

Yıl: 38

Sıra Sayı: 136



KURULUŞ: OCAK - 1975

T.C.
YARGITAY
KİTAPLIĞI
DEMİRBAŞ

YARGITAY DERGISİ



Cilt : 38

OCAK-NİSAN 2012

Sayı : 1-2

Sahibi : Yargıtay adına **A. Nazım KAYNAK** Yargıtay Başkanı
Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR** Yargıtay Yayın İşleri Müdürü

Yayın Kurulu

Başkan

Sedat BAKICI

Yargıtay 8. Ceza Dairesi Başkanı

Üyeler

Sevgi SAKA

Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ramazan TUNÇ

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

A. Seçkin TOGAY

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Üyesi

İbrahim ZENGİN

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü

Yargıtay Ek Binası,

Vekâletler Cad. No: 3

06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 419 34 17 – 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni

Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.

(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce
Üç Ayda Bir yayımlanır.

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde **temsalcimiz yoktur.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki [IBAN : TR760001000685390090145001]** nolu banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932** nolu posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır.

Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

CEZA HUKUKU

Hasan Tahsin GÖKCAN

*Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve
Trafik ve Tıp Hukukunda
Uygulanması..... 5-44*

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ

*AlİM'nin Türkiye'de Etkin Başvuru
Yolu Bulunmadığına İlişkin
Kararları.....45-78*

Özcan ÖZBEY

*Kanun Yollarında Adli ve Hukuki
Yardımanın Karşılaştırmalı Hukuk
Açısından Değerlendirilmesi.....79-156*

MEDENİ HUKUK

Bilâl KÖSEOĞLU

*Sorumluluk Hukuku Açısından
Baz İstasyonları 157-172*

Utkan ARASLI

*Ormandan Çıkarılan Yerlerin
Anayasal Rejimi 173-194*

Av. Mesude ALTUNEL

*Birleştirilen Hizmet Süreleri Üzerinden
Emekli Olup, Son Bağlı Olduğu Kurum
Emekli Sandığı Olmayanlara, Emekli
Sandığına Tabi Hizmet Süresi İçin
Emeklilik İkramiyesi Ödenmesi 195-218*





CEZA HUKUKUNDA GÜVEN İLKESİ VE TRAFİK VE TIP HUKUKUNDA UYGULANMASI

Hasan Tahsin Gökcan (1)

ANLATIM DÜZENİ : I. GENEL OLARAK İLKEYE DUYULAN İHTİYAÇ, II. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİK, A. Kavram, B. İlkenin Kullanım Alanı ve Hukuki Niteliği, C. İlkenin Geçerli Olduğu Haller, D. Güven İlkesinin İstisnaları, E. Türk Hukuk Sistemi Açısından Güven İlkesinin Uygulanabilirliği, III. GÜVEN İLKESİNİN TRAFİK HUKUKUNDA UYGULANMASI, A. Genel Olarak Trafik Kuralları ve Yükümlülükler, B. Trafik Hukuku ve Güven İlkesi, IV. GÜVEN İLKESİNİN TIBBİ GİRİŞİMLERDE UYGULANMASI, Genel Olarak, B. İlkenin Tıbbi Girişimlerde Uygulanabileceği Haller, V. SONUÇ, ATIF YAPILAN ESERLER.

I. GENEL OLARAK İLKEYE DUYULAN İHTİYAÇ

Öncelikle, güven ilkesinin uygulama imkanı bulduğu hukuki alanın; taksirli suçlar veya ihmali davranışla işlenen suçlar olduğu söylenmelidir. Taksirli suçlar ve ihmali davranışla işlenen suçların müşterek noktası, hukuk düzeninin kişileri belirli bir şekilde davranma konusunda yükümlülük altına sokmuş olmasıdır.

1 Yargıtay Üyesi.

Taksirli suçlarla ilgili ceza hukuku normları, kişilerin günlük yaşamlarında veya belirli faaliyetleri ya da mesleklerini icra etmeleri sırasında, başkalarına zarar vermeme-leri için özenli ve dikkatli olmaları gerektiğini emretmektedir. Diğer bir ifadeyle taksiri cezalandıran norm, kişilerin faaliyetlerinde başkalarına karşı tehlikeye neden olmaları için belirli bir şekilde tehlikeli davranışı icra etmemek veya icra ederken özenli ve dikkatli olmakla yükümlü kılmaktadır. Ceza normunun bu yasağının ihlal edilmesi sonucunda özensiz ve dikkatsiz davranışla başkasının ölümü veya yaralanmasına neden olunmaktadır.

İhmali davranışla işlenen suçlarda hukuk düzeninin emredici normları ihlal edilmektedir. Emredici normlar ile bazı hukuksal değerlerin korunması amacıyla kişilere belli durumlarda belli bir şekilde davranması emredilmekte veya kişiler belli bir davranışla yükümlendirilmektedirler.² İhmali suçun oluşmaması için failin, tehlike veya zararlı neticeyi önlemek amacıyla, kendisinden beklenen 'icrai davranışta' bulunması gerekmektedir. İhmali suçlar kendi içerisinde saf/gerçek ihmal suçları ve görünüşte ihmal suçları olarak ikiye³ ayrılmaktadır.⁴ Görünüşte ihmal suçları, maddi neticeleri bulunan suçlardır.

2 **Özgenç, İzzet**, Genel Hükümler, 5. B. Ankara 2010, s. 203; **Koca, Mahmut/Üzülmüş, İlhan**, Genel Hükümler, 3. B. Ankara 2010, s. 362.

3 *Saf/gerçek* ihmal suçlarında, suçun kanuni tanımında doğrudan veya dolaylı olarak belirli bir hareketin yapılması zorunluluğu öngörülmektedir. Suçun oluşması için ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmamakta, ihmali davranışın gerçekleştirilmesi, korunan yarar tehlikeye düşürmektedir. Bu tür suçlarda fail, öngörülen icrai hareketi hiç veya gereği gibi yapmamak ya da geç yapmak suretiyle suçu işlemektedir. Örneğin Ceza Kanununun 260/1. maddesindeki göreve gelme ve görevi yapmama eylemleri, suçu bildirmeme eylemleri (m. 278-280) saf ihmali suçlardır.

Görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suçlar ise doktrinde *ihmal suretiyle icra suçu* olarak da adlandırılmaktadır. Bu suçlarda ihmali davranışın maddi bir sonuca neden olması gereklidir. Örneğin kasten öldürme veya yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (m.83, 88) suçları görünüşte ihmali suçlardır. Görünüşte ihmali suç-

Hukuk düzeni belirli hukuki ilişkiler veya fiili durumlar nedeniyle kişileri ölüm veya yaralanma neticelerinin meydana gelmesini önlemekle yükümlü kılmaktadır. Bu nedenle ihmali davranışla işlenen bu tür suçlar başkasının yaşamını veya vücut bütünlüğünü koruma ve kollamanın normatif olarak emredildiği suç tipleri olup bunlar, doktrinde 'garantörsel ihmali suçlar'⁵ veya 'garantörlüğün varlığını gerektiren ihmali suçlar' olarak adlandırılmaktadır.

Başta söylendiği gibi, taksirli suçlar ile garantörlüğün varlığını gerektiren ihmali suçların ortak noktalarını; hukuk düzenince öngörülen belirli davranış kurallarına uymamaları nedeniyle ölüm veya yaralamaya neden olmaları oluşturmaktadır. Bu iki tip suçun diğer bir ortak noktası da, failin bu suçları işlememek için gerçekleştirmekle yükümlü kıldığı davranış kalıplarıyla ilgilidir. Kural olarak insanlar günlük hayatlarında veya mesleki faaliyetlerinde, başkalarıyla birlikte bir etkinlik gerçekleştirirken sadece kendi davranışlarının değil, birlikte hareket ettikleri veya hareket sırasında davranışları çakışan, ilişkide olan diğer kişilerin davranışlarının da tehlikeye neden olmaması veya ortaya çıkan tehlikeyi gidermek için tedbirli olmakla yükümlü görülmektedir. İşte güven ilkesi, kişilere hukuk düzenince getirilen özenli ve dikkatli olma yükümlülüğünün belirli durumdaki istisnasını oluşturmaktadır. Bu ilkenin uygulandığı hallerde kişiler, aynı faaliyete katılan diğer

lar, neticeyi önlemekle yükümlü olan kişilerin işlediği suçlar olması nedeniyle *garantörsel ihmali suçlar* da denilmektedir.

- 4 Bu ayırım için bkz; **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 101 vd.; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, 3. B. s. 364 vd.
- 5 **Hakeri**, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 101 vd.; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, 3. B. s. 364 vd.

şahsın hatalı davranışını gözetmek ve ona karşı önlem almak zorunda bırakılmamaktadır. Böyle olunca, neticenin güven ilkesiyle hareket eden kişiye normatif olarak isnat edilebilmesi mümkün olmamaktadır.

Hukuk öğretisinde bazı yazarlarca, güven ilkesinin yerine başka hukuki kurumlar önerilmiş, örneğin rücu yasağının aynı işlevi görebileceği ileri sürülmüştür. Bu anlamda bir kişinin kusurlu davranışının, diğer bir kişinin kusurlu davranışının ön hareketi olması halinde, artık ilk kusurlu hareketi gerçekleştiren kimsenin davranışına dönülerek, onun hareketi ile netice arasında illiyet bağının bulunduğu kabul edilemez.⁶ Ancak rücu yasağının hangi olaylara uygulanabileceği konusunda kesin bir sınır çizilmesinde güçlük bulunmaktadır. Bun nedenle, diğer bir kısım yazarlar ise bu tür olaylar bakımından güven ilkesinden yararlanılması gerektiği görüşündedirler.⁷

II. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİK

A. Kavram

Güven ilkesi, hukuk düzeni tarafından özenli davranmakla yükümlü kılınan ve belirli bir alanda faaliyette bulunan kişinin, o konuda faaliyet gösteren diğer kişilerin kurallara uygun davranacağına güven duyarak hareket etmesinin, özensiz davranış olarak değerlendirilemeyeceği

6 Jescheck/Weigend, s. 573; Roxin, kn.27, Demirbaş, Genel Hükümler, 6.B.s. 364, nakleden **Koca/Üzülmöz**, Genel Hükümler, 3. B. s. 237.

7 **Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 2005, s. 202; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, İstanbul 2010, s. 403; **Koca/Üzülmöz**, Genel Hükümler, 3. B. s. 237; **Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 341; **Ünver**, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 895; **Katoğlu**, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, TBBD. 2007, S. 68, s. 32; **Akbulut**, Berrin, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, TBB Yayınları, 2008, s. 289.

esasına dayanmaktadır. Güven ilkesi uyarınca, diğ erinin kurala uygun ve özenli davranacağına güvenen kişi, baş kalarının özensiz davranışının tehlikeli ve zararlı sonuçlarını bertaraf etmek veya dikkate almak zorunda bırakılmamalıdır. Böylece güven ilkesi bir yandan güven duyan ve güven duyulan kimselerin özen yükümlülüklerini belirlemede, bir yandan da neticenin normatif olarak objektif isnat edilebilmesinde rol oynamaktadır.

Güven ilkesi, Alman hukukunda geliştirilmiş ve mahkeme kararları ile öncelikle trafik hukuku ve tıp hukukunda uygulama alanı bulmuş bir kavramdır.⁸ Güven ilkesi ilk normatif düzenlemeye Avusturya Karayolları Trafik Kanununun (StVO) 3 numaralı paragrafı ile kavuşmuştur. Bu düzenlemeye göre; *“bir yolu kullanan kimse, kanundaki istisnalar hariç, başka şahısların, yolun kullanımı bakımından ilgili hukuk kurallarına uyduklarına güvenebilir.”*⁹

İtalyan Yargıtay'ı da 1980'li yıllar ve sonrasındaki kararlarında trafik hukukunda güven ilkesine yer vermiş ve failin ancak üçüncü kişinin kurallara uymayacağına öngörülebileceği hallerde bu ilkedен yararlanamayacağına karar vermiştir. İtalyan Yargıtay'ı bu ilkeyi hekimin tedavi nedeniyle cezai sorumluluğu konusunda da uygulamıştır.¹⁰

8 Güven ilkesi ilk olarak, trafik hukuku bağlamında Alman Federal Mahkemesi Büyük Kurulunun bir kararında yer almıştır. Bu kararda, trafikte hareket halindeki sürücünün kendisinin öncelikli geçiş hakkı nedeniyle kurallarda öngörülen hızda hareket ederken, onun geçişi için beklemekle yükümlü olan kişilerin öncelikli geçiş hakkına riayet edeceklerine güven duyması gerektiği ve bu nedenle hızını gerektiğinden fazla azaltmakla yükümlü görülemeyeceği belirtilmiştir; BGHSt 7, s. 18; Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 341.

9 Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 341.

10 Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 895; Katoğ lu, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 34.

Trafik hukukunda, sürücü ve yayaların trafikteki hareketleri yazılı kurallarla belirlenmiştir. Bu nedenle, trafik kurallarına herkesin uyacağına güvenilerek hareket edilmesi temel ilke olarak kabul edilmektedir.

Güven ilkesinin uygulandığı diğer bir alan da işbölümüyle yürütülen mesleki faaliyetlerdir. İşbölümü yapan meslek mensuplarının yetkilerinin sıkı şekilde sınırlanıp belirlendiği ve kendi yetki alanlarıyla ilgili işlemler bakımından birbirlerine güven duymaları gerektiği esasına dayanmaktadır. Bu anlamda güven ilkesi tıbbi girişimler, sportif faaliyetler ve diğer alanlarda uzmanlık gerektiren mesleki işbölümü şeklindeki faaliyetlerde uygulanma olanağı bulmaktadır.

Güven ilkesinin uygulanabileceği diğer alanlara örnek olarak, uzmanlaşma ve işbölümünün söz konusu olduğu işçi sağlığı ve güvenliği gibi faaliyet alanları gösterilmektedir.¹¹

B. İlkenin Kullanım Alanı ve Hukuki Niteliği

Güven ilkesinin ceza hukukunda uygulanmasının suç teorisi üzerindeki etkileri ve ilkenin hukuki niteliği konusunda hukukçular arasında farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bazı hukukçular güven ilkesinin asıl uygulama alanının özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespiti noktasında olduğunu belirtmişlerdir.¹²

11 **Katoğlu**, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 35.

12 **Schönke/Schröder**, Leipziger Kommentar, s. 78, nakleden **Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 339.

Uygulamada, bazı mahkeme kararlarında güven ilkesi, başkasının kurala uygun davranışının 'öngörülebilirliği' açısından değerlendirilmiştir. Bu yöndeki kararlarda, başkasının kurala aykırı davranışının kural olarak fail açısından öngörülebilir olmadığı, kişinin kendi hareketi ile kurala aykırı davranan üçüncü kişinin hareketinin "birlikte değerlendirme zorunluluğunun bulunmadığı" açıklanmıştır.¹³

Güven ilkesinin bilinçli taksirin cezalandırılabilirliğini sınırlayabileceği de ileri sürülmüştür. Bilinçli taksir, neticenin meydana gelme olasılığı öngörülmesine karşın hareketin icra edilmesiyle meydana gelmektedir. Bu anlamda, ilkeye dayanarak hareket eden kişinin 'neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmesi' bilinçli taksirin oluşmasını önleyebilecektir. Bu yönüyle mahkeme kararlarında yararların karşılaştırılmasında güven ilkesinden; "akan trafiğin gerekleri", "günlük yaşamın ihtiyaçları ve yük taşımacılığının yapısı, orijinalliyi ve gerekleri", "kara trafiğinin akıcılığı" şeklinde söz edilmiştir.¹⁴

Trafik alanında olduğu gibi, diğer risk yaratan faaliyetler bakımından da söz konusu faaliyetin kendiliğinden tehlikeliliği dolayısıyla güven ilkesinin 'izin verilen risk' kuramının bir görünüm şekli olduğu da ifade edilmiştir.¹⁵

Doktrinde güven ilkesinin hangi hukuksal kurumla ilgili olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir

13 RGSt 7071 vd.; BGH NJW 1952, s. 35 vd.; BGHSt 4, s.182 vd.; Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 339.

14 RGSt 72, s. 55; RGSt 73, s. 239; BAHSt 3, s. 49; BHGSt 4, s. 48 vd., nakleden Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 340.

15 Erb, s. 453; Jakobs, s. 210; Roxin, s. 29; Kühl, s. 528, nakleden Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 340, 341.

görüşe göre güven ilkesi objektif özen yükümlülüğünün sınırlanmasına hizmet etmektedir.¹⁶ Ancak diğer bir görüşe göre güven ilkesi ceza hukuku teorisinde özen yükümlülüğünü sınırlandırmamakta, aksine onun istisnasını oluşturmaktadır.¹⁷ Görüş farklılığı kavramları değerlendirmekten de kaynaklanmaktadır. İstisnalar esasında kuralların uygulama alanını daraltıcı özelliklere de sahiptir. Nitekim belirtildiği üzere güven ilkesi özen yükümlülüğünde genel nitelikli bir sınırlama yapmamakta, istisai bir uygulama olarak daraltmaktadır.¹⁸ Sonuçta güven ilkesinin kişilerin özen yükümlülüklerinin belirlenmesinde önemli bir role sahip olduğu açıktır. Gerçekten de ilkenin geçerli olduğu koşullarda, güven ilkesine dayalı olarak hareket eden bir kimsenin özen yükümlülüğünü ihlal etmediği kolayca tespit edilebilmektedir.

Diğer taraftan güven ilkesi, kendisine güven duyulması gereken kimseye de hitap etmekte, hukuk düzenince kendisinden beklenen davranışı (ilgili kurala uyması) ihlal etmesi durumunda özen yükümlülüğünü ihlal edenin kendisi olacağı ve meydana gelecek zarardan dolayı sorumlu tutulacağı mesajını vermektedir. Ayrıca, güven ilkesi nedensellik bağı yönünden fiilin objektif isnat edilebilirliğinin belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.¹⁹

16 Kienapfel, s. 125, nakleden Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 341.

17 Puppe, s. 86, nakleden Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 339.

18 Ünver, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 884.

19 Bir eylemin faile isnat edilebilmesi salt davranışı gerçekleştirme nedeniyle değil, bu hareketi yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirme sebebiyledir. Şayet fail yükümlülüğüne uygun davranmış olsaydı, netice yine de meydana gelecek idiyse fail bu neticeden sorumlu tutulamaz. Şu halde *objektif isnadiyet teorisi* açısından neticenin faile isnat edilebilmesi için salt nedenselliğin varlığı yeterli olmayıp, hukuk düzeninin faile bu konuda belli bir şekilde davranma yükümlülüğü getirmiş olması da gerekmektedir; Özbek, V. Özer, Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, S.5, Aralık 2007, s. 47, 57, 63.

Güven ilkesi esasında, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve objektif sorumluluk yasağından kaynaklanmaktadır.²⁰ Çünkü bu ilkenin uygulanması ile taksirin, yükümlülüğün ve kusurun varlığının tespiti kolaylaşmakta ve başkasının kusurunun üstlenilmesi gibi bir sonuç önlenmektedir.²¹ Bu ilke sayesinde, birden fazla kişinin iştirakiyle gerçekleşen bir faaliyete bağlı olarak ortaya çıkan neticenin bütün taraflarının kusuru varmış gibi, neticeye az veya çok neden olmuş gibi sorumlu tutulması ve bir nevi potansiyel suçlu muamelesi yapılmasının önüne geçilmektedir.²² Gerçekten de toplumda ve hatta trafikle ilgili görev yapan kimselerde bile var olan bir ön yargı bulunmaktadır; "trafiğe çıkan herkes, az da olsa kusurludur." İşte güven ilkesi, günlük yaşamı veya bir kısım mesleki faaliyetleri ya da uzmanlık gerektiren etkinlikleri aşırı bir sorumluluk ve kontrol psikolojisinden, defansif bir tavır ve uygulamadan koruyabilecek bir etkiye sahip olabilir.

C. İlkenin Geçerli Olduğu Haller

İlke her konuda değil, belli kurallara bağlı olarak icra edilen kimi faaliyet ve etkinliklerde veya işbölümü yapan meslek mensuplarının yetkilerinin sıkı şekilde sınırlanıp belirlendiği ve kendi yetki alanlarıyla ilgili işlemler bakımından birbirlerine güven duymaları gerektiği mesleki faa-

Bu nedenle, hukuk düzeninin güven ilkesiyle hareket eden kişinin ekstra bir özen yükümlülüğü bulunmadığını kabul etmesi, eylemin faile isnat edilemeyeceği anlamına gelmektedir.

20 **Montovani**, s. 353; **Bilancetti**, s. 754, nakleden **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 31; **Ünver**, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 883.

21 **Ünver**, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 886.

22 **Ünver**, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 883.

liyetlerde uygulanmaktadır. Güven ilkesinin en başta uygulandığı alanlar trafik hukuku ve tıbbi girişimlerdir.

Güven ilkesinin geçerli olduğu haller; kurallara bağlı olarak faaliyet gösterilen alanlar ile, uzmanlık gerektiren işbirliği içerisindeki etkinlikler ve mesleki faaliyetler yönünden ayrıca değerlendirilmelidir.

1- *Kurallar çerçevesinde yürütülmesi gereken faaliyetler bakımından,* belirli bir şekilde ve kurala uygun olarak hareket eden kişi, o sırada faal olan diğer bir kimsenin de kurala uygun davranacağına güven duyduğunda, kurala uymayan kişinin yarattığı tehlike veya zarar bakımından özensiz davranmakla isnat edilemez. Örneğin ana yolda ilerleyen ve trafik kurallarına göre öncelikli geçiş hakkı bulunan sürücü A, tali yoldan gelecek olan X sürücünün kendisi oradan geçene kadar yola giriş yapmayacağına güvenerek hızını azaltmadan hareket etmiş, ancak X sürücü kural ihlali yapıp tali yoldan giriş yaparak iki aracın çarpışmasına neden olmuştur. Böyle bir olayda sürücünün (neden tedbirli olup, hızını azaltmadığı) ileri sürülemez. Güven ilkesinin geçerli olması nedeniyle, A'nın hızını azaltma yönünde özen yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilir.²³

2- *Uzmanlık gerektiren ve ekip çalışması şeklinde yürütülen faaliyetlerde ise,* ekipteki diğer uzman kişinin bilgi ve becerisi kapsamında yapacağı işleme güven duyulması, diğer uzmanın davranışlarını sürekli kontrol etme yükümlülüğünden kurtarır. Örneğin ameliyat sırasında, narkozdan sorumlu uzman hekimin narkozla ilgili işlemlerinin cerrah tarafından denetlenmesi gerekli değildir.

23 Akbulut, Berrin, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, s. 288; Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 341.

Güven ilkesi gereği uzman kişinin diğer bir uzmanın işlem ve eylemlerinin uygunluğunu kontrol yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, yapılan iş veya eylemin özelliğine göre şüphe duyulması gerekteyse, güven ilkesine dayanılmaz. Örneğin, tedaviden sorumlu hekim, konsültasyon için çağrılan uzman hekimin teşhisle ilgili görüşünü benimsemek zorunda olmamakla birlikte tıbben aykırı görmeyip benimseyebilir. Ancak somut olayda konsültan hekimin koyduğu tanının, mevcut bulgulara göre şüpheli görülmesi durumunda, şüphesini giderecek araştırmaları yapmakla yükümlüdür.

3- Üçüncü bir kişinin kasten işlediği bir suçun varlığı halinde; suçun işlenmesiyle nedensellik ilişkisi kurulabilecek davranışı gösteren kişinin, başka bir kimsenin kasten suç işlemeyeceğine yönelik olarak güven ilkesinden yararlanabileceği düşünülmektedir. Örneğin, silah satan kişinin veya tarım ilacı satanın, bu maddenin bir insanın öldürülmesinde kullanılmayacağına güvenebilmelidir. Ancak bunun istisnası, güven duyulmamasını gerektiren bazı bilgi veya bulguların var olmasıdır.²⁴

D. Güven İlkesinin İstisnaları

1- *Güven ilkesinin ilk istisnasını*, bir tarafın yükümlülüğüne uygun davranmadığına ilişkin bulgu veya belirtilelerin bulunması teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir tarafın hatalı davranabileceği ve böylece tehlikeye veya zarara neden olabileceğinin öngörülebilir ve engellenebilir olması halinde güven ilkesine dayanılmaz.²⁵

24 Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 346.

25 Toroslu, s. 202; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, s. 403; Katoğlu, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 33.

Ameliyat örneğinde, narkoz uzmanının sarhoş veya aşırı uykusuz olduğunun anlaşılmasına karşın, onu ameliyata kabul eden ve davranışlarını denetlemeyen cerrah, güven ilkesine dayanamaz.²⁶ Trafik örneğinde ise, tali yoldan bir aracın kural ihlali yaparak ana yola girmeye çalıştığını gören sürücünün hızını azaltmayıp, güven ilkesine dayanması mümkün olmaz. Başka bir anlatımla her iki örnekte sürücü ve cerrah, diğer kişinin davranışını dikkate alma ve duruma göre özenli davranma yükümlülüğü altındadırlar.

2- Güven ilkesinin ikinci istisnası, failin somut olay bakımından gözetim ve kontrol yükümlülüğünün bulunmasıdır.²⁷ Gözetim ve kontrol yükümlülüğü bazen yazılı kurallar, kiminde ise mesleki davranış kurallarından kaynaklanır.

Hiyerarşik konum gereğince hukuken denetim ve gözetim yükümlülüğünün söz konusu olduğu haller de bulunmaktadır. Örneğin bir işin belirli bir sorumlu tarafından üstlenilmesi veya hekimin asistanı üzerindeki gözetim yükümlülüğü bu şekildedir. Böyle bir durumda fail güven ilkesine dayanarak gözetim ve denetim yükümlülüğünü ihlal edemez. Örneğin, tedaviyi sonradan üstlenen hekim, önceki hekimin muayene, tetkik, tanı ve tedavi konusundaki görüşlerini aynen benimseyemez, her şeyden önce

26 L/U-Ulsenheimer, kn.20, nakleden **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 267; **Ünver**, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 883; **Katoğlu**, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, TBBD. 2007, S. 68, s. 32; **Akbulut**, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, s. 289.

27 **Toroslu**, s. 202; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, s. 403; **Ünver**, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 890; **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 32; **Akbulut**, **Berrin**, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, s. 289.

mutlaka hastayı muayene etmek ve kendi bilgileri yönünden bulguları kontrol etmekle yükümlüdür.

3- Doktrinde kişinin kendisinin kurallara veya yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda da diğer kişilerin hukuka uygun davranacaklarına güvenemeyeceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle, kuralı ihlal eden, güven ilkesinden yararlanamaz.²⁸ Örneğin, geceleyin karayolunda taşıtını hız sınırını aşarak sevk ve idare eden sürücü, yola hatalı şekilde park eden ve uyarı işareti koymayan kişinin aracına çarptığında güven ilkesinden yararlanamaz, iki sürücü de kusurundan dolayı sorumlu tutulur.²⁹ Ancak, bu görüşün her zaman doğru sonuç vermeyebileceği, failin eyleminin netice bakımından nedensel olmadığı olaylarda güven ilkesinden yararlanmasının kabul edilmesi gerektiği de belirtmektedir.³⁰

E. Türk Hukuk Sistemi Açısından Güven İlkesinin Uygulanabilirliği

Güven ilkesinin bir hukuk sisteminde uygulanabilmesi için açık bir normun bulunması zorunlu değildir. Güven ilkesi, hukuk düzeninin ilgili konuyla ilgili düzenlemeleri bakımından, kişilere yüklediği davranış normlarının yorumlanmasıyla ilgilidir. Hukuk düzeni kişilere riskli faaliyetlerinde özenli davranmak, zararlı neticeye yol açmamak için gereken davranışı özenle gerçekleştirme yükümlülüğü getirmektedir. Ancak, bu faaliyetlerin düzen içerisinde yürümesi konusundaki toplumsal yarar, özen yükümlülüğünün aşırı biçimde yorumlanmamasını zorun-

28 Bu görüş Alman hukukunda bazı yazarlarca (Kühl, s.42; Puppe, s. 87) ve mahkeme kararlarında savunulmaktadır; **Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 343.

29 **Özgenç**, 5. B. s. 245.

30 **Ünver**, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 893.

lu kılmaktadır. Güven ilkesi de, özen yükümlülüğüne istisna getirmektedir.

Doktrinde belirtildiği üzere, 5237 sayılı TCK'nın 20/1. maddesinde yer alan "cezaların şahsiliği" ve "başkasının kusurundan sorumlu olmama" ilkeleri, güven ilkesinin yasal dayanağı durumundadır.³¹ Güven ilkesinin uygulanması gerçekten de bir kişiye objektif olarak isnat edilemeyecek tipik neticenin yüklenmesini ve bu şekilde başkasının kusurunun üstlenmesini önleyen bir yorum ilkesi niteliğindedir. Dolayısıyla, aslında bu ilkenin uygulanması sözü edilen yasal düzenlemenin bir gereğidir.

III. GÜVEN İLKESİNİN TRAFİK HUKUKUNDA UYGULANMASI

A. Genel Olarak Trafik Kuralları ve Yükümlülükler

Kara, hava ve deniz taşıtlarının kendi alanlarındaki trafik akışı birçok tehlikeyi barındırmaktadır. Özellikle günlük yaşamda her an karşımızda bulunan karayolu trafiği, yayalar, diğer taşıtlar ve çevredeki insanlar ve mal varlıkları bakımından tehlike arz etmektedir. Bu nedenle trafik akışıyla ilgili kurallar hukuk düzeni tarafından belirlenmekte, trafığe çıkan yaya veya taşıt sürücülerinin bu kurallara göre davranmaları emredilmektedir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinde (RG. 18.7.1997-23053) trafik güvenliğini sağlamak için çok sayıda kural yer almaktadır. Örneğin; 2918 sayılı Kanuna göre motorlu taşıtların, sürücü belgesi olmayanlarca sürülmesi ve sürülmesine izin verilmesi yasaklanmış (m.36), karayollarından faydalananların trafik görevlilerinin uyarı ve işaretlerine, trafik ışıklarına, işaret levhaları-

31 Ünver, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 913.

na, Yönetmelikteki kural, yasak ve zorunluluk ve yükümlülüklerle uymaları gerektiği belirtilmiş (m. 47), yolun türüne göre kanun ve yönetmelikte belirlenen hız sınırlarına uyulmasının zorunlu bulunduğu açıklanmıştır (m. 50, 51).

2918 sayılı Kanununun 46. maddesinde sürücülerin trafikte uymaları gereken temel kurallar belirtilmiştir. Yönetmeliğin 94. maddesinde de bu kurallar detaylı şekilde açıklanmıştır.³²

32 **Madde 94** - Karayollarında trafik sağdan akar. Aksine bir hüküm veya işaret bulunmadıkça karayollarında;

A) Araç sürücülere;

a) Araçlarını durumun elverdiği oranda gidiş yönüne göre yolun en sağından, yol çok şeritli ise trafik durumuna göre hızının gerektirdiği şeritten sürmek,

b) Şerit değiştirmeden önce, gireceği şeritte sürülen araçların güvenle geçişlerini beklemek,

c) Trafığı aksatacak veya tehlikeye sokacak şekilde şerit değiştirmemek,

d) Gidişe ayrılan yol bölümünün en son şeridini sürekli işgal etmemek,

e) İki yönlü dört veya daha fazla şeritli yollarda, motosiklet, otomobil, kamyonet, minibüs ve otobüs dışındaki araçları sürenler, geçme ve dönme dışında en sağ şeridi izlemek,

zorundadırlar.

Sürücülerin;

f) Geçme, dönme, duraklama, durma ve park etme gibi mecburi haller dışında şerit değiştirmeleri,

g) İki şeridi birden kullanmaları,

h) Kavşaklara yaklaşırken; yerleşim yerlerinde 30, yerleşim yerleri dışında 150 metre mesafe içinde ve kavşaklarda şerit değiştirmeleri,

ı) Araçlarının cinsine ve hızına uygun olmayan şeritten gitmeleri,

j) İşaret vermeden şerit değiştirmeleri,

k) Bölünmüş yollarda karşı yöndeki trafik için ayrılan yol bölümüne girmeleri,

l) Dört veya daha fazla şeritli ve iki yönlü yollarda, karşı yöndeki trafik için ayrılan yol bölümüne girmeleri,

m) İki yönlü ve üç şeritli yollarda en sol şeride girmeleri, **yasaktır.**

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 102. maddesinde dönüşlerle (doğru yolu değiştirme) ilgili kurallar; 103. maddesinde geçme kuralları; 104. maddesinde geçmenin yasak olduğu haller; 105. maddesinde geçilen araç sürücülerinin uyacağı kurallar; 106. maddesinde gelen trafikle karşılaşmada geçiş kolaylığı sağlanması; 107. maddesinde araçlar arasındaki mesafe kuralları; 108. maddesinde yavaşlama ve yavaş sürme yasağı; 109. maddesinde kavşaklarda geçiş hakkı; 110. maddesinde kapıların açılması ve indirme, bindirme kuralları; 111 ve devamı maddelerinde durma, duraklama ve park etmeye ilişkin kurallar düzenlenmiştir.

Yukarıda sözü edilen tüm kurallar, yayalar ve sürücülere trafikte ne şekilde davranacaklarına gösteren davranış normlarıdır. Hukuk düzeninin belirlediği bu davranış kuralları, trafikten yararlanan kişiler bakımından uyulması zorunlu kurallardır. Hukuk düzeni, kişilerin kurallara uyacağı fikri üzerine kurulmaktadır. Trafik düzeni ve güvenliği de kuralların uygulanması koşuluyla gerçekleşebilir. Günlük hayatta kuralların çoğu kez ihlal edildiği

B) Hayvan sürücülere;

Bu Yönetmeliğin 95 inci maddesinde sayılan hal ve şartlara uygun olarak hayvanları ve hayvan sürülerini yolun en sağından, en az genişlik işgal ederek ve imkanlar ölçüsünde taşıt yolu dışından sürmek,

C) Yayalar;

Bu Yönetmeliğin 95 inci maddesinde sayılan hal ve şartlar dışında;

a) (Değişik alt bent: 09/09/1997 - 23105 S. R.G. Yön/9. md.) Taşıt yolu bitişindeki ve yakınındaki yaya yolu, banket ve alanlarda ve mecburi hallerde taşıt yolunda yürüme halinde bu Yönetmeliğin 138 inci maddesindeki şartlara uymak,

b) Taşıt yolunun karşı tarafına; yaya ve okul geçitleri ile kavşak giriş ve çıkışlarından, bunların bulunmadığı yerlerde ise, şartlarına uyulmak suretiyle taşıt yolunun uygun kısımlarından geçmek,

c) Yaya ve okul geçitlerinden geçerken, geçidin sağ bölümünden yürümek,

zorundadırlar.

bir gerçek olmasına karşın, trafiğin düzenli ve güvenli akışı kurallara uyulacağına ilişkin güvenin varlığına bağlıdır. Bu bakımdan kanımızca güven ilkesinin trafikle ilgili en başta gelen fonksiyonu bu noktadadır.

B. Trafik Hukuku ve Güven İlkesi

Trafikte güven ilkesi, trafikten yararlananların trafik kurallarına uyacakları konusunda güven duyabilecekleri esasına dayanmaktadır. Örneğin, kendisine yeşil ışık yandığını gören yaya, karşıdan normal bir hızla gelen taşıt sürücüsünün kırmızı ışıkta duracağına güven duyarak, onun durmasını beklemeksizin karşıya geçmeye çalışırsa, özensiz davranmakla suçlanamaz.

"Sanığın ışık kontrollü kavşakta kırmızı ışıkta geçmek suretiyle katılana çarpıp vücudunda kemik kırılmasına ve 45 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralanmasına neden olduğu dava konusu olayda, eylemin 5237 sayılı TCK'nın 89/(2) maddesi kapsamında kalacağı, sanığın suçu bilinçli taksirle işlediğinin anlaşılmış olduğu..."³³

Önceki paragrafta verdiğimiz örnekte ve karara konu bu olayda güven ilkesi, yayanın taşıtın kırmızı ışıkta durduğu ana kadar beklemesi şeklindeki aşırı bir özenle yükümlü olmasını önlemektedir. Örnekten anlaşıldığı üzere, güven ilkesi bir yönüyle neticenin faile isnat edilmesini önlemekte, diğer taraftan bu ilkeye dayanılan hallerde hukuk düzenince faile ek bir davranış yükümlülüğü getirmedigi kabul edilmektedir. Bu sonuç aynı zamanda kusurun aidiyetiyle ilgili problemin çözümünü de kolaylaştırmaktadır. Ancak Türk hukukunda yargı kararlarının konuyu bu

33 9.CD. 9.3.2009 tarih ve 2007/7742-2009/2809; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2010, C.II, s. 2867.

detaya girmeksizin, salt 'kusurun bulunmadığı' veya 'kusurlu olacağı' biçimindeki ifadelerle çözümlendiği görülmektedir.

Karayolunda aracıyla seyreden kişinin, öncelik hakkının kendisinde olması nedeniyle tali yoldan bir araç çıkabileceğini öngörerek hızını azaltması gerekli değildir. Tali yoldan normal bir hızla bir aracın gelmekte olduğunu görse dahi kural ihlali yapmayıp kendisinin geçmesini bekleyeceğine güvenerek hareket etmesi durumunda güven ilkesinden faydalandırılmamalıdır.³⁴

*"Sanığın savunmasında, tali yoldan aniden çıkan kırmızı renkli bir araca çarpmamak için sağ tarafa kaçtığını ancak sol arka taraftan kendisine çarptığını bu nedenle direksiyon hâkimiyetini kaybettiğini beyan etmiş olması ve savunmayı doğrulayan tanık beyanları, olay tespit tutanağı ile hükme esas alınan bilirkişi raporunda da kabulün bu şekilde olması karşısında; bu hususta bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerekir..."*³⁵

Karayolunda seyreden araç sürücüsünün yol standartları ve iklim şartlarına göre yol için belirlenmiş hız sınırını aşmadan, ancak bu sınıra yakın bir hızla aracını

34 "Gündüz Musaköy Köprüsüne sinyal vermeden dönüş yapmak isteyen sanık Nacip'in kullandığı patpat ile (sollama yasağına karşı HTG) patpatı sollamaya kalkan sanık Celal'in kullandığı minübüs'ün çarpışmaları ve patpat'ın römorkunda bulunan yolcuların yaralanması şeklinde gelişen olayda; arkadan gelip sollamaya kalkan sanık Celal'in de kusurlu olması gerektiği nazara alınarak, sanığın sorumluluk durumunun ve kusur derecesinin Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi veya Teknik Üniversitelerin konu ile ilgili öğretim üyeleri yahut Karayolları Genel Müdürlüğü uzmanlarından oluşturulacak 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak belirlenmesi gerekir..." 9.CD. 15.4.2004. 886/1417; **Kaymaz/Gökcan**, Taksirle Öldürme ve Yaralama Suçları, s. 325.

35 9.CD'nin 13.3.2007 tarih ve 2006/7279-2007/1992; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, C.III, s. 3098.

sürmesi, hukuk düzeninin kendisinden beklediği davranışlara uygundur. Sürücüden ancak, yol koşullarına göre ortaya çıkabileceği öngörülebilir bazı riskler nedeniyle aracının hızını oldukça azaltması beklenebilir. Yayaların trafik ışığı vb. düzenleme bulunmayan yerlerde yolun güvenliğini kontrol etmeden yola çıkmaları kural ihhalidir. Normal yol koşullarında izin verilen hızla aracını kullanırken, görünmeyen bir noktadan yola fırlayan kişiye çarpan sürücünün eyleminde, taksirin objektif olarak öngörme ögesi gerçekleşmemektedir. Bu olayda sürücünün kusuru, diğer bir ifadeyle ihlal ettiği bir davranış kuralı bulunmadığından, neticenin sürücüye isnat edilebilmesi de normatif olarak mümkün değildir. Böyle bir olayda sürücünün kusuru olmadığından, neticenin illiyet teorisi açısından değerlendirilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla örnekteki olayda güven ilkesinin uygulanması söz konusu olmamalıdır. Yargıtay da bu tür olaylarda kusurun bulunmaması nedenine dayanmaktadır;

“Bölünmüş, tek yönlü, orta refüjde iki metre yüksekliğinde demir fiziki engel bulunan ve bu nedenle yayanın çıkmayacağına öngörüldüğü yolda sanığın aksi sabit olmayan savunmasına göre hareket halindeki araçların arasından yolun sağından soluna geçmek üzere önüne çıkan yayaya hız limiti dâhilinde seyrederken çarpması şeklinde gelişen olayda, sanığa atfı kabil kusur bulunmadığı gözetilmeden, beraatı yerine mahkûmiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.”³⁶

Diğer bir karara konu olayda ana yolda seyreden kamyonet sürücüsünün önüne tali yoldan kontrolsüz şekilde çıkan bisiklet sürücüsü kamyonetle çarpışmış ve bi-

36 9.CD. 7.3.2007, 7687/1817; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.II, s. 2896.

siklet sürücüsü ölmüştür. Bu olayda da kamyonet sürücüsü güven ilkesinden yararlanmalıdır.

“Sanığın idaresindeki kamyonetle seyir halindeyken, bisikletiyle caddeye kontrolsüz ve ani çıkış yapan müteveffaya çarparak ölümüne neden olması şeklinde gelişen olayda, ölenin asli kusurlu olabileceği nazara alınarak Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Teknik Üniversitelerin ilgili bölüm öğretim görevlilerinden oluşturulacak bilirkişi heyetinden de rapor alınıp sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırıdır.”³⁷

Karara konu olayla, yukarıda görünmeyen noktadan yola fırlayan yaya örneği arasında, taksire ilişkin öngörme ögesi bakımından farklılık bulunmaktadır. Karara konu olayda tali yoldan araç çıkabileceği öngörülebilmekte, ancak trafikte güven ilkesi gereği hız azaltılmadan yola devam edilmektedir.

Güven ilkesinin istisnalarından biri, somut olayda üçüncü kişinin davranışlarının kurala uymayacağı öngörüsünü yaratmasıdır. Örneğin, kendisine yeşil ışık yanan taşıt sürücüsü, bu sırada bir çocuğun basket topunu almak için yola doğru koştuğunu görmüşse, çocuğun yaya- lar için yanmış olan kırmızı ışığı ihlal edebileceğini öngörmesi, bu nedenle de hareket etmemesi ya da çok yavaş hareket etmesi gerekir. Bu olayda sürücünün; yaya yoluna kırmızı ışık yandığına göre çocuk yola çıkmamalıdır, diyerek güven ilkesine yaslanması ve ondan yararlanması söz konusu olamaz. Sonuç olarak, güven ilkesini kaldıran

37 9.CD. 31.1.2008 , 2007/11370-2008/567; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.II, s. 2877.

somut verilen bulunması durumunda, artık kişinin sorumluluğuna gidilmelidir.

Benzer biçimdeki örneklerde, yayanın da taşıtın hızla geldiğini görmesine karşın tedbirsiz olarak yola çıkması güven ilkesinden yararlanmasına engel teşkil edebilir:

“Oluşa ve dosya kapsamına göre çarpmanın taşıt yolu üzerinde meydana gelmesi karşısında sanığın asli kusurlu olduğu anlaşılmakta ise de; yol içinde bulunan mağdurun da karşılıklı kusurunun bulunduğu nazara alınmaması kuşku yarattığından Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi ve Karayolları Genel Müdürlüğü uzmanları veya teknik üniversitelerin öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi heyetinden alınacak rapor sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.”³⁸

Kendisi kural ihlali yaparak hareket eden sürücünün, güven ilkesinden yararlanması ilke olarak mümkün değildir. Örneğin ;

“sanığın alkollü bir şekilde, meskun mahalde, yağışlı havada, aşırı hızla seyrederken kavşağa geldiğinde hızını azaltmayarak kavşak içinde önünde seyreden bisiklete arkadan çarparak sürücüsünün ölümüne neden olduğu olayda bilinçli taksirle sorumlu olduğu gözetilmeden...”³⁹

Karardaki örneği biraz değiştirirsek; kendisine yeşil ışık yanan bisiklet sürücüsü karşıdan aşırı hızlı bir kamyonun geldiğini görür, buna rağmen kavşağa doğru ilerler-

38 2.CD. 17.05.2004, 2894/10682; **Kaymaz/Gökcan**, Taksirle Öldürme ve Yaralama Suçları, s. 325.

39 9.CD. 12.11.2007, 4840/8117; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, C.II, s. 2896.

se, kamyonun kırmızı ışıkta duramayabileceğine ilişkin mevcut bilgisi ve öngörüsüne karşın yola çıkması nedeniyle, güven ilkesinin istisnasının gerçekleşmesi dolayısıyla bu ilkedен yararlanamayacağı ve özensiz davrandığı söylenmelidir. Buna karşın kamyon sürücüsü de kural ihlaliyle hareket etmiş olmakla güven ilkesinden yararlanamaz. Böyle bir olayda kamyon sürücüsünün hareketiyle ölüm neticesi arasında nedensellik bağı ve objektif isnadiyet koşulu gerçekleşmektedir. Ancak bisiklet sürücüsünün de özen yükümlülüğünü ihlal ederek neticenin meydana gelmesinde az da olsa kusurunun bulunduğu söylenmelidir. Buna karşın, ışıklı sinyalizasyon sisteminin ve yaya geçidinin olmadığı karayolunda yayaların karşıya geçmeleri için, araçların gelmediği anı beklemeleri veya gelmekte olan araçların güvenli bir uzaklıkta iken hareket etmeleri beklenir. Böyle bir yolda yayanın güvenli mesafe şartı oluştuğu için yola çıkmasına karşın, aracın olağüstü bir hızla ilerlemesi durumunda, yayanın güven ilkesinden yararlanabileceği düşünülmelidir.

Güven ilkesinin uygulanamayacağı hallere gösterilebilecek bir örnek de aşağıdaki olaydır:

“Sanığın Tavşanlı istikametinde sevk ve idaresindeki minibüsü ile seyri sırasında tepe üstüne geldiğinde karşı istikametten kendi şeridine giren oto ile çarpışması şeklinde gerçekleşen olayda, hızını azaltmadığı hususunda dosyada bilgi ve belgeye de rastlanmadığı gözetildiğinde, kendisine atfı kabil bir kusur bulunmadığından atılı suçtan beraati yerine, yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.”⁴⁰

40 9.CD. 1.3.2007, 391-1643; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.III, s. 3105.

Bu olayda karşı şeritten gelen otomobil şerit değiştirme yasağıyla ilgili önemli bir kural ihlalinde bulunmuştur. Ancak, şerit değiştirildiğinin görüldüğü andan itibaren minibüs ile aralarındaki mesafenin hız azaltma tedbirinin uygulanması bakımından elverişli bulunması durumunda, minibüs sürücüsünün güven ilkesiyle hareket edip, otomobilin kendi şeridinden çıkmasını beklemesi, bu arada hızını hiç azaltmaması söz konusu değildir. Bu durum, üçüncü kişinin yükümlülüğüne aykırı davrandığına ilişkin bir öngörünün bulunduğu hallerde güven ilkesinin uygulanamayacağı biçiminde sözünü ettiğimiz istisnalardan birine girmektedir. Dolayısıyla minibüs sürücüsünün de somut olayda hızını azaltma konusunda önlem alması durumunda özensiz davranmış olacağı kabul edilmelidir. Ancak, karara konu olayda hızını azaltmadığı kanıtlanamamıştır.

Hukuk yargılamasıyla ilgili bazı Yargıtay kararlarında da güven ilkesinden söz edilmemekle birlikte ilkenin dolaylı olarak gözetilmiş olduğu anlaşılmaktadır:

“Trafik kaza tespit tutanağında, kaskolu aracın orta adaya en yakın (sol) şeritten kavşak içine girdiği ve dönmeyen doğrudan geçiş yapmak istediği kabul edilerek, kaskolu araca tali kusur verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda da, maddi olgu kaskolu araç bakımından aynı şekilde kabul edilmiş, ancak, bu araç sürücüsü tamamen kusursuz bulunmuş, kendi şeridinde seyrettiği belirtilmiştir.

Oysa, 2918 sayılı KTK'nın 53/6-2 ve 7'nci ve 53/c-3'üncü Yönetmeliğin 102/6-2, c-1 bent hükümlerinde, sola dönecek araçların en sağ şerit dışında, uygun bir şeride girmelerinin, kavşaklar için ise, orta arkaya yakın şeritten

kavşağa girmelerinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Kaskolu araç, dönüş yapmak istemeyen ve kavşağı doğru-
dan geçip, ilerlemek durumunda olan araç olarak kabul
edildiğine göre, en sağ şeritte seyretmesi gerekirken, orta
adaya en yakın sol şerit içinde bulunmuştur. Aynı Ka-
nun'un 57/a, yönetmeliğin 109/a bendinde kavşağa yak-
laşan sürücülerin kavşaktaki şartlara uyacak şekilde ya-
vaşlamak, dikkatli olmak, geçiş hakkı olan araçların önce
geçmesine olanak vermek zorunda oldukları hükme bağ-
lanmıştır.

Bu durumda, kaskolu aracın da olayda kusurlu oldu-
ğu kabul edilerek, bu araca ait kusur oranının başka bir
bilirkişiden ya da kurulundan alınacak rapor ile saptanma-
sı ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yetersiz
rapora dayanılarak davalılardan sürücünün tam kusurlu
kabul edilmesi doğru olmamıştır."⁴¹

Tali yoldan gelen taşıtın, ana yoldan gelen aracın ge-
çiş üstünlüğünü tanımaları gerektiğinden, ana yoldaki
taşıt sürücüsünün güven ilkesinden yararlanması müm-
kündür:

"Davacı, tali yoldan çıkan taşıtın sürücüsüdür. 2918
sayılı KTK 57. maddesi uyarınca "tali yoldan ana yola çı-
kan sürücüler ana yoldan gelen araçlara geçiş hakkını
vermek zorundadır." O nedenle davacı, olayda ağır kusur-
ludur. Yerel mahkemenin davacıyı yarı kusurlu sayan bilir-
kişi raporunu hükme temel alması anılan yasa buyruğuna

41 11.HD. 03.11.2003, 9846/10307; **Gökcan/Kaymaz**, Karayolları Trafik Kanununa
Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları, Trafik Suç ve Kaba-
hatleri, Ankara 2010, s. 1044.

aykırılık oluşturur.”⁴²

Yargıtay aşağıdaki kararda dolaylı biçimde, ışıklı kavşakta kendisine yeşil ışık yanan sürücünün, diğer taraftaki sürücünün kural ihlali yapmayacağına güvenerek hareket etmesinin kusur olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir:

“Olayın ışıklı kavşakta meydana geldiği anlaşılmaktadır. Kusur dağılımı yönünden görüşüne başvurulmuş bilirkişi, kendisine yeşil ışık yansa bile davalının kavşaktan kontrolü şeklinde geçiş yapması gerektiğini belirtip kazada tam kusurlu olduğunu bildirmiştir. Kaza ışıklı kavşakta meydana geldiğine göre kusur dağılımının ışık durumuna göre belirlenmesi gerekir. Bu yönü ile raporun olaya uygun düştüğü ve yeterli olduğu söylenemez. O halde mahkemece uzman yeni bir bilirkişiden yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek olaydaki kusur dağılımına ilişkin ayrıntılı rapor alınması ve uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”⁴³

IV. GÜVEN İLKESİNİN TIBBİ GİRİŞİMLERDE UYGULANMASI

A. Genel Olarak

Tıbbi müdahalelerin birden fazla sağlık mesleği mensubunun işbirliği ve işbölümü şartları içerisinde gerçekleştirildiği hallerde, işbirliği halindeki kişilerden birinin

42 19.HD. 23.12.2002, 7571/8027; **Gökcan/Kaymaz**, Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları, Trafik Suç ve Kabahatleri, s. 1046.

43 19.HD. 15.4.2002, 2579/2858; **Gökcan/Kaymaz**, Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları, Trafik Suç ve Kabahatleri, s. 1046.

kasdi veya taksirli davranışı dolayısıyla sorumluluğun aidiyeti sorunu ceza hukukunda 'güven ilkesi' uyarınca çözümlenmektedir. Güven ilkesi, işbölümü yapan meslek mensuplarının yetkilerinin sıkı şekilde sınırlanıp belirlendiği ve kendi yetki alanlarıyla ilgili işlemler bakımından birbirlerine güven duymaları gerektiği esasına dayanmaktadır.

İlke sayesinde, faaliyet içerisindeki her bir kişi, diğerinin zarara yol açmamak için uyması gereken davranış kurallarına riayet edeceği yolunda beklentiye girebilmektedir. Güven ilkesi uyarınca görev ve sorumlulukların dağıtıldığı heyetin her biri, diğerlerinin faaliyetlerinde mevzuata ve dikkat ve özen kurallarına uyacakları inancıyla, kendi sorumluluklarını yerine getirdikleri takdirde, taksirin varlığından söz edilemeyeceğinden, diğerinin taksirli davranışı nedeniyle sorumlu tutulamaz.⁴⁴

Güven ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve objektif sorumluluk yasağından kaynaklanmaktadır.⁴⁵ Diğer bir anlatımla, belirli bir alanda faaliyette bulunan kişi, o konuda faaliyet gösteren diğer kişilerin kurallara uygun davranacağına güven duyarak hareket etmek durumundadır. Bu nedenle güven ilkesi uyarınca, diğerinin kurallara uygun ve özenli davranacağına güvenen kişi, başkalarının özensiz davranışının tehlikeli ve zararlı sonuçlarını bertaraf etmek veya dikkate almak zorunda bırakılmamalıdır.

Güven ilkesinin uygulanmaması durumunda, ekip üyelerinin sürekli olarak diğerinin davranışlarını kontrol

44 **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 31.

45 **Ünver**, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 883; **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 31.

etmek zorunda kalmaları, kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili asıl sorumluluklarını özenle yerine getirmelerine engel olabilecektir. Bu nedenle de uzmanlaşma ve işbölümünden beklenen yarar sağlanamayacaktır.⁴⁶

Güven ilkesinin ilk uygulandığı alanların başında tıp hukuku gelmektedir. Alman hukuk öğretisinde cerrahi müdahaleler bakımından güven ilkesinin etkileri tartışılmış, bazı yazarlar ilkenin her olayda uygulanabileceğini kabul etmişlerdir. Diğer bir grup yazar, gözetim ve denetim yükümlülüğüne sahip cerrah bakımından bu ilkenin uygulanamayacağını savunmaktadır.⁴⁷ Bu yazarlara göre cerrah, ameliyattan önce sadece ameliyathanenin ve araç gereçlerin düzenini ve müdahaleye elverişliliğini değil, ameliyata katılacak ekip üyelerinin bilgi ve deneyim durumlarını da denetlemek zorundadır. Cerrah ayrıca, diğerlerinden beklentilerini de dile getirmeli ve iletişim kurma konusunda da kendisini denetlemelidir.

Ameliyatlar bakımından İtalyan Yargıtay'ı, hasta karında tampon unutulmasında, ekibi denetleme görevi olmayan anesteziistin sorunlu tutulamayacağına hükmetmiş, asistanın fiilinden dolayı cerrahın denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihmali dolayısıyla sorumlu olacağına karar vermiştir.⁴⁸

İlkenin uygulanmasında, daha önce sözü edilen istisnaların (uygulanamayacağı haller) gözetilmesi de gerek-

46 **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 30.

47 **Delagu**, s. 124, **Ersöy**, s. 106, nakleden **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 33.

48 **Montovani**, s. 354, nakleden **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 34.

mektedir. Alman öğretisinde diğer istisnalardan ayrıca, yeni tedavi yöntemlerinin uygulanması sırasında öngörülebilir ve önlenemez zararlı sonuçlardan ekip üyelerinin tamamının sorumlu tutulabileceği görüşü dile getirilmiştir.⁴⁹

B. İlkenin Tıbbi Girişimlerde Uygulanabileceği Haller

Güven ilkesi tıbbi girişimlerden özellikle cerrahi müdahalelerde uygulama alanına sahiptir. Ancak bunun dışında, klinikte tedavi hizmetlerinde ve diğer uzmanlık branşlarından görüş alınması gereken hallerde (konsültasyon) de uygulanması olanaklıdır.

Örneğin; hekim, önerdiği ilacın eczacı tarafından doğru ve bozuk olmayan bir şekilde verileceğine veya klinik hekimi, yatırdığı hastanın tedavisini düzenleyip listesini verdiği ilaçları hemşirenin zamanında uyguladığına, güvenmek durumundadır. Ancak hekim, ilaç uygulamasıyla ilgili talimatını verirken, hemşirenin yanlış anlamasını önleyecek şekilde gereken tedbirleri de (örneğin ilaç ismini ve dozunu yazılı olarak vermek gibi) almalıdır. Nitekim, Alman Yargıtay'ının bir kararına konu olayda, hemşireden 10 ccm decholin enjektete etmesi istenilmiş, ancak hemşire yanlış anlayıp cholin enjektete edip hastanın ölümüne neden olmuştur. Kararda sözlü talimatın yanlış anlaşılma ihtimaline karşın tedbir almadığı için hekimin sorumlu olacağını kabul edilmiştir.⁵⁰

49 **Blancetti**, s. 755, nakleden **Katoğlu**, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, s. 33.

50 BGH, 6, 286, **Akbulut**, Berrin, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, TBB Yayınları, 2008, s. 288.

Ameliyat sırasında cerrah, anestezi uzmanı hekimin davranışlarını ve tıbbi bilgilerini denetleme ve kontrol etmekle yükümlü olmayıp, onun kendi alanında yeterli olduğuna güvenmek durumundadır. Ancak, belirli bir anestezi uzmanının alanında yeterli olmadığına veya özel bir durum nedeniyle o gün için yeterli olmayabileceğine ilişkin somut bulgular varsa, bu takdirde cerrahın da ekip şefi olarak tedaviye iştirak edecek uzmanları seçme konusunda özensiz davrandığı söylenebilir. Anestezi uzmanı hekim bakımından da kendi işini yaptığı sırada diğer bir hekimin veya cerrahın verdiği veriye güven duyması beklenir. Bu güveni sonucunda diğer hekimin hatasından dolayı sorumlu tutulamaz.⁵¹

Yargıtay ameliyat sırasında narkoz teknisyenlerinin kusurları nedeniyle cerrahı sorumlu tutmamış, ancak onları denetlemekle görevli Anestezi ve Reanimasyon uzmanı olan hekimin sorumlu olduğuna karar vermiştir:⁵²

51 **Hakeri**, Tıp Hukuku, 2007, s. 268.

52 "Ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane Anestezi ve Reanimasyon uzmanı Dr. Sarık Mehmet'in, bu görevlerin hiç birini yerine getirmemek ve baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla, olayda asli kusurlu olması gerektiği, anestezi teknisyeni sanıklar Hüsnüye ve Bediha'nın da anestezi cihazını ve ameliyat masasını ameliyattan önce kontrolle ameliyata hazır hale getirmek oksijen ve azot peroksit tüplerinin dolu olup olmadığını kontrol etmekle ve ameliyat esnasında değiştirilen oksijen tüpünü de bizzat değiştirmekle görevli oldukları halde, ameliyat öncesinde bunları yapmayarak bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığını, ancak ameliyat esnasında fark edip, kendileri yerine yetkisiz hizmetliye tüpü değiştirmek ve tüm ayırıcı özelliklerine rağmen kontrol etmemekle, sıfatları ve konuları itibarıyla uzman Dr. Kadar olmasa da ağırlıklı ve büyük kusurlarının bulunduğu, tıbbi konularda YS Şurasından kusurlu olup olunmadığı yönünden rapor alınması gerekli ise de, kusur oranları bakımından bu raporun bağlayıcılığı bulunmadığı gözetilmeden, nedenlerini de yeterince açıklamayan YS Şurasının sanıklara ayrı ayrı 3/8'er kusur izafe eden, hiçbir gerekçe gösterilmeden mücerret bir ifade ile 5/8 oranındaki kusuru da (diğer sebeplerle sağlık personelinin kusur ve ihmaline izafe edilemeyecek diğer faktörlere) bağlayan raporundaki bu kusur oranlarına dayanılarak ve yukarıda belirtilen oluş, sanıkların konumu ve tüm dosya içeriğini değerlendirilerek şekilde Adli Tıp Kurumundan yeni bir rapor alınmadan eksik soruşturma ile hüküm tesisi yasaya aykırı görüldüğünden hükmün bozulmasına karar verildi." 2.CD.

Güven ilkesi gereği sadece tedaviyi üstlenen hekim diğerlerine güvenmek durumunda olmayıp, diğer hekimler de ekip şefine veya diğer hekimlere güvenmektedir. Ancak bu ilke, tedaviyi üstlenen hekimin genel olarak tedavi hizmetinin organizasyonuna (ameliyat önceki hazırlıkların veya ameliyat araç ve gereçlerinin ve ortamın noksansız ve steril olması vb.) ilişkin koşulları sağlayıp denetlemek, herhangi bir hata veya eksiklik ortaya çıktığında tehlikenin önlenmesi veya zararın sınırlanması için gereken tedbiri almaya ilişkin yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Hatta ekip şefi olan hekim, diğer meslek mensuplarının bilgili ve yetenekli kimselerden oluşmasını temin edip, onların hatalı bir davranışı olduğunda uyarıp önlemekle de yükümlüdür.⁵³

Güven ilkesi, diğer hekimlerin mesleki bilgi ve tecrübelerinin yeterli olduğu halde geçerli olan bir kuraldır. Tedaviye iştirak eden bir hekimin bilgi veya tecrübe bakımından yetersiz olduğu veya bu girişime katılamayacak derecede sarhoş olduğu bir durumda, bu hekimin davranışına güvenilerek hareket edilemez. Böyle bir durumda diğer hekimler de yetersiz durumdaki hekimin hastaya zarar verebilecek davranışlarını önlemekle yükümlüdürler.⁵⁴ Bu anlamda, henüz bilgi ve beceri düzeyi itibariyle yeterli olmayan bir asistanın ameliyata iştirak ettirilmesi durumunda, diğer hekimler asistana güvenerek hareket edemezler ve onun davranışlarını kontrol altında tutmakla yükümlü olurlar.

5.2.1996, 268/1025; **Kaymaz/Gökcan**, Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, s. 345.

53 **Ünver**, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, s. 885, 887.

54 **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 267.

Ameliyattan sorumlu cerrahın operasyonda bazı önemli işlemleri asistana yaptırması durumunda, seçeceği asistanın bilgi ve tecrübe olarak bu işlemi yapabilecek düzeyde olmasına dikkat etmek ve operasyon sırasında da asistanın davranışlarını kollamak ve gözetmekle yükümlü olduğu kabul edilir. Çünkü asistan hekimler, henüz uzmanlık eğitimini tamamlamadığı için uzmanlık seviyesindeki tıbbi girişimleri gerçekleştirmeye ehil değildirler.

“...ÜTF hastanesinde doktor olan ve göz ihtisası yapmakta bulunan sanık A.nun diğer sanık ve ameliyathane sorumlusu R.nin görevlendirmesi üzerine, mağdure Fatma'nun ameliyatını yaptığı, ancak sanık A.nun hastaya ait dosyayı incelemeyen sol gözde retinoplastom olduğu halde yanlışlıkla sağ gözünü ameliyat suretiyle aldığı, daha sonra yanlış gözün alındığı anlaşılınca da diğer hasta gözün alındığı ve bu suretle mağdurun tamamen kör olduğu ileri sürülmüş olup, bu şekilde gelişen olayda sanıkların kusurlu olup olmadıkları ve varsa oranlarının tesbiti amacıyla, sanıkların sıfatları, durumları ve yetki dereceleri, oluş içinde değerlendirilmek suretiyle kusurlu olup olmadıkları ve varsa rapor alınması suretiyle belirlenmesi gerekir.”⁵⁵

Karara konu olayda, ameliyathane sorumlusu uzman hekim R..., göz ihtisası yapmakta olan hekime ameliyat görevi vermiştir. Öncelikle, ihtisasını tamamlamamış olan bir hekime bu görevin verilebilmesi için, onun bu tür ameliyatları gerçekleştirebilecek bilgi ve beceriye ulaşmış olması gerekir. İkinci olarak, ameliyathane sorumlusu uzman hekim, yine de ameliyatın tıp bilimi ve mesleğine uygun bir biçimde icra edilmesi için gereken tedbirleri alma-

55 2.CD. 24.4.1996, 4493/4682; **Gökcan**, H. Tahsin, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007, s. 359.

lıdır. Ameliyathane sorumlusu hekimin bu konudaki yükümlülüklerini yerine getirmiş olması durumunda güven ilkesinden yararlanması söz konusu olabilir. Uzmanlık dalları bulunan ve ilgili branş uzmanlığı düzeyinde bir tıbbi standartla verilmesi gereken hizmetin yetersiz hekimlerle yerine getirilmesi özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Bu nedenle eğitim hastanelerindeki asistanların tedavi ve ameliyat işlemlerine iştirakleri bir uzman nezaretinde gerçekleştirilmelidir.⁵⁶ Ancak asistanların, pratisyen hekimlerin girişebileceği bir takım cerrahi işlemleri tek başına yapmaları mümkündür. Uzman hekim tarafından yapılması gereken riskli bir cerrahi girişimin asistan tarafından üstlenilmesi, 'üstlenme kusuru' olarak⁵⁷ kabul edilmektedir.

Alman Yargıtay'ı, tek başına yürütülmesi istenen ameliyatın hasta bakımından yüksek riziko içermesi durumunda, mesleki güçlüklerle karşılaşsa dahi asistanın bu talebi reddetmesi gerektiğine karar verilmiştir.⁵⁸ Buna karşılık yönetici durumundaki hekimin, herhangi bir risk halinde kendisi de derhal müdahale edebilecek ise, eğitimi yeterli olan asistana önemli bir ameliyatı tek başına yapabileceği kabul edilmiştir.⁵⁹

Tedavinin her aşamasında çeşitli tıbbi girişimler gerekebilir. Bu takdirde her bir işlem bakımından yetkili sağlık mesleği mensubunun bu girişimi yerine getirmesi gerekir. Somut olayda bir girişimin yetkisiz kimseye yapılması (hekim tarafından yapılacak işlemin hemşire veya

56 **Hakeri**, Tıp Hukuku, 2007, s. 199, 377.

57 Kavram için bkz; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 374.

58 BGH NJW 1984, 657; **Hakeri**, Tıp Hukuku, 2007, s. 378.

59 BGH StV 1988, 251; **Hakeri**, Tıp Hukuku, 2007, s.

ebe'ye yaptırılması gibi) durumunda, işlemi yapan kişi kusuru nedeniyle, tedaviyi üstlenen hekim de tedaviyi özenle yerine getirme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle kusurlu sayılır.⁶⁰

“Sanık hemşirenin, katılanın doğumu nedeniyle görevi olmadığı halde, epizyo dikim işini yapmak ve sanık hekim Hafize Ç.’nin epizyo dikimi kendisi yapmayıp, hemşire sanığa yaptırmak suretiyle katılanın doğum yarasının enfekte olmasına yol açma eylemlerinin, 765 sayılı TCY.nun 456,459. (5237 sayılı TCY.nun 86,88.) maddelerinde öngörülen taksirle yaralama suçuna uyması karşısında dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderilerek sanıkların özensiz davranıp davranmadıkları, ya da kusurlarının bulunup bulunmadığı ve katılanın yarasının ağırlığıyla ilgili raporlarının aldırılması ve sonucuna göre sanıkların hukuksal durumlarının belirlenmesi gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat hükümleri kurulması, yasaya aykırıdır.”⁶¹

Hastaya birlikte müdahale eden aynı uzmanlık dalında olan hekimlerin neticeden birlikte sorumlu olmaları durumunda, tıbbi girişimde ortaya çıkacak taksirli davranıştan birlikte sorumlu tutulacakları düşünülür. Örneğin;

“Yüksek Sağlık Şurasının 1994-184 sayılı raporunda (mağdure anneye doğum yaptırmak için müdahale eden doktorlardan Dr. Canan ve Dr. Gülten’in, dikkatli ve ayrıntılı muayene yapmayarak iri bebeği tespit edemedikleri nedeniyle ve Dr. Gülten’in de hasta takibi ve doğum öncesin-

60 Karş.; **Özgenç**, İzzet, Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.II, İstanbul 2007, s. 2197.

61 4.CD. 13.6.2006, 2004/7665 - 2006/12374; **Gökcan**, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 359.

de tıbbi tedbirlerin alınmasında gereken dikkati göstermediği, vakum tatbiki sonucu başın çıkmasına rağmen omuzların takılması sonucu klovikulanın kırılarak omuz genişliğinin küçültülmesi ve anneyi bir operasyon riskine sokmadan çocuğun gövdesinin vajinal yoldan doğurtulması gerekirken bu husus yerine getirilmediğinden kusurlu olduğu belirtilmiştir...”⁶²

Diğer sağlık mesleği mensuplarının benzeri durumdaki davranışları hakkında da aynı yorum yapılmalıdır:

“Sanıkların ebe olarak, doktora haber vermeden bilgilerinin dışında ve yetkilerini de aşmak suretiyle hastayı takibe aldıkları, vakum kullanarak doğum yapmaya çalıştıkları, bu nedenle de sağ doğan çocuğun soluk almasını sağlayamadıklarından ölümüne sebep oldukları doğum sırasında rahmin yırtılmasına sebep olup dikmeye kalkıştıkları, bu işlemi bitirmeden nöbetlerinin sona erdiğinden bahisle yarıda bırakarak ayrıldıkları, bunun sonucunda da annenin öldüğü, ölümler yukarıda değinilen kusurlu hareketlerden doğduğu cihetle sanıkların tam kusurlu şekilde ölüme sebebiyet verdikleri nazara alınıp, TCK'nun 455/2. maddesi gereğince tecziyelerine karar vermek gerekirken yazılı şekilde (TCK. 230. madde ile) hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”⁶³

Güven ilkesinin istisnası, diğer hekimin davranışlarına güvenmemeyi gerektiren bir nedenin varlığıdır. Güveni ortadan kaldırmayı gerektiren belirtiler veya nedenler bulunmadığı takdirde, diğer bir uzman hekimin bilgi ve bul-

62 2.CD. 29.3.1995, 2621/3991; **Kaymaz/Gökcan**, Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, s. 345.

63 2.CD. 18.3.1993, 2776/3801; **Kaymaz/Gökcan**, Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, s. 345.

gularına güven duyulması hukuka uygundur.⁶⁴ Başka bir hekimin havale ettiği hastayı muayene edip tedaviyi üstlenen hekim, kendisine havale eden hekimin hazırladığı hastaya ilişkin dosyadaki verilerden, yalnızca havale eden ilk hekimin uzmanlık alanı içindekilere güven duymalı, diğerlerini kontrol etmelidir. Ayrıca ek tetkik masrafları olmaması için, daha önce yapılmış tetkiklerden güvenilebilecek olanları esas almakta sorumluluk yoktur. Ancak, önceki tetkikleri yapan sağlık kuruluşunun teknik imkanların yeterliliği konusunda şüphe varsa, bunların yenilenmesi gerekir.⁶⁵ Yine, hasta kendisine gönderilen hekim, kendi yaptığı tetkik ve muayene sonrasında, önceki hekimin teşhisini kuşkulu olarak görürse, şüphesini gidermek için gereken tıbbi standartları uygulamakla yükümlüdür.

Güven ilkesinin bir istisnasını da, somut tıbbi girişimde birden fazla hekimin koordinasyon veya müşterek karar alarak hareket etmekle yükümlü oldukları halde, bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri şeklindeki olaylar oluşturmaktadır. Örneğin, bir göz ameliyatında hekimin kullandığı termokoter ile anesteziistin kullandığı saf oksijenin buluşması sonucu ortaya çıkan ateşin hastanın yüzünde yanıklara neden olması şeklindeki olayda, anestezi yöntemini birlikte kararlaştırmadıkları için hekim ve anesteziistin sorumluluğunun gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶

Güven ilkesi diğer uzmanlık dallarından görüş alınması (konsültasyon) durumunda geçerli olabilir mi?

64 **Akbulut**, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, s. 289.

65 **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 268.

66 **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 271.

Konsültasyon, hastalığın tanısı veya tedavi bakımından diğer bir tıp dalında uzman olan bir hekimden tıbbi görüş istenilmesidir. Hekimin, tanı veya tedavi için bilgisinin yetersiz kaldığı noktada ilgili uzmandan görüş alması tıbbi bir gerekliliktir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 19. maddesinde, konsültasyon istemenin hekim tarafından bir hak ve kendisinden görüş istenen konsültan hekim yönünden ise yükümlülük olduğunu belirtilmektedir. Sağlık hizmetinin yerine getirildiği yer ve zaman itibarıyla bu imkan bulunduğu halde konsültasyon istenilmemesi de tıbbi kusur sayılır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 24. maddesinde konsültasyon isteğiyle ilgili kuralları düzenlemiştir:

Madde 24 - "Hasta, konsültasyon yapılmasını arzu ederse, müdavi tabip veya dış tabibi bu talebi kabul eder.

Müdavi tabip veya dış tabibi, konsültasyon yapılmasına lüzum gördüğü takdirde, keyfiyeti hastaya bildirir. Bu teklifin kabul edilmemesi halinde, müdavi tabip veya dış tabibi, hastasını bırakabilir.

Bu Nizamnamenin yirmi birinci maddesinde yazılı sağlık tesislerinde, konsültasyonun hangi hallerde ve ne suretle yapılacağı, hastahaneler talimatnamelerinde gösterilir."

Nizamnamede ayrıca, konsültan hekim olarak görüş bildiren uzmanın hiçbir şeyden çekinmeden tıbbi kanaatini açıklaması gerektiği belirtilir. Konsültan hekim, tedaviyi üstlenen (müdavi) hekim tarafından önerilen ve gerçekleştirilen tedavi yöntemini uygun bulmamışsa, hastanın kararı esas alınır. Hasta, kendi hekimi yerine konsültan hekimin tedavisini tercih etmişse, hekim tedaviyi yarım bira-

kabilir.⁶⁷ Bu kurallardan anlaşılmaktadır ki, tedaviyi üstlenen hekimin, görüşü alınan konsültan hekimin tıbbi görüşlerini esas alarak uygulama yapma zorunluluğu bulunmamakta ise de, kendi bilgi ve deneyimlerine göre farklı düşünmediği takdirde uygulaması nedeniyle sorumlu da tutulamamaktadır. Dolayısıyla, tedaviyi üstlenen hekimin, konsültan hekim tarafından açıklanan tıbbi görüşü uygulamış olması durumunda, güven ilkesinden yararlandığı söylenmelidir. Buna karşın, ilkenin istisnaları burada da geçerli olabilir. Konsültan hekimin açıkladığı görüşün, mevcut bulgulara göre tıp bilimiyle uyumlu bulunmadığının söylenebileceği veya şüphe duyulması gerektiği hallerde, güven ilkesi geçerli olmayacak, tedaviyi üstlenen hekimin şüphesini gidermek için gereken araştırmayı yapması veya başka bir uzman görüşü alması icap edecektir.

67 Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi :

Madde 26 - Konsültasyonda varılan neticeler, bir konsültasyon zaptı ile tesbit ve bu zabıt müştereken imza olunur.

Konsültasyon neticesi, ayrıca, en yaşlı tabip veya dış tabibi tarafından hastaya bildirilir. Netice bildirilirken, hastanın veya yakınlarının maneviyatını bozacak veya kendilerini tereddüt ve şüpheye düşürecek müphem ve imalı sözler sarfedilmesi caiz değildir.

Madde 27 - Konsültan tabip veya dış tabibi, yapılan tedaviyi uygun görmediği takdirde, kanaatını konsültasyon zaptına yazmakla iktifa eder. Yapılan tedaviye müdahalede bulunamaz.

Madde 28 - Konsültan tabip veya dış tabibi ile müdavi tabibin kanaatları arasında aykırılık hasil olur ve hasta, konsültan tabip veya dış tabibinin kanaatını tercih eder ise, müdavi tabip kendi görüşünde ısrar ettiği takdirde hastayı terkedebilir.

Madde 29 - Konsültan tabip veya dış tabibi, hastanın ısrarlı talebi olmadıkça, hastayı tedavi edemez.

Konsültan tabip veya dış tabibinin, konsültasyonu icabettirmiş olan hastalığın devamı müddetince, müdavi tabibin muvafakatı olmadan, hastanın yanına, aynı hastalık için, mesleki bir maksatla sonradan girmesi caiz değildir.

V. SONUÇ

Hukuk düzeni taksirli suçlar ve ihmali davranışla işlenen suçlar dolayısıyla, kişilere belirli şekilde davranışta bulunma yükümlülüğü getirmekte, böylece ölüm veya yaralanma şeklindeki istenmeyen bir neticenin meydana gelmesinin önüne geçilmek istenilmektedir. Kişiler, normun önlenmesini istediği olumsuz neticenin meydana gelmemesi için, tedbirli ve özenli davranmakla yükümlüdürler. İşte bu noktada ceza hukukunda geçerli güven ilkesiyle, belirli durumlarda dikkatli ve özenli olma yükümlülüğüne istisna getirilmektedir. İlke belirli kurullarla veya uzmanlık faaliyeti kapsamında hareket edilen alanlarda uygulanmaktadır. Bu ilkenin uygulandığı hallerde, belirli bir faaliyette bulunan kişilerden diğerinin ilgili kurullara uyacağına güvenerek hareket eden kişi, o sıradaki davranışı bakımından dikkat ve özenle hareket etme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Diğer bir ifadeyle kişinin 'kursuz' sayılmasının temelini, güven ilkesine dayalı olarak belirli bir biçimde davranış yükümlülüğünün bulunmaması oluşturmaktadır. Böylece güven ilkesi, günlük yaşamı veya bir kısım mesleki faaliyetleri ya da uzmanlık gerektiren etkinlikleri aşırı bir sorumluluk ve kontrol psikolojisinden, defansif bir tavır ve uygulamadan koruyabilecek bir fonksiyon üstlenmektedir. Güven ilkesi en çok trafik ve tıp hukukunda uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca bu ilkenin uzmanlık ve ekip çalışmasını gerektiren diğer faaliyetler bakımından da (örneğin çeşitli mühendislik dallarının birlikte uygulandığı inşaat faaliyetleri gibi) uygulanması olanaklıdır.

ATIF YAPILAN ESERLER

Akbulut, Berrin, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, TBB Yayınları, Ankara 2008.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, İstanbul 2010.

Gökcan, H.Tahsin, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007.

Gökcan, H.Tahsin/Kaymaz, Seydi, Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları, Trafik Suç ve Kabahatleri, 7.B. Ankara 2010.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.

Katoğlu, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, TBB Dergisi, 2007, S.68.

Kaymaz, Seydi/Gökcan, H.Tahsin, Taksirle Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Genel Hükümler, 3. B. Ankara 2010

Özbek, V. Özer, Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, S.5, Aralık 2007

Özgenç, İzzet, Genel Hükümler, 5. B. Ankara 2010.

Özgenç, İzzet, Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.II, İstanbul 2007, s. 2197.

Ünver, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.

Ünver, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, TBB Yayınları, Ankara 2008.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005.

Yaşar, Osman/Gökcan, H.Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.II, Adalet Yayınevi Ankara 2010.

Yaşar, Osman/Gökcan, H.Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, Adalet Yayınevi Ankara 2010.



**AİHM'İN TÜRKİYE'DE ETKİN BAŞVURU YOLU
BULUNMADIĞINA İLİŞKİN KARARLARI**

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ ()*

ANLATIM DÜZENİ: I-GİRİŞ, II-HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMELER, III-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI, A-AİHS'nin 6 ve 13'üncü Maddeleri Yönünden, B-AİHS'nin 5'inci Maddesi Yönünden, IV-SONUÇ

I-GİRİŞ

Bu çalışmada, Türk hukukunun AİHS ve AİHM kararlarıyla bir türlü örtüşmemesi üzerinde durulacaktır. Çünkü Anayasanın 90 ncı maddesine eklenen cümleye karşın, bu ek cümleden sonra da halen sözleşme hukuku ile uyumlu olamadığımız bir gerçektir. İç hukukumuzda yapılan her işlem için AİHM neredeyse ihlal kararı vermektedir. Ancak bu ihlal kararlarının mahkeme kararlarına karşı yapılması ve bu kararların ihlale sebebiyet verdiği gerçek olmakla beraber, yasalardaki eksiklikler ile yargının alt yapısındaki aksaklıkları dikkate almadan, sadece yargıya yüklenmek insafli olmaz. Kuşkusuz yargı kararlarının AİHM tarafından değerlendirilmesi nedeniyle, yargının tümünden doğru karar verdiğinden de söz edilemez. Sonuç olarak, bir bütün halinde Türkiye mahkum edilmek-

(*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Üyesi.

tedir. Bunda sadece yargı kararına karşı başvurulması nedeniyle, buna bakarak yaşamayı ve giderek asli kurucu organı muaf tutamayız. AİHM'nin ilk ihlal kararlarından itibaren yasamanın gerekli ve yeterli önlemleri alması gerekirdi. Türkiye'nin mahkûmiyetinde tek organın değil, yasama, yürütme ve yargının tamamının sorumlu olduğunu kabul ettikten sonra, sorunlara çare aramak durumundayız. Ben bu yazımda, bu organların sorumluluklarını ortaya koyan adil yargılanma, davaların makul sürede bitirilmesi ve kişi özgürlük ve güvenliğiyle ilgili olup, son yıllara ait kararları okuyucuyla paylaşmak istiyorum. Bunlar göstermektedir ki, ülke olarak bir saniye dahi beklemeksizin yargılamayla ilgili önlemleri almak zorundayız. Gereken önlemleri almadan, sadece anayasa şikâyeti kurumunun bu sorunları çözebileceği yanlışına düşmemek durumundayız.

Anayasa ve yasalarda hakların tanınması tek başına yetmeyeceğinden, bunlardan etkin yararlanmanın olması, bu hakların özlerinin zedelenmesi demektir.

II-HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMELER

Hukuk devleti (Anayasa, m.2), bireylere hukuki güvence sağlayan devlettir. Hakların anayasa ve yasalarda yer alması önemli bir husus olmakla beraber, tek başına yeterli değildir; güvencede olmaları gerekir. Hak ve özgürlüklerin güvencede olduklarından bahsedebilmek için etkin kullanımı ve yargı yolunun sonuç almaya elverişli olması gerekir. Hukuk devletinde, hak ve özgürlüklerin gelişim çizgisinde, önce hakların tanınması, sonra bunlardan yararlanmayı sağlayabilmek için de yargı yolunun varlığı ve nihayet yargı yolunun da etkinliğinin sağlanması zorunludur.

Anayasamızda hak aramayla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre, “herkes, meşru vasıta ve yollar-
dan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı
veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma
hakkına sahiptir” (m.36/1).

Anayasanın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması”
başlıklı 40 ncı maddesindeki düzenlemelere göre, “Anaya-
sa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yet-
kili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağ-
lanmasını isteme hakkına sahiptir” (m.40/1); “Devlet, iş-
lemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere
başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”
(m.40/2) ve “kişinin, resmî görevliler tarafından vâki hak-
sız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Dev-
letçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye
rücu hakkı saklıdır” (m.40/3).

Kişi özgürlük ve güvenliği ile ilgili olarak da anayasa-
daki düzenlemeye göre, “Tutuklanan kişilerin, makul süre
içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sıra-
sında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest
bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır
bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak
için bir güvenceye bağlanabilir” (m.19/7); “Her ne sebeple
olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede duru-
mu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna
aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak
amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sa-
hiptir” (m.19/8); “Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutu-
lan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel
prensiplerine göre, Devletçe ödenir” (m.19/son).

Anayasada yer alan "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" (m.141/4) şeklindeki düzenleme, aslında hukukumuz bakımından çok önemlidir. Bu düzenleme, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından büyük bir güvenceye işaret etmektedir. **Ancak bu madde öncelikle yasama ve yürütmeye hitap ettiği halde, yıllardır gerekli önlemler alınamamıştır. Bugün AİHM'nin ihlal kararlarının görünen yüzü yargı olmakla beraber, temeli yasama ve yürütmenin gerekli iyileştirme önlemleri almamasıdır.** Bu iyileştirme önlemleri sadece maaş gibi bir husus değildir. İyileştirme, yargının hızlandırılmasını sağlayacak önlemlerin zamanında alınmasıdır. Kuşkusuz bu önlemlerin tümünün yargının etkin ve güvenceli olabilmesini sağlayabilecek biçimde alınması gerekir. Özetle, palyatif ve günü kurtarma şeklinde değil, hakkın etkin kullanımı, elde edilmesi, kısa sürede teslim edilmesi vb. önlemler olması gerekir.

Yargıdaki iyileştirmeler, devletin öncelikli görevleri arasındadır. Bu iyileştirmeler, yargı organında görev alanların şahısları için değil, tüm toplum içindir. Çünkü, toplum düzeninin korunması, demokratik hukuk devleti olmanın olmazsa olmazıdır.

İlk derece adliye mahkemelerince verilen kararlar temyiz üzerine Yargıtay tarafından incelenir. Anayasadaki düzenlemeye göre, "Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir" (m.154/1)¹.

1 Benzeri düzenleme Anayasada idari yargı için, "Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" (m.155/1) ve askeri yargı için de. "Askerî Yargıtay, askeri

Anayasadaki bu düzenlemeler gösteriyor ki, davaların makul sürede bitirilmesi ve verilen kararlara karşı etkin başvuru yolu, kişi özgürlük ve güvenliği ile adil yargılanma güvenceye alınmıştır. Anayasanın 90/son maddesindeki düzenleme gereğince lehe temel haklar bakımından, AİHS hükümleri yasalardan öncelikli uygulanma gücüne sahiptir. Bunlar arasında adil yargılanma hakkı yer aldığı gibi (AİHS, m.6), AİHM'nin konuyla ilgili kararlarının da dikkate alınması gerekir. Çünkü AİHS hükümlerini yazılı metinden çıkarıp, fiilen hakların teslimini sağlayacak mekanizma AİHM kararlarıdır. AİHM kararları, bir bakıma Sözleşme hükümlerinin ne dediğinin açıklanmasıdır. AİHM kararları, üye ülkeleri bağladığına göre, bu kararlardan sadece üye ülkeyle ilgili olanların bağlayıcılığından değil, diğer üye ülkelerle ilgili kararların da, o davaya taraf olmayan ülkeler bakımından prensipte bağlayıcılığının kabul edilmesi zorunludur. Aksi takdirde, üye ülkenin kendisiyle ilgili karar doğrultusunda işlem yapıp, diğer ülkelerle ilgili kararlara karşı göz ve kulağını kapaması ortaya çıkar.

AİHS'nin bir Avrupa kamu düzeni vardır. Bu kamu düzeni, iç hukuklarda hem sözleşme hükmüne, hem de AİHM kararlarına uygun önlemlerin alınmasını gerektirmektedir.

Etkin başvuru yolu, hak aramanın etkinliğinin sağlanabilmesi için, yargılamanın sona ermesinden sonra (nihai karar) için olduğu kadar, ara kararlar bakımından da önem taşımaktadır. Örneğin, yakalama, tutuklama, arama ve diğer ara kararlara karşı da başvuru yolunun sadece

mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" (m.156/1) şeklinde yer almıştır.

şeklen değil, temel hak ve özgürlükler lehine sonuç almayı sağlaması gerekir.

Artık bir davanın bağımsız ve tarafsız mahkemede görülmesi ve nihai karara karşı temyiz benzeri başvuru yolunun varlığı yetmiyor. Nihai karara etkisi olsun veya olmasın, nihai karara kadar geçecek süre boyunca yapılacak işlemler için de etkin başvuru yolunun sağlanması zorunludur.

Günümüzde davaların çoğalması, yargının iş yükünün artması ve işlerin karmaşıklığı gibi nedenlerle davaların uzaması karşısında, ara aşamalarda etkin başvuru yollarının geliştirilmesi gerekmektedir. Hatta makul sürede ve etkin hak arama yolunun olmaması karşısında, ara önlemlerin alınması daha da büyük öneme sahiptir.

Ülkemiz bakımından makul sürede davaların bitirilememesi nedeniyle AİHM'ce verilen ihlal kararlarının sayısındaki artışlardan da anlaşıldığı üzere, bu tür ara başvuru yollarının geliştirilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Kişilik haklarının korunması bakımından, özellikle ceza davalarında, hiç değilse makul süre aşılsa da ara başvuru yollarının güvenceli olarak düzenlenmesi ve işletilmesi durumunda ihlaller azalabilir. Zaten ara başvuru yollarının iyi işletilmesi, davanın bir an önce bitirilmesini de sağlayacağından, bu yolla makul sürede dava bitirmeye de katkıda bulunulmuş olunacaktır.

Başvuru hakkının etkin kullanımına olanak verebilecek açık yasal düzenleme bulunmaması bir yana, uygulamada da buna uygun davranılmadığı, AİHM tarafından verilen kararlardan anlaşılmaktadır. Temyiz incelemesinde, karardaki isabet ile davaların uzamasına sebebiyet veren Cumhuriyet savcısı ve yargıca Yargıtay'ın "not" fişi dü-

zenleme yetkisinin elinden alınması², başvuruda yeni bir güvencesizlik oluşturabilecektir³. Yargıtay'ın temyiz ince-

- 2 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasındaki düzenlemeye göre (m.33/1), "Birinci sınıf olan hâkim ve savcıların başarılı olup olmadıkları; müfettiş hâl kâğıtları, iş cetvelleri, **kanun yolu incelemesinden geçen işleri** ile varsa mesleki ve akademik konulardaki faaliyetlerine ilişkin diğer bilgi ve belgeler dikkate alınarak, üç yılda bir Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca değerlendirilmesi suretiyle tespit edilir". Bu fıkrada yer alan "not oranları" ibaresi, 31.3.2011 gün ve 6217 sayılı Yasanın 18 inci maddesiyle "kanun yolu incelemesinden geçen işleri" şeklinde değiştirilmiştir. Yine 6217 sayılı Yasayla (m.31), 2802 sayılı Yasası'nın 28 nci maddesinde yer alan ve Yargıtay ile Danıştay'ın temyiz incelemesindeki not fişi düzenleme yetkilerine son verilmiştir. Şimdi, "kanun yolu incelemesinden geçen işler" Yargıtay ve Danıştay'ın inceledikleri dava dosyasında yargıç ve savcının delil toplama veya karar vermedeki performanslarına göre her dosya için not fişi düzenleme yetkileri kaldırıldığı için, bu hususu değerlendirme yetkisi, **genellikle ve çoğunlukla teftiş ettiği yargı mensubundan daha kudsiz olan Adalet Müfettişlerinin değerlendirmelerine göre terfi yaptırılacaktır.**
- 3 Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 31/b maddesiyle yürürlükten kaldırılan 2802 sayılı Yargıtay Yasası'nın 28 nci maddesinde yer alan Yargıtay tarafından verilen "not fişi" düzenleme yetkisi elinden alınmıştır (31.3.2011 gün ve 6217 sayılı Yasa, R.G.: 14.4.2011, Resmî Gazete, Sayı : 27905).

Eski yasa döneminde, Yargıtay'ın incelediği her dosya ile ilgili olarak yargı mensubuna verdiği not ile Adalet Müfettişinin denetlemelerde verdiği notlar(kanaat) terfi de birlikte dikkate alınıyordu. Yargıtay not fişi düzenlerken, eleştirilere karşın belli objektif ilkeler de belirlemişti.

Şimdi getirilen düzenlemeyle, Yargıtay'ın verdiği not kaldırılarak terfi tamamen Adalet Müfettişinin değerlendirmesiyle gerçekleşebilecektir. Yargıtay'ın verdiği notun terfi de dikkate alınması sisteminden vazgeçilirken, terfiler, dolayısıyla yükselme ve görev yeri belirlenmesinde Adalet Bakanlığının ve Kurulun yetkisi tekil hale getirilmiştir. Oysa yapılması gereken husus, eski sistemin aksayan yönlerinin düzeltilmesi ve daha güvenceli ve objektif bir sistemin getirilmesi iken, tersine yargı güvencesi zayıflatılmıştır. Bu konuda 7-8 Şubat 2008 tarihinde Adalet Bakanlığınca Ankara Hakimevi'nde gerçekleştirilen Bölge Adliye Mahkemeleri Yasasında değişiklik yapılması konusunda gerçekleştirilen toplantıda dile getirdiğim kararın ve bilahare Adalet Bakanlığına mail aracılığıyla gönderdiğim 20 sayfalık yazımda bu hususa dikkat çekmiştim, dikkate alınmadığı gibi, tam tersine düzenleme getirilmiştir. Toplantıda dile getirilen, Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarının temyiz incelemesi sonunda yargı mensuplarına Yargıtay ilgili dairesinin terfi de esas alınacak not fişi düzenlememesi yönündeki eğilime karşı **görüş yazımda şunları dile getirmiştimm:**

"2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 28 nci maddesi gereğince, Yargıtay ilgili dairesince incelenen dosya bakımından Yargıç ve Savcıya not verilmesinin mutlaka korunması gerekir. Zira bir mahkemenin kararının bir Yüksek Mahkemece incelenmesinin kabul edilmesi ve bu kararlarla ilgili değerlendirmede bulunulması halinde, not takdir edilmesinin doğal ve zorunlu kabul edilmesi gerekir. Hak arama yolunu tanıdıktan sonra yurttaşın davası ile ilgili olarak, isabet durumuna göre not verilmemesinin haklı bir gerekçesi olamaz.

lemesi sırasında dava dosyasının aşamalarını dikkate alarak not fişi düzenleme yetkisi, davaları sürüncemede bırakan yargı mensuplarının dikkatli davranmalarını kısmen de olsa sağlayabiliyordu. Not fişi düzenleme yetkisinin kalkması, terfide müfettiş değerlendirmesini öne çıkarmıştır. Oysa müfettişlikte aranan mesleki kıdem ile Yargıtay Üyeliğindeki mesleki kıdem kıyaslandığında, beş Yargıtay

Kaldı ki, müfettişlerce denetimleri dahi düşünülmeyen bu mahkeme yargıç ve savcılarının bu mahkemelerde sürekli çalışmaları düşünülemeyeceğine göre(m. 43 ve 44'de dördür yıllık görev süreleri var), kendilerinin bu göreve tekrar atanmaları veya başka bir mahkemeye atanmaları gerektiğinde objektif bir değerlendirmede bulunulması gerekecektir. Bu objektif değerlendirmede nasıl ki ilk derece mahkemelerindeki yargıç ve savcılar için bölge adliye mahkemelerince (2802, m.28/6) not veriliyor; bölge adliye mahkemesi yargıç ve savcılar için de Yargıtay Dairelerince not verilmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemelerde görev yapacak olanların leh veya aleyhlerine subjektif değerlendirmelerle, süre sonunda, atamaya gidilebilecektir. Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı bakımından ise, subjektif ölçütlerin yerinin olmaması gerekir. Bölge Adliye Mahkemelerince verilip, temyiz incelemesinden geçmeyen davalar için mevcut düzenlemede (2802, m.28/6) not sistemi uygulanmamaktadır. Şayet Yargıtay Üyelerine not verilmediğine göre, bölge adliye mahkemelerinde görev yapan yargıç ve savcılara da not verilmesin şeklinde düşünce olursa, buna verilebilecek yanıt, Yargıtay kararlarına karşı yargı yoluna gidilememesidir. Yargıtay'ın ilk derece sıfatıyla baktığı dava sayısının fazla olmaması da gözletildiğinde bölge adliye mahkemesi-Yargıtay kıyaslaması yapılması doğru olmaz. O nedenle madem ki bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolu kabul ediliyor, öyleyse bir değerlendirme yapılması ve not verilmesi gerekiyor.

Diğer yandan Yargıtay Üyelerinin bir başka yere veya göreve atanmaları söz konusu olmadığından, ilk derece veya bölge adliye mahkemesi yargıçlar ve savcılar için mevcut olan nota dayalı olarak başarıyı ölçecek bir mekanizmaya da gerek duyulmamıştır. Oysa bölge adliye mahkemesindeki görev süresi biten meslektaşlarımızın süre sonunda ya tekrar bölge adliye mahkemesinde aynı veya başka bir göreve yahut ilk derecede bir başka göreve atanmasının gerekmesi nedeniyle, bir başarı/başarısızlık ölçütü (not verilmesi gibi) şarttır.

Ancak 5271 sayılı Yasanın 231 nci maddesi ve kimi özel yasalarla, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun getirilmesi ve sonradan yapılan değişikliklerle kapsamının genişletilmesi karşısında, sonuç cezanın dikkate alınacak olması ve 2 yıl hapis ve para cezaları ile ilgili çok sayıda dosyanın temyiz değil, itiraz yasa yoluna götürülebilmesi bakımından, bu tür dosyalar için itiraz yolunda farklı bir not verilmesi (veya değerlendirme yapılabilmesi) hususunda da çalışma yapılması gerekir" (Doç. Dr. İbrahim Şahbaz). Fakat, şimdi, sadece istinaf mahkemesi yargı mensupları için değil, tüm ilk derece mahkemeleri yargı mensupları için Yargıtay ve Danıştay'ın not fişi düzenlemesi sistemi yürürlükten kaldırılarak, terfi konusu tamamen Adalet Müfettişlerinin değerlendirmelerine bırakılmıştır. Sadece Adalet Müfettişinin değerlendirme raporu üzerinden HSYK'nun karar vermesi sisteminin yanlış olduğunun kısa sürede anlaşılacağı ve güvenceli bir sistemin getirileceğini ümit ediyorum.

üyesinden esirgenen not fişi düzenleme sisteminden vazgeçilmesi ve yerine daha güvenceli bir sistemin getirilmesi karşısında, yargıç ve Cumhuriyet savcılarının bazen lehlerine, bazen aleyhlerine terfi etkileri ortaya çıkabilecektir. Bunlar da hakkın tesliminde başrol oynayan yargı mensuplarının özlük haklarındaki yetersiz olan eski düzenlemelerden daha da geriye gidiş olmuştur.

Aşağıda başvuru hakkının kullanımı bakımından AİHM'nin Türkiye ile ilgili son kararlarına yer verilecektir.

III-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

A-AİHS'nin 6 ve 13'üncü Maddeleri Yönünden

-AİHM, Türkiye ile ilgili olarak⁴, 17 Eylül 1992 tarihinde başlamış ve henüz sona ermemiş bir davayla ilgili olarak, "Yargı süreci halen derdesttir ve Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yerini alan Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılama on altı yıl dokuz gün sürmüştür" (...) "AİHM, daha önce de Türk hukukununun AİHM'nin 13.maddesine uygun olarak yargılamanın uzunluğu şikâyetine karşı etkili bir başvuru yolu sunmadığı tespitinde bulunduğunu hatırlatır"⁵ dedikten sonra, benzeri başvurularla ilgili kararına yollamada bulunup⁶, sözleşmenin 6/1 nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, bu kararında, Sözleşmenin 6/1. maddesi uyarınca adaletin tecelli etmesi için gerekli yükümlülükleri yerine getirmek bakımından davanın bir an evvel sonuç-

4 AİHM, 2.Daire, Harun Kartal-Türkiye Davası, Başvuru No: 23574/04,13.10.2009.

5 AİHM, Daneshpayeh-Türkiye Kararı, no: 21086/04, 16.7.2009.

6 AİHM, Pélissier ve Sassi-Fransa Kararı, no: 25444/94, CEDH 1999-II.

lanması sağlanarak ihlale son verilmesinin uygun bir yöntem oluşturacağına işaret etmiştir⁷.

-AİHM, 10 yıl 3 ay⁸ 11 yıl 5 ay süren davalarda makul sürenin aşıldığına karar vermiştir⁹.

-Bir başka kararında da AİHM, uzun süren yargılamaya karşı başvuru yolunun bulunmamasını AİHS'nin 13.ncü maddesine aykırı bulmuştur¹⁰. Çünkü bu davada sanık 9 yıl 2 ay tutuklu kalmıştır. AİHM, başvurucunun, yargılama süresinin uzun olması yönündeki iddiasını, ulusal mahkemeler önünde sunmasına olanak tanıyacak etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı yönündeki sızlanmayı; benzeri kararlarına yollamada bulunarak¹¹, AİHS'nin 13.ncü maddesinin ihlal edildiğine işaretle bir genelleme yaparak, "**Türk hukuk düzeni, ihtilafli yargılama süresine itirazda bulunabilmesi için başvurana hiçbir etkili iç hukuk yolu sunmamaktadır**" demiştir.

-AİHM bir kararında özetle¹² 12 yıl 6 ay, 8 yıl 6 ay, 12 yıl, 10 yıl 11 aydan fazla süreleri adil yargılama yönünden aşırı bulduğu gibi; yine genellemeyle, **Türk hukuk sisteminin başvuruculara** AİHS'nin 13.ncü maddesi anlamında ceza yargılamasının uzunluğundan şikayet etmelerine

7 Benzeri kararlar, AİHM, 2.Daire, Arkan-Türkiye Davası, Başvuru no: 14071/04; 1 Aralık 2009; Yakışan-Türkiye Kararı, Başvuru No: 11339/03, 6.3. 2007; 3.Daire, Yörük-Türkiye Davası, Başvuru no: 23707/02, 20.10.2009.

8 Yusuf Büyükdag-Türkiye Davası, Başvuru no: 22920/04, 27.10.2009.

9 AİHM, Mehmet Ali Ayhan-Türkiye Davası, Başvuru no: 20406/05, 3.11. 2009.

10 AİHM, Çeven-Türkiye Davası, 2.Daire, Başvuru no: 41746/04, 24.11. 2009; AİHM, Adıyaman ve Erman/Türkiye, 2.Daire, Başvuru No: 38372/06 ve 24572/08, 26.10.2010; Daneshpayeh/Türkiye.No:21086/04, paragraf.35-38, 16.7.2009.

11 Tendik ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 23188/02, 22 Aralık 2005 ve Bahçeyaka-Türkiye, Başvuru no: 74463/01, 13.7. 2006.

12 Şayık vd-Türkiye Davası, 2.Daire, Başvuru numaraları: 1966/07, 9965/07, 35245/07, 35250/07, 36561/07, 36591/07 ve 40928/07, 8.12. 2009.

olanak sağlayan **etkili bir itiraz yolu sunmadığı sonucuna varmıştır**¹³.

-AİHM bir başka kararında da¹⁴, yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığını belirlemek için, davanın karmaşıklığı, başvuru ile yetkili makamların tutumları başta olmak üzere, dava koşulları ve AİHM'in yerleşik içtihatlarının incelenmesinin gerekliliğine işaret ettikten sonra¹⁵; yargılamanın uzunluğu (17 Haziran 1996 tarihinde gözetim altına alma ve 11 Nisan 2002'de temyizden onamaya kadarki süre) yanında, yargılamanın büyük bir kısmında tutukluluk halinin devamına karar verilmesini gözlemleyip, sözleşmenin 6/1 nci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

-AİHM, Sözleşmenin 6 ncı maddesindeki hakka ilişkin değerlendirmesinde, "**Türk hukuk sisteminin davacılara, bu madde hükmü anlamında, yargılama süresini şikayet edebilecekleri etkin bir itiraz yolu sunmadığını daha önce de teyit ettiğini hatırlatmaktadır(...)**" demiştir¹⁶.

-Bir başka kararında da AİHM, **iç hukukta etkin başvuru yolu yoksa iç hukuk yollarının tüketilmesini beklemeksizin başvuruyu incelerim** demiştir¹⁷.

13 Benzeri kararlar Tendik ve diğerleri-Tülme, Vurankaya/Türkiye, no: 9613/03, 10.5.2007.

14 AİHM, Ümit Aydın-Türkiye, 2.Daire, Başvuru No: 33735/02, 5.01.2010.

15 Pélissier ve Sassi Davası-Fransa, no: 25444/94, CEDH 1999-II.

16 Ergül ve diğerleri-Türkiye, 2.Daire, 20.10.2009, No: 22492/02. Benzeri karar, Türkiye aleyhine Ebru ve Tayfun Engin Çolak davası, No: 60176/00, prg.107, 30.5.2006.

17 Pınar Şener-Türkiye, 2.Daire, No:17883/04, 18.11.2008.

AİHM birçok kararında aynı eksikliklere işaret etmesine karşın gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle, Türkiye aleyhine yapılacak tüm başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesini araştırmaya gerek görmeden incelemede bulunabileceğini göstermektedir. AİHM'nin bu içtihatları, giderek, her başvuru yönünden, etkili iç hukuk yolu bulunmadığından, tüm başvuruların iç hukuk yolu tüketilmeden incelenebileceği yöne doğru gitmektedir.

-Bir başka kararında AİHM¹⁸, cezaevinde bulunan kimseye hakkındaki mahkumiyet hükmünün ilan yolu ile tebliğ edilip kesinleştirilerek infaza başlanması olayında, temyiz isteminin reddedilmesini, iç hukuktaki kararın henüz kesinleşmediği; **“Devlete düşen yükümlülüğün kendi hukuk sistemini AİHS'nin 6.maddesinde öngörülen haklara etkili bir erişimi tanıyacak ve ülkedeki bütün adli merciler arasında iletişimi sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapmak olduğu”** gerekçesiyle ihlale karar vermiştir. Bu kararında AİHM, Sözleşmenin 6/1 nci maddesi gereğince başvurucunun “mahkemeye erişimi”nin engellendiği yönündeki şikayetini kabul edilebilir buldu ve ihlal kararı verdi.

Böylece AİHM, iç hukukta yer alan bir yasa metninin gereğinin yapılması zorunluluğuna, yani yasa hükmünün kağıt üzerinde bırakılmaması gerektiğine işaret etmektedir. Gerçekte, Anayasa ve yasa ile tarafı olunan Sözleşme hükümlerinde yer alan haklardan etkin yararlanmanın sağlanamadığı bir ortamda, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünden söz edilemez. Bu kavramları tanınmaz hale getirmek yerine, özünden ayrılmayacak biçimde iki ayak üzerinde durdurulması gerekir.

18 AİHM, 2.Daire, Davran-Türkiye Davası, Başvuru no: 18342/03, 3.11.2009.

Hakkın özü sadece yasama işlemleriyle zedelenmez; hakkın özü, anayasa, sözleşme ve yasada düzenleniş amacına uygun kullanımının sağlanmamasıyla veya hakkın elde edilmesinin önündeki engellerin kaldırılmamasıyla da çığnenir. AİHM'nin bu kararları, Türkiye'de hakkın özünün, yasamanın gerekli önlemleri almamak suretiyle çığnediğinin de en güzel kanıtıdır.

Nitekim AİHM bir kararında iç hukuktaki yasa hükmü doğrultusunda işlem yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Bu karara göre, bir yargıcın davayla ilgili olarak iki ayrı yasa yolu aşamasında görev alması tarafsızlıkla bağdaşmaz. İç hukukta tarafsızlığın ihlal edilmiş sayılacağına ilişkin açık bir düzenleme var ve buna rağmen karar iç hukuka aykırı verilmişse, AİHM bu durumu tarafsızlığın ihlali olarak kabul etmektedir. Örneğin, AİHM, Avusturya'da, bir davayla ilgili olarak karar vermiş bir yargıcın o kararın yasa yolu davasında da karara katılmasını tarafsızlığın ihlali olarak kabul ederek, iç hukukun tarafsızlık konusunda her türlü kuşkuyu ortadan kaldırması gerektiğine vurgu yaparak, üye ülkenin kendi iç hukukuna uymadığını da dikkate alarak ihlal kararı vermiştir¹⁹.

-AİHM'nin bu konudaki kararları içerik olarak aynı olmakla beraber, somut olaya göre farklı gerekçelerle, iç hukukta dava ile ilgili etkin başvuru yolu bulunmamasını ihlal olarak kabul etmektedir. Örneğin, **AİHM, iç hukukta insanların makul bir süre içerisinde davalarının çözüme ulaştırılmasını isteme haklarını kullanabilmelerine olanak sağlayan bir başvuru yolu bulunmadığı gerekçe-**

19 Oberschlick/Avusturya, paragraf:50, 23.5.1991.

siyle AIHS'nin 13 ncü maddesinin ihlal edildiği tespiti-
tinde bulunmuştur²⁰.

-Yeni bir kararında AIHM, “buna benzer bir şikayeti daha önce inceleme fırsatı bulduğunu ve Türk hukuk sisteminin davalılara AIHS'nin 13. maddesi anlamında ceza yargılamasının uzunluğundan şikayet etmelerine olanak sağlayan etkili bir itiraz yolu sunmadığı sonucuna vardığını kaydetmektedir(...) Hükümet, örnekten farklı bir sonuca varmayı gerektirecek herhangi bir olgu ya da argüman sunmadığından, AIHM mevcut davada aynı hükme varmaktadır” diyerek, Sözleşmenin 6/1 ve 13 ncü maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir²¹.

-AIHM, bir kararında²² Türkiye'nin yasal düzenlemede bulunma yükümlülüğünü hatırlatmaktadır. Dolaşısıyla Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının tümünde yargının hatalı olmadığına işaret etmektedir.

AIHM'nin önüne getirilen olayda, 492 sayılı Harçlar Yasası'nın 28/1-a maddesinde yer alan “Karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Şu kadar ki, ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında peşin alınan harcın oranı yirmide bir olarak uygulanır. Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez”

20 Selahattin Çetinkaya-Türkiye, 2.Daire, No: 31504/02, 20.10.2009.

21 Şeyhmus Uğur ve Diğerleri/Türkiye, 2.Daire, No:1968/07 ile birleştirilen 23 dava dosyası, 19.10.2010. Ayrıca birleştirilen altı Başvuru ile ilgili de aynı gerekçelerle ihlal kararı verilmiştir. Ulu ve Diğerleri/Türkiye, 2.Daire, 7.12.2010.

22 AIHM,İkinci Daire Kararı, Sevgül Altıparmak /Türkiye, Başvuru No:27023/06, 20.7. 2010.

düzenlemesi ile hak arama özgürlüğünün kısıtlandığı değerlendirilmesinde bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu yasa hükmünün Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesine²³ karşın AİHM, **Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının geriye yürümemesi nedeniyle hukuka aykırılığın son bulmuş sayılamayacağı değerlendirilmesinde bulunarak, ihlal sonucuna ulaşmış ve hükümetin/yasamanın bu konuda tedbir alması gerektiğine işaret etmiştir.**

AİHM'nin söz konusu kararına göre, "AİHM, öncelikle bir Sözleşmecî Devlet'in ulusal hukuk düzeni tarafından verilen zorunlu **ve kesinleşmiş bir yargı kararının taraflardan birinin zararına etkisiz kalması durumunda, 6. maddenin 1. paragrafıyla güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının anlamsız hale gelmiş olacağını hatırlatmaktadır.** Bu nedenle, **bir mahkeme kararı aşırı derecede geciktirilemez.** Bu bağlamda **pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla uygun ve yeterli yasal düzenlemeleri yapmak her Sözleşmecî Devlet'in görevidir.** AİHM, ayrıca 492 sayılı yasada belirlendiği şekliyle mahkeme kararlarının infazına bağlı koşulları daha önce incelediğini hatırlatmaktadır²⁴. Bu vesileyle AİHM, bu harçların peşin ödenme zorunluluğunun icra işlemlerinin başlatılmasını fiilen sınırladığını ve yargılama masraflarının ödenmesinin hukuk mahkemelerine erişim için bir kural haline geldiğini kaydetmektedir.(...) Tüm bu unsurlar, AİHM'nin ulusal yetkililerin başvuranın mah-

23 AMK, E.: 2009/27, K.: 2010/9 ve 14.1.2010 günlü kararı ile 492 sayılı harçlar Yasasının 28/1-a maddesinin ikinci cümlesinde yer alan, "Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez" düzenlemesini Anayasanın 2 ve 36 ncı maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

24 AİHM burada aynı konuda daha önce verdiği Osman Yılmaz kararına yollamada bulunmaktadır.

kemeye erişme hakkını kısıtladığı ve bu hakkını esas bakımından ihlal ettiği sonucuna varmasına yetmektedir” gerekçesiyle, AİHS'nin 6 ncı maddesinin 1 nci paragrafının ihlal edildiğine karar vermiştir.

-Bir kararında AİHM²⁵, verdiği bir çok kararındaki temel ilkelere işaret ederek, dokuz yıldan fazla olan yargılama süresinin aşırı olduğu ve “makul süre” koşuluna uyulmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 6/1 nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

-AİHM, bir başka kararında da²⁶, yargılama süresi üzerinde durduktan sonra, 11 yıl 8 aylık süreyi “makul” kabul etmemiştir (m.6). Bu kararında da AİHM, Türkiye ile ilgili birçok karar incelediğini ve bu davadaki olay ile diğerleri arasında yargılama süresi bakımından farklılık bulunmadığına işaret etmiştir.

-Bir başka kararında AİHM²⁷, yedi yılı aşkın süredir devam eden dava nedeniyle şunlara işaret etmektedir: “ulusal mahkemelerin özensizliğine yönelik tespitini göz önüne alan AİHM, kendisine sunulan tüm belgeleri inceledikten sonra, Hükümetin mevcut davada farklı bir sonuca varmasını sağlayacak herhangi bir olgu veya argüman ortaya koymadığı kanaatine varmaktadır” diyerek makul sürenin aşıldığına karar vermiştir.

25 AİHM, İkinci Daire, Ulu ve diğerleri/Türkiye, 7 Aralık 2010. Bkz. Kutlar ve Ocaklı/Türkiye, Başvuru No:41433/06 ve 47936/08, 1.2.2011 tarihli kararda da aynı gerekçelerle Sözleşmenin 5/3 ve 5/4 ncü maddelerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

26 AİHM, İkinci Daire, Devher Karabulut/Türkiye, Başvuru No:39783/06, 30 Kasım 2010. AİHM, bir başka kararında da (İkinci Daire, Vardar/Türkiye, Başvuru No:35150/06, 26 Ekim 2010), 6 yıl 9 ay, 4 yıl 11 ay, 6 yıl 5 ay ve 5 yıllık yargılama sürelerini uzun bulmuştur.

27 AİHM, İkinci Daire, Çiğnerhun Öner/Türkiye, Başvuru No:2857/07, 23.11.2010.

-AİHM, aşağıda belirteceğimiz gibi, 5 nci maddeyle ilgili kararlarında da aynı hususları dile getirmiştir. AİHM, Sözleşmenin 6 ncı maddesinin ihlal edildiğine ilişkin kararlarında, uzun süren yargılama konusunda etkili başvuru yolu bulunmadığına işaret etmektedir. Gerçekte hukukumuzda yargılamanın uzun sürmesine karşı açık bir başvuru yolu bulunmamaktadır. Bu konuda AİHM kararlarından önce vatandaşlarımızın da sızlanmaları söz konusudur. Sözleşmenin 6 ncı maddesinde belirtilen “makul sürede” yargılamanın bitirilememesi, beraberinde 13 ncü maddenin de ihlaline sebebiyet vermektedir. Çünkü **tutuklu işlerde yargılamanın uzun sürmesi ve tutukluluğun devamına karar verilmesi 5 ve 6 ncı maddelerin ihlali olduğu gibi, bu iki maddedeki hakların güvence de olabilmesi için gerekli olan etkin iç başvuru yolunun bulunmaması da 13 ncü maddenin ihlaline sebebiyet vermektedir** ²⁸.

-AİHM bir başka kararında ise²⁹, sınır dışı etme amacıyla gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılması konusunda açık yasal düzenleme bulunmadığından ihlale karar vermiştir.

-AİHM³⁰, mahkemede **sahte avukat tarafından temsil** edilen başvurucunun, ceza davası sürecinde adli yetki ve nitelikleri olan gerçek bir avukattan yardım aldığı yegâne safhada tanıkların dinlenmemesi, başvurana davasını silahların eşitliği ve vicahi yargılama ilkeleri açısından

28 AİHM, İkinci Daire, Başvuru No: 1651/05, 21.12.2010. Bu kararda da Sözleşmenin 5, 6 ve 13 ncü maddelerinden ihlal kararları verilmiştir. Yargılama süresince etkili bir hukuk yolu bulunmadığına ilişkin bkz. Doğan ve Kalın/Türkiye, İkinci daire, Başvuru No: 1651/05, 21.12.2010.

29 AİHM, İkinci Daire, Charahılı/Türkiye, Başvuru No:46605/07, 13.4. 2010.

30 AİHM, İkinci Daire, Karadağ/Türkiye, Başvuru No: 12976/05, 26.6. 2010.

tatmin edici koşullarda sunmasına olanak tanınmadığına karar vermiştir. AİHM bu durumun, AİHS'nin 6. maddesinin 3d paragrafının, 6. maddenin 1. paragrafıyla bağlantılı olarak ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bu davada ayrıca AİHM, “mevcut davada, başvuran sadece şüpheliyken, yani **henüz mahkûm edilmemişken**, bir **televizyon programının konusu olmuş ve bu programda hazırlanan kurgu filmde başvuranın rolünü oynayan aktör bir cinayet işlerken görüntülenmiştir**. Bu kurgu film zaman zaman gerçek tanıkların görüntüleriyle kesilmiştir. Bu tanıklar arasında yer alan bir **kriminal polis müfettişi soruşturmanın** ayrıntılarını ve suçun koşullarını **başvuranın suçluluğuna şüphe bırakmayacak şekilde açıklamış**” ve “AİHS'nin 6. maddesinin 2. paragrafı, 10. madde bakımından yetkililerin devam eden **cezai soruşturmalar hakkında kamuoyunu bilgilendirmelerini engelleyemez, ancak bu yapılırken masumiyet karinesine saygının gereği tüm ihtiyat ve ölçülülüğe riayet edilmesini öngörür**. Mevcut durumda, AİHM her ne kadar güvenlik güçlerinin başvuranın iddia ettiği gibi basınla menfaat karşılığı yaptığı olası işbirliğinin koşulları hakkında fikir yürütmeye muktedir olmasa da, **soruşturmaya katılan bir polisin bir televizyon programında yer almayı kabul ederek başvurana isnad edilen suç konu alan bir senaryoya ortak olduğunu hatırlatmayı görev bilir**. AİHM, üstelik suçun işlenme koşullarını anlatan polisin tanıklığı yayınlanırken, başvuranın olayın yeniden canlandırılması sırasında, polis tarafından çekilen video kayıtlarındaki görüntülerinin verildiğini kaydetmektedir. Bu görüntülere bakıldığında, **AİHM, basının sadece olayın yeniden canlandırılma operasyonunu ve başvuranın polislerle konuşmalarını filme almakla kalmadığı**

nı, aynı zamanda başvurunu isnad edilen suç hakkında sorguladığını gözlemlemektedir.

Bu koşullar altında AİHM, başvuranın hakkı olan masumiyet karinesine saygı ilkesini hiçe sayarak, onu suçlu bir konuma yerleştiren polis yetkililerinin sergilediği bu davranışın masumiyet karinesiyle bağdaşmadığı kanaatine varmaktadır. Diğer taraftan Hükümet, basının hangi koşullarda olay yerine girerek, başvuranın da yer aldığı yeniden canlandırma operasyonunu filme aldığına hiçbir açıklama getirmemektedir.

Yukarıda anlatılanları dikkate alan AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin 2. paragrafının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır” demiştir.

Bu davanın esasıyla ilgili olarak da AİHM, “masumiyet karinesi ilkesinin cezai anlamda bir usul teminatıyla sınırlı kalmayıp, daha geniş kapsamlı olduğunu ve hiçbir Devlet temsilcisinin bir mahkeme tarafından mahkûm edilmeden bir kişiyi suçlu olarak gösteremeyeceğini hatırlatmaktadır”³¹. Ayrıca, “masumiyet karinesi sadece bir hakim ya da bir mahkeme tarafından değil, başka resmi makamlar tarafından da ihlal edilebilir”³². Bu konuda AİHM, “daha önce de müfettişler tarafından verilen basın toplantıları sırasında masumiyet karinesi ilkesine saygı sorunuyla ilgili karar verme fırsatı bulduğunu hatırlatmaktadır”³³ demiştir.

31 Benzeri karar için bkz. Fransa aleyhine *Allenet de Ribemont* davası, 10.2.1995, prg. 35-36, seri A no 308.

32 Benzeri karar için bkz. Litvanya aleyhine *Daktaras* davası, no 42095/98, prg. 41-42, CEDH 2000-X.

33 Benzeri kararlar için bkz. Litvanya aleyhine *Butkevicius* davası, no 48297/99, prg. 50-52, CEDH 2002-II (alıntılar), ve Türkiye aleyhine *Y.B. Ve diğerleri* davası, no 48173/99 ve 48319/99, prg. 40-51, 28.10.2004.

Bu karar gösteriyor ki, Türkiye'de, gerek gerçek kişilerin, gerek tüzel kişilerin ve gerekse, siyaset adamları ile kamu görevlilerinin, devam eden soruşturma ve kovuşturmalarda yasalara saygılı olmaları gerekir. Bu saygı, hem devam eden soruşturma ve kovuşturmalarda yargıyı etkilememe, hem bireylerin suçsuzluk (masumluk) karinesi ve diğer kişilik haklarının korunması için zorunludur.

-AIHM, yeni kararlarından birinde, altmış başvuruyu birleştirerek, iç hukukumuzda yapılan yasa değişikliği ile hakkın teslim edilebileceği ve bu yeni yasa gereğince iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle, başvuruları reddetmiştir³⁴. Burada başvuru konusu işlemler ve AIHM'ne başvurular hukukumuzda iyileştirme getiren yasadan (22.7.2010 tarih ve 6008 sayılı yasa) önceki döneme ait oldukları halde, AIHM incelemesinde iç hukukta sonradan yürürlüğe giren yasa hükümlerini dikkate almıştır.

Davaya konu olaylarda, başvuranlar başvuru tarihinde çeşitli kurumlarda hapis cezası çekmekteydiler. Başvuranların tümü, ilgili cezaevi kurumlarının disiplin kurullarının verdikleri kararlarla cezaevi düzenini bozmaktan suçlu bulunmuş, cezaevlerinin yönetimi ve cezaların infazına ilişkin yönetmelikler uyarınca tümüne çeşitli disiplin cezaları verilmiştir. Kararlara yapılan itirazlar, 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Yasası uyarınca başvuranlar ya da avukatlarının ifadelerine başvurulmadan, dava dosyası dikkate alınarak sırasıyla infaz yargıcı ve Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

34 AIHM, Murat Arslan ve diğerleri/Türkiye, İkinci Daire, Başvuru No:9486/05 ve diğer 59 Başvuru, 25.01. 2011.

Bazı başvurular mektup ve/veya ziyaretçi haklarına yasak getirilmesine ilişkin olarak 8 nci maddeye, ya da konulan disiplin cezalarının ifade özgürlüklerini ihlal ettiği tezini savunarak 10 ncu maddeye atıfta bulunmuşlardır. AİHM, 22 Temmuz 2010 tarih ve 6008 sayılı yasa ile, İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 6. maddesinin, disiplin suçları isnat edilen tutuklu veya hükümlülerin kendilerini şahsen ya da avukat vasıtasıyla savunmalarına imkan verecek şekilde değiştirildiğini tespit ettikten sonra, yeni yasanın daha önce disiplin cezası almış tutuklu veya hükümlülerin yasanın yürürlüğe girmesini takip eden altı ay içerisinde İnfaz Hakimliğine yeni bir itirazda bulunma olanağı sağladığını belirterek, söz konusu yeni yolun erişilebilir olduğunu ve makul bir başarı şansı tanıdığı değerlendirmesinde bulunmuştur.

AİHM, yeni yasayla getirilen düzenlemenin etkili olup olmadığını değerlendirirken Hükümetçe sunulan ve yeni yapılan itirazın sonucunda infaz hâkimlerinin dava dosyasında yer alan kanıtları yeniden değerlendirerek disiplin cezalarını iptal ettiği ve dolayısıyla tutuklu/hükümlünün isnat edilen suçun tüm sonuçlarından kurtulduklarına ilişkin örnek kararları dikkate almıştır. AİHM, somut başvuruların iç hukuk yollarının tüketilmesi yükümlülüğünden muaf tutulmalarını sağlayabilecek istisnai koşullar bulunmadığını değerlendirerek 22 Temmuz 2010 tarih ve 6008 sayılı yasanın sunduğu yeni hukuk yolundan yararlanmaları gerektiğine karar vermiş ve başvuruların yeni yasayla getirilen düzenlemeler doğrultusunda başvuruda bulunmaları gerektiği sonucuna vararak, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle AİHM'nin 35/1 ve 35/4 maddeleri gereğince başvuruların reddine karar vermiştir.

Bu karar, etkili başvuru yolunun sağlanmasından önceki dönem karara bağlanmış işlemler bakımından hukukumuzda olumlu yönde değişikliklerin gerçekleştirilmesi halinde, etkili iç hukuk yolunun işlemden sonra mevcut hale geldiği gerekçesiyle, Türkiye'nin AİHM'nin bakmakta olduğu çok sayıda davadan ihlal görmeyebileceğini göstermektedir.

Diğer yandan ülkemizde anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklerin korunması için kabul edilen anayasa şikâyeti başvurularına ilişkin yasanın 45-51 nci maddelerinin yürürlüğe gireceği (6216, m.76/1-a) 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren, AİHM'nin Türkiye ile ilgili ve bakmakta olduğu davalar bakımından, iç hukukta etkili başvuru yolunun varlığından bahisle, ret kararı vereceğinin işareti-
dir.

-Bir başka kararında AİHM³⁵, 27 Mart 1997 tarihinde başvuranın yakalanması ile başlayan ve sona ermeyen yargılamanın, henüz iki dereceli yargıda incelenen tek bir dava için on iki yıl dokuz aydan fazla sürmesini Hükümetin, davanın karmaşıklığı iddialarını dikkate aldığı halde, Sözleşmenin 6/1 nci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, bu süre içerisinde davanın bitirilememesi ve tutukluluğun devam etmesine karar verilmesi nedeniyle kişi özgürlüğünün ihlal edilmesi de dikkate alınarak, en doğru yolun **"yargılamanın ivedilikle sonuçlanması veya AİHS'nin 5/3 maddesinin öngördüğü şekli ile yargılama sırasında başvuru sahibinin serbest bırakılması olacağı kanaatindedir"** demiştir. Yani bu kararında da AİHM, yargılamanın uzun sürmesinin özgürlüğün kısıt-

35 AİHM, Kürüm/Türkiye, 2 nci Daire, 26.01.2010 gün ve Başvuru no:56493/07 sayılı karar.

lanmasının da uzun süre devam etmesine sebebiyet verdiği dikkat çekerek, öncelikle yargılamanın makul sürede bitirilmesini, bu yapılamıyorsa, tutukluluğun devamına son verilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.

Adil yargılanma hakkı üç temel başlık altında değerlendirilmektedir. Bunlar, mahkemeye başvurma hakkı, mahkeme organizasyonunun kurulması ve yargılama güvenceleridir³⁶. Bu üç temel hususun şeklen kurulu olması yetmez. Bunların bireylere güvence vermeleri gerekir. Özellikle, başvuru hakkı ve organizasyonun olduğu ancak yargılama güvencesinin olmadığı bir sistemde temel hak ve özgürlüklerin güvencede olduğundan söz edilemez. Bu itibarla, AİHM kararlarında ifade edilen eksikliklerimizin giderilmesi zorunludur. Davaların makul sürede bitirilmesi zorunluluğu bireylere tanınmış bir haktır. İnsanların bu hakka kavuşabilmeleri için, daha seri ve güvenceli adımların atılması gerekmektedir. Davaların sadece makul sürede bitirilmesini istemek yetmez, bunu sağlayabilecek etkili başvuru yolunun da sağlanması gerekir³⁷.

B-AİHS'nin 5'inci Maddesi Yönünden

Başvuran, 7 Ekim 2003 günü saat 20:00'da, yaklaşık otuz kişiyle birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Irak'ta gerçekleştirdiği harekatı protesto etmek üzere düzenlenen bir

36 Korves, Robert: "Adil yargılanma Hakkı, AİHS m.6", Fasikül (Aylık Hukuk Dergisi), Yıl:3, Sayı: Kasım 2011, s.31.

37 Almanya'da uzun süren davalar nedeniyle Devletin sorumluluğu için AİHM kararları ikaz olarak kabul edilmekte ve en geç 2011 yılı sonuna kadar bu konuda önlem alınmasına işaret edilmiştir. Bkz. Ozan, Özlem: "Almanya'da Uzun Süren Davalar Yüzünden Devletin Sorumluluğu", Fasikül (Aylık Hukuk Dergisi), Yıl:3, Sayı: Kasım 2011, s.26.

gösteriye katıldığı gerekçesiyle yakalanarak gözaltına alınmıştır.

AİHM bu konuyla ilgili kararında³⁸, “yasal yolların” gözlenmesi dahil bir tutukluluk halinin “uygunluğu” bağlamında AİHS'nin sadece ulusal mevzuatın değil, aynı zamanda, gerektiğinde, ilgili şahıslara uluslararası hukukta yer alanlar dahil başka hukuki normların da uygulanmasını öngördüğünü her halükarda, AİHS, esas ve usul normlarının dikkate alınması zorunluluğu yanında, her türlü özgürlükten yoksun bırakmanın, sözleşmenin 5'inci maddesinin bireyi keyfiliğe karşı korumayı esas alan amacına uygun olmasını da şart koşmaktadır, demiştir³⁹.

Somut bu olay bakımından yapılan değerlendirmede ise AİHM, “mevcut durumda, tarafların sunduğu belgelerden, başvuranın 7 Ekim 2003 günü saat 20:00'da gözaltına alındığı ve 8 Ekim 2003 günü saat 21:00'da serbest bırakıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, gözaltı yaklaşık yirmi beş saat sürmüştür. Başvuranın kolektif olarak işlenen bir suç çerçevesinde yakalandığı varsayılırsa, olayın meydana geldiği dönemde yürürlükte olan CMK'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre, gözaltı süresi ancak Cumhuriyet savcısının yazılı izni ile dört güne kadar uzatılabilmektedir. Oysa, tarafların sunduğu belge ve argümanlara bakıldığında AİHM, başvuranın gözaltı süresinin CMK'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak uzatılmadığını tespit etmektedir. Bu tespit, AİHM'nin,

38 AİHM, İkinci Daire, Umar Karatepe/Türkiye, Başvuru No: 20502/05, 12.10.2010.

39 Bkz. diğer ülkelerle ilgili kararlar, Moldova ve Rusya aleyhine Ilaşcu ve diğerleri davası [GC], no 8787/99, prg. 461, CEDH 2004-VII, Gürcistan aleyhine Assanidze [GC], no 71503/01, prg. 171, CEDH 2004-II, Birleşik Krallık aleyhine McKay davası [GC], no 543/03, prg. 30, CEDH 2006-X, Almanya aleyhine Mooren davası [GC], no 11364/03, prg. 76, CEDH 2009 ve Fransa aleyhine Medvedyev ve diğerleri davası [GC], no 3394/03, prg. 79, 29.3.2010.

AİHS'nin 5. maddesinin 1c paragrafının ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir"⁴⁰.

Bu kararında AİHM, iç hukukumuzdaki düzenlemeye uygun işlem yapılmamasını da Sözleşmedeki bir hak düzenlemesine aykırı bulmaktadır. Dolayısıyla yargı organlarının her dava bakımından usul kurallarına özen göstermeleri gerektiğini ortaya koymaktadır.

-AİHM⁴¹, iç hukukta böyle açık bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle özgürlükten yoksun kalma söz konusu ise, bu durumun sözleşmeye aykırılık oluşturacağına işaret etmektedir. Somut olayda AİHM, "sınır dışı amacıyla tutukluluk kararı verme ve tutukluluk süresini uzatma ve böyle bir tutukluluk için süre koymaya ilişkin usulü belirleyen açık yasal hükümlerin yokluğunda, başvuranların maruz kaldığı özgürlükten yoksun bırakmanın, AİHS'nin 5/1 maddesi uyarınca 'yasalara uygun' olmadığı sonucuna varmıştır".

AİHM bu kararında, ayrıca, "**AİHS'nin 5/4 maddesi uyarınca, Türk hukuk sisteminin, başvuranların tutukluluklarının yasallığının adli denetime tabi tutulmasını sağlayabilecek bir hukuk yolu sunmadığı sonucuna varmıştır**" diyerek, yasal düzenleme eksikliğine işaret etmiştir.

-AİHM iç hukukta etkili başvuru yolu bulunmadığı gerekçesiyle çok sayıda ihlal kararı vermiştir. Bunlardan

40 1412 sayılı CYY'nın 128 nci maddenin 2 nci fıkrasındaki düzenleme, "Üç veya daha fazla kişinin bir suça iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya fail sayısının çokluğu ve benzeri nedenlerle Cumhuriyet Savcısı bu sürenin dört güne kadar uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir" biçimindedir.

41 AİHM, İkinci Daire, Kurkaev/Türkiye, Başvuru No: 10424/05, 19.10.2010,

biri de⁴², AIHS'nin 5/3, 5/4 ve 6/1 nci maddelerinin birlikte ihlal edildiği karardır. AIHM bu kararında 6 başvuruyu aralarında benzerlik olduğu gerekçesiyle birleştirerek sonuçlandırmıştır. Sözleşmenin 5/3 ncü maddesi yönünden, önceki kararlarında dile getirdiği ihlal gerekçelerini tekrarlamış ve somut olayda, önceki kararlarındaki gerekçelerinden farklı bir sonuca varmasını haklı kılacak neden bulunmadığından ihlal kararı vermiştir.

Bir başka deyişle AIHM, **“somut olayda farklı bir sonuca ulaşmasını sağlayacak ikna edici hiçbir tespit ve delilin Hükümet tarafından sunulmadığı”** gerekçesiyle, iç hukuk uygulamamız nedeniyle otomatik ihlal kararı vermeye başlamıştır.

Diğer yandan AIHM, Sözleşmenin 5/4 ncü maddesi bakımından yaptığı değerlendirmede de, tutukluluğa itiraz edilebilmesine ve karar verilebilmesine karşın, iç hukukumuzdaki tutukluluğa itirazın işleyişini ve gerekçelerini yeterli bulmadığından, önceki kararlarına yollamada bulunarak, **“Türkiye'de tutuklu yargılamaya itiraz imkânlarını incelemiş ve Hükümet'in, atıfta bulunduğu hukuk yolunun sanıklar için gerçek anlamda çekişmeli bir usul sunduğunu kanıtlamadığına”** şeklindeki gerekçeyle, “AIHM, somut olayda farklı bir sonuca ulaşmasını sağlayacak ikna edici hiçbir tespit ve delilin Hükümet tarafından sunulmadığı kanaatiyle” ihlale karar vermiştir.

42 AIHM, İkinci Daire, Ulu ve diğerleri/Türkiye,7 Aralık 2010. Bkz. Kutlar ve Ocaklı/Türkiye, Başvuru No:41433/06 ve 47936/08, 1.2.2011 tarihli kararda da aynı gerekçelerle Sözleşmenin 5/3 ve 5/4 ncü maddelerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

-Bir kararında AİHM⁴³, tutuklulukla ilgili olarak iç hukukumuzda, örneğin, basmakalıp gerekçelerle tutukluluğun devamına karar verildiği, itiraz bakımından etkili bir başvuru yolunun olmadığı, silahların eşitliği ilkesine uyulmadığı, “yargı organının hukuki nitelikte olmadığı”, yargılamada makul süreye riayet edilmediği, yargılama boyunca tutukluluğun sürdürüldüğü gerekçeleriyle Sözleşmenin 5/3-4 ncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

-Bir başka kararında AİHM⁴⁴, **hükümetin**, “başvuranların 1 Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte kalan eski (1412 sayılı) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 104. maddesi ve devamında ve yine bu tarihten itibaren yürürlüğe giren (5271 sayılı) yeni Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 100. maddesi ve devamında öngörülen hükümlere dayanarak tutuklama ve tutukluluk halinin devamı yönündeki kararlara itiraz etmediklerini kaydetmekte ve iç hukuk yollarının tüketilmediği” **şeklindeki görüşünü de dikkate alarak**, “1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu durumu dışında, daha önce Hükümetin benzer itirazlarını reddettiğini hatırlatmaktadır. Gerçekten de, AİHM yeni Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki durumlarda Türk hukuk sisteminin AİHS’nin 5. maddesinin 4. paragrafı anlamında davalıların **tutukluluk halinin yasallığına karşı çıkma imkânı sağ-**

43 Şeyhmus Uğur ve Diğerleri/Türkiye, 2.Daire, No:1968/07 ile birleştirilen 23 dava dosyası, 19.10.2010. Ayrıca birleştirilen altı Başvuru ile ilgili de aynı gerekçelerle ihlal kararı verilmiştir. Ulu ve Diğerleri/Türkiye, 2.Daire, 7.12.2010.

44 Şayık vd-Türkiye Davası, 2.Daire, Başvuru numaraları: 1966/07, 9965/07, 35245/07, 35250/07, 36561/07, 36591/07 ve 40928/07, 8.12.2009.

layan etkili bir itiraz yolu sunmadığını tespit etmiştir” (...)⁴⁵ demiştir.

-AİHM Kürüm/Türkiye kararında⁴⁶, bir suçlama nedeniyle 27.03. 1997 günlü gözaltı ve 01.04.1997 günlü tutukluluk üzerine başlayan ve 19.12.2002 günlü ömür boyu hapis cezasına mahkûmiyet kararının Yargıtay tarafından 16.9.2003 tarihinde bozulması üzerine, bu süre boyunca tutuklu kalması konusunda değerlendirmede bulunurken, başvuruçunun **“yakalanmasından itibaren, adli makamlar, başvuranın yinelenen serbest bırakılma taleplerini düzenli olarak reddetmiş ve ‘atılı suçun niteliği ve değerlendirilmesi’, ‘kanıtların durumu’ ve ‘dosyanın içeriği’ gibi her seferinde neredeyse aynı gerekçeleri temel alarak başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir”** diyerek, Türkiye’yi mahkûm etmiştir. AİHM, bu süre içerisinde davanın bitirilememesi ve tutukluluğun devam etmesine karar verilmesi nedenleriyle kişi özgürlüğünün ihlal edilmesi de dikkate alınarak, en doğru yolun **“yargılamanın ivedilikle sonuçlanması veya AİHS'nin 5/3 maddesinin öngördüğü şekli ile yargılama sırasında başvuruçunun serbest bırakılması olacağı kanaatindedir”** demiştir. Yani bu kararında da AİHM, yargılamanın uzun sürmesinin özgürlüğün kısıtlanmasının da uzun süre devam etmesine sebebiyet verdiğine dikkat çekerek, öncelikle yargılamanın makul sürede bitirilmesini, bu yapılamıyorsa, tutukluluğun devamına son verilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.

45 AİHM, benzeri kararlarna yollamada bulunuyor. Bkz.Türkiye aleyhine Koştı ve diğerleri davası, No:74321/01, prg. 20-24, 3.5.2007, ve Türkiye aleyhine Bağrıyanık davası, No: 43256/04, prg. 43-51, 5.6.2007.

46 AİHM, Kürüm/Türkiye, 2 nci Daire, Başvuru no:56493/07, 26.01.2010.

AİHM, başvuruçunun 18 Haziran 2007 tarihinde tutukluluk halinin devamı kararına itiraz etmesine karşın, itirazın 25 Temmuz 2007 tarihinde değerlendirildiği ve red kararı verilmesine de dikkat çekmiştir. AİHM, bu konuyla ilgili olarak, Hükümetin, davanın karmaşıklığı, kanıtların durumu, başvuruçunun terör örgütü ile olan ilişkisi ile adalete engel olma, suçun tekrarı ve firar tehlikesinin tutukluluk halinin devamını haklı kıldığı yönündeki savunmasını, davanın güçlüklerini kabul etmesine karşın, yerinde bulmayıp, önceki kararlarına yollamada bulunarak⁴⁷, başvuruçunun on iki yıldan fazla bir süreyi tutuklu geçirmesini Sözleşmenin 5/3 ncü maddesine aykırı bulmuştur. AİHM, bu kararında da, diğer birçok kararında olduğu gibi, tutuklulukta geçen süreyi fazla bulmakla kalmayıp, tutuklulukla ilgili itiraz başvurularının (tutukluluğun sonlandırılması istemlerinin) mahkemece değerlendirilmesinde, **“basmakalıp gerekçelere dayandırılmasının, AİHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmak için ve aynı zamanda böyle gerekçelerle mücadele etmek amacıyla kullanılacak itiraz yolunun başarılı olma ihtimallerinden şüphe duymak için önemli unsurlardan biri olduğunu hatırlatmaktadır”** demiştir⁴⁸. AİHM, tutuklulukla ilgili değerlendirmeler bakımından **“silahların eşitliği”** ilkesine uyulmadığı ve **“müteaddit defalar AİHM, söz konusu yargılamanın adli bir nitelik taşımadığına, özgürlükten yoksun bırakmada kabul edilen usul teminatlarını sunmadığına ve AİHS'nin 5/4 maddesinin gereklerini yerine getirmediğine hükmetmiştir.**

47 AİHM, Baltacı-Türkiye, Başvuru no: 495/02, 18.7.2006 ve Solmaz-Türkiye, Başvuru no: 27561/02; Dereci-Türkiye, Başvuru no: 77845/01, 24.5.2005 ve Tacıroğlu-Türkiye, Başvuru no: 25324/02, 2.2.2006.

48 Benzeri kararna yollamada bulunmaktadır. Bkz. AİHM, Koştı ve diğerleri-Türkiye, Başvuru no: 74321/01, 3.5.2007.

AİHM, özellikle, söz konusu yargılamanın çekişmeli olmuş olması ve her durumda, **iddia makamı ile sanık arasında "silahların eşitliği" ilkesinin temin edilmiş olması gerektiğini belirtmektedir.** Dolayısıyla, kamuya açık görüşülmesi gereken söz konusu yargılamaya başvuranın veya avukatının etkili katılımlarının sağlanmış olması gerekirdi" ve "İşbu davada farklı bir sonuca ulaşmak için hiçbir neden göremeyen AİHM, AİHS'nin 5/4 maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır" demiştir⁴⁹.

Haksız yere özgürlükten yoksun kalma tazminatı ile ilgili(AİHS, m.5/5) olarak da AİHM, önceki kararlarıyla ilgili değerlendirmelerde bulunduktan sonra⁵⁰, mevcut davada da, söz konusu tutukluluğun "makul süre" sınırını aşması ve meşruluğuna **itiraz etmek için etkili iç hukuk yolunun bulunmaması** nedeniyle AİHS'nin 5 nci maddesinin 3 ve 4 ncü paragraflarının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM, yeni Ceza Yargılama Yasasının 141 vd. maddelerindeki düzenlemeler üzerinde dururken, bu maddedeki düzenlemenin kesinleşmiş hükümlerle ilgili olduğu ve yargılaması devam eden ve uzun süren tutukluklarla ilgili başvuru hakkının tanınmadığını, dolayısıyla yargılama

49 Benzeri kararı için bkz, Bağrıyanık-Türkiye, Başvuru no: 43256/04, 5.6.2007; Cahit Demirel-Türkiye, Başvuru no: 18623/03, 7.7.2009.

50 AİHM, "AİHS'nin 5. maddesinin 1., 2., 3. veya 4. paragraflarına aykırı olarak gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakma nedeniyle tazminat talep edilebildiği durumda AİHS'nin 5. maddesinin 5. paragrafına riayet edilmiş olacağını hatırlatmaktadır (Wassink-Hollanda, 27.9.1990). Bu nedenle AİHS'nin 5. maddesinin 5. paragrafında ifade edilen tazminat hakkı, ulusal makam veya AİHS kurumları tarafından ortaya konan söz konusu paragraflardan birinin ihlal edildiğini varsaymaktadır (N.C.-İtalya, Başvuru no: 24952/94)" demiştir.

boyunca tutukluluğun devamına ilişkin kararlar için etkili bir başvuru yolu bulunmadığı tespitinde bulunmuştur⁵¹.

IV-SONUÇ

Bu tür ihlal kararlarının sayısını artırmak mümkündür. Türk hukukunun bu ihlal kararlarını dikkate alması zorunludur. Çünkü AİHS'nin "kararların bağlayıcılığı ve uygulanması" başlıklı 46 ncı maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, "Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler". Bu düzenleme, sözleşmeye taraf ülkelerin doğrudan kendileriyle ilgili olmasa bile, AİHM'nin diğer taraf ülkelerle ilgili olan kararlarını dikkate alarak işlem yapmalarını zorunlu kılmaktadır.

Diğer yandan, Anayasanın 90 ncı maddesinin son fıkrasında ise, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" düzenlemesi yer almaktadır.

Anayasadaki bu düzenleme, temel haklar bakımından sözleşme ile yasa arasında sözleşmede hakkı güçlendiren farklı düzenleme olması halinde sözleşmenin üstünlüğü gereği, yasanın değil, sözleşme hükmünün uygulanacağını ortaya koymaktadır. Ancak sözleşmedeki düzenleme ile yasadaki düzenleme arasında farklılık olması halinde, yasa sözleşmeye oranla haktan yararlanacak kimse için da-

51 AİHM benzeri kararlarına yollamada bulunmaktadır. Bu kararlar için bkz. mutatis, mutandis, Tuncel ve diğerleri-Türkiye, Başvuru numaraları: 2422/06, 3712/08, 3714/08, 3715/08, 3717/08, 3718/08, 3719/08, 3724/08, 3725/08, 3728/08, 3730/08, 3731/08, 3733/08, 3734/08, 3735/08, 3737/08, 3739/08, 3740/08, 3745/08 ve 3746/08, 13.10.2009.

ha lehe hüküm taşıyorsa yasanın öncelliğini kabul etmek gerekir. Çünkü Anayasada yer alan, “andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü, sözleşmenin lehe hüküm içermesi durumuna işaret etmektedir. Buradaki “farklı hüküm” kavramına anayasada açıklık getirilmemekle beraber, “farklı hüküm” kavramının “lehe düzenleme” şeklinde anlaşılması gerekir⁵². Zira sözleşmede yer alan hükümler taraf ülkeler bakımından minimum standartlara işaret etmektedir⁵³. Taraf ülkeler bu standartlardan daha az güvenceli düzenleme getiremeyeceklerdir. Ancak taraf ülkeler daha lehe düzenlemeler getirebilirler. Bu nedenle, sözleşme ve yorumcusu olan AİHM kararlarının iç hukuk karşısındaki durumlarını, sözleşmede iç hukuka oranla lehe hüküm varsa veya AİHM kararı daha lehe ise bunların öncelikle dikkate alınmaları, buna karşın iç hukukta sözleşme hükümlerinden daha lehe düzenleme olması durumunda iç hukuktaki düzenlemenin dikkate alınması gerekir diye kabul etmek zorunludur. Aksi takdirde iç hukukta yer alan ve sözleşmeye oranla lehe olan düzenlemeler işletilemez hale gelir ki, hukukta hakkın tesliminin esas olduğuna ilişkin temel ilkeyle çelişir.

Buna karşın, sözleşme hükmü iç hukuktaki düzenleme karşısında daha lehe düzenlemeye sahip değilse, bu durumda da iç hukukun öncelikle uygulanması gerekir.

52 Şahbaz, İbrahim: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim 2004, s.178-216.

53 AİHM'nin “Tanınan İnsan Haklarının Korunması” başlıklı 53 ncü maddesi: “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz”.

Anayasa ile sözleşmedeki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, AİHM kararlarının iç hukuka oranla daha lehe olması halinde, sözleşme hükümleri yanında **AİHM kararlarının da (başka ülkelere ilişkin olsalar da) iç hukukta benzeri olaylar bakımından bağlayıcılığı söz konusudur**. Çünkü, AİHM, Sözleşme hükümlerini açıkladığından, verdiği kararlar taraf ülkeleri bağlamaktadır. Başka ülkeyle ilgili kararlar da sözleşme hükmünün ne dediğinin açıklamasını içerdiğinden, taraf olmayan ülke için, bu içtihatlar sözleşme hükmü niteliğini kazanmaktadır.

Ancak yukarıda örneklediğimiz kararlar bakımından iç hukukumuzda lehe ve yeterli düzenleme yer almadığından, iç hukukumuzun bu kararlar doğrultusunda işlem yapması zorunludur. Zaten, AİHM'nin diğer taraf ülkelerle ilgili kararlarının Türkiye'yi etkileyemez diye uygulanması/dikkate alınmaması da söz konusu değildir. AİHM kararları diğer ülkelerle ilgili olsalar da, iç hukukumuzda tüm organların bu kararları dikkate almaları gerekir. AİHM kararlarından Türkiye ile ilgili olanlar için, özellikle yargı kararları bakımından yeniden yargılama kabul edildiğinden, bunlara uyulması zorunludur. Diğer ülkelerle ilgili kararlar bakımından ise, o kararların yasama, yargı ve yürütme organları tarafından dikkatle izlenmeleri ve iç hukukumuzla ilgileri varsa, bu kararlar doğrultusunda işlem yapmaları zorunludur. Taraf olduğumuz sözleşme ve bu sözleşmenin yargı organının kararlarının dikkate alınması "ahde vefa" ilkesi gereğince zorunlu olduğu gibi, ulaşılmaya hedeflenen insan hakları ilkeleri bakımından da gereklidir.

AİHM'nin bu kararlarına göre, Türkiye'de insan hak ve özgürlüğünün korunması bakımından yeterli ve etkili iç hukuk başvuru yolu bulunmamaktadır.

Öyleyse Türkiye'de yapılması gereken husus, tüm Devlet organlarının AIHM'nin Türkiye ile ilgili kararlarının gereğini yapmalarının yanında, diğer ülkelerle ilgili kararları da izlemeleridir.

Görüldüğü gibi, Türkiye ile ilgili ihlal kararlarının çoğu, doğal olarak mahkeme kararlarıyla ilgili olmakla beraber, yasa boşluğu bulunmasıyla da ilgilidir. Ancak, yasa boşluğunun bulunması, bu boşluğun sözleşme hükmü veya AIHM kararlarının içeriği ile doldurulamayacağı anlamına gelmez. **Yargı organlarının cesur uygulamaları, insan hakları konusunda, yasama eksikliklerini gidermeleri gerekir. Aksi takdirde, Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin özünün zedelenmesi devam edecektir**⁵⁴.



54 AIHM'nin **Ünal Tekeli-Türkiye kararına karşı**n, Anayasa Mahkemesi, E.: 2009/85, K.: 2011/49, 10.3.2011 günlü kararıyla (RG.:21 Ekim 2011, Sayı : 28091), kızlık soyadının kullanılmasını engelleyen yasa hükmünü oyçokluğuyla Anayasaya uygun bulmuştur. Bu karar karşısında, anayasa şikayetinin (bireysel başvurunun) başarı şansı tartışma yaratacaktır.

**KANUN YOLLARINDA ADLİ VE HUKUKİ YARDIMIN
KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Özcan ÖZBEY (*)

ANLATIM DÜZENİ: *Giriş, A- Mahkemeye Erişim Hakkı, B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mahkeme Harçları ve Adli Yardım Konusundaki Değerlendirmesi, C- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kanun Yolu Harçlarına Bakışı, D- Avrupa Ülkelerinde Adli Yardım Sistemine Tahsis Edilen Kamu Bütçesi, E- Avrupa Ülkelerinde Mahkeme Harçları, Vergiler ve Tazmin, F- Mahkemeye Erişim Hakkının Kullanılmasında Adli Yardım Kurumu, G- Hukukumuzda Adli Yardım Kurumu, H- Hukuk Davalarında Kanun Yollarındaki Harçların Değerlendirilmesi, I- Ceza Hukukunda Kanun Yolu Hakkı, J- Ceza Yargılamasında Harçların Tarihçesi ve Düzenleniş Şekli, K- Harcın Ödenmemesinin Sonuçları, L- Ceza Davaları İçin Getirilmiş Olan Harçlara İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Değerlendirmesi, Sonuç, Kaynakça.*

(*) *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Tetkik Hakimi*

Giriş

Hukukun temel prensiplerinden biri olan mahkemeye gitme hakkı, hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi olup, amacı da diğer insan hakları gibi insanı geliştirmek ve insanın onurunu korumaktır. Mahkemeye gitme hakkı, kişilerin adalet isteklerini güvence altına alır. Adaleti gerçekleştirmek ise, yargı eliyle devletin görevidir. Aynı zamanda kişilerle kişiler ve kişilerle devlet arasındaki uyumsuzlukların yargı yoluyla çözümlenmesi, toplumdaki gerginlikleri ve ihtilafları azaltan barışçıl yollardan en etkilisidir.¹ Bu nedenle haklarının ihlal edildiğini iddia eden her kişi, bu ihlalin durdurulmasını, sona erdirilmesini ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını, giderilmesini sağlamak için mahkemelere başvuru yoluyla haklarını korumaya çalışırlar. Çünkü, modern hukuk devletlerinde hak aramanın en etkili ve meşru yolu yargı yoludur, yani mahkemelerdir. Yargılama ise hak aramanın vazgeçilmez ve en güvenilir aracıdır. İşte, mahkemeye gitme, bir diğer anlatımla hak arama hakkı, kişinin mahkemeye başvurma hakkını, mahkemeye ulaşma hakkını yani dava hakkını teminat altına alan bir insan hakkıdır.²

Hukukun egemen olduğu demokratik ülkelerde temel değerler olan: Hukukun evrensel ilkelerine saygı; hak arama yollarının açık tutulması; kanun önünde eşitlik; bireysel veya örgütlü olarak hak ve özgürlüklerin kullanılması; idarenin hukuka bağlılığının sağlanması; hukukun üstünlüğü içinde devletin topluma ve bireylere dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve

1 Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD Raporu, 1997, s.35.

2 Hüseyin Turan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya, 2004, s. 118.

mezhep aidiyeti gibi sebeplerle ayırım gözetmemesi gibi ilkeler vazgeçilmez birer insan hakkı olarak görülmektedir.³

Kabul edilmelidir ki, bu ilkelerden en önemlisi, hak arama yollarının açık tutulması ilkesidir. İdare, yani devleti temsil eden gücün dışındaki bir kurumda bireyin haklarının korunmasını sağlamak, günümüz hukuk devletlerinde kabul görmüş bir olgu olup, bu korumayı sağlayan mekanizma ise yargıdır.

Hukuk devleti olmanın gereklerinden ilki, sadece idare edilenlerin davranışlarının değil, aynı zamanda ülkeyi idare edenlerin eylemlerinin de hukuki denetime tabi tutulmasıdır.⁴ Demokratik bir hukuk devletinde, hukuki denetim, bağımsız ve tarafsız mahkemeler aracılığıyla uygulanır ve yerine getirilir. Gerek vatandaşların kendi aralarındaki, gerekse vatandaşlarla kamu otoriteleri arasındaki ilişkilerden doğan anlaşmazlıklar, bu konularda kurulmuş görevli olan mahkemeler eliyle çözülür. Hukuki denetimi harekete geçiren, onu somutlaştıran mahkemeye gitme hakkıdır. Hukuk devleti ancak bu şekilde bir anlam kazanabilir. Dolayısıyla mahkemeye gitme hakkı, hukuk devletinin de vazgeçilmez bir aracıdır.⁵

Bu makalede, kişilerin sözleşmeler, anayasa ve yasalarda düzenlenip de sahip oldukları mahkemeye erişim

3 Özcan Özbey, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 4.

4 Hüseyin Hatemi, Hukuk Devleti Öğretisi, İşaret Yayınları, İstanbul-1989, s.19-20. Hukuk Devletinin diğer unsurları ise, kuvvetler ayrılığı, idarenin hukuka bağlılığı, idarenin zarar verici işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması, yargı güvencesi, temel insan haklarının güvence altına alınması sayılabilir. Kavram ve unsurları hakkında daha geniş bilgi için bkz. HFSA 3 (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi) Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınları, İstanbul, 1996.

5 Turan, a.g.e., s. 118.

hakkını kullanabilme olanakları ve bu hakkı sınırlayan adli ve hukuki yardımın karşılaştırmalı hukuk bağlamında değerlendirmesi yapılacaktır.

A- Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı, evrensel ve anayasal bir insan hakkı olup, bu hak uluslararası ve bölgesel düzlemde yapılmış temel insan hakları ile ilgili belgelerde yer almıştır. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin (İHEB) 8'inci⁶ ve 10'uncu⁷, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin (KİSHUS) 2/3'üncü⁸ ve 14'üncü,⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6'ncı¹⁰ madde-

- 6 "Her şahsın kendisine anayasa ve kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek biçimde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır."
- 7 "Herkes hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karar bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir."
- 8 "3-Bu sözleşmeye taraf her devlet; a) burada tanınan hak ve özgürlükleri çiğnemen bir kişiye, bu uygulama resmi görevliler tarafından yapılmış olsa bile, etkin bir yargı yolu imkanı sağlamayı, b) Böyle bir yargı yolu isteginde bulunan bir kişinin yetkili yargı, idare ve yasama organlarıncı veya devletin yasal sistemine göre yetkili başka makamlarca karara bağlanmak üzere bu hakkını güvence altına lamayı ve yargı yolu imkanlarını geliştirmeyi, c) Bu yoldan bir hak alındığında bunun yetkili makamlarca yerine getirilmesini sağlamayı üstlenir."
- 9 "...Herkes, hakkındaki bir suç isnadının ya da hak ve yükümlülükleriyle ilgili hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir...."
- 10 1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.
2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.
3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

lerinde bu hakka ilişkin düzenlenmeleri görmek mümkündür.

Mahkemeye gitme hakkı uluslararası anlaşmaların yanında iç hukukta da korunmaktadır. 1982 Anayasasının 36'ncı maddesinin başlığı 'Hak Arama Hürriyeti' olup, bu maddede "*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*"denilmektedir. Bu düzenlemeye paralel olarak Anayasanın 125/1'inci maddesinde de "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmü getirilmiştir. Ayrıca "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlığını taşıyan 40. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarında ise, "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeyen başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*"

Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükümlerine yer verilmiştir.

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını

istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

03.10.2001 günlü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 16. maddesiyle eklenen Anayasa'nın 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının gerekçesinde; *"Bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir"* ifadelerine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Golder kararında, mahkemeye başvurma hakkının hukukun temel prensibi olduğunu, mahkemeye başvurma hakkı olmaksızın hakkaniyete uygun, aleni bir yargılamadan ve gecikmeksizin kişinin dinlenmesinden söz edilemeyeceğini, adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmanın olanaksız hale geleceğini belirtmektedir.¹¹

Mahkemeye başvurma hakkı sadece hukuken öngörülen sınırlamaların değil, fiilen öngörülen sınırlamaların da kaldırılmasını, kişinin hak aramasını sağlayacak tedbirlerin alınması ve bu yolu tıkayan engellerin giderilmesini gerekli kılar.¹² Hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının gerçekten, fiilen ve etkili bir biçimde mevcut olması gereklidir.¹³

Mahkemeye erişim hakkı, özellikle AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında yine AİHM içtihatları ile hayatiyet bularak gelişmiştir. An-

11 Golder v. U.K., 21.02.1975, para. 35.

12 Airey v. Ireland, 09.10.1979, para. 25.

13 Airey v. Ireland, 09.10.1979, para. 25.

cak, mahkemeye erişim, Sözleşmenin 3, 4, 7. maddeleri gibi mutlak bir hak değildir. Bu konuda kısıtlamalara izin verilir, fakat bu kısıtlamaların meşru bir amaca hizmet etmeleri ve orantısız olmaları gerekir. Makul sınırlayıcı süreler ve zaman kısıtlamaları ile müteceviz davacılar için uygulanacak kısıtlamalar da hukuka uygun olabilir (Stubblings/İngiltere). Mahkeme giderlerinin teminat altına alınması mahkemeye erişimde sınırlayıcı bir etken olabilir ve dolayısıyla ihtiyatla ele alınmalıdır. Temyizde böyle bir uygulamaya gitmek gerekebilir. Fakat Asliye Mahkemesinde bu uygulama pek doğru olmayabilir (Tolstoy Miloslavsky/İngiltere). Her ne kadar madde 6/1'de mahkeme masraflarıyla ilgili bir hüküm bulunmasa da genellikle, davayı kazanan tarafa ait masrafların makul bir bölümünün karşılanması da medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirilir.¹⁴

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında teminat altına alınan mahkemeye erişim hakkı ile ilgili AİHM'nin ilk değerlendirmesi, medeni haklarla ilgili bir uyuşmazlığın ele alındığı Golder davası olmuştur.¹⁵

AİHM "6. Madde'nin 1. fıkrasının görülmekte olan bir davada adil yargılanma hakkıyla mı sınırlı olduğunu, yoksa buna ilaveten medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi amacıyla dava açmak isteyen herkese mahkemelelere erişim hakkı da mı sağladığı" hususunu karara bağlamıştır:

14 Özcan Özbey, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004, s. 400.

15 Bkz. Golder-Birleşik Krallık davası, 21 Şubat 1975 tarihli karar, Seri A No. 18, s. 12, paragraf 25, ve s. 17-18, paragraf 35-36.

6. Madde'nin 1. fıkrası eğer sadece mahkeme önünde görülmekle olan davaların işleyişiyle ilgili olarak ele alınırsa, o zaman bir Sözleşmecî Devlet metni ihlal etmeksizin, mahkemelerini bir kenara atabilir ya da bazı hukuk davası türlerini mahkemelerin yetki alanı kapsamından çıkartarak Hükümete bağlı organlara devredebilir. Keyfi yetki kullanımından ayrı tutulamayacak olan bu tür varsayımlar yukarıda belirtilen ilkeleri zedeleyecek ciddi sonuçlar doğuracağından, Mahkeme bunları gözardı edemez (Lawless davasının kararı, 1 Temmuz 1961, Seri A No. 3, s. 52 ve Deleourt kararı, 17 Ocak 1970, Seri A No. 11 s. 14-15)...

...Bu çerçevede mahkemeye erişim hakkı, 6. Madde'nin 1. fıkrasında belirtilen hakkın özünde bulunan temel bir unsurdur. Bu, Sözleşmecî Devletleri yeni yükümlülükler almaya zorlayan geniş kapsamlı bir yorum değildir: Aksine 6. Madde'nin 1. fıkrasının birinci cümlesinin gerçek anlamını temel almıştır, hükmün içeriğinde okunmaktadır ve yasa yapıcı bir antlaşma olan Sözleşme'nin hukukun genel ilkelelerinin konu ve amacını gözetmektedir (bkz. Wemhoff davasının kararı, 27 Haziran 1968, Seri A No. 7, s. 23, paragraf 8).

Mahkeme bu bağlamda 6. Madde'nin 1. fıkrasının her kесе medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili tüm iddialarının mahkeme önünde görülmesi hakkının 6. Madde'nin 1. fıkrası tarafından tanındığı sonucuna [...] varmıştır. Böylelikle bu Madde "mahkeme hakkını" yani hukuk davalarının mahkemelerde görülmesinin bir boyutu olan mahkemeye erişim hakkını da içermektedir. (Bkz. ayrıca, örneğin, Tsironis-Yunanistan davası, 6 Aralık 2001 tarihli karar, Başvuru No. 44584/98, paragraf 28.).

Aynı paralelde, 6. Madde, ulusal yasalarda yer verilen iç hukuk yollarında (temyizler, hukuk hakkında itirazlar) uygulandığı gibi (bkz. Rodriguez Valin-İspanya davası, 11 Ekim 2001 tarihli karar, Başvuru No. 47792/99, paragraf 23-28; Tricard-Fransa davası, 10 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru No. 40472/98, paragraf 25-34), davaların zaman aşımı kuralları (Stubbings ve Diğerleri-Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1996 tarihli karar, Reports 1996-IV, paragraf 50-57; ve Yagtzılar ve Diğerleri-Yunanistan davası, 6 Aralık 2001 tarihli karar, Başvuru No. 41727/98, paragraf 20-28) ve mahkeme harçları (Kreuz-Polonya davası, 19 Haziran 2001 tarihli karar, Başvuru No. 28249/95) için de geçerlidir.¹⁶

Mahkemeye başvurma hakkı hem özel hukuk uyuşmazlıkları, hem de idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan iddialar¹⁷ açısından geçerlidir.¹⁸ Ceza davalarına ilişkin olarak da mahkemeye başvurma hakkı uygulanabilmektedir. Ancak bu hak, mağdurun her durumda ve koşulda ceza davası açma hakkı olduğu anlamına gelmez. Mahkemeye başvurma hakkının varlığı, kamu davasına konu olabilecek bir suçun mağduru için her koşulda savcıdan kamu davasının açılmasını talep etme hakkı da doğurmaz.¹⁹ Aynı şekilde, suçlanan kişi açısından mahkemeye başvurma hakkı, o kişiye davasının mutlaka devam etmesini isteme hakkı anlamına gelmez. Suçlanan

16 Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, İnsan Hakları Genel Direktörü Avrupa Konseyi, 2005, s. 214.

17 Örn. Boden v. Sweden, 27.10.1987, para. 35; Hakansson and Sturesson v. Sweden, 21.02.1990, para. 62-63.

18 Bkz. Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Komisyonu desteği ile Baskı: Şen Matbaa, s. 22.

19 Bkz. Helmers v. Sweden, 29.10.1991, para. 27 ve 29; Ait-Mouhoub v. France, 28.10.1998, para. 44-45, 57-58.

kişinin kendisine yöneltilen isnadın bir yargıç, bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını talep etme hakkı anlamına gelir.²⁰

Mahkeme hakkının etkili olması gerekir. AİHM'ye göre mahkeme hakkının sadece var olması yetmez, etkili olması da gerekir. Mahkemeye erişimin mümkün olması yeterli değildir.

Airey-İrlanda davasının kararında²¹ AİHM, üye devletlerin mahkemelere etkili erişim hakkını garanti etmesi gerektiğini belirtme fırsatı bulmuştur. Bu davada başvuru, avukat yardımından yoksundur ve maliyetleri kendisi karşılayacak maddi imkanlara sahip olmadığından, kendisini temsil edecek bir avukat da bulamamıştır. Başvurucu, kendisini şahsen temsil edebilme imkanına sahiptir, ancak usuller çok karmaşıktır. AİHM, bu davada 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir:

Mahkeme, bu imkanın (Yüksek Mahkeme önüne bir avukatın yardımı olmaksızın çıkmak) tek başına meseleye çözüm getirebileceği görüşünde değildir. Sözleşme teorik ya da hayali hakları değil, pratik ve etkili olan hakları güvence altına alır (bkz, gerekli değişikliklerle, 23 Temmuz 1968 tarihli "Belçika Eğitim Dili" davası. Seri A. No. 6, s. 31, paragraf 3'ün tamamı ve paragraf 4; yukarıdaki Golder davasının kararı, s. 18, paragraf 35'in tamamı; Luedicke, Belkacem ve Koç davası, 28 Kasım 1978 tarihli karar. Seri A. No. 29, s. 17-18; paragraf 42; Marckx davası. 13 Haziran 1979 tarihli karar. Seri A. No. 31. s. 15. paragraf 31). Bu durum özellikle demokratik bir toplumda adil yargılanmaya erişim hak-

20 Deweer v. Belgium, 27.02.1980, para. 48-49; Poitrimol v. France, 23.11.1993, para. 38.

21 9 Ekim 1979, Seri A No. 32, s. 12-14, paragraf 24.

kının tuttuğu öncelikli yer açısından mahkemelere erişim hakkı için geçerlidir (bkz. gerekli değişikliklerle, Deleourt davası, 17 Ocak 1970 tarihli karar, Seri A No. 11. s. İS, paragraf 25). Dolayısıyla, Bayan Airey'nin bir avukatın yardımı olmaksızın Yüksek Mahkeme önüne çıkmasının kendi davasını doğru ve yeterli şekilde savunabilmesi açısından etkili olup olmadığı değerlendirilmelidir...

...Mahkeme Bayan Airey'nin durumundaki bir kişinin (bkz. yukarıdaki paragraf 8) kendi davasını yeterli şekilde temsil edebilmesinin büyük ölçüde imkansız olduğunu düşünmektedir...

Mahkeme, yukarıdakiler ışığında, Yüksek Mahkeme önünde kişinin kendisini temsil edebilmesi imkanın başvurusuya etkili bir erişim hakkı sağlamadığı sonucuna varmıştır...

AİHM, bu tespitin Devlet'in bir avukat yardımı programı oluşturması yükümlülüğüne yansımalarını açıklamıştır (aynı yer, s. 15-16, paragraf 26'nın tamamı).

Yukarıda 24. paragrafın sonunda yer alan sonuç, bir "medeni hakka" ilişkin tüm uyuşmazlıklarda Devlet'in ücretsiz avukat yardımı sağlaması anlamını taşımaz.

Bunun böylesine geniş bir yükümlülük olarak değerlendirilmesinin, Sözleşme'nin sadece ceza davalarıyla ilgili 6. Maddesi'nin 3. fıkrasının c bendinde yer alan uyuşmazlıklara ilişkin bir avukat yardımı hükmü içermesi durumuyla bağdaşmadığı konusuna Mahkeme de katılmaktadır. Ancak, hukuk davalarında böyle bir hüküm bulunmadığı halde, 6. Madde'nin 1. fıkrası kapsamında ya bazı dava türlerinde kimi Sözleşmeciler Devletlerin iç hukukunda avukat tarafından temsil edilmek zorunlu kılındığından ya da usulle-

rin veya davanın karmaşıklığı nedeniyle mahkemeye etkili erişim hakkı için avukat yardımının vazgeçilmez olduğu durumlarda, bazen Devletlerin avukat yardımı sağlaması gerekebilir. (Bkz. ayrıca R.D.-Polonya davası, 18 Aralık 2001 tarihli karar, Başvuru No. 29692/ 96, paragraf 43-52.).

Bellet-Fransa davasının kararı (4 Aralık 1995, Seri A No. 333-B, paragraf 37-38) kan nakli neticesinde enfeksiyon kapan hemofili hastalarıyla ilgilidir. Mağdurlara tazminat fonundan tazminat ödenmesiyle dava açma hakkından feragat edilmiş sayılıp sayılmayacağı konusunda taraflar anlaşmaya varamamıştır. Paris Temyiz Mahkemesi davanın açılmasında fayda tespit edemediğinden, davanın reddedildiğini bildirmiştir.

AİHM şu beyanda bulunmuştur:

Neticede, sistem, mevcut yolların kullanılması için gereken usuller ve bunların eşzamanlı kullanımından kaynaklanan kısıtlamalar konusunda yeterince net olmadığı gibi, bir yanlış anlamayı önleyecek güvencelerle de donatılmamıştır. Davanın tüm koşullarına bakıldığında, Mahkeme, başvurusunun Paris Temyiz Mahkemesi önündeki dava sürecinde mahkemelere pratik ve etkin bir erişim hakkının bulunmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla, 6. Madde'nin 1. fıkrası ihlal edilmiştir.

(Ayrıca, bkz. Dulaurans-Fransa davası, 21 Mart 2000 tarihli karar, Başvuru No. 34553/97, bariz bir değerlendirme hatasından doğan hukukla ilgili bir temyiz başvurusunun reddedilmesiyle ilgili (ihlal).)²²

22 Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, İnsan Hakları Genel Direktörü Avrupa Konseyi, 2005, s. 216.

Kural olarak erişim hakkı üst mahkeme imkanı sağlama zorunluluğunu içermez.

Guerin-Fransa davasının kararında,²³ AİHM 6. maddenin hukuk yollarının sağlanmasına ilişkin bir yükümlülük getirmediğini gözlemlemiştir. Ancak, bu tür hukuk yolları zaten mevcutsa, bunların 6. maddede belirtilen güvencelere uygun olması gerektiği vurgulanmıştır:

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası gerçekten de Sözleşmeci Devletlerin temyiz ya da istinaf mahkemeleri kurmasını zorunlu kılmaz. Buna karşın, bu tür mahkemeleri kurmuş olan bir Devlet'in bu mahkemelerin hukukuna tabi olan bir kişinin, 6. maddede yer alan temel güvencelerden faydalanmasını sağlaması gerekir (bkz. Deleourt-Belçika davası, 17 Ocak 1970 tarihli karar. Seri A NO.11, s. 14, paragraf 25).

Ayrıca, De Cubber-Belçika kararında²⁴ AİHM, 6. maddeden kaynaklanan güvencelere uygun istinaf ya da temyiz mahkemelerinin varlığının, birinci derece mahkemelerinin bu güvencelere uyma yükümlülüğünden istisna tutulabileceği anlamına gelmediği hususunu açıklığa kavuşturmuştur:

6. maddenin 1. fıkrası öncelikle birinci derece mahkemeleriyle ilgili olup üst mahkemelerin mevcudiyetini zorunlu kılmaz. Tarafsızlık dahil olmak üzere, temel güvencelerin Sözleşmeci Devlet'in kararıyla kurulan istinaf ya da temyiz mahkemeleri tarafından da sağlanması gerektiği doğrudur (bkz. yukarıda yer alan Deleourt davasının kararı, Seri A No. 11, s. 14'ün tamamı; ve en son örnek olarak, Sutter da-

23 29 Temmuz 1998, Reports 1998-V, paragraf 44.

24 26 Ekim 1984, Başvuru No. 9186/80, Seri A. No. 86, paragraf 32.

vası, 22 Şubat 1984 tarihli karar, Seri A No. 74, s. 13, paragraf 28). Ancak bu durum, alt mahkemelerin gerekli güvenceleri sağlamak zorunda olmadıkları anlamına gelmez. Böyle bir sonucun altında yatan neden, çok seviyede mahkeme oluşturarak, davacılara sağlanan korumanın pekiştirilmesi niyeti olarak algılanabilir.

Bu davada, uyuşmazlık konusu ceza hukuku kapsamına girmektedir.

AİHM bu ilkelerin uygulanışı karşısında esnek bir yaklaşım benimsemiş olmakla birlikte, güvenlik duvarlarını da kurmuştur.

Ayrıca, ceza davaları gibi klasik anlaşmazlıklarda bile, AİHM 6. maddenin 1. fıkrasını yargı düzenindeki çeşitli seviyelere de aynı esneklikle uygular (bkz. Tolstoy Miloslavsky-Birleşik Krallık davası, 13 Temmuz 1995 tarihli karar, Seri A. No. 316B, paragraf 59). Nitekim, Botten-Norveç kararında (19 Şubat 1996, Reports 1996I, paragraf 39), AİHM temyiz davalarına ilişkin olarak şunları belirtmiştir:

Mahkeme. 6. Madde'nin temyiz mahkemelerinde görülen davalara uygulanma şeklinin ilgili usullerin özel niteliklerine bağlı olduğunu; iç hukuk sisteminin ve bu sistem içinde istinaf mahkemesinin rolünün göz önünde bulundurulması gerektiğini tekrar vurgulamıştır. Birinci derece mahkemede dava aleni duruşma olarak görülmüşse, ülke içindeki temyiz sistemine, temyiz mahkemesinin yetkilerinin kapsamına ve başvurusunun menfaatlerinin gerçekte temyiz mahkemesi önünde, özellikle mahkeme tarafından karara bağlanacak olan konuların niteliği ışığında nasıl temsil edildiği ve korunduğuna bağlı olarak, temyiz mahkemesinde bu tür bir duruşmanın gerçekleşmemiş

olması haklı sayılabilir (bkz.. diğer örneklerin yanı sıra Fejdeisveç davasının kararı. 29 Ekim 1991. Seri A. No. 212-C. s. 67-69, paragraf 27 ve 31; ve Kremzow-Avusturya davasının kararı. 21 Eylül 1993, Seri A. No. 268-B, s. 43, paragraf 58-59).

Mahkeme'nin içtihadı uyarınca, temyize bırakılan davalar ve sadece hukuki meselelere ilişkin davalarda esasın incelendiği davaların aksine, temyiz aşamasında veya Yargıtay önünde başvurucuya şahsen dinlenme fırsatı tanınmamış olsa bile, 6. maddenin gereklerine uyum gösterilmiş sayılabilir. (bkz. Axen-Almanya davası. 8 Aralık 1983 tarihli karar. Seri A No. 72. s. 1213. paragraf 27-28; ve yukarıda belirtilen Kremzow davasının kararı. s. 43-44. paragraf 60-61). Ayrıca, temyiz mahkemelerinin gerek hukuki konuları, gerekse esasa ilişkin konuları incelemeye tam yetkisi olsa bile, 6. madde her zaman aleni duruşma olmasını veya eğer bir duruşma gerçekleşirse, şahsen mevcut bulunulması hakkını gerektirmez (bkz. yukarıda belirtilen Fedje davasının kararı, s. 69, paragraf 33).²⁵

Bu hak zımni sınırlamalar içerir. "Mahkemeye erişim hakkının" AİHM tarafından mutlak bir hak olarak görülmediğine netlik getirilmelidir. AİHM'nin gözlemine göre (yukarıdaki Golder kararı, s. 18-19, paragraf 38):

"Mahkeme, Komisyon'un ve Hükümet'in alternatif beyanında sunulan görüşlerini kabul ederek, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı kanaatine varmıştır. Zira bu hak Sözleşme'de yer alan (bkz. madde 13, madde 14, madde 17 ve madde 25) bir hak olmasına karşın, tanım

²⁵ Aynı şekilde, Haan-Hollanda davası, 26 Ağustos 1997 tarihli karar, Başvuru No. 22839/93, Reports 1997-IV, paragraf 51-55; ve Kerojarvi-Pinlandiya davası, 19 Temmuz 1995 tarihli karar, Reports A322, paragraf 40.

kapsamı daha dar tutulduğunda, hiçbir hakkın özündeki içeriğin kısıtlamalarını gevşetmeksizin zımni kısıtlama getirilmesine de imkan sağlamaktadır.

Bu "zımni sınıflandırmalarla" ile ilgili olarak, AİHM Ashingdane-Birleşik Krallık davasının kararında (28 Mayıs 1985, Seri No. 93, s. 24-25, Paragraf 57) şu değerlendirilmede bulunmuştur:

[...] mahkemelere erişim hakkı [...] kısıtlamalara tabi olabilir: bunlara zımnen izin verilir, zira erişim hakkı "kendi doğası itibarıyla Devlet tarafından bir düzenleme yapılmasını gerektirir. Bu düzenleme zaman ve yer açısından toplumun ve bireylerin gereksinimlerine ve kaynaklarına göre değişiklik gösterebilir" (bkz. yukarıdaki Golder davasının kararı, s. 19, paragraf 38, örnek gösterilen "Belçika'da Eğitim Dili" davası, 23 Temmuz 1968 tarihli karar, Seri No. 6, s. 32, paragraf 5). Böyle bir düzenlemenin getirilmesinde, Sözleşmeciler Devletler belli bir takdir yetkisinden faydalanabilir. Sözleşme'nin gereklerine uyulmasına ilişkin nihai karar yetkisi Mahkeme'nin elinde bulunsa bile, ulusal makamların bu alandaki en iyi politikanın hangisi olacağına dair değerlendirmelerinin yerine başka bir değerlendirme getirmek Mahkeme'nin görevleri arasında yer almaz (bkz. gerekli değişikliklerle, Klass ve Diğerleri davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar, Seri A, No. 28, s. 23, paragraf 49). Yine de, uygulanan sınırlamaların hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtlama getirmemesi ya da bireye bırakılan erişimi bu denli azaltmaması gerekir (bkz. yukarıdaki Golder ve "Belçika'da Eğitim Dili" davalarının kararları a.g.e. ve yine yukarıdaki Winterwerp davası, Seri ANa. 33, s. 24 ve 29, paragraf 60 ve 75). Ayrıca, meşru bir amaca yönelik olmadığı ve kullanılan yöntem ile ulaşılmaması hedeflenen amaç arasında makul bir orantısallık ilişkisi

bulunmadığı takdirde kısıtlama, 6. Madde'nin 1. fıkrasına uygun olmayacaktır. Dolayısıyla (Liechtenstein Prensi II. Hans-Adam - Almanya davasının 12 Temmuz 2001 tarihli kararı Başvuru No. 42527/98, paragraf 44): Eğer kısıtlama bu ilkelere uygunsa, 6. Madde ihlal edilmiş olmaz.

Mahkemeye erişim hakkı kapsamında avukat yardımını içeren "hukuki yardım" dışında "adli yardım" ve alt başlığı olarak "harç" sorunları karşımıza çıkmaktadır. Ülkemiz uygulamasına yönelik sorunları değerlendirmeden önce, karşılaştırmalı hukukta bu kurumların nasıl uygulandığını incelemekte yarar bulunmaktadır.

B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mahkeme Harçları ve Adli Yardım Konusundaki Değerlendirmesi

Yargı hizmetlerinden harç alınması, dünyada yaygın bir uygulama olup²⁶, bu husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkı kapsamında yapılan incelemelerde, üye devletlerin düzenleme yetkisi dâhilinde görülmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından da yargı hizmetlerinden harç alınmasının kanun koyucunun takdirinde olduğu kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılama hakkı kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını ve doğası gereği Devlet'in bu hususta

26 Avrupa Birliği'ne üye her bir ülkedeki yargı harçlarıyla ilgili bilgi için bkz. https://e-justice.europa.eu/contentPresentation.do?idTaxonomy=37&plang=en&vmac=fzwtqGqsDcR1bnnft2xbOh72eSfzxtBJcd-PluifzEpIRZzfl_ENutK62DX1yi4DNngG3xcROVNH11GoQ_2nzQAAC7QAAAKA. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yargı harçlarıyla ilgili bilgi için bkz. <http://www.uscourts.gov/FormsAndFees/Fees.aspx>. Avustralya'daki yargı harçlarıyla ilgili bilgi için bkz. http://www.fedcourt.gov.au/fff/fff_feesandcosts.html.

düzenleme yapma yetkisi bulunduğunu, söz konusu düzenlemenin harç alınması gibi maddi nitelikli bir mali yükümlülük de getirebileceğini kabul etmektedir.²⁷

Ancak bu düzenleme yetkisi kullanılarak getirilen harç biçimindeki mali yükümlülüğün, adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını engellememesi gerekir. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bunun için belli kriterler benimsemiştir. Mahkeme bu hususta; "harcın alınacağı yargılama aşaması", "harcın miktarının makul olması", "harcın alınmasında haklı bir amacın olması", "ulaşılacak istenen amaç ile harç arasında orantı olması" ve "ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması" biçimindeki kriterleri dikkate almaktadır.**²⁸

C- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kanun Yolu Harçlarına Bakışı

Adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkı bakımından, yargı hizmetlerinden harç alınması biçiminde maddi nitelikli bir yükümlülük getirilmesini öngören düzenleme yapılabileceğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir. Ancak Mahkeme tarafından bunun için belli kriterlere bakılmaktadır. Bu kriterlerden biri de harcın alınacağı yargılama

27 AİHM, Bakan/Türkiye, 12.6.2007 T., No: 50939/99
(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp>).

28 AİHM, Kreuz/Polonya, 18.06.2001 T., No: 28249/95
(<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=KREUZ&sessionid=74366397&skin=hudoc-en>); AİHM, Ülger/Türkiye, 26.06.2007 T., No: 25321/02
(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp>); AİHM, Tolstoy-Miloslavsky/İngiltere, 13.06.1995 T., 18139/91 S.
(<http://cmiskp.chr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=bkm&action=html&highlight=TOLSTOY&sessionid=74340561&ski=hudoc-en>).

aşamasıdır. İlk derece yargılamasına kıyasla ikinci derece yargılaması olan kanun yolu yargılaması sırasında harç alınmasında üye devletlerin daha geniş düzenleme yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Çünkü ilk derece yargılaması sırasında henüz iddia ve savunmalar bir mahkeme önünde dile getirilmemiştir. İkinci derece yargılaması olan kanun yolu yargılaması sırasındaysa, ilgiler, iddia ve savunmalarını daha önce bir mahkeme önünde dile getirmişlerdir.²⁹

D- Avrupa Ülkelerinde Adli Yardım Sistemine Tahsis Edilen Kamu Bütçesi³⁰

Kamu mercileri tarafından adli yardım sistemi aracılığıyla adalete erişimi kolaylaştırmak için ülke sakini başına 7.2 Avro harcanmaktadır. Ancak, Avrupa ortanca değerini göz önüne almak daha uygun görünmektedir: O da ülke sakini başına 1.7 Avro'dur.

Adli yardım sistemlerine en fazla bütçe Kuzey Avrupa ülkeleri tarafından ayrılmaktadır. 2008 verileri şu şekildedir:

Ukrayna	0,004
Azerbaycan	0,03
Macaristan	0,03
Arnavutluk	0,04
Moldova	0,1
Malta	0,1

29 AİHM, Bakan/Türkiye, 12.6.2007 T., No: 50939/99.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp>). Aynı yönde kararlar için bkz. AİHM, Tunç/Türkiye, 11.2.2008 T., No: 20400/03; AİHM, Eyüp Kaya/Türkiye, 23.9.2008 T., No: 17582/04; AİHM, Bek/Türkiye, 20.4.2010 T., No: 23522/05 (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp>).

30 CEPEJ (Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu) Çalışmaları, No: 12, Avrupa Yargı Sistemleri, Avrupa Konseyi Yayınları, 2010, s. 42.

Ermenistan	0,1
Slovakya	0,2
Yunanistan	0,2
Romanya	0,2
Karadağ	0,2
Gürcistan	0,3
Rusya Federasyonu	0,4
Letonya	0,5
Polonya	0,6
Bulgaristan	0,6
Türkiye	0,7
Makedonya	0,9
Litvanya	1,2
Bosna Hersek	1,3
Slovenya	1,4
İtalya	1,9
Estonya	2,2
Avusturya	2,2
Çek Cumhuriyeti	2,5
Portekiz	3,4
İspanya	4,9
Fransa	4,9
Lüksemburg	5,3
Belçika	5,7
Monako	7,1
İsviçre	9,5
İzlanda	10,0
Finlandiya	10,7
Danimarka	14,0
İsveç	15,5
İrlanda	20,3
Hollanda	25,6
BK-İskoçya	32,1
Norveç	32,3
İngiltere ve Galler	34,5
BK-Kuzey İrlanda	49,5

E- Avrupa Ülkelerinde Mahkeme Harçları, Vergiler ve Tazmin³¹

CEPEJ'in (Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu) 2008 araştırmasına göre neredeyse bütün ülke veya birimlerde (42 ülke) taraflar, cezai olmayan bir hukuk davası açmak için mahkeme vergisi ya da harcı ödemek zorundadırlar.³² Hatta bazı ülkelerde veya birimlerde belirli ceza davaları için de mahkeme vergisi ya da harcı ödenmesi zorunludur: Belçika, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Portekiz, Sırbistan, İsviçre, BK-Kuzey İrlanda.

Sadece 5 ülkede bütün mahkemelere erişim ücretsizdir: Fransa, İzlanda, Lüksemburg, Monako ve İspanya.

Fransa ve Monako'da sadece özel bir şikayet olması halinde ceza davalarında harç (şikayet davası açma teminatı) ödemek gereklidir.

Avrupa ülkelerinde adalete erişimi kolaylaştıran diğer bir gelişme, özel mahkeme harçları sigortasının kapsamının genişlemesi olmuştur. Vatandaşlar hukuki görüş masraflarını, mahkeme işlemleri masraflarını karşılamak için ya da bir avukatın müdahil olmasını sağlamak için sigorta yaptırabilirler.

29 ülke veya birimde vatandaşlar bir adli işlemin masraflarının karşılanması, mahkemede temsil edilmek ya da hukuki görüş temin etmek için sigorta yaptırabilmektedirler. Arnavutluk, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan,

31 Özcan Özbey, "Ceza Davalarında Kanun Yollarına Başvurmada Harçların (Tarafların Mali Külfet Yüklenmesinin) AB Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Yargıtay Tarafından Düzenlenen 15.11.2011 Tarihli Tebliğ

32 CEPEJ (Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu) Çalışmaları, No: 12, Avrupa Yargı Sistemleri, Avrupa Konseyi Yayınları, 2010, s. 68.

Belçika, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Litvanya, Lüksemburg, Monako, Hollanda, Norveç, Portekiz, Sırbistan, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, BK-İngiltere ve Galler, BK-Kuzey İrlanda, BK-İskoçya.

Hukuki masraflar için özel sigorta sistemi 18 Avrupa ülkesinde mevcut değildir. Andora, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Gürcistan, Yunanistan, Letonya, Malta, Moldova, Karadağ, Polonya, Romanya, Rusya Federasyonu, San Marino, Slovakya, Makedonya, Türkiye, Ukrayna.

Bazı ülkelerde adli yardım sağlanması ile mahkeme harçlarını karşılayan özel bir sigorta bulunması arasında bir bağ kurulmuştur. Sigortanın mahkeme harçlarını karşılaması halinde, kamu adli yardımı sağlanmamakta ya da sadece sigorta tarafından karşılanmayan kısım hesaba katılmaktadır (Danimarka, Finlandiya, Fransa, Litvanya, İsveç).

Adli işlemlerin masrafları sadece hukuki temsil, hukuki görüş ya da mahkeme harcı/vergisi ile bağlantılı masraflardan ibaret değildir, kaybeden tarafın ödemesinin gerekli olduğu masraflar da buna dâhildir. Bu masraflar arasında tazminat, neden olunan zarara ilişkin masraflar ya da davayı kazanan tarafından yapılan tüm mahkeme harçları sayılabilir.

Mahkeme harçlarının genellikle kaybeden tarafça ya da ceza mahkemesinin tarafın suçlu olmadığına karar vermesi halinde geri ödenmesi gereklidir. Bu soruya cevap veren bütün ülke veya birimlerde (47) cezai olmayan davalarda masrafların kimin tarafından karşılanacağı konu-

sunda hâkimin kararı etkilidir. Ceza davalarında masraflar hakkındaki yükümlülük üzerinde hâkim kararının etkili olmadığı ülke veya birimler Ermenistan, Gürcistan, İrlanda, Litvanya, Malta, Moldova, Monako, Hollanda, San Marino, Ukrayna ve BK-İskoçya'dır.

Yargı sisteminin gelirleri

Mahkemelere ücretsiz erişim ilkesini uygulayan 5 ülke (Fransa, İzlanda, Lüksemburg, Monako ve İspanya) hariç bütün ülke veya birimlerde yargı sistemi bütçesinin bir kısmı değişen oranlarda mahkeme harçlarından ve vergilerinden gelmektedir.

Bu mahkeme harçlarının ve vergilerinin miktarı, davanın karmaşıklığına ve söz konusu parasal değere göre değişebilir.

Ülke veya birimlerin çoğunda mahkeme harçlarından muafiyetin öngörüldüğü durumlar vardır. Pek çok ülke veya birimde adli yardımdan faydalanabilen kişiler için muafiyet otomatik olarak sağlanmaktadır (Çek Cumhuriyeti, Fransa, Lüksemburg, Monako, İtalya, Norveç, Makedonya, BK-Kuzey İrlanda).

Geçim yardımı ve sosyal yardım alan kişiler (Andora, Belçika, Hırvatistan, Finlandiya, Türkiye, BK-İskoçya), engelliler, maluller, savaş mağdurları (Bosna Hersek, Hırvatistan, Estonya, Ukrayna) ya da küçükler, öğrenciler, müttekabiliyet esasına göre yabancılar (Bosna Hersek) gibi dezavantajlı kişilerin kategorilerine göre muafiyet tanınabilmektedir. Kamu kurumlarıyla birlikte (Bulgaristan, Hırvatistan, Estonya, Litvanya) STK'lar (Bosna Hersek, Hırvatistan, Portekiz, Ukrayna) ve Kızılhaç gibi insani yardım ör-

gütlerinin de (Bulgaristan) mahkeme harçlarından muaf tutulması söz konusu olabilmektedir.

Ülkelerin çoğunda mahkeme harçlarından muafiyet belirli dava türlerine yönelik de olabilir: Sözgelimi bazı hukuki prosedürlerde (Arnavutluk), anayasal hakların ve değerlerin savunulması alanında (Portekiz); idare hukuku (Bulgaristan, Estonya), iş kanunu ve/veya sosyal kanunlar (Ermenistan, Azerbaycan, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Estonya, İtalya, Litvanya, Moldova, Polonya, Romanya, Slovenya, İsviçre), aile ya da çocuk kanunu (Finlandiya, İrlanda, İtalya, Litvanya, Moldova, Norveç, İspanya, Polonya, Portekiz, Romanya), medeni durum (İspanya), tarım (İtalya), vergiler (Portekiz), seçim kanunu (Romanya) ya da ev kiralamaları ile ilgili davalar (İsviçre).

Bazı ülkeler mahkeme harçlarının, işlemlerin sonunda ödenmesini şart koşmaktadır (Finlandiya). Mahkeme harçlarından muafiyet kapsamında ayrıca resmi gazetelerde ücretsiz duyuru imkanı da tanınabilmektedir (İspanya, Türkiye).

Bazı ülke veya birimlerde mahkeme harçları ya da mahkeme vergileri, mahkemelerin idare masraflarını karşılamak üzere kullanılmaktadır. Bu ülke veya birimler, mahkemeler için belli bir gelir kaynağı oluşturmayı tercih etmişlerdir. Mahkemelerin gerçek mali özerkliklerinin böyle bir politika ile sağlanması da mümkündür.

Ülke veya birimler tarafından mahkeme harçlarından ya da mahkeme vergilerinden elde edilen yıllık gelir ile mahkemelere tahsis edilen bütçe karşılaştırıldığında, ilgili Avrupa ülkelerinin üçte birinde girdilerin miktarının mahkemelere tahsis edilen bütçenin neredeyse en az üçte biri oranında (Polonya, Bosna Hersek, Moldova, Makedonya,

BK-İngiltere ve Galler, Slovakya, Karadağ, Sırbistan, Danimarka) ya da bu bütçenin yarısından fazla (Türkiye) olduğu, hatta bu bütçenin yaklaşık tamamını teşkil ettiği (Malta) görülebilmektedir. Bu bağlamda, Avusturya'daki sistem daha da dikkat çekicidir: Bu ülkede mahkeme harçları bütçenin üzerindedir. Ancak, mahkeme harçlarının ya da mahkeme vergilerinin uygulandığı ülkelerin çoğunluğunda, gelirler mahkemelerin işletme giderlerinin karşılanması için "ayrılmamış", fakat ülke ya da bölge bütçesi için genel gelir kalemi olarak tanımlanmıştır.

Avusturya, Almanya, Polonya ve Türkiye'de mahkeme harçlarından yüksek oranda gelir elde edilmesinin ana nedeni, mahkemelerin tapu tescil işlerine bakmalarıyla açıklanabilir. Bu sicillerden bilgi almak ya da değişiklik yaptırmak için harç ödenmesi gerekmektedir. Bu ülkelerin üçünde (Avusturya, Almanya ve Polonya) ticaret sicillerinden de gelir elde edilmektedir. İtalya, Hollanda ve Romanya'da mahkeme harçlarıyla siciller arasında net bir bağıntı yoktur. Bu ülkelerde (ve diğer bazı ülkelerde) mahkeme harçlarının (tescil işleriyle değil) sadece adli işlemlerle sınırlı olması muhtemeldir.

Avusturya'da genel olarak mahkeme yararlanıcıları çoğunlukla adli işlem için belli bir harç ödemek zorundadır.

Mahkeme harçlarının seviyesi davanın türü ve karmaşıklığı ile birlikte davada söz konusu olan parasal değere de bağlıdır. Adli yardım, bu sistemi telafi eder niteliktedir: Adalet ve mahkeme tescil hizmetlerine erişimin bir bedeli vardır, ancak yararlanıcıların durumları uygun değilse adli yardım sayesinde mahkemeye erişimleri sağlanmaktadır.

Yargının yüksek düzeyde standartlaştırılması ve bilgisayarlaşması ve çok sayıda davanın olduğu alanlarda (tapu sicili, ticaret sicili, aile hukuku, icra davaları ve ödeme emirleri) "Rechtspfleger" 'judicial officer' –adli görevli- kurumundan yararlanılması, mahkemelerin masraflarının azaltılmasına imkan vermekte ve (mahkeme harçlarından elde edilen) gelirlerin mahkeme sisteminin diğer bileşenlerine (sözgelimi, ceza davalarına) dağıtılmasına olanak sağlamaktadır.

Eğilimler ve sonuçlar

Bütün Avrupa ülkeleri, maddi durumu yeterli olmayan davacıların adalete erişimini desteklemek amacıyla politikalar oluşturmuşlardır. Ceza davalarında durum genellikle böyledir; cezai olmayan davalarda ise olumlu bir eğilim görülmektedir: Avrupa'da adli yardım bütçeleri genel olarak artmaktadır (dört yılda +%23).

Uygulanan adli yardım politikalarının uygun bir şekilde analizi için, başta aşağıdaki hususlar olmak üzere adalete erişim sistemini oluşturan bir dizi unsurun dikkate alınması gereklidir:

- Adli işlem harçları ve masraflarının seviyesi (4 ülkede mahkemelere erişim tamamen ücretsizdir);

- Adli yardım şartlarını taşıyan davaların sayısı (ilgili hukuki konuların, prosedürlerin, mahkeme yararlanıcılarının imkânlarının niteliğine veya seviyesine ilişkin unsurların sınırlı tutulması) ve dava başına kamu bütçesinden ayrılan adli yardım miktarı;

- Kamu yardımı dışında mahkemeye erişimi kolaylaştırmaya yönelik düzenlemeler (barolarca sağlanan ücretsiz

kamu hizmeti sistemleri, işlemlerin masraflarını karşılayan özel sigorta).

Avrupa ülkelerinin ve birimlerinin çoğu için mahkeme harçları, bazılarının mahkeme işletme masraflarının büyük kısmını karşılamasına ve hatta net bir kazanç elde etmesine imkân sağlamakta veya kayda değer mali kaynaklar oluşturmaktadır. Böyle bir sistemin, yeterli imkânı olmayan davacıların mahkemeye erişimini sağlamak için etkili bir adli yardım sistemi ile beraber yürümesi, kamu hizmetlerinin masraflarının yararlanıcılar ile vergi ödeyenler arasında kısmen dengelenmesi yönündeki bir kamu politikası eğilimine işaret etmektedir.

Ancak bu bağlamda, bir tarafta bilgi edinmek, tapu ya da ticaret sicil işlemleri veya başka sicil işlemlerini yapmak için alınan harçlar ile diğer tarafta adli işlemler için tahsil edilen masrafları birbirinden ayırmak gereklidir.

Bu son hususla ilgili olarak, adalete etkili erişimi sağlamak (harçların adli işlem başlatmak için vatandaşın önünde bir engel haline gelmemesi) önem arz etmektedir. Belirli ülkelerde bir işlem başlatmak için mahkeme harcı ödemeye gerek yokken (Fransa, İzlanda, Lüksemburg, Monako ve İspanya), diğer ülkelerde mahkeme harçlarının seviyesi adli işlemlerin toplam masrafları ya da davanın türü ile doğrudan ilişkilidir (sözgelimi BK İngiltere ve Galler'de mahkeme harcının miktarı, mahkeme işleminden kaynaklanan idare giderine göre tespit edilmektedir). Tapu ve ticaret tescil işlerine mahkemelerin bakması söz konusu olabilmektedir. Ancak, yine tapu (ya da ticaret) sicillerine erişim için gerekli olan harçların seviyeleri, bu hizmetlere gerek duyan vatandaşlar için bir engel oluşturmamalıdır.

Birkaç yıl öncesine kadar adli yardım sistemleri olmayan bazı Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri bu sistemleri geliştirmek için önemli yatırımlar yapmaktadırlar ki bu da umut veren bir eğilimdir. Bazı ülkeler (Azerbaycan, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Litvanya, Romanya, Moldova) adli yardım olanaklarını geniş tutarak vatandaşların mahkemeye erişimine yönelik politikalar geliştirmekte ya da mevcut politikalarını önemli oranda iyileştirmektedirler. Bazı ülkeler son zamanlarda adli yardım için yeni hükümler koymuşlardır (Bosna Hersek, Hırvatistan, Macaristan, Moldova, Slovenya, Makedonya). Bulgaristan adli yardımın kapsamını genişletmiştir. Karadağ ve Polonya'da reform planları üzerinde durulmaktadır.

Avrupa Konseyinin daha eski üye ülkeleri veya birimleri mevzuat hükümlerini yeniden düzenlemek suretiyle adli yardım sistemlerini geliştirmişlerdir (İsveç, BK-İskoçya) ya da bu konuda reform öngörmektedirler (Avrupa Birliği'ne üyelik başvurusu kapsamında Türkiye).

Sonuç olarak, AİHM Kararları ve Avrupa ülkelerinin uygulamasına paralel olarak Türkiye'de uygulanan ceza yargılaması kanun yolundaki harç miktarı makul olmakla birlikte, usul yasasında adli yardım ve talebin reddinin itirazına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması bir eksikliklerdir. Zaten bu nedenle de Anayasa Mahkemesi, aşağıda değinildiği gerekçe ile bu düzenlemeyi iptal etmiştir.³³

33 Özcan Özbey, "Ceza Davalarında Kanun Yollarına Başvurmada Harçların (Tarafların Mali Külfet Yüklenmesinin) AB Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Yargıtay Tarafından Düzenlenen 15.11.2011 Tarihli Tebliğ.

F- Mahkemeye Erişim Hakkının Kullanılmasında Adli Yardım Kurumu

Adli yardım, bu hak açısından önemli bir araçtır. Çünkü, salt mali nedenlerle bir hukuk yolunu tam olarak kullanamamak bir hakkın etkin bir şekilde kullanılmadığı anlamına gelir. Adli yardım; avukatlık ücreti ile diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara tanınan bir hukuki olanaktır.

Yargı sürecindeki masraflar kişinin ödeme gücünü aşıyorsa mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek şekilde bir engele yol açması mümkündür.

Mahkemeye başvurma hakkı sadece hukuken öngörülen sınırlamaların değil fiilen öngörülen **sınırlamaların** da kaldırılmasını, kişinin hak aramasını sağlayacak tedbirlerin alınması ve bu yolu tıkayan engellerin kaldırılmasını gerekli kılar (**Airey v. Ireland, 09.10.1979, para. 25**).

Hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının gerçekten, fiilen ve etkili bir biçimde mevcut olması gerekir (Geouffre de la Pradelle v. France, 16.12.1992, para. 34-35.)

Bununla beraber mahkemeye başvurma hakkı **mutlak bir hak olarak görülmemektedir**. Devlet bu konudaki düzenlemesini yaparken bir takdir alanına sahiptir, fakat mahkemeye başvurma hakkına getirilen **sınırlama**:

- (a) Meşru bir amaç gütmelidir,
- (b) Hakkın özünü zedeleyecek şekilde olmamalıdır,
- (c) Orantılı olmalıdır.

Bu kriterler ilk olarak AİHM tarafından Ashingdane davasında (Ashingdane v. U.K., 28.05.1985, para. 57) ortaya koyulmuştur,

Devletlerin kaynaklarının sınırlılığı dikkate alınarak, bazı durumlarda, adli yardım verilmemesi haklı ve meşru görülmektedir.

Adli yardım alınamaması durumunda, hukuk davalarındaki çok yüksek dava harçları ya da teminatlar da mahkemeye etkili ulaşma hakkını ihlal edebilir (Ait-Mouhoub v. France, para 57-58).

Bu tür mahkeme masrafları ile başvuruçunun mahkeme kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında iyi bir denge sağlanmalıdır. Dava masrafı çok yüksek ise ve adli yardım verilmemişse, mahkemeye ulaşma hakkının özü zedelenebilir, mahkemeye ulaşma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirilmiş olabilir (Kreuz v. Poland, 19.06.2001, para. 62-67.).

Hukuk davası açmak isteyen bir kişinin mahkeme masraflarını karşılamayacak derecede veya bazı davalarda mahkeme tarafından istenilen teminatı gösteremeyecek durumda mali olanaklardan yoksun olması durumunda bu durum, onun mahkeme önünde hak arama açısından bir engel olarak karşısına çıkabilir. Airey³⁴ adındaki başvuruçunun kendisi için hayati derecede tehlike arz eden kocası aleyhine 'ayrı yaşamaya yargı kararı' için, bir başka ifadeyle ayrılık davası açmak istemiş ise de, (o tarihte başvuruçunun bağlı olduğu Devletin Anayasası, İrlanda Anayasası boşanmayı yasaklamış, belli durumlarda yüksek mahkeme ayrı yaşama kararı verebilmekte idi)

34 Airey Kararı 9 Ekim 1979, Seri A. No:32.

davasını, davanın çok karışık olması nedeniyle bizzat kendisinin savunamayacak durumda olması ve avukat tutacak parası da olmadığı için söz konusu ayrılık davasını açamamıştır.

Mahkeme bu somut olayda Sözleşmenin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, eğer, davanın özelliklerinin kişinin bir avukatın hukuki yardımından istifade etmesini zorunlu kılıyorsa Devlet bu imkanı ilgiliye sağlamakla görevlidir. Her ne kadar sözleşmenin bu maddesi hukuk davaları açısından adli yardım ile ilgili bir düzenleme getirmemekle, Devlete adli yardım sağlama yükümlülüğü yüklemekle birlikte, Sözleşmenin 6/3 (c) fıkrasında ifade edilen adli yardım yükümlülüğü bazı durumlarda, gerekli değişiklikler yapılmış olarak hukuk davaları bakımından da uygulanabileceğinden, mahkemeye başvurma hakkının etkili kullanılabilmesi devletin bu yönde olumlu bir edimde bulunmasını gerekli kılar. Bunun aksine bir düşüncenin kabul edilmesi halinde ise, 6'ncı maddede ifade edilen hak teorik olmaktan öteye gidemez. Bu ise Sözleşmenin ortaya koyduğu hukuk sistemi ile bağdaşmaz.

Özetle belirtmek gerekirse, adli yardım olmaması durumunda, hukuk davalarındaki çok yüksek dava masrafları yargı yerine etkili ulaşma hakkını ve sonucunda, hakkını ispat etme hakkını ihlal edebilir. Mahkeme masrafları ile başvuruçunun mahkeme kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında iyi bir denge sağlanmalıdır.

Türk hukukunda, yoksulluk belgesi alan kişilerin, mahkemece ilk bakışta haklı gibi görülmeleri halinde, adli yardım müessesinden yararlanmaları öngörülmüştür. Ancak, burada yapılacak olan yardım, başlangıçta yatırılması

gereken harç ve giderlerden geçici olarak bağışık tutulmaktan ibarettir. Adli yardımdan yararlananların, davayı kaybetmeleri halinde, başlangıçta alınmayan harç ve giderler kendilerinden alınmaktadır. Bu uygulamanın yargı yerlerine başvuru hakkını örtülü bir şekilde engellediği açıktır. Bir kere yargı yerine başvuran kişinin davayı kazanacağından emin olabilmesi mümkün değildir. Davanın kaybedilmesi durumunda üzerine yüklenecek dava harç ve giderleri riskini üzerinde taşıması hiç bir bireyden beklenemez. Bunun yanında, bazı bireylerin yalnızca emin oldukları meseleleri yargı yerleri önüne götürebilmesi de, ayrıca eşitlik ilkesine aykırıdır.

İsveç'te uygulanan bir sisteme göre, davada ödenecek olan harçlar, dava konusunun miktarına göre değil, davacının yıllık kazancına göre tespit edilmekte ve yıllık kazancı düşük olanlardan cüzi miktarda harç alınırken, yıllık gelir düzeyi yüksek olanlardan çok daha fazla harç alınmaktadır.

Masrafı çok yüksek tutularak, yargı yerine ulaşma hakkının özü zedelenmemeli, yargı yerine ulaşma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirilmemelidir.

G- Hukukumuzda Adli Yardım Kurumu

Bir yargı hizmetinin verilmesi harç ödenmesi koşulu-na bağlandığında, adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesi için ödeme gücü bulunmayanlara adli yardım sağlanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında şart kılınmıştır.

492 sayılı Kanundaki değişiklik ile Yargıtay'a temyiz başvurusunda bulunanlara temyiz harcı niteliğinde bir mali yükümlülük getirilmiş, ancak harcı ödeme gücü bu-

lunmayanlar yönünden herhangi bir özel düzenleme öngörülmemiştir. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da bu hususta bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik³⁵'te müdafilere Devlet tarafından ödeme yapılacak kalemler arasında harçlar bulunmamaktaydı. Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik³⁶'le, temyiz, istinaf ve itiraz harçlarının müdafiler tarafından ödenmesi hâlinde, bunların herhangi bir kesintiye tabi olmadan müdafilere ödeneceğine dair değişiklik yapılmak suretiyle, dolaylı bir adli yardım düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak müdafî ve vekillerin temyiz harcının yükümlüsü ve sorumlusu olmamaları nedeniyle, harcı ödeme zorunlulukları bulunmayıp, yapılan değişiklikle, müdafî ve vekillerin kendi iradeleriyle harcı ödemeleri hâlinde, bunu geri alabilmelerine imkân tanınmış ve bu şekilde dolaylı bir adli yardım ortaya çıkmıştır.

Türk Hukuku'nda, yargılama giderlerine ve bu arada harçlardan geçici muafiyete ilişkin adli yardım sadece 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334-340. maddelerinde düzenlenmiştir.³⁷ Harç alınma-

35 Yönetmelik, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılmış ve 2.3.2007 günlü, 26450 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

36 Yönetmelik, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılmış ve 10.6.2011 günlü, 27960 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

37 Adli yardım, mülga 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 465-472. maddelerinde de düzenlenmişti. 5236 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesinde yer alan, "bölge ad-

sına ilişkin hüküm bulunan usul kanunlarından 4.7.1972 günlü, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 56. maddesinde, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 25. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (B) bendinde **hukuk yargılamasındaki adli yardım hükümlerine açıkça atıf yapılmıştır**. Yine 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un bireysel başvuru harcına ilişkin 47. maddesinin (2) numaralı fıkrasının madde gerekçesinde, ekonomik durumu nedeniyle harcı karşılayamayacak olanların adli yardımdan yararlandırılmaları imkânının bulunduğu belirtilmiş, aynı kanunun 49. maddesinin (7) numaralı fıkrasında ise, "Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır" biçimindeki hükme yer verilmiştir. 6216 sayılı Kanun'da adli yardıma ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, yapılan atıf nedeniyle, bireysel başvuruların incelenmesinde de hukuk yargılamasındaki adli yardım hükümlerinin bireysel başvurunun niteliğine uygun düşenleri uygulanacaktır.

AIHM Kararlarında, adli yardım taleplerine ilişkin kararların kesin olması, aleyhine kanun yoluna başvurulamaması da sorun teşkil etmekteydi. Çünkü on beş yıla kadar hapis cezalarına ilişkin hükümler, ancak ilgili-

liye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hâliyle 427-454. maddelerinin uygulanmasına devam olunacağı" biçimindeki bir hükme, 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 465-472. maddeleri yönünden yer verilmediği için, adli yardıma ilişkin olarak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334-340. maddeleri uygulanacaktır.

lerin temyizi üzerine temyiz incelemesine tabi tutulmakta, aksi hâlde kesinleşerek infaz edilmektedir. Bu durumda, temyiz harcından geçici muafiyete ilişkin adli yardım talebinin reddi nedeniyle harçtan muafiyet sağlanamamış olmasının on beş yıla kadar hapis cezasına ilişkin bu hükümlerin kesinleşmesi ve infaz edilmesi gibi ağır bir sonuçları ortaya çıkarmaktaydı. Bu kadar ağır sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecek kararların aleyhine kanun yoluna başvurulamaması hak arama özgürlüğünün önünde engeldi.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, son yıllarda hukuk ve idari davalar kapsamında verdiği birçok kararında, somut olayların özellikleri ile birlikte 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda adli yardıma ilişkin kararların kesin olmasını da dikkate alarak, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, emsal nitelikteki Bakan/Türkiye kararında; "AİHM, Türk kanun koyucu tarafından yürürlüğe konulmuş adli yardım sisteminin, yargılananları keyfilikten koruyacak niteliğe haiz gerekli tüm usul güvencelerini sunmadığının altını çizmeye mecbur addetmektedir. Bu görevin adli makamlara, asıl talep üzerinde bir hüküm vermeye davet edilen mahkemeye tevdi edildiği doğruysa da, Türk Hukuku talebin yerindeliği hakkındaki mahkemenin takdirine itiraz etme imkânı sunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 469. maddesindeki hükümler uyarınca, adli yardım talebine ilişkin karar kat'i olup, bu karara karşı hiçbir yasal başvuru yolu mevcut değildir. Bu nedenle adli yardım talebi taraflarca yargılama esnasında sunulan yazılı belgeler temelinde yapılan tek bir incelemenin konusu olmaktadır.

Taraflar duruşma sırasında dinlenmemekte³⁸ ve itirazda bulunma imkânına sahip bulunmamaktadırlar.

Son olarak AİHM, adli yardım talebinin reddinin başvuruları davalarının bir mahkeme tarafından görülmesi imkânından tamamen yoksun bıraktığını kaydetmektedir.

Bu unsurları ve yargılama başlangıcında konulan sınırlamayı göz dönünde bulunduran AİHM, Devlet'in, mahkemeye erişim hakkını AİHS'nin 6 § 1 maddesinin gereklerine uygun bir şekilde düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bu alanda kendisine tanınan takdir payını aştığı kanaatine varmaktadır" ifadelerine yer vermiştir.³⁹

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu sorunlar asgari düzeyde giderilmiştir. Şöyle ki;

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 336. maddesinin (3) numaralı fıkrasında "Kanun yollarına başvuru sırasında adli yardım talebi bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a yapılır" hükmüne yer verilerek, delilleri değerlendirip temyiz edenin aleyhine karar vermiş olan aynı mahkeme tarafından, aynı delillerin haklılığının bu kez de temyiz harcından geçici muafiyete ilişkin adli yardım talebiyle birlikte değerlendirilmesi çelişkisi giderilmiştir.

38 Somut olay bakımından tarafların dinlenmediğinden söz edilmiştir. Yoksa 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 469. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca, mahkemenin takdirine göre, adli yardım talebi, evrak üzerinden veya duruşma yapılarak incelenebilmekteydi.

39 AİHM, Bakan/Türkiye, 12.6.2007 T., No: 50939/99. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp>). Aynı yönde kararlar için bkz. AİHM, Tunç/Türkiye, 11.2.2008 T., No: 20400/03; AİHM, Eyüp Kaya/Türkiye, 23.9.2008 T., No: 17582/04; AİHM, Bek/Türkiye, 20.4.2010 T., No: 23522/05 (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp>).

Diğer taraftan kanun yollarına başvuru sırasındaki adli yardım talepleri hakkında bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından karar verilmesi düzenlenmiş olduğundan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adli yardım müessesine ilişkin kararların kesin olması yönündeki yapısal sorun eleştirisi, en azından kanun yolu aşamasındaki adli yardım talepleri bakımından, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte giderilmiştir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 nolu Protokolünün⁴⁰ "Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı" başlıklı 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, "ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı durumlarda", kanun yoluna başvurma hakkına istisna getirilebileceği düzenlenmiştir. Asıl davaya ilişkin böyle bir istisna öngörme yetkisi bulunan üye devletlerin, adli yardım talebine ilişkin olarak aynı yetkisinin öncelikle olması gerekir.

H- Hukuk Davalarında Kanun Yollarındaki Harçların Değerlendirilmesi⁴¹

Türk Hukuk Sisteminde, hukuk davalarında kanun yollarına başvurmanın mali külfetini 4 başlık altında toplamak mümkündür:

- Karar ile birlikte hüküm altına alınan karar ve ilam

40 Ek 7 nolu Protokol, 22.11.1984 gününde imzaya açılmış, 1.11.1988 gününde yürürlüğe girmiştir. Protokol, Türkiye tarafından 14.3.1985 gününde imzalanmış, ancak henüz onaylanmamıştır. Protokolü imzalayan ve onaylayan üye ülkelerin listesi için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=04/08/2011&CL=ENG>. Ancak Ek 7 nolu Protokol, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi dâhil yüksek mahkemeler tarafından dikkate alınmaktadır. Kaldı ki Türkiye, zaten iki dereceli yargılanma hakkını öteden beri tanımıştır. Daha fazla bilgi ve yüksek mahkeme kararları için bkz. raporun üçüncü bölümü.

41 Nazmi Necipoğlu, "Hukuk Davalarında Kanun Yollarına Başvurmada Harçların (Tarafların Mali Külfet Yüklenmesinin) AB Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Yargıtay Tarafından Düzenlenen 15.11.2011 Tarihli Tebliğ.

harcının yatırılması,

- Temyiz başvuru harcının yatırılması,
- Temyiz karar harcının yatırılması (maktu-nispi),
- Kanun yoluna başvurma nedeni ile ortaya çıkan posta giderinin yatırılması,

Temel olarak dört başlık halinde sayılabilecek mali külfetlerden en sorunlusu olan ve AİHM'de Türkiye aleyhine ihlal kararı çıkan "Karar ile birlikte hüküm altına alınan karar ve ilam harcının yatırılması" şeklindeki mali külfete öncelikle, akabinde ise diğer bentlerde belirlenen mali külfetlere değinilecektir.

Harç, 07.12.1964 gün ve 3/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "...özel ve tüzel kişilerin özel çıkarlarına ilişkin olarak kamu kuruluşlarının hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödeme" olarak tanımlanırken, Anayasa Mahkemesi kararlarında⁴² "İdarece yapılan bir hizmetten yararlananlardan bu hizmet dolayısıyla alınan para, diğer bir deyimle verginin özel ve ayrık bir türü" olarak tanımlanmıştır.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 120. maddesine göre davacı peşin başvuru harcı ile birlikte nispi veya maktu karar ve ilam harcını dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.

Yatırılacak harç miktarları ise 492 sayılı Harçlar Kanununa göre belirlenmektedir. 492 sayılı Harçlar Kanu-

42 Anayasa Mahkemesi Kararı 14.1.2010 gün 2009/27Esas, 2010/9 Karar.

nunun 27. maddesinde, (1) sayılı tarifede yazılı maktu harçlar, ilgili bulunduğu işlemin yapılmasından önce peşin olarak ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

Nispi harçlar ise Harçlar Kanunu 28. maddesinde de, karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanın kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödeneceği şeklinde düzenlenmiştir.

23.7.2010 gün ve 6009 sayılı Kanununun 18. maddesinde yapılan değişiklikten önce 492 sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesi gereğince, karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmiyor, karar tebliğe çıkarılmadığı için karar aleyhine kanun yoluna başvurulamıyor ve hak sahibi hakkını elde edemiyordu.

Bu düzenlemenin Anayasanın 2 ve 36. maddelerine aykırı olduğu Bolu ve Malkara Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından iddia edilmiş, yapılan inceleme sonunda:

“Anayasa’nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır. Dava açarken peşin harcı ödeyen, ancak nispi harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bakiye harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya, sorumlu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilamın verilmesi; bireylerin hak arama özgürlüğünü engelleyici nitelik taşımaktadır” gerekçesi ile Harçlar Kanununun 28. maddesindeki “Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm veril-

mez.” biçimindeki tümcenin iptaline karar verilmiştir.⁴³

Bu iptal kararı üzerine 492 sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesi, 6009 sayılı kanununun 18. maddesince değiştirilmiş: *“Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmeyeceği”* biçiminde düzenleme altına alınmıştır

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce bu sorun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine intikal etmiş, AİHM, Ülger/Türkiye⁴⁴ davasında başvurucuyu harç ödemekle yükümlü tutmanın kendisine aşırı bir yük getirmesi halinde, mahkemeye başvuru hakkının özünün zedelendiği kabul edilmiş ve Türkiye’yi tazminat ödemekle mahkum etmiştir.

AHİM ihlal kararı, Anayasa Mahkemesi iptal kararı ve kanunda yapılan yasal düzenlemeler sonrasında mevcut durum Yargıtay kararlarına da yansımıştır.

15 Hukuk Dairesi 27.09.2010 günlü kararında:

Davacı vekili, bakiye karar ve ilam harcının taraflarınca yatırılması koşuluna bakılmaksızın kararın tebliğini talep etmiş, bu talep mahkeme tarafından ek karar ile reddedilmiş ve bu ek karar temyiz edilmiştir.

Özel Daire: *“Harçlar Kanununun 28/a maddesinde 6009 sayılı kanunu ile yapılan değişiklik sonucu mahke-*

43 Anayasa Mahkemesi Kararı 14.1.2010 gün 2009/27Esas, 2010/9 Karar.

44 AİHM, 26.6.2007 gün ve 25321/02 sayılı Ülger/Türkiye.

menin ek kararının dayanağı kalmamıştır” gerekçesi ile mahkeme kararını bozmuştur.⁴⁵

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi⁴⁶ AİHM ve Anayasa mahkemesi kararlarına atıf yaptığı 23.12.2010 günlü kararında:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ülger/Türkiye kararı,⁴⁷ Anayasa Mahkemesi iptal kararı⁴⁸ ve bu kararlar üzerine 492 sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesinde yapılan yasal düzenleme gözetilmeyerek, bakiye karar harcı yatırılmaksızın mahkeme kararının tebliğine ilişkin istemin ek karar ile reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmemektedir” gerekçesi ile mahkeme kararını bozmuştur.

Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davahıların karar ve ilam harcını yatırmaması nedeni ile temyiz isteminin reddedilmesi üzerine “Özellikle kararın temyizi aşamasında oldukça yüksek miktarda karar ve temyiz harcının yatırılmasının istenmesi ve verilen sürede yatırılmaması üzerine kanun yoluna başvuru hakkının ortadan kaldırılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde sözü edilen adil yargılama hakkının ihlali niteliğinde olduğu kabul edilerek temyiz dilekçesinin kabulüne”⁴⁹ karar vermiştir.

Mevcut düzenleme ve yargısal kararlar dikkate alın-

45 15 HD. 27.9.2010 gün ve 2009/6007-4792 sayılı karar.

46 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 23/12/2010 gün ve 2010/468 E, 2010/13477 K sayılı karar.

47 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26.06.2006 gün ve 25321/02 sayılı (Ülger/TÜRKİYE dosyası) kararı.

48 Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 gün ve 2009/27-2010/9 sayılı kararı.

49 9 HD. 26.10.2010 gün ve 2009/10000-30626 sayılı karar.

dığında, kanun yoluna başvurmak için ciddi bir mali külfet olan karar ve ilam harcının yatırılması zorunluluğu, AİHS doğrultusunda kaldırılmıştır.

Bu aşamadan sonraki mali külfetler ise, AİHM kararlarında da geçen ilkeler doğrultusunda orantısız olmayan mali külfetler getirdiği düşünülmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 344. maddesi gereğince temyiz dilekçesi verilirken, temyiz kanun yoluna başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenmelidir

2008 yılına kadar kanun yoluna başvurandan başvuru harcı alınmamaktaydı. 492 sayılı Kanunda 2008 yılında yapılan değişiklik⁵⁰ ile birlikte 1 sayılı tarifeye ekleme yapılmış, Yargıtay'a yapılacak temyiz başvurularında 60 TL, Bölge Adliye Mahkemelerine itirazın yapılacak başvurularda 40 TL başvuru harcı alınacağı düzenleme altına alınmıştır.

2011 yılında ise 6217 sayılı kanun⁵¹ ile bir değişiklik daha yapılmış, Yargıtay'a yapılacak temyiz başvurularında ayrıma gidilmiş, yargı harçlarını düzenleyen 1 numaralı tarifedeki temyiz, istinaf ve itiraz harçları yeniden düzenlenmiştir. Buna göre:

a) Yargıtay hukuk dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 90 TL ...

50 04.06.2008 gün ve 5766 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 11. maddesi.

51 31.3.2011 gün ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 13 maddesi.

e) Bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerine yapılacak istinaf yolu başvurularında 50 TL ...

h) İcra mahkemelerinin kararlarına karşı itirazın yapılacağı başvurularda 20 TL harç ödenmesi gereklidir.

Kanun yoluna başvuranın ödemek zorunda olduğu bir diğer harç ise karar ve ilam harcıdır. Bu harcın miktarı da şöyle belirlenmektedir;

Maktu harca tabi davalar ile nispi harca tabi olup da ret ile sonuçlanan davaların temyiz halinde maktu harç alınmaktadır.

Nispi harca tabi davalarda ise mahkemece alınmasına karar verilen harcın dörtte birinin kanun yoluna başvuran tarafından peşin olarak yatırılması zorunludur.

Mevcut düzenleme dikkate alındığında bugün itibarıyla kanun yoluna başvuracak ilgili, 492 sayılı Harçlar Kanununun Yargı Harçlarını düzenleyen 1 sayılı tarife uyarınca 90 TL temyiz başvuru harcı, maktu harca tabi ise 18.40 TL maktu karar harcı, nispi harca tabi ise mahkemece hüküm altına alınan harcın dörtte biri harcı ödemek zorundadır.

Burada AİHS madde 6/1 çerçevesinde üzerinde durulması gereken konu, kanun yoluna başvuran tarafın üstlenmesi gereken harçları peşin ödeme zorunluluğunun veya nispi harcın çok fazla olması, başvuranın kanun yolu ile lehine bir hak elde etmesini engelleyip engellemediğidir.

Mahkemeye erişim için bir harç konulması AİHM kararlarında başlı başına AİHS sözleşmesine aykırılık olarak kabul edilmemektedir. Bu harcın makul ve katlanılabilir

nitelikte olması yeterlidir. Nispi harca tabi davalarda har-
cın ne kadar olacağına belirlenmesi başlangıçta mümkün
olmadığına, bir diğer söyleyişle yapılan yargılama sonunda
hüküm altına alınan hak ile ilgili olarak mahkemece belir-
lendiğine göre, bu mali külfetin erişim hakkını engelleyip
engellemediğini başlangıçta belirlemek imkanı bulunma-
maktadır.

Bu nedenle kanun koyucu bu tip bir sıkıntının baş
gösterebileceğini göz önüne alarak, bir diğer ifadeyle yüklü
bir nispi harç nedeni ile kanun yoluna başvurma imkanı
bulamayan ilgiliyi düşünerek, adli yardım müessesesinin
kanun yolu aşamasında da uygulanabileceğini hüküm al-
tına almıştır.

Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. Maddesinde "Her gerçek ve
tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösteril-
mesini isteme hakkı bulunduğu bu haktan ancak kamu ya-
rarı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslara-
rası hukukun genel ilkelerine uygun olarak yoksun bırakı-
labileceği" ifade edildikten sonra ikinci fıkrasında "Bu
hükümün devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun ola-
rak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka
katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için
gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip ol-
dukları hakka halel getirmeyeceği" ifade edilmiştir.

Bu bağlamda, mahkemeye erişim hakkının mutlak
olmadığı ancak sınırlamalara tabi olabileceği; erişim hak-
kı, niteliği gereği Devlet'in düzenlemelerini gerektirdiğin-
den, bu sınırlamalara üstü kapalı olarak müsaade edildiği,
uygulanan sınırlamaların, bireye bırakılan erişimi, hakkın
esasına zarar gelecek ölçüde sınırlamaması ya da azalt-
maması gerektiği, haklı bir amaç gütmeyen ve başvuru

yollar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunan bir sınırlamanın 6 § 1. Madde ile uyumlu olacağı çeşitli kararlarda ifade edilmiştir.⁵²⁻⁵³

Yargıtay kararları aleyhine gidilen karar düzeltme talebi halinde ise yine maktu başvuru harcı alınmakta ve karar düzeltme isteminin yerinde bulunmaması halinde ise karar düzeltme talebinde bulunan 1086 sayılı HMUK 442/3. para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Bir diğer mali külfet ise kanun yoluna başvuran ilgilinin ödemek zorunda olduğu posta gideridir. 7201 sayılı kanun uyarınca her yıl PTT Genel Müdürlüğü tarafından belirlenen ücretin kanun yoluna başvuran tarafından yatırılması gereklidir. Dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi ve iadesi, duruşmaya davet, Yargıtay kararının taraflara tebliği gibi hizmetlerin karşılığı olan bu meblağ, diğer hizmetlerden farklı bir tarifeye tabi tutulmadığı için yargıya ulaşmasına engel teşkil eden bir durumun söz konusu olmadığı düşünülmektedir.

Yukarıda AİHS 6. maddesine aykırılığı kabul edilen ve bu doğrultuda yapılan yasal düzenleme ile aykırılığı giderilen mali külfet dışındaki diğer külfetler, AİHM kararları ve AİHS çerçevesinde değerlendirildiğinde:

AİHM Bellet-Fransa, 4 Aralık 1995 tarihli kararında; *"Mahkemeye erişim hakkı, mahkemeye erişim hakkının özüne hanel getirecek şekilde ve düzeyde sınırlandırılmayacağı, mahkemeye erişim hakkına getirilen kısıtlamanın, meşru bir amaç taşıması ve kullanılan araçlarla amaç ara-*

52 Waite ve Kennedy – Almanya [BD], 26083/94 ve Apostol – Gürcistan, 40765/02).

53 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26.06.2006 gün ve 25321/02 sayılı (Ülger/TÜRKİYE dosyası) kararı.

sında makul bir orantılılık ilişkisi mevcut olması halinde, AİHS'nin 6/1 maddesine uygun düşeceği" belirtilmiştir.

Yine AİHM, Kreuz-Polonya (Başvuru No 28249/95) davasında, sınırlamanın mali nitelikte olabileceği, adaletin iyi şekilde tecelli etmesi için, bir kişinin mahkemeye erişim hakkına mali kısıtlamalar getirilebileceğini hiçbir zaman göz ardı etmemiştir (Tolstoy-Miloslavsky- Birleşik Krallık, 13 Temmuz 1995).

Diğer bir kararda⁵⁴ ise hukuk mahkemelerinde açılan davalar için mahkeme harcı ödenmesinin istenmesi, AİHS'nin 6/1 maddesine aykırı olarak mahkemeye erişim hakkının sınırlaması olarak kabul edilemeyeceği ifade edildikten sonra, ilgilinin, mahkemeye erişim hakkından yararlanıp yararlanmadığının ve "davasının bir mahkeme tarafından görülüp görülmediğinin" belirlenmesinde, bir davanın özel koşulları ışığında değerlendirilen masrafların tutarı, kişinin ödeme gücü ve söz konusu sınırlamanın yargılamanın hangi safhasında ortaya çıktığı gibi faktörlerin dikkate alınması gerekir denilmiştir.

Mevcut bu ilkeler dikkate alındığında yukarıda izah edilmeye çalışılan mali külfetlerin AİHS'ye aykırı olmadığı değerlendirilmektedir.

Bütün bu mali külfetlerden muafiyet sağlayan Adli Yardım müessesesi ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından, adil yargılanma ilkesi çerçevesinde yeniden düzenlenmiş, tartışmalı olan bir takım hususlar kanun maddesi haline getirilmiştir.

54 Kreuz, Weissman ve diğerleri- Romanya, Başvuru no: 63945/00, Iorga-Romanya başvuru no: 4227/02, 25 Ocak 2007.

2709 sayılı TC. Anayasasının 36. maddesine göre *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”*

Keza Anayasanın 5. maddesine göre devletin temel amaç ve görevleri *“...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaktır.”*

Bu düşüncelerle sosyal hukuk devletinin gereği olarak yoksul kimselere yargı organları önünde haklarını arayabilmeleri veya savunma yapabilmeleri için parasal kolaylıklar sağlanması anlamına gelen adli yardım müessesesi getirilmiştir.

1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda ilk derece mahkemesi aşamasında adli yardımdan faydalanma konusunda herhangi bir tereddüt olmamasına rağmen, kanun yolu aşamasında adli yardım konusunda tereddütler bulunsa da, Hukuk Genel Kurulu, kanun yolu aşamasında da adli yardımdan faydalanılabileceğini belirterek mevcut yargısal kararlar ile bu tereddüt giderilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise bu durum kanun maddesi haline getirilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 336/3. maddesinde kanun yollarına başvuru sırasında adli yardım talebinin bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a yapılacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra ile tereddütler giderilmiş, kanun yolları aşamasında da adli yardımdan faydalanma imkanı açıkça sağlanmıştır.

I- Ceza Hukukunda Kanun Yolu Hakkı

Bilindiği gibi kanun yolları, “olağan kanun yolları” ve “olağanüstü kanun yolları” olmak üzere ikiye ayrılır. Kesinleşmiş olmayan kararlara karşı başvuru imkânı tanıyan kanun yollarına, olağan kanun yolu; kesinleşmiş olan kararlara karşı başvuru imkânı tanıyan kanun yollarına ise olağanüstü kanun yolu denir.

Ceza mahkemelerinden verilen kararlara karşı “itiraz”, “istinaf” ve “temyiz” olmak üzere, üç olağan kanun yoluna başvurulabilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 267 ve devamı maddelerinde “itiraz”; 272 ve devamı maddelerinde “istinaf”; 286 ve devamı maddelerinde ise “temyiz”, olağan kanun yolları olarak düzenlenmiştir. Ancak 5320 sayılı Kanun’un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 322. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326. maddeleri uygulanır” biçimindeki hükmü uyarınca, bölge adliye mahkemeleri henüz göreve başlamamış olduğundan, ceza mahkemesi kararlarına karşı “istinaf” yoluna gidilememektedir. Bunun yerine temyiz yoluna gidilmesi gerekmektedir. Temyiz yolu bakımından, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayana kadar 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Kanun yolu bir hak olarak uluslararası hukukta da kabul görmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 numaralı Protokolünün "Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı" başlıklı 2. maddesi şu şekildedir: "1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkına haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir. 2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hâllerinde istisnaya tabi tutulabilir."

Ek 7 nolu protokol Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır. Ancak Türkiye zaten ceza yargılamasında kanun yolu hakkını uzun süredir tanımaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında Ek 7 numaralı protokolünün 2. maddesi, Anayasa'ya aykırılık iddiasının incelenmesinde dikkate alınmış⁵⁵; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında ise, aynı protokol hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı"nı düzenleyen 6. maddesine yeni yorum getirdiği belirtilmiştir⁵⁶.

55 Anayasa Mahkemesi, 23.7.2009 T., 2006/65 E. 2009/114 K. (R.G.: 07.10.2009 T. 27524 S.).

56 YCGK, 30.1.2007 T., 2007/3-9 E. 2009/18 K. (www.kazanci.com).

zararı, ceza davasında “şahsi hak” olarak talep edebilmekteydi. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda şahsi hak talebinde bulunulabileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmediğinden, artık ceza davalarında şahsi hak talebinde bulunmak mümkün değildir.⁵⁸ Ancak 5320 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesinde “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ceza mahkemelerinde açılmış bulunan davalardaki şahsi hak talepleri, görevsizlik kararı verilmeyerek bu mahkemelerce sonuçlandırılır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, 5320 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihinden⁵⁹ önce açılmış ceza davalarındaki şahsi hak talepleri dışında, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu düzenleme, şahsi hak taleplerinin hükme bağlanması hâlinde harç alınmasıyla ilgili olduğundan, maddi ceza hukukuna ilişkin ceza yargılaması kapsamında öngörülmüş bir harçtan söz etmek mümkün değildir.⁶⁰

58 Bkz. Yargıtay 2. CD., 19.09.2007 T, 2007/8687 E. 2007/11385 K. (www.kazanci.com).

59 5320 sayılı Kanun, 31.3.2005 günlü, 25772 Mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve aynı kanunun 19. maddesi uyarınca, konuyla ilgili olmayan bir maddesi dışında 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

60 Nitekim 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun madde gerekçesinde; “Ancak ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların da hüküm altına alınması hâlinde, bunlar hukuk mahkemelerinde görülen davalardan mahiyet itibarıyla farklı bulunmadıklarından mükellefiyette eşitlik sağlamak maksadıyla, bu nevî davalardan da celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarife gereğinde harç alınacağı 1. maddenin 2. fıkrasıyla hükme bağlanmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu’nun 406. maddesinin (2) numaralı fıkrasının 2. cümlesinde, şahsi hakların tahsiline dair kararların infazının, cezaların infazına ilişkin mevzuata değil, hukuk mahkemesi kararlarının infazına ilişkin mevzuata tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında da “...ceza mahkemelerinde maddi ve/veya manevi tazminata ilişkin olarak şahsi hak istemiyle davaya müdahil olunması ve şahsi hakkın da hüküm altına alınması halinde; bunlar hukuk mahkemelerinde görülen davalardan içerikleri itibarıyla farklı olmadıklarından, bu tür davalarda “celse harçları hariç” olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre nispi harç alınır.” ifadelerine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 11.4.2000 T., 2000/22 E. 2000/7 K. (R.G.: 22.07.2000 T. 24117S.).

Diğer taraftan 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (1) sayılı Tarifesinin yargı harçlarına ilişkin ortak düzenleme niteliğindeki "D) Diğer yargı harçları (Müşterek kısım)" bölümünün "I. Suret harçları" fıkrasında, bir takım belgelerin suret veya tasdikli fotokopilerinden "1.20 TL ve 2.90 TL" gibi düşük miktarlarda harç alınması öngörülmüş ve re'sen verilmesi icap eden suretler hariç olmak üzere ceza mahkemelerinden alınacak suretlerden de aynı harçların alınacağı belirtilmiştir. Ancak düzenlemede yer alan "re'sen verilmesi icap eden suretler hariç" ibaresi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 35. maddesinin "(1) İlgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir. (2) Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, ... hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur. (3) İlgili taraf serbest olmayan bir kişi veya tutuklu ise tebliğ edilen karar, kendisine okunup anlatılır.", 153. maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkrasının "(1)Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (4)Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir."; Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik⁶¹'in 83. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "Mağdurun, şikâyetçinin ve suçtan zarar görenin vekilleri ile müdafî vekaletname ibraz ederek dilekçe ile başvurmaları hâlinde bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilirler. Katılan da bu hakka sahiptir.", aynı yönetmeliğin 86. maddesinin

61 Yönetmelik, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılmış olup, 1.6.2005 günlü, 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

(1) numaralı fıkrasının “Tarafların yokluğunda mahkemelerce verilen kararlar, yazı işleri müdürü tarafından tebliğe çıkarılır. Karar, vekille takip edilen davalarda vekile, vekil birden fazla ise bunlardan birine, diğer hâllerde sanığa ve katılana tebliğ olunur” biçimindeki hükümleri karşısında, ceza yargılamasında avukatın vekâletnameyi kendisinin tasdik etmesi dışında suret harcı alınması uygulamada pek mümkün değildir. Kaldı ki suret harcı, herhangi bir işlemin yapılması için değil, bir belgenin suretinin verilmesi karşılığı alınan harç olup, doğrudan yargılama süreciyle ilgisi bulunmamaktadır.

Yakın bir dönemde ceza kanun yollarında harç alınması için 492 sayılı Kanunda yeniden bir düzenleme yapıldı. Buna göre;

Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Adalet Komisyonu’nda bazı değişiklik ve eklemeler yapılarak, 31.3.2011 gününde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda görüşüldükten sonra 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun olarak kabul edilmiş, 14.4.2011 günlü ve 27905 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yargıtay **ceza dairelerine** yapılacak temyiz başvurularında alınacak **harcı** düzenleyen kurala ilişkin Tasarı’nın 13. maddesinde ilk olarak geçen “**80 TL**” ibaresi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından yüksek harç miktarlarının belirlenmesi durumunda, kanun yoluna başvuracak olanlar açısından hak kaybına neden olunması ihtimali gerekçesiyle “**40 TL**” olarak değiştiril-

miş ve yapılan değişiklik doğrultusunda madde kanunlaşmıştır.

Kanun'un genel gerekçesinde, *"Tasarıyla mahkeme harçları yeniden düzenlenmekte ve özellikle ceza yargılaması kanun yoluna müracaatlarında harç alınması esası kabul edilerek yargılamayı uzatma amacına yönelik kanun yolu başvurularının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır"* denilmiş ve madde gerekçesinde ise "Maddeyle, mahkeme harçları yeniden düzenlenmekte ve ceza mahkemesi kararlarına karşı yapılacak kanun yolu başvurularından da harç alınması kabul edilmektedir. Başta Yargıtay olmak üzere yargı mercilerine yapılacak itiraz, istinaf ve temyiz yolu başvurularında harç alınması ile yargılamayı uzatmaya yönelik olarak yapılan başvuruların önlenmesi ve bu suretle yargı mercilerindeki iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır." ifadelerine yer verilmiştir.

Kanun Tasarısı'na ilişkin Adalet Komisyonu raporunda, komisyon görüşmeleri sırasında ileri sürülen muhalif görüşlere yer verilen bölümde; "Tasarının çerçeve 12. maddesi (6217 sayılı Kanun'un 13. maddesi) ile ceza mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yolu müracaatlarının harç ödenmesi şartına bağlanması gerek Anayasanın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde hükme bağlanmış olan adil yargılanma hakkına, gerekse ceza yargılamasına hâkim olan re'sen araştırma ve maddi gerçeğe ulaşma ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca kanun yollarına başvurmanın harca bağlanması, uygulamada avukatlar hakkında da birçok olumsuzlukların doğmasına neden olabilecektir. Zira ceza yargılamasında kanun yoluna başvurma süresi tefhim ile başladığından ve bu sürelerde çok kısa olduğundan, avukatın müvekkilinden başvuru harcını tahsil edemediği ve

edememesi durumunda da kanun yolundan feragat edildiğinin tespit edilememesi durumunda, sorumluluğuna neden olacağı gerekçesiyle ceza yargılamasında kanun yoluna başvurabilmenin harca bağlanması doğru bir uygulama değildir.” biçimindeki görüşe yer verilmiştir.

31.03.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 13. maddesiyle, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı **Harçlar Kanunu’nun**;

(1) sayılı Tarifesinin “A) Mahkeme Harçları” bölümünün “IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları” fıkrasının tam metni şöyledir:

“IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları:

b) Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 40 TL...

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde belirlenmiş olan kriterler ile Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularından 40 TL ücret alınmasına ilişkin kuralın bu kriterlere uygun olup olmadığı karşılaştırmalı olarak şu şekilde açıklanabilir:

- Harcın alınacağı yargılama aşaması:

Harcın, yargılamanın ilk derece aşamasında veya kanun yolu aşamasında alınması farklı değerlendirilmektedir. Yargılamanın ilk derece aşamasında alınacak bir harcın mahkeme önünde iddia ve savunmayı hiç dile getirememesi sonucunu doğurabileceği ve bu nedenle bu aşamada harç alınmasının daha sıkı koşullara bağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Yargılamanın kanun yolu aşı-

masında harç alınması bakımından ise, daha önce iddia ve savunmanın bir mahkeme önünde dile getirilmesine imkân tanınmış olduğundan, üye devletlerin, daha geniş bir düzenleme yetkisi bulunduğu benimsenmektedir.

Düzenlenen temyiz harcı, yargılamanın ilk derece aşamasının bitmesinden, ilgililerin iddia ve savunmalarını bir mahkeme önünde dile getirmesinden sonraki bir aşama olan kanun yolu aşamasında alınmaktadır. Bu nedenle itiraz konusu kural kapsamında, kanun koyucunun yargı hizmetine harç biçiminde bir mali yükümlülük getirme bakımından daha geniş yetkisinin bulunduğu kabul edilmesi gerekir.

- Harç miktarı:

Harcın miktarının makul olması, mahkemeye erişim hakkını engelleyecek kadar yüksek olmaması gerektiği belirtilmektedir. Genellikle harcın miktarının yüksek olup olmadığı bakımından, asgari ücret miktarı dikkate alınmakta, asgari ücretin bir veya iki katı harç alınması dahi makul bir miktar olarak kabul edilebilmektedir.

Brüt en yüksek aylık asgari ücret, 1 Ocak-30 Haziran 2011 tarihleri arasında 796,50 TL ve 1 Temmuz-31 Aralık 2011 tarihleri arasında 837 TL olarak tespit edilmiş olup⁶², bunun yaklaşık yirmide biri tutarındaki itiraz konusu kuralla düzenlenen 40 TL'lik harç, oldukça düşük miktardadır. Hatta tasarıda 80 TL olması öngörülen harcın miktarı, komisyon aşamasında hak kaybına neden olunmaması gerekçesiyle 40 TL'ye düşürülmüş ve tasarı bu şekilde kanunlaşmıştır. Ayrıca ceza yargılamasında,

62 Bkz. 28.12.2010 günlü, 2010/1 sayılı Asgari Ücret Tespit Komisyonu kararı (RG., 31.12.2010 T., 27802 S.).

hukuk yargılamasındaki harç miktarlarının yarısı oranında harç alınması düzenlenmiştir.

- Haklı bir amaç:

Haklı bir amaca ulaşılmak için harç alınması gerektiği kabul edilmektedir.

İlgili kanunların gerekçelerinde, kanun yolu harçlarının alınmasındaki amaç, "gereksiz ve kötü niyetli kanun yolu başvurularını engellemek ve böylelikle kanun yolu mercilerinin zaman ve emek kaybının önüne geçmek, iş yükünü azaltmak" olarak gösterilmiştir. Gereksiz başvurular nedeniyle oluşan mahkemelerin iş yükünün azaltılması, tüm dünyada çözümü aranan en önemli yargılama sorunlarından biri olup, bunun haklı bir amaç olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

- Ulaşılmak istenen amaç ile harç arasındaki orantı:

Harç alınan işlem ve harç miktarı ile ulaşılmamak istenen amaç arasında orantısızlık bulunmaması gerektiği ifade edilmektedir.

Gereksiz temyiz başvuruları önlenerek, temyiz mercisinin iş yükünün azaltılması amacı ile yargılamanın ilk derece safhası geçtikten, iddia ve savunmaların bir mahkeme önünde dile getirilmesinden sonra alınacak 40 TL gibi oldukça düşük miktardaki temyiz harcı arasında orantısızlık bulunmadığı açıktır.

- Etkili adli yardım:

Adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkı bakımından, üye devletlerin mali bir yükümlülük getirebilecekleri kabul edilmekle birlikte, bu

hakkın engellenmemesi için ödeme gücü olmayanlara etkili bir adli yardım sağlayacak sistemin varlığı aranmaktadır.

Ceza kanun yolunda özel bir adli yardım sistemi düzenlenmemiştir. Genel olarak ceza yargılaması alanında da, müdafî veya vekil görevlendirilmesi biçimindeki "hukukî yardım" dışında, harçlar dâhil "yargılama giderlerinden geçici muafiyet" sağlayan adli yardım düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak ceza yargılamasında hakları genişletici kıyas serbest olduğundan, hukukumuzda adli yardıma ilişkin tek düzenleme olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334-340. maddelerinin, burada kıyasen uygulanması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde mülga 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun adli yardıma ilişkin hükümlerinde yer alan ve adil yargılanma hakkı kapsamında olan mahkemeye erişim hakkı bakımından engel teşkil edebilecek sorunlar, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda asgari düzeyde giderilmiş olduğundan, ceza yargılamasında da kıyasen uygulanması mümkün olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334-340. maddelerinde yer alan adli yardım hükümlerinin, düzenlenen temyiz harcını ödeme gücü bulunmayanlara asgari düzeyde etkili adli yardım sağladığı söylenebilir.

Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte müdafilere Devlet tarafından ödeme yapılacak kalemler arasında harçlar bulunmuyordu. Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müda-

fi ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile, temyiz, istinaf ve itiraz harçlarının müdafiler tarafından ödenmesi hâlinde, bunların herhangi bir kesintiye tabi olmadan müdafilere ödeneceğine dair değişiklik yapılmak suretiyle, dolaylı bir adli yardım düzenlemesine de yer verilmiştir.

Sonuç olarak, Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularından 40 TL harç alınmasını düzenleyen kuralın, yargı harçların mahkemeye erişim hakkını engellememesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde belirlenmiş olan kriterlere uygun olduğu söylenebilir.

K- Harcın Ödenmemesinin Sonuçları

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 27. maddesinin (3) numaralı fıkrası ve 32. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, **harcının ödenmemesi hâlinde**, müteakip işlemlerin yapılmayacağı düzenlenmiştir. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 316. maddesinde, usulüne uygun bir temyiz talebini takip eden işlemler; temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliği, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tebliğname düzenlenmesi ve bunun ilgililere tebliği olarak gösterilmiştir. Bu hükümlerden, ceza mahkemesi kararlarına karşı temyiz başvurusunda bulunulması, ancak temyiz harcının ödenmemesi hâlinde, temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmeyeceği, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmeyeceği ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tebliğname düzenlenip ilgililere tebliğ edilmeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, harcın ödenip ödenmediğinin söz konusu olabilmesi için **öncelikle mahkemeye bir temyiz talebinde bulunulmuş** olması gerekir. Mahkemenin, harcı yatırılmamış olan temyiz talebiyle ilgili nasıl bir karar vereceği, nihai kararın mahkûmiyet hükmü olması hâlinde, bunu kesinleştirip infazı için Cumhuriyet savcılığına verip vermeyeceği konularında herhangi bir özel düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda “temyiz talebinin reddi kararı” verilebileceği bir an için düşünülse de, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun “Temyiz Talebinin Kabule Şayan Olmamasından Dolayı Hükmü Veren Mahkemece Reddi” başlığını taşıyan 315. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ve “Yargıtay’ca Temyiz İsteğinin Reddi” başlığını taşıyan 317. maddesinde, temyiz talebinin reddi sebepleri; “kanunî sürenin geçmesinden sonra temyiz başvurusunda bulunulmuş olması”, “kararın temyiz edilemeyecek nitelikte olması” ve “temyiz edenin temyiz hakkının bulunmaması” ile sınırlı olarak sayılmıştır. Temyiz talebinin reddi kararı, sayılan sebeplerin niteliğinden de anlaşılacağı üzere, ceza mahkemesi kararının temyiz edilemeyeceğini veya temyiz talebinde bulunan tarafından temyiz edilemeyeceğini hükme bağlayan bir karar türüdür. Sayılan sebeplerin bulunması hâlinde, temyiz başvurusunda bulunanın eksik bir hususu tamamlayarak tekrar usulüne uygun temyiz talebinde bulunması mümkün değildir. Hâlbuki harç yatırmaksızın temyiz talebinde bulunan kişi, temyiz süresi içinde harcı yatırarak usulüne uygun bir temyiz talebinde bulunmuş olur. Kaldı ki, istisnai hükümlerde, kıyas yapılması mümkün değildir. Temyiz talebinin reddi nedenlerine ilişkin hüküm, tutuklama nedenlerine ilişkin hükümde olduğu gibi istisnai hüküm niteliğindedir. Bu nedenlerle, harcı yatırılmamış olan temyiz başvurusuyla ilgili olarak 1412

sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 315. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve 317. maddesi uyarınca "temyiz talebinin reddi" kararı verilemez.

Nitekim 18.6.1926 günlü, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (26.9.2004 günlü, 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile değişiklikten önceki hâleriyle) 434. maddesinin (3) numaralı fıkrası ve 432. maddesinin (4) numaralı fıkrasında⁶³, temyiz harcının yatırılmaması hâli ile çeşitli nedenlerle temyiz başvurusunda bulunulmaması hâli birbirinden ayrılarak; birinci hâlde "kararın temyiz edilmemiş sayılmasına", ikinci hâlde ise "temyiz talebinin reddine" karar verilmesi hükme bağlanmıştır.

Uygulamada, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı temyiz harcının yatırılmadığını tespit etmesi halinde, bu eksikliğin sanığa tebliğ edilerek 7 günlük süre içerisinde harcın yatırılması için dosyayı mahkemesine geri göndermektedir. Buna rağmen harcın yatırılmaması halinde, mahkemece "kararın temyiz edilmemiş sayılmasına" karar verilmesi, bu kararın da temyiz edilmesi halinde ancak Yargıtay'a dosyanın gönderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

L- Ceza Davaları İçin Getirilmiş Olan Harçlara İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi, 20.10.2011 tarih ve 2011/54 E, 2011/142 sayılı Kararı ile 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin

63 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 451. maddesi uyarınca 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, 5236 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hâliyle 427-454. maddelerinin uygulanmasına devam olunacaktır.

Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. ve 13. maddelerinin iptali istemini değerlendirmiştir.⁶⁴

31.03.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi şöyledir:

"2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde yer alan "açılan davalar" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve kanun yolu başvuruları ile ceza mahkemelerinden verilen kararlara karşı kanun yolu başvuruları," ibaresi eklenmiştir".

6217 sayılı Kanun'un 13. maddesi ise şöyledir:

"492 sayılı Kanunun (1) sayılı Tarifesinin "A- Mahkeme Harçları" bölümünün "Hukuk ve ticaret davalarıyla, idarî davalarda ihtilafsız yargı konularında ve icra tetkik mercilerinde" başlığında yer alan "Hukuk" ibaresinden sonra gelmek üzere ", ceza" ibaresi eklenmiş, "IV. Temyiz ve itiraz harçları" kısmı başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı Kanunun (2) sayılı Tarifesinin "II-Maktu harçlar" bölümünün (11) numaralı bendine "miras taksim mukaveleleri," ibaresinden sonra gelmek üzere "mirasçılık belgesi," ibaresi eklenmiştir.

"IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları:

...

⁶⁴ Başvuranlar: 1- Eskişehir Çocuk Mahkemesi (Esas Sayısı: 2011/54), 2- Şişli 14. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2011/57), 3- Kilis 2. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2011/66), 4- Şanlıurfa 2. Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2011/69), 5- Nazilli Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2011/91).

b) Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 40 TL...

Anılan sayılı kararda Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi şu şekilde olmuştur:

A- 6217 sayılı Kanun'un 13. Maddesiyle 492 sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinin "A) Mahkeme Harçları" Bölümünün Başlığına Eklenen " , ceza" İbaresinin İncelenmesi:

İtiraz yoluna başvuran mahkemeler tarafından, kurallın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin doğrudan bir gerekçe gösterilmemiş ise de, itiraz konusu diğer kuralla ilgili gerekçeler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, niteliği gereği ceza yargılamasında harç alınamayacağı gerekçesiyle Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

492 sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinin "A) Mahkeme Harçları" bölümünün "Hukuk, ceza ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda ve icra tetkik mercilerinde" biçimindeki başlığı, mahkeme harçlarına ilişkin genel bir başlık olup, bu bölüm altında kısımlar hâlinde yer alan harçların hangi yargı alanlarındaki hizmetlerden alınacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla bir yargı alanında mahkeme harcı niteliğinde harç düzenlemesi yapılmak istendiğinde, öncelikle söz konusu başlığa, ilgili yargı alanına ilişkin bir ibare eklenmekte, daha sonra o yargı alanındaki somut bir yargı hizmetinden alınmak istenen harç veya harçlar ile bunların miktar ve oranlarına, türüne göre başlık altındaki kısımlarda ("I. Başvurma harcı", "II. Celse harcı", "III. Karar ve ilam harcı" ve "IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları") yer verilmektedir. Kanun koyucu tarafın-

dan ceza yargılaması alanında da mahkeme harcı alınması öngörülmüş ve kuralla söz konusu başlığa “, **ceza**” ibaresi eklenmek suretiyle, genel olarak ceza yargılaması alanında mahkeme harcı alınabilmesi sağlanmıştır. Bu nedenle, kuralla ilgili Anayasa’ya aykırılık sorunu, kategorik olarak ceza yargılamasında harç alınıp alınmayacağına ilişkindir.

Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “hukuk devleti”, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir.

Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir.

Devletin harç alma yetkisinin dayanağını oluşturan Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*” denilmektedir.

Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Yargı hizmetleri de, kuşkusuz kamu ku-

rumlarının sunduğu en önemli hizmetlerden biridir. Anayasa'da herhangi bir yargı hizmetinin, ücretsiz olarak verileceğine ve kategorik olarak devletin harç alma yetkisi dışında tutulduğuna dair hüküm bulunmamaktadır.

Ceza yargılamasının her aşamasında harç alınmasını düzenleyen önceki mevzuatı yürürlükten kaldıran 492 sayılı Kanun'un gerekçesinde "ceza davalarının bir harç mevzuu ve sebebi yapılması harçların dayandığı prensip ile bağdaştırılamamış, Devletin âmme menfaatine kullandığı ceza, tedip ve islah hakkının suçlulara yönelik bir harç mükellefiyeti getiremeyeceği neticesine varılmıştır." biçimindeki ifadeye yer verilmişse de, ceza yargılaması hizmetlerinden harç alınmasından vazgeçilmesi de, daha sonra tekrar harç alınması da, kanunla yapılmak koşuluyla kanun koyucunun takdirindedir. Kaldı ki somut olayda aynı husustaki kanuni düzenlemeler farklı içeriktedir. Kanun koyucu, düzenleme yapma konusunda Anayasa kuralları ile bağlı olup, yukarıda açıklandığı üzere kategorik olarak ceza yargısı hizmetlerinden harç alınması bakımından Anayasal engel bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. (Mahkeme üyesi Mehmet ERTEN bu görüşe katılmamıştır).

B- 6217 sayılı Kanun'un 13. Maddesiyle 492 sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinin "A) Mahkeme Harçları" Bölümünün Değiştirilen "IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları" Kısmının (b) Fıkrasının İncelenmesi:

Başvuru kararlarında, ceza alma risk ve tazyiki altında bulunan sanığa devletin hizmet sunduğundan bahsedilemeyeceği, ceza yargılamasında re'sen araştırma ilkesinin

geçerli olduğu, kendi iradesi dışında hakkında kamu davası açılan kişiden harç alınamayacağı, yargı kararlarına karşı bir üst yargı merciine müracaat etmenin adil yargılanma hakkının gereği olduğu, ekonomik durumu iyi olmayanlar yönünden hukuk yargılamasındaki adli yardım hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak düzenleme yapılmamış olduğu, amaçlananın aksine harç alınmasının yargılamayı hızlandırmayacağı ve ek yargılama prosedürü oluşturarak yargılamanın uzamasına neden olacağı, ekonomik güçlük içinde olması nedeniyle kendisine müdafî tayin edilen sanıklardan temyiz harcı alınmasının devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı, savunma hakkının kullanılabilmesi ve suçsuzluğun ispat edilebilmesi için harç ödenmesinin masumiyet karinesini ve Cumhuriyet savcısından harç alınmayarak taraflar arasında harç alınması konusunda farklılık oluşturulmasının eşitlik ilkesini ihlâl ettiği gerekçeleriyle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 17., 19., 36., 38., 40., 65. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6217 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinin "A) Mahkeme Harçları" bölümünün "IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları" kısmı tüm fıkralarıyla birlikte değiştirilmiş; ceza yargılaması alanındaki kanun yolu başvurularından da harç alınması düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kuralla Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularından 40 TL harç alınması hükme bağlanmıştır.

Yargı harçlarına ilişkin genel düzenleme niteliğinde olan 492 sayılı Kanun'un 27. maddesinin üçüncü fıkrası ve 32. maddesinin birinci fıkrasında, harcın ödenmemesi hâlinde müteakip işlemlerin yapılmayacağı hükme bağlanmış, 1412 sayılı Kanun'un 316. maddesinde ise, temyiz

talebini takip eden işlemler; temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliği, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tebliğname düzenlenmesi ve bunun ilgililere tebliği olarak gösterilmiştir. Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, temyiz harcının ödenmemesi hâlinde, temyiz incelemesinin yapılmayacağı sonucu çıkmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adaletle uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüne yer verilmiştir.

Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Ceza yargılamasında re'sen araştırma ilkesi geçerli ve ilgilinin kendi rızası dışında hakkında kamu davası açılması söz konusu ise de, Yargıtay ceza daireleri

tarafından verilen temyiz incelemesi biçimindeki yargı hizmeti, harca tabi olmayan on beş sene ve daha fazla hapis cezalarına hükmedilmesi hâli dışında, temyiz hakkı bulunanın kendi iradesiyle yaptığı temyiz başvurusu üzerine verilmektedir. Söz konusu hizmeti talep edenlerden, bunun karşılığında harç alınması, harçlara ilişkin genel prensiplere aykırı değildir.

Kanun koyucunun yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınması biçiminde düzenleme yapma yetkisi bulunmakla birlikte, bunun Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını engellememesi için, "harcın miktarının makul olması", "harcın alınmasında haklı bir amacın olması", "ulaşılacak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması" ve "ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması" kriterlerine uyulması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir (Tolstoy-Miloslavsky/İngiltere, 13.6.1995, No: 18139/91; Kreuz/Polonya, 18.6.2001, No: 28249/95; Bakan/Türkiye, 12.6.2007, No: 50939/99; Ülger/Türkiye, 26.6.2007, No: 25321/02).

Ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistem itiraz konusu kuralla birlikte düzenlenmediği gibi, genel olarak ceza yargılaması alanında da, harçlar dâhil "yargılama giderlerinden muafiyet" sağlayan adli yardım düzenlemesi bulunmamaktadır. Yine hukukumuzda adli yardıma ilişkin tek düzenleme olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, kuralla getirilen temyiz harcı bakımından da uygulanmasını sağlayacak herhangi bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla kural, ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. (Mahkeme üyesi Mehmet Erten, bu sonuca farklı gerekçeyle katılmış; Alparslan Altan ve Burhan Üstün, bu görüşe katılmamışlardır).

31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesiyle, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (1) sayılı Tarifesinin "A) Mahkeme Harçları" bölümünün değiştirilen "IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları" kısmının "Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 40 TL" biçimindeki (b) fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görüldüğünden,

29 Aralık 2011 tarih ve 28157 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan karar, bu tarihten 6 ay sonra yürürlüğe girmiş olacaktır.

Mahkeme üyesi Mehmet Erten şu düşüncelerle karşı oy kullanmıştır: *"İtiraz konusu düzenlemeler, ceza mahkemesi kararlarına karşı Yargıtay Ceza Dairelerine yapılacak temyiz (kanun yolu) başvurularında, sanıkları da kapsar biçimde harç alınmasını öngörmektedir.*

Devletin, kanunla düzenlediği ve hükümle de uygulanmasını sağladığı cezanın genel amacı, işlenen suç ile bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek ve suç işleyenleri ıslah ederek topluma kazandırmaktır.

*İşlenen bir suçta maddi gerçeğe ulaşmak için başvuru-
lan ceza muhakemesi ise suç işlendiğinin öğrenilmesiyle
başlayıp, açılan kamu davası ve re'sen yapılan araştırma
ile varılan yargılama sonucunda, sanık veya sanıklar hak-
kında bir hüküm verilmesine kadar geçen süreci ifade eder.
Bu sürece, ceza mahkemesi kararına karşı Yargıtay ceza
dairesine yapılacak temyiz başvurularının da dâhil oldu-
ğunda duraksama bulunmamaktadır.*

*492 sayılı Kanun'un gerekçesinde "fertlerin özel men-
faatlerine ilişkin olarak, kamu kurumları ve hizmetlerinden
yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödemeler", harç ola-
rak tanımlanmıştır. Ceza yaptırımı uygulanabilmesi için açı-
lan kamu davasının tehdidi altında bulunan sanığa, Devle-
tin, özel yarar amacıyla hizmet sunduğundan bahsedile-
meyeceği açıktır. Bu nedenle Devletin, kamu düzenini sağ-
layabilmek için kamu adına açtığı ceza davaları aracılığıyla
uyguladığı ceza, tedip (kınama) ve ıslah hakkı, ona tanınan
kamu gücünün bir gereği olup, bu durum, harç alınmasının
sebebi olarak kabul edilemez.*

*Anayasa Mahkemesi birçok kararında, Anayasa'nın 2.
maddesinde ve Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan
"hukuk devleti" ilkesini, insan haklarına dayanan, bu hak
ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hu-
kuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni ku-
rup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet
ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde
edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önün-
deki engelleri kaldıran devlet olarak tanımlamıştır.*

*Buna göre, yasa koyucunun, konulan kurallarda ada-
let ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutması ve adaletli
bir hukuk düzeni kurması gerekir. İtiraz konusu düzenleme-
ler ile Devletin, kamu düzenini sağlayabilmek için kamu
gücüne dayanarak re'sen açtığı kamu davasında sanıktan
harç almak istemesi, yapılan işin açıklanan özelliği ve sa-*

niğin kamu davası karşındaki konumu gereğince adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmaz.

Anayasa'nın 38. maddesinde, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı belirtilmiştir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "masumiyet karinesi", hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

Kamu adına açılan davayla suçlanan kişinin, suçsuzluğunu ispat edebilmesi için Devlete harç ödemesinin açıklanan masumiyet karinesi ile bağdaştırılması da mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle sanıkları da kapsayan itiraz konusu düzenlemelerden;

a)- "ceza" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu için iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun redde ilişkin kararına,

b)- "Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 40 TL" harç alınmasına ilişkin cümlenin yine Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı gerekçe yapılarak iptal edilmesi gerektiğini düşündüğüm için de iptale katılmakla birlikte çoğunluğun iptal gerekçesine, katılmadım"

Karşı oy yazısında da vurgulandığı gibi, özellikle kamu gücü kullanılarak açılmış olan davalarda mahkumiyet hükmü kesinleşmedikçe, sanıklara harç yükümlülüğü getirilmesi, masumiyet karinesi ve silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Bu nedenle beraat etme ihtimali bulunan ve kendi isteği dışında yargılamanın süjesi haline getirilen sanıktan, henüz yargılama devam ederken yada kanun yoluna başvurulurken harç istenmesi mahkemeye erişim hakkına zarar verir. Bu sanıktan hiçbir şekilde harç alın-

maması anlamına gelmemekte, hükmün kesinleşmesi sonrasında ayrıca değerlendirilmesi gereken bir mali yükümlülük olarak tespit edilmelidir.

Öte yandan 6217 sayılı Kanun'un 13. Maddesiyle 492 sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinin "A) Mahkeme Harçları" bölümünün başlığına ", ceza" ibaresi eklenmiş ise de; 492 sayılı Kanunun ilgili kısımları incelendiğinde, örneğin "I - Başvurma harcı: Dilekçe veya tutanakla dava açma veya davaya müdahale veya tevdi mahallinin tayini, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, tespiti delail ile ilgili taleplerde"... harç alınır şeklindeki düzenlemelerde, bizzat sanık veya şüpheli bu davayı açmadığında, Cumhuriyet savcısı davayı açacağından, harç alınması söz konusu olmayacaktır. Bu durumu, daha çok ilk derece yargılaması neticesinde mahkum olan sanığın kanun yollarını kullanırken vermek zorunda kalacağı harçlara ilişkin olarak yorumlamak gerekir. Çünkü Ceza Muhakemesi Kanununa göre, ceza davası açmaya yetkili tek kişi Cumhuriyet savcısıdır. Ancak bu getirilmiş olan "ceza" ibaresi nedeniyle, sanık dışında, örneğin ceza davasına katılmak isteyen kişinin harç ödemesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. 492 sayılı Kanunun bu kısmında geçen mahkemelerin ceza mahkemeleri dışındaki mahkemeler olduğu da söylenebilir, çünkü, bu mahkemelerin "ceza mahkemesi" olduğu belirtilmemiştir. Dolayısıyla düzenlemede her ne kadar "ceza" ibaresi geçse de Anayasa Mahkemesince ceza kanun yolundaki harç düzenlemesi iptal edildiğinden, öngörülen harçlar hukuk ve idare mahkemelerini bağlayacaktır.

SONUÇ

Mahkemeye erişim hakkı noktasında yukarıda da açıklandığı üzere, özellikle harç ve adli yardım sorunları karşımıza çıkmaktadır. Türkiye için adli yardım konusunda Bakan kararı, referans karardır. Başvuranlar, idare mahkemesinin adli yardım taleplerini geri çevirmesinin mahkemeye erişim hakkından kendilerini mahrum bırak-

tiğini ve buna bağlı olarak yakınlarının ölümü dolayısıyla maruz kaldıkları zararın tazmininin mümkün olmadığını iddia etmişlerdi.⁶⁵

AİHM; “Sivil mahkemelere yapılan taleplere ilişkin masrafların ödenmesinin istenmesi mahkemeye erişim hakkının sınırlanması olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, başvuranın ödeme gücü, özel koşullar hesaba katılarak takdir edilen masrafların tutarı ve söz konusu sınırlamanın uygulamaya konulduğu yargılama safhası gibi unsurlar ilgilinin mahkemeye erişim hakkı ve davasının “(...) bir mahkeme” tarafından görülüp görülmediğinin belirlenmesi bakımından dikkate alınmalıdır” der.

AİHM, Türk yasa koyucu tarafından yürürlüğe konulmuş adli yardım sisteminin yargılanabilirleri keyfilikten koruyacak niteliğe haiz gerekli tüm usul güvencelerini sunmadığının altını çizer. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 469. maddesindeki hükümler uyarınca adli yardım talebine ilişkin karar kat’i olup bu karara karşı hiçbir yasal başvuru yolu mevcut değildir. Bu nedenle adli yardım talebi taraflarca yargılama esnasında sunulan yazılı belgeler temelinde yapılan tek bir incelemenin konusu olmaktadır. Taraflar duruşma sırasında dinlenmemekte ve itirazda bulunma imkanına sahip bulunmamaktadırlar. Adli yardımdan yararlanmaya elverişli davaların belirlenmesini sağlayan bir uygulama yürürlüğe konulmadan adli yardım sistemi işleyemez

Son olarak AİHM, adli yardım talebinin reddinin başvuranları davalarının bir mahkeme tarafından görülmesi imkanından tamamen yoksun bıraktığını kaydetmektedir. Devlet’in, mahkemeye erişim hakkını AİHS’nin 6 § 1 maddesinin gereklerine uygun bir şekilde düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bu alanda kendisine tanı-

⁶⁵ Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 16-17 Kasım 2011 Tarihlerindeki Sunum.

nan takdir payını aştığı kanaatine varmaktadır.

AİHM, fakirlik belgesinin yeterli sayıldığı ve talep eden kişinin haklılığı kriterinin aranmadığı bir sistemi tavsiye etmektedir. Yiğit vd.-Türkiye (52658/99) başvurusunda, AİHM, sırf avukatla temsil edildiği gerekçesiyle başvuranın adli müzaheret talebinin reddedilmesini ve mahkemece başvuranın ekonomik gücü konusunda ayrıca bir araştırma yapılmamasını AİHS'in 6. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir.

Genel olarak hukukumuzda olası çözüm önerileri:

İdari Yargılama Usulü Kanununda adil yargılanma ilkesi perspektifinde revizyona gidilmesi gerekmektedir. Avukatla temsil edilen kişilere adli yardım verilmemesi yönündeki kararların değişmesi için Danıştay'da İdari Dava Daireleri Kurulunca içtihat değişikliğine gidilebileceği, adli yardım taleplerinin değerlendirilmesi noktasında hakimlerimize yol göstermesi amacıyla AİHM ihlal kararlarında yer alan gerekçelerle bozma kararı verilebileceği, bu kapsamda Danıştay Onuncu Dairesinin E:1998/1484 sayılı "davanın avukat aracılığıyla takip edilmesinin tek başına adli yardım talebinin reddedilmesi için yeterli olmadığı ve diğer hususlarla birlikte ele alınması gerektiği" yönündeki kararına uygulamada yaygınlık kazandırılabilmesi, tespit edilen ihlalin giderilmesinin bir başka yolu da (AİHM tarafından da tavsiye edilen bir yöntem) davacıların talepte bulunmaları halinde idare mahkemeleri önünde davaların Sözleşmenin 6. maddesine uygun olarak ve AİHM kararı ışığında tekrar görülmesinin mümkün olabileceği düşünülmektedir. İYUK'a bu yönde madde eklenebilir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kaldırılması ile getirilmiş olan 6100 sayılı Kanun ile hukuk davalarında bu sorun yukarıda açıklandığı üzere ana hatları ile çözüme kavuşturulmuş ve adli yardım talebinin Yargıtay'a yapılması ile itiraz mekanizması olarak değer-

lendirilebilecek bir düzenleme getirilmiştir.

Adli yardım mekanizmasının yetersiz olması konusu 2011 İlerleme Raporunda da eleştiri konusu yapılmaktadır. Bu bağlamda Adli yardım talebinin değerlendirilmesi için adliyelerde bürolar kurulabilir, kimi Avrupa ülkelerinde uygulandığı gibi, sigortalama sistemi getirilebilir.

AİHM Harçlar Konusunu ise, “İç hukuktaki yargı harçlarının ödenmemesi nedeniyle iç hukukta alınan kararların icra edilememesi” başlığı altında Ülger ve Osman Yılmaz kararları çerçevesinde incelemektedir. Yasal olarak sorun ortadan kalkmıştır. Ancak uygulamada, farklı mahkemelerde farklı uygulamalardan doğan sıkıntılar bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesince, 492 sayılı Harçlar Kanununun 28/2. maddesinde yer alan ‘Karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez’ hükmü 14/01/2010 tarihli kararla iptal edilmiştir. Bu karar ile ilamın ilgiliye verilmesi ve icrası ile karar ve ilam harcının ödenmesi arasındaki ilişki ortadan kaldırılmıştır. Bu iptal kararı, AİHM içtihadı ile uyumludur.

Ceza hukukunda ise, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı da dikkate alınarak, harç ve adli yardım kurumları yeniden gözden geçirilmek suretiyle, yasal boşluğun masumiyet karinesi, silahların eşitliği gibi ilkeler kapsamında düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu konuda, AİHM içtihatları ile uyumlu şekilde uygulama birliği sağlanması için tüm hakim ve savcılarımızın yayınlanacak bir genelge ile durumdan haberdar edilmesi veya konu ile ilgili Akademi ve HSYK ile işbirliği halinde seminer çalışmaları düzenlenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Anayasa Mahkemesi Kararları.
- Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi Kararları.
- CEPEJ (Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu) Çalışmaları, No: 12, Avrupa Yargı Sistemleri, Avrupa Konseyi Yayınları, 2010.
- Danıştay Kararları.
- Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, İnsan Hakları Genel Direktörü Avrupa Konseyi, 2005.
- http://www.fedcourt.gov.au/fff/fff_feesandcosts.html.
- <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtkliste.asp>.
- <http://www.uscourts.gov/FormsAndFees/Fees.aspx>.
- Hüseyin Hatemi, Hukuk Devleti Öğretisi, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989.
- Hüseyin Turan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya, 2004.
- justice.europa.eu/contentPresentation.do?idTaxonomy=37&plang=en&vmac=fzwtqGqsDcR1bnnft2xbOh72eSfzxtBJcd-PluifzEpIRZzfl_ENutK62DX1yi4DNgG3xcROVNH1lGoQ_2nzQAAC7QAAAKA
- Nazmi Necipoğlu, "Hukuk Davalarında Kanun Yollarına Başvurmada Harçların (Tarafların Mali Külfet Yüklenmesinin) AB Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Yargıtay Tarafından Düzenlenen 15.11.2011 Tarihli Tebliğ.

• Özcan Özbey, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", 16-17 Kasım 2011 Tarihlerindeki Sunum.

• Özcan Özbey, "Ceza Davalarında Kanun Yollarına Başvurmada Harçların (Tarafların Mali Külfet Yüklenmesinin) AB Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Yargıtay Tarafından Düzenlenen 15.11.2011 Tarihli Tebliğ.

• Özcan Özbey, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

• Özcan Özbey, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004.

• Sibel İnCEOğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Komisyonu Desteği ile Baskı: Şen Matbaa, 2002.

• www.kazanci.com

• Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD Raporu, 1997.

• Yargıtay Kararları.



SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN BAZ İSTASYONLARI

Bilâl KÖSEOĞLU ()*

ANLATIM DÜZENİ: SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN BAZ İSTASYONLARI, 1. KOMŞULUK HUKUKUNA DAYANARAK BAZ İSTASYONLARININ KALDIRILMASI TALEBİ, 2. YAPI ESERİ NİTELİĞİ, 2.1. Uygulama ve Doktrinde Yapı Eseri Örnekleri, 2.2. Yapı Eserinde Sorumluluk Unsurları, 2.3. Yapı Eseri Olarak Baz İstasyonlarının Kaldırılması, 3. İMAR MEVZUATINA GÖRE BAZ İSTASYONLARININ DENETLENMESİ, 4. İDARE YOLUYLA yada İDARİ YARGI İLE DENETLEME, 4.1. Yönetmelik Kapsamı, 4.2. Güvenlik Mesafesi ve Montaj Esasları, 4.3. Ölçüm, 4.4. Şikayet ve Yaptırımlar, 5. Çevre Hukuku Bakımından İnceleme, 6. Yargıtay Uygulaması, SONUÇ

SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN BAZ İSTASYONLARI

Baz istasyonlarının yerli yersiz pek çok yere kurulu-
yor olmasının bireyleri rahatsız etmekte olduğu açıktır.
Hatta bireyler yatak odalarına bakan istasyonlar nedeniyle
özel hayatlarına müdahale edilerek yaşam alanlarına giril-
diğini ileri sürmektedirler. Bu tür tesisleşmenin insanları

(*) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi.

psikolojik olarak rahatsız etmekte olduğu da açıktır¹. Konu son yıllarda değişik açılardan hukuksal tartışmalara yol açmaktadır. Yargısal açıdan da farklı kararlara rastlanmaktadır. Bu bakımdan konu Sorumluluk Hukuku anlamında tartışılmaya değerdir.

Uygulamada da baz istasyonlarının komşuluk hukukuna, kat mülkiyeti hukukuna, zarar hukukuna, imar hukukuna ve çevreciliğe konu olduğu görülmektedir. Ancak henüz bir uygulama birliğinden söz etmek olanaklı görülmemekle beraber, konu üzerindeki hukuksal tartışmalar belirli bir hukuksal kalıba yerleştirilmelidir. Bu bakımdan baz istasyonlarını hem uygulama hem de olması gereken yönleriyle ele almalıyız.

1. KOMŞULUK HUKUKUNA DAYANARAK BAZ İSTASYONLARININ KALDIRILMASI TALEBİ

MK 737 vd. ile taşınmaz malikine “yapmama” yükümlülüğü getirilmektedir². Madde ile maliklerin taşınmazı kullanırken komşuluk ilişkilerine aykırı olarak komşuya zarar vermesi halinde yapılacak uygulamaya işaret edilmektedir. Malik mülkünü kullanırken komşusunu fiziksel olarak veya manevi olarak zarar veren (rahatsız eden) taş-

1 4.HD 05.05. 2009 2009/3119 2009/6329 “...Tüm dosya kapsamına göre, kullanılan istasyonun konumu itibarıyla, uzun sürede kişi, çevre ve bitkilere zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği anlaşılmaktadır. Dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacıların meskeninde bulunanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekir...”.

2 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY Eşya Hukuku 12.B. s.448,457. (III. Komşu hakkı 1. Kullanma biçimi **Madde 737-** Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. (2.f.)Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.(3.f)Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denklemeye ilişkin haklar saklıdır.

kınlıkta bulunabilir. Bunun sonucunda malikin m.730 doğrultusunda sorumluluğuna gidilir. Anılan madde gereğince zarar ödettilerilebilir, saldırı teşkil eden durum sona erdirilebilir veya önlenelir³.

Baz istasyonları yönünden konu incelendiğinde, malik olan kişinin GSM şirketiyle kiralama sözleşmesi yaparak kendi mülküne istasyon kurulmasına yol açması ve komşunun bundan zarar görmesi sorunu söz konusu olabilir. Komşu, zarar görmesi nedeniyle eski hale getirme ve dolayısıyla komşunun mülkünden baz istasyonunun sökülmesi talebinde bulunabilir. Ayrıca ispatlamak şartına bağılı olarak maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir.

Baz istasyonlarının komşuluk hukuku hükümleriyle kaldırılmasını sağlamak uygulanabilir görülmektedir. Ancak, komşuluk hukukuna ilişkin hükümler yalnız "zarar" varlığında uygulanabilir. Baz istasyonları konu olduğunda daha ziyade manevi zarar incelemesi söz konusu edilmektedir. Bu konunun incelenmesi ve manevi zararın varlığı halinde istasyonun kaldırılması-sökülmesi kararı verilebilir.

Bu anlamda ele alındığında baz istasyonlarının komşuluk hukuku hükümlerine göre kaldırılabilmesi olanaklı ve pratik görülmemektedir.

3 Oğuzman/Seliçi/Oktay 460, Eren,F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler 12.B. s.619,622. (m.730 : Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. (2.F) Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. (3.f) Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.

2. YAPI ESERİ NİTELİĞİ

BK 58 ile aslında bina ve inşa eseri sahibine hatasız yapım ve amacına uygun durumda bulundurma yükümlülüğü yüklenmektedir⁴. Bu yükümlülüğe aykırılık halinde doğan zararlardan yapı eseri sahibi sorumludur. Sorumluluğun hukuksal temeli zarar veren bir şeye sahip olmaktır. Bundan amaç yapının kusurlu olması veya bakımının eksik olması ve bundan bir zararın doğmasıdır. Bakım eksikliğine denetimsizlik de dahil edilmelidir. İnsana zarar veren ve bakımı eksik olduğu için zarar doğuran bir eşyaya sahip olmak sorumluluk getirmelidir. Malikin o eşyadan olan çıkarları açısından bakıldığında o eşyanın zararına katlanmak yükümlülüğü de olmalıdır. Zira o eşyanın bakım eksikliği halinde her zaman zararlı olma ihtimali bulunmaktadır. Bir şey açısından tehlikelilik zarar ve tazmin sonucunu her zaman doğurabilir⁵.

2.1. Uygulama ve Doktrinde Yapı Eseri Örnekleri

BK 58 ile tanımlanan bina ve yapı eserinden "bina" ile taşınır olmayan unsurlar kastedildiğinden konumuz dışındadır. Bunun yanında inşa-yapı eseri incelenmeli ve konumuza kıyaslanmalıdır.

Hareket etmeyen(başka bir yere gidip gelmeyen ancak yerinde hareket edebilen), bağımsız bir varlığı olan, belli bir amaca yönelik kullanımı söz konusu olan, bina vb. sabit şeylere bağlı olan veya yaslanan, çalışması halinde bir tehlike doğurma olasılığı taşıyan ve dolayısıyla üçüncü kişilere zarar verme tehlikesi taşıyan, ekonomik değeri olan ve özellikle insan eliyle yapılmış olan (insan icadı olan) şeyler yapı eseri olarak tanımlanmaktadır. Bu yapı

4 Erten, M. Ali. Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu, Batıder 2000, s. 19.

5 Erten, 71.

unsurların toprağa veya bağlı olduğu diğer yapılara geçici olmaksızın doğrudan veya dolaylı bağlılığı söz konusudur⁶.

2.2. Yapı Eserinde Sorumluluk Unsurları

Yapay eserin bulunması ve bu eserin ayıplı olması ve bakım eksikliği (denetimsizlik) olması,

Denetim-bakım eksikliğinden genel güvenliğin tehlikeye düşmesi,

Bu hatadan ötürü doğrudan veya dolaylı bir zarar doğması,

Zarar ve ayıp arasında uygun illiyet bağı kurulabilmesi sorumluluk koşulu olarak aranmaktadır⁷.

Yapı eserinden sorumlulukta sorumlu kişi kurtuluş kanıtı getiremez⁸. Ancak illiyetin kesilmesi halinde sorumluluk sona erebilir.

Bu ilkeler doğrultusunda bakıldığında, baz istasyonlarının insan yapısı olması, taşıdığı teknoloji itibarıyla bakım eksikliği halinde insanlara zarar verme tehlikesi taşıması, bina vb. şekilleri bağlanarak sabitlenmesi, yüksek ekonomik değer içermesi ve iletişimi kolaylaştırma amacına tahsis edilmiş olması sebebiyle yapı eseri sayılması gerekir. Zarar hukuku açısından ise tehlike sorumluluğuna yakın bir objektif-kusursuz sorumluluk konusu olması düşüncemizi pekiştirir.

6 Erten 97,105,113,155. (Yazar spor tesislerini, enerji unsurları taşıyan tesisleri, trafik sinyal direklerini örnek göstermektedir.S.120).

7 Erten, 129,140,152 vd.

8 Eren, 608 vd., Erten 154.

2.3. Yapı Eseri Olarak Baz İstasyonlarının Kaldırılması

Kuşkusuz yapı eseri olarak nitelendirme baz istasyonlarının doğrudan sökülmesini veya başka yere naklini sağlamaz. Zira yapı eseri olması sorumluluk hukuku anlamında bir gerekliliktir. Bu sorumluluk şeklinde önce bir zararın doğduğu ispat edilmelidir. Zarar doğduğu ve illiyetin varlığı kesinleşirse malik (GSM Şirketi) tazminatla sorumlu olabilir.

Tazminat ödeme halinde de baz istasyonunun sökülmesinin BK 58 açısından bakıldığında çok olanaklı olduğu söylenemez. Zira BK 58 de zararın giderilmesi düzenlenmiş iken men veya kaldırma veya düzeltme şeklinde bir düzenleme bulunmamaktadır.

3. İMAR MEVZUATINA GÖRE BAZ İSTASYONLARININ DENETLENMESİ

Sabit olmasına ve genellikle bir taşınmaza bağlı olmasına göre baz istasyonları *eklen*ti niteliğindedir. Belediye sınırları içinde eklentilerin inşa veya montajı Belediyelerin denetim ve izinlerine tabidir (İmar Kanunu m.32)⁹.

9 32.m. uygulaması bakımından bk. Özkan,O.,İmara Aykırın Yapılar Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar, <http://www.kontder.org.tr/TR/Icerik.ASP?ID=426>.

9 "...2.7.2004 tarihli, 25510 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5189 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Ek 35 inci maddesi uyarınca, GSM baz istasyonlarının 3194 sayılı İmar Kanunu ve İmar Kanununa dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi olmamaları için, Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkartılan yönetmeliklere uygun olarak kurulması ve kurumdan gerekli izin, ruhsat ve sertifikanın alınması suretiyle yapılması gerekmektedir. Dava devam ederken idari yaptırımlar yönünden lehe olarak yapılan yasal değişikliklerin uyumsuzlukların çözümünde uygulanması hukukun genel ilkesi gereği olduğundan, davalı idarece, mevcut baz istasyonunun yeniden değerlendirilmesi, dava konusu baz istasyonu için, 5189 sayılı Kanunun Ek 35 inci maddesi uyarınca, Telekomünikasyon Kurumundan gerekli izin, ruhsat ve sertifikanın alınıp alınmadığının araştırılması suretiyle yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılacağı ve işlem tesis edileceği tabiidir. Anılan bu hukuki durum uyarınca, dava konusu işlemin baz istasyonunun yıktırılmasına ilişkin bölümünde mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmış, idare mahkemesi kararında isabet

Belediyeler ilgili yasa hükmünü eklenti ve çevre kirlenmesi anlamında oldukça titiz bir şekilde uygulayabilir. Belediye uygulamalarıyla kuşkusuz baz istasyonlarının kurulması daha pratik olarak denetlenebilecektir. Belediyeler aracılığıyla baz istasyonları üzerinde kamusal bir denetim yolu da gerçekleşmiş olabilecektir. Bu yöntem bireysel olarak herkesin dilekçe hakkıyla sonuç almasına ve denetim sağlanmasına da yol açabilir.

Baz istasyonları bu şekilde belediyeler tarafından denetlenmekte idi. Ancak, 5189 sy.K. ek 35. m. İle ilgili tarz ve türdeki istasyon ve tesisleri kapsayan eklentilerin Bilgi Teknolojileri Kurumunca izin verilmiş olmasına göre belediyelerce ayrıca denetlenmesini önleyen düzenleme getirilmiştir. Danıştay tarafından da bu doğrultuda kararlar verilmiş ve baz istasyonları belediyelerin İmar Kanunu 32. m. Anlamında denetlemesi sona ermişti. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu ek madde iptal edilmiştir¹⁰. Anayasa Mahkemesi oybirliği ile verdiği kararda *"...Sabit elektronik haberleşme cihazlarının kurulabilmesi için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından verilmesi gerekli olan izin, ruhsat ve sertifikaların, söz konusu cihazların kurulumunun yanı sıra elektromanyetik dalgaların insan sağlığı bakımından ortaya çıkaracağı zararların önlenmesine yönelik olduğu ve bu yönüyle Anayasa ile Devlete verilen ödevler kapsamında yer aldığı kuşkusuz olmakla birlikte, söz konusu izin, ruhsat ve sertifikaların, imar mevzuatı yönünden Devlete ait olan görevlerin yerine getirilebilmesinin araçları olan izin ve ruhsatların yerine geçebilmesine olanak bulunmamaktadır. Kurum tarafından verilen izin, ruhsat veya sertifikaya sahip olmaları da ilgililerin imar mevzuatına göre almaları zorunlu olan yapı ruhsatı ve*

görülmemiştir..." (D 6. D. 16.01. 2007 2006/5644-2007/69.) Ayrıca, bk. 15/09/2006 2005/5282-2006/4089.

- 10 16/6/2004 t.-5189sy.K. Ek 5.md.:: Anayasa Mahkemesi'nin 1/10/2009 tarihli ve E.: 2006/129, K.: 2009/121 sayılı Kararı ile İptal edildi.) Bk. Baz İstasyonları ve Ölüm Kuleleri, <http://www.serhatturgut.av.tr/makale-detayi.php?&id=7>

yapı kullanma izninden muaf tutulmalarını haklı kılan bir neden olarak kabul edilemez.

İtiraz konusu kural ile getirilen düzenleme, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan müstakil yapıların imar planına uygunluğunun denetlenmesini olanaksız kılmakta, elektronik haberleşme cihazlarının mevcut yapılar üzerinde kurulması halinde ise bu yapıların ruhsata uygunluk denetiminin yapılmasına engel oluşturmaktadır.

Oysa yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni, imar hukuku yönünden planlamanın ve bu planlara uygunluk denetiminin yapılmasının ve bu suretle kamu yararının sağlanmasının başlıca araçlarından olup, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan yapılara ayrıcalık tanınarak bunların yapı ruhsatından ve yapı kullanma izninden istisna tutulması, bu yapıların imar mevzuatı kapsamı dışında tutulması anlamını taşımakta, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatlar yönünden imar hukukunda denetimsiz bir alan oluşturmakta ve Devletin bu konudaki gözetim ve denetim görevini yerine getirememesine sebep olmaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..." gerekçesini benimsemiştir.

Karar, özellikle kamu kurumlarının iş-görev-yetki ayrımını yapmakta ve şehircilik anlamında denetleme mekanizmasının gereğine işaret etmektedir. Bu kararlar devletin ilgili organları (belediyeler) eliyle sağlık ve çevre anlamında kamu yararının gözetilmesi ve korunması yargısal olarak teminat alınmış olmaktadır.

4. İDARE YOLUYLA yada İDARİ YARGI İLE DENETLEME

Mevzuat yönünden bakıldığında baz istasyonları, işletme ruhsatı Ulaştırma Bakanlığınca verilen GSM şirketleri tarafından mobil telefonların kapsam alanını yaygınlaştırmak-iletişimi sağlamak amacıyla kurulmaktadır. Ulaştırma bakanlığının ruhsat verme yetkisi Ulaştırma bakanlığının Kuruluş ve Teşkilat Yasasından kaynaklanmaktadır. Yetkili ve görevli kurum Bilgi Teknolojileri Kurumudur. Kurum 5809 sy.K. gereğince baz istasyonlarının kuruluş ve denetimi hakkında yönetmelik yayınlamıştır¹¹.

Yönetmelik uygulamada karşılaşılan sorunları çözüm anlamında karşılayacak düzeydedir.

4.1. Yönetmelik Kapsamı

Yönetmelikle, Elektromanyetik alan oluşturan sabit elektronik haberleşme cihazlarının kuruluş yeri, montajı, denetlenmesi ve Güvenlik Sertifikası düzenlenmesine ilişkin hususları,

Uluslararası standartlar temelinde elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerini,

Ölçüm yöntemlerini ve ölçüm yapacak kuruluşları,

Ölçüm sonuçlarına göre elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerine uygun olmayan sabit elektronik haberleşme cihazlarının limit değerlere uygun hale getirilmesine ve bunlara uyulmaması halinde işleticiler ve işletmecilere uygulanacak Kanunda belirtilen müeyyidelere ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

11 21.04.2011 t. 27912 sy.RG Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü Ve Denetimi Hakkında Yönetmelik

4.2. Güvenlik Mesafesi ve Montaj Esasları

Yönetmelik güvenlik mesafesini belli bir formüle bağlamaktadır(m.6). Hesap yöntemi uluslar arası bir yöntemdir. Bu yöntemle belirlenen mesafeler içine baz istasyonu kurulamayacaktır. Kuruluş yerine ilişkin izinlere aykırılık yaptırıma bağlanmıştır.(m.6).

Montaj esasları düzenlenmekle hem sağlık çevre ilkesine işlerlik kazandırılmış, hem de uygunsuz şehir görüntüsü önlenmek istenmiştir.

4.3. Ölçüm

Ölçüm işlemleri hem kurumsal hem de uzmanlık alanını itibarıyla kişisel düzenlemelere bağlanmaktadır. Ayrıca ölçüm belgesi alanlar da belli şekillerde denetlenmektedir. Ölçüme yetkili olanlar tarafından ölçümün ne şekilde yapılacağı da kesin kurallara bağlanmaktadır(m.12-16).

4.4. Şikayet ve Yaptırımlar

Bireyin şikayet hakkını nasıl kullanabileceği açıkça düzenlenmiştir (m.20). buna göre baz istasyonlarının kurulması, işletilmesi ile ilgili şikayetler Kurum BTK) veya ilgili Bölge Müdürlüğüne yapılır. Ayrıca hücre baz istasyonları hakkında dilekçe ve şikayetler ilgili işletici ve işletmeciyeye de yapılabilir.

Yanlış kurulum veya limit değerlerin aşılması halinde sabit elektronik haberleşme cihazının faaliyeti uygun şartlar sağlanıncaya kadar Kurum tarafından veya Kurumca yapılan bildirim üzerine mülki amirler eliyle durdurulur. Görüldüğü gibi mülki amirler eski yönetmelikte olduğu gibi BTK'ya bağlı olarak denetim görevini yürütmekle görevlidirler. Bu, bireyin dilekçe hakkını kullanabilmesi bakımından da önemlidir.

5. Çevre Hukuku Bakımından İnceleme

Baz istasyonları ve cep telefonlarının pek çok elektrik-elektronik cihaz gibi süre giden radyasyon ürettiği bilinmektedir. Bu itibarla baz istasyonlarının elektronik kirlilik oluşturduğu açıktır. Bu da bir tür çevre kirliliğidir¹².

Dünyada ve ülkemizde bir sorunun çevre kirliliği olarak ele alınması ispat yükümlülüğü açısından önemlidir. İspat yükümlülüğü zarar hukuku ve buna bağlı olarak istasyonun kaldırılması talebi ile çevre kirliliği durumlarında farklı taraflara düşmektedir. Öyle ki, zarar gören kişi zarara uğradığını ispat etmelidir. Bu anlamda ister yapı eseri niteliğine dayanılsın, isterse komşuluk hukukuna dayanılsın, baz istasyonunun bir zarara yol açtığı sabit olmalı, diğer ifade ile ispat edilmelidir. Oysa uygulamada kişiler üzerinde uzun süreli radyasyon etkisi bilinmesine ve kabul edilmesine rağmen ortaya çıkan kanser hastalıklarının bu radyasyonun sonucu olduğu bilimsel olarak saptanamamaktadır. Bu da hukuksal bir sonuca ulaşmayı engellemektedir.

Oysa elektronik çevre kirliliğine dayanıldığı zaman elektronik kirliliğin oluşmadığı ispat edilmek zorundadır. Bu durumda baz istasyonunun kirlilik oluşturmadığı ilgili GSM şirketi ve BTK tarafından ispatlanmalıdır. Diğer ifadeyle bu durumda birey ispat külfetinden kurtulmaktadır. Ve çevre kirliliği oluşturmadığı ispatlanamayan her baz istasyonu kaldırılmak zorundadır.

Çevre Hukukunda geçerli ve önemli olan İhtiyat ilkesi açısından olaya yaklaşılmalı ve idare hukuku ve kamusal etki anlamında uzun süren radyasyon etkisinin elektronik çevre kirliliği olduğu kabul edilmelidir¹³.

12 Turgut,N.Y: Çevre Politikası ve Hukuku ank 2009, s. 7, 196 vd, Erişgin. N. Çevre Kirlitenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı Ank.2005, s.49.

13 Turgut, 188.

Elektronik çevre kirliliği her koşulda denetlenmek zorundadır. Bu açıdan baz istasyonlarının kuruluşu ve denetlenmesi yönünden Sağlık Bakanlığı ve Çevre Bakanlığı açıkça yetkili ve görevlidirler¹⁴.

Anayasa 56. m. ye göre Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Ayrıca Anayasa 74. M. Vatandaşın idareye karşı “dilekçe hakkı”nı düzenlemektedir. 2872 Sy. Çevre Kanunu 30.m. çevreyi bozan ve kirleten faaliyetten zarar gören veya haberdar olan gerçek ve tüzel kişilere idari makamlara başvurma ve faaliyetin durdurulmasını isteme hakkını tanımaktadır¹⁵.

6. Yargıtay Uygulaması

Adli yargı yolunda uyuşmazlık konusu edilen baz istasyonlarının kaldırılmasına ilişkin davalar hakkında 1.HD ve 4.HD tarafından verilen kararlar bulunmaktadır. Bunun yanı sıra kat mülkiyeti hükümlerine aykırılıktan doğan kaldırma talep ve kararları bulunmaktadır.

Yargıtay, baz istasyonlarının kaldırılmasına ilişkin kararlarında zarar unsurunun gerçekleşmesini aramaktadır. Ancak söz konusu zarar endişe ve kaygı içeren, psikolojik baskı oluşturan zarardan ibarettir. Kararlar ayrıntılı incelendiğinde maddi bir zarar bulunmayan ispatlanma-

14 Konuyla ilgili Danıştay 6.D. kararında (2000-3862 2001-5101) Çevre Bakanlığının çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevreye olumsuz etkileri olan her türlü faaliyeti izlemek ve denetlemek ve dolayısıyla elektronik kirliliğe yol açma potansiyeli olan baz istasyonlarının yer seçimine ilişkin olarak Çevre Bakanlığı yetkili bulunmuştur.(Çevre Hukuku Sempozyumu, TAA Yayınları Ank 2006, s.234).

15 Güneş/Çoşkun Çevre Hukuku 2004 s. 117.

yan davalarda baz istasyonlarının kaldırılması yönünde karar verildiği görülmektedir. Buna karşılık psikolojik zararın doğduğu benimsenerek baz istasyonlarının kaldırılmasına karar verilen davalarda manevi tazminata yer verilmemektedir. Dolayısıyla hem zarar olgusunun varlığı benimsenmekte ve hem de herhangi bir tazminata karar verilmemektedir. Kararlarda ayrıca mevzuata uygunluk hallerinde bile psikolojik zararın olabileceği esasına göre istasyonun kaldırılması yoluna gidilebilmektedir¹⁶.

Yargıtay kararlarında ayrıca GSM şirketleriyle tüketici arasında kazanç-katlanma çizgisinde hakkaniyete uygun bir nokta yakalanmak istenmektedir. Bu anlamda kararlarda özellikle kamusal etkisi olan ihtiyat ilkesinin unsurlarına rastlanmaktadır. Ancak bundan açıkça bahsedilmemektedir.

Henüz Çevre Hukukuna ilişkin kavramlar Yargıtay Kararlarında görülmemekle beraber, konunun en son yürürlüğe konulan BTK yönetmeliği hükümleri doğrultusunda idari yargı yolunda veya idari makamlarca çözümlenmesi yönünde görüş belirmiştir¹⁷. Buna rağmen komşuluk

16 1. HD. 13.3.2007 t. 2007/1089 2007/2609, 4.HD 2004/2954 2004/10516, 4.HD. 27.11.2008, E. 2008/4841 K. 2008/14685.

17 4.HD04/05/2011 2011/2738- 5149 "...Dava, davalının baz istasyonu kurulmasının önlenmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istem kabul edilmiş; karar, davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacılar, davalı şirket ile dava dışı 1121 ada 16 parsel sayılı taşınmaz sahibi arasında yapılan sözleşme ile bu taşınmaza baz istasyonu kurulma çalışmalarının başladığını, kurulacak baz istasyonunun insan ve çevre sağlığı açısından zararlı olduğunu ileri sürerek, baz istasyonu yapım çalışmalarının önlenmesine, yapılmış kısımların yıkılmasına karar verilmesini istemişlerdir.

Yerel mahkemece yapılan keşif sonunda alınan bilirkişi raporunda; baz istasyonunun henüz kurulmadığı, kurulduğu takdirde de güvenlik mesafesinde bir konut bulunmadığı belirtilmiştir.

Yerel mahkemece, iddia edilen zararın ya da bunu doğuracak sebebin bulunmadığı gözetilerek, kanıtlanamayan davanın reddedilmesi gerekirken, dava konusu olaya uymayan yazılı gerekçe ile istemin kabul edilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...", 4.HD 12/05/2011 2011/2789-5545 "...Dava, sağlığa zarar verdiği iddiası ile davalı şirkete ait baz istasyonunun

kaldırılması talebine ilişkindir. Mahkemece dava reddedilmiş; karar, Dairemizce bozulmuş; davalı Vodafone Telekomünikasyon A.Ş karar düzeltme istemiştir.

Baz istasyonları temel olarak, alıcı/verici antenler sayesinde elektromanyetik dalgayı (sinyali) alma ve gönderme işlemi yapan cihazlardır. Baz istasyonları; konuşma trafiğinin az olduğu kırsal alanlarda 35 km'lik bir mesafe içinde hizmet verebilen (macro), konuşma trafiğinin daha yoğun olduğu şehir içlerinde 1-2 km'lik bir mesafe içinde hizmet verebilen (mikro) ve bina içleri ve alışveriş merkezleri gibi yerlere kurulan çıkış güçleri oldukça düşük olan (piko) çeşitlerinden oluşur.

Cep telefonlarının sağlıklı çalışabilmesi için; baz istasyonlarının bal peteği benzeri şeklinde bir yapıda ve her bir peteğin içinde de en az bir baz istasyonunun kurulu bulunması gereklidir. Her baz istasyonu belirli sayıda abone konuşturabilir. Bu nedenle insanların yoğun yaşadığı yerlerde konuşma trafiğinin bir kesintiye uğramaksızın karşılanabilmesi için daha çok sayıda baz istasyonunun kurulması gerekmektedir.

Baz istasyonunun şehir dışına çıkartılması halinde, hücresel yapı oluşturulmaması nedeni ile, sinyallerin abonenin cep telefonuna ulaşabilmesi için çok yüksek elektromanyetik dalgalar oluşturması gerekecektir. Aynı zamanda kullanıcı cep telefonu da baz istasyonuna sinyali yeteri seviyede ulaştırabilmek için daha fazla güç kullanacağından daha fazla insanın daha fazla elektromanyetik alana maruz kalması kaçınılmaz olacaktır.

Baz istasyonlarının insan sağlığına etkileri konusunda başta Dünya Sağlık Örgütü olmak üzere, Uluslararası İyonlaştırılmayan Radyasyondan Koruma Komisyonu (ICNIRP), Elektrik Elektronik Mühendisleri Enstitüsü(IEEE),... vb bir çok ulusal ve uluslararası kuruluş çalışmalar yapmakta ve bu çalışmaların neticesinde bir takım sınır değerler belirlenmiş bulunmaktadır.

Mevzuat gereğince baz istasyonlarının sağlığa ve çevreye zarar vermeyecek şekilde; nerede, nasıl, hangi ölçü ve limitler dâhilinde kurulacağını belirlemek ve kurallarını koymak işlemleri, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığının (BTK) görev ve yetkisindedir.

Baz istasyonları, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 37 nci maddesine dayanılarak BTK tarafından bu konuyu düzenleyen Yönetmelik'teki yer, ölçü ve limit değerlere göre verilen güvenlik sertifikası gereğince kurulmaktadır.

BTK tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikte, Türkiye'de geçerli olacak sınır değerleri; İngiltere, Amerika, Kanada, ICNIRP ve Avrupa Birliğinin kabul ettiği değerin yaklaşık ¼'ü olarak belirlenmiştir.

Sağlığa zarar veriyor iddiası haricinde baz istasyonlarının sertifikada belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olarak kurulmadığı, başlangıçta uygun kurulsada dahi sonradan sertifikadaki limit değer ve güvenlik mesafelerine aykırı davranıldığı gerekçesi ile kaldırılmasına ilişkin talep ve itirazların mevzuat gereğince BTK'ya yapılması gerekmektedir. Bu kurumun uygulama ve verdiği kararın uygun bulunmaması halinde idari yargıda dava açılması gerekir. Keza davacı, baz istasyonunun limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olmasına rağmen zararlı olduğunu iddia ediyorsa, idari yargıda idareye karşı yönetmeliğin iptali davası açması gerekir.

Sağlığa zarar veriyor iddiası ile baz istasyonunun kaldırılması, MK'nun 737. Maddesinde düzenlenen komşuluk hukukuna göre adli yargıda açılacak dava ile istenebilir. Bu davada davacının baz istasyonunun sağlığına zarar verdiğini ve baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere uygun bulunmadığını ispatlama-

hukukundan doğacak uyuşmazlıklar adli yargıda görülebi-
lecektir. Belediye denetimi de devam etmelidir. Ayrıca Ko-
şullarının bulunması halinde BK 58 de uygulama alanı
bulabilecektir.

SONUÇ

Baz istasyonlarının varlığı ve bireyin hakları ve ko-
runması yönünden aşağıdaki belirlemeleri yapabiliriz.

1. Baz istasyonları niteliği itibarıyla ve doğuracağı za-
rarların tazmini yönünden yapı eserinden sayılabilir(BK
58).

2. Baz istasyonlarının adli yargı yolunda davaya konu
edilebilmesi için istasyonun işletilmesi veya varlığından
somut ve hesaplanabilir bir zararın doğmuş olması gere-
kir. Bu anlamda MK 730 vd. ile öngörülen tazmin ve yaptı-
rımilar uygulanabilir. Ancak bu yöntem birey açısından
külfetli ve muhtemelen sonuçsuz kalabilecek bir hukuk
yoludur.

sı gerekir. Kanıtlanmayan mücerret (soyut) "uzun vadede zarar verir, baz istasyonu
yakın mesafede, görünce moralim bozuluyor...vs gibi" nedenlerle dava açılması ve
kabulü hukuka ve yasalara uygun değildir.

Bu şekilde adli yargıda açılan davalarda mahkemece, tarafların delil ve belgeleri
toplandıktan sonra dava konusu baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit de-
ğerlere ve güvenlik mesafesine uygun olup olmadığı, davacının sağlığına zarar verip
vermediği konusunda uzman bilirkişiler marifetiyle keşif yapılarak, alınacak bilirki-
şi raporu ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi ge-
reker.

Dosya kapsamı ve yukarıda belirtilen ilke ve bilgiler göz önüne alındığında davaya
konu baz istasyonunun limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olduğu anla-
şılmaktadır. Ayrıca baz istasyonunun soyut değerlendirmeler dışında davacının
sağlığına zarar verdiği teknik, ilmi ve inandırıcı delillerle kanıtlanamamıştır. Şu du-
rumda davanın reddine dair yerel mahkeme kararı doğrudur. Ne var ki, Dairemizce
karar bozulduğundan karar düzeltme istemi kabul edilerek Dairemizin bozma ka-
rarı kaldırılıp, kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir..." . Önceki kararların
içeriğine bakıldığında Yargıtay tarafından güvenlik mesafesine uygunluk denetimi
yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu da idari denetimi ister istemez gündeme getirmektedir.

./..

3. Oysa baz istasyonlarının elektronik çevre kirliliği oluşturduğu açıktır. Ayrıca şehircilik açısından bakıldığında görüntü kirliliği oluşturduğu da sabittir. Bu durumda birey açısından baz istasyonlarının kaldırılmasını isteme hakkı herhangi bir zarar ispatına bağlı olmamalıdır. Çevre kirliliği oluşturması halinde birey tarafından dolaysız kaldırılma sonucunu sağlayacak bir yöntem işletilmelidir.

4. Bu anlamda konu sağlık ve çevre açısından incelenmelidir. Birey dilekçe hakkını kullanarak baz istasyonlarını denetletmelidir. Sağlık Bakanlığı ve Çevre Bakanlığının yerel örgütü Mülki Amirlerdir. Başvurular Mülki Amirler yapılmalıdır. Ayrıca yeni yönetmelikle de mülki amirler aynı zamanda Bilgi Teknolojileri Kurumunu (BTK) temsil etmektedirler.

5. Bu yolla baz istasyonunun kaldırılması sağlanmadığı takdirde idari yargı yoluna gidilmelidir. Yeni yönetmelikle de BTK işlemlerine karşı açıkça İdari yargıya başvurulabileceğinden söz edilmektedir.



ORMANDAN ÇIKARILAN YERLERİN ANAYASAL REJİMİ

Utkan ARASLI (*)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ I-ORMAN KAVRAMI VE İŞ-
LEVİ II-YASAL ORMAN REJİMİ III-1961 ANAYASASI VE
ANAYASAL İLK ORMAN REJİMİ IV-ORMAN DIŞINA ÇIKARILMA YOLUNDA İLK YASA V-ORMANDAN ÇIKARMA SİS-
TEMİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI VE ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARI VI-1970 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ VE
ORMANDAN ÇIKARILMA YÖNTEMİNİN ANAYASAYA GİR-
MESİ VII-1982 ANAYASASI VE ORMANDAN ÇIKARMA SİS-
TEMİNİN TEMEL İLKELEERİ VIII-ORMANDAN ÇIKARILAN
YERLERE İLİŞKİN ANAYASAL İLKELEERE AYKIRI YASAL
DÜZENLEMELER VE ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARAR-
LARI: A)21.6.1987 günlü, 3402 Sayılı Yasanın 45. Madde-
siyle Getirilen Düzenleme ve Anayasa Mahkemesi İptal Kararı B)21.6.1987 Günlü, 3402 Sayılı Kanununun 45. Madde-
sinde Yer Alan; İskanen Verilen Yerlere İlişkin Kural ve Anayasa Mahkemesi İptal Kararı C)17.10.1983 Günlü,
2924 Sayılı Yasanın 11. Maddesiyle Getirilen Düzenleme ve Anayasa Mahkemesi İptal Kararı D)29.6.2001 Günlü, 4076
Sayılı Yasanın 3. Maddesiyle Getirilen Düzenleme ve Ana-
yasa Mahkemesi İptal Kararı IX-YARGITAY İÇTİHATLARI
BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULUNUN 30.4.2010
GÜNLÜ, E: 1, K:1 SAYILI KARARI X-DEĞERLENDİRME VE
SONUÇ

(*) Onursal Yargıtay Daire Başkanı.

GİRİŞ

Basından izlenebildiği kadar, kamuoyunda 2-B arazi-leri olarak bilinen; 6831 sayılı Orman Kanununun 2. maddesi B fıkrasına giren ve ormandan çıkarılan yerlerle ilgili yeni bir yasa tasarısının hazırlandığı ve yakında TBMM gündemine getirileceği anlaşılmaktadır.

Öncesi orman olan ve üzerinde doğal olarak yetişen ağaç ve ağaççıkların yer aldığı, daha sonra her nasılsa açma, işgal veya başka bir nedenle üzerindeki orman örtüsünün yok edildiği bu tür orman yerlerinin; özel mülkiyet sistemine açılması yolunda, zaman zaman yasal tasarruflar yapıldığı görülmüştür.

Her ne kadar bu yerler, ormandan çıkarılan yerler olarak tanımlansa da, gerek yürürlükte olan 6831 sayılı Orman Kanununun gerekse Cumhuriyet Döneminin ilk Orman Yasası olan 3116 sayılı Kanunu birinci maddelerinde "orman yerleri" orman kavramı içinde yer almaktadır. Sorun bu yönüyle doğrudan orman sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Toprak kaybının yıllık milyonlarca tona ulaştığı, doğal felaket olan erozyonun, topraklarının %80'ini tehdit ettiği bir ülkede, ormanlar ve orman yerleriyle ilgili tüm sorunlar hayati önem taşımaktadır. Bu yönde yapılacak yasal düzenlemeler, bugünü olduğu kadar gelecek kuşakları da ilgilendirecektir. Bu nedenle, konunun tüm yönleri ile incelenip tartışılması ve bu alanda mevcut hukuk sisteminin ortaya konulması yararlı olacaktır.

I-ORMAN KAVRAMI VE İŞLEVİ:

Gerçekten, ormanlar, ağaçlarla birlikte diğer bitkiler, hayvanlar, mikro organizmalar gibi canlı varlıklarla toprak, hava, su ışık ve sıcaklık gibi fiziksel çevre faktörlerinin birlikte oluşturdukları, karşılıklı ilişkiler dokusunu simgeleyen ekosistemler olup, Dünya yaşamı için vazgeçilmezlerdir.

Ormanlar, oksijen kaynağıdır. Havada %21 oranında bulunan oksijenin %56'sını ormanlar üretir. 40 kişinin bir saatte verdiği karbondioksiti bir çam ağacı bir saatte oksijene dönüştürür. Bir hektar çam ormanı, havadaki 36 ton tozu süzer ve yılda 30 ton oksijen üretir.

Ormanlar, su varlığını korur ve düzenler. Bitkiler ve hayvanlar için doğal su şebekesidir. Yer altı sularının oluşmasını sağlar. Barajların ekonomik ömrünü uzatır. Doğal afetleri önler, yağmur sularının direkt inmesini engeller. Doğal felaket olan erozyonun önlenmesinde en etkin rolü oynar.

Öte yandan, ormanlar, ülke ekonomisine önemli katkıda bulunur. Kullandığımız odunun ana kaynağıdır. Oduna ilişkin tüm materyaller ormanlardan elde edilir. Yararlı birçok ikincil ürün verir. İş ve geçim kaynağıdır. Doğal zenginlik ve güzellikleriyle beden ve ruh sağlığımıza önemli katkı sağlar.

Kısaca, ormanlar, sayılamayacak kadar çok olan yararları ile temel doğal varlığımızdır.

Orman ve bitki varlıklarının bu derece önemli olmasına karşın, ülkemiz toprak varlığı yönünden durum fazla iç açıcı bulunmamaktadır. Toprakların; bulunduğu yer-

den, yağışlar, sel suları, çığ ve rüzgâr gibi etkenlerle aşınması ve taşınması olarak nitelenen erozyon, ülkemiz açısından çok önemli bir sorundur. Ülkemizde her yıl binlerce ton toprak erozyonla kaybolmaktadır. Ülkemizdeki erozyon Avrupa Ülkelerinden 12 kat fazladır. Bir santimetre toprak oluşumu için 400 yıl gerekli olduğu göz önünde bulundurulursa durumun vahameti kendiliğinden ortaya çıkar.

II-YASAL ORMAN REJİMİ:

Hukuk Sistemimiz, ormanların bu denli önemli olgunu, baştan beri kabul etmiş, bu kamu mallarının, yerleri ile birlikte, özel mülkiyet konusu yapılmasını yasaklamıştır.

Nitekim Cumhuriyet öncesi çıkarılan ve ormanla ilgili ilk düzenleme olan 1856 tarihli Arazi Kanunnamesi; Devlet Ormanlarında kimseye tapu verilmeyeceğini ve özel mülkiyete konu olamayacağını öngörmüş, 1870 tarihli Orman Nizamnamesinin 24. maddesinde; Devlet Ormanları ile "kura ve kasabata" mahsus ormanların zaman aşımı ile mülk edinmesini kabul etmemiş, 1934 tarihli 2644 sayılı Tapu Kanunu; Devlet orman ve açıklarının el değiştirme ve özel mülkiyete geçirilmesine imkân vermemiştir. .

Cumhuriyet döneminde ormanlarla ilgili ilk toplu mevzuat 3116 sayılı Kanunla, 1937 yılında yürürlüğe konulmuş ve ormanın tanımı yapılmıştır. Yasanın birinci maddesine göre; kendi kendine yetişmiş veya emekle yetiştirilmiş olup da herhangi bir çeşit orman hâsılatı veren ağaç ve ağaççıklar topluluğu yerleriyle birlikte orman sayılmıştır. 1945 yılında, bazı istisnalarla Devlet ormanları dışındaki özel ormanlar devletleştirilmiştir.

Ancak, 1950 yılında, 5653 sayılı Kanunla, 3116 sayılı Kanunun orman tanımı değiştirilmiş, 3116 sayılı Yasada orman olarak kabul edilen ve bugün için orman olduğu tartışmasız kabul edilen ve Ülkemiz açısından son derece önemli olan makilik alanlar orman rejimi dışına çıkarılmıştır. Bu arada, Yasal Sistemle bağdaşmayan 17.8.1950 günlü ve 203 sayılı bir yönetmelikle; makilik kavramı genişletilmiş, orman tanımına tamamen ters biçimde orman bitkilerinin olduğu alanlar dahi maki kabul edilmiş, orman kadastro ve ormanların sınırlandırılması çalışmaları tamamına yakını durdurulmuş, "Maki Tefrik Komisyonlarının" çalışmalarına hız verilerek, bu komisyonlar aracılığıyla; 1950-1956 yılları arasında, 617 bin hektar makilik alanlar orman sayılmamış, sadece, 95 bin hektar orman sayılabilecek makilik alanlar; orman olarak sınırlandırılmıştır(1).

1956 yılında yürürlüğe gire 6831 sayılı Kanunla; makiler yönünden, orman ve toprak muhafaza karakter kriteri getirilmiş daha sonra yürürlüğe sokulan bir yönetmelikle yukarıda numarası verilen 1950 tarihli yönetmelik yürürlükten kaldırılmış, hangi bitkilerin maki sayılacağı tek tek sayılmış, orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyan funda ve makilerin orman rejimi dışına çıkarılmayacağı belirtilmiştir. Üzerinde orman ağacı ve bitişiğinde ormanların devamı şeklinde bulunan maki ve funda ile örtülü yerler orman muhafaza karakteri taşımaları dolayısıyla orman rejimi dışına çıkarılmayacağı gibi, erozyon tehlikesi olan makilik alanlar özel mülkiyet sistemine kapatılmıştır.

1956 yılında yürürlüğe giren 6831 sayılı Kanun 1. maddesiyle; "tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları YERLERİ ile birlikte orman

sayılmıştır”.

Daha sonra sözü edilen Yasanın 2. maddesinde ormandan çıkarma sisteminin Anayasaya girmesi nedeniyle gerekli düzenlemeler yapılmış ve sistem yasallaştırılmıştır.

Bu arada, 17.10. 1983 Günlü, 2924 sayılı Yasa ile Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Kanun kabul edilmiş ve ormandan çıkarılan yerlerle ilgili kurallar gösterilmiştir.

21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Yasanın 45. maddesiyle getirilen düzenleme ile ormandan çıkarılan yerlerle ilgili değişiklik yapılmak istenmişse de, düzenlemenin iptali nedeniyle sonuç alınmamıştır.

Daha sonraları değişik tarihli çok değişikliğe uğrayan 6831 sayılı Yasaya, 27.10.2009 tarih ve 5831 sayılı Kanunun 5.maddesi ile ek 10. madde eklenmiş ve ormandan çıkarılan yerlerin çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten itibaren zaman aşımı ile kazanılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

III-1961 ANAYASASI VE ANAYASAL ORMAN REJİMİ:

1961 Anayasasının kabulüyle ilk anayasal orman rejimi kurulmuştur. Ancak, kısa bir zaman sonra, Sistemle bağdaşmayan önce yasal daha sonra anayasal değişikliklerle Sistem değişikliğe uğratılmış, sonuçta 1982 Anayasasının kabul ettiği bugünkü orman rejimi, ormandan çıkarılma sistemi dahil, yürürlüğe girmiştir. Konunun ortaya konması yönünden bu gelişmelerin belirlenmesi zorunludur.

Ormanlarla ilgili ilk anayasal sistem, sözü edilen Anayasanın 131 maddesiyle getirilmiş ve ormanların hu-

kuksal konumu tüm açıklığı ile belirlenmiştir.

Buna göre; tüm ormanların korunması ve ormanlık sahaların genişletilmesi ve gözetim görevi Devlete verilmiştir. Ayrıca; Devlet ormanlarının; mülkiyet, yönetim ve işletmesinin özel kişilere devrolunamayacağı, zaman aşımı ile mülk edinilemeyeceği, ormanlara zarar verecek hiçbir faaliyet ve eylemlere müsaade edilemeyeceği, orman suçları için af çıkarılmayacağı, yanan ormanların yerine yeni orman yetiştirileceği, ormanların tahribine yol açacak hiçbir siyasi propaganda yapılamayacağı kesin biçimde hüküm altına alınmıştır.

Böylece Devlet ormanlarının üzerinde özel mülkiyet sistemine kapalı kamu mülkiyet sistemi kabul edilmiştir.

IV-ORMAN REJİMİ DIŞINA ÇIKARILMAYA İLİŞKİN 15.7.1965 GÜNLÜ 663 SAYILI YASA:

6831 sayılı Orman Kanununa; yukarıda sözü edilen Yasa ile getirilen geçici 6. maddesiyle; 15.10.1961 tarihinden önce, fiilen ve ilmen tamamen orman olmaktan çıkmış, toprak ve su rejimine zarar vermediği anlaşılan, kültür arazisine kalbi uygun görülen yerlerle, şehir, kasaba ve köy iskân topluluğu içinde kalan yerlerin orman rejimi dışına çıkarılabileceği öngörülmüştür.

Böylece, ormandan çıkarılmaya yönelik ilk Yasa Hukuk Sistemimize girmiş olmaktadır.

Ne var ki bu sistemin anayasal orman rejimi ile bağdaşmadığı görülerek yerel mahkeme tarafından itiraz yolu ile konu Anayasa Mahkemesi gündemine taşınmış ve Yüksek Mahkeme, aşağıda gösterilen nedenlerle, Anayasa'ya aykırılığı saptamış ve bu sistemi yürürlükten kaldırmıştır.

V-ORMANDAN ÇIKARILMA YÖNTEMİNİN ANAYASA AYKIRILIĞI VE ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARI:

Anayasa Mahkemesi sözü edilen sistemi aşağıda aynen şu nedenlere dayalı olarak Anayasa orman rejimine uygun bulmamıştır:

“...Anayasa ormanı tarif etmemiştir. Şu halde bu konuyu kanuna bırakmış demektir. Yürürlükte bulunan bir orman kanunu vardır ve bunda orman tarif edilmiştir. Anayasa'daki orman deyiminin anlamı da bu tarife göre belli edilmelidir.

Yürürlükteki 6831 sayılı Orman Kanununun 1. maddesinde orman şöyle tarif edilmiştir:

“Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları YERLERİ ile birlikte orman sayılır’.Görülüyor ki Kanun Koyucu, YERİ de orman tarifi içine almıştır. Bu kelime ihmal edilemez; bunu da değerlendirmek gerekir. (Yerler) orman tarifi içine girmekle ormanın, ağaçlardan ayrı bir unsuru olmuş oluyor. Böyle olunca ağaçlar herhangi bir nedenle yok olursa, yerleri ormanın bir unsuru olmak niteliğini yitirmez; orman toprağı ve yeri olmakta devam eder”.

“...Öte yandan Kanun Koyucu da bu yerlerin orman sayılan yerlerden olduğu kanısındadır. Geçici 6.maddenin sonundaki ‘...orman rejimi dışına çıkarılabilir’ hükmü bu anlamı taşımaktadır. Bu hüküm başka türlü yorumlanamaz. Zira orman rejimi dışına çıkarmak sözü ormandan sayılmayan yerler için kullanılmaz. Bu gibi yerler zaten orman rejiminin dışındadır. Demek oluyor ki, geçici 6.maddenin birinci fıkrasında yazılı koşullara rağmen, söz

konusu yerler orman kavramı içinde bulunmakta, orman YERİ VE TOPRAĞI olarak nitelikleri saklı kalmaktadır”.

“...Geçici 6.maddenin koşullarına göre, bu yerlerin artık orman kapsamına girmedikleri farz edilse bile bu yerlerin, eskiden ağaçlarla kaplı olduklarına bakılırsa, Devlet tarafından alınacak tedbirlerle gene ağaçlandırılma ve eski hale getirilmelerinin mümkün olduğu kabul edilmek gerekir. Bu iş yapılmakla, ormanlık sahalar genişletilmiş ve Devlet de 131. maddenin ilk fıkrasında kendisine verilen bu görevi yerine getirmiş olacaktır. Oysa söz konusu hükümle bu görevin yapılması önlenmektedir. Ormanların yurdumuz için büyük değer taşıdıkları ve yalnız korunmaları değil, genişletilmelerinin de Anayasanın açık ve kesin emri gereği olduğu hatırlanırsa, Devletin buna uymaktan alıkonulmasının Anayasa ile bağdaşmadığı daha iyi anlaşılacaktır”...

“...Bu yerler orman rejimi dışına çıkarılınca, bunların mülkiyetleri bunlara müdahale eden özel kişilere devredilecektir. Bu hüküm hem bu yönden hem de ormandan sayılan yerlerin küçülmesi sonucunu doğurması yönünden Anayasanın her iki tasarrufu yasaklayan 131. maddesinin ikinci fıkrasındaki açık hükme aykırıdır”...

“...Bu yerlerin özel kişilerin mülkiyetine devredilmesi ile Devlet görevlerini yerine getiremeyecektir. Bu bakımdan da 6. madde Anayasanın 131. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarına aykırı düşmektedir”(2).

Gösterilen gerekçelerle ormanların daralmasına ve küçülmesine yol açacak uygulama yürürlükten kaldırılmıştır.

VI-1970 YILINDA YAPILAN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ VE ORMANDAN ÇIKARMA YÖNTEMİNİN ANAYASAYA GİRMESİ:

Anayasa Mahkemesinin ormandan çıkarma sistemini Anayasaya aykırı bulmasına karşın, bu kerre, sözü edilen sistem, Anayasa maddesi olarak 17.4.1970 günlü, 1255 sayılı Yasa ile yeniden Anayasa kuralı veya sistemi olarak kabul edilmiştir.

Anayasanın 131. maddesi yukarıda gösterilen orman rejimini belirleyen ilkeler varlıklarını aynen sürdürürken maddeye, yukarıda sözü edilen Yasa ile ormandan çıkarmaya ilişkin ve iptal edilen Yasa kuralı ile aynı kapsamda, ormanların daraltılması yolunda bir fıkra ilave edilmiş, ormandan çıkarma uygulaması tekrar yürürlüğe sokularak, orman rejimi kendi içinde çelişkiye düşürülmüştür.

Ne var ki, Anayasa'ya getirilen bu düzenlemede, ormandan çıkarılacak yerlerin kimlere ve hangi koşullarda verileceği ve bu yerlerin hukuksal konumu konusunda kural ve ilkelere yer verilmemiş sistem eksik bırakılmıştır.

VII-1982 ANAYASASININ ORMANDAN ÇIKARMA SİSTEMİ YÖNÜNDEDEN GETİRDİĞİ İLKELER:

1961 Anayasası'nın noksan bıraktığı konular 1982 Anayasasında tamamlanmış ve anayasal orman rejimi ayrıntıları ile Anayasanın 169 ve 170. maddelerinde belirlenmiştir.

Sözü edilen 169. maddede; ormanların hukuksal rejimi aynen 1961 Anayasası'nın 131. maddesinde gösterildiği biçimde kabul edilmiş ve ormanların korunması, sahalarının genişletilmesi, yanan ormanların yerine; yeni orman yetiştirilmesi konusunda Devlete görev verilmiş, bu

yerlerde tarım ve hayvancılık yapılması yasaklanmış ayrıca yukarıda gösterildiği biçimde; Devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunmayacağı, zamanaşımı ile mülk edilemeyeceği, giderek orman suçları hakkında af çıkarılmayacağı, kısaca bu yerlerin kamu mülkiyetinde olduğunu belirlendikten sonra, ormandan çıkarma ilkeleri daha açık ve net şekilde ortaya konmuştur.

Bu rejimde; ormanlık bir alanının orman dışına çıkarılabilmesi yönünden üç durum kabul edilmiştir. Buna göre, bir yerin orman dışına çıkarılması için:

a) Ya bu yerin, orman olarak muhafaza edilmesinde bilim fen bakımından hiçbir yarar görülmemesinin, aksine, tarım alanına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğunun saptanması,

b) Veya bu yerin 31.12.1981 tahinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmesi ve tarım ve hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğunun tespit edilmesi,

c) Üçüncü durumda da, bu yerlerde; toplu olarak şehir, kasaba ve köy yapılarının bulunması; gerekmektedir.

Öte yandan, orman dışına çıkarılan bu yerler hakkında ne tür işlem yapılacağı ve bu yerlerin hukuki konumunun ne olduğu 170. maddede ortaya konulmuştur. Buna göre; orman dışına çıkarılan yerlerin değerlendirilmesi ve tahsisi yönünde öncelikle Devlete görev verilmiştir. Devlet, öncelikle bu yerleri imar ve ihya edecek daha sonra, yalnızca, orman içi köylülerine yararlanmaları için tahsis edecektir. Kısaca, ormandan çıkarılan bu yerlerde kamu mülkiyeti devam edecek yalnızca orman içi köy halkının yararlanması, Devlet gözetim ve denetiminde gerçekleştirilecektir.

Bu sistemde; özel mülkiyet ve özel hukuk rejimi geçerli olmayacaktır. Nitekim 1982 Anayasası'nın kabulünden kısa bir süre sonra çıkarılan ve orman içi köylerinin kalkınmasına yönelik 2924 sayılı Yasa; bu alandaki uygulama ve sistemi açık bir şekilde göstermiştir.

Ormandan çıkarılma rejiminin bu şekilde anayasal ilkelerle ortaya konmasına karşın, aşağıdaki bölümde gösterileceği üzere, zaman zaman bu rejimi delmeye yönelik yasal girişimler yapılmış, ancak, Anayasa Mahkemesinin iptal kararları ile sonuç alınamamıştır.

VIII-ANAYASAL ORMAN REJİMİNE AYKIRI DÜZENLEMELER VE ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARI:

A) 21.6.1987 Günlü 3402 sayılı Yasanın 45. Maddesiyle Getirilen Düzenleme ve İptal Kararı:

Sözü edilen Yasa 45. maddesiyle getirdiği düzenleme ile ormandan çıkarılan yerlere ilişkin; vergi kaydı ve geçerli belge getirenlerin, zilyetlik koşullarının gerçekleşmesi durumunda bu yerlerin zilyetleri adına tespit edileceğini kabul etmiş ve ayrıca orman sınırları içerisinde kalan veya orman dışına çıkarılan alanlarda; tapulu yerler ile iskân suretiyle veya toprak tevzii yoluyla verilen yerlerin başka bir şart aranmaksızın sahipleri adına tescil edileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu tür bir düzenlemenin getirilmesi orman rejimi açısından bir karmaşa yaratmış ve orman varlığı tehlikeye atılmıştır. Anayasa'ya aykırılığı ve uygulamanın yarattığı olumsuz durumu saptayan Yerel Mahkeme sorunu Anayasa Mahkemesine taşımış ve Anayasaya aykırılık başvurusunda aynen şu görüşlere yer vermiştir:

“Devlet ormanlarının mülkiyeti hazinenindir. Orman rejimi dışarısına çıkarılsa bile durum değişmeyecektir. Çünkü orman dışarısına çıkarılan yerler Hazine adına tahsis ve tescil yapılacaktır. Orman rejimi dışına çıkarma işleminin evveli ve sonrasında taşınmazın mülkiyeti devlettir. Anayasal kurallara göre bu yerler devredilemez ve zilyetlikle kazanılamaz. Ormandan yer açarak, ormandan çıkarılmalarına neden olan kişiler suç işlemişlerdir. Suç işleyen kişilere birde buraların mülkiyetini vermek, suç işleyenleri ödüllendirmek ve ormanların yağmalanmasına, toprakların erozyona uğramasına, toprak su dengesinin bozulmasına neden olmaktadır. Orman suçları için af dahi söz konusu değildir. Oysa, Yasa, açıkça suç işleyenleri affetmekte, Anayasaya bu yönden dahi aykırı bir durum yaratmaktadır. Ormandan çıkarılan yerler orman torağı olduğu için toprak yapısı ve meyil durumu itibariyle erozyona çok uygun yapıya sahiptirler. İslah ve ihya edilmeden bu yerlerin kullanılması milli ekonomiye hiçbir yarar sağlamayacak, aksine, bu yerlerin birkaç sene içerisinde çoraklaşıp çölleşmesine neden olacağı gibi bitişiğindeki orman rejimi içinde kalan yerlerin toprak ve su verimine ve bitki örtüsüne büyük ölçüde zarar verecektir. Hiçbir ön koşul aranmaksızın bu alanların özel mülkiyete konu edilmesi Anayasa'nın 44., 169. ve 170. maddelerine aykırıdır”(3).

Çatalca mahkemesinin başvurusunu inceleyen Anayasa mahkemesi 1988/13 sayılı kararıyla başvuruyu yerinde bularak söz konusu Yasa hükümlerini iptal etmiş ve şu ilkelere yer vermiştir:

“...Anayasa'nın 44. maddesi, toprağın erozyonla kaybedilmesini önlemek amacıyla gerekli önlemleri almak görevini Devlete vermiştir. Daha önce orman olan yerlerin

erozyonla yitirilmesi büyük olasılık taşımaktadır. Bu yüzden gerekli önlemleri aldıktan, değerlendirme ve ihya işlemleri yapıldıktan sonra dağıtılmaları gerekir. İncelenen Yasa, aksine bir durum kabul ettiğinden, Anayasa'nın 44. maddesine aykırılık oluşmuştur”.

“Doğal olarak yetişen ya da emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları YERLERİYLE birlikte orman sayılır. Yasa koyucu “yer”i de orman tanımı içine almıştır. Yer, orman tanımı içine girmekle, ağaçlardan ayrı ögesi ortaya çıkmaktadır. Böyle olunca, ağaçlar herhangi bir nedenle yok olursa, yerleri, ormanın ögesi olarak niteliğini yitirmez. Orman toprağı ve yer olmak durumunu sürdürür. ..Orman toprağı ile birlikte orman sayılan ve Devlet ormanlarından , orman dışına çıkarılan yerin Hazine adına kaydı yolu zilyetlere açılmıştır. ..Öncesi orman olan yerlerin zamanaşımı ve zilyetlikle kazanılmasına olanak verilmiş, geçerli olmayan zilyetlikle birlikte açma ve işgal yasallaştırılmıştır. Zilyetliğe geçerlik tanıyan Yasa hükmü Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır”...

“Anayasanın 170. maddesi, orman niteliğini yitirmiş yerlerle orman olarak korunmasında yarar görülmeyen yerler arasında ayırım yapmamış, orman dışına çıkarılmış yerlere orman içi köyler halkının yerleştirilmesi için Devlet tarafından ihya edilerek bu halkın yararlanmasına ayrılmasını öngörmüştür. Halka tanınan hak mülkiyet değil yararlanmadır... Mülkiyet hakkının tespiti Anayasa'nın 170. maddesine aykırılık oluşturur”...

“Anayasa, sadece, orman köylüsüne tahsis amacıyla orman sınırı dışına çıkartmaya olur vermiştir. Bu yerlerin zilyede verilmesinde olduğu gibi geçersiz tapu sahibine de verilmesi Anayasa'nın 170. maddesine aykırıdır”...

“Anayasa’nın 169. maddesinin son fıkrasının olanaklı kıldığı durumlar dışında orman sınırlarında daraltma yapılamaz. Kime olursa olsun, orman içindeki tapulu yerlerin verilmesi bir tür daraltmadır. ...Anayasa’nın 169. maddesine aykırıdır.”..

“Orman sınırı dışına çıkarılsa bile tapu malikine verilemeyecek bir yerin, orman niteliğini taşıırken de verilmesi gerekir. Yasa koyucu bu yerleri mutlaka geçersiz tapu sahiplerine vermek istiyorsa, Anayasa’nın öngördüğü sınırlara uygun yeni bir orman tanımı yapmak zorundadır”(4).

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, 1982 Anayasasının ormandan çıkarma rejimine ilişkin temel ilkelerini belirgin biçimde açıklamış ve rejime aykırı düzenlemelere imkân vermemiştir.

B) 21.6.1987 Günlü, 3402 Sayılı Kanununun 45. Maddesinde Yer Alan “...iskân suretiyle verilen yerlere...” İlişkin Düzenleme ve İptal Kararı:

Yukarıda numarası verilen Yasanın 45.maddesi üçüncü fıkrasında yer alan bir düzenlemeye göre; “ orman sınırları içerisinde kalan veya orman dışına çıkarılan alanlarda iskân suretiyle verilen yerlerin (işlemlerin tamamlanmamış olsa dahi) başka bir şart aranmaksızın hak sahipleri adına tespit ve tescil edilecektir.”

Bu düzenlemenin Anayasa’nın orman rejimine aykırı olduğu iddiasıyla konuyu Anayasa Mahkemesine taşıyan Yargıtay 8. Dairesi şu görüşleri ileri sürmüştür:

“...Eldeki davaya uygulanması gereken hüküm, güncel olarak orman niteliğini koruyan bir yerin, her nasılsa

tapu kaydına geçirilmiş olması göz önünde tutularak bu kişi adına orman sınırları dışarı çıkarılmasına ve onun adına tesciline olanak sağlamaktadır.

Tapu kaydının iskân yolu ile tesis edilmesi ile toprak tevzi yoluyla verilmiş yahut Medeni Kanununun 639. maddesi hükmüne göre tesis edilmiş olması arasında fark bulunmamaktadır... Tahdidi kesinleşmiş yerler önceden tapuya kayıtlı olsalar bile tapu kaydı değer taşımaz. ...Tapu sahipleri buna dayanarak orman olan yerin orman sınırları dışına çıkarılmasını isteyemez... Anayasa'nın 169/son maddesindeki haller dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz. Orman içindeki tapulu yerlerin malik gözüken adına tespit ve tescil işi, ya da bu maksatla orman sınırları dışına çıkartılması bir daraltma olduğuna göre Anayasa'ya aykırıdır"(5).

İtirazı inceleyen Anayasa Mahkemesi 14.3.1989 günlü, 13 sayılı kararıyla istemi aşağıdaki gerekçelere göre haklı bulmuştur:

"...2510 sayılı İskân Kanununda orman dışına çıkarılmış olan yerlerin dağıtılabilmesi için ne durumda olmaları gerektiği belirtilmemiştir. İtiraz konusu hüküm, hiçbir koşul aranmadan, iskân suretiyle verilen yerin kişi adına tescilini öngörmekle bu yerlerin erozyona karşı yeterince önlemler alınmadan dağıtılmasına ve hak sahipleri adına tesciline olanak tanıdığından Anayasa'nın 44. maddesine aykırıdır"...

"...İleride, aldıkları belgelerin iptal edileceği endişesi olmazsa ormanların yok edilmesi önlenemez. Bir kez, yasanın bir kuralına aykırı biçimde elde edilen hakka, daha üstün hak olmasına karşın, sonsuza değin geçerlik tanımak, kazanılmış hak durumunu genişleterek Anayasa'nın

özel kuralı karşısında sağlıklı kabul etmek, kötü niyetlileri bu yolda özendirir ve böylece ormanların daralması sonucunu doğurur”

“Anayasa'nın yürürlüğe girmekle, öngördüğü düzenin gerçekleşmesi öncelik taşır ve Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü tartışılmaz. Yasalar Anayasa'ya aykırı olamayacağından, Yasama Organını da Anayasa kuralları ile bağlıdır. ..Orman sınırlarında daraltma yapılamayacağı , herkesin uymak zorunda olduğu ilkelerdir...Özel ve kişisel nedenler , Anayasa'ya uygunluk esasının üstüne çıkamaz, önüne alınamaz”...

“...Orman sayılan yerlerin belirtilen nedenlerle orman dışına çıkarılması durumunda orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmelerinden önce Devlet eliyle ihyası öngörülmüştür. İncelenen fıkra ise, Anayasa buyruğuna uymadan, bir plan ve programı gerekli görmeden, işgal edenler adına tescili amaçlanmıştır. Bu durumun, yürürlükte olan ya da iptali istenemeyecek başka bir yada yer alması, Anayasa katında uygun karşılanmasını gerektiremez.

Özel mülkiyete konu olmayan, iskân edilmesi yasaklanan orman arazisi, iskân yoluyla verilmiş ise bu işlem geçersizdir. Bu tür yerlerin orman sınırı dışarısına çıkarılması da geçerli duruma getirmez... Anayasa'nın 170. maddesi, orman sınırı dışına çıkarılan yerlerin orman köylüsünün yararlanmasına ayrılmasını öngördüğünden, orman köylüsü olup olmadığı ayırımı gözetilmeden iskân suretiyle bu yerlerin tapusunu alan kişilere, bu yerlerin mülkiyetinin devri Anayasa'ya aykırıdır”(6).

Böylece, öncesi orman olan bir yere yönelik iskân tapusu alınmasının anayasal orman rejimi yönünden müm-

kün olmadığı ve orman alanının bu nedenle daraltılmasının anayasal koruma göremeyeceği bir kez daha belirlenmiştir.

C) 17.10. 1983 günlü, 2924 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Kanununun 11. maddesinin Üçüncü Fıkrasında Yer Alan "...kullanan kişilerin adları kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilir" kuralı ve İptal Kararı:

Yukarıda sözü edilen düzenleme ile orman dışına çıkarılan yerlerin, bu yerleri kullanan kişilere satışı öngörülmüştü. Yerel mahkemenin itirazı üzerine Anayasa Mahkemesi 30.3.1993 günlü, 14 sayılı kararı ile ilgili kuralı iptal ederek aşağıdaki ilkelere yer vermiştir:

"Orman sınırı dışarısına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyleri halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi mümkündür. Orman köylüsü olup olmadığına bakılmaksızın bu yerleri kullanan kişilere satışının yapılmasını sağlayan bu düzenleme Anayasa'nın 170. maddesine aykırıdır"(7)..

D) 29.6.2001 Günlü, 4076 Sayılı Yasa'nın 3.Maddesi ve İptali:

Sözü edilen Yasa 3.maddesiyle getirdiği düzenleme ile, Orman Kanununun 2.maddesi (B) bendi gereğince Hazine adına orman sınırları dışarısına çıkartılan yerlerde, 2924 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanmamacığı öngörülmüştü.

Bu tür bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla konu Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa

Mahkemesi önüne getirilmiş ve Anayasa Mahkemesi 23.1.2002 günlü, 21 sayılı kararı ile ilgili düzenlemeyi iptal etmiş ve aynen şöyle demiştir:

“Anayasa 170. maddesi, ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, orman bütünlüğünün korunması bakımından bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkarılması, orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek ancak bu halkın yararlanmasına tahsis edileceğini hükme bağlamıştır. Anayasa'nın bu emredici kuralı nedeniyle yasa koyucunun, bu alanların kullanıcılarına veya başkalarına, hatta orman içi KÖYLER HALKINA SATILMASINI veya bu amaçla devredilmesini sağlayacak düzenleme yapması olanaklı değildir. Bu nedenle, hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin satışı ve bu amaçla devri olanağını getiren kural, Anayasa'nın 169. ve 170. maddelerine aykırıdır”(8).

IX-YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULUNUN 30.04.2010 GÜNLÜ, E:1, K:1 SAYILI KARARI:

Yukarıda gösterildiği üzere, 1950 yılında 5653 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu; önceki yasalar gereği orman kabul edilen makilik alanlar; orman rejimi dışında kabul edilmiş ve kurulan maki ayırma komisyonlarınca binlerce hektar makilik alan orman sayılmayacak nitelikte görülerek orman rejimi dışına çıkarılmıştır. Yargıtay 22.03.1996 günlü, E:1993/5, K: 1996/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında; orman dışına çıkarılan bu alanlarda özel kanunlar gereğince oluşturulan tapulara değer verileceği hüküm altına alınmış ancak diğer tapulara geçer-

lik tanınmamıştır.

Yukarıda sözü edilen Birleştirme Kararında ise; maki tespit komisyonlarınca orman rejimi dışında maki olarak tespit edilen yerlerin, zilyetlik veya başka bir nedenle kazanılıp kazanılamayacağı tartışılmış ve sonuçta; yukarıda sözü edilen 6831 sayılı Kanun'a 5831 sayılı Yasanın 5. maddesi ile eklenen ek 10. madde hükmünün bu yerler hakkında da uygulanmasının gerektiği ve bu yerlerin, tespit tarihinden itibaren imar, ihya ve zilyetlik yoluyla kazanılmasına olanak bulunmadığına oybirliğiyle karar verilmiş, böylece bu yerlerin kamu mülkiyet rejimi açıkça kabul edilmiştir.

X-DEĞERLENDİRME VE SONUÇ:

Anayasa'nın; toprak varlığımızın korunması ve erozyona karşı önlem alınması yolunda Devlete yükümlülük getiren 44. maddesi, ormanların Anayasal kamu mülkiyet sistemini kabul eden ve ormanların değil daraltılması aksine genişletilmesi yönünde Devlete görev veren ancak bu arada; orman dışarısına çıkarılma yöntemini kabul ederek, sistemin uygulanma koşullarını gösteren 169. maddesi, ormandan çıkarılan yerlerin hukuksal konumu ile kimlere, hangi esaslara göre bu yerlerin tahsis edileceğini gösteren 170. maddesi, Cumhuriyet öncesi ve sonrası, orman rejimini belirleyen Yasalar, Yüksek Mahkemelerin ormanların Anayasal konum ve rejimini belirleyen ilke ve kararları ile ülkemiz orman ve toprak varlığının özellikleri birlikte gözetildiğinde ormandan dışarıya çıkarılan yerlerin ANAYASAL REJİMİ şöylece ortaya çıkmaktadır:

a) Ormandan çıkarılan yerler; orman toprağı ve yer'i olarak, orman kavramından ayrılamaz,

b) Bu yerler üzerinde Devleti kamu mülkiyeti vardır.

c) Bu yerler; devredilemez, satılamaz, özel mülkiyete konu edilemez.

d) Bu yerlere ilişkin, değerini yitirmiş tapulara değer verilemez ve bu yerler zaman aşımı ve zilyetlik yoluyla kazanılamaz.

e) Temelde, ormandan çıkarma yöntemi, Anayasal orman rejimi kuralları ile bağdaşmayan ve fevkalade koşullarda uygulanması zorunlu istisnai bir yöntem olup, zorunluluğu bilimsel esaslarla ortaya konmadıkça uygulanamaz.

f) Bu yerlerden yararlanma hakkı orman içi köylülerinden başkalarına verilemez.

g) Bu yerlerden yararlanma mülkiyet hakkı olarak değerlendirilemez.

h) Orman içi köylerinin boşalttığı yerler ağaçlama dışında kullanılamaz.

SONUÇ: Ormanların ülkemiz açısından arz ettiği özellikler, doğal felaket olan erozyonunun ulaştığı boyutlar, toprak ve su varlığımızın maruz kalacağı tehlikeler, en kıymetli doğal varlığımızın gelecek kuşaklara en iyi biçimde devretme görevimiz dikkate alındığında, ormandan çıkarma yöntemi çok istisnai koşullarda kullanılması gereken bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Hazine adına çıkarılan ve tescil edilen bu yerlerde, kamu mülkiyeti ve Devletin gözetim, denetimi devam etmektedir. Anayasal Sistem, ormanların daraltılmasını değil korunması ve genişletilmesi görevini Devlete vermiştir. Açma ve işgal gibi; orman varlığını yok eden ve suç oluşturan eylemler özendirilmemeli, yasal koruma görmemelidir.

KAYNAKÇA

1) 30. 04. 2010 Günlü, E: 2004/1, K: 2010/1 Sayılı Y.İ.B.B.G.K. Kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:36, Kasım 2010, Sayı: 11, sh: 1999 ve devamı.

2) 10.3.1966 Günlü, E: 1965/44, K: 1966/14 Sayılı, Anayasa Mahkemesi Kararı, AYMKD: Sayı: 4, sh: 87 ve devamı.

3) 1.6.1988 Günlü, E: 1987/31, K: 1988 /13 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, AYMKD: Sayı: 24, Sh: 185.

4) “ “ “ “ Sh: 203 - 207

5) 14.3.1989 Günlü, E: 1988/35, K: 1989/13 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, AYMKD: Sayı: 25, Sh: 170.

6) “ “ “ “ Sh:179, 180.

7) 30.3.1993 Günlü, E: 1992/48, K:1993/14 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, AYMKD: Sayı: 30, Sh:126.

8) 23.1.2002 Günlü, E:2001/382, K: 2002/21 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, AYMKD: Sayı. 38, Sh: 506



**BİRLEŞTİRİLEN HİZMET SÜRELERİ ÜZERİNDEN
EMEKLİ OLUP, SON BAĞLI OLDUĞU KURUM
EMEKLİ SANDIĞI OLMAYANLARA, EMEKLİ SANDIĞINA
TABİ HİZMET SÜRESİ İÇİN
EMEKLİLİK İKRAMIYESİ ÖDENMESİ**

Av. Mesude ALTUNEL (1)

ANLATIM DÜZENİ : Giriş, 1) 2829 sayılı "Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi H. K."un 12. Maddesinde 5793 sayılı kanunla yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin 2005/40 Esas, 2009/17 K. sayılı, 5.2.2009 tarihli kararı (yürürlük tarihi: 5.6.2010), 2) 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinde 5997 sayılı kanunla yapılan değişiklik (yürürlük tarihi: 1.6.2010), Anayasa Mahkemesi'nin 2010/81 Esas, 2011/78 K. sayılı, 12.5.2011 tarihli kararı (yürürlük tarihi: 09.07.2011), 3) 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinde 6270 sayılı kanunla yapılan değişiklik (yürürlük tarihi: 26.01.2012), Yasal Düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları Işığında Konunun Değerlendirmesi, Davalara Etkisi, Kaynakça

1 Ankara Barosu Üyesi, e-posta: av.m.altunel@hotmail.com

Giriş

Belli bir süre Emekli Sandığı'na tabi olarak primleri yatırılan, ancak sonrasında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun farklı bir birimine (Örneğin, SSK, Bağ-kur) bağlı olarak primleri ödenmiş kişilerin, birleştirilen hizmet süreleri üzerinden emekli olmaları halinde², Emekli Sandığı'na tabi olarak geçen süre için emeklilik ikramiyesi ödenmesi hususu, hukuk camiasında ve basında tartışılmaktadır. Nitekim bu konuda Sosyal Güvenlik Hukuku'na ilişkin olarak yapılan hukuki düzenlemeler de birbiri ardına gelmiş, ancak yasal düzenlemeler için Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla açılan davalarda, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar, yapılan hukuki düzenlemelerin aleyhine olmuştur. Süreçte, benzer konudan muzdarip çoğu emekli, emeklilik ikramiyesi ödenmesi talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmuş, ancak başvurular kurumca reddedilmiştir. Böylece SGK aleyhine sayısız davalar açılmıştır ki, bunların bir kısmı da derdesttir.

Bu hususta gerek birbiri ardına yapılan hukuki düzenlemeler, gerek düzenlemelere ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar, gerekse birçok yargı içti-hadı söz konusudur. Konu ile ilgili hukuki bir derleme ve değerlendirme yapılmak üzere tarafımızca işbu makale hazırlanmıştır.

2 24.5.1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi H. K.'un "Hizmet sürelerinin birleştirilmesi" başlıklı 4. maddesi:

"Kurumlara tabi çeşitli işlerde çalışmış olanların hizmet süreleri, aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla bu Kanuna göre aylık bağlanmasına hak kazanıldığında birleştirilir.

Ancak hizmet süreleri toplamının aylık bağlanmasına yeterli olmaması halinde, bu Kanun hükümleri uygulanmaz."

1) 2829 sayılı "Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi H. K."un 12. Maddesinde 5793 sayılı kanunla yapılan değişiklik

24.5.1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi H. K."un "Emekli İkramesi" başlıklı 12. maddesinde, 24.7.2008 tarihli 5793 sayılı kanunun 6. maddesiyle yapılan değişiklikle eklenen cümleye göre³: "*Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine bu Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir.*" Bu değişiklikle 12. maddeye eklenen cümlelerin "*Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan*" şeklindeki bölümü nedeniyle, birleştirilen hizmet süreleri üzerinden emekli

- 3 2829 sayılı yasa, Madde 12: "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine bu Kanunun 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir. (Ek cümle: 24.7.2008-5793/6 md.) 4857 sayılı İş Kanununa tabi olarak geçen hizmet sürelerine karşılık emekli ikramiyesi ödenebilmesi için, iş sözleşmesinin İş Kanunu hükümlerine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olması; sözleşmeli personel olarak geçen sürelerle karşılık olarak emekli ikramiyesi ödenebilmesi için de, hizmet sözleşmesinin ilgili mevzuatına göre iş sonu tazminatına veya aynı mahiyette olmakla birlikte başka bir adla ödenen tazminata hak kazanılmasına uygun olarak sona ermiş olması şarttır.

(Değişik ikinci fıkra: 24/7/2008-5793/6 md.) Ancak, ilgililere, her ne suretle olursa olsun evvelce iş sonu tazminatı veya bu mahiyette olmakla birlikte başka bir adla tazminat ödenen süreler ile kıdem tazminatı ya da emekli ikramiyesi ödenmiş olan süreler, emekli ikramiyesinin hesabında dikkate alınmaz.

Ayrıca, 8 inci maddenin birinci fıkrası gereğince aylık bağlananlara, emekli oldukları son görevlerinden dolayı ilgili buldukları sosyal güvenlik kurumu kanununun emekli ikramiyesine veya iş kanununun kıdem tazminatına ilişkin hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 24.7.2008-5793/6 md.) Bu fıkraya göre emekli ikramiyesi ödenmesinde, birinci fıkra hükümleri de dikkate alınır."

olanlara, Emekli Sandığı'na tabi süreler için emeklilik ikramiyesi ödenmesi şartının, son kez bağlı bulunulan Sosyal Güvenlik Kurumu biriminin Emekli Sandığı olmasıdır.

Yine, 2829 sayılı yasanın "Aylığı Bağlayacak Kurum" başlıklı 8. maddesinde ise:

"Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir.

Ancak, malullük, ölüm, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa göre yaş haddinden resen emekli olma (Ek ibare: 27.1.2000 - 4505/1 md.) süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi hallerinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır."

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. mad. 4. fıkrasında: "T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir." hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre, 2829 sayılı yasanın değiştirilen 12 maddesi ile 8. madde birlikte değerlendirildiğinde: Emekli ikramiyesi ödenebilmesi için, 12. maddeye göre son defa

Emekli Sandığı'na tabi görevlerden emekliye ayrılma ve 8. maddeye göre de birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanma koşullarını taşımak gerekmektedir. Bu koşullarla birlikte 5434 sayılı Yasa'nın 89. maddesinin birinci fıkrasındaki "*...her tam fiili hizmet yılı için, ... hesaplanacak tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir*" hükmü gereğince emekli ikramiyesi alabilmek için, Emekli Sandığı'na tabi görevlerde en az bir yıl çalışmış olmak da gerekmektedir. Böylece, uzun müddet Emekli Sandığına tabi görevlerde çalıştıktan sonra, örneğin son bir ay başka bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışıp yaşlılık aylığına hak kazananlara, Emekli Sandığı'ndan emekli ikramiyesi ödenmesi mümkün olmamaktadır. Öte yandan uzun bir süre başka sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalıştıktan sonra, son bir yılında Emekli Sandığına tabi bir görevde çalışanlara (5434 sayılı Yasa'nın 89. maddesi de gözetildiğinde) Emekli Sandığına tabi olarak çalıştıkları süre üzerinden emekli ikramiyesi ödeneceği; farklı sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi sonucunda 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca son 7 yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olana Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından aylık bağlanması halinde, aynı veya değişik kamu kuruluşlarında, Emekli Sandığına ve Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi olarak geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden, son kamu kuruluşu işverenince ilgiliye kıdem tazminatı ödeneceği; keza son 7 yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olana Emekli Sandığına aylık bağlanması halinde, son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden ayrılana sadece Sandığına tabi olarak geçen hizmetleri üzerinden emekli ikramiyesi ödeneceği; ancak son defa Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılmayanlara ise ikramiye veya kıdem tazminatı ödenmeyeceği; ilgiliye SSK

tarafından aylık bağlanması halinde kamu kuruluşlarında geçen bütün hizmetleri için son kamu işverenince kıdem tazminatı ve son kez Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılana da Sandığa tabi hizmeti ne kadar olursa olsun ikramiye ödeneceği, örneğin 24 yıl Emekli Sandığına tabi hizmeti olana son kez Sandığa tabi bir görevden emekliye ayrılmamış olması nedeniyle ikramiye ödenmeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Bu durum ise (Değişiklik sonrası 12. maddenin “*Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan*” bölümü nedeniyle), kişinin sosyal güvenlik hakları kapsamında yer alan toplu ödemeden (ikramiyeden) yararlanma hakkına engel niteliktedir. Ayrıca farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet sürelerinin birleştirilmesindeki amaca (kişilerin sosyal güvenliklerine kavuşturulması) aykırılık oluşturmakta ve aynı hukuksal konumda olanlar arasında eşitsizlik doğurmaktadır.

Nitekim 2829 sayılı yasanın 12. maddesinin 1. fıkrasına, 5793 sayılı yasayla eklenen “*Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve...*” bölümün (yukarıda da açıklanan nedenlerle) Anayasa'nın 2, 10, 60. maddelerine aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak iptal isteminde bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin 2005/40 Esas, 2009/17 K. sayılı, 5.2.2009 tarihli kararı (yürürlük tarihi: 5.6.2010)

Anayasa Mahkemesince, iptal istemi kabul edilmiş ve 2829 sayılı yasanın 12. maddesinin “*Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve*” bölümünün Anayasanın Hukuk Devleti İlkesi (m.2) ile Eşitlik İlke-

si'ne (m.10) aykırı olduğunu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, İPTAL KARARININ GEREKÇESİNDE: "...Anayasa'nın 10. maddesindeki "kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

2829 sayılı Yasa'da benimsenen sistemle, farklı sosyal güvenlik kuruluşlarındaki hizmet süreleri birleştirilerek emekli olanlara yaşlılık aylığı bağlandığı halde, itiraz konusu ibareyle son defa bağlı olunan sosyal güvenlik kurumuna göre ayırım yapılarak Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmayanlara, 5434 sayılı Yasa'ya tabi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesi, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, adil sonuçlar doğurmadığından 2. maddesindeki Hukuk Devleti ilkesine de aykırıdır. Bu nedenle itiraz konusu ibare, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Kararının akabinde, yürürlüğü bakımından da özel bir tarih belirlenmiştir. Zira iptal nedeniyle doğacak hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Böylece, karar, 5.6.2009'de Resmî Gazete'de yayınlanmış, 5.6.2010'da da yürürlüğe girmiştir.

2) 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinde 5997 sayılı kanunla yapılan değişiklik (yürürlük tarihi: 1.6.2010)

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen ve 5.6.2010'da yürürlüğe giren iptal kararının hemen ardından, aynı konuda (emeklilik ikramiyesi) Emekli Sandığı Kanunu'nda yeni bir yasal düzenleme yapılmıştır. 16.6.2010'de yapılan bu düzenlemeye göre, 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi değiştirilerek, "*Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve...*" bölümü eklenmiştir.⁴ Bu değişikliği sağlayan 5997 sayılı yasa, 19.06.2010 günlü Resmi Gazetede yayımlanmış, boşluk doğmaması için de yasanın 19. maddesiyle 01.06.2010'dan itibaren yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir (yani Anayasa Mahkemesi'nin 2829 sayılı yasanın 12. md ile ilgili verdiği iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih olan 5.6.2010'dan birkaç gün önce).

Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinde (1. fıkra, 2. cümle) yapılan bu değişikliğin "*Son defa bu Kanun*

4 16.6.2010 günlü, 5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. Maddesi'ne binaen 5434 sayılı Kanunun 89. maddesinin 1. Fıkrasında yapılan değişikliğe göre: "Hizmet sürelerinin tamamı bu Kanun ve/veya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun geçici 4. maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adi malüllük veya vazife malüllüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir. Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve kendilerine mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi H. K.'un 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanana ise, bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden bu madde hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir. Mülga 2829 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi ile 3. fıkrasının son cümlesinin bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz."

veya 5510 sayılı Kanununun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve..." bölümü için de, Anayasa'nın 2, 10, 138, 153. maddelerine aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi'nde hem iptal davası açılmış, hem de itiraz (Ankara 14. İdare Mah.- 2010/98 E.) yoluna gidilmiştir. İPTAL İS-TEMLERİNİN GEREKÇESİ:

5434 sayılı Yasanın 89. maddesinin değişik 1. fıkrasının 2. tümcesi, 2829 sayılı Yasanın 12. maddesinin 1. tümcesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "*Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılanlara ve ...*" sözcüklerinin yer aldığı kuralla, aynı niteliktedir. Zira iki cümle arasındaki farklılıklar, yer aldıkları yasaların tanımlanmasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki:

1- İptal edilen düzenleme, 2829 sayılı Yasada yer almakta iken bu kez 5434 sayılı Yasaya yerleştirilmiştir. Bu nedenle de iptal edilen düzenleme "*son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılanlar*" şeklinde tanımlama yaparken, 5434 sayılı Yasada yer alan yeni düzenleme doğal olarak, "*son defa bu kanun*" şeklinde tanımlama yapmıştır.

2- Yeni düzenlemede 5434 sayılı yasayla birlikte, yine doğal olarak, "*5510 sayılı Kanununun geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışanlar*" sözcükleri kullanılmıştır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu Yasaya gönderme gerekli hale gelmiştir ve 5510 sayılı Yasanın 5434 sayılı Yasaya ilişkin geçiş hükümlerini içeren geçici 4. maddesine gönderme yapılmıştır. Geçici 4. madde hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde

çalışmakta iken emekliye ayrılanlar ile 5434 sayılı hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde iken emekliye ayrılanlar aynı statüdedir.

Bu teknik 2 fark dışında, her iki kuralın da anlamı, kapsamı ve doğurduğu hukuki sonuç aynıdır. 2829 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin 1. fıkrasına göre emekli ikramiyesi ödenebilmesi için, son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılma ve kendilerine 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanma koşullarını taşımak gerekmektedir. Bu koşulları taşıyanlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerin toplamı üzerinden 5434 sayılı Yasa hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenecektir. Bu koşullarla birlikte 5434 sayılı Yasa'nın 89. maddesinin 1. fıkrasındaki "...her tam fiili hizmet yılı için, ... hesaplanacak tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir" hükmü gereğince emekli ikramiyesi alabilmek için, T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerde en az bir yıl çalışmış olmak da gerekmektedir. 5997 sayılı Yasayla değiştirilen yeni kuralda da aynı şekilde son defa 5434 sayılı Yasa veya 5510 sayılı Yasanın geçici 4. maddesine tabi görevlerden emekliye ayrılma söz konusudur.

2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacaktır.

Sonuç olarak; yeni düzenlemede de, bir yıldan fazla 5434 sayılı Yasa kapsamında görev yaptıktan sonra kamu

dışında bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını tamamlayıp, 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlara, son defa 5434 sayılı Yasaya veya 5510 sayılı Yasanın geçici 4. maddesine tabi bir görevden emekliye ayrılma koşulunu taşımadıklarından Emekli Sandığı'na tabi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi yine ödenmeyecektir.

Dolayısıyla 2829 sayılı yasadaki iptal edilen bölüm ile 5434 sayılı yasadaki dava konu bölüm, aynı hukuki sonucu doğurduğundan: 1) Hukuk Devleti İlkesi ve Eşitlik İlkesi'ne aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 2829 sayılı yasanın 12. maddesindeki bölümde olduğu gibi, Emekli Sandığı kanununun 89. maddesindeki bu bölüm de aynı gerekçelerle Anayasa'ya aykırıdır. 2) Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağını" öngören kural gereğince, yasama organı, yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını dikkate almak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Ayrıca iptal hükmünün hukuksal sonuçlarını ortadan kaldıran yeni bir yasal düzenleme yapılmasının, aynı zamanda Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında yer verilen "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" hükmüne de aykırı düşmektedir. Buna rağmen, 5434 sayılı yasadaki dava konusu bölüm, 2829 sayılı yasanın 12. maddesinin iptal edilen kısmı ile aynı hukuki sonucu doğmaktadır ki, bu da Anayasa'ya (m. 153 ve 138) aykırıdır.

**Anayasa Mahkemesi'nin 2010/81 Esas, 2011/78
K. sayılı, 12.5.2011 tarihli kararı (yürürlük tarihi:
09.07.2011)**

Anayasa Mahkemesince, iptal istemi kabul edilmiş ve 5434 sayılı yasanın 89. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin "Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğunu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Mahkeme'nin, İPTAL KARARININ GEREKÇESİ:

"...Görüldüğü üzere; 2829 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ilgili ibaresinin iptali nedeniyle 5434 sayılı Kanun'un 89. maddesinin 1. fıkrasında yapılan yeni düzenlemede de, birleştirilen hizmet sürelerinden Emekli Sandığı'na tâbi hizmet süreleri için emekli ikramiyesinin ödenebilmesi için "son defa 5434 sayılı Kanun veya (5434 sayılı Kanun'a ilişkin geçiş hükümlerini içeren) 5510 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılma" koşulu aranmıştır. Dolayısıyla; eşitlik ve hukuk devleti ilkelerini zedelediği için Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 2829 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 5434 sayılı Kanun'un 89. maddesinin 1. fıkrasında yapılan yeni düzenlemenin doğurduğu hukukî sonuçlar aynıdır. Bu durum; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesinde belirtilen eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri açısından Anayasa'ya aykırılığı devam ettirdiği gibi, iptal hükmünün hukuksal sonuçlarını ortadan kaldıran yeni bir yasal düzenleme yapılmasının, aynı zamanda Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında yer verilen 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını

hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez' hükmüne de aykırı düşmektedir." "...Anayasa Mahkemesi'nin K.2009/17 sayılı kararıyla iptal ettiği kural ile eldeki davada iptali istenilen kural kapsam ve içerik yönünden aynı niteliktedir. Bu nedenle iptali istenilen kural Anayasa'nun 153. maddesine aykırı olarak yasalaşmıştır. İptali gerekir."

Anayasa Mahkemesi'nin 12.5.2011 tarihli bu kararı, 9.7.2011 günlü Resmi Gazete'de yayınlanmakla aynı gün yürürlüğe de girmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kez, yeni bir düzenleme için süre vermemiş, yürürlük tarihini de ertelememiştir.

3- 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinde 6270 sayılı kanunla yapılan değişiklik (yürürlük tarihi: 26.01.2012)

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesi, 26.01.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 6270 sayılı kanunla değiştirilmiştir.⁵ Yakın geçmişte yapılan her iki

5 6270 sayılı "TC Emekli Sandığı Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" MADDE 1: "8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 89. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir."

"MADDE 89: Hizmet sürelerinin tamamı bu Kanun ve/veya 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun geçici 4. maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adı malullük veya vazife malullüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarın bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir.

Birinci fıkra kapsamına girmemekle birlikte, bu Kanun ve/veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamında hizmeti bulunanlardan mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanununun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden emeklilik, yaşlılık ya da malullük aylığı bağlanana ise; bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerine tabi olarak bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda geçen çalışmalarının, 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesinde belirtilen kıdem tazminatına hak kazanma şartlarına uygun olarak sona ermiş olması şartıyla emekli ikramiyesi ödenir.

İkinci fıkra uyarınca ödenecek emekli ikramiyesi, bu Kanun veya 5510 sayılı Kanununun geçici 4 üncü maddesi kapsamına giren görevlerde geçen her tam fiili hizmet yılı ile sınırlı olarak bu görevlerden ayrıldıkları tarihteki emeklilik keseneğine esas aylık tutarı üzerinden ve aylığın başlangıç tarihindeki katsayılar dikkate alınarak ödenir. Mülga 2829 sayılı Kanununun 12. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü fıkrasının son cümlesinin bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.

Yukarıdaki fıkralara göre verilecek emekli ikramiyesinin hesabında 30 fiili hizmet yılından fazla süreler ile mülga 2829 sayılı Kanununun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara ödenecek emeklilik ikramiyesinin hesabında bu Kanun veya 5510 sayılı Kanununun geçici 4 üncü maddesi hükümlerine tabi olarak bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda geçen ve 1475 sayılı Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona eren geçmiş hizmet süreleri ve her ne suretle olursa olsun evvelce iş sonu tazminatı veya bu mahiyette olmakla birlikte başka bir adla tazminat ödenen süreleri ile kıdem tazminatı ya da emekli ikramiyesi ödenmiş olan süreleri dikkate alınmaz. Ancak, mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri uygulanmış olmakla birlikte, bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamında hizmetleri arasında başka bir sigortalılık hali kapsamında çalışması bulunmayanların emekli ikramiyesine esas fiili hizmet sürelerinin hesabında, 1475 sayılı Kanununun 14 üncü maddesindeki şartlar aranmaz.

Emekli ikramiyesinin hesabına esas hizmet süresinin tespitinde dikkate alınmak üzere, emeklilik veya malullük aylığı bağlanması dışında herhangi bir sebeple görevleri sona erenler için, görevin sona erme sebebinin bu durumu kanıtlayan belgelerle birlikte yazılı olarak kuruma bildirilmesi ve bunların özlük dosyasında saklanması zorunludur. Bu zorunluluğa uymayanlar ikinci fıkra hükümlerinden yararlandırılmazlar.

İştirakçilerden, kanunlarla belirlenen bekleme süreleri sonunda kadrosuzluk veya yaş haddi sebebiyle emekliye sevk edilenler ve vazife malullüğü hükümlerine göre vazife malullüğü aylığı bağlananlar ile ölüm sebebiyle haklarında emeklilik işlemi uygulananlara; bu Kanuna göre aylığa hak kazandıkları tarihi takip eden üç ay içinde emekli ikramiyesinin hesaplanmasına esas alınan katsayılarla meydana gelecek artış nedeniyle oluşacak ikramiye farkları ile ilk mali yılın birinci ayında katsayılar dışındaki diğer unsurlarda meydana gelecek artışa, bu tarihte yürürlükte olan katsayılar uygulanmak suretiyle bulunacak ikramiye farkları, emekli ikramiyesi ile ilgili hükümlere göre ayrıca ödenir. Ancak, aylığa hak kazandıkları tarihi takip eden üç ay içinde katsayılarla artış yapılmadığı takdirde, müteakiben katsayılarla altı ay içinde yapılacak ilk artıştan doğan ikramiye farkları da bunlara ayrıca ödenir.

Emekli, adi malullük veya vazife malullüğü aylığı bağlanmadan veyahut toptan ödeme yapılmadan ölen iştirakçiler için yukarıdaki esaslara göre hesaplanacak ikramiyenin tamamı, aylığa veya toptan ödemeye hak kazanan dul ve yetimlere, bu Kanunun mülga 68 inci maddesinde gösterilen hisseleriyle orantılı olarak ödenir.

Emekli ikramiyesini aldıktan sonra yeniden iştirakçi durumuna girenlerin tekrar emekliye ayrılmalarında, sadece sonradan geçen hizmetlerine karşılık yukarıdaki esaslara göre emekli ikramiyesi ödenir. Şu kadar ki, evvelce verilmiş olan ikramiye ile sonradan geçen hizmetler için ayrıca tahakkuk ettirilecek ikramiyenin hesabına esas alınan fiili hizmet süreleri toplamı, 30 yıldan fazla olamaz ve evvelce 30 hizmet yılı için emekli ikramiyesi ödenmiş olanlara hiçbir şekilde ikramiye farkı ödenmez.

düzenlemenin de Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine; yeni değişiklikte, bir süre Emekli Sandığına tabi olarak hizmet verip, emeklilikten önce son kez bağlı olduğu kurum Emekli Sandığı olmayan ve 2829 sayılı yasaya göre birleştirilen hizmet süreleri üzerinden emekli olanların(yani 5434 sayılı kanun, m.89/2 kapsamındaki kişilere), Emekli Sandığına tabi oldukları süre için emeklilik ikramiyesi ödenmesine imkân tanınmıştır.⁶ Ancak bu durumdaki (m.89/2 kapsamındaki) kişilere ikramiye ödemesi zorlaştırılmış, temel olarak, "çalışmanın, 1475 sayılı (eski) İş Kanunu'nun 14. maddesindeki kıdem tazminatına hak kazanma şartlarına uygun olarak sona ermiş olması" şartına bağlanmıştır.⁷ 1475 sayılı (eski) İş Kanununun 14.

Bu Kanunun mülga 88 inci maddesi kapsamına girenlerin emekli ikramiyeleri hakkında da yukarıdaki hükümlere göre işlem yapılır.

Sosyal Güvenlik Kurumunca tahakkuk ettirilmiş veya ettirilecek emekli ikramiyelerini almadan ölenler ile ölüm tarihinde aylığa müstahak dul ve yetim bırakmadan ölen iştirakçilerin ikramiyeleri, kanuni mirasçılarına ödenir.

Bu madde gereğince Sosyal Güvenlik Kurumunca ödenen emekli ikramiyeleri, düzenlenecek fatura üzerine Sayıştay ve Danıştay başkanları için kendi kurumları, diğerleri için emekliye sevk onayını veren kurum tarafından karşılanır. Özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, kapatılan veya tasfiye edilen kamu idareleri tarafından karşılanması gereken emekli ikramiyesi tutarları ise, emekliye sevk onayı aranmaksızın ve faturası karşılığında Hazine tarafından karşılanır. Bu fıkraya göre Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak ödemelerin, fatura düzenlenmesini müteakip iki ay içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılması zorunludur.

Ölenlerin hak sahiplerine ödenecek emekli ikramiyesinin tahsili hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır."

- 6 Sadece Emekli Sandığına tabi olarak hizmet verip emekli olanların ikramiyesi, eskiden olduğu gibi ödenecektir.
- 7 Ancak 6270 sayılı yasanın 2. maddesiyle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa eklenen geçici 223. maddeye göre (2. fıkra): "Bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi kapsamında fasıhalı olarak hizmeti bulunan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte aynı kapsamda çalışmakta olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra emeklilik, yaşlılık, malullük ile dul ve yetim aylığı bağlanacak olanlar hakkında 89. maddenin 4. fıkrasının uygulanmasında, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki fasıhalı hizmet süreleri için 1475 sayılı Kanunun 14. maddesindeki şartlar aranmaz."

maddesine göre ise, kıdem tazminatına hak kazanma şartları:⁸

1- İş akdinin/ilişkisinin sona erdiği tarihte en az 1 yıllık kıdem bulunması

2- Akdin, İşveren tarafından, 4857 sayılı (yeni) İş Kanunu'nun 25. maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler (işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle feshin haklı nedene dayanması) dışında sona erdirilmesi

3- Akdin, işçi tarafından, 4857 sayılı (yeni) İş Kanunu'nun 24. maddesine dayanılarak haklı nedenle feshedilmesi

4- Akdin, muvazzaf askerlik hizmeti için feshedilmesi

5- Akdin, işçinin bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi⁹

6- Kadın çalışanın, evlendiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde kendi arzusu ile akdi sona erdirmesi

7- İşçinin ölümü sebebiyle akdin son bulması

8- 1475 sayılı İş Kanunu'nun, 14. maddesine eklenen 5. bent'e göre (Ek bent: 25.08.1999 - 4447/45 md.): "506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 60. maddesinin 1. fı-

8 Sarper Süzek, İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006, Beta Yayınları, sayfa: 551-562

9 1475 sayılı İş Kanunu, m.14/4'e göre (Değişik fıkra: 17.10.1980 - 2320/1 md.): Burada İşçinin aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır.

rasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları halinde de kıdem tazminatına hak kazanılır.” Bu kapsamdaki kişiler, Emekli Sandığına tabi oldukları süre en az 15 yılı tamamlamışsa ve kendi isteğiyle memuriyetten ayrılmışsa (istifa), emekli olunca Emekli Sandığına tabi oldukları süre için 89. madde kapsamında emekli ikramiyesi alabileceklerdir.

Yeni düzenlemede m. 89/2 kapsamındaki kişilere ödenecek ikramiye, bu görevlerden ayrıldıkları tarihteki emeklilik keseneğine esas aylık tutarı üzerinden ve aylığın başlangıç tarihindeki katsayılar dikkate alınarak ödenecektir.

Yasal Düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları Işığında Konunun Değerlendirmesi, Davalara Etkisi

1- 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinde 6270 sayılı kanunla yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği **26.1.2012 tarihinden önceki dönem** bakımından:

Birleştirilen hizmet süreleri üzerinden emekli olan¹⁰, bir süre Emekli Sandığına tabi olarak hizmet verip, emek-

10 24.5.1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi H.K.'un "Hizmet sürelerinin birleştirilmesi" başlıklı 4. maddesi:

"Kurumlara tabi çeşitli işlerde çalışmış olanların hizmet süreleri, aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla bu Kanuna göre aylık bağlanmasına hak kazanıldığında birleştirilir.

Ancak hizmet süreleri toplamının aylık bağlanmasına yeterli olmaması halinde, bu

lilikten önce son kez bağlı olduğu kurum Emekli Sandığı olmayan emeklilerin, Emekli Sandığına tabi oldukları süre için emeklilik ikramiyesi ödenmesi taleplerini, kurum (SGK), önce 2829 sayılı yasanın 12. maddesindeki değişikliğe dayanarak; bunun Anayasa Mah. tarafından iptal edilmesi üzerine de, hemen ardından 5434 sayılı yasanın 89. maddesindeki 5997 sayılı kanunla yapılan değişikliğe dayanarak; Anayasa Mah. iptal kararları bakımından ise iptal kararının yürürlük tarihinden önce emekli olanları “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geçmişe Yürümeyeceği Kuralı”na dayanarak reddetmiştir.

Kurumun (SGK) ret işlemine karşı, ilgililerce “idari işlemin iptali istemi ve emeklilik ikramiyesi ödenmesine karar verilmesi” talebiyle idare mahkemelerinde¹¹ davalar açılmıştır. Bu davalardan kimileri karara bağlanmış iken, kimileri de halen derdesttir.

Her davanın kendi somut şartları ışığında ayrı bir değerlendirmeye tabi olduğu gerçeği unutulmamakla birlikte, ele aldığımız konudaki açılmış ve görülmekte olan davalar bakımından yapılması gereken, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları doğrultusunda davayı karara bağlamaktır. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin (27.10.2005 tarih ve 2005/7984 E, 2005/11638 K. sayılı) kararı gereğince de “...bir yasa kuralının iptali sonucu, mahkemeler bakmakta oldukları davaları bu karara göre çözümlenmekle yükümlüdürler. Bu sonuç Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı kuralı gereğidir...” Nitekim usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir Kanun hükmü sonradan

Kanun hükümleri uygulanmaz.”

11 Bu davalarda davalı idare, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı olduğundan, davada yetkili olan idare mahkemeleri de, kurum merkezinin bulunduğu yerdeki (Ankara) idare mahkemeleridir.

(görölmekte olan davada karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse artık usuli kazanılmış hakka göre değil; usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonraki yeni duruma göre karar verilmesi gerekecektir.¹² *"Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları, idari makamlar, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı açıktır. Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76. maddesinde 'Hakim re'sen Türk Kanunları mucibince hüküm verir' yönündeki yasal ilke gözetildiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının bu gibi kesin hüküm halini almamış (derdest) davalar yönünden uygulanmasının zorunluluğu ortadadır."*¹³

Misal olması açısından, Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin bu konuda verdiği bir karara (E: 2010/1449, K: 2011/1686, KT:14.7.2011) bakacak olursak: *"... Dava, davacının Emekli Sandığına tabi geçen hizmetlerine karşılık emekli ikramiyesi ödenmesi talebinin reddine ilişkin 13/07/2010 tarih ve ... sayılı davalı idare işleminin iptali ile ödenmeyen emekli ikramiyesinin yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır."* (Uyuşmazlık konusu olayın yasal dayanağını oluşturan 5997 sayılı Kanununun 14. maddesiyle değiştirilen, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin 1. Fıkrasındaki *"Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve..."* bölümünün Anayasa Mahkemesi'nin 12.05.2011 günlü, E.2010/81, K.2011/78 sayılı

12 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, Altıncı Baskı, Cilt 5, s. 4784

13 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.01.2004 gün ve 2004/10-44 Esas, 19 Karar; 07.04.2004 gün ve 2004/10-214 Esas, 198 Karar; 29.09.2004 gün ve 2004/10-448 Esas, 461 sayılı Kararları

kararı ile iptal edildiği ve yürürlük tarihinin de 9.7.2011 olduğu belirtilmiştir.) “Anayasa Mahkemesince bir kanunun tümünün ya da belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmez.” “Bu durumda, birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanan davacıya, Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden emekli ikramiyesi ödenmesi gerekmekte olup, yasal dayanağı kalmayan aksi yöndeki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Öte yandan, Anayasa’nın 125. maddesinde ‘idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür’ kuralına yer verilmiş olup, davacının hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanan işlem nedeniyle uğradığı zararın tazmini Anayasal bir zorunluluktur. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline, davacının ödenmeyen emekli ikramiyesinin davalı idareye başvuru tarihi olan 15.06.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesine... oybirliğiyle karar verildi.”

5434 sayılı Yasanın 89. maddesinde (1. fıkra 2. cümle) 5997 sayılı yasayla yapılan yeni değişiklik de Anayasa Mahkemesince (2011/78 K. sayılı) iptal edilince, bazı emekliler kuruma başvurarak kendisine emeklilik ikramiyesi ödenmesini talep etmiştir. Kurum ise bu talepleri “5997 sayılı kanunla 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun 89. maddesinin değiştirilen 1. fıkrasının 2. cümlesinin “Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve...” bölümünün Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesince

iptal edildiği; bu iptal kararının ise Resmi Gazete’de yayımlanma tarihi olan 9.7.2011’de yürürlüğe girdiği; başvuranın ise bu tarihten önce emekli olduğu ve o tarihte de iptal konusu bölümün henüz yürürlükte olduğu; Anayasa Mah. kararlarının geçmişe yürümeyeceği; bu nedenle emeklilik ikramiyesi ödenmeyeceği” gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak burada kurumun “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geçmişe Yürümeyeceği Kuralı”nı hatalı yorumladığı açıktır. Zira Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği kuralında, kazanılmış hakların korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla bu kuralın yalnız söze bağlı kalınarak yorumlanması, hukuk devleti ilkesine, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar verebilir. Nitekim Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin (27.10.2005 tarih ve 2005/7984 E, 2005/11638 K. sayılı) kararı gereğince de “...Anayasa’nın 153. maddesine göre “iptal kararları geriye yürümez” ilkesi, kesinleşmiş yargı kararları için geçerlidir...” Ayrıca Danıştay 1. Dairesi’nin (E: 2004/8, K: 2004/11 sayılı ve 11.2.2004 tarihli) kararında da Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği kuralının ne şekilde yorumlanacağını belirtilmiştir: “...Öte yandan, Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği kuralı, kazanılmış hakların korunmasını amaçlamaktadır. Bu kuralın yalnız söze bağlı kalınarak yorumlanması, hukuk devleti ilkesine ve bu ilke içinde var olan adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar verebilecek ve itiraz yoluyla yapılacak denetimin de amacına ters düşecektir. Sonuç: Bu durumda, kamu görevlisi iken askerlik yapanların askerlik hizmet sürelerinin, Anayasa Mahkemesi Kararının Resmi Gazetede Yayımlandığı Tarih Gözetilmeksizin rütbe terfünde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 11.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

2-5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinde 6270 sayılı kanunla yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği **26.1.2012 tarihinden sonraki dönem** bakımından:

Bu yeni düzenlemeye göre emeklilik ikramiyesi alma şartlarını taşıyan emekliler, kuruma başvurup ikramiyelerini alabilirler. Dava açmış olanlar ise (davaları derdest ise ve yeni düzenlemeye göre ikramiye almak için aranan şartları taşıyorlarsa), açtıkları davadan feragat etmek şartıyla kuruma başvurup ikramiyelerini alabilirler. Nitekim 6270 sayılı yasanın 2. maddesiyle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa eklenen geçici 223. maddeye göre (1. fıkra), davalardan vazgeçilmesi halinde, aranan şartları taşıyan ilgiliye ikramiye ödeneceği ve mahkemelerce SGK lehine hükmedilecek vekâlet ücretlerinin Kurumca tahsil edilmeyeceği belirtilmiştir.¹⁴

Yeni düzenlemeye göre ikramiye alma şartlarını taşımayanlar: düzenlemenin yürürlük tarihinden önce (26.1.2012) dava açmışlarsa, davalarına devam etmeleri gerekir; dava açmamış olanlar ise, 26.1.2012'den itibaren bu yeni yasa (6270 sayılı yasayla değiştirilen 5434 sayılı yasa m.89) uygulanacağı için açılacak dava reddedilecektir. Ancak dava açılacaksa da, davada, evvela bu yeni düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ileri sürülür ve somut norm denetimi yoluna gidilerek Anayasa Mahkemesince iptal edilirse, o zaman ikramiye almaya hak kazanmak mümkün olabilir.

14 Ancak burada hak kaybı yaşamamak için, önce kuruma başvurup, kendisine ikramiye ödenebileceği (gerekli şartları taşıdığı) kurumca belirlendikten sonra davadan feragat etmek gerekir.

KAYNAKÇA

1- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

2- 2829 sayılı "Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun"

3- 24.7.2008 tarihli ve 5793 sayılı kanunun 6. maddesi (2829 sayılı kanunun 12. maddesinde yapılan değişiklik)

4- 1475 sayılı İş Kanunu

5- Anayasa Mahkemesi Kararı 2005/40 Esas, 2009/17 Karar, 5.2.2009 tarihli (R.G. tarih-sayı: 5.6.2009- 27249, yürürlük tarihi: 5.6.2010)

(kaynaklar: <http://www.anayasa.gov.tr>; <http://www.resmigazete.gov.tr>)

6- 8.6.1949 tarihli, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu

7- 16.6.2010 günlü, 5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (14. ve 19. maddesi)

8- Anayasa Mahkemesi Kararı, 2010/81 Esas, 2011/78 Karar, 12.5.2011 tarihli (R.G. tarih-sayı: 09.07.2011 - 27989, yürürlük tarihi: 09.07.2011)

(kaynaklar: <http://www.anayasa.gov.tr>; <http://www.resmigazete.gov.tr>)

9- 6270 sayılı ve 17.01.2012 tarihli "TC Emekli Sandığı Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (kaynak: 28185 sayılı ve 26.1.2012 Tarihli R.G.)

10- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 2009/10-270 E. , 2009/313 K. , 1.7.2009 Tarihli

11- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.01.2004 gün ve 2004/10-44 Esas, 19 Karar; 07.04.2004 gün ve 2004/10-214 Esas, 198 Karar; 29.09.2004 gün ve 2004/10-448 Esas, 461 sayılı Kararları

12- Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin kararı (E: 2010/1449, K: 2011/1686, KT:14.7.2011)

13- Yargıtay 5. Hukuk D. Kararı, Esas: 2005/7984, Karar: 2005/11638, KT: 27.10.2005

14- Danıştay 1. Dairesi Kararı, E: 2004/8, K: 2004/11 sayılı ve 11.2.2004 tarihli

15- Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, 6. Baskı, Cilt 5

16- Sarper Süzek, İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006, Beta Yayınları

