kaldı ki, vicdani red hakkını tanıma Avrupa Konseyine katılmak isteyen yeni bir üye Devlet için ön-koşul haline gelmiştir. Ayrıca, Daire, konuyla ilgili olarak UNHRC'in ICCPR'nin eş hükümlerine dair yorumlarını da kapsayan Birleşmiş Milletler organlarındaki önemli gelişmeleri gözardı etmiş bulunmaktadır. Mahkemenin bu husustaki görüşünü netleştirmek gerekmektedir, zira madde 9'u vicdani redde uygulamayı reddeden Mahkeme değil, her zaman Komisyon olmuştur. Ayrıca, Dairenin, Sözleşmenin konusuna ve amacına aykırı olan Komisyon görüşüne atıfta bulunması yerinde olmadığı gibi, vicdani red hakkının tanınması lehine bir gelişmenin Komisyon görüşünde bile bulunması anlamında doğru da değildir. Başvuran son olarak konunun kendi davasından öteye gidip benzer durumdaki Avrupa Konseyindeki yüzlerce ve dünyanın diğer yerlerindeki binlerce genç adamı etkileyen sonuçları doğurduğunu ileri sürmüştür.

(b) Madde 9'a uygunluk

75. Başvuran, mahkûmiyetinin dini inancını açıklamak hakkına müdahale niteliğinde olduğunu ileri sürdü. Bu müdahale kanun tarafından öngörülmüş değildir; zira bu mahkûmiyet, Ermenistan'ın Avrupa Konseyine girerken verdiği hukuken bağlayıcı taahhüttü, yani hapis cezasına çarptırılmış vicdani retçileri affedecekleri hususunu ihlal niteliğindedir. Uluslararası bu taahhüt Ermenistan'ın

iç hukukunun bir parçası haline gelmiş olmaktadır ve bundan sonra askeri hizmeti yerine getirmeyi reddeden tüm vicdani retçiler bu zorunluluktan muaf tutulma hakkına ve alternatif hizmet olanağına sahip olacaktır. Sonuç olarak, iç hukuk Ermenistan'ın hukuken bağlı olduğu uluslararası taahhütlerle uyumlu olmadığından yeteri kadar kesin olmamaktadır.

76. Başvuran ayrıca, müdahelenin kanunda öngörülmemiş olduğunu, çünkü 1993'te ICCPR'nin bir tarafı haline gelen Ermenistan'ın 18.maddeye ve Vicdan ve Din Örgütleri Özgürlüğü Kanununda öngörülen UNHRC'nin müteakip içtihatlarına uymadığını ileri sürmüştür (bakınız yukarıdaki 44.paragraf)

77. Ayrıca başvuran, müdahelenin, demokratik bir toplumda gerekli olmadığını iddia etmiştir. Öncelikle, kendisini komşularıyla barış içinde yaşamaya adanmış ve temiz bir sicile sahip olan bir vicdani retçi olarak hapsedilmiş ve sanki tehlikeli bir suçluymuşçasına, demokratik bir toplumda tamamen gereksiz olacak bir şekilde müdahale görmüştür. Özellikle usandırıcı bir arama aşamasına muhatap olmuş, daha sonra tutuklanarak tek bir yatağın bile bulunmadığı ve çeşitli suçlardan gözaltına alınmış diğer 6 kişiyle aynı hücreye kapatılmış ve gardiyanlar tarafından sözlü taciz ve hakarete uğramıştır. İkinci husus temel bir hakkı olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını kullanırken tamamen orantısız bir cezanın muhatabı olmuştur. Üçüncü husus ise, Ermeni yetkililerin benzer durumdaki diğer kişileri affetmiş olmasından ötürü hapis cezası gerekli değildir. Son olarak ülkenin askeri koruması onun gibi insanlar cezalandırılmazsa bozulacak ya da zayıflayacak değildir. Özellikle, Ermenistan 2007'de 125,000 tane aktif ve 551,000 tane potansiyel askere sahiptir ancak sadece 41 tane Yehova Şahidi tutuklanmıştır. Daha da ötesi, 2002'den beri diğer dinlere bağlı sadece 3 kişi vicdani retçi olmaya karar vermiştir. Bu cuzi rakamlar Ermenistan'ın askeri kapasitesi üzerinde olumsuz etki yaratmaktan uzaktır.

2. Devlet

(a) Madde 9'un uygulanabilirliği

78. Devlet, Sözleşme ve Ermeni Anayasasında öngörülen hakların, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını da kapsamak üzere, ayırım gözetmeden herkese eşitçe uygulandığını belirtmiştir. Bir Ermeni vatandaşı olan başvuran, Anayasa uyarınca, dini akidelerinden bağımsız olarak mecburi askeri hizmetini yerine getirmek zorunda olup bu zorunluluk haklara müdahale olarak kabul edilemez. Kanun, Yehova Şahitlerinin askeri hizmetten muaf tutulmalarını öngören bir uygulama içermemektedir. Bu sebeple, kanunca öngörülmemiş olan bir şekilde mecburi askeri hizmetten muaf tutulmak eşitlik ve ayrımcılık gözetmeme ilkelerini ihlal sayılacaktır.

79. Devlet, Sözleşmenin "yaşayan belge" olduğu hususuna katılmaktadır. Ancak 9.maddenin mevcut olaya uygulanıp uygulanmayacağı hususu söz konusu

zamanda geçerli olan Sözleşme yorumları kapsamında ele alınmalıdır. Başvuran, 2001-2001 yılları arasında mahkum edilmiş olup, mahkumiyeti uluslararası topluluğun yaklaşımına uygun olmakta ve Komisyon ve Mahkeme tarafından yorumlanan Sözleşme uyarınca meşru ve hukuki kabul edilmektedir. Özellikle Komisyon bu konudaki son kararlar olan Peters / Hollanda (no. 22793/93, 30 Kasım 1994 Komisyon kararı) ve Heudens / Belgium (no. 24630/94, 22 Mayıs 1995 Komisyon kararı) davalarında, 9.maddede öngörülen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü haklarının mecburi askeri hizmetten dini ya da siyasi gerekçelerle muafiyeti kapsamadığını belirtmiştir. Mahkeme, incelemeye gerek görmediği madde 9'un uygulanabilirliğini daha yeni kararlarında bile tanımamıştır (örneğin, Thlimmenos / Yunanistan [GC], no. 34369/97, § 43, ECHR 2000-IV, ve Ülke/Türkiye no. 39437/98, §§ 53-54, 24 Ocak 2006). Dolayısıyla Ermeni yetkililer, Sözleşmeye uyumlu olarak hareket etmişlerdir. Bu konuda oluşturulmuş içtihat 9.maddenin yeni bir yorum olanağı Mahkemece öngörülmemiş ve sonuç olarak olası "yeni yaklaşım"la uygun olarak önlemler alınmamıştır.

80. Hükümet, Avrupa Konseyinin çoğunluktaki üye Devletlerinin vicdani retçiler için alternatif hizmet çeşitleri öngören kanunlar çıkardığını kabul etmektedir. Ancak, vicdani reddi tanıma tercihini açıkça akit taraflarına bırakan madde 4/3 (b) hükmünün dikkate alınmayıp, çoğunluk akit tarafının bu hakkı tanımış olmasının tanımayan akit taraflarca Sözleşmenin ihlal edildiği anlamı çıkarılamaz. Özetle, madde 4/3 (b) ışığında yorumlanan madde 9, vicdani gerekçelerle askeri hizmeti reddetme hakkı sağlamamakta ve başvuranın madde 9'la garanti altına alınan haklarına ihlal söz konusu olmamaktadır.

81. Devlet ayrıca, Ermenistan'da Yehova Şahitlerini de içeren 60 tane kayıtlı dini organizasyon, 9 tane dini organizasyon kolu ve 1 tane şubelik bulunduğunu söylemiştir. Dolayısıyla eğer bunlardan her biri askeri hizmetin dini akidelerine karşı olduğu konusunda ısrar ederse sadece Yehova Şahitleri üyelerinin değil, diğer dini organizasyonların da kendi ülkelerini savunma ödevini reddetme durumları ortaya çıkabilecektir. Bunun da ötesinde, Yehova Şahitleri üyeleri ya da diğer dini organizasyonlar, vergi ödemeleri ve ödevlerinin dini akidelerine karşı olduğunu aynı şekilde ileri sürebilecek ve Devlet 9.maddeyi ihlal sayılır gerekçesiyle onları mahkum edemeyecektir. Böyle bir yaklaşım, Devlete karşı yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak için bir kimsenin herhangi bir dini organizasyona üye olması ihtimali durumunda kabul edilemezdir.

82. Devlet son olarak, Ermenistan'ın Avrupa Konseyine kabul edilmek için taahhüt ettiği yükümlülükler kapsamında 17 Aralık 2003'te Alternatif Hizmet Kanunu çıkardığının altını çizmiştir. Böylelikle, yetkililer, anayasal yükümlülükleri alternatif bir hizmet aracılığıyla yerine getirmek suretiyle askeri hizmetten muafiyeti kabul etmiştir. Yani şu an için, vicdani retçiler alternatif hizmeti de reddettiler takdirde mahkum edilmektedir. Devlet, başvuranı, hükmedilen

cezayı yerine getirmesinden muaf tutarak hapis cezasına mahkûm edilmiş tüm vicdani retçileri affetmek yükümlülüğüne uygun davrandıklarını iddia etmiştir. Özellikle 2 yıl 6 ay hapse mahkûm edildikten sonra başvuran Temyiz Mahkemesinin kararından 6 ay sonra serbest bırakılmıştır.

(b) 9.maddeye uyma

83. Devlet, başvuranın madde 9'daki haklarına müdahale edilmiş olsa bile bunun haklı olduğunu ileri sürmüştür. İlk olarak, müdahale kanun tarafından öngörülmüş olmaktadır. Özellikle, fiziksel yeterliliğe sahip 18-27 yaş arası her Ermeni vatandaşının dini akidelerini gözetmeksizin Ermeni ordusuna hizmet ödevi Anayasanın 47.maddesi ve Askeri Sorumluluk Kanununun 3.ve 11.Kısımlarında belirtilmiş bulunmaktadır. Ayrıca, Ceza Kanunu uyarınca, askerlik hizmetinden kaçmak cezalandırılmaktadır. Bu hukuki hükümlerin her ikisi de erişilebilir ve yeterince nettir. Bunun da ötesinde vicdani red hakkı söz konusu zamanda Ermeni hukuku tarafından tanınmamaktaydı.

84. İkinci olarak, müdahale, demokratik bir toplumda gereklidir. Anayasa ve kanunlardaki yükümlülüklerin ve hak ve özgürlüklerin her vatandaş için ayırım gözetmeksizin uygulanması demokratik toplumun temel bir ilkesidir. Dolayısıyla, yetkililer yukarıda bahsettiğimiz 60'tan fazla dini organizasyona o zamanki hukukun dini inançları doğrultusunda yorumlanması ve uygulaması için izin verseydi eğer kamu düzeni açısından ciddi sonuçlarla karşılaşılabilirdi. Bu şartlarda yetkililerin en önemli görevleri Sözleşmeye müdahale anlamına gelmeyecek şekilde, her Ermeni vatandaşa, dinlerini gözetmeksizin, kanunları eşit uygulamaktır.

3. Üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılanlar

(a) Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Vicdan ve Barış Vergisi Örgütü, Dostlar Dünya Danışma Komitesi (Quakers), Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve Uluslararası Savaş Karşıtları'nın ortak görüşleri

85. Üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılan örgütler, vicdani reddin uluslararası ve bölgesel düzeyde tanınması için genel bir farkındalık yaratmışlardır. Uluslararası düzeyde, UNHRC'in yargılamalarındaki ve ICCPR'nin eş hükümlerinin yorumlanmasındaki gelişmelere, bilhassa 22.no'lu Genel Yorum ve Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin Choi davasına (bkz yukarıda 62-64.paragraflar) odaklanmışlardır. Ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu ve Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu gibi Birleşmiş Milletler organları nezdindeki gelişmelere de atıfta bulunmuşlardır.

86. Bölgesel düzeyde, katılan örgütler, vicdani reddin biran önce tanınması ve daha kapsamlı korunmasına dair tavsiye kararları gibi Avrupa Konseyi organlarındaki gelişmelere atıfta bulunmuşlardır. Ayrıca vicdani red hakkının, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 10.maddesi ve Genç İnsanların Hakları Ibero-Amerikan Sözleşmesinin 12.maddesinde açıkça tanıdığına dikkat

çekmişlerdir. Son olarak 2005'te Amerika Ülkeleri İnsan Hakları Komisyonu, bir başvuran ve Bolivya Devleti arasında dostça çözüm sağlamada, vicdani red hakkının evrimci doğasını (evolving nature) tanımış ve UNHRC'in 22 no'lu genel tavsiyesine açıkça atıfta bulunmuştur (bknz yukarıda 68.paragraf).

87. Katılan örgütler ayrıca Sözleşmenin 9/2. maddesinin bir kimsenin dinini ya da inancını açıklama özgürlüğünü ulusal güvenlik gerekçesiyle kısıtlamaya olanak tanımadığını belirtmiştir. Yukarıda bahsi geçen Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin Choi davasında UNHRC'in başvuranın ICCPR'nin 18.maddesindeki haklarına müdahale olduğunu belirtmiş ve bu müdahaleyi gerekli bulunmayıp söz konusu hükmün ihlaliyle sonuçlandığını belirttiğinin altı çizilmiştir.

88. Katılan örgütler, Avrupa Konseyine üye Devletlerin vicdani red hakkını tanımaları ve UNHRC'in yukarıdaki tespitleri dikkate alındığında bir Devletin askeri hizmeti vicdani red hususuna dair bir düzenleme yapmamasının 9/2. madde kapsamında haksız bir müdahale sayılacağını ileri sürmüştür. Son olarak, Tsirlis and Kouloumpas / Yunanistan (29 May 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III) ve Thlimmenos davalarındaki karşı oy görüşlerine dayanarak Komisyonun bile görüşlerinin zamanla geliştiğinin altı çizilmiştir. Tüm bu yukarıdakiler, madde 9 kapsamında vicdani red hakkının korunmasını desteklemektedir.

(b) Avrupa Hristiyan Yehova Şahitleri Birliği

89. Katılan örgütler, Yehova Şahitlerinin ellerine silah almayı reddetmeyi de içeren yüksek ahlaki değerlere adanmış olan Hristiyan sınıfları olduğunu belirtmişlerdir. Aslında, askeri yetkililer kanalıyla idare edilen ya da askeri faaliyetlere yardımcı içeren öz değerlerini ihlal etmeyen herhangi bir alternatif ulusal hizmeti kabul edeceklerdir. Yehova Şahitleri, özellikle savaş zamanında, askeri hizmeti vicdanen reddetmeleri dolayısıyla geçmişten bu yana çeşitli cezaların muhatabı olmuşlardır. Ancak birçok Avrupa ülkesindeki savaş sonrası gelişmeler, alternatif hizmetin giderek tanınması ve mecburi ulusal hizmetin nihayetinde ortadan kalkması sonucunu doğurmuştur.

90. Katılan örgütler ayrıca, Ermenistan'da askeri kontrolden bağımsız gerçek bir alternatif sivil hizmet olanağının söz konusu olmadığını ve genç Yehova Şahitlerinin bu tür hizmetleri vicdanen red etmeye devam edip mahkûm edilmeyi göze aldıklarını belirtmiştir. 2001 ve 2010 yılları arasında 273 insan mahkûm edilmiş ve şu anda 72 insan 24 aydan 36 aya kadar cezalarını çekmektedirler. Bu insanlar ayrıca işsizlik, banka hesabı açtırmamama ve hatta evlilik gibi hususlarda diğer türlü tacizlere mağdur kalmışlardır.

91. Sonuç olarak, katılan örgütler, Büyük Daireyi yaşayan belge doktrinini uygulamaya davet ederek içtihatları günümüz koşullarına uyarlamalarını istemişlerdir. Üye Devletlerin önceki kararlarındaki konuyla ilgili görüşlerin artık

savunulabilir olmadığını ve 9.maddedeki hakları ihlal etmeyen ulusal hizmet verme olanaklarının üye Devletlerce öngörülebildiğini belirtmişlerdir.

C. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ

1. Madde 9'un uygulanabilirliği

92. Başvuran ve üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılanlar Komisyonun içtihatlarının eskimiş olduğunu ve günümüze uygun yorumlanması gerektiğini söyleseler de Devlet, madde 9'un içtihatlar ışığında başvuranın davasına uygulanabilir olduğu hususuna itiraz etmiştir.

(a) İlgili içtihatın özeti

93. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun en son görüşünü belirttiği bir Yehova Şahidinin sadece askeri hizmetten değil, sivil hizmetten de muaf tutulduğu Grandrath/Almanya Federal Cumhuriyeti davasını incelemiştir (no. 2299/64, Komisyon raporu 12 Aralık 1966, yıllık, sy. 10, s. 626). Söz konusu davada, yetkililer, ilgili kişiyi vicdanına ve dinine aykırı bir hizmete zorlamış ve bu hizmeti reddetmesinden ötürü cezalandırıp 9.maddeyi ihlal ettiklerini iddiasıyla karşı karşıya gelmişlerdir. Komisyon, öncelikle, 9.maddenin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü genel olarak koruma altına alırken Sözleşmenin 4.maddesinin vicdani red konusundaki askeri hizmet anlamında mecburi hizmet hususunu ele aldığını belirtmiştir. 4.madde, askeri hizmeti vicdani retçiler için sivil hizmet olarak yerine getirilebileceğini açıkça öngörmüş olması karşısında Sözleşme uyarınca, vicdani retçilere bu hizmetten muafiyet sağlandığı söylenemez. Komisyon, 9.maddede geçen "vicdan ve din özgürlüğü" teriminin yorumuna dair herhangi bir sorunu incelemeyi gereksiz bulmuş ve söz konusu hükmün ayrı olarak ele alınıp ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

94. Benzer şekilde, X. /Avusturya (no. 5591/72, Komisyon kararı 2 Nisan 1973, Koleksiyon 43, s. 161) davasında Komisyon 9.maddeyi yorumlarken, madde 4/3 (b)'yi göz önünde bulundurarak zorla çalıştırma ya da mecburi çalışmanın "askeri mahiyette bir hizmet ya da vicdani retçilerin tanındığı ülkelerde bu kimselere mecburi askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet"i kapsamadığını belirtmiştir. Madde 4/3 (b)'ye "tanınan ülkelerde" ibaresinin eklenmesiyle birlikte vicdani reddi tanıyıp tanımama ya da tanınmışsa yerine bir hizmet öngörüp öngörmeme tercihi Yüksek Akit Taraflarına bırakılmıştır. Bu sebeple Komisyon, madde4/3 (b) ile sınırlanan 9.maddenin Devletlere vicdani reddi tanıma ve buna bağlı olarak mecburi askeri hizmeti etkilediği sürece vicdan ve din özgürlüklerini gerçekleştirmek adına anlaşmalar yapma zorunluluğu getirmediğini söylemiştir. Bu sebeple, söz konusu maddeler vicdani reddi tanımayan bir Devleti askeri hizmeti yerine getirmeyenleri cezalandırmaktan alıkoymamaktadır.

95. Bu yaklaşım, Komisyonun başvuranın sivil hizmeti yerine getirmeyi vicdani reddini içeren X./Almanya Federal Cumhuriyeti davasında onaylanmıştır(no. 7705/76, 5 Temmuz 1977 Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar (DR) 9, p. 196). Vicdani retçiler/ Danimarka davasında (no. 7565/76, Komisyon kararı 7 Mart 1977, DR 9, p. 117). Komisyon, vicdani reddin Sözleşme kapsamında garanti altına alınan hak ve özgürlüklerden olmadığını yinelemiştir. A/İsviçre davasında (no. 10640/83, Komisyon kararı 9 Mayıs 1984, DR 38, p. 219) Komisyon, görüşünü tekrar etmiş ve başvuranın askeri hizmeti reddetmesi sebebiyle cezalandırılmasının ya da bunun ertelenmemesinin 9.maddeyi ihlal teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

96. Sözleşmenin, vicdani red gibi bir hakkı koruma altına almadığını saptaması, çeşitli Komisyon görüşlerinde belirtilmiştir (bakınız N. / İsveç, no. 10410/83, 11 Ekim 1984 Komisyon kararı, DR 40, p. 203; ayrıca bakınız, mutatis mutandis, Autio v. Finland, no. 17086/90, 6 Aralık 1991 Komisyon kararı, DR 72, p. 245; Peters, yukarıda belirtildi ve Heudens, yukarıda belirtildi. Bu davalarda yine de Komisyon, yukarıdaki ilkelere karşı durumun, 9.madde kapsamına uygun olduğunu ve başvuranın ayrımcılık iddialarının Sözleşmenin 14.maddesi altında incelenebilir olduğunu kabul etmiştir.

97. Vicdani retçilerin mahkûmiyetine dair iki husus Mahkeme önüne getirilmiştir. Ancak her iki davada da Mahkeme, 9.maddenin kabul edilebilirliğini inceleme gereği duymamış ve konuyu Sözleşmenin 14.maddesi ve 3.maddesi kapsamında ele almayı uygun görmüştür. (bakınız Thlimmenos, yukarıda 43. ve 53.paragraf, ve Ülke, yukarıda, 53-54 ve 63-64 paragraflar).

(b) İçtihatla bir değişime ihtiyaç olup olmadığı

98. Mahkeme, hukuki kesinlik, öngörülebilirlik ve kanun önünde eşitlik adına iyi bir gerekçe olmadan önceki davalarda oluşturulmuş içtihatlardan ayrılmamalıdır (bakınız Vilho Eskelinen ve Diğerleri / Finlandiya [GC], no. 63235/00, § 56, ECHR 2007-IV, ve Micallef / Malta [GC], no. 17056/06, § 81, ECHR 2009-...).. Mahkemenin devimsel ve evrimsel yaklaşımı sürdürmekteki bir başarısızlığı, iyileştirme ya da gelişimi riske atacaktır. Sözleşmenin, hakları teorik ve boş değil; etkili ve kullanılabilir şekilde yorumlanıp uygulanması çok önemlidir. (bknz Stafford / Birleşik Krallık [GC], no. 46295/99, § 68, ECHR 2002-IV, ve Christine Goodwin / Birleşik Krallık [GC], no. 28957/95, § 74, ECHR 2002-VI).

99. Mahkeme, maddeyi ilgili insanlara uygulamayı reddeden Komisyon'dan farklı olarak, bu davadan önce hiçbir zaman madde 9'un vicdani redde uygulanabilir olduğu hususunu ele almamış olduğunu belirtmektedir. Komisyon, o şekilde davranarak, madde 9 ve madde 4 arasında bağlantı kurmuş olup sonuncusunun vicdani red hakkını tanımayı akit taraflarına bıraktığını belirtmiştir. Sonuç olarak vicdani retçiler, orduda hizmeti redde ilişkin kovuşturmadan

muafiyet sağladığı şeklinde yorumlanamayacak olan madde 9'un koruma kapsamına alınmamıştır.

100. Ancak mahkeme, madde 4/3 (b)'nin bu yorumunun ilgili hükmün gerçek anlamını ve amacını ortaya koyduğu hususunda ikna olmuş değildir. Madde 4/3 (b)'nin, madde 4/2'de yasaklanmış olan zorla çalışma ve zorunlu çalıştırma kapsamından, "Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet"i ayırdığının altını çizmiştir. Mahkeme ayrıca, bu bağlamda, madde 4'teki 23. paragrafı şöyle olan Travaux préparatoire'a dikkat çekmiştir: "Alt paragraf [(b)]'deki vicdani redde ilişkin şart, kanunla düzenlenen herhangi bir askeri hizmetin zorla ya da zorunlu çalışma kapsamında sayılmayacağını belirtmeye çalışmaktadır. Vicdani red kavramı birçok ülkede tanınmadığından, "vicdani reddin tanındığı ülkeler" ibaresi eklenmiştir. Mahkemenin görüşüne göre, Travaux préparatoires madde 4/3'ün alt paragrafı (b)'nin tek amacı "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma" kavramını biraz daha aydınlatmaktır." Aslında vicdani red hakkını ne tanımakta ne de dışlamakta olup bu yüzden madde 9'da garanti altına alınan hakları sınırlandırıcı nitelik teşkil etmemektedir.

101. Aynı zamanda, mahkeme, Komisyon tarafından uygulanan madde 9'un sınırlandırıcı yorumlarının söz konusu zamanların hâkim düşüncelerini yansıttığının bilincindedir. Komisyonun 9.madde kapsamından vicdani reddi ilk defa ayrı tuttuğu Grandrath v. the Federal Republic of Germany and X. v. Austria davalarından bu yana geçen zamanı gözönünde tutmaktadır. Her ne kadar söz konusu gerekçe daha sonra Komisyonun çeşitli görüşlerinde onaylanmış olsa da etkili olan en son kararı çok uzun süre önce, 1995'te verilmiştir. Arada, Avrupa Konseyi üye Devletlerinin iç hukuk sistemlerinde ve uluslararası düzeyde önemli gelişmeler yaşanmıştır.

102. Mahkeme, Sözleşmenin yaşayan belge olduğunu ve bugünün koşulları ve demokratik Devlet'lerdeki hâkim görüşlere uygun yorumlanması gerektiği hususunu yinelemiştir. (Tyrer / Birleşik Krallık, 25 Nisan 1978, § 31, Series A no. 26; Kress / Fransa [GC], no. 39594/98, § 70, ECHR 2001-VI; ve Christine Goodwin, yukarıda 75.paragrafta). Her şeyden önce, Mahkeme, insan haklarının korunmasına yönelik bir sistem olduğundan, akit Devletlerdeki değişen koşulları gözönünde bulundurarak yeni standartları elde etmek için görüş birliğine erişmelidir. Bunun da ötesinde, Mahkeme, Sözleşme metnindeki terim ve kavramların anlamlarını tanımlarken, Sözleşme dışındaki uluslararası hukuku ve yetkili organların yorumlarını da dikkate alabilir ve almalıdır. Sözleşme hükümlerini yorumlayan Mahkeme, uluslararası araçlarda görüş birliği sağlanmış olan hususları bazı davalarda göz önünde bulundurabilir. (bakınız Demir ve Baykar/. Türkiye [GC], no. 34503/97, § 85, 12 Kasım 2008).

103. Mahkeme, 1980'lerin sonu ve 1990'larda, Avrupa Konseyinin mevcut devletleri arasında ve örgüte daha sonra katılan Avrupa ülkelerinde vicdani red hakkını tanımaya dair açık bir eğilim söz konusu olduğunu belirtmiştir. Komisyonun, konuyla ilgili son kararından bu yana 19 tane Devletten vicdani red hakkını henüz kabul etmemiş olan Devletlerin hepsinde böyle bir hak iç hukuk sistemlerine zamanla girmiştir. Bu sebeple, 2002-2003'te, 9.madde kapsamında iddia edilen müdahale gerçekleştiğinde, sadece diğer dört üye Devlet, Ermenistan'a ek olarak, vicdani redçi statüsünü öngörmemekte olup, her ne kadar bunlardan üç tanesi bu hakkı anayasalarına çoktan almış bulunsalar da uygulama hükümlerini henüz çıkarmamışlardır (bknz yukarıda 48.paragraf). Bu nedenle, söz konusu zamanda tüm Avrupa Konseyi üye Devletleri arasında neredeyse bir görüşbirliği sağlanmış ve büyük çoğunluğun kanunlarında zaten vicdani red hakkı tanınıp uygulanmaktaydı.

104. Bunun da ötesinde, Mahkeme, mevcut vakayı müteakip iki üye Devletin daha vicdani red hakkını tamamen uygulayan kanunlar çıkarmış olmasını dolayısıyla sadece Azerbeycan ve Türkiye'nin bu hakkı tanımayan devletler olarak kalmış bulunmasını belirtmektedir. Bunun da ötesinde, Mahkeme, Ermenistan'ın da, başvuranın hapisten tahliyesinden hemen sonra ve mevcut başvurunun başında, tanımayı gerçekleştirmiş bulunduğu altını çizmiştir.

105. Mahkeme ayrıca, vicdani ret hakkının tanınması ile ilgili çeşitli uluslararası platformlarda eşit derecede önemli gelişmelere işaret etmiştir. En önemlileri UNHRC'nin Sözleşmenin ilgili hükümlerine (m.4 ve m.9) benzeyen ICCPR (madde 8 ve 18) hükümlerini yorumlamasıdır. Başlangıçta UNHRC, ICCPR 18 inci maddesi kapsamında vicdani ret hakkını hariç tutmak suretiyle, Avrupa Komisyonu ile aynı yaklaşım benimsenmiştir. Ancak, 1993'te, 22.Genel Yorumunda, en baştaki görüşünü değiştirmiş, ve öldürücü güç kullanma zorunluluğunun vicdan özgürlüğü ve dini ya da inancı açıklama özgürlüğüyle çatışmakta ise, vicdani red hakkının ICCPR'nin 18.maddesinden çıkarılabileceğini söylemiştir. 2006'da UNHRC, vicdani redde ilişkin, Güney Koreye karşı iki davada, açıkça ICCPR'nin 8.maddesini uygulamayı reddetmiş ve başvuruların vicdani gerekçelerle orduda hizmet vermeyi reddetmelerini söz konusu maddenin ihlali olarak tespit etmiştir.

106. Avrupa'da, 2000'de ilan edilip 2009 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Hakları Bildirgesinden bahsedilmelidir. Bildirgenin 10.maddesinin ilk paragrafı Sözleşmenin 9/1.maddesini tam olarak yinelese de ikinci paragrafı açıkça "vicdani red hakkı, bu hakkı düzenleyen ulusal kanunlarca tanınır" demektedir (bakınız yukarıda 57.paragraf). Bu açık ifade, (bakınız, mutatis mutandis, Christine Goodwin, yukarıda 100.paragraf ve Scoppola, 105.paragraf) Avrupa Birliği üye Devletleri yanı sıra modern Avrupa devletleri arasında vicdani reddin tanınmasında görüşbirliğini yansıtmaktadır.

107. Avrupa Konseyinde, PACE ve de Bakanlar Komitesi de birkaç defa, henüz vicdani reddi tanımamış olan devletleri bu hakkı tanımaya davet etmiştir (bakınız yukarıda 51-55.paragraflar). Daha da ötesi, vicdani ret hakkını tanıma organizasyona yeni üye Devlet alımında ön koşul haline gelmiştir (bknz, örnek olarak, yukarıdaki 50.paragrafa). 2001'de PACE, daha önce yaptığı çağrılarını yineleyerek, vicdani reddin, Sözleşmede öngörülmüş olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkının temel bir uzantısı olduğunu belirtmiştir. 2010'da Bakanlar Kurulu, UNHRC'nin içtihatlarındaki gelişmelere ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin hükümlerine dayanarak Sözleşmenin 9.maddesiyle sağlanan vicdan ve din özgürlüğü kavramının yorumunu onaylamış ve üye Devletlere vicdani red statüsünü tanımayı tavsiye etmiştir. (bakınız yukarıda 55.paragraf)

108. Mahkeme, Komisyonun Grandrath / Almanya Federal Cumhuriyeti ve izleyen kararlarından bu yana Avrupa Konseyi üye Devletlerinin büyük çoğunluğunun iç hukuklarının ilgili uluslararası araçlar doğrultusunda bir gelişme gösterdiği dolayısıyla söz konusu zamanda genel konuyla ilgili bir görüşbirliğinin bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu gelişmeler ışığında, 2002-2003Te meydana gelen olaylara ilişkin madde 9'un yorumundaki değişimin öngörülebilir olduğu söylenemez. Daha da ötesi, Ermenistan'ın ICCPR'ye taraf olduğu ve Avrupa Konseyine katılırken vicdani red hakkını tanıyan bir kanunu çıkarmaya zorunlu olduğunu davada göz önünde tutmalıyız.

109. Yukarıda bahsedilenler ışığında ve 'yaşayan belge' yaklaşımı çizgisinde, Mahkeme, Komisyon tarafından oluşturulmuş olan içtihatın onaylanmasının mümkün olmadığını ve madde 9'un artık madde 4/3 (b) ile bağlantılı yorumlanamayacağı söylemektedir. Sonuç olarak, başvuranın şikayeti sadece madde 9 altında değerlendirilmelidir.

110. Bu doğrultuda, Mahkeme, madde 9'un açıkça vicdani red hakkından bahsetmediğini belirtmektedir. Ancak, askeri hizmete karşı çıkmak, orduya hizmet etmek ile bir kimsenin vicdani veya gerçekten derinden sahip olduğu dini ya da diğer inançları başa çıkılmaz ciddi bir çatışma halindeyse, madde 9'a başvurulmasında yeterli inandırıcılık, ciddiyet, uyum ve önem oluşmuştur(bakınız, mutatis mutandis, Campbell and Cosans / Birleşik Krallık, 25 Şubat 1982, § 36, Series A no. 48, ve, karşı olarak, Pretty / Birleşik Krallık, no. 2346/02, § 82, ECHR 2002-III). Askeri hizmeti reddin ne sınıra kadar söz konusu madde kapsamına gireceği hususu somut davanın koşulları gözönünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

111. Somut davadaki başvuran, silahsız olsa bile askeri hizmetlere karşı olan dini bir grubun, Yehova Şahidlerinin üyesidir. Dolayısıyla, Mahkemenin, başvuranın gerçekten sahip olduğu dini inançlarıyla askeri hizmetin başa çıkılmaz ve ciddi çatışması gerekçesiyle askeri hizmeti reddettiği hususunda ikna olmuştur.

Bu anlamda, Devlet'in iddiasına karşı olarak (bknz yukarıda 81.paragraf), başvuranın durumunun genel vergi mecburiyeti gibi vicdani gerekçeler olmayan diğer durumlardan (bknz C. / Birleşik Krallık, no. 10358/83, Komisyon kararı 15 Aralık 1983, DR 37, p. 142) ayırt edilmesi gerekmektedir.

2. Madde 9'a uygunluk

(a) Müdahale olup olmadığı

112. Mahkeme, başvuranın askeri hizmet görevine başlamamasını dini inancını açıkça göstermek olarak kabul etmektedir. Askerlikten kaçma mahkûmiyetinin madde 9/1'de garanti altına alınan dini açıklama özgürlüğüne bir müdahaledir. Böyle bir müdahale, paragraph 2'de belirtilen meşru amaçlardan biri ya da daha fazlasıyla bağdaşmadığı ve demokratik toplum gereği olmadığı sürece ve kanunla öngörülmemişse eğer madde 9'a karşı olacaktır.(bakınız, Buscarini ve Diğerleri/ San Marino [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I).

(b) Müdahelenin haklı olup olmadığı

(i) Prescribed by law Kanunen öngörülen

113. Mahkeme, "kanun tarafından öngörülmüş" ibaresinin öncelikle içhukukta bir temele sahip olması gerektiğini yerleşik içtihatlarıyla yinelemiştir. Ayrıca söz konusu kanunun, ilgili bireylerin erişiminde kolay olması, uygulanacak kadar kesin, öngörülebilir ve makul bir dereceye kadar davranışları düzenlemeye yeterli olması da gerekmektedir (bakınız, Gorzelik ve Diğerleri/ Polonya [GC], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004-I).

114. Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetinin, askerlikten kaçmayı cezalandıran Ceza Kanununun 75.maddesi hükmünce verildiğini dikkate almaktadır. Ayrıca, başvuranın mahkum edilmesi zamanında alternatif hizmete dair bir kanun bulunmadığının ve gerek Ermenistan Anayasasının gerekse Askeri Sorumluluk Kanununun 18-27 yaş arası fiziki yeterliliğe sahip tüm erkeklerin askeri hizmette bulunmasını öngördüğünü de dikkate almaktadır. Mahkeme, erişimleri tartışmasız olan bu hükümlerin yeterince açık bir şekilde ifade edildiğini düşünmektedir.

115. Yukarıdaki iç hukuk hükümleri ve Ermenistan yetkililerinin Avrupa Konseyine katılırken üç yıl içinde alternatif hizmete dair kanun çıkaracakları ve bu arada hapis cezasına çarptırılmış olan vicdani retçileri affedip kanun yürürlüğe girdiğinde onların alternatif hizmet gerçekleştirmesine izin verecekleri taahhütü arasında bir tutarsızlık olacağı doğrudur (bakınız yukarıda 50.paragraf). Ancak Mahkeme, iç hukuk ve Ermenistan'ın uluslararası taahhütü arasındaki bu açık tutarsızlığı çözüme kavuşturmayı gerekli bulmamaktadır. Mevcut bağlamda, yetkililerin ICCPR hükümlerine karşı hareket etmiş olmaları hususunda karar vermeyi de gerekli görmemektedir. (bknz yukarıda 59.paragraf)

116. Bu nedenle, somut davanın amacı ve müdahelenin gerekliliği hususundaki bulguların ışığında (bakınız yukarıda 124-128 paragraflar)Mahkeme,

müdahelenin kanunda öngörülmüş olup olmadığı sorusunu açık bırakmayı tercih etmektedir.

(ii) Meşru amaç

117. Devlet, kamu düzeni ve dolaylı olarak diğerlerinin haklarını koruma gerekliliğine başvurmuştur. Ancak Mahkeme, Devlet'in bu gerekçeleri ileri sürmesini davanın koşulları, özellikle başvuranın mahkûmiyeti esnasında Ermenistan yetkililerinin alternatif sivil hizmeti tanıma zorunluluğu ve dolaylı olarak, yeni vicdani retçileri mahkumiyetten kurtarma zorunluluğu olduğu hesaba katıldığında ikna edici bulmamaktadır (bakınız aşağıda 127. paragraph). Bu rağmen, Devlet'in ileri sürdüğü amaçların madde 9/2 anlamında meşru olup olmadığı hakkında kesin bir karar vermeyi gerekli görmemektedir. Zira meşru oldukları kabul edilse bile müdahale, aşağıda bahsedilen sebeplerden ötürü uygunsuzdur.

(iii) demokratik bir toplumda gereklilik

118. Mahkeme, madde 9'da belirtildiği üzere düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşmenin anlamı içerisinde, 'demokratik toplum'un temellerinden biri olduğunu yinelemiştir. Bu özgürlük, dini açıdan, inananların kimliklerini ve yaşam görüşünü oluşturan, ama aynı zamanda ateistler, agnostikler, skeptikler ve kayıtsızlar için de gerekli olan çok önemli bir unsurdur. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşulu olan çoğulculuk buna dayanmaktadır. Bu özgürlük, inter alia, dini inanç sahibi olmayı ya da olmamayı ve dini gerekleri yerine getirmeyi ya da getirmemeyi de kapsamaktadır. (bakınız Kokkinakis v. Greece, 25 Mayıs 1993, § 31, Series A no. 260-A; Buscarini ve Diğerleri, yukarıda bahsedilen, § 34; and Leyla Şahin / Türkiye [GC], no. 44774/98, § 104, ECHR 2005-XI).

119. Dini özgürlük öncelikli olarak bireysel vicdanla ilgili olduğu için, aynı zamanda, tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 9.madde, bir kimsenin dinini ya da inancını açıklamasının ibadet, öğretim uygulama ve ayin yapmak gibi çeşitli yollarını öngörmektedir. (bakınız Hasan ve Chaush / Bulgaristan [GC], no. 30985/96, § 60, ECHR 2000-XI, ve Bessarabia Metropolitan klisesi ve Diğerleri/. Moldova, no. 45701/99, § 114, ECHR 2001-XII).

120. Mahkeme sık sık, çeşitli dinlerin ve inançların yerine getirilmesinde yansız ve tarafsız bir düzenleyici olarak Devletin rolünü vurgulamakta ve bu rolün demokratik bir toplumda kamu düzeni, dinsel uyum ve hoşgörü için elverişli olduğunu belirtmektedir. Devletin tarafsızlık ve yansızlık görevinin Devlet tarafından herhangi bir gücün, dini inançların meşruluğunu ya da bu inançların ifade edilmesini değerlendirmesiyle bağdaşmamaktadır. (bakınız Manoussakis ve Diğerleri/. Yunanistan, 26 Eylül 1996, § 47, Raporlar 1996-IV, ve Hasan ve Chaush, yukarıda bahsedilen, § 78).

121. Yerleşik içtihatlarına göre Mahkemei Sözleşmeye taraf Devletlere, bir müdahelenin gerekliliği ve ölçüsüne karar vermek için belirli bir takdir payı bırakır. Bu takdir payı, hukuku ve uygulanan kanunları kapsayan bir Avrupa denetimiyle el ele gitmektedir. Mahkemenin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin ilke olarak ve orantısız açıdan haklı olup olmadığına karar vermektir. (bakınız Manoussakis ve diğerleriyukarıda 44.paragraf; Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri, yukarıda 119.paragraf; ve Leyla Şahin, yukarıda 110.paragraf).

122. Somut davadaki takdir payının kapsamını belirlemek için Mahkeme, demokratik bir toplum için önemli bir unsur olan dinsel çoğulculuğu sağlamak adına neyin gerekli olduğunu hesaba katmalıdır (bakınız Manoussakis ve Diğerleri, yukarıda 44.paragraf, ve Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri, yukarıda 119.paragraf). Mahkeme ayrıca Sözleşmeye taraf devletlerin uygulamalarındaki görüş birliği ve ortak değerleri hesaba katabilir (bakınız, mutatis mutandis, X, Y ve Z / Birleşik Krallık, 22 Nisan 1997, § 44, Yargılamalar ve Kararlar Raporu 1997-II, ve Dickson / Birleşik Krallık [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-XIII)..

123. Mahkeme, Avrupa Konseyinin önceden mecburi hizmeti öngörmüş olan ya da hala öngören neredeyse tüm üye Devletlerin bireylerin vicdani gerekçeleri ve askeri zorunluluklar arasındaki çatışmayı önlemek amacıyla alternatif hizmet olanakları düzenlemiş olduğuna işaret etmiştir. Dolayısıyla, bunu öngörmemiş olan bir devlet sadece sınırlı bir takdir payına sahip olup, müdahaleyi inandırıcı ve zorlayıcı sebeplerle gerçekleştirmiş olduğuna dair ikna edici olmalıdır. Özellikle söz konusu müdahelenin “sosyal ihtiyacı bastırıldığını” göstermelidir. (bakınız Manoussakis ve Diğerleri, yukarıda sözü edilen, § 44; Serif karşı Yunanistan, no. 38178/97, § 49, ECHR 1999-IX; Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri, yukarıda bahsedilen, § 119; Agga / Yunanistan (no. 2), nos. 50776/99 and 52912/99, § 56, 17 Ekim 2002; ve Moscow Branch of the Salvation Army / Rusya, no. 72881/01, § 62, ECHR 2006-XI).

124. Mahkeme bu davada, başvuranın kişisel çıkar ya da rahatlık nedeniyle değil, Yehova Şahitlerinin bir üyesi olarak gerçek dini inançları gerekçesiyle askerlik hizmetinden muaf tutulmak istediği gerçeğini göz ardı edemez. Söz konusu zamanda Ermenistan’da herhangi bir alternatif hizmet olanağı bulunmadığından başvuran, dini akidelerine sadık kalmak pahasına cezai sorumluluğu göze alarak orduya katılmayı reddetmektan başka seçeneği olmamıştır. Dolayısıyla, söz konusu zamandaki system, vatandaşlarına, vicdani redçiler için ciddi sonuçları olan zorunluluklar empoze etmiş, ve vicdan-temelli istisnalara izin vermeyerek askeri hizmeti reddedenleri cezalandırmıştır. Mahkemenin görüşüne göre böyle bir uygulama, toplumun ve başvuranın menfaati arasında adil bir denge kurmayı sağlayamamıştır. Bu sebeple, başvuranı cezaya çarptırmanın, vicdanına ve inançları gerekçelerin kabul görmediği şartlarda, demokratik bir toplumda gerekli bir önlem olduğu söylenemez. Avrupa Devletlerinin büyük çoğunluğunun uygulamalarının

gösterdiği gibi, yarışan menfaatleri uzlaştırmak için tutarlı ve verimli alternatif yollar mevcuttur.

125. Mahkeme, herhangi bir zorunlu askeri hizmet sisteminin vatandaşlara ağır bir sorumluluk yüklediğini belirtmektedir. Eğer eşit bir şekilde paylaşırlırsa ve eğer istisnaları somut ve ikna edici temellerde olursa kabul edilebilir. (bakınız Autio, yukarıda bahsedilen). Mahkeme, başvuranın askeri hizmetten muaf tutulmaya dair somut ve ikna edici sebepleri olduğunu saptamıştır (bakınız yukarıda 111. paragraf). Ayrıca başvuranın medeni yükümlülüklerini yerine getirmeyi hiçbir zaman reddetmemiştir. Tam tersine, yetkililerden kendisine alternatif hizmet sunma olanağı tanınmaları için açıkça talepte bulunmuştur. Dolayısıyla başvuran, ikna edici sebeplerle, vatandaşlara eşit olarak yüklenen mecburi askeri hizmet yükümlülüğünü alternatif bir hizmetle yerine getirmeye hazırdır. Bu olanağın yokluğunda, hapis cezasını çekmek zorunda kalmıştır.

126. Mahkeme, ayrıca, çoğulculuğun, toleransın ve açıkfikirliliğin, demokratik bir toplumun altın özellikleri olduğunu yinelemiştir. Ara sıra bireysel çıkarlar bir grubun çıkarları karşısında ikinci plana alınabilse de demokrasi, çoğunluğun görüşünün hâkim olacağı anlamına gelmemektedir: Hakim pozisyonun kötüye kullanılması önlenerek azınlıklara adil ve doğru muamele edilmesiyle bir denge sağlanmalıdır. Dolayısıyla, Devlet'in azınlıktaki dini grupların inancına, başvuranda olduğu gibi yaklaşması Devletin iddia ettiği haksız eşitsizlikleri ya da ayrımcılıkları yaratmaktan uzak olup, toplumda toleransı ve dini harmoniyi arttıran, çoğulculuğu pekiştiren niteliktedir.

127. Mahkeme son olarak, başvuranın kovuşturması ve mahkûmiyetinin Ermeni yetkililerin Avrupa Konseyine girmek için resmi olarak verdiği alternatif hizmeti tanıma taahhütünün geçerli olduğu bir zamanda söz konusu olduğuna dikkat çekmiştir (bakınız yukarıda paragraph 50) Daha da ötesi, vicdani redçileri mahkum etmeme taahhütü PACE Görüş no.221'de açıkça belirtilmemişse de şu cümleden dolaylı olarak çıkarılabilir: "bu arada hapis cezasına çarptırılmış tüm vicdani redçileri affetmek... bunun yerine onlara... kanun... yürürlüğe girdiğinde... alternatif sivil hizmete izin vermek". Ermeni yetkililerin bu vaadleri vicdan özgürlüğünün askeri hizmeti reddederek ifade edilebileceğini ve vicdani redçileri cezalandırmaktansa alternatif önlemler almanın gerekliliğini göstermektedir. Bu nedenle, başvuranın vicdani reddetme mahkûmiyeti Ermenistan'da söz konusu zamanda uluslararası taahhütler doğrultusunda uygulanan resmi reform politikası ve hukuki değişimlerle doğrudan çatışma halinde olup söz konusu koşullarda ivedi sosyal gerekliliklerden doğmuş olduğu söylenemez. Alternatif hizmet kanununun başvuranın son mahkûmiyetinden sonra neredeyse 1 yıldan az bir sürede çıkarıldığı hesaba katıldığında bu durumun öyle olmadığı daha da ortaya çıkar. Başvuranın şartlı tahliye edilmiş olması bu durumu değiştirmediği gibi yeni kanunun başvuranın durumuna bir etkide bulunmamaktadır.

128. Tüm bu yukarıdaki sebeplerle, Mahkeme, başvuranın mahkûmiyetinin Sözleşmenin 9.maddesi uyarınca demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale teşkil ettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla söz konusu maddenin ihlali gerçekleşmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 41.MADDESİNİN UYGULANMASI

129. Sözleşmenin 41.maddesi uyarınca:
Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.

A. TAZMİNAT

130. Başvuran, 10,000 avroluk (EUR) manevi tazminat talep etmiştir.

131. Devlet, manevi tazminat miktarının aşırı olduğunu ileri sürmüştür.. Ayrıca başvuran, herhangi bir manevi zarara uğradığını ispatlamakta başarısız olmuştur. Her koşulda bir ihlalin tespiti yeterli adil tazminle sonuçlanmalıdır.

132. Mahkeme, başvuranın, vicdani gerekçelerle askeri hizmeti reddetmesi sebebiyle mahkûm edilip hapis cezasına çarptırılmasından dolayı manevi zarara uğradığını kuşkusuz gözönünde bulundurmaktadır. Hakkaniyete dayanarak, başvuran lenine 10,000 EUR tutarında manevi tazminata hükmetmiştir.

B. MASRAF VE GİDERLER

133. Başvuran, 3,000 EUR yurtiçi avukatlık ücreti, 11,500 EUR Daire davaları için ve başvuru ve duruşma masrafları dahil 3,000 EUR Büyük Daire davaları için toplamda 17,500 EUR masraf ve gider talebinde bulunmuştur. Başvuran, biri yurtiçinden ikisi yabancı üç avukatın nihai kararın alınması da dahil olmak üzere gerçekleştirdikleri çalışmaların her bölümü için ödenecek götürü miktarlarını da içeren bir fatura sunmuştur.

134. Devlet, Sözleşmenin diğer maddelerine dayanılarak sunulan iddiaların kabul edilmediğinden ötürü başvuranın sadece madde 9 kapsamında masraf ve gider talep edebileceğini ileri sürmüştür. Her durumda masraf ve gider talepleri usulüne göre belgelenmiş değildi ve bu giderlerin gerçekten gerçekleştiği kanıtlanmadı. Başvuranın sunduğu faturaların avukatlarıyla arasındaki ileride yapacağı ödemelerin ya da yapılmış olan ödemelerin kanıtı olarak kabul edilemez. Ayrıca, herhangi bir gelecek duruşmaya dair giderlerin karşılanması talebi kabul edilemez. Daha da ötesinde, avukat ücretleri, şişirilmiş ve nedensiz faizlere sahip olup işin çoğaltılması amacıyla yapılan gereksiz ücretlerle doludur. Son olarak, Devlet, iki

avukatın Kanada'da oturduğundan dolayı başvuranı temsile ve geçerli kriterlere uygun olmadığını iddia etmiştir.

135. Mahkeme, hukuki zararların tazmininin ancak tespit edilen ihlalleri kapsadığını yinelemektedir (bakınız Beyeler/ İtalya (adil tazmin) [GC], no. 33202/96, § 27, 28 May 2002). Mevcut davada, başvuranın Mahkemeye ilk başvurusu, Sözleşmenin madde 5/1, 5/3 ve 5/5 ve madde 6 ve madde 14 altında kabul edilmemiş olan birçok şikayetten oluşmaktadır.. Bu yüzden iddia tamamen kabul edilmeyip bir indirim uygulanmalıdır. Ancak Mahkeme, başvuranın iddialarının belgeye dayanmadığını veya faturaların şişirikmiş ya da gereksiz olduğu Devlet iddiasına katılmamaktadır. Başvuranı temsil yetkisine sahip olan iki avukat hakkındaki Devlet'in iddialarına da katılmamaktadır. Mevcut bilgilere dayanarak Mahkeme, başvuran lehine 10,000 EUR masraf ve giderlere hükmetmektedir.

C. Temerrüt faizi

136. Mahkeme, temerrüt faizini, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme faiz oranına üç puan daha ekleyerek belirlenmesini uygun görmüştür.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI MAHKEME,

1. 1'e karşı 16 oyla Sözleşmenin 9.Maddesinin ihlal edildiğine;
2. 1'e karşı 16 oyla,
 - (a) Davalı Devletin başvurana, 3 ay içinde, ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Ermeni dirhemi olarak şu meblağı ödemesine:
 - (i) Manevi tazminat için 10,000 EUR (on bin avro) artı vergiler
 - (ii) Harcama ve masraflar için 10,000 EUR (on bin avro) artı vergiler
 - (b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödeme tarihine kadar, Avrupa Merkez Bankasının temerrüt dönemindeki marjinal borç verme faiz oranına üç puan eklenerek bulunan basit faizin yürütülmesine
3. Oybirliğiyle, başvuranın adil tazmine dair diğer iddialarının reddine,
Fransızca ve İngilizce olarak hazırlanan bu karar, 7 Temmuz 2011 tarihinde Strasbourg İnsan Hakları Binasında kamuoyuna açık duruşmada tefhim edilmiştir.

Vincent Berger
Sekreter Yardımcısı

Jean-Paul Costa
Başkan

Sözleşmenin 45.maddesinin 2.paragrafı ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74.maddesinin 2.paragrafına uygun olarak, Hâkim Gyulumyan'ın ayrı görüşü bu karara eklenmiştir.

J.-P.C.
V.B.

HAKİM GYULUMYAN'IN MUHALEFET ŞERHİ

Mevcut davada Sözleşmenin 9.maddesinin ihlal edildiğine dair Büyük Daire çoğunluğunun fikrine maalesef katılmıyorum.

1. Bu davadaki başvuran, Ermenistan'da alternatif hizmet kanunu olmadığı zamanlarda, askeri hizmeti vicdani gerekçelerle reddetmesinden dolayı mahkûm edilmiştir. 2,5 yıl hapse çarptırılmış ve yaklaşık 10,5 ayını doldurduktan sonra 22 Temmuz 2003'te şartlı tahliye edilmiştir. Alternatif Hizmet Kanunu, 17 Aralık 2003'te kabul edilip 1 Temmuz 2004'ten itibaren yürürlüğe konmuştur.

2. Görüşümü açıklarken, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve vicdani red hakkına verdiğim önemi belirtme gereği duymuyorum; ancak Sözleşmede vicdani reddin açıkça korunuyorsa olmaması esastır.

Sözleşme ve Protokolleri, vicdani red gibi bir hakkı koruma altına almamaktadır. Sözleşmenin 9.maddesi vicdani redçilere askeri hizmetten ya da yerine geçen sivil hizmetten muaf tutulma hakkını vermemektedir. Bir Devleti de böyle hizmetleri reddedenleri cezalandırmaktan alıkoymuyor değildir.

Mahkeme, birçok defa madde 9'un dini ya da inançtan kaynaklanan her davranışı korumadığını belirtmiştir(bakınız, Kalaç / Türkiye, 1 Temmuz 1997, § 27, Yargılama ve Kararlar Raporları 1997 IV; Arrowsmitt / Birleşik Krallık, no. 7050/75, 12 Ekim 1978 Komisyon Raporu, Yargılar ve Kararlar (DR) 19, p. 5; C. / Birleşik Krallık, no. 10358/83, 15 Aralık 1983 Komisyon kararı, DR 37, p. 142; Tepeli ve Diğerleri/Türkiye (dec.), no. 31876/96, 11 Eylül 2001; ve Leyla Şahin/ Türkiye [GC], no. 44774/98, § 105, ECHR 2005 XI).

Avrupa Konseyi Parlamenter Topluluğu, 1518(2001) ve 1742(2006) Tavsiyelerinde, Bakanlar Komitesine ek protokoller aracılığıyla vicdani red hakkını Sözleşmeye dâhil etmesini tavsiye etmiştir. Parlamenter Topluluğu gibi, Avrupa Parlamentosu da vicdani red hakkının düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün doğasında bulunan bir kavram olduğunu belirtmiş ve söz konusu hakkı Sözleşmeye dâhil etmeyi istemiştir.

Bu Mahkemenin rolünün yeni haklar yaratmak değil; Sözleşme'deki mevcut insan haklarını korumak olduğunu düşünüyorum. Sözleşmenin evrimci yaklaşımının Mahkemeye korunan hakları geliştirmesine izin verdiği ileri sürülebilir. Ancak, benim görüşüme göre bu husus, Sözleşmenin kendisinin belirli hakları tanımayı akit Devletlerin yetkisine bıraktığı durumlar için geçerli değildir.

Madde 4/3 (b) açıkça vicdani red hakkını tanımayı akit Devletlere bırakmıştır (bakınız Bayatyan / Ermenistan, no. 23459/03, § 63, 27 Ekim 2009). Bu madde, "askeri nitelikli herhangi bir hizmet ya da tanınmış oldukları ülkelerde vicdani redçilerin durumunda, mecburi askeri hizmet yerine geçen hizmeti" zorunlu çalışma tanımından çıkarmaktadır.

3. Çoğunluğun görüşü olan madde 9'un artık madde 4/3 (b) ile bağlantılı yorumlanmaması hususunda esas olarak farklı görüşteyim. Bu görüş, Mahkemenin, Sözleşmenin bir bütün olarak ele alınıp iç tutarlılığı ve uyumu korunarak yorumlanması yaklaşımına da aykırıdır. (bakınız *Klass ve Diğerleri/Almanya*, 6 Eylül 1978, § 68, Series A no. 28; ve ayrıca *Maaouia/Fransa*[GC], no. 39652/98, § 36, ECHR 2000 X; *Kudła/Polonya*[GC], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000 XI; ve *Stec ve Diğerleri/ Birleşik Krallık (dec.)* [GC], nos. 65731/01 ve 65900/01, § 48, ECHR 2005 X).

4. 2010'da, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çok yakın tarihli bir tavsiyesinde, uluslararası arenadaki gelişmeler ışığında vicdani red hakkının vicdan ve din özgürlüğünün bir parçası olarak ve madde 9 kapsamında yorumlanmasını belirtmiştir.

Vicdani red hakkını, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı altında tanıyan Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi Aralık 2000'de kabul edilip Aralık 2009'da yürürlüğe girmiştir.

2006'ya kadar Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 8.maddesini uygulamayı açıkça reddeterek Güney Kore'ye karşı açılmış iki davada şikâyetleri sadece ICCPR'nin 18.maddesi altında incelemiş ve başvuruların vicdani gerekçelerle askeri hizmeti red sonucu mahkûm edilmelerini söz konusu maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir.

Ayrıca, başvuranın dini inançları sebebiyle silahlı kuvvetlere hizmeti reddettiği için mahkûm edildiği zaman Sözleşme ve Protokollerin vicdani red gibi bir hakkı koruma altına almadığına dair açık bir içtihat söz konusuydu. Ulusal Otoriteler, mevcut içtihatı uyduğu ve bir yıl sonra oluşan gelişmeleri yansıtan bir yorumda bulunmadığı için suçlanamazlar.

5. Ermenistan'ın 2000'de Avrupa Konseyine girmesi üzerine vicdani red için alternatif hizmet öngöreceğine dair uluslararası taahhütleri, benim görüşüme göre, o zaman için bağlayıcı kabul edilemez. Ermenistan söz konusu hakkı tanıma ve tüm vicdani red mahkûmlarını affetmeyi hemen değil; üç yıllık süre içinde yerine getireceğini taahhüt etmiştir. Ermenistan, söz verdiği üzere, sorumluluklarını üç yıl içinde yerine getirmiştir. O dönemde, Alternatif Hizmet Kanunu çıkarılmış, 38 vicdani redçi affedilmiş ve başvuranın kendisi de şartlı olarak tahliye edilmiştir. Bu yüzden, bu kararın Ermenistan'ın yapma sözü verdiklerini yapması için gerekli olmadığı açıktır.

6. Eğer 9.madde uygulanabilir değilse, ihlal söz konusu olmayacağı açıktır. İhlal tespitine karşı olma sebebim budur. Sözleşmenin 9.maddesinin ihlali tespitinin başvurana kişisel adalet sağladığından şüphe etmekteyim. Bu mahkemeye başvurduğu esnada mağdur olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılır. Kuşkusuz, özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır, ancak böyle bir mahrumiyetten değil; vicdani redçiler için alternatif bir hizmetin olmamasından şikâyet etmiştir.

Mevcut başvurunun yapıldığı gün başvuran şartlı tahliye edilmiş ve 6 ay sonra Alternatif Hizmet Kanunu çıkarılmıştır.

Birçok davada (bakınız Sisojeva ve Diğerleri / Latviya [GC], no. 60654/00, ECHR 2007 II; Shevanova / Latviya (devam ediyor) [GC], no. 58822/00, 7 Aralık 2007; ve El Majjaoui ve Stichting Touba Moskee / Hollanda (striking out) [GC], no. 25525/03, 20 Aralık 2007) Mahkeme, başvuranların şikayet ettikleri meselelerin madde 37/1 (b) kapsamında “karara bağlanmış” olarak tespit etmiştir. Bu davalarda Mahkeme, “Sözleşmenin, akit Devletlere iç hukuklarında Sözleşmenin etkin uygulanmasına dair herhangi bir usul öngörmemiştir”, neticesine varmıştır. İlke olarak, bu etkin uygulamaya dair tercih, ülkelerindeki ilgili mercilerle sürekli bağlantı içinde olan ve iç hukuk sistemlerinin sağladığı olanakları ve kaynakları daha iyi değerlendirebilen iç hukuk otoritelerine aittir. (bakınız Swedish Engine Drivers’ Union/İsveç, 6 Şubat 1976, § 50, Series A no. 20; Chapman / Birleşik Krallık [GC], no. 27238/95, § 91, ECHR 2001 I; and Sisojeva ve Diğerleri, cited above, § 90).

8. Son olarak, Mahkemenin, Sözleşmenin 41.maddesindeki adil tazmin hükmünden ayrılmaktayım. Manevi tazminat ve gider ve masraflara dair tazminat meblağının aşırı olduğunu düşünüyorum.

Öncelikle, benim görüşüme göre, somut davadaki gibi, Mahkemenin, mevcut içtihatlarından ayrıldığı zaman başvuran lehine tazminat vermek adil değildir.

İkinci olarak, Mahkemenin adil tazmine dair içtihat tutatlılığının da belirli bir öneme sahip olduğu ve tazminatın bir Devlet için de bir öngörülebilirlik taşıması gerektiği kuşkusuzdur. Yakın bir zamanda, Mahkeme, Ülke/Türkiye davasında (no.39437/98, 24 Ocak 2006) herbiri hapis cezasıyla sonuçlanan 9 ceza takibatı ve her an tekrar tutuklanma riskini taşıma sonucu çekilen ısıdıraba dair verdiği manevi tazminat hükmü mevcut davadaki gibidir.

Son olarak, Mahkeme uzun süreden beri, birçok ihlal tespitinde masraf ve giderlere dair hükümleri azaltma eğilimi göstermektedir. Mevcut davada, başvuranın Mahkemeye ilk başvurusu Sözleşmenin madde 5/1-3-5; madde 6 ve madde 14 altında kabul edilir bulunmayan birçok şikâyetten oluşmaktadır. Mahkeme, kararının 135.paragrafında hukuki masrafların tespit edilen ihlale dair olması durumunda karşılanacağını yinelemesine rağmen 6 başvurudan sadece 1’inin kabul edilebilir olduğunu ve sadece bir ihlal bulunduğunu doğru düzgün hesaba katmamıştır.

Makaleler

Articles

GÖREV SIRASINDA DİN HİZMETLERİNİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARI (TCK. M.219)

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI*
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN**

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GENEL OLARAK

5 237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 219. maddesinde, esasen kaynağına sadık kalarak, “Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma” ismi altında, “din adamlarının” dini mekânlarda, görevlerini yaparlarken, “laiklik ilkesine” aykırı olarak, “kutsal din duygularını” “Devlet işlerine ve politikaya karıştırma” yani “Dini siyasete alet etme” suçlarını düzenlemiştir^[1].

Hazırlık çalışmalarından ve gerekçeden Kanun koyucunun amacının ne olduğunu tespit mümkün olmamakla birlikte^[2], tarihine bakıldığında, ilk kez Aydınlanma sürecinde ortaya çıkmış olan bu suçlarla, Kanunun amacının, görevlerini yaparken Din görevlilerinden gelen her türlü “teokratik” saldırıya karşı, laik toplum, hukuk, Devlet düzeninin korunması olduğu görülmektedir^[3]. Gerçekten, Anayasa, Başlangıcında, açıkça “laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmamasını” emretmektedir. Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı Anayasa metnine dahildir (Ay. m. 176).

Burada, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan aynen alındığından, zorunlu olarak, geçmişine gidilerek, 219. maddede öngörülen suçlar incelenecek; bunların, kısaca, anlamı, kapsamı ve sınırları üzerinde durulacaktır.

[1] Adalet Komisyonunda kabul edilen tasarı madde metni madde üzerinde Adalet Komisyonundaki görüşmelerde eleştirilmiş, madde üzerinde Genel Kuruldaki görüşmelerde eleştiriler temelinde konuya ilişkin iki önerge verilmiş, sırasıyla oylanan önergelerden ikincisi kabul edilerek, 765 sayılı Kanunun “241 ve 242 nci maddelerindeki suç unsurlarının içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın bir madde altında toplanmış” olarak beş fıkra halinde 219. madde hükmü oluşturulmuştur. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, T.C. .Adalet Bakanlığı Yayınları, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005, s, 760 vd.

[2] Adalet Komisyonunda ve Genel Kurulda yapılan tartışmalardan, konuşmacıların karşılıklı atışmaları dışında, Kanun koyucunun amacı hakkında “dişe değer” bir fikir edinilememektedir. Gerçekten, 765 sayılı Kanundan aynen alınan söz konusu madde hakkında bilgi eksikliği olan kimi konuşmacı, hükmün Anayasaya aykırı olduğunu, kısaca kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı ilkelerini ihlal ettiğini, düşünce hürriyetini, eleştiride bulunmak hakkını kısıtladığını, zaten aynı fiilleri başka suçların karşıladığını, bu suçta gerek bulunmadığını ileri sürmüştür (Tutanaklarla.., s. 762, 763-765, 766-768). Kanunun 219. Maddesi hükmü, aşağıda açıklanacağı üzere, Aydınlanma düşüncesinin eseri olan İtalyan Zanardelli Kanunundan gelmektedir. Zanardelli kanunun, aşağıda belirtileceği üzere, bu madde hükmüyle özgürlüğü kayıtlamamış, iddia edilenin tam tersine, kutsal Dini, düşünce, Din ve vicdan hürriyetini teminat altına almıştır. Böyle olunca, söz konusu hükmün anlamı, kapsamı ve sınırlarını belirlemede, kadim doktrin ve uygulamalara gitmek zorunlu olmaktadır.

[3] İtalyan Ceza Kanununun 1999/205 sayılı Kanunla kaldırılan 327. maddesi hükmü, kaynağını birebir Zanardelli Kanunundan bulan TCK’ un 219. maddesi hükmünün, ne eşi, ne aynı, ne de benzeridir. O hükmün yakın zamanda kaldırılmış olması, kanunlaştırılması sırasında, bu hükme yöneltilen eleştirilere, geçerli bir gerekçe oluşturmaz. Kaldı ki, eleştiride bulunanların, İCK’ un mülga 327. maddesinin farkında oldukları kanaatinde de değiliz.

II. KANUNUN DÜZENLEMESİ

“Din adamlarının”, kanunun ifadesiyle “imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin”, “vazifelerini ifa sırasında” Devletin toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenlerini dini esaslara dayalı olarak “takbih ve tezyif” etmeleri veya bu sıfatlarından “bil istifade” bunlara uyulmamasını “tahrik ve teşvik” etmeleri, “Aydınlanma” ile birlikte oluşan laik toplum, hukuk, Devlet Düzenlerinde, siyasi hayatın veya siyasetin dini hayattan veya dinden arındırılması sürecinde ortaya çıkmış olan suçlardır.

Gerçekten, doktrinde denmektedir ki, Devletin, dini örgütlenmelerden ayrılması, tamamen modern bir olgudur; hatta o kadar modern bir olgudur ki, birçok devlette hala gerçekleştirilebilmiş değildir; bundan ötürü burada bu suçların geçmişini aramanın gereği bulunmamaktadır; onların tarihi, din hürriyetinin tarihi ile başlamaktadır^[4].

Görev sırasında din hizmetlerinin kötüye kullanılması suçlarını, Kanun, bu başlık altında 219. maddede düzenlemiştir. Düzenleme, 765 sayılı mülga TCK'nun “İmamlar, hatipler, vaizlerle ruhani reisler müteallik cürümler” fasıl başlığını taşıyan 241 ve 242. maddelerdeki düzenlemelerin birebir aynıdır. Bu düzenlemenin kaynağı Zanardelli Kanununun “Ruhani memurların vazifelerini yapmaları esnasındaki suiistimalleri” fasıl başlığını taşıyan 182, 183 ve 184. maddelerindeki düzenlemedir^[5]. Ancak kaynaktan alıntı yapılırken, “Dini memurlardan her kim...”, “Ruhani memurlardan her kim...”, “Ruhani memurlardan biri...” ifadeleri değiştirilmiş, yerine “İmam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri...” ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca “...devletin müessesesi...” ifadesine yer verilmemiştir. Belirtilen bu farklılık dışında, 765 sayılı Kanun 241 ve 242. maddeleri, Zanardelli Kanununun 182, 183 ve 184.

[4] Manzini, Trattato, V, s. 214: İtalya söz konusu olduğunda, Piamonte statüsünün ilga edilmesinden sonra, 1839 Albertino ceza kanununun yeterli olmadığı görüldüğü üzere, din adamlarının aşırılıklarının bastırılmasının sağlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. O nedenle, Bakan Rattazzi, Milletvekilleri Meclisine, şu açıklamayla, 2 Ocak 1854 tarihli kanun teklifini götürdü: Kuşkusuz, din görevlileri, din görevlisi olarak, özel hayatlarında, aynen diğer yurttaşlar gibi, herkese tanınan hürriyetlerden yararlanmak ve ülke kanunlarının genel düzenlemelerinin süjesi olmak haklarına sahiptirler. Bunlar, din görevlileri olarak, dünyevi çıkarla, sivil toplumun gidişatına bulaşmadan, dini görevleri alanında kalarak, kürsülerinden konuşmak, dini tebliğ etmek, dinin yazılı propagandasını yapmak haklarına sahiptirler. Ancak, din görevlileri, görevlerinin gereği olarak sahip oldukları üstünlükleri kullanarak devletin kanunlarını ve kurumlarını göz ardı ettiklerinde, inananları ihlale ve isyana sürüklemek istediklerinde, sivil toplumun zararına moral değerleri etkilemeye çalıştıklarında, barış ve hayır duyguları telkin etmek yerine, kendilerini siyasi tutkuların cazibesine kapıttırarak fanatik vaizlerle ve tahrik edici yazılarla kafaları karıştırdıklarında, akıl, haklı olarak, suça yönelik hareketlerinin bastırılmasını emreder (s. 214-5).

[5] Kanunun kendisi ve şerhi için bkz., Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Yargıtay Yayınları No: 4, Cilt 2, Ankara 1978, s. 190-195

maddelerinin özünde aynıdır. Bu demektir ki, kanunun 219. maddesi, iddia edilenin aksine, ne yeni, ne de özgün bir düzenlemedir. Kanunun 219. maddesi, ceza hükmü hariç, 765 sayılı Kanunun 241 ve 242. maddelerinin bilgisayarda “kes-yapıştır” yöntemiyle yapılan birebir kopyasıdır. Burada Kanunun getirdiği ciddi yenilik (!) iki maddeyi tek bir maddede toplamış olmasıdır.

Böyle olunca, “yasak savma” dışında işe yarar bir gerekçe mevcut olmadığından, 219. madde hükmünün yorumunda, yani hükmün anlamını, kapsamını ve sınırlarını belirlemede zorunlu olarak hem Zanardeli Kanununun, hem de 765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde oluşmuş olan doktrin ve uygulama geçerli olacaktır.

Kanun birçok suç “din hizmetlerini kötüye kullanma” adı altında tek bir maddede düzenlenmiş olduğundan, fail, hukuki konu, mağdur ortak olarak, ama her bir suç, ayrı olarak incelenecektir.

III. SUÇUN FAİLİ, MAĞDURU VE HUKUKİ KONUSU

Kanun, “imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri” dediğinden, suçun faili, sayılan bu kişiler ve bu kişilere benzeyen kişilerdir^[6]. Bu itibarla suç özgü (mahsus) suçtur.

Ancak, fail olmak için sadece sıfat sahibi olarak imam, hatip, vaiz, rahip, haham olmak yeterli değildir. Kanunda açıkça “vazifesini ifa sırasında” dendiğinden, “dini reisin” , ayrıca, imam, hatip, vaiz, rahip, haham olarak bir dini mekânda, “dini hizmet” vermekle görevlendirilmiş bulunması gerekmektedir^[7]. “Dini vazifenin resmen tevdi edilmiş bir vazife” olmasının gerekli olmadığı ileri sürülmüştür^[8].

Ülkenin koşullarına uygun olarak^[9], Diyanet İşlerinin, Anayasa ve 1965/633 sayılı Kanun gereğince Başkanlık çatısı altında “kamu hizmeti” olarak düzenlenmiş olması, tartışmalara neden olmaktadır. Hukuk düzenimizde “din hizmeti” ile

[6] Farklı düşünce: Bu suçu din adamlarından biri işleyebilir. “Din adamı” tabiri ile muayyen bir dinin dahili kaidelerine göre hususi bir vazife ile mükellef kılınmış kimseler anlaşılacaktır. Erem, Ceza Hukuku, HH., s.382,

[7] Majno, Ceza Kanunu, s.191: Fakat bu cürmün faili olabilmek için ruhani memur olmak kâfi olmayıp cürmün vazifesini yaptığı sırada işlenmiş olması icap eder.

[8] 2.C.D. 6.11. 1963, 9452/11161. Kararda “Sanığın resmen tayin edilmiş bir imam olmadığı anlaşılmaktadır, Fakat TCK’ un 241. Maddesinde bahsi geçen dini vazifenin resmen tevdi edilmiş bir vazife olmayacağı maddenin manasından anlaşılmaktadır. . .Bu itibarla TCK’ un 241. Maddesinde bahsi geçen vazife unsurunun imam ve vaizlere resmen yani tayin yolu ile tevdi edilmiş vazife olmayacağı aşikardır” denmektedir. Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, Ankara 1970, C. II, s, 731,

[9] Hafizoğulları, Laiklik, İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, Ankara 1997, s. 43 vd.; İD., Laicism, Tr., M.İbrahim Yılmaz, Atatürk Culture Centre Publications, Ankara 2000, s. 28vd.

“dinî hizmet” aynı şey değildir. Her ikisi de Türk Ceza Kanununun 6/1,c maddesi anlamında “kamusal faaliyet” olmakla birlikte, biri kamu görevi, öteki kamu hizmetidir. İmam, hatip, vaiz, ibadet yerlerinde “din hizmeti” değil, kanun gereği “dinî hizmet” vermektedirler. Öyleyse, Diyanet İşleri Başkanlığı çalışanlarından, bir “kamusal faaliyet” olarak “din hizmeti” veren “memurlar” değil, sadece “dinî hizmet” veren din görevlileri bu suçun faili olabilmektedirler^[10].

Diyanet İşleri Başkanı, yardımcıları, kurul üyeleri, müfettişler, il ve ilçe müftüleri, diğer memurlar, vs., memuriyet görevlerini yaparlarken suçun kapsamına giren açıklamalarda bulduklarında, bu suçun faili olmazlar. Buna karşılık, dinî hizmet veren Başkanlık çalışanları, dini mekânlarda, yani camilerde, mes-citlerde, mezarlıklarda veya dinen diğer kutsal sayılan başka bir yerlerde “dinî hizmet” vermekle görevlendirilmiş olan kimselerdir. Bunlar suçun failidirler. 633 sayılı Kanun, bunları, “vaizler, imam-hatip ve müezzin-kayyumlar, Kuran kursu öğreticileri, eğitim görevlileri” başlığı altında 12 ve devamı maddelerinde saymıştır. “Gibi” edatına bakılarak yapılacak genişletici bir yorumla, sadece imam, hatip, vaiz değil, ayrıca müezzin, kayyum, Kuran kursu öğreticileri, eğitim görevlileri bu suçun faili olabilirler.

Kuşkusuz, Diyanet İşleri Başkanlığı diğer çalışanları, dini siyasete alet ettiklerinde, yani bu suçların konusunu oluşturan bir fiil işlediklerinde, artık bu suçların değil, fiil başka bir suç oluşturmadığında “görevi kötüye kullanma” suçu (TCK. m. 257) düşünülmelidir.

Hukuk düzenimizde “dedeler” veya kanunen tanınmayan diğer din erbabı kimseler, ne imam, hatip, vaiz, ne de dini hizmet veren kimse olarak tanımlanmadıklarından, bu suçun faili olamazlar. Rahip, haham gibi dini reislerden,

[10] C.G.K. 5.11.1990, 245/259 : “Gerek 633 sayılı Kanun gerek TCK’ un 279.maddesine nazara alındığında imam, hatip vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları görevler, kamu görevi niteliğinde olmadığından, ceza kanunu uygulamasında memur sayılmazlar”. Savaş-Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, C. II, s.2561. Yazarlar aynı yerde ayrıca alıntı olarak şu açıklamada bulunmaktadırlar: [“Ceza Kanunu bakımından memur kamu görevini yerine getiren kimsedir. Halbuki imam, hatip, vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları vazifeler kamu görevi mahiyetinde olmadığından, bunlar ceza kanununun uygulamasında memur kabulüne imkan yoktur (Garraud, Traite’, Cilt IV, No. 1487, s. 313. Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt III, 297. Madde)] Karar ve açıklama 5237 sayılı TCK’ 6-1c maddesi hükmü bakımından da geçerlidir. Bu hüküm karşısında imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reisler kamu görevlisi değildirler, çünkü “kamusal faaliyet” yürütmemektedirler, Ancak., 633. Sayılı Kanunun, “vaizler, imam-hatip ve müezzin-kayyumlar, Kuran kursu öğreticileri, eğitim görevlileri” başlığı altında 12 ve devamı maddelerinde sayılanlar dışında kalan memurlar, “kamusal faaliyet” yürüttüklerinden, kamu görevlisidirler. Bu kişiler, memurlar ve diğer kamu görevlilerininin (Ay., m. 129) yargılanmaları usulüne tabidirler. Bu konuda, kadim doktrinde de, memurlarla “Dini memurlar” arasındaki fark sadece ceza hususunda değil takibat hususunda da kendini gösterir (Majno, Ceza Kanunu, 2, s.192) denmektedir.

Kilise ve Havra ahkâmının bu nitelikte gördüğü, kilise ve havrada dini vazife yapan din görevlileri anlaşılmalıdır. Sadece bu kimseler bu suçun faili olurlar.

Failin sıfatı bu suçları mahsus suç yapmaktadır. Elbette mahsus suça iştirak kuralları içinde suça başkalarının iştiraki mümkündür. TCK'na göre, özgü suçlarda, ancak faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur (TCK. m. 40/2).

Geçmişte, “ruhani reislerin” görevlerini yaptıkları sırada haiz oldukları manevi kuvvetleri göz önüne alarak bunların zararlı hareketlerinin özel hükümlerle cezalandırdığı ifade edilmiştir^[11]. İnsanı korurken, laik toplum, hukuk, devlet düzeninin temelini atan AİHS., 9., 10. maddelerinde “din hürriyetini” dinin ifadesi hürriyetini teminat altına almış, himayesini emretmiştir. Anayasa, 2, 14., 24., 136. maddelerinde, dinin, dini duyguların, dince kutsal sayılan şeylerin siyasi veya kişisel çıkar sağlamak amacı ile istismar edilmesini ve kötüye kullanılmasını yasaklamakta, dolayısıyla gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasını emretmektedir. Bunun bir sonucu olarak, kanun, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi kendilerine inanılır bir mevki işgal edenlerin tezyif, telkin, teşvik ve tahriklerini cezalandırmak gereğini hissetmiştir^[12]. Kısacası, kanun, bu suçla, din görevlilerinin camiye, kiliseye, havraya siyaset sokmalarını önlemeyi amaçlamaktadır.

Böyle olunca, suçun hukuki konusu, dini reislerin, kamu barışını bozabileceğinden, “vazifelerini ifa sırasında” kutsal dini siyasete alet etmelerini önlemedeki kamusal yarar olmaktadır.

Suçtan zarar gören, mağdur, herkes yanında, kanunen kamu barışını sağlamakla görelî kamu idaresidir.

Bu suçlar salt hareket suçlarıdır. Kanun hareketin kendisini tehlikeli görmektedir. Bu, bunların, kanunun suç saydığı fiilin etkisini üzerinde gösterdiği maddi bir konusunun bulunmaması demektir.

[11] Manjno, Ceza Kanunu, s. 190: “Kanun vazî ruhani reislerin vazifelerini yaptıkları sırada haiz oldukları manevi kuvveti göz önüne alarak bunların zararlı hareketlerini hususi hükümlerle cezalandırmıştır. Dini işlere bağlılıkları daha fazla olan devletler dahi ruhani memurların suiistimallerini sureti mahsusada cezalandırdıkları halde Toskana Kanununda bu hususta hükümler mevcut değildi. Çünkü Toscano Grandük Hükümetinin dini prensibi bu hükümlere uymazdı. Sardunya Kanunu bu suiistimalleri 268 ve270, maddelerinde bahis mevzuu etmekte idi. Bundan sonra düzenlenen layihalarda bu hükümler birçok münakaşalara yer vermiştir”. Öyle sanıyoruz ki, Manjno, bu düşüncesiyle, daha o çağda, insanlığın yazgısını değiştiren Aydınlanma Çağının temeli olan laiklik/sekularizm düşüncesinin evrilerek gelişmesine işaret ederken, öte yandan laik-seküler toplum- hukuk-devlet düzeninin cezai himayesinin zorunluluğuna işaret etmek istemiştir.

[12] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 383

IV. HÜKÜMET İDARESİNİ VE DEVLET KANUNLARINI VE HÜKÜMET İCRAATINI TAKBİH VE TEZYİF ETME

1. FİİL

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 209/1. maddesi hükmünde, fiili, failin, “vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve devlet kanunlarını ve hükümet icraatını takbih ve tezyif etmesi” olarak tanımlamaktadır.

Hükmü bugün geçerli olan hukuk düzeninin esaslarını göz önüne alarak yorumlarsak, yani sistematik yoruma tabi tutarsak, “...takbih ve tezyif etme” fiilinin konusunu, öncelikle Anayasanın 2, 14, 24/5., 174. maddeleri hükmü, Anayasanın 2. maddesinin göndermede bulunduğu AİHS’ in “Haklar ve Özgürlükler” ve ek protokollere ilişkin hükümleri, Anayasa ve Kanunlar, hükümetin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin eylem ve işlemleri ve Türk Mahkemelerinin kararları oluşturmaktadır demek yanlış olmaz. Kanun, bunu, hükümetin idaresi, Devlet kanunları ve hükümetin icraatı olarak ifade etmiştir^[13].

Bu bağlamda, imam, hatip ve vaizlerin, vazifelerini ifa sırasında ör., cemaate laikliğin fitneden ibaret bulunduğunu, medeni nikahın, verginin, milli piyanonun, faizin haram olduğunu, Mecelleyi kaldıranların, ulusun egemenliğini savunanların Deccal olduğunu, kadınların erkek doktorlara görünmelerine göz yuman erkeklerin, Şeriat karşısında kadın- erkek eşitliğini savunanların dinden çıktıklarını, gavur karıları gibi örtünen kadınların cehennemde yanacaklarını, içkili aş evlerine izin veren belediyelerin günah işlediklerini, vs. söylemeleri bu suç oluşturur^[14]. Bunun kanıtı, kadim İtalyan doktrininde “medeni evlenmeyi takbih eden ruhani memur hakkında bu madde hükmü tatbik edildiği gibi hükümetin dini tesisler aleyhine hareket ettiğini vaazında söyleyen ruhani memur hakkında da bu madde tatbik edilmiştir”^[15] uygulamasıdır.

Dilde, takbih, kınama, ayıplama; takbih etmek, kınamak, ayıplamak; tezyif, bir şeyi değersiz, adi, bayağı, aşağılık göstermeye çalışma, küçültmek istemek, alay

[13] “Hükümet idaresi” tabirini “Devlet idaresi” şeklinde ve bab başlığına uygun tarzda anlamak icap eder. Aksi takdirde “Hükümet idaresi” ile “Hükümet icraatı” (=idari muameleler, tasarruflar) tabirleri arasındaki farkı izah imkânsızlaşır. Esasen mehz kanunda “Hükümet idaresi” değil “Devletin müesseseleri” ni takbih ve tezyiften bahis olunmaktadır. Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 383.

[14] “Vergilerin fazlalığını, milli gelirin israf edildiğini, bunun ahlaksızlığa yol açtığını, Devletin mabetleri soyduğunu, medeni nikahın evlenme dışı sürekli bir münasebetten başka bir şey olmadığını bildiren din adamının bu madde hükmü ile tecziyesi İtalyan mahkeme içtihatlarınca kabul olunmuştur”. Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 386

[15] Majno, Ceza Kanunu, s. 192.

etme, eğlenme; tezyif etmek, aşağılamak anlamındadır^[16]. Doktrinde, kanundaki anlamında, takbihin “bir hususun manen mahkûm edilmesi” ; tezyifin “ idareyi, kanunları halk nazarında küçük düşürücü telkinler” olduğuna dikkat çekilmiştir^[17]. Elbette “Devlet müesseselerini tenkit etmek vatandaşlar tarafından vukua geldiği takdirde bunun bir nazari kıymeti vardır. Bunları tahdit etmek doğru olmaz. Fakat iş bu tezyif ve takbihin ruhani memur tarafından vazife ifası sırasında vukuu – tenkitçinin halk üzerinde yapacağı tesir itibariyle- zararlı neticeler meydana getirebilir”^[18]. Laik bir toplum-hukuk-Devlet düzeninde, “dini hizmet” görmekle görevli kimseler görevlerini yaparken, “dinî kisveden” yararlanarak “dini siyasete” alet etmemekle, açıkçası müminlerin vicdanlarına el atmamakla görevlidirler. Dinin Devletin “demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti” düzenine karşı olacak bir biçimde açıklanması, yorumu; imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin, müminin vicdanına müdahalesidir.

Takbih ve tezyif ifadesindeki “ve” bağlacının “veya” anlamında kullanıldığını düşünüyoruz. Bu açıdan suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu söylenebilir. Kınamak, ayıplamakta da, aşağılamakta da, suç oluşur. Bu halde, birçok suç değil, tek bir suç vardır.

Takbih ve tezyif alenen olmalıdır. Dini ibadet, ayin ve törenlerde din görevlisince cemaate yapılan açıklamalar alenidir. Bu konuda daha önce belirtilen hususlar burada da geçerlidir.

Alenen takbih ve tezyifte bulunma, din görevlisinin “ vazifesini ifa sırasında” olmalıdır. Din görevlisinin vazifesi, dinin emri olan ibadet, ayin ve törenleri yönetmektir. Kuran Kursları vazife kapsamında düşünülmelidir.

Suç, münhasıran icra hareketiyle işlenir^[19] ve neticesiz bir suçtur. Alenen işlenmesi istendiğinden bu suça teşebbüs olmaz. Kuşkusuz, hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Vaizin, vereceği vaazi hazırlaması, bazı kimselere vermesi, bastırması, göndermesi, vs. hazırlık hareketidir.

Özgü (mahsus) suç koşullarında suça iştirak mümkündür. Bunun anlamı bu suça fail ancak özgü suçun fail olabileceği, diğer şeriklerin ise azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebileceğidir.

2. HUKUKA AYKIRILIK

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin hiç birinin bu suçla bağdaşmadığını düşünüyoruz. Dini veya idari hiyerarşik üstün emrinin

[16] Türkçe Sözlük, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu, Ankara 1998, 2, s. 2118, 2213

[17] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.385

[18] Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 191

[19] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.385: Fiil yazı veya benzeri vasıtalarla işlenmiş ise aleniyet şartının tahakkuku ile fiil tekemmül etmiş olur.

yerine getirilmesi, faili sorumluluktan kurtarmaz^[20], çünkü ilişkisi, sıfatı, rütbesi, görevi ne olursa olsun, kimse kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini veremez, kimse de yerine getiremez (Ay., m. 137).

Kanun bu suç yönünden 218. madde hükmüne göndermede bulunmamıştır. İmam, hatip vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin, Devletin organlarının eylem ve işlemlerini değerlendirme, eleştirme hakları bulunmamaktadır. Kiminin iddiasının aksine, bu, İHAS., karşısında ne kanun önünde eşitlik, ne ayrımcılık yasağı ilkesinin, ne de düşünce ve ifade hürriyetinin ihlalidir. Dini reislerin dini vazifelerini ifa sırasında, Devletin organlarının eylem ve işlemlerinden mutlak surette uzak durmak zorundadırlar. Devletin, Devletin organlarının, Devletin organı yerindeki kimselerin eylem ve işlemlerini “vazifesini ifa sırasında” “din bazında” değerlendirmek, açıkçası kanunun ifadesiyle “takbih ve tezyif etmek” imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin üstüne vazife değildir.

3. KUSURLULUK

Suç kastla işlenir. Suçun taksirli biçimi yoktur. Kast, failin, vazifesini ifa sırasında, hükümet idaresini, Devletin kanunlarını veya hükümet icraatını bilerek ve isteyerek alenen takbih veya tezyif etmesidir. Kastın ispatının güçlük çıkardığı, bir anlayışa göre kastın fiilden anlaşıldığı, dolayısıyla takbih ve tezyif olarak kabul edilen fiilde böyle bir kastın mevcut olmadığını savcının değil, sanığın ispat etmesi gerektiği ileri sürülmüştür^[21].

Bir fiilin olup olmadığının, yani var olup olmadığının ispatı başka şeydir, o fiilin nitelendirilmesi başka bir şeydir. Böyle olanca, fiilin olup olmadığını, ör., vaaz verdiği esnasında vaizin “mümine hükümet nikâhını dayatmak onu zinaya zorlamaktır” sözünün söylenip söylenmediğini iddia eden ispat edecek; eğer olmuşsa, artık o fiilin, ispatı değil tavsifi söz konusu olduğundan, fiili oluşturan sözün nesnel olarak “takbih ve tezyif” niteliğini taşıyıp taşımadığını hâkim belirleyecektir. Hâkim, ne savcının ne de sanığın sabit olan fiile yüklediği anlamla bağlıdır. Hâkim, ör., sarf edilen sözün, failin niyetine bakmaksızın, nesnel olarak, takbih ve tezyif niteliğinde olduğuna veya olmadığına kendi karar verecektir.

[20] “Dini bir makamdan alınan emrin icrası fail için mazeret nedeni teşkil etmez” Erem, Ceza Hukuku. HH., s. 386. Diyanet İşleri Başkanlığı, İl ve İlçe Müftülükleri “Dini bir makam” değildir. Bu açıklama herhalde Kilise ve Havra için söz konusudur. Erem’in düşüncesinin aksine, “Amirin emri” (m. 24), CMK’ un 2005/5353 sayılı Kanunla değişik 223/ 2, b. maddesi hükmüne rağmen, bir mazeret nedeni olarak değil, bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir. Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 239 vd.

[21] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 386

Fiili hata mümkündür. Failin, ör., sözünü, “vazifesini ifa sırasında” veya “alenen” sarf etmediğini sanması fiili hatadır. Hata kastı kaldırır. .

4. CEZA

Fiil sabit olduğunda, fail, Kanuna göre “bir aydan bir seneye kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır veya bunlardan birine hükmolunabilir”. Kanun, hem hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası öngörmekte, hem de takdire bağlı olarak bu cezalardan birinin seçilmesine imkân vermektedir. Hâkim, adli para cezasını seçtiğinde, 61/9. madde hükmünü göz önüne alacaktır.

B. SIFATTAN BİLİSTİFADE HÜKÜMET İDARESİNİ VE KANUN VE NİZAM VE EMRİ VE DAİRELERDEN BİRİNE AİT OLAN VAZİFE VE SALAHİYETİ TAKBİH VE TEZYİF ETME VEYA MEMURU VAZİFESİ İCABINA KARŞI İTAATSİZLİĞE TAHRİK VE TEŞVİK ETME

1.KANUNUN DÜZENLEMESİ

Kanununun 219/2. madde hükmünde, zahiren öyle gözükmekle birlikte, seçimlik hareketli bir suça yer verilmemiş, suçun hukuki konusunun, mağdurunun, failinin aynı kimse olması, suçlara aynı cezanın verilmesi temelinde üç farklı suça birlikte yer verilmiştir. Bunlar, “Hükümetin idaresini kanun ve nizam ve emirleri ve dairelerinden birine ait olan vazife ve salahiyeti takbih ve tezyif” , “halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik” , “memuru memuriyetinin vazifesi icabına karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik” suçlarıdır.

Bu suçların faili, “yukarıdaki fıkrada gösterilen kimselerden biri”, yani imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerinden biridir. Ancak, burada, 219/1. fıkra hükmünden farklı olarak, suçun tanımında “vazifesini ifa” unsuruna yer verilmiş değildir. Bu durum, Cami, Kilise ve Havranın konumu yüzünden, yönetsel veya kurumsal olarak bu sıfatı haiz olmayan, bununla birlikte “din adamlığı” kisvesinde fiilen “dini hizmet” verdiklerinden “dini reis” yahut “kanaat önderi” sayılarak kendilerine “hoca”, “hoca efendi”, vs., sıfatı verilen kimseler de suçun faili olabilir mi sorusunu akla getirmektedir. Kanunun amacı yahut suçun hukuki konusu göz önünde tutulduğunda, genişletici yorumla, bu kişilerin de fail sayılmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Elbette, bu, kıyas değildir, Kanununun 2/3. maddesi hükmüne bir aykırılık oluşturmaz.

Suçun hukuki konusu, dinin siyasete alet edilmesinin önlenmesine ilişkin kamusal yarardır. Din adamlarının bu sıfatlarından yararlanarak halkı suça tahrik ve teşvik etmelerini önlemekte kamu yararı görülmüştür^[22].

Suçun mağduru kamu barışını korumakla görevli kamu idareleridir. Bu konularda daha önce yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Doktrinde, kanunun bu hükmünün “tamamlayıcı hükümlerden” olduğuna, kanunun özel olarak hükme bağladığı hallerde bu hükmün değil, o hükümlerin uygulanmasının gerektiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme, kanunlara uymamaya tahrik, vs. hallerinde, din adamlığı sıfatının suiistimali hakkındaki umumi şiddet sebebiyle (TCK. m.219/.4) birlikte, o hükümlerin uygulanması icap eder denmektedir^[23].

2. SIFATINDAN BİLİSTİFADE HÜKÜMETİN İDARESİNİ, KANUN VE NİZAM VE EMİRLERİ TAKBİH VE TEZYİF ETMEK VEYA HALKI KANUNLARA HÜKÜMET EMİRLERİNE KARŞI İTAATSİZLİĞE TAHRİK VE TEŞVİK ETMEK

2.1. Fiil

Türk Ceza Kanunu, fiili, “din adamlığı” sıfatından yararlanarak, failin, “hükümetin idaresini, kanun ve nizam ve emirleri, dairelerden birine ait olan vazife ve salahiyeti takbih ve tezyif etmesi” veya “halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya karşı itaatsizliğe” yahut “memuru memuriyetinin vazifesine icabına karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik etmesi” olarak tanımlamaktadır.

Hükümden anlaşılacağı üzere, burada seçimlik hareketli bir suç söz konusu olmaktadır. Düzenlemede yer alan “ve” bağlaçlarının, kaynağına uygun olarak “veya” olması gerekmektedir^[24]. Seçimlik hareketler bakımından ortak olan unsur, failin fiilinde “ruhanilik sıfatından” yararlanmasıdır^[25]. Kanun, bunu, “iş bu sıfatından bilistifade” biçiminde ifade etmiştir. Failin, yaygın veya örgün olarak “din adamı” olmak sıfatından yararlanarak suçu işlemesi yeterlidir. Bunun gerçekleşmesi, elbette ki, bu sıfatın doğurduğu telkin ve etkiden yararlanılarak, bu suçun işlenmesi halinde mümkündür. Ancak, bunun, olayda gerçekten etkili olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur^[26].

“Hükümetin idaresinden” maksat Hükümetin icraatıdır. “Kanun ve nizam ve emirler” tüm mevzuatı ve yetkili mercilerin emirlerini ifade etmektedir.

[22] Erem, Ceza Hukuku, HH, s. 386

[23] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.386

[24] Manzini, Trattato, V, s.228,

[25] Manzini, Trattato, V, s. 229; Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 193

[26] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.387

“Dairelerden birine ait olan vazife ve salahiyetten” maksat, kanundan kaynaklandığından, kamu idaresi görev ve yetkileridir. Kanun, bunları “takbih ve tezyif” etme fiilini suç saymaktadır. Öte yandan “kanunlar” “emirler” muhataplarına uymak yükümlülüğü koyan hükümlerdir: “İtaat vazifesinin esasen mevcut olması icap eder. Sadece sosyal veya ahlaki vazifelere aykırı fiillere tahrik ve teşvik bu suçu meydana getirmez”^[27]. “Memur” “kamu görevlisi” anlamındadır. “Memuru memuriyetinin vazifesi icabı” ifadesi memurun kanundan doğan görevini ifade etmektedir. Kanun, bunların “icabına karşı itaatsizliği” tahrik ve teşvik etmeyi suç saymaktadır. Burada “ve” bağlacının “veya olduğunu” düşünüyoruz. Doktrinde, “maddede sayılan hususta “tahrik ve teşvik” suçun maddi unsurudur” denmektedir.^[28]

Bu suçta, önceki suçtan farklı olarak, takbih ve tezyif etme fiilinin “alenen işlenmesi” şartına yer verilmemiştir. Fiil, bir tek kimse veya birçok kimse yahut farklı zamanlarda birden çok kimse huzurunda işlenebilir. Bu sonuncu hal bir suç işleme kararının icrası kapsamında olduğunda, zincirleme suç söz konusu olur.

Takbih ve tezyif etmek, yukarıda açıklanmıştır, tekrar edilmeyecektir. Tahrik daha önce açıklanmıştır. Teşvik etmek, itaatsizlik konusunda şevke getirmek, itaatsizliğe özendirme, heveslendirmektir.^[29]

Suç salt icra hareketi ile işlenen, neticesiz bir suçtur. Hareketten bir zarar veya zarar tehlikesinin doğması aranmamıştır. Seçimlik hareketlerden biri veya birkaçı yapıldığında suç oluşmuş olur.

Takbih ve tezyif etmek, tahrik ve teşvik etmek, genelde sözle yapıldığından, bu suça teşebbüs, kural olarak mümkün olmaz^[30]. Ancak, takbih ve tezyif yahut tahrik ve teşvik başka bir biçimde ifade edildiğinde, kısaca hareket parçalara bölünebildiğinde, suça teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin mektup gönderilmesi veya bildiri dağıtılması durumunda, hareket parçalara bölünebilir olduğunda suça teşebbüsün mümkün olduğunu düşünüyoruz.

2. 2. Hukuka aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçla bağdaşmadığını düşünüyoruz.

[27] Erem, Ceza Hukuku, HH., 387; Manzini, Trattato, V, s. 229

[28] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 387

[29] Kanun 39/2,a maddesi hükmünde suça iştirakin bir türü olarak “suç işlemeye teşvik etmek” ten söz etmektedir. Teşviki açıklamada bu hükme ilişkin açıklamalardan yararlanılabilir. Bkz. Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 373vd.

[30] Manzini, teşebbüsü mümkün görmektedir. Trattato, V, s. 234.

2.3. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Suçun taksirli şekline yer verilmemiştir. Kast, failin, “din adamlığı” sıfatından yararlanarak “hükümetin idaresini, kanun ve nizam ve emirleri, dairelerden birine ait olan vazife ve salahiyeti takbih ve tezyif ettiğini” veya “halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya karşı itaatsizliğe” yahut “memuru memuriyetinin vazifesi icabına karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik ettiğini” bilmesi ve istemesidir.

Failin niyetinin, ör., Dinin emirlerini tebliğ etmek, ahiret korkusu, Hükümete kızgın olmak, vs., suçun oluşumunda önemi yoktur^[31].

2.4. Ceza

Fiil sabit olduğunda, fail hakkında “üç aydan iki seneye kadar hapse ve adli para cezası ve müebbeden veya muvakkaten bilfiil o vazifeyi icradan ve onun menfaat ve aidatını almaktan memnuiyetine hükümlenir”.

Mülga 765 sayılı Kanun, kanunun olduğu ülkenin hukuki koşullarını göz ardı ederek müeyyide hükmünü ülkesinin hukuki koşullarını yansıtan Zanardelli Kanunundan^[32] aynen alınmıştır. 5237 sayılı Kanun 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 242. maddesi hükmünü “iki yüz liraya kadar ağır cezai nakdi” hükmünü “adli para cezası” olarak değiştirerek aynen almıştır.

Adli para cezası seçimlik ceza olarak öngörülmüş değildir. Cezanın miktarı da gösterilmemiştir. Böyle olunca, bu cezanın miktarının belirlenmesinde, TCK'nun 52 ve 61/8. maddeleinin hükmü göz önüne alınacaktır.

Zanardelli Kanunu dönemi İtalya'dan farklı olarak ülkemizde Dinin yaygın düzenlenmesi ve 5237 sayılı Kanunun “Güvenlik Tedbirleri” sistemi karşısında, “müebbeden veya muvakkaten o vazifeyi icradan ve onun menfaat ve aidatını almaktan memnuiyetine” hükmünün anlamını, kapsamı ve sınırlarını belirlemenin pek kolay olmadığı açıktır.

Biz, hükmün, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin, tabi oldukları düzenlemeler göz önünde tutularak, yapmakta oldukları “dini görevlerden” yani imamlık, hatiplik, vaizlik, vs., görevlerinden alınmaları ve görevlerinin karşılığı olarak aldıkları aylıktan mahrum edilmeleri anlamına geldiğini düşünüyoruz.

[31] Manzini, Trattato, V, s.234

[32] Manzini, Trattato, V, s. 234, dn., 2.

C. SIFATINDAN İSTİFADE EDEREK KANUNA GÖRE KAZANILMIŞ OLAN HAKLARA MUHALİF İŞ VE SÖZLERDE BULUNMAYA BİR KİMSEYİ İCBAR VEYA İKNA ETME

1.KANUNUN DÜZENLEMESİ

Zanardelli Kanunu, “Din reis ve memurlarının”, “ kendi sıfatlarından istifade ederek”, kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar veya ikna etmeleri suçunu, 183. maddesinde düzenlenmiştir^[33]. Mülga 657 sayılı Kanun, suça, 242/2. maddesinde yer vermiştir.

Kanun, ifadesi Zanardelli Kanunundan kısmen farklı olarak, 765 sayılı mülga Kanunun 242/2. maddesi hükmünü, “...kanunlara veya...” ifadesini çıkararak, 219/3. maddesi hükmü olarak aynen benimsemiştir. Burada “...balâdaki fıkrada yazılı ceza tertip olunur” hükmü, gönderme hükmüdür. Kanun, bununla, 219/2. madde hükmünün müeyyide hükmüne göndermede bulunmuş olmaktadır.

Dil yönünden titizlendiği iddia edilen Kanun koyucunun “...kanunlara veya..” ifadesini madde hükümünden çıkarırken “...balâdaki...” kelimesini görmemezlikten gelerek koruması dikkat çekicidir.

Zanardelli Kanunu “kanunlara veya kanunen kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar ve ikna etmeyi” suç sayarken, Kanun, sadece “kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar ve ikna etmeyi” suç saymaktadır. Böylece, Kanun, suçun kapsamını daraltmış olmaktadır. Burada “ kanuna göre kazanılmış olan haklar” ifadesinin, “kanunen kazanılmış olan haklar” olarak anlaşılmasının daha doğru olduğunu düşünüyoruz.

2. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR

Fail kaynakta “ruhani memurlar” olarak ifade edilmiştir. Kanun, faili, “din reis ve memurları” olarak ifade etmiştir. İtalyan hukuk düzeninde, ülkede dinin örgün olmasından ötürü ruhani memurların kim veya kimler olduğu bellidir, dolayısıyla faili belirlemede bir zorluk yoktur. Hukuk düzenimiz söz konusu olduğunda, ülkede dinin yaygın olmasından ötürü, faili belirlemede ciddi bir zorluğun bulunulduğunu, dolayısıyla zorluğun, “ Görevi sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma” madde başlığını taşıyan 219. madde hükmünün ancak sistematik bir yoruma tabi tutulduğunda aşılabileceğini düşünüyoruz. Böyle

[33] “Kendi sıfatlarından istifade ederek kanunlara veya kanunen kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar ve ikna eden ruhani memurlar hakkında dahi yukarıdaki fıkrada yazılı ceza tatbik olunur “ Majno, Ceza Kanunu Şerhi, 2, s. 192

olunca, “dini reis ve memurları” ifadesinden, suçun failinin, kurumsal olarak veya fiilen, imam, hatip, vaiz, papaz, haham gibi dini reisler olan kimselerin olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Öteki suçlarla ilgili açıklamalar burada da geçerlidir.

Doktrinde, kanun koyucu, bu hükümlerle, telkin ve tazyik kabiliyeti bazı kimseler üzerinde çok yüksek dereceye ulaşan din adamlığı sıfatının dünyevi işlere müdahalesini önlemek istemiştir” denmektedir.^[34] Suçun hukuki konusu, laik toplum, hukuk, devlet düzeninin korunması zımında, dinin siyasete alet edilmesinin önlenmesindeki kamusal yararadır. Daha önce yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Suçun mağduru kurumsal olarak kamu barışını korumakla yükümlü kamu idaresidir. Failin kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya icbar ve ikna ettiği kimse, kiminin iddia ettiğinin aksine^[35], suçun mağduru değil, suçun maddi konusudur^[36].

3. FİİL

Kanun, failin, kendi sıfatından istifade ederek, kanunen kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar ve ikna etme” fiilini suç saymaktadır.

Bu tamamlayıcı bir hükümlerendir.^[37] Ruhani kimselerin halkı kanunen elde edilen haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya kendi hakkından istifade suretiyle icbar ve ikna etmeleri suç olmaktadır. Kanun hakkın ihlalini cezalandırır. Yoksa özel menfaate hanel veren neticeler kanunun bu konuda aradığı neticeler değildir. Burada ceza tayin edilen fiil, genel bir zarar doğuran hakkın ihlali fiilidir. Elbette sıfatından istifade suretiyle hükümet aleyhine veya dairelerden birine karşı tahriklerde bulunan ruhani kimse, bu hareketle, kişisel bir menfaati de ihlal edebilir. Ancak, suç teşkil eden nokta, genel zararı doğuran fiildir^[38].

Fiil ikna ve icbar ile vukua gelebilir^[39]. Bir dinin emirlerini açıklamak, anlatmak, tebliğ etmek, ikna veya icbar değildir. İcbar ve ikna ayrı kavramlardır. Suçun icbar ve ikna şeklinde kanunda ifadesinde isabet yoktur denmiştir^[40].

[34] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.388

[35] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.389

[36] “Tabiidir ki sıfatından istifade suretiyle hükümet aleyhine ve dairelerden birine karşı tahriklerde bulunan ruhani memur bu hareketle şahsi menfaati de ihlal edebilir, Fakat asıl cürüm teşkil eden nokta umumi zararı doğurma fiilidir”. Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[37] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.388; Manzini, Trattato, V, s. 228

[38] Majno, Ceza Kanunu Şerhi, 2, s.194 vd. Ayrıca bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz., Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 388.

[39] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[40] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 389

Suç, icbar suretiyle işlenebileceği gibi ikna suretiyle de işlenebilir. Yeter ki, din adamlığı sıfatı, icbar veya ikna vasıtası olarak kullanılmış olsun^[41].

İcbarı cebir ve şiddet temsil eder^[42]. “Manevi tazyik” ile de bir kimse icbar edilebilir^[43]. İcbar tabirinin “tazammun ettiği cebir ve şiddet”, tehdide kadar gitmez^[44]. İkna ise iğfal demektir^[45]. İkna iğfal mahiyetini haizdir, basit tavsiyeler ikna değildir^[46]. Kendi sıfatından istifade ederek, failin, kanunen kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar etmiş olması yeterlidir^[47]. Ancak, önceki suçta aranan “ tahrik filinin aksine olarak burada cürüm tahakkuk edebilmek için failin takip ettiği gayeye ulaşmak icap eder”^[48]. Doktrinde, gerek icbarda ve gerek iknada, ikna ve icbar edilen kimsenin iradesi hilafına bir hareket farz kılınmıştır; yoksa iradesiyle yapılan fiil ruhani memurun tesiriyle olsa bile suç olabilecek mahiyette değildir denmektedir^[49].

Uhrevi bir gazabı tahrik tehdidi, hatta cehennem korkusu veya uhrevi nimetlere mazhariyeti temin vaadi gibi vasıtalarla bir kimsenin muayyen bir harekette bulunmağa ikna ve icbar edilmesi halinde hükmün uygulama sahası bulunduğu, ancak ikna veya icbarla bir kimseye yaptırılmak istenen şeyin kanuna veya kanunlara göre kazanılmış haklara muhalif bir söz veya hareket olmasının icap ettiği ifade edilmektedir^[50].

Din adamlığı sıfatından ve dini tazyik vasıtalarından yararlanılarak, ör., bir yasama meclisi üyesini muayyen bir beyanda bulunmağa (kanuna aykırı söz), yaşlı bir şahıs üzerindeki dini etkilerden yararlanılarak mallarını şu veya bu dini kuruluşlara bırakmağa ikna veya icbar (mirasçılarının kanuni haklarına aykırı hareket) gibi hallerde bu hüküm uygulanacaktır denmektedir^[51].

Ancak, hükmün uygulanmasında isabet elde etmekte zorluklar olduğu iddia edilmiştir. Belli sınırlar içinde kalmak koşuluyla faiz almak kanuna aykırı sayılmaz. Faizin haram olduğuna ve faiz olarak aldığı meblağı borçlusuna iadeye bir kimseyi ikna eden yahut hükmen kabili ispat olmayan bir gabin iddiası karşısında satıcının zararını tazminine zorlayan din adamının suçlu sayılmasındaki zorluk ortadadır. Kanun koyucunun hükme bu kadar geniş bir uygulama alanı tanıdığı düşünülemez^[52].

[41] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 389

[42] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[43] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 340

[44] Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 170

[45] Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 195

[46] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 341

[47] Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 170, 195

[48] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[49] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[50] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.389

[51] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 389

[52] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.389

İcbar etmek, ikna etmek, icra hareketi gerektiren davranışlardır. Bir kimseyi kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya İcbarla bulunmak veya ikna etmekle suç tamamlanmış olur.

Suçta teşebbüsün mümkün olmaz. Özgü (mahsus) suçta iştirak koşullarında suçta iştirak mümkündür.

4. HUKUKA AYKIRILIK

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçla bağdaşmadığını düşünüyoruz. Diyanet İşleri Başkanlığının çalışanı imam, hatip, vaiz, vs., söz konusu olduğunda, zaten, Anayasanın emri olarak, bunların, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini yerine getirmeleri mümkün değildir.

5. KUSURLULUK

Suç kastla işlenir. Suçun taksirli şekline yer verilmemiştir. Kast, failin, kendi sıfatından istifade ederek, kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar veya ikna ettiğini bilmesi ve istemesidir.

5. CEZA

Müeyyide hükmü bir gönderme hükmüdür. Fiil sabit olduğunda, fail hakkında, yukarıdaki fıkrada yazılı cezanın tertip olunacağı öngörülmüştür.

Yukarıdaki açıklama burada da geçerlidir.

D. ORTAK HÜKÜM: DİNİ REİSLERİN BAŞKA BİR SUÇ İŞLEMELERİ HALİNDE BU SUÇTA CEZANIN ARTIRILMASI

1.KANUNUN DÜZENLEMESİ

Zanardallı Kanunu, ortak hükmü, “Ruhani memurların vazifelerini yapmaları esnasındaki suiistimalleri” fasıl başlığı altında 184. maddesinde^[53] düzenlemiştir. Doktrinde, Devletin, her ne kadar dine müteallik işlerden uzak kalması lazım gelirse de, ruhani memurların vazifelerini yaptıkları sırada işledikleri suçun yapacağı tesiri göz önüne almaması, kabil değildir denmektedir^[54].

[53] Bir dinin memuru, kanunun esasen bu niteliği göz önüne aldığı haller hariç, sıfatını öne çıkararak, önceki maddelerde öngörülen suçlardan başka bir suç işlediğinde, o suç için kanunda öngörülen ceza altıda birden üçte bir kadar artırılır. Dilimize “ministro” memur, “culto” dinin, “delitto” “suç” olarak çevrilmiştir.

[54] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, ortak hükmü, “İmamlar, hatipler, vaizlerle ruhani reisler müteallik cürümler” fasıl başlığı altında 242. maddenin 3 ve 4. fıkralarında düzenlemiştir. Kendi içinde bütünlük gösteren hükmün, kaynak kanunun aksine, iki fıkra halinde düzenlenmesi isabetli olmamıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ortak hükme “Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma” madde başlığı altında 219. maddenin 4 ve 5. fıkralarında düzenlemiştir. Burada “dini reislerden biri dini sıfatından istifade ederek birinci fıkrada (219. madde) yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı ceza ile mahkûm olur”, “şu kadar ki kanun iş bu sıfatı esasen nazarı itibara almış ise cezayı çoğaltmaya mahal yoktur” demektedir.

Her iki kanunla Zanardelli Kanunu arasında fark bulunmaktadır. Zanardelli Kanunu “.. evvelki maddelerde yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse” diyerek, 182 ve 183. maddelere göndermede bulunurken, 765 sayılı TCK 242/3. maddesinde “evvelki maddede yazılan fiillerden..” diyerek, sadece Zanardelli Kanununun 182. maddesinin karşılığı olan 241. maddeye göndermede bulunmakta, dolayısıyla Zanardelli Kanununun 183. maddesinin karşılığı olan 242. maddeye göndermede bulunmamaktadır. Ancak, doktrinde, bu farklılık göz ardı edilerek, suçun cezasının ağırlaştırılmasının, “dini sıfatlarından istifade ederek” din adamlarının işledikleri 241 ve 242. maddelerde öngörülen suçların dışında kalan tüm öteki suçlar bakımından söz konusu olduğu ifade edilmiştir^[55].

5237 sayılı Kanuna gelince, Kanun “... birinci fıkrada yazılı cürümlerden başka...” diyerek, Zanardelli Kanununun 183. maddesinin karşılığı olan 765 sayılı mülga Kanunun 242. maddesine değil, bu kanunun “evvelki madde” ibaresini “...birinci fıkra” şeklinde değiştirerek, aslında Zanardelli Kanunun 182. maddesinin karşılığı olan mülga kanunun 241. maddesine göndermede bulunmuş olmaktadır. Bu, kanunun, ortak hüküm yönünden, kaynak kanundan açıkça ayrılmış olması demektir.

Kanun koyucunun hata yapmayacağı dikkate alınarak ve fark göz önünde tutularak, 219. maddenin 4 ve 5. fıkra hükmünün anlamının, kapsamı ve sınırlarının yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. Hükmün Anlamı, Kapsamı ve Sınırları

Dilinin ve ifadesinin bozukluğu bir yana, Kanun, 219. maddenin 4 ve 5. fıkrasında “dini sıfatından istifade ederek” suç işleyen din adamları hakkında, şahıslarına bağlı olarak suçu ağırlaştırılan bir ağırlatıcı nedene yer vermiştir.

Kanun, “...bunlardan biri...” diyerek, göndermede bulunmuş, dolayısıyla 219. maddenin 1. fıkrasında işaret edilen “imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reisleri” kastetmiştir. Böyle olunca, herhalde kendilerine din adamı denen

[55] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 390

herkes değil, sadece kurumsal olarak dini görev yapan din adamları hükmün kapsamındadır.

Kanun "...birinci fıkrada yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı cezaya mahkûm olur" diyerek, açıkça suçu ağırlatan nedenin 219. maddenin 1. fıkrasında öngörülen fiillere ait olmadığına vurgu yapmakta, dolayısıyla 2. ve 3. fıkralarda öngörülen suçları hükmün kapsamı dışında bırakmaktadır. Buradan, ağırlatıcı nedenin, 219. maddenin 1. fıkrasında öngörülen suçlar hariç ve fakat açıkça, 2 ve 3. fıkralarında öngörülen suçlara ait olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak, kanun, 5. fıkrada "Şu kadar ki kanun iş bu sıfatı esasen nazarı itibara almış ise" dediğinden, hükmün konuluş amacı göz önüne alınıp amaçsal-sistemik bir yorum yapıldığında, ağırlatıcı nedenin, kaynağından farksız olarak, 219. maddenin 2 ve 3. fıkralarının öngördüğü suçlara da ait olmadığı, ama iş bu sıfatın nazarı itibara alınmamış olduğu tüm diğer suçlara ait olduğu görülür. Gerçekten, kanun koyucu, din adamlarının bu sıfatlarından yararlanarak işleyebilecekleri suçların bu maddede sayılanlarla sınırlı kalmadığını düşünerek, bu sıfatı diğer tüm suçlara şamil bir ağırlatıcı neden kabul etmiştir. Din adamlığı sıfatının bütün özellikleri ve özellikle bazı suçları işleyebilmek için sağladığı kolaylık şiddet sebebini izah eder^[56].

Ağırlatıcı neden, failin, filini işlerken "dini sıfatından istifade" etmiş olması halinde uygulanır. Bu demektir ki, ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için, failin imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri olması yetmez, suçunu işlerken dini sıfatından yararlanmış olması gerekir. Bu suçta kanıtlanmış olmalıdır. Şüphe sanık lehine değerlendirilecektir.

[56] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 390

SONUÇ YERİNE

Kaynağını mülga 765 sayılı TCK' unda, dolayısıyla Aydınlanma düşüncesinin bir ürünü olan İtalyan Zanardelli Kanununda bulan 5237 sayılı TCK' un 219. maddesi hükmü, esasen laik toplum, hukuk, Devlet düzeninin bir teminatı olarak doğmuştur.

Adalet Komisyonunda ve Genel Kurulda yapılan tartışmalara bakıldığında, suçun geçmişinden, konma nedeninden pek fazla haberdar olunmadığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Bu bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir.

Birebir 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunundan, dolayısıyla 765 sayılı mülga TCK' un 241, 242. maddelerinden birleştirilerek aynen alınan 5237 sayılı TCK' un 219. maddesinde öngörülen suçlar, Dinin, dini kurum ve kuruluşların, din görevlilerinin örgün olduğu laik İtalyan toplum, hukuk, Devlet düzeninin gerekleri göz önünde tutularak oluşturulmuştur.

İtalya'dan farklı olarak, Ülkemizde, Din, dini kurum ve kuruluşlar, örgün değildir, yaygındır. Dinin, dini kurum ve kuruluşların yaygı olması demek, bunların tüzel kişiliklerinin bulunmaması demektir. Gerçekten, hukuk düzenimizin gereği olarak, ne Caminin, ne Kiliselerin, ne de Havranın tüzel kişiliği mevcuttur. Bununla birlikte, imam, hatip ve vaizlerin Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı olarak hiyerarşik bir yapılanma içinde oldukları görülmektedir.

Böyle olunca, 219. madde öngörülen suçların, ülkede Dinin, dini kurum ve kuruluşların yaygınlığı temelinde, özellikle imam, hatip ve vaizlerin konumlarının yeniden ele alınması, dolayısıyla suçun faili konusunda mevcut bulunan çelişikliğin giderilmesi gerekmektedir. İddia edilenin tersine, bu konuda, kanunun kamu görevlisini tanımlayan 6,1,c maddesi hükmünün yeterli olmadığını, sadece karmaşa yarattığını düşünüyoruz.

Öte yandan, eleştiriler dikkate alınmalı, maddenin dili sadeleştirilmeli, "... başka bir cürüm işlerse" yanlışı, inatlaşma konusu olmaktan çıkartılarak, ivedi düzeltilmelidir. Esasen bilgi eksikliğinden, dikkatsizlikten kaynaklanan temel yanlışları sürdürme çabası içinde olmanın, kimseye bir yarar sağlamadığı düşüncesindeyiz.

AVUKATLIK BAŞKA MESLEKLERİN EMEKLİLİK ALANI DEĞİLDİR

Av. A. Erdem AKYÜZ*

* Ankara Barosu; Hukukun Egemenliği Derneği Genel Başkanı.

İnsanlığın en eski ve en saygın mesleklerinin başında “Avukatlık” gelir. Bu aynı zamanda “savunmanın kutsal bir hak” olmasından kaynaklanmaktadır. Yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı Avukat temsil eder. Bir kamu hizmeti olan Avukatlığın aynı zamanda serbest meslek olarak tanımlanmasının ardında yatan anlam “bağımsız” olmasıdır. Yasaya göre Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder. Avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için; Türkiye Cumhuriyeti vatan-daşı olmak, hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak, Avukatlık stajını yapmak, Avukatlığa engel hali olmamak gibi koşulların bulunması gerekir. Bu koşullardan Avukatlık stajını yapmanın bir istisnası, yargıç veya savcılıktan gelmiş olmaktır. Adli, idari ve askeri yargı hakimlik ve savcılıklarında, Anayasa Mahkemesi raportörlüklerinde, Danıştay üyeliklerinde dört yıl süre ile hizmet etmiş olanlarda staj koşulu aranmaz. Buna benzer şekilde; Üniversiteye bağlı fakültelerin hukuk bilimi dersleri dalında profesörlük, doçentlik, yardımcı doçentlik görevlerinde dört yıl, kamu kurum ve kuruluşlarının hukuk müşavirliği görevinde on yıl süre ile hizmet etmiş olanlar da Avukatlığa başlarken zorunlu kılınan staj koşulundan muaf tutulmuşlardır. Bu sayılan kişiler hangi yaşta ve hangi konumda olurlarsa olsunlar, istedikleri zaman bir Baro’ya kaydolarak Avukatlık yapabilirler. Memuriyete giriş için öngörülen yaşı düzenleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun değiştirilen 40. maddesi “Genel olarak 18 yaşını tamamlayanlar Devlet memuru olabilirler.” demek suretiyle memur olmak için daha önce öngörülen, 30 yaşını doldurmamış olmak şeklindeki üst yaş sınırını kaldırmıştır. Buna ilişkin hukuki düzenlemenin yapıldığı “Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” te “Kamu kurum ve kuruluşları, kanunlarda ya da kanunların bu konuya dair düzenleme yetkisi öngördüğü tüzük ve yönetmeliklerde yer alan özel hükümler haricinde, merkezi yerleştirme yapılmasını talep edecekleri kadro ve pozisyonlar için yaş sınırı tespit edemezler” hükmünü taşımaktadır. Bu durumda; genel olarak üst yaş sınırı konamayacak ancak, kanunlarda veya kanunların bu konuya dair düzenleme yetkisi öngördüğü tüzük ve yönetmeliklerde yer alan ve göreve başlamak için öngörülen üst yaş sınırına ilişkin maddelerin uygulanmasına aynen devam edilecektir.

Örneğin; öğretmen atamalarındaki 40 yaş sınırı devam edecektir. Zira öğretmen atamalarını ÖSYM değil MEB yapmaktadır. Ayrıca MEB ‘in yönetmeliğinde bu konuya ilişkin olarak adaylarda 40 yaş sınırı aranacağına dair hüküm bulunmaktadır.

Söz konusu düzenleme sadece merkezi yerleştirme dediği için, KPSS-A kapsamındaki müfettiş, uzman, denetmen, kontrolör ve uzman yardımcılığı gibi kariyer kadrolar için yaş sınırı uygulamasına devam edilecektir.

657 sayılı Kanunun 4/B veya 4/C maddeleri kapsamında görevlendirme yapılması bu hükümlere tabi değildir. Yani yaş sınırı aranabilecektir. Çünkü bu statüdeki atamalar merkezi yerleştirmeye tabi değildir.

Geçici ve Daimi işçi alımları Türkiye İş Kurumu aracılığı ile yayımlanmaktadır. Konuya ilişkin Tebliğ çıkarılmış olmasına rağmen, İŞKUR gerekli düzeltmeleri yapmadığı için hala bir kısım ilanlarda 30 yaş sınırı çıkmaktadır.

TSK ve Kuvvet Komutanlıkları ile Adalet Bakanlığı gibi kurumların memur alımı ÖSYM sistemi dışındadır. Bu kurumlar da KPSS sonuçlarına göre eleman almaktadır, ancak sınav ve diğer işlemleri kendileri yürütmektedir. Bu nedenle bu iki kurum, yaş sınırı koymaya devam edebilecektir.

Nitekim 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinin "k" bendi Avukatlık mesleğinden hakim veya savcı adaylığına geçmek isteyenler için; mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle otuzbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmak koşulunu getirmiş iken, hakim ve savcı açığını doldurabilmek için çıkarılan "Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname" ile Hâkimler ve Savcılar Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının "k" bendinde yer alan "otuzbeş yaş" ibaresi değiştirilerek "kırkbeş yaş" a yükseltilmiştir.

Bir Avukatın, hakim veya savcı olabilmesi için, yapılacak sınavlarda başarı göstermesi yanında, belli bir yaşı doldurmamış olması da öngörülmektedir. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, bir hakim veya savcının, avukatlık mesleğine geçebilmesi için sınav, staj bir yana belli bir yaş sınırı dahi yoktur. Daha erken bir yaşta emeklilik hakkını kazanmış veya mesleğinden erken ayrılmış olanların yanında 65 yaş sınırını doldurarak emekli olanlar dahi hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın Avukat olabileceklerdir. Bu durum yalnızca hakim ve savcılar için değil, bir başka meslek yapmakta iken hukuk fakültesini bitiren emekli subay, öğretmen ve benzerleri için de geçerlidir.

Bu durum, kurumlara girebilmek için ilgili yasaların öngördüğü koşullar arasında eşitsizlikler yarattığı gibi, haksız rekabete de yol açmaktadır.

İş sahibinin, Avukat seçerken o konuda bilgi sahibi olup olmadığından çok, Avukatın önceki ilişkilerini de nazara alacağı açıktır. Müvekkilin; bu suretle, davasının daha iyi takip edilebileceğini, sorunlarının ve konunun daha yakından ve daha etkili biçimde anlatılabileceğini düşünmesi kaçınılmazdır. Eski bir yargı

mensubunun veya diğer bir meslek mensubunun, bu şekilde davranmayı hiçbir şekilde düşünmemesine rağmen, müvekkilin vekilini seçimde bu ve benzer düşüncelerin rol oynayacağı düşünülmelidir. Bu durum adaletin, mesleğin ve meslekdaşın yıpranmasına yol açacaktır.

Ayrıca, Hukuk Fakültesini yeni bitiren, babasının yardımı ile veya bankadan borç aldığı bir miktar para ile yazıhanesini açan bir Avukatın yanında, hukuk mesleğinde senelerini geçiren, oldukça iyi bir emekli maaşı alan ve çevre sahibi olan bir eski yargı mensubunun yazıhane açmasındaki eşitsizlik de ortadadır.

Kaldı ki Avukatlık mesleğinin de kendine özgü ve önemli kuralları vardır. Bu kuralları öğrenip uygulayabilmek, meslekte başarı sağlayabilmek için belli bir sürenin geçmesi zorunludur. Bu uyumun sağlanabilmesi için, mesleğe belli bir yaşta başlamak gereklidir. Bütün bunların sonucu, diğer mesleklere girişte olduğu gibi, Avukatlık mesleğine geçişte de belli bir üst yaş sınırı getirilmesinin zorunlu olduğudur.

Bu bakımdan, Anayasa dahil diğer önemli yasalar bir bütün olarak değiştirilir ve hatta pek de uygun olmayan şekilde, kanun hükmünde kararname ile Türkiye yeni bir yapılanmaya giderken, hukuka aykırılığı açık ve adaletsiz olan bu uygulamanın değiştirilmesi gerekir. Avukatlık mesleğine, diğer meslek ve görevlerden geçişte bir yaş sınırı getirilmeli ve bir sınav öngörülmalıdır. Avukatlık, diğer mesleklerin emeklilik alanı değildir. Avukatlık mesleği, diğer meslek ve görevlerden emekli olanların icra edeceği bir meslek olmaktan çıkarılmalıdır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE SPORDA DÜNYA ANTI-DOPİNG PROGRAMI

Av. Behiç Cüneyt FİDANOĞLU*

* Ankara Barosu.

ÖZ

Dünya Anti-doping Ajansı tarafından 2004 yılı itibari ile hazırlanmış olan Dünya Anti-doping Yasası, ulusal ve uluslararası spor yöneticileri ile ülke hükümetlerinin mutabakat sağlaması sonucu küresel seviyede yaygın bir şekilde uygulanmaya başlamıştır. Bunun yanı sıra, dünya anti-doping programı, sporcuların temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilişkilidir ve Dünya Anti-doping Yasası içerdiği bazı düzenlemeler yönünden sporcuların kişisel özgürlükleri, çalışma hakkı ve bunun yanı sıra müsabakalar dolayısıyla sporcuların hak kazandığı diğer ekonomik gelirden faydalanmasına engel sonuçlar teşkil etmektedir. Bu nedenle, mevcut doping rejiminin sporcu hakları üzerinde doğurduğu etkileri belirlemek adına, bu çalışma Dünya Anti-doping Yasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uyumlu olup olmadığını inceleyecektir.

The European Convention on Human Rights and the Anti-doping Programme in Sports



ABSTRACT

The World Anti-doping Agency introduced the World Anti-doping Code in 2004 which was accepted through a consensus agreement by the participation of international and national sports governing bodies and state governments. However, the anti-doping regime is directly related to the fundamental rights of athlete's and the World Anti-doping Code has certain regulations that might bring restrictive consequences to an athlete's right to a personal liberty and right to work or benefit from other competition-oriented rights. For this reason, in this study the conformity of World Anti-doping Code to the European Convention on Human Rights will be examined in regards of analyzing how anti-doping regime affects the rights of sportsmen or sportswomen.

GİRİŞ

Günümüz demokratik düzenlerinde insanların sahip olması gereken asgari sivil, politik ve hukuki hakların korunmasına yönelik şartları ortaya koyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Avrupa Konseyi'nin çabaları sonucu, aralarında ülkemizin de bulunduğu, birçok ülkede kabul edilmiştir^[1]. Diğer yandan, Avrupa Konseyi tarafından halihazırda onaylanmış bulunan Dünya Anti-doping Yasası, uluslararası seviyede dopingin spordan uzaklaştırılabilmesi adına Dünya Anti-doping Ajansı'nın (WADA) çalışmaları sonucu birçok ulusal ve uluslararası düzeyde faaliyet gösteren spor federasyonları, olimpiyat komiteleri ve ülke hükümetlerince kabul edilmiştir^[2]. Bu nedenle, AİHS ve Dünya Anti-doping Yasasının yetki alanlarının birbirleri ile örtüşükleri görülmektedir ve bu örtüşme sonucu dünya anti-doping programının AİHS'ne uyumlu olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunun tartışılması da sporcu hakları ve özgürlüklerinin korunması adına önem arz etmektedir. Zira, anti-doping programı içerisinde sporculara yönelik olarak getirilmiş disiplin cezaları sporcuların; çalışma, özel hayatın gizliliği, eşit muamele ve adil yargılanma gibi temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırabilecek sonuçlar doğurmaktadır^[3]. Bununla birlikte, geçmiş doping yargılamaları incelendiğinde, uluslararası anti-doping programının AİHS ile uyumunda sorunlar olduğu göze çarpmaktadır. Bu sorunların anlaşılabilmesi açısından önce WADA tarafından belirlenen uluslararası anti-doping programında bulunan kusursuz sorumluluk ilkesi ve bu ilkenin sporcu hak ve özgürlükleri üzerinde doğurduğu etkiler açıklanmaya çalışılacaktır. Bu inceleme sonrasında dünya anti-doping programı içerisinde AİHS'nce belirlenen ilkelerin ne düzeyde uygulandıkları ve son olarak uluslararası spor yönetimi içerisinde AİHS ve genel anlamda insan hakları hukukunun etkinliği incelenecektir.

- [1] Bond, The Council of Europe and Human Rights: An Introduction to European Convention on Human Rights, s.5
- [2] Bowers, D.L. (2010) 'Science and the Rules Governing Anti-Doping Violations, Springer: Berlin,s.513
- [3] Rigozzi, Doping and fundamental rights of athletes: comments in the wake of the adoption of the World Anti-Doping Code, s. 45-47

1. DÜNYA ANTI-DOPİNG PROGRAMI VE KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİ

Geleneksel anlamda sporda dopingin önlenmek istenmesinin nedeni adil bir rekabet ortamının sağlanabilmesidir. Ancak, WADA'nın çabaları sonucu ortaya çıkmış olan Dünya Anti-doping Yasası adil ve dürüst oyun ilkelerini korumanın yanı sıra sporcu sağlığını korumak ve toplumda sporun örnek teşkil etmesini sağlamak gibi farklı görevler üstlenmiştir^[4]. Bu görevlerin yerine getirilmesini sağlamak adına ise ilgili yasa tarafından kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanacağını belirtilmektedir. Bu ilke uyarınca her yıl düzenli olarak WADA tarafından hazırlanan yasak listesinde yer alan yöntem ve maddeleri kullandıkları, yine WADA tarafından akredite edilmiş laboratuvarlar tarafından, tespit edilen sporcular, kusur veya ihmalleri olup olmadıklarına bakılmaksızın doğrudan diskalifiye edilmekte ve müsabaka gereği kazandıkları madalya, puan veya ödülleri iade etmek zorunda kalmaktadır^[5].

Hukukta kusursuz sorumluluk, trafik yönetmeliği veya işverenin sorumluluğu gibi bir çok alanda karşımıza çıkabilen bir ilkedir. Her ne kadar ilk bakışta AİHS'nce belirtilen masumiyet karinesine aykırı olduğuna dair bir izlenim bırakıyor olsa da bu ilkenin sağladığı hukuki kolaylıklar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da kabul edilmiş ve uyuşturucu kaçakçılığına ilişkin bir uyuşmazlık olan Salabiaku/Fransa davasında kusursuz sorumluluk ilkesinin AİHS ve masumiyet karinesine aykırılık doğurmayacağını AİHM, tüm üyelerinin oybirliği ile verdiği bir karar sonucu, kabul etmiştir^[6]. Buna karşılık, kusursuz sorumluluk ilkesinin anti-doping programı içerisine dahil edilmesinin, sporcu hakları göz önüne alındığında ne derece, hukuka uygun olduğu tartışmaya açıktır.

Dünya Anti-doping Yasası tarafından kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesinin başlıca nedeni, spor müsabakaları sırasında bilinçli olarak dopinge başvuran sporcuların kusursuzluklarını ileri sürerek yaptırımdan kaçma imkanına sahip olmalarını önlemektir. WADA'nın yanı sıra Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) tarafından da kusursuz sorumluluk ilkesinin dünya anti-doping programına dahil edilmesi gerektiği savunulmuş ve Quigley/ Uluslararası Atış Birliği kararı ile gerekçelendirilmiştir. Dava sırasında, bir sporcuya dopinge ilişkin yaptırımda bulunulabilmesi için; sporcunun kendi performansını arttırma kastını arayan Uluslararası Atış Birliği'nin dopinge ilişkin düzenlemeleri CAS tarafından eleştirilmiş ve kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesinin adil

[4] Thevis, Mass Spectrometry in Sports Drug Testing: Characterization of Prohibited Substances and Doping Control Analytical Essays, s.3

[5] Dünya AntiDoping Yasası, Madde 2.1.1, 9

[6] Salabiaku v France (A-141-A) (1991) 13 E.C.H.R. 379; ECHR

bir rekabet ortamının sağlanması adına daha isalebetli bir yöntem olduğu ifade edilmiştir^[7]. Bu kararında CAS, kusurlu veya kusursuz olmasına bakılmaksızın doping yapmış bir sporcunun rekabeti adaletsiz hale getirdiğini ve doping cezalarının kusura yönelik olarak verilmesi halinde doping testleri pozitif çıkan sporcuların hemen hemen hepsinin kusursuz olduklarına dair savunma yapacakları faraziyesinde bulunmuştur. Böyle bir olasılığın sporda performans arttırıcı madde ve yöntemler ile başarı elde etmek isteyen sporcuların sayısını da arttırabileceğini düşünen CAS, anti-doping programında kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesinin gerekli olduğunu ve bu ilkenin spor içerisindeki rekabetin korunmasına hizmet ettiğini belirtmiştir. Her ne kadar, bu ilkenin zaman zaman kusuru dışında dopingli olduğu ortaya çıkan oyuncular için ağır sonuçlar doğurduğu yapılan yargılama sırasında da kabul edilse de, CAS sporda rekabetin korunmasına ilişkin menfaatin sporcuların bireysel menfaatlerinden daha önemli olduğu düşüncesi ile kusursuz sorumluluk ilkesinin Uluslararası Atış Birliğince de kabul edilmesini önermiştir. Nitekim dava konusu olayda, uluslararası bir turnuvaya katılmak için Mısır'da bulunan Amerika'lı bir sporcu gece geç saatte gıda zehirlenmesi yaşayarak kendi takım antrenörü gözetiminde kaldığı otel doktorunu ziyaret etmiş, yetkililer her ne kadar sporcunun kullanmayacağı farmakolojik maddeleri otel doktoruna belirtmişlensedeyse, doktorun ihmali sonucu sporcu katıldığı testler sonucu dopingli çıkmıştır. Ancak, CAS yine de zorunluluk halinde ve belirtilen şartlar sonucu otel doktoruna güvenmesi makul sayılabilecek sporcunun da kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca ceza almasının yerinde bir düzenleme olduğunu savunmuştur^[8].

Yine aynı gerekçe ile dünya üzerinde sporda dopingin önlenmesine ilişkin yeknesak bir uygulama planı hazırlamış olan WADA tarafından da kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla anti-doping programı uyarınca, sporcuların dopingli çıkmalarında hataları, ihmalleri veya performanslarını arttırma kasıtları olup olmadıklarına bakılmaksızın, pozitif doping testine sahip sporcuların otomatik olarak diskalifiye edilmesi karara bağlanmıştır. Bu uygulama aynı zamanda oldukça kararlı bir şekilde yerine getirilmektedir. Örneğin, 2002 yılında 43 tenisçinin doping testlerinde norandrosteron maddesinin yükselmesi ve 7 tenisçinin doping cezası alması ile inceleme yapmaya başlayan Profesyonel Tenisçiler Birliği (ATP), ortaya böyle bir tablonun çıkmasında kendi kusuru olduğunu fark etmiştir. Dünya çapında önemli tenis turnuvaları düzenlemesinin yanı sıra tenis oyuncularının menfaatlerini de korumaya çalışan bir oyuncu birliği olan ATP, bu durum üzerine WADA'ya kusurun kendi antrenörlerinde olduğunu belirtmişse de doping cezası ile karşı karşıya olan

[7] Quigley v UIT CAS 94/129

[8] Gardiner, Sports Law s.275

oyuncuların ceza almasını önleyememiştir. WADA her ne kadar ATP'nin kendi kusurundan ötürü oyuncularının haklarını korumasını iyi niyetli bir girişim olarak değerlendirdiyse de, kusursuz sorumluluk ilkesinin dünya anti-doping programı açısından önem arz ettiğini söylemiş ve ATP oyuncularına böyle bir istisna tanımının dünya anti doping programının yeknesak bir şekilde uygulanmasını tehlikeye atabileceği düşüncesi ile ATP tarafından yapılan istekleri geri çevirmiştir^[9].

Yukarıda belirtilen nedenler uyarınca, kusursuz sorumluluk ilkesi WADA tarafından dopingin sporda önlenmesine ilişkin bir araç olarak kabul edilmektedir ve WADA dünya anti-doping programı içerisinde kusursuz sorumluluğun sporcu haklarına aykırılık teşkil ettiği gibi bir düşünceye sahip değildir^[10]. Ancak, performans arttırma saiki olmayan sporcuların da tıpkı doping içeren madde ve yöntemleri kullanmak sureti ile derece yapmak veya başarılı performans göstermek isteyen sporcular gibi otomatik olarak diskalifiye edilmeleri ve elde ettikleri puan veya ödülleri iade etmek zorunda kalmaları, spor hukuku alanında anlaşmazlıklara neden olmaktadır. Örneğin McLaren kusursuz sorumluluk ilkesini sporculara 'sabit disiplin cezaları' yüklemekle eleştirmiş, Lewis ve Taylor ise kusursuz sorumluluk ilkesi sonucu sporcular açısından 'siyah veya beyaz' bir ispat sisteminin ortaya çıkmasını sporcu hakları açısından hukuka aykırı bulmuştur^[11].

Gerçekte, dünya anti-doping programında kusur, yalnızca diskalifiye olmuş sporcuların maruz kalacağı ceza süresinin belirlenmesi bakımından dikkate alınmaktadır. Dünya Anti-doping Yasası uyarınca, ilk kez bir doping kuralını ihlal eden sporcular 2 yıl, ikinci bir kez böyle bir kuralı ihlal eden sporcular ise müsabakalardan ömür boyu men cezası ile karşı karşıya gelmektedir. Ancak, sporcuların kusur oranına göre belirtilen cezalarda her sübjektif olayın şartları uyarınca indirim yoluna gidilmektedir. Buna karşılık, her türlü ihtimal dâhilinde sporcuların karşılaşacağı müsabakadan men süresine yapılacak indirimin yasada öngörülen cezanın yarısından az olması kabul edilmemektedir. Şayet sporcu için ömür boyu men cezası öngörülüyor ise bu durumda cezanın indirebileceği asgari sınır ise 8 yıldır^[12].

Bu nedenle, dünya anti-doping programında kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesinin bir sonucu olarak bariz kusur, ihmal ve müsabaka sırasında haksız bir avantaj elde etme kastı olmaksızın testleri pozitif çıkan sporcuların meslek hayatları, gelirleri, spor içerisindeki saygınlıkları ve ailevi yaşamları zarar

[9] Charlish, WADA Report on ATP Positive Drug Tests, s. 21-22

[10] Rigozzi, Doping and fundamental rights of athletes: comments in the wake of the adoption of the World Anti-Doping Code, s.12

[11] McLaren (2002) 'Doping Sanctions : What Penalty?', s.519-520

[12] Dünya Anti Doping Yasası, Madde 10.5.1, 10.5.2

görmektedir. Bu durum AİHS'ce ortaya konulmuş özel hayat ve aile hayatına saygı duyulmasına ilişkin kurala aykırı olduğu gibi orantılılık prensibine de aykırı gözükmektedir. AİHS'ce ortaya konulmuş temel prensiplerinden biri olarak kabul edilen orantılılık ilkesi, belirli bir konuda cezai yaptırım öngörülmesine yönelik bir yasal düzenlemenin bireylerin özgürlük ve menfaatlerini asgari seviyede kısıtlamasını öngörmektedir^[13]. Buna karşılık, kusursuz sorumluluk ilkesi sonucu mesleki yaşamları ve özel hayatları etkilenen sporcular dikkate alındığında WADA tarafından orantılılık ilkesine uygun bir düzenleme yapıldığını belirtmek kolay değildir.

Tüm bunlara ek olarak 2011 yılında Hacettepe Üniversitesinde bulunan Türkiye Doping Kontrol Merkezince yapılan test sonuçlarının değerlendirilmesine ilişkin yanlışlık, dört sporcu ve kulüplerinin, herhangi bir anti-doping kuralına aykırılık söz konusu olmamasına rağmen, mağdur olmalarına neden olmuştur. Türkiye Doping Kontrol Merkezince yapılan yanlışlık her ne kadar uygulamada sık rastlanılabilen bir durum olmasa da, herhangi bir yasal ihlali olmayan sporcuların kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca doğrudan müsabakalardan diskalifiye edilmeleri ve ilgili federasyonlarca sporculara ilişkin durum düzeltilene kadar bu sporcuların spordan uzak kalmaları, dünya anti-doping programının sahip olduğu mevcut sistemin sporcular açısından ne kadar zorlayıcı olduğunu bir anlamda örneklemektedir.

2. DÜNYA ANTI-DOPİNG YASASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Bir önceki bölümde belirtildiği üzere dünya anti-doping programının sporcuların sahip olduğu hak ve özgürlükler üzerinde baskıcı bir uygulamaya sahip olduğu söylenilebilir. Ancak, Dünya Anti-doping Yasası kapsamı içerisinde AİHS'nce ortaya konulan ilkelerin bir ölçüde yer aldığını da belirtmek gerekir. Örneğin, AİHS'nin ortaya koymuş olduğu en önemli ilkelerden biri olan adil yargılanma hakkı ilgili yasanın 8. maddesinde kabul edilmiş ve bu madde doğrultusunda dopinge ilişkin kuralları ihlal ettikleri kabul edilen sporcu veya diğer spor kişileri delil sunmak, vekâlet ilişkisi uyarınca temsil edilmek ve bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yargılanmak gibi temel hukuki haklara sahip olmaktadır. Buna karşılık, uygulamada sporcuların AİHS ile belirtilen haklara ne ölçüde sahip oldukları sorgulandığında Dünya Anti-doping Yasasının AİHS'ne uyumlu olduğunu söylemek güçlük kazanacaktır.

[13] Christoffersen, J. (2009) Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, s.31; Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine, s. 188

Öncelikle, AİHS'nin ortaya koymuş olduğu adil yargılanma hakkı, bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yargılanabilmeyi ifade etmektedir. Ancak; doping yargılamaları incelendiklerinde bağımsız ve tarafsızlık adına sporcular yönünden endişe doğurucu sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Dünya Anti-doping Yasasını hazırlayan WADA, Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin (IOC) çabalarıyla kurulmuştur ve halihazırda IOC ve diğer uluslararası spor federasyonları tarafından finanse edilmektedir. Ayrıca uygulamada, IOC öncülüğünde WADA'nın spor federasyonları tarafından yönlendirilebildiğini de söylemek gerekir^[14]. Dünya Anti-doping Yasasının 13. maddesi uyarınca ise bağlı oldukları federasyonlar tarafından doping cezası almış oyuncuların başvurabileceği yegane temyiz mercii olarak CAS belirlenmiştir. Dolayısıyla, AİHS'de belirtilen adil yargılanma hakkına uygun bir doping yargılamasının sağlanabilmesi için CAS'ın uluslararası spor federasyonlarından bağımsız olarak hareket edebilmesi ve yargılama süresince tarafsız olarak karar verebilme kabiliyetine sahip olması önemlidir.

Ancak, tıpkı WADA gibi CAS'ta IOC'nin çabalarıyla kurulmuş bir yargı organıdır ve IOC ile CAS arasındaki fiili bağ 1992 yılına ait Gundel^[15] davasına kadar devam etmiştir. Bu dava, Uluslararası Eskrim Federasyonu tarafından profesyonel bir sporcuya verilen doping cezasının CAS tarafından haklı kabul edilmesi üzerine, CAS kararının da temyiz edilmesi sonucu İsviçre Federal Mahkemesi (the Swiss Federal Tribunal) önüne gelmiştir. Her ne kadar, ilgili mahkemece yapılan inceleme sonucu CAS kararı hukuka uygun görülmüş olsa da CAS'ın yapısal olarak IOC'ye bağlı olmasından hareketle İsviçre Federal Mahkemesi, IOC'nin CAS önünde taraf olacağı uyuşmazlıklarda yapılacak yargılamanın bağımsız olmayacağını belirtmiş ve CAS üzerinde yeni bir yapılanma içerisine girilmesine sebep olmuştur^[16]. Bu yapılanma sonucu Uluslararası Spor Tahkim Konseyi kurulmuş (ICAS) ve CAS'ın IOC ile olan idari ve finansal bağılılığı sona ermiştir. Bu yeni yapı ayrıca IOC'nin CAS yargılamasına taraf olduğu Lazitona ve Danilova davalarında temyiz mercii olan İsviçre Federal Mahkemesince de onaylanmış ve CAS'ın IOC'den bağımsız olduğu karara bağlanmıştır. Ancak yine de ICAS'ın pratikte IOC ve CAS arasında tampon bir kuruluş niteliğinde olduğunu ve CAS'ın faaliyetlerine yön veren ICAS'ın görev yönünden IOC'ye bağlı olduğunu belirtmek gerekir^[17]. Bu nedenle CAS'ın özellikle IOC'nin taraf olduğu uyuşmazlıklar sırasında bağımsızlığı AİHS'ce kabul edilen adil yargılanma hakkı yönünden yeterli düzeyde görülmemektedir.

[14] Kübler & Chappalet, The Governance of the International Olympic Committee, s.220-222

[15] Gundel v FEI/CAS [1949] All ER 109,118

[16] Wong, Essentials of Sports Law , s.294

[17] Gardiner, Sports Law, s.233

CAS'ın yapısal olarak bağımsız bir yargı organı olup olmadığı tartışmalarının yanı sıra CAS doping yargılamaları sırasında sporculara AİHS'ce belirtilen anlamda etkili bir hukuki çözüm sağlayamadığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Gerçektende, CAS doping uyuşmazlıkları sırasında Dünya Anti-doping Yasa'sı sınırları içerisinde yargılama fonksiyonunu yerine getirebilmektedir. Özellikle, anti-doping yasasında belirtilen kusursuz sorumluluk ilkesi CAS'ı doping yargılamaları sırasında sınırlandırmaktadır. Bu nedenlerle, Oschutz, doping uyuşmazlıkları sırasında görevli tek temyiz mercii olan CAS'ın Dünya Anti-doping Yasa'sı dışarısına çıkıp farklı hukuki kaynaklara başvurmasının mümkün olmadığını belirtmiştir^[18].

Bunun yanı sıra, CAS kararlarına karşı temyiz yoluna başvurunun da sporcular için yeterince etkin bir hukuki yol olmadığını belirtmek gerekir. Zira CAS kararlarının temyiz edilebildiği tek mercii olan İsviçre Federal Mahkemesi tarafından yapılan inceleme; usule ilişkin kurallar ile İsviçre kamu düzenine herhangi bir aykırılık olup olmadığı ile sınırlıdır. Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurulması halinde ilgili mahkemeye, doping cezasının hukuki olup olmadığına dair, esasa ilişkin bir inceleme yerine getirilmeyecektir^[19].

Esasa ilişkin olarak inceleme yapılan 2006 tarihli Meca-Medina/Avrupa Komisyonu^[20] davasında ise Avrupa Adalet Divanı'ı sporcuların aleyhine değerlendirebilecek bir karar vermiştir. Dava, karşılaştıkları doping cezasının Avrupa Birliği (AB) hukunca belirtilen ilkelere aykırı olduğunu ileri süren iki yüzücünün başvurusu ile Avrupa Adalet Divanı'ı önüne gelmiştir. Buna karşılık, Divan, her ne kadar doping cezaları sonucu sporcuların spor karşılaşmalarında yer almasını AB rekabet hukuku hükümlerine aykırı görmüşse de sporda dopingin önlenmesinin meşru bir hedef olduğunu belirterek dünya anti-doping programına istisnai bir uygulama alanı sağlamıştır. Bu nedenle, anti-doping programı dahilinde sporculara verilen cezaların her ne kadar AB hukukuna aykırı olduğu saptanmış olsa da WADA'ya doping yönetimini gerçekleştirirken AB tarafından özerklik yetkisi tanınmış ve dünya anti-doping programının AB hukuku hilaflına düzenlenebilmesine imkan tanınmıştır^[21]. Aldığı bu karar sonucu Avrupa Adalet Divanı, anti-doping yönetimini meşrulaştırması ve doping programı içerisinde haksız bulunan noktalara karşı hukuki yollara başvurulabilmesini zorlaştırması nedeniyle eleştirilmiştir^[22]. Bu karar her ne kadar farklı yönleriyle

[18] Oschutz F, Doping Cases before the CAS and the World Anti-Doping Code

[19] Gardiner, Sports Law, s.243

[20] Meca-Medina and Majcen v. Commission of the European Communities (C-519/04P) [2006] ECR I-6991

[21] Weatherill, Anti-Doping Revisited- the Demise of the Rule of 'Purely Sporting Interest?', s. 646

[22] James, Sports Law, s.60

sporculara uluslararası spor federasyonları ve onların yönetimine destek olan WADA gibi sektörel kuruluşlarla pazarlık etme imkânını sağlamış olsa da, kısa vadede yapılan bu eleştirilerin haklı tarafları olduğunu ve sporcuların etkin bir hukuki yola başvurma imkânının Avrupa Adalet Divanı tarafından önlendiğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle mevcut CAS ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları ile Avrupa Adalet Divanının Meca-Medina/Avrupa Komisyonu kararı ele alındığında sporcuların doping yargılamaları açısından davalarını Dünya Anti-doping Yasasında belirtilen kurallar dışına çıkma yetkisine sahip bir yargılama organına taşıma şansına sahip olmadıkları, bu nedenle de, AİHS anlamında etkin bir hukuki çözüme ulaşma imkanına sahip olmadıklarını söylemek gerekir.

3. ULUSLARARASI SPOR YAPILANMASI İÇERİSİNDE AİHS VE İNSAN HAKLARI HUKUKU

Doping yargılamaları sırasında Dünya Anti-doping Yasası dışına çıkılmasının bir nedeni de insan hakları hukuku ve AİHS’ce belirtilen kuralların spor yargılamasında ileri sürülememesidir. Uluslararası spor yapılanması ve anti-doping programı ele alındığında AİHS veya genel anlamda insan haklarına ilişkin normların spor içerisinde uygulama alanı bulamayacağına yönelik yaygın bir görüş olduğunu belirtmek gerekir. Bu görüş uluslararası spor federasyonları ve geçmiş anti-doping yargılamaları uyarınca da desteklenmektedir.

Ancak; bu noktada hemen belirtmek gerekir ki spor içerisinde insan hakları kurallarına başvurulamamacığına dair olumsuz bir görüşün olması, evrensel olarak kabul edilmiş insan hakları kurallarının spor içerisinde yok sayıldığı anlamına gelmemektedir. Bu kurallara spor yargılamalarında başvurulamayacağı kabul eden görüş, insan hakları kurallarının özel hukuk kişileri arasında ki ilişkilerde doğrudan uygulanabilir olmadığından hareketle ortaya çıkmıştır.

Günümüzde birçok modern spor ülkesinde spor federasyonlarının statüsü özerk bir yapıya getirilmiş ve federasyonların devletle olan fiili bağı sona erdirilmiştir. Bu nedenle, federasyonlar, devlete bağlı olarak toplumsal bir hizmeti yerine getiren kamu kuruluşları olarak değil, bağımsız özel hukuk kişileri olarak görülmektedirler. Bu sebeple, spor yargılamalarında sporcu-federasyon ilişkileri özel hukuk ilişkileri olarak kabul edilmiş ve bu iki grup arasında doğan uyumsuzluklarda insan hakları normlarının doğrudan uygulanmasının mümkün olmayacağı kararlaştırılmıştır. Örneğin, Portekizli milli futbolcu Abel Xavier kendisine doping cezası verilmesini gerektiren bir CAS kararını İsviçre Federal Mahkemesinde temyiz etmiş ve doping cezasının AİHS’nin 8. maddesinde belirtilen özel ve aile hayatının gizliliğine ilişkin kuralı ihlal ettiğini öne sürmüştür. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi Xavier’in başvurusunu reddetmiş ve kendisine

verilen ceza bir devlet kurumu tarafından verilmediği için AİHS'nce belirtilen kurallara başvurmasının sonuç doğurmayacağını savunmuştur^[23]. Şu ana dek her ne kadar spora veya özel olarak doping cezalarına ilişkin bir başvuru AİHM'e yapılmamış olsa da, AİHM üyelerinden Rudolf Bernhardt da Xavier kararına paralel olarak, spor içerisindeki hukuki ilişkilerin özel hukuktan kaynaklandığını savunmuş ve spor yargulamaları çerçevesinde insan hakları normlarının doğrudan uygulanmasının yanlış olacağını belirtmiştir^[24].

Ancak, insan hakları hukukuna ilişkin olarak geliştirilen yeni teoriler AİHS'nde ifade edilen kurallar gibi tüm insan hakları normlarının özel hukuk ilişkilerinde de uygulanmasına yöneliktir. Diyagonal ve yatay uygulama olarak adlandırılan bu yeni teoriler insan hakları kurallarının amacının bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak olduğundan hareket etmekte ve temel hak ve özgürlükleri özel hukuk uyuşmazlıklarınca ihlal edilen kişileri korumayı amaçlamaktadır^[25]. Ayrıca, insan hakları hukukundaki bu gelişmeler uygulamada yer bulmaya da başlamıştır. Örneğin, İspanya Anayasası insan hakları hukukuna başvurulabilmesi için devletin sorumluluğu gibi bir şart koşmamış ve gerek kamu hukuku gerekse de özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bireylerin insan haklarına ilişkin kurallara başvurabilmesini mümkün kılmıştır. Bu nedenle, İspanyol Anayasası her ne kadar kamu kuruluşlarını insan hakları kurallarına karşı daha bilinçli davranmakla yükümlendirmişse de, insan haklarına ilişkin kuralların uygulanabilmesi için sadece kamunun kusurlu olması ile yetinmemiş ve özel hukuk kişileri tarafından da insan haklarına ilişkin kuralların ihlal edilmesi ihtimalini göz önüne alarak isabetli bir düzenleme ortaya koymuştur^[26].

İspanya'nın yanı sıra Birleşik Krallık'ta da insan hakları hukukunun uygulama alanını genişleten yasal düzenlemeler mevcuttur. Tüm Birleşik Krallık ülkeleri içerisinde AİHS'nin uygulanmasına yardımcı olarak çıkarılmış 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası, kamusal yetki tanımını getirerek, AİHS içerisinde bulunan insan haklarına ilişkin kuralların özel hukuk ilişkilerinde de uygulanmasına imkân tanımaktadır^[27]. Bu tanımlamaya göre nitelikleri gereği kamusal yetkiye sahip olan ve bireyler ile ilgili olarak idari nitelikte işlem yapma yetkisine sahip özel hukuk tüzel kişilerinden de insan haklarına uygun eylemler yerine getirilmesi beklenecek ve bu kurallara aykırı davranışları halinde bireyler tarafından bu kurum ve kuruluşlara karşı AİHS'ne dayanılarak hak aranabilecektir. Şüphesiz

[23] Abel Xavier v UEFA, Swiss Federal Tribunal June 11, 2001, 4P.64/2001

[24] Rigozzi, Doping and fundamental rights of athletes: comments in the wake of the adoption of the World Anti-Doping Code, s. 44

[25] Dickson, the Horizontal Application of Human Rights Law, s.59-61

[26] Liboreiro, Spain a Jurisdiction Recognising the Direct Horizontal Application of Human Rights, s.389-390

[27] Lewis & Taylor, Sports Law and Practice, s.519-520

spor organizasyonlarını düzenleyen ve sporcular ile spor kulüplerini ilgilendirir nitelikte idari eylemler gerçekleştiren spor federasyonları da bu tanımlamaya uymaktadır. Yine federasyonlar gibi ulusal ve uluslararası disiplin ve tahkim kurullarının da, spor kulüpleri ve sporcular üzerinde bağlayıcı kararlar verme yetkisine sahip olduklarından ötürü, faaliyetlerini yerine getirirken İnsan Hakları Yasasınca ifade edilen kamusal bir yetki kullandıkları söylenebilir. Bu nedenle spor federasyonları, disiplin kurulları ve tahkim kurulları tarafından bir insan hakkı ihlali yapılması durumunda bu ihlale karşı spor kulüpleri ve sporcuların AİHS'i kurallarına başvurulabilmesi bu yasa uyarınca yerinde kabul edilmelidir^[28].

Tüm bu gelişmeler önümüzdeki dönem içerisinde spor uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde AİHS'nin daha aktif bir rol oynayabileceğini işaret etmektedir. Zira AİHS'nin spor yargılaması içerisinde öne çıkması aynı zamanda sporcular ve spor kulüpleri açısından bir beklenti niteliğindedir. Gerçekten de özellikle dünya anti-doping programı bazı yönlerden sporcuları çok zorlayan düzenlemeler içerdiğinden AİHS kurallarının doping yargılamalarında öne sürülebilmesi sporcu haklarının korunması adına önemli bir adım olacaktır.

Sonuç olarak, dünya anti-doping programının AİHS ile belirtilen şartlar ve kurallara uyumlu olmadığı görülmektedir. Dünya Anti-doping Yasası tarafından belirlenen kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca sporcuların temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmaktadır. Buna karşılık, sporcular ise doping yargılamasına ilişkin mevcut yapılanma içerisinde AİHS ile belirtilen adil yargılanma ve etkin bir hukuki yola başvurma haklarını gerektiği gibi kullanamamaktadırlar. Ayrıca, AİHS ve genel anlamda insan hakları hukuku normlarının spor yargılaması çerçevesinde doğrudan uygulanmasına mevcut spor yönetimi yapılanması tarafından sıcak bakılmamasından ötürü, sporcular kendilerine AİHS tarafından bahşedilen hakları mesleki yaşamlarına ilişkin olarak ileri sürememektedirler. Buna karşılık, insan hakları hukukunda meydana gelen yeniliklerin yakın tarihte spor yapılanmasını etkilemesi sonucu doping yargılamalarında sporcuların AİHS'ne ilişkin haklarını ileri sürmesi söz konusu olabilecektir.

[28] Lewis & Taylor, Sports Law and Practice, s.519-520

KAYNAKÇA

- Bond, M. (2010) *the Council of Europe and Human Rights: An Introduction to European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing: Strasbourg
- Bowers, D.L. (2010) *Science and the Rules Governing Anti-Doping*, Springer: Berlin
- Gardiner, S., James, M., O'Leary, J., Welch, R., Blackshaw, I., Boyes, S. and Caiger, A. (2006) *Sports Law*, Cavendish: New York
- Charlish, P. (2005) 'WADA Report on ATP Positive Drug Tests', I.S.L.R. 1 (Feb), 19-22, ss. 21-22
- Christoffersen, J. (2009) *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden
- Dickson, B. (1999) 'The Horizontal Application of Human Rights Law' in Hegarty, A. And Leonard, S. (eds.) *a Human Rights; an Agenda for the 21st Century*, Cavendish: London
- James, M. (2010) *Sports Law*, Palgrave MacMillan: Hampshire
- Lewis, A. And Taylor, J. (2008) *Sport: Law and Practice*, Tottel: West Sussex
- Kübler, B. And Chappalet, J.L. (2007) 'The Governance of the International Olympic Committee' in Parent, M.M. and Trevor, S. (eds.) *International Perspectives on the Management of Sport*, Elsevier Academic Press: Burlington
- Liboreiro, A.R (2007) 'Spain a Jurisdiction Recognising the Direct Horizontal Application of Human Rights' in Oliver, D. And Fedtke, J. (eds.) *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Routledge-Cavendish: Abingdon
- McLaren (2002) 'Doping Sanctions: What Penalty?' I.S.L.R 2(May), 23-34
- Oschutz F, (2006) 'Doping Cases before the CAS and the World Anti-Doping Code' in Blackshaw, I. Siekmann, R. and Soek, J. (eds.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC Asser Press: Hague
- Rigozzi, A Kaufman-Koller, G. and Malinverni, G. (2003) 'Doping and fundamental rights of athletes: comments in the wake of the adoption of the World Anti-Doping Code'. I.S.L.R., 3(Aug), 39-67
- Thevis, M. (2010) *Mass Spectrometry in Sports Drug Testing: Characterization of Prohibited Substances and Doping Control Analytical Assays*, Wiley Sons Inc.: New Jersey
- Weatherill, S. (2006) 'Anti-Doping Revisited- the Demise of the Rule of 'Purely Sporting Interest?'. E.C.L.R. 27(12)
- Wong, G.M. (2010) *Essentials of Sports Law*, ABC-Clío: California

İLGİLİ DAVA KARARLARI

- Abel Xavier v UEFA, Swiss Federal Tribunal, June 11, 2001, 4P.64/2001
- Danilova v IOC, CAS 2002/A/371
- Gundel v FEI/CAS [1949] All ER 109,118
- Lazutina v IOC, CAS 2002/A/370
- Meca-Medina and Majcen v. Commission of the European Communities (C-519/04P) [2006] ECR I-6991
- Quigley v UIT ,CAS 94/129
- Salabiaku v France (A-141-A) (1991) 13 E.C.H.R. 379; ECHR

5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ
KANUNU ÇERÇEVESİNDE

“GİZLİ SORUŞTURMACI
GÖREVLENDİRİLMESİ”

Av. Göksel YÜKSEL *

* Ankara Barosu.

ÖZ

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek ve ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesi için geçici birtakım tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır. Hüküm verilmeden önce çeşitli temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren bu tedbirlere koruma tedbirleri denilmektedir. Bu amaç çerçevesinde özellikle organize suçlulukla mücadelede bir takım tedbirler gerekmektedir. Bu makalede bu tedbirlerden “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi” tedbiri 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Gizli Soruşturmacı, Gizli Görevli, Koruma Tedbirleri, CMK md.139*



“APPOINTMENT CONFIDENTIAL INVESTIGATOR”

ACCORDING TO CODE OF CRIMINAL PROCEDURE THE LAW NO 5271

ABSTRACT

It is needed to some temporary precautions to apply criminal procedure properly and able to reach material reality on criminal procedure. There precautions which necessity to interfere to fundamental rights and freedoms before adjudge, called “measures of precautions”. In accordance with this purpose; is necessary some precautions especially in anti-organized crimes. In this article, one of these precautions “Appointment Confidential Investigator” is examined in detail.

Keywords: *Confidential investigator, Secret agent (gizli görevli), Measures of precautions, CCP (Code of Criminal Procedure) item 139.*

GİRİŞ

Ceza Hukuku'nun konusunu oluşturan suçların son yıllarda oldukça karmaşık hale gelmesi, özellikle örgütlü suçlarda faillerin yakalanmasındaki ve delil toplanmasındaki güçlükler klasik koruma tedbirleri dışında birtakım özel koruma tedbirlerinin uygulanması zorunluluğunu doğurmuştur. Bu tedbirler, kişilerin özel yaşamlarına klasik tedbirlere nazaran daha fazla müdahaleyi gerektirmektedir. Bu kapsamda, özel koruma tedbirlerinin toplumsal yarar, kamu düzeni ve hukuk devletinin gereklilikleri dikkate alınarak belirli şartlar altında yasal olarak düzenlenmesi kaçınılmazdır. Gizli soruşturmacı kurumu da bu şartlar dikkate alınarak düzenlenen tedbirlerden birisidir. ^[1]

1. KAVRAM VE AMACI

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri hukukumuzda ilk defa 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile girmiştir. Bu tedbir 4422 sayılı Kanun'un 5. maddesinde "Gizli görevli kullanılması^[2]" başlığıyla düzenlenmiştir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 4. kısım 6. Bölümünde ise "Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme" başlığı altında 139. maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 4422 Sayılı Kanunda gizli görevli terimi kullanılmışken Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise gizli soruşturmacı terimini kullanılmıştır. Gerek 4422 sayılı kanun gerekse 5271 sayılı kanunda gizli soruşturmacının tanımı yapılmamıştır.

[1] Parlak,Engin; Gizli Soruşturmacı Kavramına Genel Bakış, Terazi Hukuk Dergisi Ağustos 2010, Sayı:48, s. 25

[2] Gizli görevli kullanılması
MADDE 5. – Bu Kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında, diğer tedbirlerin yeterli olmadığının anlaşılması halinde, kamu görevlileri gizli görevli olarak kullanılabilir. Gizli görevli gerektiğinde örgüt içine de sızarak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür.

Gizli görevli, 1 inci maddede yazılı suçları işlediğinden şüphe edilen bir veya birden çok kişinin gözetlenmesi ile görevlendirildiğinde, bu kişilerin evvelce suç işlemiş olması veya bu Kanunda öngörülen suçları işlemesi tehlikesinin varlığını gösteren somut belirtilerin bulunması veya suç işlemeyi meslek veya alışkanlık haline getirmiş olmaları gereklidir.

Gizli görevli, görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Gizli görevli görevini yerine getirirken suç işleyemez.

Gizli görevlinin kimliği saklı tutulur.

Bu maddenin uygulanması, gizli görevlinin kendisinin ve aile bireylerinin güvenlikleri yönünden benzeri bir göreve atanması için gerekli hususlar, İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Gizli Soruşturmacı; Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin^[3] tanımlar başlığı altında 4. maddenin 1. fıkrasının ç bendinde "Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi" şeklinde ifade edilmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere gizli soruşturmacı özellikle örgütlü suçlarla mücadele amacıyla örgüt içerisine sızarak o örgütün işlediği suçlarla ilgili her türlü araştırmada bulunup delilleri toplayarak muhafaza altına almakla görevlidir.

Örgütlü suçluluğun aydınlatılmasında, klasik ve hatta modern birçok delil elde etme yönteminin yetersiz kalması, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların daha yakından, içeriden izlenmesi suretiyle delile ulaşılmamasını zorunlu kılmaktadır. Bu suçlarla etkin mücadele amacıyla, çeşitli ülkelerde, örgüt içerisine eleman sokma, örgüt içindekilerden yararlanma ve benzeri değişik yöntemler uygulanmaktadır. CMK, çeşitli yöntemlerden sadece gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenlemiş bulunmaktadır.^[4] Bu çerçevede örgütlü olarak işlenen suçlarla ilgili hem deliller toplanmış; hem de suçluluk aydınlatılmış olacaktır.

2. ŞARTLARI

A) SORUŞTURMA KONUSU SUÇUN VARLIĞI:

Gizli Soruşturmacı olarak görevlendirilecek suçlar Ceza Muhakemesi Kanunu^[5] nun 139. maddesinin 7. fıkrasında belirtilmiştir. Sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde suçlar sayılmış, yalnızca bu suçlarla ilgili olarak gizli görevli görevlendirmek mümkün sayılmıştır^[6]. Bu suçlar;

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

[3] RG. 14. 02. 2007/26434

[4] Şahin, Cumhur; Ceza Muhakemesi Hukuku I, 1. Bası, Ankara Kasım 2007, s. 273

[5] Albayrak, Mustafa; Notlu-Atıflı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2009, s. 100-101

[6] Yurtcan, Erdener ;CMK ŞERHİ, 5. Bası İstanbul Nisan 2008, s. 353

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

şeklinde yer almaktadır.

139. maddenin 7/a-2 fıkrasında "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçunda "iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç" TCK'nın 220. maddesine ilişkin soruşturmalarda bu tedbirin uygulanabileceği belirtilmiş ise de, 14. 2. 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in 26. maddesinde, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220 nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bu suçlar için de gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilir." hükmüne yer verilmiştir.^[7]

Yönetmeliğin 26 ıncı maddesindeki bu hüküm dayanağını 29/6/2006 tarih 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun^[8]'un 9 uncu maddesinden almıştır. 5532 sayılı kanun 9. maddesi ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10 maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmiştir. "Soruşturma ve kovuşturma usûlü" başlıklı 10 maddenin 1 inci fıkrasının f bendinde "Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz." hükmüne göre gizli soruşturmacı tedbirinin CMK 139 madde 7/a-2 fıkrasındaki istisnaları da kapsadığı düzenlenmiştir. Ayrıca 14. 2. 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in "Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talep ve kararın içeriği" başlıklı 24 üncü maddesinin 1-ç bendi "Gizli soruşturmacının araştırmada bulunacağı örgüt veya kişilerle ilgili bilgiler" çerçevesinde kişilerle ilgili bilgiler için de gizli soruşturmacının araştırmada bulunacağı belirtilmiştir.

[7] Meran, Necati; Adli ve Öncelikli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Teknik Takip Telefon Dinleme, Sms, Mms, E-Mail İzleme, 1. Bası Ankara 2009, s. 309

[8] Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5532.html>

B) SORUŞTURMA KONUSU SUÇUN İŞLENDİĞİ KONUSUNDA KUVVETLİ ŞÜPHE:

Gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin, yani kuvvetli delillerin bulunması gerekmektedir. Kuvvetli şüphe sebepleri, katalogda yer alan suçların işlendiği hususunda olmalıdır. Nitelikli bir şüphe derecesinin aranması, katalogda yer alan suçlar bakımından dahi her zaman bu tedbirlere kolaylıkla başvurulmasını engelleyici bir şart olmaktadır.^[9]

C) BAŞKA SURETTE DELİL ELDE EDİLEMEMESİ:

Bu tedbire başvurulabilmesi için, katalogda yer alan suçların işlendiği hususunda "*kuvvetli şüphe sebepleri*" bulunması yeterli değildir. Bunun yanı sıra başka suretle delil elde edilmesi imkanının da bulunmaması gerekir. Böylece, CMK . nun 139/1. fıkrasında, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin diğer delil elde etme yöntemlerine göre ikincil niteliği vurgulanmış ve oranlılık ilkesine yer verilmiştir. ^[10] Diğer tedbire başvurulmuş ve bundan sonuç alınmamış olması şart değildir. Bu tedbirlere başvurulmuş olsa idi sonuç alınmayacağı hususunda bir beklentinin varlığı yeterlidir. (Örgüt kapsamında işlenen uyuşturucu ticaret ile ilgili arama ve diğer tedbirler uygulanmış olsa idi sonuç alınmayacağı hususunda bir beklenti varsa gizli soruşturmacı görevlendirme tedbirine başvurulması mümkündür.)^[11]

3. GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRME KARARI VE SÜRESİ

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi sadece soruşturma evresinde başvuru olan bir koruma tedbiri olarak düzenlendiğinden, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından bu tedbire karar verilemez.^[12] Ceza Muhakemesi Kanunu^[13] nun 139. maddesinin 1. fıkrasına göre" soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.

[9] ŞAHİN; s. 273.

[10] Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat Cilt-1 (Madde-1-218), 1. Bası Ankara 2008, s. 608

[11] Tamzö, Mehmet/Kocabey, Hüseyin; Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, 1. Bası Ankara 2009, s. 164

[12] Parlar / Hatipoğlu ; s. 609

[13] Yaşar, Osman; Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 4. Bası Ankara 2009, s. 1020

"Gizli soruşturmacı görevlendirme kararını hâkim verir. Kararı vermeye yetkili hâkim sulh ceza hâkimi (CMK. md. 162) veya özel görevli ağır ceza mahkemesi üyesidir(CMK. md. 251/2) Ayrıca sulh ceza hâkiminin zorunlu savcılık yaptığı hallerde(CMK. md. 163) hâkim gizli soruşturmacı tedbirine karar verebilir. CMK md 139 da belirtildiği gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının vereceği kararla da gizli soruşturmacı görevlendirilebilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal; derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya şüphelinin kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması halini ifade etmektedir. ^[14]Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararının hâkim onayına sunulması gerekmemektedir. Ancak 4422 sayılı kanunun md. 2/5 fıkrasında hâkim kararı olmaksızın tedbire Cumhuriyet savcısının karar verdiği durumlarda 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulacağı belirtilmiştir. Sürenin dolması veya aksine bir karar mevcut olması durumunda kararın Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. Bu hüküm CMK da düzenlenmemiş; Cumhuriyet savcısının verdiği kararın hâkimin onayına sunulması gerekmemektedir.

Koruma tedbirlerinin temel özelliklerinden olan geçicilik niteliği hükümde yansımaları bulamamıştır. Kanunumuz bu koruma tedbiri bakımından bir süre sınırı getirmemiştir. Ancak uygulamada bu tedbire gereksinim kalmadığı hallerde, derhal son verilmesi gerekeceği açıktır. ^[15] Tedbire ilişkin olarak getirilecek sürenin, ne tedbiri uygulayacak olan gizli soruşturmacının elini kolunu bağlayacak kadar az ve ne de oranlılık ilkesinin gereklerini aşacak ölçüde fazla olması gerekir.^[16]

4. GİZLİ SORUŞTURMACININ GÖREV VE YETKİLERİ

Ceza Muhakemesi Kanunu 139. madde 4. fıkrasına göre "*Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür*". Gizli soruşturmacının, soruşturma faaliyetlerini yürütürken, gerçek kimliğini gizlemek suretiyle elde ettiği rızaya dayanarak başkasının konutuna girebilmesine yönelik bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir.^[17] Rıza ile

[14] Parlar / Hatipoğlu; s. 609

[15] Hakeri, Hakan/ Ünver, Yener;Ceza Muhakemesi Hukuku(Temel Bilgiler), 3. Bası Ankara 2009, s. 224

[16] Parlar / Hatipoğlu; s. 609

[17] Turhan, Faruk;Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Bası Ankara 2006 , s. 278

eve girilmesi gizli soruşturmacıya evde delil toplama yetkisini verir, ancak gizli izleme gibi tedbirlere başvuramaz, eve dinleme aleti veya kamera yerleştiremez. Çünkü evde dinleme yapılması yasal olarak yasaktır.^[18] Gizli soruşturmacının konuta girmesi söz konusu ise, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde hakim onayı da gerekmektedir. Türk hukukunda açık bir düzenleme olmadığı için gizli soruşturmacının konuta giremeyeceği sonucu çıkmaktadır. Ancak başkasının konutuna giremeyen gizli soruşturmacının bir örgütün güvenini kazanarak soruşturma yapabilmesi pek mümkün değildir.^[19] Gizli soruşturmacı CMK. 139/4 deki görevleri yerine getirirken bir takım hususlara dikkat etmesi gerekmektedir. Bu husus CMK md. 139/5 de düzenlenmiştir. CMK md 139/5 'e göre "*Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.*" Bu hükme göre gizli soruşturmacıya görevini yerine getirirken suç işleyeceğine dair bir yetki verilmemiştir. Bununla beraber, suç işlemeyen bir kimsenin örgüt içinde nasıl kalabileceği şüphelidir. En azından örgütün amacına yönelik basit suçlar bakımından, kişilere zarar vermemek kaydıyla suç işleme olanağı tanınabilirdi. Kanunumuz ise sadece örgütün işlemekte olduğu suçlardan dolayı gizli soruşturmacının sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamıştır.^[20]

5. ELDE EDİLEN BİLGİLERİN KULLANILMASI

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin 6. fıkrasına göre "*Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılmaz.*" hükmü yer almaktadır. Hüküm gereğince gizli soruşturmacı görevlendirildiği suç dışında fakat yine 139. maddede sayılan katalog suçlardan birine ilişkin kişisel bir bilgi niteliğinde bir delil elde ederse, bu bilgi delil olarak kullanılamayacaktır. Kanunun bu hükmünün mefhumu muhalifinden, elde edilen delilin kişisel bilgi niteliğinde olmaması halinde, katalog suçlardan olmak koşuluyla diğer suçlarda da kullanılabileceği sonucu çıkmaktadır. Nitekim 14. 02. 2007 tarihli Yönetmeliğin tesadüfen elde edilen ve kişisel bilgiler başlıklı 30. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, bu Yönetmeliğin 26. maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilir.*"^[21] Ancak savcı bu delilleri kullanamaz. Çünkü soruşturmacı

[18] Nuhoglu, Ayşe; Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan(Cilt II), Ankara 2008, s. 1064

[19] Turhan, Faruk; s. 278

[20] Hakeri/Ünver; s. 225

[21] Nuhoglu; s. 1066

başka bir suç nedeniyle görevlendirilmiştir. Savcı söz konusu delilleri yeterli şüphe sebebi sayarak yeni koruma tedbirleri alınmasını ister. Bu yolla elde edilen delillere dayanarak dava açabilir, yargılama yapılabilir.^[22] CMK m. 139/6. fıkra hükmü incelendiğinde, soruşturmacının görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamayacak olanın sadece "*kişisel bilgiler*" den ibaret olduğu, bu kavramın ise elde edilecek başka delilleri kapsamayacağı, dolayısıyla tesadüfen elde edilen, beklenmeyen, yani bulunması umulmayıp da o anda ulaşılan delilleri içine almadığı fikri ileri sürülebilir. Buna göre, kişisel bilgiler dışında kalan ve tesadüfen elde edilen delillerin hukuka uygun olduğu, gerek o soruşturma ve kovuşturmada ve gerekse başka bir soruşturmada kullanılmasında hukuk aykırılık olmayacağı kabul edilmelidir.^[23] Ceza Muhakemesi Kanunu, gizli soruşturmacının elde ettiği tesadüfi deliller konusundaki düzenleme diğer tedbirler yoluyla elde edilen tesadüfi delillerden farklı ve anlaşılmasız bir şekildedir. Gerçekten diğer tedbirler vasıtasıyla örneğin iletişimin denetlenmesi(md. 138) veya teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanırken elde edilen tesadüfi deliller(md. 140/ 4), katalog suçlardan olmak koşuluyla diğer bir suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilir. Kanun bu maddelerde elde edilen delilin kişisel bilgi olup olmaması konusunda ayırım yapmamıştır.

6. GİZLİ SORUŞTURMACININ KORUNMASI

Gizli soruşturmacı, kendisine sürekli olarak verilen ve değiştirilmiş bir kimlik altında soruşturma faaliyetini yürüten bir kamu görevlisidir. Bu tanım çerçevesinde gizli soruşturmacının unsurları, kamu görevlisi olması ve gerçek kimliğini açıklamaksızın soruşturma faaliyeti yürütmesidir. Burada ilk dikkati çeken, ancak idare hukuku anlamında bir "*kamu görevlisinin*" gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesidir.^[24] Kamu görevlisinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirileceği CMK md. 139/1 de belirtilmiştir. Kamu görevlisi tanımı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu^[25] 6. madde 1. fıkra c bendinde "*Tanımlar*" başlığı altında yapılmıştır. "*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici*

[22] Soyaslan, Doğan;Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası Ankara 2007, s. 276

[23] Şen, Ersan;Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 3. Bası Ankara 2009, s.202

[24] Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan;Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası Ankara 2006 ,s.613

[25] Dülger, İbrahim/Cin, M. Onursal/Aksan, Murat;Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Ekim Konya 2005, s.4

olarak katılan kişi" olarak tanımlanmıştır. Gizli soruşturmacının polis memuru olması şart değildir.^[26]

Ayrıca gizli soruşturmacının korunmasına yönelik hükümler Ceza Muhakemesi Kanunu 139. madde ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Gizli soruşturmacının, içine girdiği örgüt içerisinde uzun süre kalabilmesi, onun "uydurma kimlik" sahibi olması ve bu kimlik altında bazı işlemlerde bulunabilmesine bağlıdır.^[27] Bu nedenle soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukuki işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.^[28] Böylece yasa koyucunun belli suçlar için örneğin, belgede sahtecilik suçları gibi hukuka uygunluk sebepleri yarattığı söylenmelidir.^[29] Uydurma kimlik oluşturmak, hem uzun zaman almakta hem de bunun maliyeti yüksek olmaktadır. Bu yüzden CMK. md. 139/3, gizli soruşturmacının görevinin sona ermesinden sonra da kimliğinin gizli tutulmasına yer vermiştir. Bunun nedeni, uydurma kimlik verilen kamu görevlisinin, hem başka işlerde de görevlendirilebilmesine olanak sağlamak ve hem de kişisel güvenliğini tehlikeye atmamaktır.^[30] Ayrıca gizli soruşturmacının öğrendiği bilgilerle ilgili tanık olarak dinlenmesi söz konusu olabilir. Ancak bu dinlemenin CMK md. 58 de belirtilen tanığın korunması çerçevesinde olması daha yerinde olacaktır.

[26] Taşdemir, Kubilay/Özkeper,Ramazan, ;Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (Cilt I), 3.Bası Ankara 2007 , s.532

[27] Yılmaz,Zekeriya; Ceza Muhakemesi Hukukunun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi, Ankara 2005 s.58

[28] Yerdelen, Erdal;Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, 1. Bası Ankara Nisan 2006, s. 122-123

[29] Özbek, Özer Veli/Kanbur, Nihat M/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray;" Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi", Ankara 2007, s.269

[30] Öztürk/Erdem; s. 614

SONUÇ

G ünümüzde özellikle teknolojinin gelişmesiyle birlikte suç ve suçlulukla mücadele daha zor bir hal almıştır. Bu çerçevede devletler de bazı düzenlemeler yapma gereği hissetmişlerdir. Özellikle organize suçlulukla mücadelede birtakım tedbirlerin alınması ve uygulanması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da "*Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi*" ve diğer tedbirlerle bu amacı gerçekleştirmiştir. Çalışmamızda "*Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi*" tedbiri Ceza Muhakemesi Kanunu 139 uncu maddesi çerçevesinde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Amaç her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılmasından ziyade insan hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmadan suçluların cezalandırılmasıdır. Ancak bu şekilde hukuk devletine ulaşılmış olur. Temennimiz suçların aydınlatılmasında pay sahibi olan bu müesseselerin artırılarak; hukuk devleti ve insan onuruna yakışır bir şekilde kullanılmasıdır.

KAYNAKÇA

- Albayrak, Mustafa, Notlu-Atıflı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, 1.B., Ankara 2009, Adalet Yayınevi.
- Dülger, İbrahim/ Cin, M. Onursal/ Aksan, Murat, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Konya 2005, Kopuz Yayınevi.
- Hakeri, Hakan/ Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Bilgiler), 3.B., Ankara 2009, Adalet Yayınevi.
- Meran, Necati, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Teknik Takip Telefon Dinleme, Sms, Mms, E-Mail İzleme, 1. B., Ankara 2009, Adalet Yayınevi.
- Nuhoğlu, Ayşe, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan (Cilt II), Ankara 2008, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Derneği.
- Özbek Özer Veli/ Kanbur Nihat M./ Bacaksız Pınar/ Doğan Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Ankara 2007, Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. B., Ankara 2006, Seçkin Yayınevi.
- Parlak, Engin, Gizli Soruşturmacı Kavramına Genel Bakış, Terazi Hukuk Dergisi Ağustos 2010, S. 48, s. 25- 38.
- Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat Cilt-1 (Madde-1-218), 1. B., Ankara 2008,
- Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. B., Ankara 2007, Yetkin Yayınevi.
- Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 1. B., Ankara 2007, Seçkin Yayınevi.
- Şen, Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 3. B., Ankara 2009, Seçkin Yayınevi.
- Tamzö, Mehmet/ Kocabay, Hüseyin, Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, 1. B., Ankara 2009, Yaklaşım Yayıncılık.
- Taşdemir, Kubilay/ Özkepir, Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, C. I., 3.B., Ankara 2007, Turhan Kitabevi.
- Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. B., Ankara 2006, Asil Yayın Dağıtım.
- Yaşar, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu "Ceza Muhakemesi Kanunu", 4. B., Ankara 2009, Seçkin Yayınevi.
- Yerdelen, Erdal, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, 1.B., Ankara 2006, Adil Yayınevi.
- Yılmaz, Zekeriya, Ceza Muhakemesi Hukukunun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi, 1. B., Ankara 2005, Seçkin Yayınevi.
- Yurtcan, Erdener, CMK ŞERHİ, 5. B., İstanbul 2008, Beta Yayınevi.

SON FASIL

GENÇ AVUKATLARLA GİZLİ KONUŞMALAR

Av. Ali Haydar ÖZKENT*

900–Bu faslı yazmağa neden lüzum gördük? Yolun çoğunu aldığımız ve önümüzde pek azını bıraktığımız şu sıralarda, genç arkadaşlarım, sizinle gizli bazı şeyler konuşmak istiyorum. Bu konuşacaklarımızın kanunlarda, kitaplarda yeri yoktur. Kanunlarda, kitaplarda, meslek an’anelerinde yeri olan şeyleri bundan evvel yazdık. Şimdi konuşacaklarımız, san’atın daha temiz, daha rahat ve daha verimli yapılması için ne gibi şeylerin gerek olduğuna, nasıl hareket edilmesi icap ettiğine dairdir. Yani birazda maddi taraf. Baroya ayak atarken bunları bize söyleyen olmadı. Bir kitapta da yazılmış görmedik. Adliye sarayında eski bir üstatan konuşma esnasında tesadüfen işittiğimiz bir söz, öteki birinden duyduğumuz bir şikayet ve figan, Disiplin Meclisinde geçen bir vak’a, bir kıvılcım... Nihayet yirmi iki senelik bir tecrübe bunları bize öğretti. Nice arkadaşlar biliriz ki işin değil fakat angariyenin çokluğundan ve kazancın azlığından şikâyet ederler. Kıymetli zamanları, hatta sıhhatleri şunun elinde oyuncaktır. Zayıf iradeli olduklarından kendilerini bedava kullanırır, iş sahiplerinin esirleri derecesine düşürürler. Hülasa rahat yüzü görmezler ve yarınlarından emin değildirlir. Bu gizli fasılda konuşmak istediğimiz şeyler, mesleğimize, haysiyetinize toz kondurmamak, sıhhatinizi bozmamak, yazıhanenizi kapayıp ta çıktığınız zaman geniş bir nefes almak, yarını düşünmeyerek yemek masasında karınız ve çocuklarınızla kedersiz ve neşeli bir yemek yemek, geceleri rahatça bir uyku uyumak ve ertesi günü korkusuz ve sağlam, işinize başlayabilmek için lazım gördüğüm şeylerdir. Bab, fasıl ayırmaksızın ve hiçbir tasnife tabi tutmaksızın bunları kafamda doğduğu gibi, sıralıyorum. Bu gizli konuşmalar, genç meslektaşlarım, yalnız sizin içindir. Eskiler ne ise odur. Onlar bu yazıları okurken geçmişe teessüf etseler de geri dönmek ellerinde değildir. Sizler, mesleğe yeni başlıyorsunuz. Dikkat ederseniz iş sahiplerine, işlere, hadiselere kendinizi ezdirmezsiniz.

901–Müvekkillerle teklifsizlikten sakınınız. Mesleğin veriminin birinci sırrı, müvekkil ile teklifsiz olmamaktır. Bu, hiç şaşmayan bir düsturdur. İş sahipleri ile aranızda bir mesafe bırakınız. Müvekkil yazıhanenize gelirken bir kahve haneye, bir sinemaya girer gibi girmemelidir; hele bir sigara veya kahve içmek, dedikodu ve boşboğazlık etmek için hiç gelmemelidir. Ona his ettirmelisiniz ki yazıhanenizde yalnız iş karşılık beklenir. Hatta yazıhanenizin dışında dahi bu hissi veriniz.

* İstanbul Barosu. “Genç Avukatlarla Gizli Konuşmalar” rahmetli üstadımız, Av. Ali Haydar Özkent’in “Avukatın Kitabı” adlı eserinden alınmıştır.

Hülasa, iş sahipleri ile canciğer, sıkı fıkı, teklifsiz olmayınız. Teklifsizlik, meslek haysiyetiniz kırar, iş sahiplerine kendiniz oyuncak eder ve sizi bedavaya çalıştırır.

İnsanlar çok tuhaftır. Başkalarını bedavaya çalıştırmaktan zevk alırlar. Sizde bu emellerini gıcıklayan bir yumuşaklık görünce istismar etmek isterler. Bunun başlıca sebebi de teklifsizliktir. İşlerini gördürmek için arkadaşlıktan, dostluk-tan bahsederler. Öyle vaziyet alırlar, öyle bir dil kullanırlar ki ücret istemeye utanırsınız. Öyle kurnaz müvekkiller vardır ki ücreti önlemek için sizi bir eğlentiye çağırır yahut evinde veya lokantada bir iki yemek yedirir, meyiliniz varsa birkaç kadeh rakı ile çakır keyif ederler. Artık dost oldunuz. Para isteye-mezsınız. Hâlbuki siz o işten alacağınız ücretle yüz defa daha iyi yemek yer, daha iyi eğlenirsiniz.

Bu kadar da değil. Eğer sizinle samimi dost gibi görüşen o adamın minnettar kalacağını, insanca yardımınızdan dolayı size karşı sevgi ve saygı besleyeceğini sanıyorsanız aldanırsınız. Ah, insan denilen mahlûk, ne muammadır? Ne karışık, ne bilinip anlaşılmayan bir varlıktır. Böyle bedava çalıştırdıkları ilim adamlarına hürmet edecekleri yerdı onlarla eğlenir, eğilmiş gördükçe sırtlarına daha ziyade binerler. İnsan ruhunun en çirkin bir yüzü de, zayıfı, yumuşağı ezmektir. Kendinizi ezdirmeyiniz. Yerlere kadar eğilmeyiniz. Bir ziyafet, ufak bir menfaat mukabilinde ilminizi, seciyenizi oyuncak etmeyiniz. Yardımınızın mukabilini almak, işinizde şerefli bir adam gibi sevgi ve saygı görmek isterse-niz, herkese ve bilhassa davalarını aldığınız, istişarelerini yaptığınız adamlara kendinizi dirhem dirhem ve fakat kibarca satınız. Teklifsizlik, bunun birinci düşmanıdır. Müvekkillerle teklifsiz olmayınız.

Şimdi içinizden şöyle dediğinizi duyar gibi oluyorum: Yeni işe başladık, fakat kafa tutarsak iş bulamayız. Onun için iş sahiplerinin suyuna gitmeliyiz... Bu çok yanlıştır. İş sahipleri siz yumuşadıkça sertleşir, siz arkalarından koştukça kaçarlar. Dava almanın, müvekkil tutmanın, namus dairesinde para kazanma-nın yolu başkadır. İyi bir tahsil görmüş, avukatlık için lazım gelen vasıfları haiz bulunmuş iseniz, daima okuyor, çalışıyor ve dürüst hareket ediyorsanız er geç meydan sizindir. Çabuk avukat olunmaz, acele ile para kazanılmaz. Müvekki-linize kendinizi ezdirip kan ter içinde boşuna çalışmaktan ve sonunda sıhhati-nizi, haysiyetinizi kaybetmekten ise yazıhanede oturup kitap okumak yahut ta mahkemelere ve konferanslara gidip birkaç faydeli söz dinlemek daha hayırlıdır.

Meslekte vakarınızı muhafaza ediniz, müvekkillerinizle aranızda mesafe bırakınız, fazla teklifsiz olmayınız, hatta zaruret olmayınca ve en aşağı on defa davet edilmedikçe yemeğini yemeğiniz, derken yazıhaneye her gelene kafa tutunuz, çalım satınız demek istemediğimi elbette anladınız. Avukat, maddi hayatta muvaffak olmak için sempatik olacak, kibirli ve çalımli olmayacak, herkesi kendisinden soğutacak hallerden, sahte vakarlıklardan sakınacaktır. Bu muvaffakiyetin alfesidir. Fakat aynı zamanda bir ilim adamına yakışan

ciddiyet ve vakarı da gösterecektir. Müvekkiller böylelerini arar, böylelerine sarılır ve böylelerine ücret verirler. Onlardan yardımınızın mukabilini almak, itimat görmek isterseniz sarmaş dolaş olmayınız. Sizi boşu boşuna döndürür, boynunuza zincir takar ve çabucak yıpratırlar. İyi çocuktur, derler ama, bıyık altından gülerler. Mühim bir iş çıktığı zaman, kendisini idare etmeyi bilen başka avukata müracaat ederler, kendilerinden iyi bir avukat isteyene başkalarını tavsiye ederler. Çünkü siz kendisine mühim işi becerecek, kendisini ağır satacak bir kıymet göstermemiş oldunuz.

Meslekte bu dereceye düşmekten çok sakınınız. İşte bir kere böyle başlar ve böyle bir nam alırsanız sonuna kadar küçük, orta kalır ve hiçbir zaman büyük ve zengin bir avukat olamazsınız.

902-Çabuk açılıp dökülmeyiniz. Bu meslekte saçlarını ağartmış, her kıssadan bir hisse çıkarmış, her telden bir ses işitmiş olan eskilerin bu alanda söyleyecekleri ikinci bir sözde, size bir dava vermek isteyenlere karşı çabuk açılıp dökülmemenizdir. Yazıhanenizin kapısı açıldı. Tanıdığınız yahut tanımadığınız bir iş sahibi içeri girdi. Yer verdiniz, oturarak işini anlatmaya başladı. Ara sıra sizden fikir soruyor: Haklı değilim mi? Hasmım haksız değil mi? Şu delile ne dersiniz? Elimde bu ibra varken davamı yüzde yüz kazanamaz mıyım? İşin ruhu da buradadır. Bülbül gibi ağzınızı açar ve ona yerden göğe kadar haklı olduğunu, bu davasını şu kadar zamanda kazanmak işten bile olmadığını söylerseniz her şeyi kaybettiniz. Bir kere, bütün vesikaları, ilgili kanun maddelerini tetkik etmeden laf söylemek ve adamcağıza büyük ümitler vermekle bir meslek hatasında, en yumuşa tabir ile yemek yemeden yemiş yiyen çocuğun hareketine benzer bir hafiflikte bulundunuz. İş sahibi zeki bir adam ise sizin bu hafifliğinizi görerek her halde itimadı sarsılmıştır. Mühim bir işini mümkün değil size tevdi etmez. Sonra iş sahiplerinin çoğu, zannettiğinizden daha kurnazdırlar. Sizden alacağını aldıktan sonra çok defa gider ve bir daha semtinize uğramazlar. Yahut ta o işin hakkı olan ücretten pek azını teklif ederler. Çünkü ellerine silahı siz kendiniz verdiniz. Bu davayı kazanmanın pek kolay yolu olduğunu, uzun sürmeyeceğini, paraları çatır çatır tahsil edeceğinizi daha beş dakika önce siz söylediniz. Kanunun filan maddesi kendisin hak verdiğini ve mahkeme ve icra huzurunda söyle derse işinin lehine biteceğini öğrenmiştir. Zaten avukat hakkında yel alıp rüzgâr satan bir adam diye bulanık bir fikir taşıyor. İki satır yazı yazacak, iki de laf söyleyeceksiniz !! O lafları da ona öğretmiş bulunuyorsunuz. Artık ne diye size itimat edecek ve istediğiniz parayı verecektir? Onun için boş boğazlıktan sakınınız. Kim olursa olsun, iş sahibine çabuk ve çok açılıp saçılmayınız. Layihada yazacağınız ve mahkemede söyleyeceğiniz sözleri daha davasını almadan ve kitap karıştırmadan o adama söylemeyiniz. İşte şu avukat yok mu? Sizin kadar ilmi, sempatisi olmadığı halde büyük dava sahipleri hep ona koşuyorlar, yazıhanesi bir karınca yuvası gibi işliyor neden? Bir kere araştırdınız mı? Elbette

size üstün bir hali vardır. O hal, başka bir şey değilse, mutlaka, müvekkillerine derhal açılıp saçılmaması, kendisini idare etmesi, konuştuklarına ağır başlılığı ile itimat telkin etmesi, çekirge gibi sıçramaması, ilmini ve yardımını bedava satmamasıdır. Şu halde sizde onun gibi yapınız. İşi dinledikten sonra mümkünse delilleri isteyiniz, hadiseyi biraz derinleştiriniz. Davasını kazanacağınıza sizde bir kanaat hasıl olmuşsa, işini üzerinize alabileceğini söyleyiniz. Pek sıkıştırırsa yahut aranızda şöyle böyle bir boşluk varsa bazı prensiplerden ve müphem ve umumi surette bahsediniz. Fakat zinhar dökülüp saçılmayınız. Bu suretle kendisine daha ziyade itimat vermiş, fakat her şeyi öğretmemiş olursunuz. İşini aldıktan ve ücret mukavelenizi yaptıktan sonra, fırsat düştükçe, daha fazla konuşabilirsiniz.

903-Ücretinizi kararlaştırınız. Burada, konuştuklarımızın gizli olduğunu başta söylemiştim. Öyle ise, eğiliniz de kulağınıza söyleyeyim, her işten muhakkak ücret isteyiniz ve mutlaka bir mukavele yapınız.

Bütün avukatlar ve bilhassa meslekte yeni bıyığı terlemiş çağda bulunan genç meslektaşlar, bu işin çok yabancılarıdır. Herkese akıl öğreten, herkes tarafından işini ve kazancını bilir zan olunan avukatlar, kendi söküğünü dikemeyen terziler gibi bu hususta acınacak haldedirler. Bütün yanlış telakkilere, dedikodulara, görünüşe rağmen avukatlar yaptıkları yardımın çok defa mukabilini almazlar ve yahut alamazlar. Bunun çok sebebi vardır. Mesleğin hamuru feragatle yoğrulduğu için çat kapı içeri girene, ver bakalım paraları demek bize ağır geliyor. Sonra bizim memlekette, bilhassa yerlilerle işi olanlar bilirler ki halkımız, avukatın söylediği söze, yazdığı her kelimeye bir ücret vermek lazım geldiğini takdir etmemektedirler. Hekime gittiği zaman nabzını muayene ettirdiği, bir de reçete aldığı için (vizite) vermek lazım geldiğini anlamaya başlayan iş sahipleri, avukat söz söylediği, bu söz ortada görülmediği, havayı nesimiye karıştığı için ücret lazım geldiğini düşünmemektedirler. İstedığınız kadar yazıhanenize (istişare bedava değildir), (her istişareye şu kadar ücret alınır) diye levha asınız, istediğiniz kadar kinayeli laflar söyleyiniz. Hiç aldırılmaz, biraz da tanışıklık varsa kahvenizi içer, telefonunuzla konuşur, sizi bir iki saat işgal ederi Allahaismarladık deyip çıkar giderler.

Peki amma, siz bu yazıhaneyi keyif için açmadınız, bu kadar masrafınız var. Çoluk çocuk sahibisiniz. Onların hakkı üzerinde bu kadar zararlı tasarruf edemezsiniz. Hastalık, sağlık sizin içindir. Birkaç ay yazıhaneniz kapalı kalırsa dilenecek vaziyete düşersiniz. Aylığınız, yıllıkınız olmadığı için bu serbest mesleği ihtiyar ettiniz. O halde hakkınızı başkalarına çiğnetmemelisiniz. Şu kanaatimi de söyleyeyim ki, kendi hakkını temin ve istifa etmeyi bilmeyen bir avukat, başkalarının hakkını daha iyi temin ve müdafaa ettiğini iddia edemez. Şurasını da unutmamalısınız ki bedava iş görmek yalnız sizi ilgilendiren bir hal değildir. Bu hareketlerle mesleğinize, arkadaşlarınızın hakkına tecavüz etmiş oluyorsunuz.

Genç arkadaşlar! Bir müvekkilden ücret isterken yüzünüzün ne kadar kızardığını, kalbinizin ne kadar attığını, o anları yaşadığım için ben de bilirim. Sanki bir suç işlemiş gibi utanırsınız. İçinizden ücret istemek geçer, fakat diliniz söyleyemez? Yardım ettiği işe kendisini bu kadar kul yapan bir meslek adamına ancak avukatlıkta rast gelinir. Sebebini yukarıda biraz söyledim, bu kitabın muhtelif yerlerinde de anlattım, bu, mesleğin kendisindedir. Yardımını adalet gayesine hasreden adam, bir tüccar gibi, her şeyden evvel para istemeyi centilmenliğe yakıştıramıyor. Müvekkilin kendiliğinden vermesini bekliyor, o ise, çok defa aldırıyor... Lakin her şeyin bir derecesi vardır. Mesleğinizi, bir erkeği çıldırması seven bir kadın gibi sevebilirsiniz. Çıldırması seven kadınların bile aşk dolu yüreklerinde satılacak ve satın alınabilecek yahut ufak bir hediye ile sevindirilebilecek köşeler bulunur. Ruhunuz asil, kalbiniz semih ve alicenap olsa da, bir köşesinde kendinizi ve çocuklarınızı düşünmek için yer bırakınız.

Bazı aile işleri, pek yakın dost işleri olur ki bunlardan ücret istemek bahis mevzuu olamaz. Bazen fakirlerin işlerini görmek icap eder, bundan zevk duyulur, vazife sayılarak yapılır. Hülâsa seve seve yapılabilecek angaryalar olur. Bunlardan kaçınmak mümkün değildir. Fakat bütün meşguliyet angarya olur, ilim yardımının ve beden yorgunluğunun büyük bir kısmı karşılıksız kalırsa, işte o zaman felakettir. Onun için bir avukat kendisine bedavacı damgasını vurdurmak istemezse kendi işini de biraz bilmeli ve yardımına ücret beklediğini iş sahibine anlatmalı ve yazılı mukavele ile miktarını tespit etmelidir. Yeni kanun yazılı mukaveleye raptedilmedikçe ücret talep edilemeyeceğini emretmiş olmasına nazaran artık sonradan ecri misil davalarının kapısı da kapanmış demektir.

Ücreti evvelden tespit etmekte bir avukat için sıkılacak hiçbir cihet yoktur. Bir iki işte ücret isteyince alıştır ve arkası gelir. Fakat bir kere yanlış yol tutuldu mu, dönmek zor olur.

Ücreti evvelden tespit ve bir mukaveleye raptetmek, mutlaka dava açmak için değildir. Bir kere yazıhanenize her gelip de sizden bir yardım gören adam, az çok bir ücret vereceğini bilmelidir. Sonra evvelden konuşulmayan ücretin miktarını iş bittikten sonra kararlaştırırken çok defa münaza çıkar. Siz çok umarsınız, işin bittiğini ve maksadının hasıl olduğunu gören müvekkil azı zihninden geçirir. İyisi mi, evvelden konuşmalı, müvekkil ile ücret münakaşası, ücret davası gibi nahoş sahnelere sonradan meydan vermemelidir. Ücret miktarını tespit ettiğiniz halde sonunda alamazsınız. Dava edip etmemek elinizdedir. Böyle bir hal vukuunda nasıl hareket etmek lazım geldiğini yerinde izah ettik.

904–Muhtaç ve zebun görünmeyiniz. Bir iş sahibi, yardımcısına müracaat ettiği avukatı muhtaç, perişan, düşkün vaziyette görmemelidir. Böyle bir hal, avukat için izmihlâldir. Ücret isterken, sebep ve mazeret olarak, yazıhanesinin kirasını veremediğini, vergi borcu için haciz geldiğini söyleyen avukat, müvekkil nazarında her şeyi kaybetmiştir. İnsanlar, böylelerinden kaçınırlar. Böyle düşkün

vaziyette bulunan avukatın muhakemesinde selamet görülmez. Aldığı işi sonuna kadar takip edeceğinden şüpheye düşülür, emniyet ve itimat sarsılır. Çok avukatlar vardır ki, en müşkül dakikalarda bile başkalarının hakkına el uzatmamışlar, müvekkillerinin emanetlerini nefisleri bahasına muhafaza etmişlerdir. Bu böyle olmakla beraber iş sahipleri, düşkün olmayan meslek adamlarını tercih ederler. Bir avukatın, hakkını isterken sebep ve mazeret dermeyeran etmesine hiç ihtiyacı yoktur. Kendi hususi hayatına, ihtiyacına dair söylediği söz yalnız lüzumsuz değildir, kendisini müvekkil nazarında sukut ettirdiği için zararlıdır. İş sahibi, centilmen bir insan ise, en hafifi, itimadını kaybeder, üzülür ve bunun neticesi olarak, mühim bir işini size tevdi etmez. Evvelden tevdi etmiş olduğu işi bitirir bitirmez bir daha yazıhanenize uğramaz. Eğer seviyesi düşük bir adam ise sizin zaafınızı, ihtiyacınızı istismar eder. Az ile sizi kullanır. Ayakları altında çiğner. Hâlbuki durum böyle mi olmalıydı? İş sahibi, avukat yazıhanesine karanlıkta ışık, hastalıkta derman arar gibi girmeli, avukatı ilim ve ahlak bakımından olduğu gibi dünyalık bakımdan dahi hiç kimseye muhtaç olmayan, müstakil, üstün bir vaziyette görmelidir. Bu bir nevi ruh haletidir. Mantıkla alakası yoktur. Niçin böyledir? denilemez. İnsanların, zebun bulduklarını ezmeleri ve üstün gördüklerinin önünde eğilmeleri fitratın ezeli kanunları iktizasındandır. Bu, hiç şaşmaz. Meslekte muvaffak olmak, kendisini müvekkillerin arzu ve istismarına kaptırmamak isteyen genç avukat, daha başlangıçta bunlara dikkat etmelidir.

Ben bir hekime müracaat ederken sakalının tıraşlı, yakasının yağlı, ellerinin kirli olup olmadığına daima dikkat etmişimdir. Hele hastalıklı, öksürüklü, biçare bir hekime kendimi muayene ettirdiğimi hiç hatırlamam. Görür görmez bende, istikrah veya merhamet hissi uyandıran bir adama sıhhatimi tevdi etmek elimden gelmiyor. Müvekkil ile avukat arasında ki münasebet de böyledir. Evi veya yazıhanesi haczedilmiş, perişan, akşam nafakasına muhtaç, düşkün bir avukata hiçbir kimse canını ve malını emniyet edemez. Öksürüklü ve aksırıklıdan kaçmak, düşkünlere uzak bulunmak, insiyaki bir harektir. İnsan ister istemez böyle yapar. Bir insan, kaçındığı bir adama nasıl olurda işini emniyet eder ve ondan yardım, kuvvet, mücadele bekler? ...

İşe yeni başlayan bir genç avukatın para kazanamaması, masrafını çıkaramaması, hattâ günün birinde yazıhane eşyasının haczedilmesi hiç te hacaleti mucip değildir. Fakat bunu müvekkile sezdirmek zararlıdır. Demek istediğimiz, avukatın kendisine ait bu halleri kendinde saklaması, müvekkillerine düşkün ve zebun görünmemesidir.

905 – Temiz olunuz. Yazıhanenin temizliği ve ağırbaşlılığı gibi avukatın üstü başı temiz, yüzü tıraşlı, saç taranmış, potini boyanmış olması da müşteriye tesir yapar. Kirli adamın müşterisi de kirli olur. Kirli müşterinin verebileceği ücretle ise nihayet bir çürük portakal alınır.

Karmakarışık saçlı, bir karış sakallı avukatın karşısında ki adama yapacağı tesir menfidir. Avukat, iş sahiplerine, yalnız ilim ve fazilet üstünlüğü değil, aynı zamanda, kılık ve kıyafetçe de düzgünlüğünü göstermelidir. Bu, müşteri avlamak için yapılacak bir gösteri değildir. Bu, cemiyet hayatının gerektirdiği bir vazifedir. Hele cemiyetin en münevver adamlarındanım diye ortaya çıkmış bir avukat için bir borçtur. Görünüşün insanlar üzerinde ki tesiri büyüktür. İş adamları babaca, tırnakları kirli, ekmek peynirle geçinir kanaatini veren avukatlarla ücret pazarlığı yaparken, böyle bir adama şu kadarı bile çok! Derler, fakat düzgün kıyafetlisine kesenin ağzını açabilirler. Her tarafı temiz, kibarca giyinmiş bir avukatla kolay kolay teklifsiz olunmaz. Gelen müşteri yapışır. Harabati avukattan ise uzaklaşır.

Müşteri tutmak, yaptığını yardımın karşılığını hakkile almak isterseniz temiz ve ütülü elbise giyiniz, yağsız yaka ve kravat takınız. Her gün tıraş olunuz, dişlerinizi ve tırnaklarınızı temizleyiniz, potininizi boyatınız.

906 – Hayatınızı yalnız mesleğinizle kazanınız. İşte size eski bir avukat. Avukatlıktan altın para ile elli bin lira kazandığı halde bir vapurculuk işine takılmış, varını yoğunu vermiştir. Şimdi ak saçları ile adliyenin dik merdivenlerinden beli bükük çıkarken tatlı günlerini acıya çeviren o ticaret macerasına lânetler yağıdırıyor. İşte ikinci bir avukat daha. Birisinin teşvikine ve hırs ve tamaa kapılarak Rusya'ya gönderdiği halılar yüzünden bütün kazancını kaybetmiş, sefaletin gelip kapısını çaldığı son günlerinde ne yapacağını şaşırıp kalmıştır. Bir üçüncüsü de kazancını paylaşmak üzere kardeşine verdiği bütün varlığının az bir zaman sonra yok olduğunu görmüştür. Kalp hastalığına, öksürüğe, sinir buhranlarına mal olan o varlığın yerini bir daha dolduracağından şüpheli, kan ter içinde sulh mahkemesinden icra dairelerine koşup duruyor. Parasını İngiliz lirasına çevirdiği ve başka spekülasyonlar yaptığı için bugün çoğun kaybetmiş olan, yüzde on beş faizle ipoteye yatırdığı ana parasının yarısı ile canını ancak kurtaran, öteki avukatları da sayalım mı?

Doğrudan doğruya veya dolayısıyla ticaretin avukatlar için yasak olduğunu biliyoruz. Fakat genç arkadaşlarım, ben burada size, kanunun meydana çıkaramayacağı ve yahut masum görebileceği ticaret işlerine bile karışmamanızı tavsiye etmek istiyorum. Pek basit gibi görünen faizle ödünç para vermekten, şöyle bir ipotek almaktan, taksit işletmekten, ne bileyim en ufak ve masum kazanç işlerine karışmaktan sakınınız. Biliniz ki günün birinde mutlaka zararlı çıkacak ve damla damla kazancınızı muslukla kaybedeceksiniz. Çünkü bu sizin işiniz değildir. Aldığınız tahsil ve terbiye, bir ucu tüccarlığa dayanan bu işlere büsbütün aykırıdır. Sizin kafanız başka türlü yoğrulmuştur. Para dalaverelerinin istediği bin bir türlü düzenbazlıkları yapamazsınız. Sizi behemehal aldatırlar.

Sonra kazancı veya gaybı başkalarının elinde olan bir işe sermaye yatırmak neden? Siz avukatsınız. Bu meslek adamı çok zengin etmez amma refah içinde

yaşatabilir. Şerefli bir insan için bu refah yetişir. (Az tama çok ziyan getirir) ata sözü, mesleğinden başka işlerle kazanç yapmak isteyen avukat için söylenmiştir, denilse yeridir.

907 – Çalışmada intizam ve takip. Çalışmada intizam, her meslekten ziyade avukatlıkta gerektir. İstedüğümüz zaman yataktan kalkıp istediğimiz zaman sallana sallana ve gerine gerine yazıhaneye gelecek zamanda değiliz. Kanunlar, bilhassa memleketimizde, her gün değişiyor. Bunları takip etmek, mahkemelerde hazır bulunmak lazımdır. Fevkalade bir hal olmadıkça, her sabah yazıhanenize muayyen saatte gelip muayyen saatte çıkmalısınız. Hattâ kâtabiniz ve daktilonuz hangi saatte nerede olduğunuzu, uğrayanlara filân saatte geleceğinizi söyleyebilmelidir. Çünkü arayan ve bekleyenlerin vakti dahi bizimki kadar kıymetlidir. İş sahipleri, hele biraz sezmek kabiliyetinde olanları, böyle şeylere dikkat ederler. Bir, iki, üç defa avukatı yerinde bulamayan bir iş sahibi onun hakkında numarasını vermiştir.

İntizamsızlık, devamsızlık çok zararlıdır. Çünkü intizamsız çalışan avukat işlerinde şaşırır, acele ve mühim olanı unutarak ehemmiyetsizlerle uğraşır, davaları gıyaba bırakır. Arkasından can sıkıntısı, sinir buhranı ve daha başka şeyler gelir. Bunlar kendisi için tehlike. Müvekkiller ise çalışması tesadüfe tâbi avukatı çabuk silkip atarlar. Onlar da yavaş yavaş, bu derbeder adamın kendisine hayrı yok ki bize olsun, kanaati hasıl olur. Bu da işleri ve dünyalığı için tehlike. Avukat yaşamak ve sevdiği mesleğinde devam edebilmek için müvekkile muhtaç olduğundan onları kendisinden kaçırarak hallerden sakınmalıdır.

Aldığınız işlerin muhakeme celselerinde saatinde hazır bulunmalısınız. Hakiki bir mazeretiniz olmadıkça muhakemeleri talik için haber gönderir, mektup, arzuhal yazarsanız hem mahkeme, hem müvekkiliniz nazarında ki itibarınızı kaybedersiniz.

Derbeder, sallapati avukatları sakın taklit etmeyiniz. Avukatlıkta kalenderlik kadar muvaffakiyete engel olan bir hâl yoktur. Kalenderlik ve dağınıklık, intizamsızlıktan, ihmalden ve irade gevşekliğinden ileri gelir.

Muhakeme celseleri neticesini müvekkilinize mektupla veya telefonla bildirmeyi unutmayınız. Bütün bunlarla iş sahibinde size itimat edebileceği hissini verirsiniz. Pek çok müvekkilleri her şeyden ziyade buna ehemmiyet verirler.

Hele şuna çok dikkat ediniz: Üzerinize aldığınız bir işi sonuna kadar takip etmek gerektir. Evvelce ateşli birkaç adım attıktan sonra arkasını bırakıvermek, manen ölüm demektir. Böyle avukat sağlam, daimi hiçbir müşteri tutamaz. İşleri olduğu gibi bırakıvermekten doğacak maddi mes'uliyet, zarar ve disiplin cezaları da başka.

Yazı masası çarpık, iskemleleri karmakarışık, döşemesi tozlu bir avukat ziyaretçiye çok kötü tesir yapar. Hele masası üzerinde bağı yırtık zarflar, güneşten rengi sararmış kağıtlar, dilenci gibi boynu bükmüş dosyalar, ciltleri param parça

olmuş kitaplar, mürekkepsiz hokkalar, uçsuz veya cızırdadıkça sağa sola mürekkep damlaları saçacak kadar eski uçlu kalemler görülen bir avukat, müvekkile emniyet telkin edemez. Böyle haller avukatta çalışma zevkini, ziyaretçide itimat duygusunu kaçırır.

908 – Müddetleri son güne bırakmayınız. Adıye sarayında bir meslektaş rast gelip te (aman, lâyihanın son günü. Hemen yazıp mahkemeye vereceğim) dediğini işittiğim zaman ona da, mesleğe de acır ve içimde sızı duyarım. Düşünüp taşınarak, dosyası baştan nihayete kadar okunarak, kanun ve şerhler karıştırılarak yazılması lazım gelen bir itirazın, bir temyiz lâyihasının acele bir çırpıda çıkarılması... Bu, ayıp dememek için söylüyorum, çok tuhaf bir şeydir. Kendi kanmadığı yerde hasım avukatını, hakimi kandırmak! Bu mümkün değildir. Sonra temyiz arzuhalinin on beşinci, itiraznamenin beşinci günü sağ kalıp yazıhaneye gelebileceğimize dair elimizde bir senet var mı? O gün, vapuru kaçırmayacağımız, tramvay kazasına uğramayacağımız ne malum? Onun için bir avukat, müddete tabi işleri son güne bırakmamalı, en aşağı birkaç gün evvel yazacağını yazıp vereceği makama vermelidir. Akşam yazıhaneyi kapattıktan sonra rahat bir nefes almak, sofrada aile yuvasında neşe ile ve hiçbir ruh sıkıntısı ve düşüncesi olmadan tatlı ve mesut bir hayat geçirmek ancak bu suretle mümkündür, sanırım. Bugünkü işini yarına bırakma! Bu alanda avukatın daima hatırlayacağı atasözü olmalıdır. Müddetin geçirilmesinden dolayı bir arzuhal ve lâyihanın reddolunması kadar bir avukat için çirkin ve hiç af olunmayan bir suç yoktur.

909 – Kitabı bakınız. Bir arzuhalin ne gibi şartları haiz olması, bir temyiz kefaletnamesinde ne gibi kelimelerin bulunması lâzım geldiğini gösteren usulün maddelerini avukatlık hayatımda belki binlerce defa okumuşumdur. Fakat bir dava arzuhalı, bir temiz kefaletnamesi, bir tashihi karar lâyihası yazarken her defasında yine okurum. Bundan hiç zarar görmedim. Bu bana kuvvet ve itimat verir. Kefaletnamede bir kelimeyi eksik yazdığı için icranın tehiri talebi reddolunduğundan, bu suretle haksız tahsil ettiği parayı hasımdan geri alamadığından şikâyet eden çok arkadaşlar hatırlarım. Bunlar hep bana ibret dersi vermiştir. Hele, kanunun aradığı şartlar haiz olmayan dava arzuhallerinden reddedildiğini işittiğim genç avukatlar bir iki değildir. Bunlara da çok acırım.

Bizim meslekte, hele hukuk ve ticaret davalarında söz, kanun ve kitabındır. Orada avukat değil, dosya söyler. Davanın temeli, arzuhalidir. Duvarları ve çatısı lâyihadır. Şu halde bir genç avukat, aldığı bir davanın arzuhalini yazarken H.M.U.K önüne açmalı, satırları birer birer okumalıdır. Adres mi lazım? Yazmalı, vakıalar mı ister? Sıralamalı, ne istediğini, neye dayandığını açık olarak söylemelidir. Eksik bir arzuhalin reddolması, iptidai itirazlara yol verecek surette çabuk ve düşüncesiz yazılması... Bunlar af edilmeyen hususlardandır. Genç avukatlar bunlara çok dikkat etmelidirler. Eskiden kalma bir zihniyetle,

kanunun maddei mahsusasına istinat eden tembel bir avukat, mesleğine karşı saygısızlık göstermiş ve kendi çukurunu kendi kazmış olur. Böylelerinin iş yok! Mahkemeler iş çıkarmıyor! Diye şikâyetlerini kimse dinlemez. Böyle tembel, kitapsız avukata kim iş verir? Bir iş veren bir daha yanına uğrar mı? Ne dediği anlaşılmayan, hangi hukuki sebebe dayandığı bilinmeyen dava arzuhalini hâkim anlayamaz ve celseler uzarsa kabahat hâkimin midir? Biz, kendi uhdemize düşeni yapmalıyız.

Tesadüfü perçeminden yakalamalı ki kaçmasın. Kendisine gelen bir davada düşünüp taşındıktan, kitap karıştırıp hazırlandıktan sonra müdafaa yapan genç avukat, parlak bir istikbalin temelini attığına emin olabilir. Müvekkil, onun intizamını, çalıştığını, dosyasının düzgünlüğünü görür ve sırf bu sayede davasını kazandığını anlar. Başka işleri olunca artık kendisine gelir, dostlarına genç yardımcısını tavsiye eder. İlim bombardımanına, muntazam ve düzgün yaylım ateşine uğrayan hasım da böyle bir avukatı takdir eder, başka işi olunca o da kendisine koşar. Nice avukatlar bilirim ki bir davada yere serdikleri hasımları başka işleri için kendisine müracaat etmişlerdir. Hâkimlere gelince, böyle avukatları her yerde överler. Böylelikle iş işi açar, şöret ve onun arkasında ki refah kendiliğinden gelip başınıza konar.

Talih, şans, kısmet... aziz meslektaşım, bunlara bel bağlama. Avukatlıkta böyle boş şeyler yoktur. Muvaffakiyet, şöret, refah ancak ve ancak sağlam bir seciye, usul ve intizam dairesinde çalışma ile elde edilir.

910 – Yazı yazmak. Avukatın sermayesi, önce doğruluk ve namuskârlık, sonra bilgidir. Bu iki vasıf, bir sikkenin yazı ve tura tarafı gibi birbirini tamamlar. Doğruluğunu ve bilgisini işleten avukat, muvaffak olacaktır. Fakat bu doğruluğu ve bilgiyi herkese nasıl öğretmeli? İş sahiplerine nasıl anlatmalıdır? Şöhretten bahsetmek istiyorum.

Avukat, bilmem hangi hastalığın tedavisinde yeni bir usul keşfettiğini söyleyen bir hekim gibi reklam yapamaz, bir damla sile yüzdeki çilleri düşüreceğini söyleyen hazır ilaç satıcıları gibi ilan veremez. Bunlar yasak. Ne yapmalı? Gelen iş sahibini, biraz evvel söyledik, iyi idare etmeli. İş sahipleri sizin için zahmetsiz, masrafsız reklam yaparlar. Fakat bu yetişmez. Mahkemelerde ilmi müdafaalar yapmak. Bu da iyi. Hâkimler ve dinleyenler her yerde sizi över, haberiniz olmadan size iş gönderirler. Lakin bu da yetişmez. Bir mevzuu, Almanya'da nasıldır? Fransız âlimleri ne demişler? Bizim mahkemeler be temyiz ne reyde? İyice bir tetkikten sonra derli toplu meslek mecmuasında yazmak yok mu? Avukatı tanıtan en mühim amillerden birisi de budur. Avukatlar, başlarından geçip uzun boylu tetkik etmiş oldukları davalarda, istişarelerde böyle mevzular bulabilirler. Ancak henüz dava görülürken gerek doğrudan doğruya ve gerek başka bir namla yazı yazmak, centilmenliğe yakışmaz. Davanın lehte veya aleyhte neticelenmesini beklemek gerekir.

İlmi, mesleki mecmualarda yazı yazmak, fikre açıklık verir, bilgiyi genişletir. Fakat temin edeceği şöhret... bunlardan aşağı değildir. O makaleyi en az birkaç yüz meslektaş okur. Onlar sizi tanımaya başlarlar. Günün birinde o mevzua dair bir istişareye çağrılmış iseniz biliniz ki sebebi bu makaledir. Anadolu barolarında da böyle yazılarla akisler yaparsınız. Hiç haberiniz olmadan size, iş, murafaa gönderirler.

Filan avukat, malumatlı olduğu için mi çok para kazanıyor? Şu arkadaş lisan bildiği ve yazı yazdığı için mi tanınmıştır. Demeyiniz. Eski hukuku, eski şöhretleri, eski şartları bir yana bırakalım. Türk hukuku kablesini batıya çevirmiştir. Biz de oradakiler gibi yapmaya mecburuz. Zaman gittikçe değişiyor. Tanınmak için okumak yazmak gerektir.

911 – Mesleğinizi seviniz. Bir mesleği sevebilmek, bıkip usanmadan yapmak, yaptıkça heyecan duymak, manevi saadetlerin en büyüğünü tatmak, cemiyette şerefli bir mevkie sahip etmek, refah içerisinde yaşatmak için ne lazımsa avukatlık mesleğinde bunların hepsi vardır. Bu meslek, üstat Henri – Robert'ın dediği gibi (yalnız başına sevmek için kâfi derecede güzeldir. Avukatlık kıskanççasına, tatlı sevebilir).

Bu kitabın birçok yerlerinde gördük ki, avukatlık kadar insanı yoran, boş zamanların tadını tattırmayan, uykuyu rahat uyutmayan başka bir meslek yoktur. Evinizden çıktığınız dakikadan yazıhanenize gelinceye kadar sorgular karşısındasınızdır. Yazıhanenizde sizi bekleyenlere fikir ve nasihat vereceksiniz. Mektuplar, arzuhaller, lâyhalar yazacak, Adliye sarayında müdafaa yapacaksınız. Arkadaşlarınızla kanunları konuşur, müzakereler, münakaşalar edersiniz. İşler peşinizi bir dakika bırakmaz. Bir saniye serbest değilsiniz. Çünkü sizin yazıhaneniz filan handa ve vazife yeriniz Adliye Sarayında değildir. Sizin yazıhaneniz, imalathaneniz bizzat dimağınızdır. Bu daimi meşguliyet, ne çok kuvvet sarf ettirir, ne kadar sabır, metanet ister! Onun içindir ki siz herkesten daha çabuk ihtiyarlarsınız, saçlarınız dişleriniz daha çabuk dökülür, kalp, verem, kanser, sinir hastalıkları her meslekten ziyade avukatlıkta tahripler yapar. Eğer mesleğinizi sevmezseniz devam için lazım olan sabır ve sebatı, metaneti, çalışmak zevkini, meslek saygısını kendinizde bulamaz ve hadiselerin bindirdiği maddi ve manevi yüklere dayanamayarak çöker gidersiniz. Meslek aşkı size bir kuvvet kaynağı olur. Onu sever ve her şeyden üstün tutarsanız, sağlamlık, dinçlik, dayanıklılık duyarsınız.

Bu meslek sevmeye layıktır. Yaptığı hizmet, bir devletin en kutsi bir vazifesi olan adaleti dağıtmak işine yardımdır. Onun için, hâkimlik gibi, mesleklerin en iyilerinden ve en şerefliyelerindedir.

Serveti, ailesi, namusu tecavüze uğramış olan bir insanın en evvel koşup geleceği, himaye isteyeceği adam avukat ve sığınacağı yer onun yazıhanesidir. Ne kadar aileler vardır ki servetlerini, haysiyetlerini, avukatın yardımına

borçlulardır. Her gün en mahrem sırlar ona tevdi olunur, en gizli şeyler onunla konuşulur. Hıristiyanlıkta Allah'ın vekili diye saygı ve huşu ile önünde günahlar itiraf edilen, ruhanilik ne ise, dört duvar arasında büyük bir emniyet ve itimat ile kendisine sır ve dert dökülen adalet vekilliği de odur. Nice büyük mevkilere çıkmış adamlar vardır ki tecavüze uğrayan haklarını ve menfaatlerini almak için avukatın yardımına koşmuş ve ona en büyük saygı ve itimadı göstermişlerdir. Nice analar, hemşireler, ne kadar masum aile kızları vardır ki, başka kimsenin bilmediği ve bilemeyeceği sırları ilk defa olarak dudaklarından avukata ifşa etmişlerdir. Küçük büyük yurttaşların bu sonsuz saygı ve itimadına mazhar olmak kadar ruha sükûn ve zevk veren başka ne vardır ki? Kılıç ve süngü takıp tehlikedeki vatani ve milleti için hududa koşan askerle, fazilet ve bilgi silahlarını kuşanarak tecavüze uğramış bir hakkı müdafaa için adalet meydanına koşan avukat aynı derecede sevgi ve saygıya layık değil midir?

Hâkimi aydınlatmak, hakkı yapmak, masumu ipten kurtarmak, zalimden alıp mazluma vermek, bu ne büyük bir şeydir! Dünyada bundan daha büyük ve daha temiz başka bir saadet var mıdır? İlbahar kışın uyuşturduğu ağaçlara nasıl can verir, çiçekleri nasıl fişkirtir ve kuşları öttürürse, bir heykeltıraş balçığa nasıl ilahi bir kudret aşılarsa avukat da çiğnenmiş biçarelere, sille tokat atılmak istenen dul ve yetimlere kuvvet verir. Onları müdafaanın ışığı ile aydınlatır, sıcak himaye ve şefkat ile ısıdırır. Bu mesleği seviniz, çünkü sevicek kadar asil, cazibesinden kurtulunamayacak derecede güzeldir. Bir dulun, bir yetimin hakkını aldığınız, bir yurttaşı zulüm ve tecavüzden kurtardığınız zaman duyaçağınız gurur, koca bir imparatorluğu avucu içine almış olan Sezarın, Orta Asya'dan kalkarak Roma kapılarına kadar dayanmış olan Atilla'nın, düşmanı Türklüğün harimi ismetinde boğmuş olan Atatürk'ün duyduğu gururdan aşağı değildir. Bu bakımdan avukat, hukuk ilmini canlandırır, onu mücerret fezasından çıkararak can, mal yapar... Bir hâris, bir hâlik ki silahı hak, sesi müdafaa, mihrabı mahkemedir.

Bu meslekte insanı baştan çıkaracak şeyler, sebepler, vesileler pek çoktur. Dosyada ki bir kelimeyi söylememek, bir kâğıt parçasını mahkemeye göstermemek sureti ile zengin olmak pek kolaydır. Yazıhaneye gelen iş sahipleri içinde cazibesi kalpleri sürükleyen, ılık kokusu insanı titreten, saçlarının parlaklığı ve gözlerinin tatlılığı nefsi emareyi şahlandıran kadınlar ve kızlar vardır. Bunlara karşı sizleri koruyacak silah, vazifenizin yüksekliği, mesleğinizin asaleti hakkında edineceğiniz fikirdir. Bu mesleği sevmezseniz, kendinizi koruyamazsınız.

Avukatlık kadar hangi meslek bedii heyecan verir? Müdafaanın verdiği zevk ve inşirahı, başka nerede bulabiliriz? İnsanı usandıran riyazî katiyetler, yoran mücerret mefhumlar, bir örnekliler bu meslekte yoktur. Her şey yeni, her şey taze, her şey renk ve çiçekle doludur. Mevzuu bunun kadar geniş, genişliği nispetinde değişen, değiştiğçe benliği sürükleyen hangi meslek vardır? Daimi

bir savaş. Ne zaman biteceği bilinmeyen bir kasırga. Değersiz bir istişarede, en sade gibi görülen bir davada tarafların, hadiselerin size verdiği heyecanı gizleyebilir misiniz?

Hayat, mücadeledir. Bu çarpışma insanın yaşaması, yükselmesi için en büyük zaruret olduğuna göre avukatlık bizzat başlı başına bir hayattır, denilse doğru olur. Onun bütün ömrü çarpışmadır; galiplik veya mağlupluktur. Bu savaşın erkânı harbi, başkumandanı kendisidir. Bir romancı avukatın yazıhanesinde şah eser yaratacak her gün bir mevzu bulabilir. Bazen feci bazen zevk ve neşe ile dolu olan bı mevzular, hakiki hayatın; beşer ıztırabın veya saadetin beşiğidir. Elem, keder, kin, ihtiras gibi insan kalbinin inilti ve sızıntılarını, feryat ve feve- ranlarını bu kadar açık ve çıplak başka hangi meslekte görürsünüz? Bu feryat ve feve- ranları dindirmek, her dinlediği figandan kanuni bir faide çıkarmak, bir kelime ile insan kalbi, insan ruhu ve onun yongası olan insan malı ile uğraşmak... Bu ne tatlı, ne heyecanlı bir meşgaledir! Ya o zafer yolunda yürüyüş ve hakkın zaferinde duyulan san'atkâr zevki! Bu heyecanı, bu san'tkâr zevkini tatmak gerçi çok zordur. Fakat mesleğimizin güzelliği biraz da bu zorluğundan değil midir? Bir davayı haksız olarak kaybettiğiniz, tezinizi hâkime anlatamadığınız zaman duyduğunuz eza ve hiddet ve tarafların kötü niyetinden, bir şahidin yalan ifadesinden, bir senet imzasının inkâr edilmesinden duyduğunuz nefret bile size heyecan vermiyor mu? Ve bu heyecan, ateşinizi, azminizi tazelemiyor mu?

Avukatlık zengin olmak için yapılmaz; bu kitabın birçok yerlerinde feragat, fedakârlık, menfaati istihkar gibi mesleğin esaslı vasıflarından uzun uzadıya bahsettik. Meslek ayet ve hadislerinin emrettiği yolda yürüyen bir avukatın zengin olamayacağını biliyoruz. Bununla beraber meslek namuslu bir insanı sükûn ve refah içinde yaşatacak maddi vasıtaları temin eder. Muvaffakiyet, çok zordur. Yavaş yavaş kazanılır, bazen cesaret kırılır, fakat kazanılır. Hayat değiştikçe, ihtiyaçlar çoğaldıkça, muameleler giriftleştikçe, insanlarda bu kin, bu ihtiras devam ettikçe mahkemeler ve avukat yazıhaneleri işleyecektir. İşin ve iş sahibinin nankörlüklerini hesaba katmakla beraber bu meslek sizi yine rahat rahat geçindirir. Çünkü hukuk bilgisi her şeyin temelidir. Ferdin olduğu kadar cemiyet ve devletin hayatını o tanzim eder. Herkes doğrudan doğruya veya dolayısıyla size muhtaçtır. Kanunları yapan, tatbik eden hukukçulardır. Ticaret ve san'at devleştirilirse, kontenjan, kliring müesseseleri iş sahasını daraltsa, dünya küçülse ve gök yerinden düşse hukukçu ayaktadır. Büyük şehirde rekabet mi var? Küçüğüne gidersiniz. Avukatlıkta iş mi azaldı? Hocalık, gazetecilik, memurluk, hâkimlik yaparsınız. Elinizde öyle bir elmastraş var ki her şeyi keser. Her kalıba uyan, daha doğrusu her kalıbı yapan bir mesleğe mensupsunuz.

Cemiyette yüksek bir mevkie sahiptiniz. (Üstat) sınızdır. Ne kadar tevazu gösterirseniz gösteriniz, sizi çevreleyenlere karşı görünen bir üstünlüğünüz vardır. Yüksek bir tahsil görmüş olmanız bu imtiyazı size verir. Sonra söyleyeni çabuk

anlamak, hazır cevap olmak, delilleri ustaca hazırlayıp yerli yerinde kullanmak ve bu suretle münakaşalarda hâkim mevkide bulunmak, bu mesleğe mahsus dense yeridir.

Ananızı seversiniz. Çünkü sizi doğurmuş ve büyötmüştür. Mesleğini de onun kadar seviniz, zira hukuk bizim (büyük anamız) dır. Bizi büyötmüş, terbiye etmiştir. Sonsuz tabiatı kucaklayan ufukları seversiniz. Mesleğinizde fertlerin, cemiyetin hayatını, nizamını kucaklamıştır. Önce bir ırmak sanırken, dere, nehir, sel ve nihayet deniz olan hukuk ilmini uçsuz bucaksız beşer ve cemiyet hayatına tatbik eden sizsiniz. Bir yandan en büyük itimada mazhar olmuş bir adamın gururunu verirken, öte yandan daimi bir heyecanla sizi ummanlara sürükleyen bir meslek sevmeye lâyıktır. Tabiattan hiç usanılmaz. Çünkü daima değişen denizleri, dağları ormanları, kırları, çiçekleri, karları, fırtınaları vardır. Bu meslek de öyledir. Derinliği denizinkinden aşağı değildir. Bir davanın çıkılamayacak sanılan tepelerini, bir kartal cesareti ve ustalığı ile aşarsınız. Bulutlar içinde dolaşır, fırtınalar, kasırgalara atlatırsınız. Bu uçuş ve inişler içinizde yeni yeni kuvvet ve heyecan kaynakları yaratır. Her iniltiden bir ızdırıp, her zaferden bir zevk duyarsınız. Önünüzde rengini ve kokusunu hiç kaybetmeyen çiçekli, uğraştıkça taze kuvvet veren renkli bir çalışma alanı vardır. Bu meslek baştanbaşa hayatla, şiirle doludur.

Yaptığı iş insanlığın üzerinde titredığı adalete yardım olan genç Türk avukatı! Mesleğini sev, yalnız sevmekle kalma, böyle bir mesleğe mensup olduğun için gurur da duy. Çünkü sevilecek ve gurur duyulacak kadar asil ve güzeldir. Bu mesleği sevmeyen, kalbinde onun (mukaddes ateş) i yanmayan, asil ruhlu olmayan, mesleği bir tezgâhtar, bir tefeci, bir Lonca esnafı gibi günlük rızkı için yapan, mesleğin asil heyecanını duymayan adam, iyi bir avukat değildir ve olamaz. Haklı gördüğü bir ihtilafı adalet huzurunda, hasis ve sefil duygulardan uzak, hakkın ve vicdanının emrinden başka hiçbir emir dinlemeyerek ilmin, kanunun ve medeni cesaretin verdiği bir imtiyazla müdafaa eden ancak böyle bir adamdır ki memleketine, mahkemelere, muhitine, müvekkillerine ve hatta hasmına sevgi ve saygı telkin edebilir. Öyle bir Adam! Ki, yalnız doğru söyler ve her söylediği söz doğru görülür.