

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW



Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: V
Sayı: 2
Yıl: 2008



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

**Cilt : V
Sayı : 2
Yıl : 2008**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör / Editor

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Halûk KABAALIOĞLU, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge UMAR, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait GÜRAN, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / Editorial Board

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halûk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Hayri Domaniç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi

Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Volkmar Gessner, Universitaet Bremen

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı,

Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı

Prof. Dr. Stefan Talmon, Oxford Üniversitesi

Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ralf Alleweldt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sabih Kanadoğlu, Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sultan Uzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Salih Şahiniz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Heidelberg Max-Planck-Institute
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanan hakemli bir dergidir.

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Dergiye yapılan atıflarda "YÜHFD" kısaltması kullanılmalıdır.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt : V Sayı : 2 Yıl : 2008

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

**KONUT VE İŞYERİ KİRALARININ AYNI HÜKÜMLERE TABİ
KILINMASI DOĞRU MUDUR?**

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....3

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi, Özel Hukuk Bölüm Başkanı

**KESİN İPOTEKTE VE KEFALETTE GÜVENCE KAPSAMINA
GİREN TEMERRÜT FAİZİ ALACAKLARININ ZAMAN
İTİBARIYLA SINIRLANMASI**

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....9

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas
Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

CONCUBINATUS

Yard. Doç. Dr. Nurcan İPEK.....15

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Öğretim Üyesi

KAMU HUKUKU

SPORDA DOPİNG VE CEZA HUKUKU

Prof. Dr. Yener ÜNVER.....41

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Öğretim Üyesi

**SPOR KULÜBÜ YÖNETİCİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU
VE İBRANIN SORUMLULUK DAVASINA ETKİSİ**

Yard. Doç. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY.....95

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

**SPORUN BİR DALI OLARAK FUTBOLDA MÜŞTEREK BAHİS
VE CEZA HUKUKU**

Yard. Doç. Özlem YENERER ÇAKMUT.....113

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Öğretim Üyesi

YENİ BİLGİSAYAR CEZA HUKUKU

Prof. Dr. Eric HILGENDORF.....127

Julius-Maximilians (Würzburg) Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza
Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi

**BİLGİLENME VE CEZA VE CEZA USUL HUKUKU
UYGULAMASINDA YARDIMCI ARAÇ OLARAK BİLİŞİM**

Prof. Dr. Hans KUDLICH.....149

Friedrich Alexander (Erlangen) Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Almanya

BERICHT - PARTEIVERBOT IN DER TURKEI – FALL AKP

Dr. Christian RUMPF.....167

Avukat, Bamberg Üniversitesi Onursal Profesörü

Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

**FRANSIZ CEZA HUKUKUNDA AKIL BOZUKLUĞUNUN CEZA
SORUMLULUĞUNA ETKİSİ**

Araş.Gör. Onur ÖZCAN.....199

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku

KARAR ÇEVİRİSİ

**HUMK KAYNAK YASASI CPCN UYGULAMASI: NEUCHÂTEL
MAHKEMELERİNİN KARARLARI**

Prof. Dr. Bilge UMAR.....239

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı



JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume : V No : 2 Year : 2008

CONTENTS

PRIVATE LAW

**IS IT APPROPRIATE TO MAKE RESIDENTIAL AND
COMMERCIAL LEASES SUBJECT TO THE SAME LEGAL
PROVISION?**

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....3
Yeditepe University Law Faculty, Dept. of Civil Law, Head of Private Law
Department

**LIMITATION OF THE COVERAGE FOR LATE PAYMENT
INTEREST IN MAXIMAL HYPOTHEK AND SURETYSHIP**

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....9
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and
Insolvency Law

CONCUBINATUS

Asst. Prof. Dr. Nurcan İPEK.....15
Marmara University Law Faculty

PUBLIC LAW

DOPING IN SPORTS AND CRIMINAL LAW

Prof. Dr. Yener ÜNVER.....41
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Criminal Law

CIVIL LIABILITY OF SPORT CLUB DIRECTORS AND THE EFFECT OF DISCHARGE ON THE LIABILITY ACTIONS

Asst. Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY.....95
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

GAMBLING IN FOOTBALL AS A BRANCH OF SPORT AND CRIMINAL LAW

Asst. Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT.....113
Marmara University Faculty of Law, Dept. of Criminal Law

NEW COMPUTER CRIMINAL LAW

Prof. Dr. Eric HILGENDORF.....127
Julius-Maximilians (Würzburg) University Faculty of Law,
Dept. of Criminal Law

INFORMATION AS A MEANS OF RESISTANCE AND INFORMATION SCIENCE AS A SECONDARY TOOL IN CRIMINAL LAW AND LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

Prof. Dr. Hans KUDLICH.....149
Friedrich Alexander (Erlangen) University Faculty of Law

PROHIBITION OF POLITICAL PARTIES IN TURKEY – AKP CASE: REPORT DATED 10 SEPTEMBER 2008 OF THE SUBORDINATE COMMISSION OF HUMAN RIGHTS, EUROPEAN PARLAMENT

Dr. Christian RUMPF.....167
Attorney at Law
Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

**MENTAL DISABILITY AND ITS EFFECT ON CRIMINAL
LIABILITY IN FRENCH LAW**

Res. Asst. Onur ÖZCAN.....199

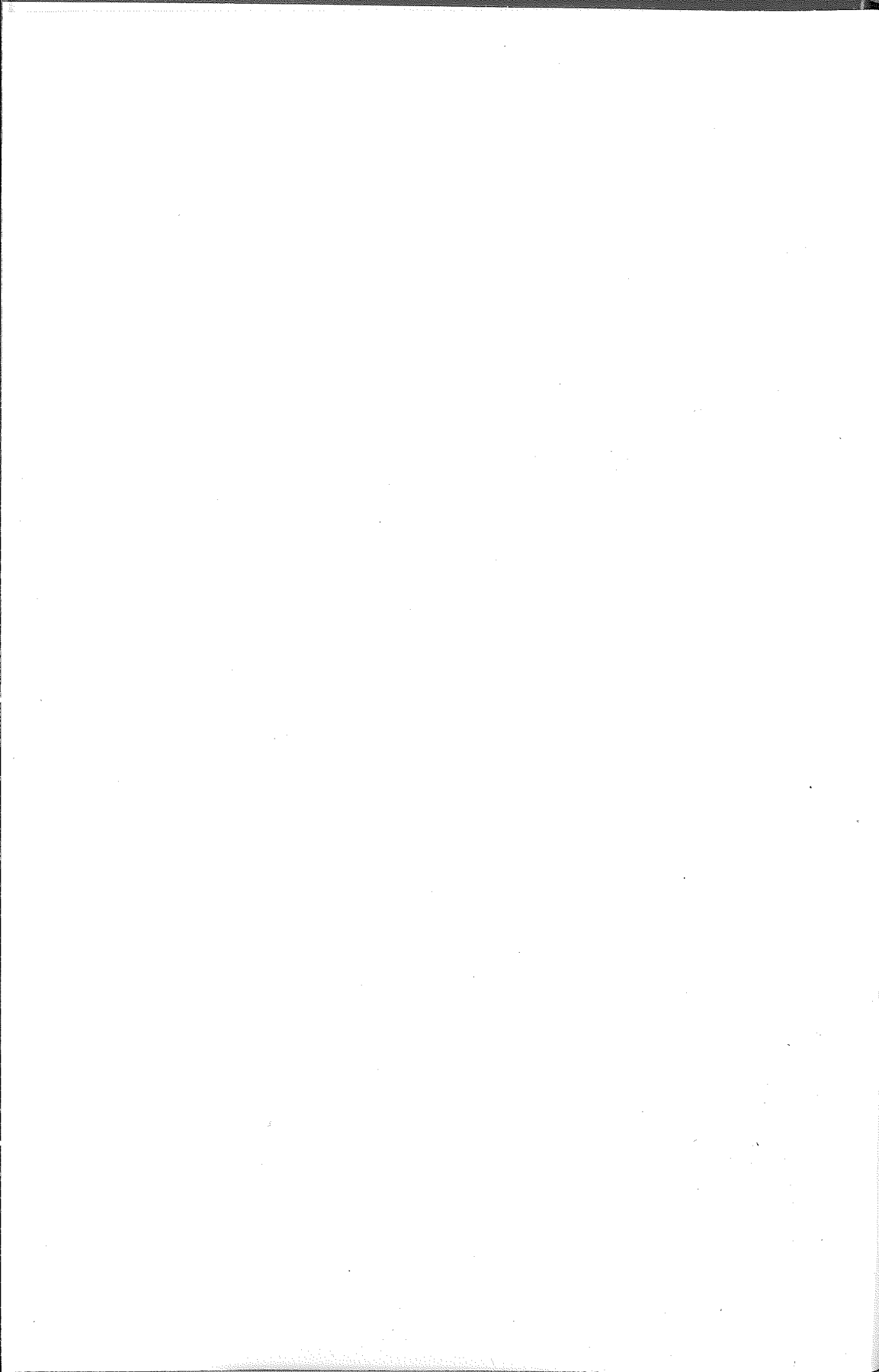
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Criminal Law

CHRONICLE OF CASE REVIEWS

**CASE LAW RELATING TO CPNC AS THE MODEL OF TURKISH
CODE OF CIVIL PROCEDURE: NEÛCHATEL CASE REPORTS**

Prof. Dr. Bilge UMAR.....239

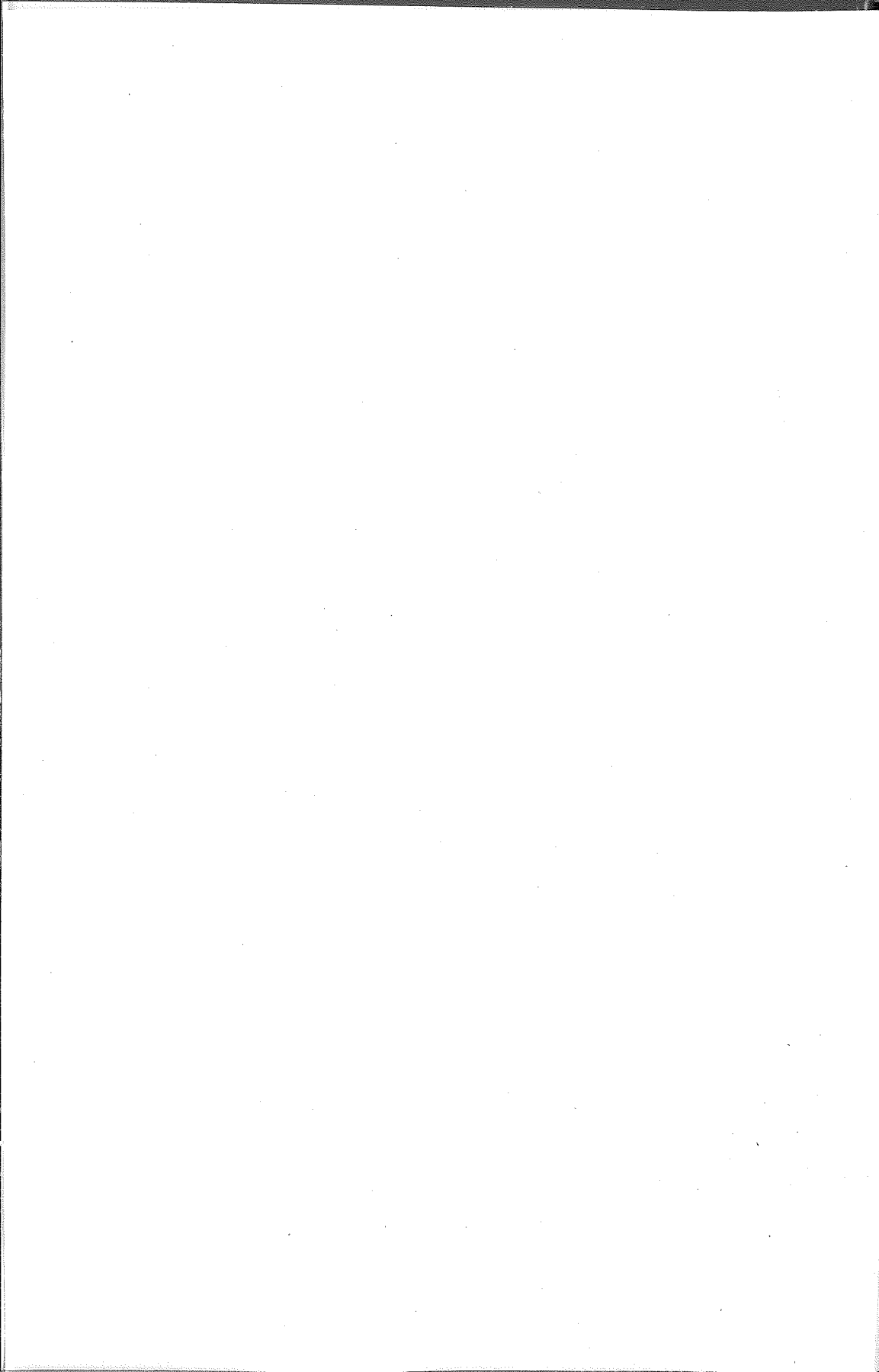
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and
Insolvency Law, Head of Public Law Department



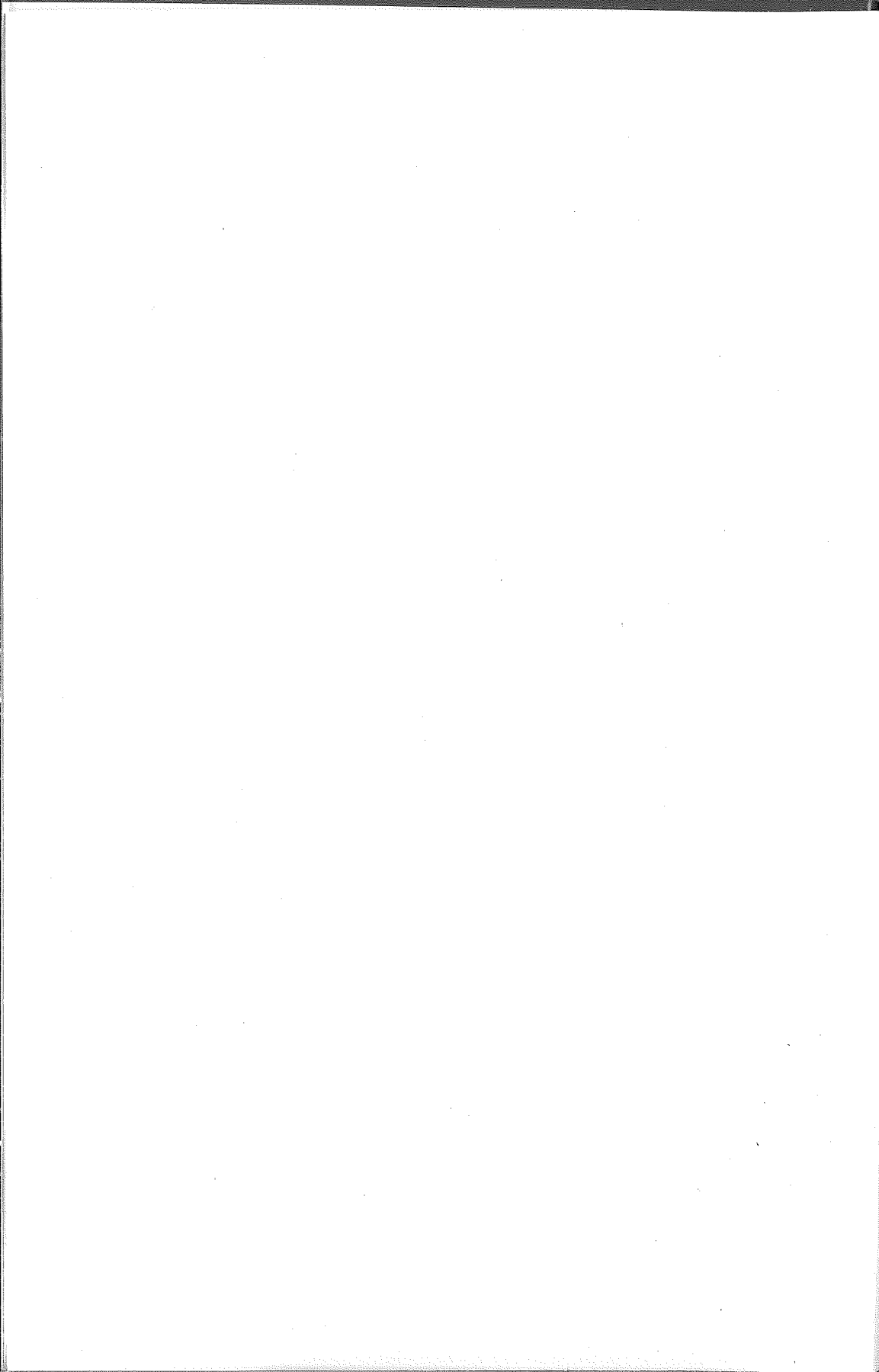
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayınlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergide yayınlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.
3. Dergimize yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar Microsoft Word (98 ve üzeri versiyonlar) programında yazılmalıdır.
Yazıların teknik formatı şu şekilde olmalıdır:
Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
Metin: Times New Roman, 12 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı
Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı
5. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adını, ünvanını, çalıştığı kurumu, açık adresini, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon ve faks numaralarını, e-posta adresini içerir bir bilgi kağıdı da teslim edilmelidir.
6. Her yazı, kaydedildiği bir disketle birlikte (ve başlığının İngilizce çevirisi de eklenmek suretiyle) A-4 boyutunda ve iki nüsha olarak teslim edilmelidir.
7. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, disketteki biçimiyle "basılmaya hazır olarak" verildiği kabul edilir.
8. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazımın yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir.
9. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.



ÖZEL HUKUK



KONUT VE İŞYERİ KİRALARININ AYNI HÜKÜMLERE TABİ KILINMASI DOĞRU MUDUR?

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI*

I. GENEL OLARAK

Bilindiği gibi, bizde, küçük yerleşim birimlerine uygarlığın nimetleri, esas itibariyle, götürülmediği için, anılan yerleşim birimlerinden kente göç olayı ile karşı karşıya kalınmıştır. İnsanlar, bir yandan çocuklarını daha iyi okullarda okutabilmek, onları üniversiteye gönderebilmek ve genel olarak uygarlığın sunduğu imkanlardan yararlanabilmek, diğer yandan da karınlarını doyuracak iş bulabilmek için büyük yerleşim yerlerine göç etmek durumunda kalmaktadırlar.

İşte, bu nedenledir ki, büyük yerleşim birimlerinde konut ve işyeri sıkıntısı başgöstermiş, kente göç eden ve çok büyük bir kısmı iktisaden güçsüz olan geniş kitlelerin özel hükümlerle korunmaları gerekmektedir. Söz konusu sebepler, 6570 sayılı Kanunun çıkarılması sonucunu doğurmuş, böylece bu Kanunla anılan amaca ulaşılmak istenmiştir.

Zikri geçen 6570 sayılı Kanunun çıkarıldığı 1955 yılını takip eden yıllarda, uzunca bir süre, konut ve işyeri kiralalarının aynı hükümlere tabi kılınması ve dolayısıyla işyeri kiracılarının da bu Kanunun koruyucu şemsiyesi altında tutulması, sosyal devlet ilkesinin gereği olarak görülmek gerekmektedir. Ne var ki, daha sonra ve özellikle günümüzde, işyeri kiracılarının da konut kiracıları ile aynı

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Özel Hukuk Bölüm Başkanı.

koruyucu hükümlerden yarar sağlaması, artık adalet duygularını örseler hale gelmiştir. Esasen, günümüzde, konut kiralari bakımından dahi 6570 sayılı Kanunun istismar edilebildiğine üzüntüyle şahid olmaktadır.

Belediye sınırları içindeki üstü kapalı yapılar bakımından Borçlar Kanunu yerine özel bir Kanunun uygulanması, başını soka-
cak yer bulmakta zorlanan, iktisaden güçsüz olan ve bu şiddetli ihtiyacı sebebiyle istismara elverişli durumda bulunan kiracıları korumak amacını güttüğüne göre, söz konusu istismar olgusunun tam tersine döndüğü hallerde özel koruyucu hükümlerin varlık sebebi de (hikmet-i vücudu da) ortadan kalkmış olacaktır.

Özellikle günümüzde, büyük ticaret erbabının önemli bir kısmı, ticari faaliyetlerini kiracı olarak buldukları işyerlerinde sürdürmekte, o işyerleri sayesinde önemli gelirler elde etmelerine rağmen 6570 sayılı Kanundan yararlanarak cüz'î kiralarla işlerini yürütebilmektedirler. Bu çarkın nasıl işlediği aşağıda ele alınacaktır. Burada söylemek istediğimiz şudur ki, hukuk düzeni haksızlığa alet olamaz. Açıklamaya çalıştığımız durum, kiralanan yerde sadece kendisini ve yakınlarını barındıran kimse ile gene bu yer sayesinde para kazanan kimsenin eşit biçimde korunmasının hiç de adil olmadığını göstermektedir. Madem ki, büyük yerleşim birimlerindeki kiracıların özel hükümlerle korunması sosyal adalet düşüncesine dayanmaktadır; o halde, bu bakış açısının lehdarı olmaması gereken kira ilişkilerinde daha tarafsız hükümleri içeren Borçlar Kanununun genel kira hükümleri yeterli görülmelidir. Elbette, somut olayların bazılarında aksi sonuca varmak gerekebilir. Ancak, "hüküm eksere göredir" biçimindeki temel ve evrensel hukuk prensibinin bu konuda dahi hukuk politikasına hakim olması gerektiği açıktır. Öyleyse, artık konut kirası ile işyeri kirasını konuya ilişkin özel düzenlemeler bakımından yekdiğerinden ayrı tutmanın zamanı çoktan gelmiştir. İşyeri kiralari için de, özel düzenleme getirilmesi uygun görülse bile, bunun, mutlaka konut kiralari için getirilen düzenlemeden ayrı olması gerekir.

Bu yazının amacı da, Borçlar Kanunu Tasarısının görüşüldüğü şu günlerde adaletin tecellisine hizmet etmektir. Zira, Tasarı,

6570 sayılı Kanunun hükümlerini, birtakım değişikliklerle de olsa, kendi bünyesine almıştır ve üstelik bu bakımdan konut kirası ile işyeri kirasını, hiç değilse elimizdeki metne göre, yekdiğerinden ayırmamıştır.

II. 6570 SAYILI KANUNDAKİ DÜZENLEME

Yukarıda değinildiği üzere, 6570 sayılı Kanun, kiracıyı koruyucu hükümleri bakımından konut kiralaları ile işyeri kiralalarını birbirinden ayırmamıştır. Şu halde, her iki çeşit kira ilişkisinde de kira sözleşmesinin süresinin dolması, sözleşmenin aynı şartlarla bir yıl daha uzatılmış sayılması sonucunu doğuracaktır (6570 s. K. mad. 11). Bunu önlemek, her iki tür kirada da sadece kiracının elindedir (6570 s. K. mad. 11). Kiraya veren, ancak belirli tahliye sebepleri (ve 6570 sayılı Kanun bakımından da uygulanabilecek Borçlar Kanunu kaynaklı fesih sebebi) varsa sözleşmenin uzamasını önleyebilecektir. Şu durumda, işyeri kiralaları için de, kira bedelini düşük bulan kiralayan (kiraya veren), kanun gereği kendini gösteren yeni dönem kirasının tespitini, Yargıtay kararları uyarınca, mahkemeden isteyebilecektir.

Bu düzen tarzı, yukarıda da temas edildiği üzere, artık adil değildir. Bu yargı, hiç olmazsa olayların çoğu için doğrudur. Uygulamada ise, kira tespitini istemek, sözü edilen adaletsizliğe çare olamamaktadır. Zira, kira tespitinde, kiracının eski kiracı oluşu, halen ödenen kira miktarı ve resmi endeksler de etken olmaktadır. Gerçek enflasyonla resmi endeksler arasında çoğu zaman önemli farklar olduğu da ortadadır. Görülüyor ki, işyeri kiralaları için başka bir çözüm tarzı getirilmelidir.

III. TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISINDAKİ DÜZENLEME

Tasarı da, 6570 sayılı Kanunda olduğu gibi, özel hükümlerin tatbiki bakımından konut ve işyeri kiralalarını aynı hükümlere tabi tutmuştur. Tasarının 346. maddesine göre de sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdirme hakkı, sadece kiracıya

aittir. Tasarının bu konuda getirdiği yenilik birer yıllık uzamaya sınır konulması olmuştur. Öte yandan, Tasarı, yeni dönem kira bedelinin tespiti bakımından birtakım yeni düzenlemeler getirmişse de (Tasarı, mad. 343-344), işyeri kiralaları bakımından yukarıda işaret olunan adaletsizlik devam etmektedir. Zira, yeni dönem kirasının belirlenmesi bakımından konut kirası ile işyeri kirası Tasarıda dahi, belirtildiği üzere, aynı hükümlere tabi kılınmıştır.

Öyle anlaşılıyor ki, Tasarı, yeni dönem kira bedelinin tespiti bakımından mevcut boşluğu dolduran, ama bir türlü istikrar gösteremeyen uygulamadaki bu değişkenliği önlemek istemiş ve konuyu kanuni bir düzene sokmaya çalışmıştır. Ne var ki, Tasarı, bu noktada işyeri kirasını konut kirası ile aynı düzenlemeye bağlamakla hata etmiştir. Burada Tasarının kira tespitine ilişkin ayrıntılı düzenlemesine, maksadımız dışında kaldığı için, girmiyoruz.

IV. OLMASI GEREKEN DÜZENLEME

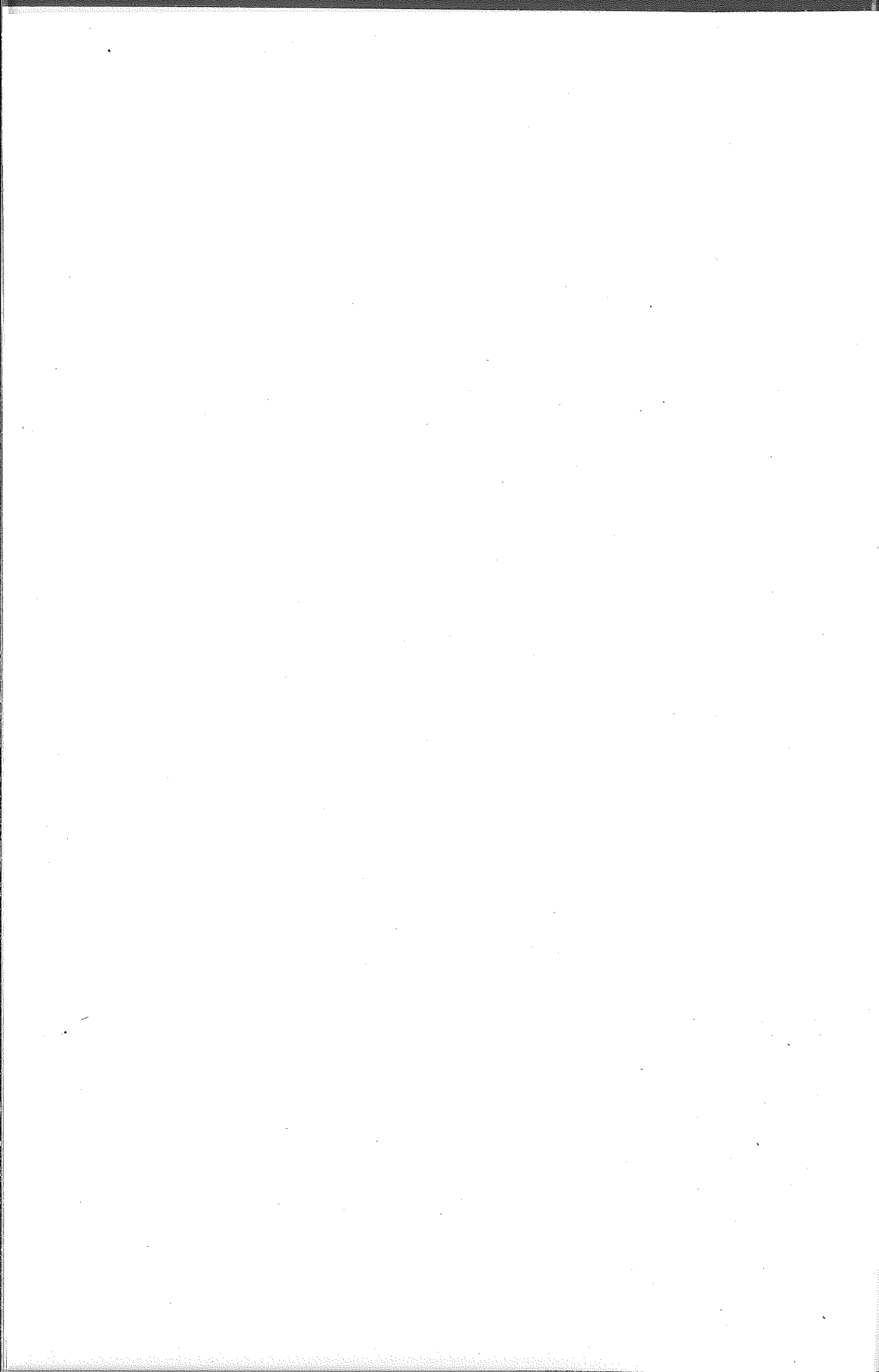
İşyeri kiralaları için Borçlar Kanununun 263. maddesinde kendini gösteren düzenlemenin kabulü, şüphesiz en sade çözümün ifadesi olacaktır. Bir başka deyişle, işyeri kirasının süresi dolunca, her iki taraf da bu çözüm uyarınca sözleşme ilişkisinden çıkmış olacaktır. Gene bu çözüm uyarınca, taraflar süre dolmasına rağmen edimlerin yerine getirilmesini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süre için yenilenmiş sayılır. Anılan BK. 263 hükmünün getirdiği düzen tarzı budur (hasılat kirası için bkz. ve krş. BK. 287).

Ne var ki, söz konusu radikal çözüm, özellikle gelir düzeyi düşük olan küçük esnaf bakımından sakıncalı olacaktır. Gerçekten, kira süresi sonunda kira bedelinde anlaşma olmazsa, bu düzenlemeye göre, kiraya veren kiracıyı tahliye ettirebilecektir. Bu durum ise, işyeri kiralaları için yukarıda sergilenen gerekçeler nazara alındığında, bu sefer kiracı bakımından adaletsiz olabilecektir. Buna karşılık, gelir düzeyi yüksek olan işyerleri bakımından ise, anılan çözüm, olayların çoğunda, adil olacaktır.

Kanaatimizce, ya yıllık gelir durumuna göre konuya ilişkin bir düzenleme getirmek, ya da işyeri kiralaları için çok uzun olmayan

bir süre geçince, mesela iki yıl ve en fazla üç yıl sonra taraflara kira bedeli tayini için yeniden masaya oturma imkanı vermek gerekecektir (Tasarı, her iki tür kira için de on beş yıl gibi çok uzun bir süre getirmiştir, mad. 346). Bu çözüm tarzında, masadan anlaşma çıkmazsa, sözleşme ilişkisi her iki taraf için de sona erecektir. Açıktır ki, söz konusu süre, sözleşme süresinin bitiminden itibaren başlayacaktır. Öte yandan, bu süre içinde taraflara her yıl için kira tespitini mahkemedен isteme hakkı da verilmelidir.

Bu açıklamalardan anlaşılmıştır ki, biz, kira bedeli bakımından konut kirası ile işyeri kirasının yekdiğerinden ayrı tutulmasını teklif etmekte, adil çözümlerin bu esasa göre bulunması gerektiğini söylemekteyiz. Örnek çözüm olarak da, işyerlerini Borçlar Kanununa (Tasarı açısından 326., hasılat kirasında 366. madde hükümlerine) tabi kılmak bakımından işyerinin yıllık gelirine bakılmasını veya bütün işyeri kiralalarında sözleşme süresi dolduktan sonra sözleşmenin birer yıl uzamasına kısa bir zaman dilimi sonunda set çekilmesini sunmaktayız. Tasarı ise, her iki kira ilişkisinde anılan set çekme süresini son derece uzun tutmuş, böylece, özellikle işyeri kiralaları bakımından kiraya verenin mağduriyetine sebep olabilecek bir yola girmiştir. Bu hatanın bir an önce düzeltilmesini beklemekteyiz.



KESİN İPOTEKTE VE KEFALETTE GÜVENCE KAPSAMINA GİREN TEMERRÜT FAİZİ ALACAKLARININ ZAMAN İTİBARIYLA SINIRLANMASI

Prof. Dr. Ali Cem Budak*

I. GİRİŞ

Taşınmaz rehinde, rehin hakkının güvence altına alınan alacak bakımından kapsamı Medeni Kanun'un 875. maddesinde düzenlenmiş olup; bu kanun hükmü, taşınmaz rehni türlerinden biri olan ipotekte, kesin ipotek (karz ipoteği) şeklinde kurulan ipoteklere uygulanır. MK m. 875, fıkra 1 hükmüne göre, taşınmaz rehninin sağladığı güvencenin kapsamına "anapara", "takip giderleri ve gecikme faizi" ve "iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz" girer.

Bu kanun hükmünün ipotekle güvence altına alınan alacağa uygulanan sözleşme faizi (akdi faiz) hakkındaki düzenlemesi açıktır. İpotek güvencesi, sözleşme faizi bakımından sınırlanmış olup; birikmiş sözleşme faizinin miktarı ne kadar olursa olsun, ipotek güvencesi ancak vadesi gelmiş üç yıllık faiz ile alacaklının takip talebinde bulunduğu tarihten önce gelen son faiz vadesinden (kredi kurumlarının kullandığı ifadeyle "faiz tahakkuk tarihinden") başlayarak işleyen faizi kapsayacaktır.

İpotek güvencesi kapsamındaki sözleşme faizi miktarının bu şekilde sınırlanması, öncelikle sabit dereceler sisteminin gereği olup, aynı MK m. 875 hükmü, ikinci fıkrasında, sözleşme faizi ora-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Öğretim Üyesi.

nının daha alt sıradaki ipotek alacaklılarının zararına artırılmayacağı da öngörülmektedir.

İpotek güvencesi kapsamındaki faizi miktarının “muaccel olmuş üç yıllık” ve “son vadeden başlayarak işleyen” faizler ile sınırlanması, ikinci olarak, ipotekli taşınmazın üçüncü kişiye ait olduğu hallerde, başkasının borcu için güvence vermiş olan bu üçüncü kişinin sorumluluğunu makul ölçülerle sınırlamayı amaçlamaktadır. Nitekim Borçlar Kanunu’nun 490. maddesinin 3. fıkrası da kefilin faiz konusundaki sorumluluğunu “işlemekte olan faizle beraber işlemiş faizden bir seneliği” ile sınırlamaktadır.

MK m. 875, fıkra 1, bent 2 hükmüne göre ipotek güvencesinin kapsamına giren temerrüt faizi, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (m. 2 ve m. 4/a) hükümlerine göre hesaplanacak (kanuni) temerrüt faizidir. Taraflar, borçlunun temerrüdü halinde 3095 sayılı Kanun’da öngörülenden daha yüksek bir faiz oranı öngörmüş olabilirler. Fakat bu halde, cezai şart hükümlerine (BK m. 161, fıkra 3) tabi olan bu faizin (Strafzins) kanunî temerrüt faizini aşan kısmı ipotek güvencesinin kapsamına girmez.¹

II. KESİN İPOTEKTE GÜVENCE KAPSAMINA GİREN TEMERRÜT FAİZİ ALACAKLARININ ZAMAN İTİBARIYLA SINIRLANMASI

MK m. 875 hükmü, ipotek güvencesi kapsamına giren birleşmiş faiz alacaklarının zaman itibarıyla sınırlanması hakkında sözleşme faizi bakımından açık bir hüküm içerdiği halde, temerrüt faizi bakımından açık değildir. Bu nedenle, ipotekle güvence altına

¹ Ezcümle bkz. M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 11. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006), s. 734; Leemann, Hans, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch - Sachenrecht*, II. Abteilung (Bern: Stämpfli & Cie, 1925), m. 805, kenar no. 5. Aksi yönde bkz. Gürsoy, Kemal T. / Fikret Eren / Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978), s. 1026 ve Bülent Köprülü / Selim Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 2. Bası (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982 – 1983), s. 284; aksi yönde görüş belirten bu yazarlar Leemann’ın yukarıda anılan eserinin aynı sayfasına atıf yapmakta iseler de, Leemann’ın görüşü bu şekilde değildir.

alınan alacağa işleyen (birikmiş) temerrüt faizinin uzunca bir döneme ilişkin olması halinde, bu temerrüt faizi alacağının tamamının ipotek güvencesinin kapsamına girip girmediği; sözleşme faizi hakkındaki birikmiş faiz miktarına ilişkin süre sınırlamasının temerrüt faizine de uygulanıp uygulanmayacağı, bir yorum sorunu olarak ortaya çıkmaktadır.

Tespit edebildiğim kadarıyla, bu soruna Türk doktrini ve yargı içtihatlarında temas edilmemiştir.² İsviçre hukukunda ise, ipotekle güvence altına alınan alacağa uygulanan birikmiş temerrüt faizinin bir sınırlamaya tabi olmaksızın ipotek güvencesi kapsamına girdiğini kabul eden bir görüş bulunduğu gibi,³ birikmiş sözleşme faizi bakımından geçerli olan süre sınırlamasının temerrüt faizine de kıyasen uygulanmasının “kanun hükümlerinin birbirine

² Örneğin bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 734 – 735; Hatemi, Hatemi/Serozan/Arpacı, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz 1991), s. 724; İlhan Helvacı, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak – Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008), s. 149 – 151; Köprülü / Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 284; Gürsoy / Eren / Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, s. 1026; Ömer Uğur Gençcan, *Türk Medeni Kanunu – Bilimsel Açıklama – İchtihatlar – İlgili Mevzuat*, 2. Cilt (Ankara: Yetkin, 2004), s. 2857; Mustafa Reşit Karahasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu – Eşya Hukuku*, 2. Cilt (İstanbul: Beta 2002), s. 203; Talih Uyar, *İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, 2. Bası (Manisa: Feryal Matbaacılık, 1992), s. 7; Ali Haydar Karahacıoğlu / E. Edip Doğrusöz / Mehmet Altın, *Türk Hukukunda Rehin* (Ankara: Üçbilek Matbaası 1996), s. 153.

³ Jörg Schmid / Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 2. Bası (Zürich: Schulthess, 2003), s. 342; Federal Mahkemenin 22 Kasım 1995 tarihli kararı, BGE 121 III 445- 447, s. 447. Ayrıca bkz. Rainer Schumacher, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 2. Bası. (Zürich: Schulthess 1982), s. 237-238: Schumacher, MK m. 893, bent 3'te düzenlenen inşaatçı ipoteği bakımından, inşaat alacağına ilişkin temerrüt faizinin üç yıllık sınırlamaya tabi olmaksızın ipoteğin kapsamına girdiği görüşündedir. Ancak bu görüşünü yalnızca kanunun lafzına değil, inşaatçı ipoteğinin özelliklerine de dayandırmaktadır. Çünkü inşaatçı ipoteği, taşınmaz malikinin rızasının bulunmaması halinde ancak mahkeme kararıyla tescil edilebilecek; bu davanın karara bağlanması ve rehnin paraya çevrilmesi işlemlerinin tamamlanmasına kadar süre ise üç yıldan fazla olabilecektir.

uyumlu yorumlanması bakımından” gerekli olduğunu kabul eden yazarlar da mevcuttur.⁴

Kanımca, isabetli olan görüş bu ikinci görüştür. Çünkü MK m. 875’in amacı, tapuda tescil edilen ipotek güvencesi tutarının, biriken faizlerin eklenmesiyle aşırı şekilde artmasının sakıncalarını önlemekten ibaret olup; bu sakıncalar, sözleşme faizi için geçerli olduğu gibi, temerrüt faizi için de geçerlidir. Sözleşme faizinin çok yüksek tutarlara ulaşması halinde olduğu gibi, temerrüt faizi tutarının çok yükselmesi halinde de, hem aynı taşınmaz üzerinde ipotek kuran daha alt sıradaki alacaklılar hem de (ipotekli taşınmaz malikinin borçludan başka bir kişi olması halinde) taşınmaz maliki üçüncü kişi zarar göreceklerdir.

Bu nedenle, katıldığım görüşe göre, ipotekle güvence altına alınan alacağa uygulanan birikmiş temerrüt faizinin de, MK m. 875, fıkra 1, bent 3’te öngörülen süre sınırlamasına tabi tutulması kanunun amacına uygun olan yorum şeklidir. Temerrüt faizi bakımından “vade” tarihinden söz edilemeyeceğine, başka bir ifadeyle, temerrüt faizi borcu daima muaccel olduğuna göre; ipotek güvencesi kapsamına giren birikmiş temerrüt faizi alacağı da “iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık dönem”le sınırlıdır. Borçlunun, bu tutarı aşan temerrüt faizi hakkında şahsi sorumluluğu mevcuttur.

III. KEFALETTE GÜVENCE KAPSAMINA GİREN TEMERRÜT FAİZİ ALACAKLARININ ZAMAN İTİBARIYLA SINIRLANMASI

Türk ve İsviçre hukukunda hakim görüş, BK m. 490, fıkra 1’de yer alan “kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya

⁴ Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch*, Cilt 2, 2. Bası (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003), m. 818 (Bernhard Trauffer), kenar no. 8; Thomas Sutter-Somm / Pascal Simonius, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II: Die beschränkten dinglichen Rechte* (Basel/Frankfurt a. M.: Helbing & Lichtenhahn – Basel 1990), s. 181.

temerrüdünün kanuni neticelerinden mesuldür” şeklindeki hükmü karşısında, kefilin sorumluluğunu “işlemekte olan faizle beraber işlemiş faizden bir seneliği” ile sınırlayan BK m. 490. fıkra 3 hükmünün de sadece sözleşme faizi için geçerli olduğu, temerrüt faizine uygulanmayacağı şeklindedir.⁵

Türk ve İsviçre yargı içtihatlarının da bu yönde olduğu görülmektedir. Federal Mahkeme, 1979 tarihli bir kararında, sözleşmeyle kararlaştırılan ve kanuni temerrüt faizinden yüksek olan ceza faizinin de BK m. 490, fıkra 1’e tabi olduğu ve süre sınırlamasına bağlı olmadan kefilin sorumluluğuna dahil olduğu görüşünü kabul etmiştir ki, buna göre, kefilin, birikmiş temerrüt faizinden, süre sınırlaması olmadan sorumlu olduğunun da kabul edildiği anlaşılmaktadır.⁶

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2003 tarihli bir kararı da bu görüştedir; Yargıtay Dairesi’ne göre:

“Borçlar Kanununun 484. ve 490. maddesinin 1. fıkrası gereğince, davacının müteselsil kefil olarak, sağlanmış kredinin anapara miktarı ile ve bunun dışında, ayrıca kefil kendi kusuru ve temerrüdü varsa ondan da limitle bağlı olmaksızın sorumludur. Dava konusu olayda, kefalet limiti 100.000.000 TL olduğundan asıl borçtan 100.000.000.TL. kadar sorumludur. Bundan ayrı olarak, hesabın kat edildiği tarihten ödemeyi yaptığı tarihe kadar da işleyen temerrüt faizinden sorumlu bulunmaktadır.”⁷

⁵ Bkz. Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, *Borçlar Hukuku – Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz 1992), s. 533; Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında – Kefalet* (Ankara: Ayyıldız Matbaası 1992), s. 163 – 164; Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, s. 778; Mehmet Helvacı, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından – Para Borçlarında Faiz Kavramı* (İstanbul: Beta, 2000), s. 60; HGK 14 Şubat 1968, 325/75, Turgut Uygur, *Açıklamalı – İctihatlı – Borçlar Kanunu*, 1. Bası, Cilt 7 (Ankara: Seçkin, 1994), s. 318-319; Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Rolf Watter, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht*, Cilt 2, 2. Bası (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003), m. 499, kenar no. 10.

⁶ İsviçre Federal Mahkemesinin 30 Ekim 1979 tarihli kararı, BGE 105 II 229-234, s. 233-234.

⁷ 11. HD 15 Eylül 2003, 7730/7816, www.kazancı.com.tr.

Türk ve İsviçre ilmi ve kazai içtihatlarındaki bu (hakim) görüşe katılmıyorum. Kanımca, ipotek güvencesinin kapsamı hakkındaki yukarıda yapılan yorum, benzer bir menfaat durumunu düzenleyen ve kefilin sorumluluğunu “işlemekte olan faizle beraber işlemiş faizden bir seneliği” ile sınırlayan BK m. 490. fıkra 3 hükmü bakımından da geçerlidir. Başka bir ifadeyle, başkasının borcu için sorumluluk altına giren kefil, sözleşme faizinin çok yüksek tutarlara ulaşması halinde olduğu gibi, temerrüt faizi tutarının birikerek çok yükselmesi halinde de, önceden hesap edemeyeceği aşırı bir yük altında kalacaktır.

Buna göre, kanımca, kefilin “işlemiş faiz”le ilgili sorumluluğunu bir senelik dönemle sınırlayan bu BK m. 490. fıkra 3 hükmü, hem sözleşme faizi hem de temerrüt faizi bakımından geçerli olup; kefilin temerrüd faizinden sorumluluğu da “işlemiş faizden bir seneliği” ile sınırlıdır.

Son olarak belirtilmelidir ki, yukarıda güvence kapsamına giren temerrüt faizi alacaklarının zaman itibarıyla sınırlandırılması konusunda hem karz ipoteği hem de kefalet sözleşmesi bakımından savunulan yorum şeklinin uygulamadaki sonuçları, karz ipoteği bakımından daha fazla önem taşımaktadır. Çünkü, Türk hukukunda kabul edilen görüşe göre, kefalet sözleşmesinde BK m. 484 gereğince yer verilen tutar, kefilin sorumlu olduğu ve asıl borca eklenen (faiz ve yargılama giderleri gibi) kalemlerin toplamına uygulanır ki⁸, kefalet sözleşmesinde yazılı bu “üst sınır” da kefilin aşırı tutarlara ulaşabilecek temerrüd faizi yükünden korumaktadır.

⁸ Ezcümlle Arpacı, Hatemi/Serozan/Arpacı, *Borçlar Hukuku*, s. 533; Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, s. 780; Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında – Kefalet*, s. 155; Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2008), s. 108. (1941 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu değişikliğinden önce İsviçre’de savunulan aksi yöndeki görüş için bkz. Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, s. 108, dipnotu 289’deki yazarlar.) “BK’nun 484 ve 590. maddeleri hükümlerine göre kefil, borcun aslı ile borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından ancak kefalet limiti dahilinde sorumludur. Kefilin kefalet limitini aşan meblağdan sorumlu tutulabilmesi, ancak kendi temerrüdünden kaynaklanan borçlar içindir” 3. HD 18.12.2000, 10864/11738, YKD 2001/3, s. 331-332. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 589. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan 1941 tarihli değişikliği izleyerek, bu sonucu açıkça ifade etmektedir:

CONCUBINATUS

Yard. Doç. Dr. Nurcan İPEK*

1. GİRİŞ

Roma uygarlığında, farklı yöre ve toplumsal katmanlara göre evlilik pratiğinin gerçekte ne derece yaygın olduğunu söyleyebilmek kolay değildir. Roma'daki karı-koca ilişkilerini, bunlara yönelik ahlâki değerlerle ilgili ortaya çıkan değişiklikleri, kanuni düzenlemeleri tespit etmek ancak kaynaklar el verdiği ölçüde mümkün olmaktadır. Fakat helenistik sanat ve uygarlığın, yarı barbar bir kitle olarak bulduğu Roma ailesini değiştirdiğini söylemek çok da yanlış olmayacaktır. Bu çerçevede Roma ailesi zaman içerisinde oldukça önemli değişikliklerle karşılaşmış, amacı yalnızca evlenme yoluyla Romalı türünü üretmek olan eski Roma ailesi yerini evlilik olarak addedilmeyen beraberliklere, âdeta utanmaz cinsel birleşmelere bırakmıştır¹. *Demosthenes* bu durumu şöyle anlatmaktadır : “Fahişelerle zevke düşkünlüğümüzden, nikahsız kadınlarla her günkü hizmetlerimizi gördürmek için birlikte oluyoruz; karılarımızı ise bize yasal bir evlât vermeleri ve ailenin sadık bekçileri olmaları için alıyoruz².”

Gerçekten de Roma'da, geçerli evlilikler yanında, evliliğin bazı etkilerini taşıyan farklı ilişkilerin varlığı gerek edebi eserlerde gerekse hukuk kaynaklarında tespit edilmiştir. Modern Roma hu-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ *Augustus* Ankara Anıtı (*Monumentum Ancyranum*), çev. Hâmit Dereli, Remzi Oğuz Arık'ın incelemesiyle, Dünya Klasikleri Dizisi 68, İstanbul 1999, s.80.

² Solinas P., Fernand Braudel Yönetiminde Akdeniz, Tarih, Mekân, İnsanlar ve Miras, çev. Aykut Derman, İstanbul 2007, s.206.

kukçularının evlilik benzeri olarak tanımladığı ancak Romalı hukukçuların aynı görüşe sahip olmadığı bu birliktelikler çeşitlilik arz etmektedir. Biz bu çalışmamızda nikâsız birliktelik olarak da ifade edebileceğimiz, karı kocalık iradesi (özellikle de erkeğin evlilik niyeti) olmadan kadın ile erkeğin sürekli beraberliğini, zina ve evlilik dışı cinsel ilişkiden ziyade bir statüyü tarif eden *concupinatus* 'u inceleyeceğiz³.

2. ROMA AİLE YAPISININ DEĞİŞMESİNE NEDEN OLAN FAKTÖRLER

Tarım toplumu olan Roma devleti, Güney İtalya ile ilişkilerine ve M.Ö 272 yılında *Tarentum* zapedilinceye kadar, servet farklarından doğan güçlkle karşılaşmadığından, daha sağlam sosyal ve manevi yapı içerisinde idi. M.Ö 3.yy.dan itibaren komşu kavimlerle yapılan savaşlar ve bu savaşlar sonucunda önemli ganimetlerle Roma'ya dönüşler sebebiyle Romalılar çok fazla servet sahibi olmaya başladılar. Bu durum, iş adamı şövalyeler ile adeta fetih zengini olan senatörler arasında kıyasıya bir rekabetin başlamasına neden oldu. Bu yeni gelişmeler, özellikle miras rejimi nedeniyle kadınların da önemli malvarlıklarına sahip olmasını beraberinde getirdi. Ayrıca Kartaca Savaşından sonra yoksul sınıfa dahil olanların sayıca artışı insanların evliliğe rağbet etmesine sebep olmuştur. *Plinius*⁴ gibi bazıları da ailenin sadece yük

³ Susan Treggiari, Roman Marriage adlı eserinde, bazı modern yazarların *iniustum matrimonium*'u metres hayatı olarak adlandırdıklarını ve konuyu karıştırdıklarını, kendisinin ise "metres hayatı" veya "metres" kelimelerini, yalnızca Romalıların *concupinatus* ve *concupina* kullandıkları yerde kullandığını belirtmektedir. Treggiari S., Roman Marriage, Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian, Oxford 2002, s.51-52.

⁴ *Plinius*, (62-114'e doğru), Latin yazarı. Genç yaşta babasını yitirip, dayısı doğabilimci Büyük Plinius tarafından yetiştirilen Küçük Plinius (asıl adı Caius Plinius Caecilius Secundus'tur), Roma'da öğrenim görüp, Quintilianus'tan ders aldı. Ondokuz yaşında avukatlığa başlayıp, Trajanus döneminde konsül olarak, Panegyri-cum Trajani adlı konuşmasını yaptı. 111'den sonra Bythinia valiliği yapıp, Trajanus'a yazdığı Mektuplar'ında (10 kitap) eyaletlerin yönetimiyle ilgili ayrıntılı bilgiler içerir) bıraktı.

olduğunu düşündüğü için evlilikten kaçıyordu⁵. Özellikle Cumhuriyetin son yıllarından itibaren, Roma aile kurumunun değiştiği ve âdeta dağıldığı görülmektedir.

Ordu ile savaşa giden aile reisinin (babanın) uzun süre yokluğu, kadın ve aile evlâtları üzerindeki baba hâkimiyetinin uygulanmasına engel olmuş; Yunan uygarlığının etkisi, zenginlik, lüks ve bağımsızlıktan zevk alma, dinin zayıflayan zorlamaları kadına daha fazla bağımsızlık getirmiştir⁶. “Kadın, bir çok özgürlük arasında, namussuzluk özgürlüğünü de almıştır” denebilir.

Yoklukla lüksten oluşan karşıtlıklar, ailenin kadını fuhuşa götüren nedenlerin başında gelmektedir. Roma'nın hâkimiyeti altına aldığı Helenistik uygarlığın kural tanımaz eğlencesine ve zevkine boğulmuş olan Akdeniz ülkelerinden yığınlar halinde Roma dünyasına gelen fahişe, oyuncu, farklı ve karışık gelenek ve görenekler, Roma ailesinin kadını şaşırtmış, onu, ne yapacağını bilmez hale getirmiştir. Romalı kadının, kocasını elinden alan Yahudi, Mısırlı ve Yunan kadını, Roma kadınına kötü örnek oluşturmuş; evine, eşine bağlı Roma kadını âdeta yoldan çıkarmıştır. Romalı kadınlar kendi lüksünü sağlayacak insan arar hale gelmiştir⁷.

Roma kadınının ve ailesinin savaştan sonra düştüğü bu olumsuz koşullar, *Augustus* döneminde bir dizi reform niteliğinde düzenleme yapılmasını zorunlu kılmıştır. Ancak *Augustus* M.Ö.18 yılında çıkardığı kanunlarla bir taraftan Roma'yı çevreleyen zina ve bekârlığa darbe vurmuş, diğer taraftan ise getirdiği evlenme yasakları ile *concupinatus* olarak adlandırılan ilişkilere yol açmıştır. Çünkü evlilikleri yasal olarak mümkün olmayan kişiler özellikle de yüksek rütbeli askerler çoğunlukla *concupinatus*' a yönelmişlerdir. Gerçi Cumhuriyet devrinde de *concupinatus* kabul edilmekteydi. Sadece erkekler için tanınan bu tür beraberlikler, önceleri kendileriyle evlenmeleri yasak olan kadınlarla kurulabilirken, daha sonra-

⁵ Tamer D., *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis*, İstanbul 2007, s.72.

⁶ Gaudement J., *Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu*, çev.Bülent Tahiroğlu, İHFMHAD, Yeni Seri S.9, 1972'den Ayrı basım, s.206.

⁷ *Augustus Ankara Anıtı (Monumentum Ancyranum)*, s.81-83.

ları evlilik engeli bulunmayan kadınlarla da kurulmaya başlanmıştır⁸. Nikâhsız beraberliklerin çeşitliliği yanında⁹ *concupinatus* 'u diğerlerinden ayıran, nikâhsız kadının hür bir kadın olması (kölelerin evlenememelerinden dolayı) ve birlikteliğin tek eşli olmasının gerekliliğidir. Yani *concupinatus*, evlilikte olduğu gibi tek kadınla ve süreklilik taşımakta ve kadının aşağı tabakadan biri olması erkeğin ilişkiyi yasallaştırmasını engellemektedir¹⁰.

3. *CONCUBINATUS*'UN TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ YAPISI

Evlilik çağına gelmiş hür Romalı bir erkeğin elinde üç imkân olduğunu söyleyebiliriz: 1. Kölelerden kurduğu haremde yaşamak 2. Evlilik olmadan azatlı kadınla ya da evlilik engeli bulunmayan hür bir kadınla yaşamak 3. Akli başında bir adam gibi davranıp evlenmek ve devletine çakı gibi vatandaşlar kazandırmak¹¹.

İlkinin gerçekleşmesi her zaman mümkündür. Çünkü Roma'da köleler hakkın tarafı değil, hakkın konusunu oluşturduklarından, efendiler kölelerine istedikleri her şeyi yapabilirler. Evlilik ise vatandaşlık görevinden başka bir şey olarak görülmez; hatta âdeta bir dert kaynağıdır. O takdirde geriye diğer bir imkân kalmaktadır. Evlenmeden azatlı bir kadınla veya hür bir kadınla yaşamak.

Roma'da evlilik olarak kabul edilmeyen birleşmelerden biri olan *concupinatus*, daima monogamik¹² kalmış olan evlilik yanında

⁸ Tamer D., s.60.

⁹ Evli olsun ya da olmasın bir erkeğin seksüel anlamda sürekli olarak birlikte olduğu kadın veya kadınlar nikâhsız olarak adlandırılmaktadır. Örneğin bir erkeğin kölesi ile bu anlamdaki beraberliği de nikâhsız beraberlik olarak kabul edilmektedir.

¹⁰ Aries P.- DUBY G., Özel hayatın Tarihi 1, Roma İmparatorluğu'ndan 1000 Yılına, çev. Turhan İlgaz, İstanbul 2006, s. 92.

¹¹ Veyne P., Aşkın En Güzel Tarihi, Roma Dünyası, çev.Saadet Özen, İstanbul 2005, s.31.

¹² Roma hukukunda evliliğin tek kadınla oluşu, kadınların sayısal azlığı ile açıklanabilir. Kız çocukları daha doğdukları andan itibaren erkek kardeşleri ile

âdeta ikinci bir evlenme şekli gibi görünür. Aslında Roma'da kısa süreli cinsel birleşmeler yaygın olmakla beraber, erkek vatandaşların genelde *concupinatus* olarak adlandırılan daha kalıcı ilişkiler içine girdiği bilinmektedir.

“Evlilik olmadan birlikte olma” şekli kabul edilen *concupinatus*, karı kocalık iradesi bulunmadan kadın ve erkeğin devamlı beraberliğidir. En genel kullanımı ile *concupinatus* hür bir kadının bir erkekle, onun eşi olmadan, onunla uzun bir zaman seksüel çift olarak yaşamasıdır¹³. *Concupinatus, honor matrimonii*¹⁴ ve *affectio maritalis*¹⁵ eksikliği nedeniyle evlilikten farklıdır¹⁶. Roma *concupinatus* hayatında, *affectio maritalis* (tarafların birbirlerini karşılıklı olarak karı ve koca olarak görmeleri) olmadığından; eğer iki taraf da birbirlerini *coniunx* olarak yani evlilik bağı ile bağlanmış kabul ederlerse ve hiçbir yasal ehliyetsizlik de yoksa, o zaman ilişki *matrimonium* olurdu¹⁷. Yasal olarak evlenmelerine izin verilmeyen kişiler evlenemeyeceklerini bildikleri için, “*animus*”(evlilik niyeti)’a sahip olmadıklarından düzenli bir birlik-telik istediklerinde, ancak *concupinatus* içinde yaşamayı tercih eder oldular. Bu bakımdan *Principatus* devrinin evlilik hakkındaki kı-

fırsat eşitliğine sahip değildir. Kız çocuklarının ilk doğan kız çocuğu dışında öldürülmesi olağan bir durumdur. Villers R. Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İHFM, C.XXXIX, S.1-4, s.4.

¹³ Frier W.B. – McGinn A. J. T., A Case Book On Roman Family Law, Oxford 2004, s.51.

¹⁴ *Honor matrimonii*, evliliği diğer birleşmelerden ayıran objektif unsurdur. Eşlerin toplumsal yaşayışlarında birbirlerine karşı, karı kocalığın gerektirdiği itibarlı ve şerefli muameleleri yapmalarını ifade eder. Aslında toplum içinde karı koca olarak görünmektir. Ancak bu başlı başına bir unsur olmayıp, *affectio maritalis*'in karinesidir. Umur Z., Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, s.81; Somer P., Dar Anlamda Aile Hukukunun Esasları, MÜHFD, S.2, İstanbul 2002, s.160.

¹⁵ *Affectio maritalis*, evliliği diğer birleşmelerden ayıran sübjektif unsurdur. Eşlerin, hayat boyunca karı koca olarak yaşama konusundaki devamlı niyetleridir. Diğer bir ifadeyle evlilik iradesine sahip olmalarıdır. Umur Z., Lügat, s.21.

¹⁶ Berger A., Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, New York 1953, s.402.

¹⁷ Treggiari S., s.52.

sıtlayıcı yasal düzenlemelerine hukuki varlığını borçlu olan *concupinatus*, bir evlilik bağı gibi görülebilir¹⁸. Birçok açıdan, evlilik ve *concupinatus* o kadar birbirine benziyordu ki, ancak bir çeyizin (*dos*) varlığı kişilerin niyetinin *concupinatus* değil, evlilik olduğuna kanıt oluyordu¹⁹.

Hür ve köle kadınlarla *concupinatus* içinde yer alan ilişkilerin başlangıcı Cumhuriyet devrine kadar uzanmakla birlikte, *Principatus* devrinde daha sık yaşanmıştır. Cumhuriyet devrinde, hem bir eşe, hem de bir metrese (*concupina*) sahip olabilen bir erkeğin, metresine armağan ettiği hediyeler bakımından da herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir²⁰. *Augustus* zamanında çıkarılan ve birçok kişinin birbirleriyle evlenmelerini yasaklayan *Lex Iulia et Papia Pappaea* yasası ile *concupinatus*'un daha yaygın bir hale geldiğini söyleyebiliriz. Örneğin senatörler ve onlardan sonra gelen üç kuşak akrabalarının; azatlılar, aktörler, aktrisler ve onların çocukları, fahişeler, onların tedarikçileri, eski köleler, zina suçu işlemiş kişiler ve toplum içerisinde suçlu bulunan kişiler ile evlenmeleri yasak edilmişti. Azat edilmiş kişiler haricinde kalan tüm kişiler ahlakî bir kınamayı hak etmiş, *probrosi* (utanç veren, rezil) olarak kabul ediliyordu. Ayrıca askerlerin görevleri süresince evlenmeleri yasaktı. Eğer askerlerin evlilikleri görevleri başlamadan önce gerçekleşmişse, göreve getirildikleri zaman feshedilirdi. Azatlı erkeklerin, efendileri ile veya efendilerinin dul kızları ile evlenmeleri yasaktı. Vasiler kendi vesayetleri altındaki kişilerle evlenemezdi ve vilayet görevlileri vilayetlerindeki kadınlarla evlenemezlerdi (eğer vilayet, görevlinin kendi doğduğu vilayetse, bu yasa uygulanmazdı)²¹. Bu şekildeki evlenme yasakları devletin, aile içine girmesine ve bu yasakları ihlâl edenlere uygulanan cezai yaptırımlar ailenin devletin ceza erkine maruz kalmasına neden olmuştur. Bu yasaklar

¹⁸ Buckland W. W., *A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Justinian*, Cambridge 1932, s. 128.

¹⁹ Lorio K. V., *Roman Sources and Constitutional Mandates : The Alpha and Omega of Louisiana Laws on Concubinage and Natural Children*, Louisiana 1995, s.318.

²⁰ Lorio K. V., s. 317.

²¹ Lorio K. V., s.317-318.

da Romalı erkekleri evliliğin hemen yanında duran *concupinatus*'a âdeta itmiştir.

Diğer taraftan yüksek sınıftan Romalı kadınların ahlâksızlığından dolayı, erkeklerin, daha düşük sınıftan fakat daha yüksek karakterden kadınlarla birlikte olma isteği de bu arada gözardı edilmemelidir²². Nitekim iffetli bir eşe sahip olmanın manevi armağan olduğunu belirten *Boethius*²³ *Philosophiae Consolatio* (Felsefenin Tesellisi) adlı eserinde kendisine suç işlediğine dair yönelmiş olan kuşkuları²⁴, “masumiyet tapınağı olan evinin, ailesinin namusluluğunun, onurlu insanlardan oluşan dost topluluğunun...ortadan kaldıracağını belirtmektedir²⁵.”

Concupinatus, *Augustus* devrinde hukuken özel bir şekilde düzenlenmemekle beraber, ne yasaklanmış ne de bu tür ilişkilere izin verilmiştir. Ancak hoşgörü ile karşılanan fiili bir kurum olarak kabul edilmiştir. Klasik hukuk devrinde tamamen sosyal bir tanımlamadan öteye gitmeyen ve utanç duyulacak bir beraberlik olarak nitelendirilmeyen *concupinatus*, klasik sonrası hukuk devrinde oldukça değişmiştir; her türlü evlilik dışı ilişki günah olarak nitelendirilmiş ve *concupinatus* içinde yer alan ilişkilere düşmanca bir tavır alınmıştır. Bu durumun tespitini tam olarak yapmak güçlük arz etmekle birlikte, klasik devir hukukçuların eserlerinden yararlanılarak *Iustinianus* 'un emriyle M.S. 6 yy.da hazırlanan derlemedeki düzenleme nedeniyle Hıristiyan imparatorlar tarafından

²² Buckland W. W., s.128.

²³ Romalı bir filozof olan *Boethius* (*Anicius Manlius Severinus Boethius*) M.S 480-524 tarihleri arasında yaşamış olup, pek çok ünlü Yunan düşünürün eserlerini latinceye aktararak Antik Yunan kültürünün ortaçağ felsefesine aktarılmasına yardımcı olmuştur. En önemli yapıtı “*Philosophiae Consolatio*” (Felsefenin Tesellisi) dur. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Boethius*, Felsefenin Tesellisi, çev. Çiğdem Dürüşken, İstanbul 2006, s.11-28; 103.

²⁴ *Boethius*, İmparator Theodoricus'a karşı suikast planları hazırlayanların arasına karışmakla suçlanmış ve vatan haini suçlamasıyla tutuklanmıştır. *Boethius*, Roma'da mahkemede yapamadığı savunmasını idamını beklerken yazdığı *Philosophiae Consolatio*” (Felsefenin Tesellisi) adlı eserinde yapmıştır. *Boethius*, s.16.

²⁵ *Boethius*, s.71.

concupinatus 'un hukuken tanınmaya ve düzenlenmeye başladığını söyleyebiliriz.

Evlilik yanında *concupinatus* olarak adlandırılan ilişkiler yüksek sosyal kademelerde de vardı²⁶. Romalı bir yöneticinin ya da imparatorun bir harem dolusu esir ya da özgür metresleri olabilir ve bunlar *concupina* (metres) olarak adlandırılırdı²⁷. *Vespasianus*, *Marcus Aurelius* gibi imparatorların bu şekilde aileler kurdukları bilinmektedir²⁸. Edebi ve hukuki kaynaklar, üst tabaka erkeklerin metreslerini ya *Augustus* gibi çok genç ve evliliğe hazır değilken daha düşük tabakadan, ya da *Vespasianus* gibi kendisine yeteri kadar çocuk veren eşlerinin ölümünden sonra edindiklerini doğrulamıştır²⁹. Hatta *Augustus* 'un, on yedi yaşında ve kocasından altı aylık hamile olan *Livia Drusilla* 'ya aşık olduğunda karısı *Scribonia* 'yı metreslerinden birine nefret göstermeye başladığı için boşamaktan çekinmediği söylenmektedir³⁰. M.S.306-324 yılları arasında imparator olan *Constantinus* 'un, *Constantinus Chlorus* ile metresi *Naissus* 'lu³¹ bir hancı kızı, han işletmecisi olan *Helena* 'dan olduğu, dolayısıyla *Constantinus* 'un anne ve babası arasındaki evliliğinin resmi değil, fiili bir evlilik olduğu belirtilmektedir³². Ayrıca *Constantinus* 'un da metresi³³ *Minervina* ' dan *Crispus*³⁴

²⁶ Dixon S., s.93.

²⁷ Treggiari S., s.52. Bu kavram için bkz. 4 nolu başlık.

²⁸ Ayiter K., Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, AÜHF Yayınları, Ankara 1963, s.12.

²⁹ Treggiari S., s.52; Aries P.- Duby G., s.92.

³⁰ Tannahill R., Tarihte Cinsellik, çev.Sinem Gül, Ankara 2003, s.106.

³¹ *Naissus*, eski Yugoslavya'da Niş veya Nish. *Constantinus* bu şehirde doğmuş ve burada büyümüştür.

³² Valesianus A., Excerpta Valesiana (Valesiana Seçkileri), çev. Turhan Kaçar, İstanbul 2005, s.80, dn.7.

³³ *Prokopius*, Filistin'de deniz kıyısında Kayseriye isimli şehirde, M.S 500'de ya da bu tarihten önce doğduğu sanılan yüksek düzeyde bir görevlidir. Özellikle İmparator *Iustinianus* 'un karısı *Teodora* 'nın ölümünden sonra *Iustinianus* ile iyi ilişkiler kurabilen *Prokopius* 'un eski Roma ve Grek uygarlığının etkilerinde kalarak, klasik yazar ve düşünürlerin etkisi altında önemli eserler yazdığı bilinmektedir. Bu eserlerden biri de M.S 550 yılında yazdığı saptanan " Bizans'ın Gizli Tarihi "dir.

adında bir oğlu vardır³⁵. *Prokopius* 'un *Historia Arcana* (Bizans'ın Gizli Tarihi) isimli eserinde *Iustinianus* 'un, karısı *Teodora* 'yı önce metres olarak aldığı; hatta *Teodora* 'nın bir fahişe, sahne gösterilerinin düzenli bir oyuncusu olduğu söylenmektedir³⁶.

*Adulterium*³⁷ ve *stuprum*³⁸ olarak kabul edilmeyen, eksik evlilik ilişkisi olarak tanımlanabilecek³⁹ *concupinatus* 'da iki aynı sınıftan bir kadın ve erkeğin, nadir olarak yüksek sınıftan bir kadın ve daha düşük sınıftan bir erkeğin ya da tam tersi evlilik dışı beraberlikleri söz konusu olmaktadır. *Concupinatus*, genellikle de sosyal statüleri eşit olmayan kişiler arasında bulunurdu⁴⁰. Bazen, *concupinatus*, malvarlığını çeyiz olarak kaybetmek istemeyen kadın tarafından tercih edilen bir beraberlik şeklinde de ortaya çıkabilirdi. Bu durum çoğunlukla efendilerin azat ettikleri (*liberta*) kadınlarla düzgün bir ilişki kurmak istedikleri zaman gerçekleşirdi⁴¹.

Concupinatus zina lekesinden bağımsız kalıcı bir ilişki olduğu için de⁴² çok yaygındı. Erkeğin medeni hali önemli değildi⁴³.

³⁴ *Constantinus* ' un karısı *Fausta* ve üvey kardeşleri tarafından kıskanılan *Crispus*, babası *Constantinus* tarafından üvey annesinin şerefine tecavüz etmekle – *Fausta* ile ilişkisi olduğu gerekçesiyle- suçlanarak öldürtülmüştür. Meydan Larousse, C.4, s.261.

³⁵ *Valesianus A.*, s.89, dn.73.

³⁶ *Prokopius*, Bizans'ın Gizli Tarihi, çev. Orhan Duru, İstanbul 1999, s.69-79.

³⁷ *Adulterium*: Kaynaklarda net bir tanımı yapılmayan bu suç evli bir kadının evlilik sadakatine ihaneti olarak ifade edilirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Diler T., s.173 vd.

³⁸ *Stuprum* evlenmemiş veya dul kalmış bir kadınla bir erkeğin, geçici bir süre için beraber yaşamalarıdır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tamer D., s.173 vd.

³⁹ *Buckland W. W.*, s.128.

⁴⁰ *Somer P.*, s.160.

⁴¹ *Lorio K. V.*, s.319.

⁴² Yasal olmayan birliktelikler (*connubium*) *Lex Iulia* tarafından korunmaktadır. Bu, *concupinatus* ve Romalı adam/yabancı kadın arasındaki ilişkilerde doğrudur. Özellikle *Principatus* devrinde, *ius civile* 'ye göre uygun bir evlilik sayılmamakla birlikte, alelade evlilik dışı yaşamının gerektirdiği cezalara da sebebiyet vermediğinden kişilerin *concupinatus* içinde yaşamaları yasaklanmış değildi. Tamer D., s.164; *Somer P.*, s. 160.

⁴³ *Treggiari S.*, s.52.

Romalılar hiçbir zaman tek eşlilik ilkesini sürdürmekte zorlanmadılar; çünkü bu ilke onlar için sadece bir erkeğin iki yasal eşi olmayacağı anlamına geliyordu. Bu nedenle bir erkeğin aynı anda iki metresi olması mümkündü. Roma *concupinatus*'u tek eşli bir birliklilik değildi, hatta her türlü evlilik dışı ilişki onlara serbest olduğu ve zina olarak görülmediği için, evli olan erkeklerin bile metresleri olabilirdi. Zaten bu nedenle de *concupinatus*, evliliğin yanı başında yer alan beraberliklerdi.

Concupinatus'un zina olarak kabul edilmediği *D.25.7.3*'de açıkça belirtilmiştir:

D.25.7.3 Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur, nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit..

“Biri *concupina*'sı (metresi) olduğu için, zina (suçunu) işlemiş sayılmaz. Çünkü *concupinatus* hukuki bir durum olarak vardır. Yazılı kanun ve *Marcellus*'un *Digesta*'sının yedinci kitabında yazdığı üzere yasal olarak cezalandırılmaz”.

Bu metine paralel olarak *D.48.5.14(13) pr.*'de de zina halinde (*adulterium*) yakalanan kadının *concupina* olması durumunda, beraber yaşadığı erkeğin, kadını koca hakkı ile suçlayamayacağı, çünkü *concupina* olan kadının, erkeğin karısı olmadığı; kadının ancak efendisinin *concupina*'sı olması durumunda, efendinin üçüncü kişi sıfatıyla dava açmasının mümkün olduğu belirtilmiştir⁴⁴. Aynı şekilde *D.48.5.35(34)*'de kadının *concupina* olması durumunda *stuprum* suçunun işlenemeyeceği, açıkça ifade edilmiştir⁴⁵.

⁴⁴ *D.48.5.14(13) pr.* : *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatem se dando “matronae” nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.*

⁴⁵ *D.48.5.35(34)* : *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina. 1. Adulterium in nupta admittitur; stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur.*

Bu metinler, önceleri fiili bir durum olarak kabul edilen *concupinatus* 'un M.S. 6. yy.'a kadar hukuki bir durum olarak kabul edildiğini de göstermektedir.

Concupinatus 'un bir çeşit hukuki hısımlık benzeri⁴⁶ olduğu, D.25.7.1.3' de dolaylı olarak belirtilmiştir :

D.25.7.1.3 : *Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facimus prohibendum est.*

“Eğer bir kadın efendisinin metresi olmuş sonradan (efendisinin) oğlunun ya da torununun metresi olursa ya da bunun tam tersi olursa bu kadının doğru davrandığını düşünmüyorum. Çünkü bu tarz durumlar neredeyse suç sayılır. Bundan dolayı bu tarz kötü davranışlar yasaklanmıştır.”

Yukarıda belirttiğimiz gibi klasik devirde karısı olan bir kimşenin *concupina* 'sı olabilirdi. Bir *concupina* 'ya sahip olmak Roma ahlâkına aykırı olmadığı gibi⁴⁷, bir erkeğin birden fazla *concupina* 'sı olması yasak değildi⁴⁸. Bir kadın kocasının başka bir kadınla *concupinatus* içinde yaşadığını öğrendiğinde ve bu durumdan hoşnut olmadığına, ondan boşanabilir ve hatta evlenirken böyle bir şey olması durumunda uygulanacak bir yaptırım belirleyebilirdi⁴⁹. *Concupinatus* bazen kadınların hayatını kurtaran çözüm yolu olarak da ortaya çıkmaktaydı. Roma'da kadın ölümlerinin çoğunun, doğum sırasında veya doğumdan sonra gerçekleştiği dikkate alınacak olursa, evli kadınlar için metresler âdeta çok çocuk doğurma riskinden kurtulma yoluydu. Bu nedenle evli kadınların kendilerine tanınan yasal hakları elde ettikten sonra, kendi elleriyle bir kadın bulup getirdikleri ya da getirilenlere göz yumdukları

⁴⁶ Frier W.B. – McGinn A. J. T., s.51.

⁴⁷ Schulz F., s.137.

⁴⁸ Di Marzo S., s.202.

⁴⁹ Schulz F., s.138-139.

söylenmektedir⁵⁰. Kocasının metresini tanıyan *Scipio Aemilianus*'un karısı, kocasının ölümünden sonra kadını azat etmiş ve azat edilmiş bir köle ile de evlendirmiştir⁵¹. Ancak *Iustinianus* devrinde Hıristiyanlığın etkisiyle monogami esasına uyarak, evli kimsenin *concupina*'sı olması ve birden fazla *concupina*'sı olması yasak edilmiştir⁵².

Concupinatus ile ilgili önemli değişiklikler aslında Hıristiyan İmparator Büyük *Constantinus* zamanında yapılmıştır. *Constantinus*, *concupinatus* şeklindeki beraberlikleri yasaklamadan evliliği teşvik etmek istemiş ve M.Ö. 335'de yayınladığı emirnamesinde, gayrimeşru çocukların hukuki durumlarının ebeveynlerinin sonraki evlilikleri ile meşru hale getirebileceğini düzenlemiştir. Evliliğin değerini arttırmaya çalışan bir düzenleme olarak görülen bu emirname, aslında hâlihazırda tutarlı bir *concupinatus* ilişkisi yaşayan insanlarla sınırlıydı. Buna ek olarak, *Constantinus* *concupina*'lara ve onların gayrimeşru çocuklarına babadan mal alma imkânının olmadığını düzenlemiştir. *Concupinatus* ilişki içerisinde doğan çocukların mağduriyetine neden olan bu düzenleme, M.Ö. 371'de yayınlanan emirnamelerle giderilmeye çalışılmıştır. *Valentinianus*⁵³, *Valens*⁵⁴ ve *Gratianus*⁵⁵ emirnamelerinde, gayri meşru çocuklara yapılan bağış; erkeğin meşru çocukları, torunları ya da anne babası varsa, malvarlığının onikide biri ile sınırlandırıl-

⁵⁰Engin Üskül Ö. Z. – Karaman B., Roma İmparatorluğu ve Roma İmparatorluğu'da Ailenin Toplumsal Temelleri, GÜHFD, 2006/1, s.309-310.

⁵¹ Rousselle A., Eski Roma'da Beden Siyaseti, Kadınların Tarihi, C.1, s.325.

⁵² C.7.15.3.2: “ evli olan hiç kimseye, ne eski hukuk gereğince ne de bizim hukukumuzca, hür olsun köle olsun, *concupina* almak izni verilmemiştir “ şeklindeki metin, *Iustinianus* devrinde hatta daha öncesinde de bu yasağın mevcut olduğunu göstermektedir. Di Marzo S., s.202.

⁵³ M.S 364-375 yılları arasında Roma İmparatoru olan *Valentinianus I*, İmparatorluğu kardeşi *Valens* ile birlikte yönetmiştir. Aldığı çeşitli tedbirlerle dini, askeri, iktisadi ve hukuki hayatın gelişmesini sağlamıştır.

⁵⁴ *Valens*, kardeşi *Valentinianus I* ile birlikte Roma İmparatorluğunu yönetmiştir.

⁵⁵ M.S 375-383 yılları arasında Batı Roma İmparatorluğunu küçük kardeşi *Valentinianus II* ile birlikte yöneten *Gratianus*, *Valentinianus I*' in büyük oğludur.

muştur. Eğer bu akrabalardan hiç biri hayatta değilse, erkeğin *concupina*'sına veya gayrimeşru çocuğuna varlığının dörtte birine kadar bir vasiyette bulunabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak M.Ö. 476'da *Zeno, Constantinus*'un evlilikle bu tür ilişkilerden doğan çocukların meşru hale getirilmesi şeklindeki düzenlemesini, hür doğan ve hâlihazırda çocuğu olan *concupina*' ları hariç tutarak iptal etmiştir. M.Ö. 529'da ise İmparator *Iustinianus, Constantius*'un emirnamesini genişleterek, âdeta diriltmiştir⁵⁶.

Roma'da evlilik kamu tarafından onaylanması gerekmeyen özel bir olay olduğundan ve evliliği kontrol altında tutan herhangi bir kamusal güç bulunmadığından *matrimonium* ve *concupinatus* arasında ilk bakışta bir farklılık görünmez. *Concupinatus, matrimonium*'dan hukuki yönden çok farklı olsa bile benzerlikleri nedeniyle karıştırılmaları kaçınılmazdır. Hatta *concupinatus* yasaklanmadığı, serbest bırakıldığı için bir çiftin evli mi olduğunu yoksa *concupinatus* içinde mi yaşadığını tespit etmek tamamen ayırımı yapan kişinin niyetine kalmıştır⁵⁷. Nitekim *Modestinus, D.23.2.24*'de bu hususu şu şekilde açıklamıştır:

D.23.2.24 : In liberae mulieris consuetudine non concupinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore qunestum fecerit :

“Hür bir kadınla yaşam evlilik gibi yorumlanır; metres değil, meğer ki kadın fahişe olsun” .

Bu nedenle asıl mesele böyle bir ilişkinin nasıl tayin edileceğidir. Gerçekten de evlilik dini bir kurum olsa da seramonik özellikler taşısa da, hıristiyan kilisesi geç imparatorluk döneminde devlette akıl almaz bir güce sahip olsa da, Roma mantığında *honor matrimonii* ve *affectio maritalis* kavramlarının kökleşmesine rağmen bu durum evlilik ve *concupinatus*'u birbirinden ayırmada kolaylık sağlayamamıştır. Nasıl ki evli olan çiftlerin Roma toplumunda birbirinden boşandığını tespit etmek pratik hayat bakımın-

⁵⁶ Lorio K. V., s. 320.

⁵⁷ Schulz F., *Classical Roman Law*, Oxford 1954, s.139.

dan zorluk arz ediyorsa, bu iki tür beraberliği birbirinden ayırt etmek de bir o kadar zordur.

4. CONCUBINA KAVRAMI :

Bir adamla evli olmamasına rağmen karılık görevini yerine getirerek yaşayan bir kadına *concupina* (metres) denirdi. Bu resmi kullanım dışında *amica*, *hospita* ve *focaria* da *concupina* yerine kullanılıyordu⁵⁸. *Concupinatus* içerisinde bulunan erkeği tanımlayacak bir kelime yoktu⁵⁹. Aynı şekilde Türkçede de bu kelimenin eril bir karşılığı bulunmamaktadır.

Mezar yazıtlarında *concupina*'lardan, eşlerden bahsedildiği şekilde bahsedildiği, eşler için kullanılan sevgi ve saygı terimlerinin, *concupina*'lar için de kullanıldığı belirtilmektedir⁶⁰. Hatta Condoria'da bir mezarda bir erkeğin karısı ve *concupina*'sı ile birlikte gömüldüğü, mezar taşında adamın kafası, sağında ve solunda iki kadının kafasının betimlendiği tespit edilmiştir⁶¹.

Concupina'lar tamamıyla sosyal açıdan uygun olmamaları sebebiyle seçilirlerdi. Bu durum erkeklerden daha aşağı sosyal sınıftan olan kadınların (bu kadınlar genellikle eski köleler yani azatlılardır) *concupinatus* içine girmelerine işaret eder⁶². Genellikle erkeğin statüsü kadınınkinden daha yüksektir ve bir çok durumda bu iki kişinin evlilikleri ya yasak olduğu için imkânsızdır ya da sosyal açıdan kabul edilemezdir. Treggiari'nin İtalyan mezar yazıtlarından yola çıkarak yaptığı araştırmaya göre, *concupina* kadınların bir tanesi bile hür doğmamıştır⁶³.

Concupinatus ilişkisi içindekilerin büyük bir çoğunluğu, azat edilmiş hür bir kadınla hür doğmuş adamın (*ingenuus*) ilişkileri

⁵⁸ Schulz F., s.137.

⁵⁹ Treggiari S., s.52.

⁶⁰ Dixon S., The Roman Family, London 1992, s.93.

⁶¹ Schulz F., s.139.

⁶² Frier W.B. – McGinn A. J. T., s.51.

⁶³ Dixon S., s.93.

gibi, farklı statülerdeki kimselerin birlikteliklerini ifade eder. Kadının bu durumda kendi sınıfından bir erkekle elde edebileceğinden çok daha yüksek bir yaşam standardına sahip olacağı varsayılıyordu⁶⁴. Bu birliktelik, kadının statüsünü yükseltmese de, kadına normalde elde edeceğinden çok daha iyi yaşam şartları ve güvenlik sunuyordu⁶⁵. Konumuna göre daha iyi ve kıymetli hediyeler alması normal karşılanıyordu. Özellikle klasik hukuk devrinde toplum tarafından çok kabul gören bu beraberlik⁶⁶ genellikle efendi (*patronus*) ve azatlı kadın (*libertina*) arasında gerçekleşirdi⁶⁷. Üst sınıfa dahil olanların azat edilmiş kişilerle evlenmeleri yasak edildiğinden bu kişiler *concupinatus* içinde yaşıyorlardı.

Concupina'lar, çocukları olan dul kalmış yüksek mevkiden erkekler için açıkça evliliğe karşı şerefli bir seçenek olarak görünüyordu. Söylendiğine göre İmparator *Marcus*'un çocuklarına üvey anne getirmekten kaçındığı için bir *concupina*'sı vardı⁶⁸.

Augustus'un yaptığı hukuki düzenlemede hür doğmuş ve saygı değer tüm kadınlarla evlilik dışı ilişki yaşamak yasak edilmişti. Bu tür bir ilişki yaşayanlar *stuprum* cezalandırılıyordu⁶⁹. Oysa ki; azat edilmiş veya kötü nam sahibi kadınlarla evlilik dışı ilişki yaşanması serbest bırakılıyordu.

Fahişeler (*meretrix*) bu bakımdan, *concupina* olmak için uygun kişilerdi ve onlarla ilişki *stuprum* olarak değerlendirilmezdi⁷⁰. Ancak *concupina*, *meretrix*'ten farklıdır. O herhangi bir metres değil, çok özel bir duruma sahiptir. Aslında bir erkeğin *concupina*'sı ile olan ilişkisi, sıradan bir ilişki ile evlilik arasında bir yerdedi⁷¹. *Concupina* olmak bir kadının namusuna leke getir-

⁶⁴ Treggiari S., s.52.

⁶⁵ Lorio K. V., s.319.

⁶⁶ Ayiter K., s.12.

⁶⁷ Di Marzo S., Roma Hukuku, İstanbul 1959, s.201.

⁶⁸ *Historia Augusta* : Filozof-İmparator *Marcus Aurelius Antoninus*, çev Çiğdem Menzilioğlu, İstanbul 2002, s.39.

⁶⁹ Schulz F., s.138.

⁷⁰ Tamer D., s.163.

⁷¹ Lorio K. V., s.317.

memektedir⁷². Son derece serbest bir ahlâk anlayışının hâkim olduğu Roma dünyasında, kimileri hür Roma vatandaşı ile evlenmektense, azatlı kölelerle “evlenmeden birlikte olmayı” tercih ederdi. Aslında namuslu, saygıya lâyık kadınların *concupinatus* içinde yaşamaları beklenmezdi⁷³. Böylelikle *concupina*, özellikle bir eşin saygınlığından daha düşük, ama bir fahişenin rezilliğinden daha üstün olan kadın durumunda yer alırken; *concupinatus* da evlilikten daha az itibarlı ama âdeta evliliğin gölgesindeki bir kurum olarak kalmıştır⁷⁴. Nitekim *concupina*’ların eşlerinden ve onların arkadaşlarından saygı görmeyi hak ettikleri belirtilmekte; hatta İmparator *Domitianus*’un, babasının *concupina*’sına toplum içerisinde soğuk bir söylemde bulunduğu için eleştirildiği söylenmektedir⁷⁵.

5. CONCUBINATUS’UN HÜKÜMLERİ:

Concupinatus, erkekler için âdeta kendilerini her türlü sorumluluktan kurtarma yolu olarak görülüyor ve evlenme yerine tercih edilen bir usul olarak kabul ediliyordu. Klasik devir sonrasında, erkeklerin hem eş hem *concupina* sahibi oldukları ve hatta birden fazla *concupina*’ları olduğu, ancak İmparatorluk devrinde bir erkeğin aynı zamanda hem eşinin hem de *concupinası*’nın olmayacağı görülmüştür.

Augustus’un yürürlüğe koyduğu kanunlardan hangilerinin *concupinatus*’a uygulandığını anlamak kolay olmasa da, *Lex Iulia et Papia Pappaea*’nın bu tür ilişkilere izin verdiğini ve bu ilişki içerisinde bulunan kişilerin zina ile suçlanmadığını, bu kişilerin ilişkileri tekeşlilik, ensest ve ergenlik prensiplerini ihlâl etmediği sürece, kişilerin *stuprum* ile cezalandırılmadıklarını anlayabiliyoruz. *Concupinatus* bakımından ortaya çıkan bu netice yanında, söz

⁷² Schulz F., s.137.

⁷³ *Marcellus*, D.23.2.41.1’de “birisinin metresi olan kadında, evli kadının saygınlığının bulunmadığını” kabul etmektedir.

⁷⁴ Lorio K. V., s.318.

⁷⁵ Dixon S., s.94.

konusu beraberliğin evlilikten farkı gerek kadının sosyal statüsü gerekse bu beraberlikten doğan çocukların hukuki durumu bakımından kendini açıkça göstermektedir⁷⁶.

Erkek istediği kişiyi seçme konusunda özgürdü ve istediği takdirde, malvarlığı üzerinde hak iddia edemeyecek ve kendisinden çocuk sahibi olmayacak kadınlarla tutarlı ilişkiler yaşayabilirdi⁷⁷. Gerçekten de *concupinatus* ilişkisi içinde bulunan erkek, hiçbir şekilde mallarının üzerinde yasal hak iddia edemeyecek ve çocuk doğurmasını beklemediği yoldaş ve evcimen bir eş ile sabit bir seksüel ve muhtemelen duygusal bir ilişki elde ediyordu⁷⁸. *Concupinatus*, *concupina* bakımından hiç bir şeye hak kazandırmazdı. *Concupina*'dan bir eşin meziyetlerine sahip olması beklenir, ama haklarına sahip olması beklenmezdi⁷⁹.

Iustinianus devrinde evlilikte olduğu gibi *concupinatus*'da da, kadının oniki yaşında olması şartı kabul edilmiştir. Bu durum, *concupinatus* içinde yaşama şartlarının, evlilik şartlarına dayandırıldığını göstermektedir.

D.25.7.1.4: *Cuiuscumque setatis concubinam habere posse palam est, nisi minor annis duodecim sit.*“ :

“Bir erkek, istediği yaşta bir kadını metres tutabilir, kadın oniki yaşından küçük olmadığı sürece”.

Concupinatus halinde yaşayanlar evli olmadıkları için bunlara *Lex Cincia*⁸⁰ ve *Senatus Consultum Vellaeorum*⁸¹ hükümleri uygulanmıyordu. *Concupinatus* ilişkisi içinde bulunanların birbirlerine bağışta bulunmaları mümkündü. Ancak getirilen bazı

⁷⁶ Somer P., s.160.

⁷⁷ Lorio K. V., s.319.

⁷⁸ Treggiari S., s.52.

⁷⁹ Dixon S., s.93.

⁸⁰ *Lex Cincia* : M.Ö 204 yılında çıkarılan bu kanun belirli bir oranın üzerinde bağışlamada bulunmayı ve bağış kabul etmeyi eşler ve yakın hısımlar dışında yasaklamakta idi.

⁸¹ *Senatus Consultum Vellaeorum* : M.S. 1. yüzyılda kadınların başkalarına kefil olmalarını, mallarını başkalarının menfaatine rehin vermelerini yasaklayan senatus kararı.

düzenlemelerle kadına ve çocuklarına herhangi bir şekilde yapılan bağışlamalara, sınırlama getirilmiş hatta bu tasarruflar yasak edilmiştir⁸². Örneğin M.S 3 yy.da İmparator *Caracalla*'nın, askerlerin *concubina* lara yaptıkları maddi yardımları yasakladığı belirtilmektedir⁸³.

Romalıların evlilik ile *concubinatus* arasındaki büyük farklılığı gidermeye çalıştıklarını söyleyemeyiz. Her zaman için resmi kurum ve fiili kurum olarak adlandırabileceğimiz iki tür beraberliğin birbirinden çok farklı olduğunu ve bu farkın hiç bir zaman kapanmadığını rahatlıkla belirtebiliriz. Özellikle imparator *Constantinus*, *concubinatus* ile iki şekilde mücadele etmeyi düşünmüş : Bir taraftan bu tür beraberlikleri yasaklayıcı tedbirler getirmiş, nikahsız yaşamak yasaklanmış, diğer taraftan geçici bir yasa ile mevcut evlilik dışı beraberliklere meşruiyet kazandırılmıştır⁸⁴. Ancak aşağıda da üzerinde duracağımız gibi *Iustinianus* seleflerinden farklı davranarak bu tür beraberliklere, kadın ve çocukların menfaatleri bakımından bazı hukuki sonuçlar bağlamıştır⁸⁵.

Concubinatus'a karşı hoşgörülü tutum sergileyen hukukçuların, bu tür ilişkilere bağlanan hukuki sonuçlar bakımından cömert davranmadıklarını rahatlıkla söyleyebiliriz. *Concubinatus*'un en önemli sonucu bu birliktelikten doğan çocukların meşru kabul edilmemeleri ve miras hakkına sahip olamamalarıydı⁸⁶. Yani *concubinatus* hiç bir şeye hak kazandırmaz, çocuklar annenin durumunu takip ederdi⁸⁷. Evlilik, çocuklara babanın statüsünü bahşederken; evlilik dışı doğum annenin statüsünü vermekteydi. Anne ile çocuk arasındaki bağ doğaldı. Oysa ki baba ile arasındaki bağ hukuki idi. Bu çocuklar yasal olarak babasızdı; baba hâkimiyetine girmiyorlardı. Çocuklar miras haklarını sadece annelerinin

⁸² Di Marzo S., s.202.

⁸³ Schulz F., s.138.

⁸⁴ Köteli A., Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, s.126.

⁸⁵ Köteli A., s.127.

⁸⁶ Veyne P., s.31.

⁸⁷ Frier W.B. – McGinn A. J. T., s.51.

malvarlığı üzerinden kullanabilirlerdi⁸⁸. Bu nedenle klasik sonrası hukuk devrinde bu tür birleşmelerden doğan çocuklara, *vulgo conceptus*⁸⁹ veya *spurii*⁹⁰ den ayırmak için, *liberi naturalis*⁹¹ denmiştir. Bu çocuklar üzerindeki *patria potestas* ancak meşru kılma yoluyla kazanılıyordu⁹². Ebeveynlerin sonradan evlenmeleriyle meşrulaştırmaya, babanın meşru çocukları olmasına rağmen izin verilmişti. Ancak bu meşrulaştırma olasılığı daha sıradan ilişkilerden doğan *spurii* ya da *vulgo consepti*'lere karşın, sadece *liberi naturalis* olanları kapsıyordu. Bu meşrulaştırma kesinlikle zina veya ensest ilişkiden doğan *adulterini*⁹³ veya *incestuosi*⁹⁴ leri kapsamıyordu⁹⁵. Aslında babaların çocuklar üzerinde hâkimiyet kurmalarının diğer bir yolu da evlât edinmekten geçerd⁹⁶.

I.1.10.13'de, bazen doğdukları zaman derhal baba hâkimiyetine girmeyen çocukların, sonradan baba hâkimiyeti altına girdikleri, bu durumun çeşitli şekillerde gerçekleştiği belirtilmektedir:

Iustinianus zamanında, sonradan evlenmeyle meşrulaştırma (*per subsequens matrimonium*) için *instrumenta dotalia*, evlilik anlaşmasını düzenleyen belge ile *concupinatus*'un evliliğe dönüştüğüne dair kanıt gerekirdi. Buna ek olarak, eşlerin bu birleşim sırasında evlenme özgürlüğüne sahip olduklarını göstermesi ve mümkünse çocuğun bu meşrulaştırmaya razı olması da aranırdı.

⁸⁸ Lorio K. V., s.319.

⁸⁹ Geçerli evlilik içinde doğmuş çocuklar için kullanılan bir terimdir. Bu çocuklar babaları tarafından tanınana kadar babasız sayılırlardı.

⁹⁰ Babası kim olduğu belli olmayan çocuklar için kullanılan bir terimdir. Babaları savaş esiri iken doğan çocuklara da, babanın esareti sırasında ana ile baba arasında geçerli evlenme olamayacağından *spurii* denilirdi.

⁹¹ Klasik hukuk devrinde bu terim kölelerden doğan çocuklar için kullanılmaktaydı.

⁹² Buckland W.W, s.128.

⁹³ *Adulterini* : Aralarında evlilik engeli bulunan kimselerin ilişkileri sonucunda, özellikle zina ürünü olarak dünyaya gelen çocuklara verilen isim.

⁹⁴ *Incestuosi* : Yakın akrabalar arasında cinsi ilişki sonucu doğan çocuklara verilen isim.

⁹⁵ Lorio K. V., s.321.

⁹⁶ Lorio K. V., s.319.

Çocukların onayı gerekliydi; çünkü bu sürecin sonunda, çocuklar babalarının hâkimiyeti altına girerlerdi.

Iustinianus, *per rescriptum principis* yoluyla meşrulaştırmayı da tanıtmıştır. Metresin vefat ettiği, ya da evliliğe uygun olmadığı durumlarda, erkek, imparatora dilekçe verebilir ya da vasiyetine *concupina*'sından olan çocuklarının meşrulaştırılması için bir emir talebinde bulunabilirdi. Bu, ancak çocuğun rızası olursa ve erkeğin başka meşru çocuğu olmadığı durumlarda yapılabilirdi.

Meşrulaştırmanın üçüncü bir yolu ise *per oblationem curiae* idi. Bu usul Son İmparatorluk devrinde ortaya çıkmıştır. M.Ö. 443'te İkinci *Theodosius* tarafından yerleşen bu süreç, gayrimeşru çocukların *curia*'ya veya idari bir teşkilat olan belediye meclisine üye olmalarıyla meşrulaşmalarını sağlıyordu. Bu süreç ile erkek çocukları *decurio* olarak, veya kız çocukları bir *decurio* ile evlenerek meşru hale gelebiliyorlardı. Fakat *Iustinianus* tarafından gayrimeşru çocukları olan babalara kadar genişletilen bu süreç, çocuğu babanın hâkimiyeti altına soksa bile, babanın akrabaları ile bir hı-sımlık yaratmaya yetmiyordu⁹⁷.

Concupinatus içinde doğan çocuklardan beğendiğini evlât edinme imkânına sahip olan *pater familias* için bu durum adeta kazanç olarak nitelendiriliyordu⁹⁸. Nitekim Roma dünyasında bazı soylu evli kadınların, kocalarının gayri meşru çocuklarını evlat edinmesinden sonra, onları ayrı bir eğitimden geçirerek, büyük övgü topladıkları söylenmektedir⁹⁹.

Kişilerin, mallarının dörtte birini normal mirasçalarına bırakma zorunlulukları yanında, kalan dörtte üçle istediklerini yapma serbestisine sahip olmaları, özellikle *concupina*'nın mirastan pay alamama sorununun bir çözümü olarak görülebilir. Bu nedenle *concupinatus* halinde yaşayanlar arasında mal ilişkileri serbestçe düzenlenebilirdi. Kadının bu beraberlik kapsamında getir-

⁹⁷ Lorio K. V., s.321.

⁹⁸ *Augustus* Ankara Anıtı (*Monumentum Ancyranum*), s.81.

⁹⁹ Veyne P. S.31.

diği eşya *quasi dos* olarak kabul edilir; ancak hiç bir zaman tam bir *dos* niteliğine sahip olmazdı¹⁰⁰.

Iustinianus devrinde farklı seviyelerdeki kimselerin evlenmesi kabul edilmeye başlayınca ve eş olabilecek kadınla *concupina* olabilecek kadın arasındaki toplumsal fark giderilince, şerefli toplumsal statüye sahip (*honestae vitae et ingenua*) anadan doğma hür bir kadınla olan ilişkinin evlilik değil *concupinatus* olması için özel bir beyanda bulunma yükümlülüğü getirilince, evlilik kurumu ile *concupinatus* birbirine yaklaşmış ve *concupinatus* 'a evliliğe ilişkin kurallar yüklemek zorunlu hale gelmiştir.

D.25.7.3'de başkasının, özellikle fahişe veya düşük seviyeden bir kadını doğuştan hür bir kadın gibi *concupina* olarak tutmasının mümkün olduğu, fakat erkeğin saygı değer alt yapıya sahip hür doğmuş bir kadını *concupina* olarak almak istemesi durumunda şahitlerin önünde durumu açıklığa kavuşturması gerektiği, belirtilmiştir. Aksi takdirde hür bir kadınla kurulacak birlik bir evlilik olarak sayılacaktır¹⁰¹.

Iustinianus devrinde, efendisi ile *concupinatus* halinde yaşayan hür bir kadını himaye etmek düşüncesiyle, efendinin delirmesi durumunda, kadının *concupina* olarak kalmasının da daha insalcıl olacağı belirtilmektedir¹⁰².

İmparator *Hadrianus* zamanında yaşamış hukukçu *Iulianus*, bir annenin, evlilik içi çocukları yanında evlilik dışı doğan çocuklarının da vârisi olabileceğini kabul etmişti¹⁰³. Daha önce de *Ulpianus* 'a göre, evlilik dışı doğan çocuklar annenin diğer çocukları ile birlikte kanuni varislik talebinde bulunma hakkına sahiptilerdi¹⁰⁴. Bu haklar dördüncü ve beşinci yüzyıllarda da aynen kabul edildi. Ancak evlilik dışı çocukları meşrulaştırmak için muhtemel

¹⁰⁰ Ayiter K., s.13.

¹⁰¹ Berger A., s.402.

¹⁰² D.25.7.2: *Si patronus libertam concubinam habens furere coeperit, in concubinatu eam esse humanius dicitur.*

¹⁰³ Thomas Y., Kadınların Tarihi, Ana Tanrıçadan Hristiyan Azizelere, Roma Hukukunda Cinsiyet Ayırımı, C.I, çev. Ahmet Fethi, İstanbul 2005, s.127.

¹⁰⁴ Thomas Y., s.127.

yöntemleri tanımlamanın yanı sıra, *Iustinianus*'un derlemesi *concupinatus* ilişkisinin sonucu olan bu gayrimeşru çocukların haklarını da genişletmiştir. Böylelikle, bu "doğal çocuklar" babalarından destek talep etme hakkına sahip olmuşlardır. *Iustinianus*, bu çocukların babalarından armağan alma haklarını da genişletmiştir. Babanın yasal çocukları olması durumunda, gayrimeşru çocuğa düşen pay, önceden olduğu gibi yine on ikide birdi. Fakat eğer yasal çocuk yok ve sadece babanın akrabaları varsa, akrabalara *legitima portio* düşerdi ve *concupina* ile onun çocuğu, kalanı alabilirdi. Akrabaları olmadan, baba tüm malvarlığını *concupina*'sına ve çocuğuna bırakabilirdi. Bu özgürlükler ve haklar, ensest ilişkilerden doğan ve annelerinden bile gereken desteği hak etmeyen, diğer gayrimeşru çocukları kapsamıyordu¹⁰⁵.

6. SONUÇ

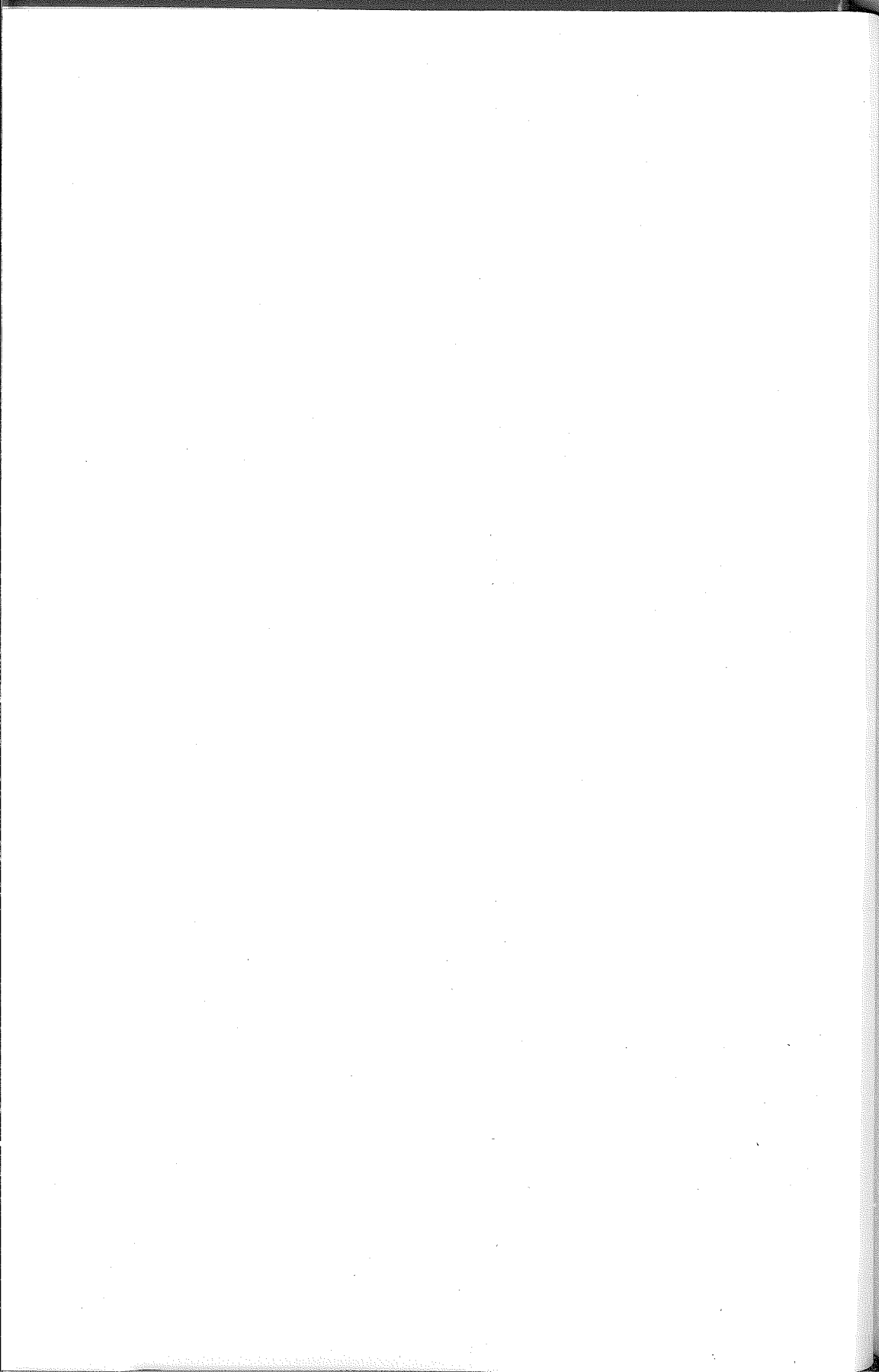
Evlilik dışı beraberliklerin varlığı, Roma uygarlığı boyunca kendisini göstermiş, hatta Roma Hukukunda yukarıda bahsettiğimiz kapsamda hukuki düzenlemelere yer verilmiştir.

Bir taraftan tek eşliliği kabul eden ve aile kurumuna önem veren Roma hukuku, bu kurumu ayrıntısıyla düzenlemiş diğer taraftan da evlilik dışı ilişkilere adeta göz yummuş; *concupinatus* neredeyse evlilik benzeri ilişki olarak nitelendirilmiştir. Toplumun zaman içerisinde özellikle savaşlar nedeniyle değiştiğini ve bu sebeple belli reformların yapılma zorunluluğunun Roma vatandaşlarını hukukten yasaklanmayan bu tür ilişkilere ittiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

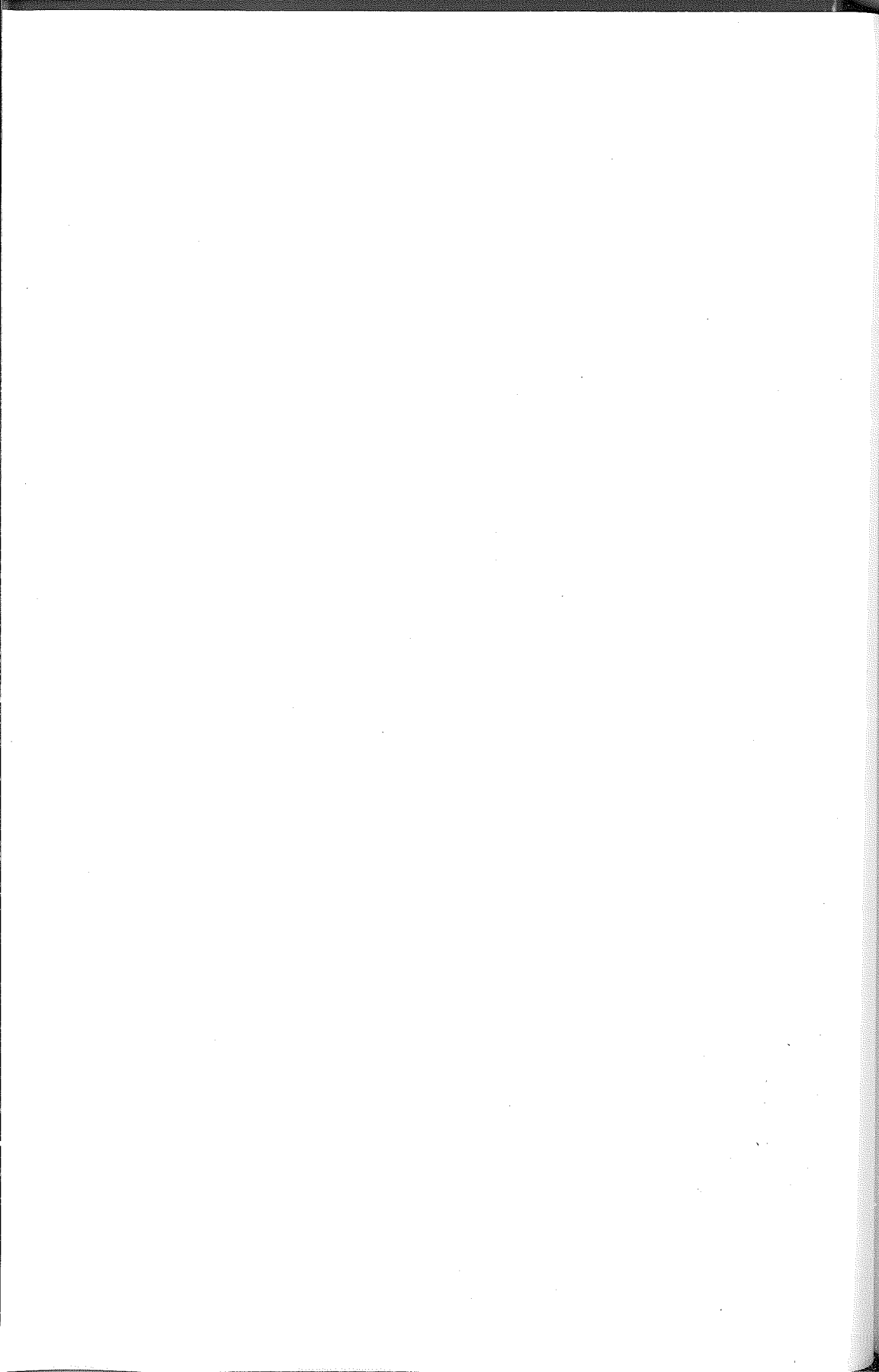
Klasik hukuk devrinde hoşgörü ile yaklaşılan bu fiili kurum özellikle klasik sonrası devirde Hıristiyanlığın kabulü ile birlikte günah olarak nitelendirilmiş, Roma toplumunda sorun halini almıştır. Ancak evlilik ile *concupinatus*'un birbirine yaklaştırılması Hıristiyan imparatorlar tarafından gerçekleştirilmiş ve bu tür bera-

¹⁰⁵ Lorio K. V., s.322.

berliklere, kadın ve çocukların menfaatleri bakımından bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır.



KAMU HUKUKU



SPORDA DOPİNG VE CEZA HUKUKU*

Prof. Dr. Yener ÜNVER**

I. GENEL BİLGİLER

Özellikle fiziki mücadele sporlarında doping kullanımına ilişkin her geçen gün artan haberler, kamuoyunun gündemini oluşturmaktadır. Ancak, genelde konunun hukuksal boyutu ihmal edilmektedir. Diğer yandan, gerçekte bu sorun yakın tarihte ortaya çıkmış bir sorun olmayıp, son zamanlarda sıkça gündeme gelmesi kolaylıkla ve kesin olarak tespiti olanaklarının artmasıdır. Tarihsel olarak M.Ö. 300'lü yıllardaki olimpiyatlarda sporcuların sporda mücadeleyi kazanmak için çeşitli araç ve yöntemleri kullandığı, bu bağlamda çeşitli bitki yapraklarının kullanıldığı da gözlenmiştir. 19. yüzyılda sek içki ve *Alkoloid* karışımından elde edilen içki '*dop*' veya '*doop*' olarak adlandırılırken, ilk kez 1889'da at yarışında bir İngilizce sözlükte *opium* ve *narkotik* karşılığı kullanılan bulunan '*doping*' terimi kullanılmıştır. Doping eylemlerinin Avrupa'da 19. yüzyılın sonunda (1879) ilk kez saptandığı ve o yıllarda bu eylemin bazen ölüm neticesini de sonuçladığı gözlemlenmiştir. 1988'de *Seul*'deki olimpiyatta Kanadalı 100m şampiyonu sporcunun, 1994'de ABD'deki Dünya Şampiyonasında *Dieogo Maradona*'nın, 1998'de *Tour de France* yarışmasında *Festina Timi*'nin, 1992'de Almanya'da 1991 atlama şampiyonu *Katrin*

* Bu çalışma, 28-30 Kasım 2008 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen 1. Dünya Adli Bilimler ve Spor Kongre'sinde sunulmuştur. Literatür araştırmasındaki yardımları için Araş. Gör. İlker Tepe'ye teşekkür ederim.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

Krabbe'nin, 1992 Olimpiyat şampiyonu *Dieter Baumann*'ın doping kullandığının saptanması ve haklarında yaptırım uygulanması yakın tarihteki bazı örneklerdir¹.

Her geçen gün ortaya çıkan doping skandalları insanların spora olan güvenini azaltmaktadır. Devletin ceza hukuku aracı dahil, çeşitli vasıtalarla bu ihlallere müdahalesi gerekmektedir. Spordaki hukuksal değerlerin gerçek korunması ancak bu şekilde olabilir ve/veya iyileştirilebilir. '**Temiz Spor**' için bunu yapmak kaçınılmazdır².

Doping en ağır spor suçudur ve çok yaygın kullanılmaktadır. Doping eylemleri, manipülasyon aracılığıyla haksız rekabete yol açmakta, şans eşitliğini ihlal etmekte, adil sporu zedelemekte, tesadüfi başarıya yol açmakta ve yüksek haksız kazanç sağlamaktadır³. Nitekim bireysel spor yapanlarda da doping kullanılmaktadır. Burada sadece polisiye-adliye tedbirleri yeterli değildir; adliye dışı tedbirler de devreye sokulmalıdır. **Sportif kurallara aykırılık**,

¹ HÖNMANN, Johanna-HERR, Ivonne. Doping., Feststellungsverfahren, Sanktions- und Rechtsschutzmöglichkeiten., Technische Universität Darmstadt, Seminar: Sport und Recht., Darmstadt (03. 01. 2003), sh: 4-5. Ayrıca bkz. PFISTER, Stefan. Dopingbekämpfung: Eine Kurzbetrachtung zur Entwicklung und zum aktuellen Stand., (tarihsiz-internet), sh: 1; RAMMING, Bernd. Verbands- straf- und arbeitsrechtliche Aspekte des Dopings im Berufsfußball., Seminar zum Sportrecht beim Peter W. HEERMANN im WS 2001/2002 (Bayreuth 21. 12. 2002), sh: 3. Doping konusunda bu eserde yararlanıldığı için atıf yapılan kaynaklar dışında, ayrıntılı Türkçe bilgi için özellikle bkz. **Sport ohne Doping** - Argumente und Entscheidungshilfen für junge Sportlerinnen und Sportler und Verantwortliche in deren Umfeld., dsj-Deutsche Sportjugend im deutschen Sportbund e.V., Frankfurt am Main 2004. ve **Doping ve Futbol'da Performans Artırma Yöntemleri**, (Tarihsiz, 439 sahife) (Editör: Prfo. Dr. Turgay Atasü, Editör Yardımcısı: Uzm. Dr. İlker Yücesu).

² MERK, Beate. Gesetzesantrag des Bayerns zu einem Gesetz zur Bekämpfung des Dopings im Sport., (Vorstellung des Gesetzesantrags im Bundesrat am 22 September 2006) München 2006, sh: 4. Ayrıca bkz. JAHN, Matthias. Doping zwischen Selbstgefährdung, Sittenwidrigkeiten und staatlicher Schutzpflicht – Materiell-strafrechtliche Fragen an einen Straftatbestand zur Bekämpfung des eigenverantwortlichen Dopings., Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2006, sy: 2, sh: 57.

³ RÖSSNER, Dieter. Doping und die rechtlichen Konsequenzen in Deutschland., Anti-Doping-Forum Baden-Baden, (tarihsiz-internet), sh: 10.

yüz kızartıcı bir eylem olarak değerlendirilebilir. Kelime anlamı kuvvet-enerji takviyesi anlamına gelmekte ise de, hem olumlu bir şeyi ifade etmek için kullanılmamalıdır hem de dopinge ilgili kural ihlallerini ciddi anlamda caydırıcı ağır cezalar uygulanmalıdır⁴.

Çünkü, günümüzde **doping gayrimeşru para kazanmanın bir metodu, dolandırıcılığın bir biçimi niteliğinde hileli hareket** olarak kabul edilmektedir. Kendisi de eski bir sporcu olan Alman kriminolog *Bannenberg*, paranın kazanılabileceği yerde insanların dolandırıcılık yapılarını oluşturduğunu, yolsuzluk eylemlerinin yapısıyla dopingin yapısı arasında kriminolojik benzerlikler bulunduğunu, genelde sık yapılmakla birlikte sadece münferid vakaların saptandığını, gizlilik ve inkarın bu eylemlerin yapısında bulunduğunu ve spordaki rekabetin adil karakterini bozduğunu belirtmekte ve şimdiye kadarki hukuk kurallarının sorunu çözmeye elverişli olmadığına sabit olması nedeniyle mutlaka ceza hukuku aracılığıyla mücadele edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir. İlaç Kanunu'ndaki hükümlerin yeterli olmadığını, tespit araştırmalarının önemli olduğunu belirten yazara göre, spor, otonom niteliğe sahip olmakla birlikte Devletin sporu bir toplumsal değer olarak kabul ederek koruma ödevini üstlenmesi gerekmekte, sporun bu tür bir yönüyle de ekonomik suçluluk olan doping eylemler açısından bir hukuka uygunluk veya mazeret nedeni olamayacağını ve doping kullanan sporcunun dolandırıcılığın merkezinde bulunmakta, sporun kendine özgü yaptırım sisteminin spor ceza hukuku ile birlikte eşzamanlı olarak mevcudiyeti gerekmekte, spor artık uluslar arası rüşvet eylemleri gibi bir nitelik arz ettiğinden buna göre mücadele edilmeli, bu tür hileli, kara paranın amlandığı, yolsuzluğun ve haksız rekabetin bulunduğu, internetin kullanıldığı, doktorların dopingi gizlediği, gen tekniği manipülasyonlarının yapıldığı, doping saptanan kimselerin genel olarak herkese açıklanması gerektiği ve rutin doping kontrolleri yanında kuşkunun bulunduğu durumda sporcunun

⁴ Doping sorununun özel hukuk açısından derlendirilmesi için bkz. STEINIGEN, Jens. Zivilrechtlicher Aspekten des Dopings aus der Sicht der Spitzensportlers., Berlin 2003.

nun evinin dahi delil elde etmek amacıyla aranmasının olanaklı kılınması gerekmektedir⁵.

Nitekim, 2007 yılında Alman Parlamentosu'na sevk edilen **Sporda Dopingle Mücadelenin İyileştirilmesine Dair Kanun Tasarısı'nın**⁶ Parlamenteoya sevk yazısında, sporun etik ve moral değerleri ile halkın sağlığının korunmasının Federal Hükümetin yükümlülükleri arasında olduğu, dopingin bu değerleri ihlal ettiği, haksız rekabete yol açtığı, kamuoyu ve organizasyonu yanılttığı, sporcuların sağlığına zarar verdiği veya sağlıklarını tehlikeye soktuğu ve sporunun toplum ve bireyler açısından oynaması gereken örnek model olmaya zarar verdiği belirtilmiştir. Bu yazıda ayrıca, doping kullanımının her geçen gün arttığına değinilen bu tasarıda, ayrıca doping maddelerinin internet ortamında suiistimal edildiği ve Devletin bununla mücadele ederek, sporcuları kamusal ceza normları altına alması gerektiği ve hatta başkasına verilmek üzere küçük miktarda doping maddesi bulundurma hareketinin dahi, sadece kişisel kullanım için bulundurulmaması nedeniyle, cezalandırılması gerektiği vurgulanmıştır.

Buna karşılık, **Türk Futbolda Dopingle Mücadele Talimatı**, dopingle mücadelenin nedenlerini, “sporun ve sporunun sağlığının korunması, beden ve moral eğitimin uluslararası anlayış içinde yapılmasını sağlamak ve sporcuların spor ahlak ve dürüstlüğüne yakışır ve spor dalı kurallarına uygun biçimde yarışmalarını sağlamak” olarak ifade etmiştir (m. 1).

Hatta günümüzde, doping eylemi nedeniyle sporcu veya antrenör v.s. gibi teknik adamların değil, aynı zamanda **hekimlerin de mesleklerini icra nedeniyle doping eylemlerinden özel hukuk sorumluluğu ciddi anlamda tartışılmaktadır.** Örneğin Almanya'da

⁵ **BANNENBERG**, Britta. “Ohne strafrechtliches Dopingverbot geht es nicht” (Röportaj)., Frankfurter Allgemeine 03. 03. 2006, sh: 32. Karş. **FLICK**, Christian. Neue-Doping Paragrafen (Röportaj - 17. 02. 2008)., www.kleinezeitung.at (11.11.2008, Saat: 23.55).

⁶ Bkz. Alman Parlamentosu 16. Seçim Periyodu., Federal Hükümet'in “Sporda Dopingle Mücadelenin İyileştirilmesine Dair Kanun Tasarısı” (Drucksache 16/5526., 30. 05. 2007) ve gerekçesi.

konu sadece Alman İlaç Kanunu m. 6a bağlamında değil, hekimlerin mesleklerini icra açısından yükümlü oldukları hususlar ve tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluk ölçütleri çerçevesinde konuya yaklaşılmaktadır. Örneğin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen veya hastaya doping maddesi uygulamasında tıbbi standarda aykırı davranan, hastanın rızası olmaksızın veya rızasına aykırı davranan, tedavi sözleşmesine aykırı davranan sağlık personelinin özel hukuk anlamında maddi ve manevi zararlardan sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmekte ve fakat yalnızca sporunun doping eylemine rıza göstermesi 'birlikte kusur' kabul edilerek, bu sorumluluğun çerçevesi saptanırken dikkate alınmaktadır⁷.

Dopingün tanımı mutlak biçimde yapılamamaktadır. Daha çok belirli maddeler veya yöntemlerin yasaklığına veya bunları içerir bir listeye atıf yapılarak tanımlama yolu seçilmektedir. Bu madde ve yöntemlerin sürekli değişmesi, yeni araç ve yöntemlerin eklenmesi ve daha önce mevcut olanların ise artık doping sayılması nedeniyle, bu kavramın **dinamik bir kavram** olduğu kabul edilmektedir⁸. Doping'in tanımı kanunlarda yapılmamakla birlikte yasaklanan tıbbi maddelerin kullanımı-kullandırılması veya yöntemlerin kullanılmasıdır. Avrupa Konseyi de 1963 tarihinde benzer biçimde tanımlamış ve daha sonra bu tanımın ifade biçimini biraz değiştirmekle birlikte Dopinge Karşı Avrupa Konseyi sözleşmesi'nin 2/1. maddesinde düzenlemiştir⁹.

Türk Futbolda Dopinge Mücadele Talimatı da hem dopinge mücadele kural ihlallerini (m. 5) sayma yöntemiyle saptamış hem de yasaklı maddeler ve yöntemler başlıklı 6. maddesinde WADA, FİFA ve UEFA tarafından her yıl yayınlanan yasaklı lis-

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. STRIEGEL, H-VOLLKOMMER, G-DICKHUTH, H.-H. Die haftungsrechtliche Stiuation des Mediziners beim Doping., Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin, 2000, Nr: 7-8, sh: 267-270.

⁸ PFISTER, Dopingbekämpfung: Eine Kurzbetrachtung zur Entwicklung und zum aktuellen Stand, sh: 2. Ayrıca karş. RAMMING, Verbands- straf- und arbeitsrechtliche Aspekte des Dopings im Berufsfußball, sh: 2-4.

⁹ Bu tanım ve tanımın getirdiği yükümlülükler için bkz. HÖNMMANN-HERR, Doping., Feststellungsverfahren, Sanktions- und Rechtsschutzmöglichkeiten, sh:

teler esas alınarak TFF Doping Mücadele Kurulu'nun doping sayılan madde ve yöntemleri gösterir listenin hazırlayacağını düzenlemiştir. Kurulun bu listede yer alan madde veya yöntemlere ek yapmak veya bu listede bulunan madde veya yöntemleri çıkarmak yetkisi bulunmaktadır. Bu yasaklı listesinde yapılan her değişiklik, tüm kulüplere, ilgili diğer kurum ve kuruluşlara duyurulur.

Bu yeni yöntemlerin yanında doping eylemiyle güdülen amaç yanında, ayrıca, kan dopinginde olduğu gibi gen manipülasyonları veya diğer yöntemlerle sportif gücün artırılması ve doping eyleminin ispatını olanaksızlaştırmak veya güçleştirmek de amaçlanmaktadır¹⁰. Halen doping içeren tüm maddeleri gösteren eksiksiz bir liste bulunmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu listeler sürekli yenilenmekte, değiştirilmekte, ilaveler yapılmakta veya bazı madde veya yöntemler listeden çıkarılmaktadır. Çünkü yeni ilaçlar piyasaya sürüldüğü gibi, yeni yöntemler de oluşturulmakta veya yöntem veya maddelerin kullanıldığının yeni tespitleri söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, IOC ve diğer kurumların düzenleme ve gayretleri, aynı zamanda dopingin tespiti usullerini geliştirmeye yöneliktir¹¹. Bu madde ve yöntemler ulusal listelerle belirlendiği gibi, son zamanlarda ulusalüstü kurumların (örneğin WADA'nın) listesinde belirlenmekte ve zaman zaman bu listeler gözden geçirilerek yenilenmekte ve yeni madde veya yöntemlerin eklenmesi ve/veya bazı madde ve yöntemlerin listeden çıkarılması suretiyle de geliştirilmektedir. Örneğin bu bağlamda, Olimpiyat Komitesi 1994 yılındaki Kural 48 IOC-Oturumu'nda doping sayılan araç ve yön-

¹⁰ LEIPOLD, Klaus. Strafrechtliche Aspekte des Doping., NJW-Spezial 2006, Heft 9, sh: 423. Dopingin sporda gayrimeşru olduğu, sporla bağdaşmadığı, özellikle mücadele sporlarının ruhuna aykırı olduğu, hileye dayandığı ve uluslararası mücadele edilmesi gereken bir sosyal sorun olduğu hususunda bkz. BETTE, Karl-Heinrich. Doping im Leistungsport – zwischen individueller Schuld und kollektiver Verantwortung., Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin, 2008, Nr: 1, sh: 5 vd.; EMRICH, Eike. Doping im Sport aus soziologischer Sicht heute. (internet-tarihsiz), sh: 1 vd.

¹¹ SCHÄNZER, Wilhelm. Dopingkontrollen und aktueller Stand der Nachweismethoden., Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin., 2000, Nr: 7-8, sh: 261. Bu listelerde yer alan önemli maddelerin bileşimi ve madde içeriği olarak yakın ilaçlara ilişkin bilgi için bkz. agm, sh: 261-266.

temleri içerir bir liste oluşturmuştur. 10. 11. 1999'dan beri WADA'nın oluşturduğu listeler ve bu alandaki çalışmaları belirleyici olmuştur¹².

Almanya'da 1952 yılından beri dopingin tanımının yapılması girişimleri olmuş, bu bağlamda ilk olarak Alman Spor Doktorları Birliği'nin 1952 tarihinde bir tanım yaptığı ve keza 1963 yılında da Avrupa Konseyi'nin bir tanım teşebbüsünün olduğu bilinmektedir. Bu tanımlarda asıl vurgulanan kişisel kapasite ve yeteneğin artırılması olgusudur. Nitekim, 1960'lı yıllarda ortaya çıkan doping skandalları nedeniyle Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOK) dopingle Dünya genelinde bir mücadelenin yapılmasını kararlaştırmıştır. 2004 tarihli WADA'nın listesi, birçok araç ve yöntemi doping eylemi saymış, bunun istisnalarını belirtmiş ve uluslar arası işbirliğini kuracak kurumları düzenlemiştir¹³.

Burada aşağıda da değinileceği üzere, uluslararası işbirliği kaçınılmaz olup, esasında yararlı da bir gerekliliktir. **Ancak, önemli olan, sorunun uluslararası işbirliği ve uluslar arası kuruluşların yardımı ile çözme yanında, en az bu çaba kadar ve belki de daha önemlisi her ulusal tarafın bunu iç hukuk normlarıyla çözmesidir**¹⁴. Esasen sözleşmede düzenlenen uluslar arası işbirliğinin gelişip işleyebilmesi için de, hem kanuni düzenleme ve uygulama anlamında hem de diğer önlemler açısından ulusal çözümler zorunlu bir önşarttır. Sözleşmenin ulusal düzenleme ve uygulamaları şart kılması da bunu göstermektedir.

Diğer taraftan, dopingle mücadelenin, sadece uluslar arası sözleşmeler veya direktifler nedeniyle ya da belirli olimpiyat veya uluslar arası müsabakaya katılmanın önşartı olarak kabul edilme-

¹² IOC'un Anti-Doping Kodu'ndaki (m. 2) tanım ile Alman Spor Birliği'nin yaptığı tanım ve açıklaması için bkz. HÖNMANN-HERR, Doping., Feststellungsverfahren, Sanktions- und Rechtsschutzmöglichkeiten, sh: 8-10.

¹³ KAMBER, Matthias-MÜLLER, Bruno-CHRIST, Emanuel R. Doping im Sport – neue Entwicklungen., Schweiz Med Forum 2004, sy: 4, sh: 1088.

¹⁴ ÜNVER, Yener. Ceza Hukuku açısından Sporda Şiddet, Doping, Hukuka Aykırı Teşvik ve Şike., Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007, sh: 541.

sinden önce, Anayasa'nın Devlet'e yüklediği ödevlerin zorunlu bir gereğidir. Anayasa'nın kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığı (m. 17), kişi hürriyeti ve güvenliği (m. 19), sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması (m 56), gençliğin korunması (m. 58) ve sporun geliştirilmesi (m 59) ile ilgili maddeleri, **dopingi de içine alan geniş bir alanda Devlete hukuksal düzenlemeler yapma, yaptırım uygulama ve diğer önleyici tasarruflarda bulunma hukuksal yükümlülüğünü yüklemektedir**¹⁵. Devlet ceza hukuku ve diğer hukuk normları ile yaptırımlar düzenleyerek bireyleri sporda doping kullanımından caydırırken, bir yandan da AİHS ve AY'da bir yükümlülük olarak düzenlenen insan yaşam ve sağlığını korumak görevini yerine getirmek için kanuni düzenlemeler yapmalıdır.

Bu doping teşkil eden eylemler, etik ilkelerle çelişip çatışmaktadır ve Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi birçok maddesinde bu etiğe aykırılığı vurgulamakta ve hatta bu eylemle mücadele için etik eğitimi düzenleyerek, insani değerleri esas alan eğitim programlarının geliştirilmesini ve araştırmaların yapılmasını emretmektedir¹⁶.

Öğretide dopingin yasaklanmasının iki temel nedeni olduğu kabul edilir. Bunlardan *birisi* dopingin sporun ruhuna aykırı olduğu¹⁷, insanların doğal kas güçleri ve zekalarıyla yapması gereken faaliyete dış etkenlerle müdahale edilerek performansın üst seviyeye çıkarılması, doğal olmayan yöntemlerle başarı elde edilmesi spor ahlakına aykırılık oluşturmakta ve hasız rekabete yol açmaktadır. *İkinci* olarak ise, **doping sağlığa zarar verdiği için yasaklanır**. Doping kullanımı kullanan sporcuların sağlığına ciddi zarar vermekte, doping materyali yan etkileri nedeniyle insan vücuduna olumsuz etki etmekte, kalp krizi, kanser, karaciğer fonksi-

¹⁵ Bkz. ÜNVER, Ceza Hukuku açısından Sporda Şiddet, Doping, Hukuka Aykırı Teşvik ve Şike, sh: 541.

¹⁶ Örnek olarak bkz. Sözleşme Giriş Kısmı ve m. 6/1-2.

¹⁷ Alman ve Avrupa hukukunda 'spor' kavramı için bkz. HOLZKE, Frank. Der Begriff Sport im deutschen und im europäischen Recht (Diss.), Köln 2001.

yonları bozukluğu gibi hastalıklara neden olmaktadır¹⁸. Oysa bu iki gerekçe dışında ve en az bu gerekçeler kadar önemli diğer bazı gerekçeler de vardır. Nitekim günümüzde ilaç kanunlarına aykırılık teşkil eden ve başta doping nitelikli hareketler vasıtasıyla gerçekleştirilen eylemlerin çoğu kez suç teşkil ettiği ve bu anlamda bir ilaç suçluğu artışından söz edilebileceği vurgulanmaktadır. Konu güncel suçluluk araştırması bilimsel toplantılarında Alman İlaç Kanunu'nun 6a, 8/1-b.1, 43/1-b.395. paragrafları çerçevesinde tartışılmaktadır.¹⁹ Yukarıdaki iki gerekçeye ilave olarak, *üçüncü gerekçenin*, dopingin hileli yanını da dikkate almak ve mağduru belirsiz sayıda çok kişiye karşı dolandırıcılık suçuna ilişkin tipik eylem benzeri bir davranış olduğu, ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği uygulamada dolandırıcılık olarak cezalandırılmamakla birlikte, bu hileli hareketle izleyici, şans-bahis oyunu oynayan, müsabaka için maddi harcama yapan v.b. kişiler hileli olarak aldatılıp zarara uğratılmakta olduğu söylenebilir²⁰. Yine *dördüncü olarak* dikkat edilmelidir ki, doping maddelerinin bir kısmı uyuşturucu madde içermekte ve bu nedenle uygulamada uyuşturucu maddeler kanunu veya ceza kanunlarının uyuşturucu suçuna ilişkin hükümlerinin de ihlal edildiği ve uyuşturucu maddelerin yol açtığı zarara aynı şekilde yol açtığı görülmektedir. Bu kamu sağlığı ile ilgilidir. Keza dopingi ceza hukuku alanında düzenlemek gerekliliğinin gerekçesini, tıpkı bazı doping malzemelelerinin uyuşturucu madde içermesi²¹ gibi kuvvetli ve *beşinci gerekçe* ise, bu maddelerin kullanımı, alınıp satılması, ithal veya ihracı ya da temisin v.s.nin ilaç hukuku normların ihlal ettiği. Bu etkenlere de dikkat edilmesi gerekmektedir. *Altıncı gerekçe olarak* do-

¹⁸ ÇAĞLAYAN, Ramazan. Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri)., Ankara 2007, sh: 139. Ayrıca bkz. **Rechtsfragen des Dopings**. Einbecker-Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V., in: MedR 2007, sh: 326.

¹⁹ SÜRMAN, Heike. Arzneimittelkriminalität – ein Wachstumsmarkt? Eine explorative Untersuchung aus polozeilicher Sicht., BKA Forum K2 19-20. 06. 2006 in Wiesbaden, sh: 1 vd.

²⁰ Aynı yönde: **Rechtsfragen des Dopings**, sh: 326.

²¹ Bkz. **Rechtsfragen des Dopings**, sh: 326.

ping eylemlerinin haksız rekabete yol açması gösterilebilir²². Özellikle haksız gelir sağlayıcı özelliği nedeniyle ciddi bir haksız rekabet²³ fiilini teşkil etmektedir. Çünkü doping eylemleri fırsat eşitliğini ihlal etmekte ve hem kullanan kimseye başarı kazandırabilmekte hem de kazanabilecek yetenekteki sporcuların başarısız sayılmasına neden olabilmektedir²⁴. **Yedinci gerekçe** olarak, doping sorununun Olimpiyat Şartı'nda UNESCO Spor ve Fiziki Eğitim Uluslar arası Şartında ve Avrupa Konseyi'nin '*herkes için spor*' olarak bilinen (7&) 41 sayılı kararında mündemiç etik ilkeler ve eğitimsel değerleri tehlikeye soktuğu kabul edilebilir²⁵. Çünkü doping sporunun diğer insanlara örnek model olması ve model rol oynaması gerekliliği ile çelişmektedir²⁶. **Sekizinci gerekçe** olarak, spor müsabakalarında adil oyun ilkesi ışığında, usulüne uygun yönetimin sağlanması gerekliliğini zikredebiliriz²⁷.

²² Hatta günümüzde, *sporda bu tür bir haksız rekabet için yeni bir suç tipinin yaratılması gerekip gerekmediği tartışılmaktadır*. Bkz. yaratılması gerekip gerekmediği tartışılmaktadır. Öneriye karşı çıkanlar, bu eylemin cezalandırılmaması gerektiği gerekçesiyle değil, esasen mevcut birçok suç tipinin bu eylemin gerçekleştirilme biçimlerinin çoğunu kapsadığı ve zaten cezalandırdığı, bu düzenlemelere rağmen yeni bir suç tipinin getirilmesinin gereksizliği ve teme ceza hukuku ilkeleri karşısında gereksiz olduğu gerekçelerine dayanmaktadırlar (Öneri ve tartışmalar için bkz. MEHLE, Volkmar. Ein neuer Straftatbestand "Wettbewerbälschung im Sport"?, (internet-tarihsiz) (D37/D23958), sh: 1-16).; JAHN, Doping zwischen Selbstgefährdung, Sittenwidrigkeiten und staatlicher Schutzpflicht, sh: 62.

²³ Bkz. ÜNVER, Ceza Hukuku açısından Sporda Şiddet, Doping, Hukuka Aykırı Teşvik ve Şike, sh: 554. Ayrıca bkz. FRITZWEILER, Rechtsprechung zum Sportrecht in den Jahren 2004 bis 2005, sh: 964 vd. ve FRITZWEILER, Jochen. Rechtsprechung zum Sportrecht in den Jahren 2002 und 2003 ., NJW 2004, Heft 14, sh: 991 vd.

²⁴ HÖNMANN-HERR, Doping., Feststellungsverfahren, Sanktions- und Rechtsschutzmöglichkeiten, sh: 6.

²⁵ (Sözleşme Giriş Kısmı).

²⁶ SÜRMAN, Arzneimittelkriminalität – ein Wachstumsmarkt? Eine explorative Untersuchung aus polozeilicher Sicht, sh: 3.

²⁷ (Sözleşme Giriş Kısmı). Almanya, İspanya ve Avusturya yargı uygulaması ve konunun iş hukuku, sigorta ve sorumluk hukukuna ilişkin gerekçelendirilmesi için bkz. FRITZWEILER, Rechtsprechung zum Sportrecht in den Jahren 2004 bis 2005.

Alman öğretisinde, ceza hukuku alanı açısından oluşturulacak doping suç tipinin koruduğu korumayı amaçladığı hukuksal değerler, bazı yazarlarca, toplum sağlığı ve ilaç ticaretinin güvenliği olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle de, uluslar arası hukuksal değerlerin ulusal kanunkoyucu tarafından ceza normu ile düzenlenmesinin meşruiyeti teorik anlamda tartışılmaktadır. Ancak hukuksal değer kavramına yaşamsal değer, sosyal değer, hukuken benimsenen menfaatler anlamı da veren bu yazarlar, bu değerın içeriğine verdikleri anlam itibariyle kanunkoyucunun doping düzenlemesindeki sınırlarını çizmeye gayret etmektedirler. Ancak belirtelim ki, hukuksal değerın anlam ve içeriği konusu teorik açıdan oldukça tartışmalı olup, farklı yaklaşımlarla kanunkoyucunun bu alanda ceza hukuku normu sevk edebileceği ve hatta bunun Devlet açısından bir görev olduğu, yukarıda belirtilen iki hukuksal değerın bizatihi kendilerinin değil, bunların bireyin kişiliğinin özgürce gelişmesi ve birlikte toplumsal yaşamla ilişkisiyle birlikte anlamlandırılması gerekliliğine işaretle ceza hukuk normlarına yer verilebileceği görüşleri de ileri sürülmüştür. Belirtelim ki, ikinci görüş gittikçe taraftar toplayan bir görüştür. Hatta bu ikinci görüş, belirtilen iki hukuksal değerın, doping eyleminin zarar verdiği veya tehlikeye soktuğu değerler nedeniyle hasız rekabet, seyircilerin dolandırılması, ilaç hukukunun ihlali v.b. ihlalleri düzenleyen normları destekleyen düzenlemelere ihtiyaç olduğu görüşünü savunmaktadır. Konu sadece ceza hukuku açısından hukuksal değerlerin korunması öğretisi bağlamında değil, anayasa hukuku ilkeleri ve güvenceleri bağlamında da tartışmalıdır. Belirtmek gerekir ki, tüm bunlar yanında, bu tür normların gerekliliği yanında, nasıl düzenlendiği de o kadar önemlidir²⁸.

²⁸ Bu görüşler ve gerekçeleri için bkz. GROTZ, Stefan. Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand., Zeitschrift für das Juristische Studium 2008, sy: 3, sh: 243-255. Karş. **Doping-eine unendliche Geschichte** (Stellungnahme) Österreichisches Journal für Sportmedizin, 1999, sy: 4, sh: 33-41.

Ancak, burada belirtelim ki, Türkiye’de yazarların genellikle kabul ettiklerinin²⁹ aksine, **doping yalnızca belirli yasak maddelerin vücuda alınması, vücutta kullanılması** değil, bunun yanında ayrıca, **bu maddelerin alınmasıyla birlikte veya ondan bağımsız olarak belirli yöntemlerin kullanılması da doping eylemi sayılır.** Bu, **doping sayılan yöntemler** genelde Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) ve Dünya Anti-Doping Ajansı (WADA)³⁰ tarafından saptanıp yasaklanır. Nitekim IOC her yılın başlarında doping sayılan madde ve yöntemleri bir liste halinde İngilizce ve Fransızca olarak basılıp yayınlanır. İngilizce ve Fransızca metinler arasında anlam farklılık olursa, İngilizce metin esas alınır.³¹ Gerek uygulamada gerek kanun, tüzük, yönetmelik v.s. düzenlemelerinde buna dikkat edilmelidir³².

²⁹ Bu yazarlar için bkz. ÇAĞLAYAN, Spor Hukuku, sh: 140-141 ve FDMT. m. 4/f. Ancak, az da olsa buna dikkat eden düzenlemeler ve öğretilen bazı yazarlar vardır (bkz. age. sh: 140)

³⁰ Bkz. JANETT, Beatrice Kolvodouris. Kann Doping den Tatbestand des Betrugs erfüllen?., (Diplomarbeit für das MAS Forensics) Luzern 2007, sh: 3.

³¹ Bu tür bir liste ve doping sayılan maddelerin gruplandırılması için örnek olarak bkz. ÇAĞLAYAN, Spor Hukuku, sh: 142-150. Son yıllardaki liste metinleri için bkz. <http://www.tff.org>.

³² “Türkiye Anti-Doping Ajansı’nın kurulmasını öngören tasarı yasalarsa, 1 Şubat 2007’de yürürlüğe giren, henüz imzalamamış olduğumuz, Birleşmiş Milletler Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşme’nin gereklerini yerine getirmeye bir adım daha yaklaşacağız. Şimdi sıra, dopingin bir halk sağlığı sorunu olduğunu kabul etmekte ve Halil Mutlu, Serpil Koçak, Aslı Çakır, Şule Şahbaz, Süreyya Ayhan, Binnaz Uslu gibi sporcuları ve daha nicelerini günah keçisi ilan etmektense, onlara bu maddeleri verenlerin ve arkalarındaki suç örgütlerinin peşine düşmekte. Yetkililer, son üç yılda dopingle mücadelede ciddi adımlar attığımızı, 2003’te doping yapan sporcu oranı yüzde 1.5 iken, 2006 da 0.75’e düştüğünü söylüyor ve bu değerın Avrupa ülkelerinin altında olduğunu belirtiyorlar. Ancak, karşılaştırma yapılırken dikkatli olmak gerek. Bir kere, Avrupa ülkelerinde doping kontrolü yapılanların sayısı, bizimkinin çok üzerinde. (Örneğin; 2006 yılında örnek alınan Türk sporcuların sayısı 3715, Alman sporcuların 8196, İspanyolların 8361). İkincisi, yüzde 0.75 dopingli sporcu bile çok fazla. 2006’da Almanya’daki doping oranı yüzde 0.7 bulunduğunda, federal hükümetin uyuşturucuyla mücadeleden sorumlu milletvekili Sabine Botzing, durumu "korkunç bir sorun" olarak nitelendirmiş ve bu sayı, yürürlükteki dopingle mücadele yasasının sertleştirilerek, 2007 Mart’ında parlamentoya sunulmasına gerekçe oluşturmuştu. Almanya, büyük bir olasılıkla birkaç ay

Nitekim, örneği diğer yıllara ilişkin listeler gibi, WADA'nın 2008 yılı Yasaklılar Listesi Uluslararası Standartları düzenlemesinin 'Yasaklı Yöntemler' başlıklı M1, M2 e M3 maddeleri de, sırasıyla oksijen transferinin artırılması, kimyasal ve fiziksel manipülasyon ve gen dopingi'ni bu yasaklanmış yöntemler olarak düzenlemiştir.

Belirtmek gerekir ki, WADA tarafından oluşturulan ve 2003 yılında Dünya genelinde kabul edilen Dünya Anti Doping Kod'u dopinge mücadele bakımından sadece maddi hukuk alanında değil, bunun yanında yargılama hukuku ve spor mahkemesince yargılanabilirlik açısından da önemli bir dönüm noktasını oluşturmuştur. Örneğin bu gelişim, Almanya'da maddi, yargılama ve spor yargılaması hukukları alanında doğrudan etkili olmuş ve Alman WADA'sı denilebilecek NADA'nın (*Nationale Anti Doping Agentur*) kurulmasına neden olmuştur³³.

Nitekim, Alman Parlamentosu'na 2007 yılında sevk edilen ve o yıl kanunlaşması öngörülen kanun tasarısı sevk yazısında ve gerekçesinde de, dopingin saptanması için kurumlararası yardımlaşma, ceza muhakemesi hukukundaki deli elde etme yöntemleri ile koruma önlemlerinden yararlanılması, disiplin cezalarının ağırlaştırılması yanında, bağlantılı olduğu sürece İlaç Kanunu'nun ilgili hükümlerindeki cezaların da artırılması gerekliliği, çok az miktarda olmamak kaydı ile doping maddesine zilyetliğin suç ola-

içinde, Fransa, İtalya ve İspanya'nın ardından, doping yapanı, teşvik edeni, madde sağlayanı ve kaçakçılarını ceza mahkemelerinde yargılayan bir yasaya kavuşacak. Danimarka, İsveç, Norveç ve Finlandiya yasaları ise, doping maddelerine, neredeyse 10 yıldır, uyuşturucu muamelesi yapıyor." ATASOY, Sevil. Smirötesi örgütlü bir suç Doping'den naklen www.hurriyet.com.tr (08.12.2008, Sa at: 09.00).

³³ WEBER, Christian. Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem World Anti-Doping Code und ihre Umsetzung in Deutschland., SchiedsVZ 2004, Heft 4, sh: 193. Alman mahkemelerinin doping eylemi gerçekleştiren sporcular hakkında verdiği yaptırımlar için bkz. FRITZWEILER, Rechtsprechung zum Sportrecht in den Jahren 2002 und 2003, sh: 990 vd.

rak düzenlenmesi ve doping olarak kullanılmaya elverişli ilaçlarla iştigale uygun hukuksal sonuçların bağlanması önerilmiştir³⁴.

Keza bu bağlamda, Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi'nin 2. maddesinde 'doping' terimi tanımlanırken, kullanılan belirli maddeler yanında, 'doping metodlarının uygulanması'nı da doping eylemi saymış ve aynı çerçevede değerlendirmiştir.

Dikkat etmek gerekir ki, Farmakolojik sınıf doping maddeleri ve doping metodları referans listesi Avrupa Konseyi Anti-Doping sözleşmesi'nin şekli-geçici bir eki değil, mütemmim cüzüdür.

Aynı şekilde doping, sadece belirli maddelerin 'sporcuya verilmesi veya uygulanması'nı değil, bunların bizatihi sporcu tarafından bizatihi kullanılması da doping eylemine vücut verecek, aynı hukuksal sonuçlara yol açacaktır³⁵. Doping eylemini sadece sporcuda belirli madde veya yöntemleri uygulayan sporcu değil, sporcunun rızasıyla veya rızası dışında bu eylemleri sporcu üzerinde gerçekleştiren de doping yapmış olur.

Kaldı ki, Sözleşme'nin Eki olan Referans Listesinin "Yasaklanmış Yöntemler" isimli II numaralı maddesinde, ilaç dışı madde kullanımı (örneğin kan, kırmızı kan hücreleri ve bunlarla ilgili kan ünitelerinin atletlere verilmesi'nin yöntem olarak 'KAN DOPİNGİ' olarak düzenlendiği gözden kaçırılmamalıdır. Burada ülkemizde bu doping şekline uygulamada ve özellikle yapılacak ceza düzenlemelerinde dikkat edilmesi gerektiği gibi, Türk Kızılay'ı yanında kan ürünleriyle iştigal içi özel şirketlere hak-yetki verilmesi, Kızılay yanında belirli nitelikteki şirketlerin de kan ürünleriyle iştigali imkanının düzenlenmesi planlanmaktadır. Bu çok dikkat edilmesi gereken ve suiistimale, özellikle de spor alanında suiistimal edilecek bir alandır. Mutlaka böyle bir tasarrufa gidilecekse, çok ciddi kontrol mekanizması kurulmalı ve uygu-

³⁴ 2007 tarihli Alman Sporda Dopingle Mücadelenin İyileştirilmesine Dair Kanun Tasarısı (Bkz. Drucksache 16/5526., 30. 05. 2007)'nin Parlamentoya sevk yazısı içeriği.

³⁵ Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi m. 1/a.

lanmalı hem de Türkiye'nin de 2003 yılında onaylayarak iç hukuk kaynağı haline getirdiği Avrupa Konseyi'nin Biyotıp Sözleşmesi'nin hücre, embriyonlar, insan vücudu üzerindeki deney, deneme, nakil, üretme ve ticari faaliyete konu etmeye ilişkin düzenlemeleri dikkate alınmalıdır. Her iki Avrupa Konseyi Sözleşmesi birbirini tamamlamakta, birlikte bir bütün halinde Avrupa Hukukunu oluşturmaktadır ve hukuk normu yaratma ve uygulamada her ikisinin de gerekleri gözetilmelidir.

Doping gen manipülasyonları aracılığıyla da yapılmaktadır. *Gen dopingi* diye adlandırılan bu yöntemde, sporcunun genetik yapısı gen tedavisi tıbbi müdahalesiyle değiştirilerek kabiliyeti artırılmaktadır. Bu yöntem yeni olup, şimdiye kadar büyük kapsamlı olarak henüz saptanamamıştır. Bu yöntem Alman Doping Ajansı NADA'nın yasaklanmış araç ve yöntemler listesinde de yer verilmiş olup, mücadele sporlarında yasaklanmıştır. Mücadele yeteneğini *doğrudan etkileyen* maddeyi içeren gen nakli suretiyle yapılan bu dopingin, *dolaylı* doping etkisi de gösterdiği kabul edilmektedir. İnsan vücudunda özellikle mücadele sporlarında vücudun kapasitesini artırabilecek doping amaçlı manipülasyon yapılabilecek 70 gen yapısı bulunmuştur. Almanya'da ilk gen dopingi 2006 yılında bir elektronik posta iletişiminden kaynaklanan kuşku üzerine saptanmış ve *Magdeburger İlk Derece* mahkemesi tarafından İlaç Kanunu'nun ihlaline karar verilmiştir³⁶. Çeşitli riskleri de bulunan bu yöntem, çeşitli gen yapılarına müdahaleyle yapılabilme ve bazen kan tahliliyle saptanabilmekle birlikte her zaman kan tahlili ile saptanması güç olduğu için vücuttaki yabancı (sonradan yerleştirilen) gen yapısına müdahale ve onun tahlili suretiyle ispatlanabilir. Yani, çoğu kez biyopsi yapılması gerekmektedir. Halen bu tür bir testin yapılabilmesi için *Tübingen* Üniversite Kliniği'nde bir yöntem geliştirilmiş ve uygulanmaktadır. Nitekim Dünya Doping Ajansı (WADA) da bu tür incelemelerin yapılabilmesi için sporculardan gen profili alınarak veri ve materyalin muhafaza

³⁶ DONNER, Susanne-JONAS, Bettina. Gendoping., in: Deutscher Bundestag-Wissenschaftlicher Dienste (W Aktuller Begriff), 14. 02. 2007, Nr: 08/07, sh: 1.

edilmesi ve ileride genetik değişiklikler olması halinde münhasıran gen incelemesi yapıp yapılmaması gerekliliğini tartışmaktadır³⁷.

Yöntem olarak doping türleri arasında, *doping tespitini, araştırılmasını engelleme eylemleri de doping yöntemi gibi sayılarak*, yasaklanmış bu davranış modelinin aynı hukuksal yaptırımlarla karşılanması gereği düzenlenmiştir³⁸.

Keza, Sözleşme'nin *Referans Eki*, aynı şekilde *dopingi bizzat gizleme davranışı da yöntem olarak doping türü sayılmış, doping eylemi gibi mücadele edilmesi, yaptırıma bağlanması gereken bir davranış modeli olarak kabul edilmiştir*. Bu davranış türü de, dopingdir ve dopingle mücadelenin engellenmesi bağlamında muhatap kişi ve kurumlara doping eylemi ile ilgili olan düzenlemeleri ve uygulamayı yapmak ödevi yüklemektedir³⁹.

WADA'nın resmi internet sitesindeki haberlere göre, WADA tarafından kabul edilen ve Dünyada 33 adet bulunan doping kontrol merkezlerinden geçen yıl futbolculardan 28.313 numune, atletizm sporcularından 23.500, beyzbol oyuncularından 16.971, bisiklet branşında 16.462, yüzme alanında 12.550 ve güreşte ise 3. 907 numune alınmıştır. 2007 yılında en çok numune alınan merkez ABD'nin Los Angeles (38.350), ikinci olarak Kanada'nın Montreal (15.094) ve üçüncü sırada ise Almanya'nın Köln şehrindeki (13.313) merkezden numune alınmıştır. Futbol'da doping alma oranı diğer sporlara karşı düşük orandadır.

Türkiye'de WADA tarafından kabul edilen tek merkez olan Ankara'daki Hacettepe Üniversitesi bünyesindeki Türkiye Doping Kontrol Merkezi (TDKM) ise 2007 yılında 3.430 numuneyi analiz etmiştir. Bu analiz yapma sayısı, Roma'da 10.903, ABD'deki Salt Lake City'de 10.439 ve Pekin'de ise 10.202'dir.

Doping'de en fazla kullanılan maddelerin *anabolik steroidler* olduğu görülmektedir. Bu maddeler kas kitlesini artırıp kuvvette artışa yol açtığı için öncelikle tercih edilmektedir. 2007 WADA

³⁷ Bkz. DONNER-JONAS, Gendoping, sh: 2.

³⁸ Sözleşme, Referans Listesi, m. II/2, cümle: 1.

³⁹ Sözleşme, Referans Listesi, m. II/2, cümle: 2.

istatistiklerine göre, doping için alınan maddeler, %47.9 oranında *anabolik steroidler*, %16.4 oranıyla 2. sırada birer uyarıcı olan ve merkezi sinir sistemini uyaran, yorgunluğu geciktiren ve enerji artıran özelliğe sahip *stimulanlar* ve 3. sırada ise %11.9 oranıyla morfin ve esrar türevleri olan ve ağrı giderici türeve sahip, stres, heyecan ve gerilimi yok etmek veya azaltmak için kullanılan *cannabionidler* bulunmaktadır.

Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesine taraf devletlerin doping eylemleriyle ortak mücadele etmeleri, gerek önleme gerek tespit gerek cezalandırma açısından işbirliği yapmaları gerekmektedir⁴⁰.

Burada, sadece devletler/ülkeler uluslar arası düzeyde değil, ulusal bazda da kamusal organlar ile gönüllü spor kuruluşları da dopinge mücadelede birbirini tamamlayıcı sorumluluğa sahiptirler⁴¹. Bu makam ve kuruluşların uluslararası⁴² işbirliği yanında, ayrıca her düzeyde işbirliği yapmaları gerekmektedir. Dopinge ilgili düzenlemeler uluslar arası hukuk düzenlemeleri olup, burada sadece AY'nın 90. maddesine atıfla yetinilmemelidir. Mutlaka kanuni düzenlemelerle gerek ceza hukuku gerek disiplin hukuku suçları ve yaptırımları gerekse bu eylem biçimleriyle mücadele için gerekli ulusal kurumlar kurulmalı ve uluslar arası kurumlar ve diğer devletlerle işbirliği yapılmalıdır.

Dopinge mücadelede Sözleşmede belirtilen etik değerler ve pratik önlemlerin ışığında, doping kullanımının azaltılması ve sonuçta ortadan kaldırılması için daha ileri düzeyde ve güçlü bir işbirliği gereklidir. Sözleşme bunun için taraf devletlere mevzuatlarını değiştirme, uygulamada kolaylık ve işbirliği sağlama, uygulamanın denetimi için ulusal bir muhatap kurum oluşturma, uluslararası adli yardım ve yargı mekanizmaları ile doping nedeniyle uygulanan hak mahrumiyeti yaptırımının diğer ülkelerce de tanınip uygulanması yükümlülüklerini yüklemiştir. Bu işbirliğinin yalnızca

⁴⁰ Sözleşme m. 7.

⁴¹ Bkz. Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi Giriş Kısmı.

⁴² Sözleşme m. 8.

uluslar arası bağlamda değil, çeşitli makam ve kişiler vasıtasıyla ulusal düzeyde de olması gerekmektedir. Örneğin bu açıdan Almanya'da federe devlet polis kurumları, federal adli polis, gümrük kurumları, spor kurum ve kuruluşları ile ilaç firmalarının işbirliğinin zorunlu olduğu önemle vurgulanmaktadır⁴³. Çünkü doping vasıtası maddeler yurtdışından kolaylıkla temin edilerek ülkeye sokulmakta ve ciddi bir illegal Pazar oluşturmaktadır.

WADA Kod'unun oluşturulmasını temel amacı, doping ile mücadeleyi dünya genelinde bir işbirliğine dönüştürmek, konuya ilişkin uluslar arası bir standart oluşturmak, ispat ve yaptırım sorunlarını önemli ölçüde ve müşterek esaslara bağlı çözümlenmek ve çözümler açısından ülkeler arasında bir uyumu ve işbirliğini oluşturmak olmuştur⁴⁴. Doping ile mücadele 1960'lı yıllardan beri her yıl yenilenen yasak madde ve yöntemleri içerir bir liste ile yapılırken, 1 Ocak 2004 tarihinde WADA'nın yeni listesi oluşturulmuştur. Ancak, bu listede yasaklanan maddelerin bazılarının bazı hastalıkların tedavisinde kullanıldığı göz ardı edilmemelidir⁴⁵.

Günümüzde yapılan istatistikî çalışmalar da, doping araç ve yöntemlerinin sporcular arasında kullanma sıklığının arttığı, sporcuların günlük yaşamlarındaki konuşmalarda çok sık sözünün edildiğini, doping ile mücadelenin ciddi önlemler alınması gereken boyuta ulaştığını, doping kullanımı sonrasında patolojik değişikliklerin gözlemlendiği, spor tıbbi ile iştigal edenlerin dopingin kötüye kullanımının ciddi boyutlara ulaştığını kabul ettiği, bütün bunlarla birlikte bu alanda önemli bir bilgi eksikliğinin bulunduğunu ve acilen bu bilgi eksikliğinin giderilmesi gerektiğini göstermektedir⁴⁶.

⁴³ SÜRMAN, Arzneimittelkriminalität – ein Wachstumsmarkt? Eine explorative Untersuchung aus polozeilicher Sicht, sh: 22 ve 23.

⁴⁴ WEBER, Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem World Anti-Doping Code und ihre Umsetzung in Deutschland, sh: 194.

⁴⁵ Bkz. KAMBER-MÜLLER-CHRIST, Doping im Sport – neue Entwicklungen, sh: 1081 vd.

⁴⁶ Bkz. PETERS, C-SELG, PJ-SCHULZ, T-PABST, H-MICHNA, H. Die Dopingproblematik aus Sicht des Sportmediziners: Erfahrungen von deutschen

Bu alandaki en önemli sorun ise, **doping eyleminin ispatı sorunu** olup, yargı organlarının uygulamalarında ciddi ispat sorunlarıyla karşılaşmaktadır⁴⁷.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Bu konudaki önemli uluslararası düzenlemeler **Avrupa Konseyi'nin 1989 tarihli Anti-Doping Sözleşmesi**, yine **Avrupa Konseyinin konuya ilişkin direktifleri** ve **UNESCO'nun 33. Genel Kurul Konferansı Genel Kurulu'nun 19 Ekim 2005 tarihli oturumunda kabul edilen 'Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşme'** düzenlemesidir.

Türkiye, 16. 1. 1989 tarihli Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi'ni 22. 11. 1993 tarihinde imzalamış ve daha sonra da 1. 1. 1994 tarihinde onaylayarak yürürlüğe sokmuştur. Bu çalışmanın ilgili yerlerinde bu Sözleşme hükümlerinden söz edilecektir.

Bu Sözleşmenin kabulü öncesinde, İsviçre'nin Lozan Kantonu'nda düzenlenen *Sporda Dopning Dünya Kongresi'nde, 04 Şubat 1999 tarihli Lozan Sporda Dopning Bildirgesi* kabul edilmiş ve bu Bildirge'de sporcuların ve genel olarak gençliğin sağlığını tehdit eden doping uygulamalarının sporun ruhuna ve tıbbi etik kavramına aykırı olduğu, Olimpik Hareket tarafından oluşturulan kural-ların ihlaline yol açtığı ve sporda dopinge karşı yapılan mücadele-nin, Olimpik Hareket ve dünyadaki tüm diğer spor organizasyonla-rını, hükümetleri, hükümetler arası ve dışı kuruluşları, dünyadaki tüm sporcuları ve yakın çevresini ilgilendirdiği belirtilerek, belirli temel konularda düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin konularını, Eğitim, dopingin önlenmesi ve sporcuların hakları, Do-pingle Mücadelede Olimpik Hareket İlkeleri, Cezalar, Uluslararası

Verbandärzten und bayerischen Sportmedizinern., Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin, 2007, Nr: 6, sh: 160 vd.

⁴⁷ Bu konuda Alman mahkemeleri ve CAS'ın uygulamaları için bkz. **FRITZWEILER**, Jochen. Rechtsprechung zum Sportrecht in den Jahren 2004 bis 2005., NJW 2006 Heft 14, sh: 961 vd. ve **FRITZWEILER**, Rechtsprechung zum Sportrecht in den Jahren 2002 und 2003, sh: 990 vd.

Dopingle Mücadele Ajansı, Uluslararası Olimpiyat Komitesi, Uluslararası Spor Federasyonları, Ulusal Olimpiyat Komitelerinin ve Spor Yüksek Mahkemesi'nin Sorumlulukları, Olimpik Hareket ve kamu oyu ile olan işbirliği şeklinde özetleyebiliriz.

Daha sonra 09-10/12/2002 tarihinde Moskova'da gerçekleştirilen 5. uluslararası Hükümetler Arası Sporda Dopingle Mücadele İnceleme Gurubu Toplantısı'na 52 ülkeden toplam 150 katılımcı olmuş ve bu toplantıda, WADA'ya katkı, doping kontrol merkezlerinin önemi ve bunlara yapılması gereken katkı, beslenme ürünleriyle doping yapılması ve spor salonlarında gençlerin dopinge alıştırılması ile ilgili onular değerlendirilmiştir. Bu toplantıdaki ilgili devlet spor bakanlarının imzalamasıyla '**Moskova Sporda Dopingle Mücadele Ortak Prensipler Bildirgesi**' deklare edilmiştir⁴⁸. Bu bildirgede özetle, dopingle mücadelede uluslararası işbirliğinin yapılması ve hükümetlerin bu konuda karşılıklı yardımlaşması gerekliliği, Dünya Dopingle Mücadele Ajansı'nın tanınması ile WADA'ya mali yardım desteğinin sağlanması ve bunun nasıl yapılması gerektiğine ilişkin ilkelere yer verilmiştir.

Daha sonra 3-5 Mart 2003 tarihinde **Sporda Dopingle Mücadele Kopenhag Bildirgesi** kabul edilmiştir⁴⁹. Bu Bildirge'de, sporun, sağlığın korunmasında, moral ve temel eğitimde ve uluslararası anlayışı özendirici etkisinin bilincinde olarak;ne değinilmiş, doping ile sporun değerinin düşürüldüğü belirtilmiş, sporcular tarafından doping maddeleri ve yöntemlerinin kullanılmasının sporun geleceğini olumsuz etkilediği, ulusal ve uluslararası spor organizasyonları ile kamu oyununun ve spor organizasyonlarının sporda dopingle mücadelede ortak sorumluluk üstlenmeleri gerektiği vurgulanmış, Dünya Dopingle Mücadele Kurulunun idaresi ve bütçesine olan katkıların, Avrupa Konseyi Dopingle Mücadele Bildirgesi (ETS 135) in ve ek protokolünün geliştirilmesi ve uygulanması konusunda, işbirliği ile dopingle mücadelede hükümetler arası iş-

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.tdkm.hacettepe.edu.tr> (01. 11. 2008, Saat: 23.40).

⁴⁹ Bildirgenin metni için bkz. <http://www.tdkm.hacettepe.edu.tr> (01. 11. 2008, Saat: 23.45).

birliğinin kurulmasında uluslararası hükümetler arası Sporda Dopingle Mücadelede Danışma Grubu'nun oluşturulması ve ulusal dopingle mücadele programlarının yerleştirilmesini n gerekliliğine işaret edilmiş, özellikle de 9-10 Ocak 2003 de Paris'te yapılan Beden Eğitimi ve Spor Bakanları ve resmi görevlilerinin katıldığı UNESCO yuvarlak masa toplantısı sonuç bildirgesini tanıyarak ve Dopinge Karşı Avrupa Konseyi Dopingle Mücadele Bildirgesine dayanarak uluslararası yapılan çalışmaları hızlandırarak, eğer mümkün olursa 2004 Yaz Olimpiyatlarından önce tanınmasının sağlanması ve 2006 Kış Olimpiyatlarından önce de uygulanmasının sağlanmasını gerçekleştirerek ve Sporda dopingin azaltılması ve sonunda ortadan kaldırılmasını amaçlayarak daha ileri ve kuvvetli bir işbirliğini sağlamak hedeflerine açık vurgu yapılmıştır⁵⁰. Bu Bildirge'nin amacı, Dünya Dopingle Mücadele Ajansını (WADA) tanımak ve desteklemek; Sporda Doping Dünya konferansında WADA kurucular kurulunca uyarlanan Dünya Dopingle Mücadele Yönetmeliğini desteklemek; Sporda Dopingle Mücadele politika ve pratiklerinin uyum çalışmalarında işbirliğini uluslararası ve hükümetler arası etkin kılmak ve Turin Kış Olimpiyat Oyunlarının ilk gününden önce uygulamaya girmek üzere her hükümetin yapısal ve idari kuruluşu uygun olan ve aşağıda belirtilen 3-8 maddelerinde değinilen konularda zamana dayanan işlemleri desteklemek (m. 2) şeklinde düzenlenmiştir.

Nihayet son olarak, **Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO)**'nün 3-21 Ekim 2005 tarihlerinde yapılan 33 üncü Genel Konferansı esnasında 19 Ekim 2005 tarihinde oybirliğiyle **Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşme** kabul edilmiştir. *Amacı*, '**UNESCO'nun beden eğitimi ve spor alanında faaliyetlerinin program ve stratejisi çerçevesinde, sporda dopingin yok edilmesine yönelik dopingle mücadeleye ve önlenmesine katkı sağlamak**' olan (m. 1) bu Sözleşme, sporda dopingin önlenmesi konusunda evrensel ve bağlayıcı ilk hukuki belge olması bakımından önem taşımaktadır ve ülkelerin anti-doping konusunda yürüttükleri çalışmaları uyumlu hale getirmek ve

⁵⁰ Bkz. Bildirge Dibase Kısmı.

hukuki bir çerçeve oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır. Türkiye bu Sözleşmeye 2007 yılının en son günlerinde katılmıştır⁵¹. Bu Sözleşmeyle taraf Devletler, Sözleşmenin amacına ulaşmasını sağlamak için, ulusal ve uluslararası düzeyde Sözleşme ilkelerine uygun tedbirleri onaylamak; sporcu ve spor etiğini korumak ve araştırma sonuçlarını paylaşmak adına her türlü uluslararası işbirliğini teşvik etmek ve sporda dopinge karşı mücadelede, özellikle Dünya Anti-doping Ajansı ile beraber, taraf Devletler ve önde gelen kurumlar arasında uluslararası işbirliğinin gelişmesini desteklemek yükümlülüklerini üstlenmişlerdir. Sözleşme ayrıca, ulusal düzeyde anti-doping faaliyetleri, Uluslararası işbirliği, Eğitim ve öğretim ve Sözleşmenin uygulanmasının takibi gibi konularda ayrıntılı düzenlemeler ve hukuksal yükümlülükleri düzenlemiştir.

Karşılaştırmalı hukukta, konuyu **Ceza Kanunlarında** düzenleyen ülkeler olduğu gibi, bu alanı **ceza hukuku dışında tutan ve disiplin hukuku ile çözümlenmeye çalışan** ülkeler ve **keza yan ceza hukuku normları** ile düzenleyen ülkeler de vardır⁵²:

1) Bazı ülkeler, dopingi, disiplin hukuku kuralları yanında **ayrıca ceza hukuku normları** ile düzenlemişlerdir. Bunlara örnek olarak **İtalya, Fransa, İsveç ve Hollanda**'yı verebiliriz.

Keza bu konuda **Çek Ceza Kanunu**, 18 yaşından küçük kimselere yönelik doping maddesi verilmesini (yüksek miktarda anabolia veya anaboli etkisi gösteren başka bir maddeyi) vermeyi 1993 yılında CK'nun 218a paragrafında suç olarak düzenlemiştir.

⁵¹ Bkz. 10. 12. 2007 tarih ve 5721 sayılı *Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*.

⁵² Sözleşme'nin 4. maddesinin cezai karakterli kanuni önlemler alınmasını gerektirip gerektirmediği doktrinde farklı görüşlere neden olmuştur (Bkz. KOCH, Hans-Georg. Karşılaştırmalı Hukuk açısından Dopingden Kaynaklanan Ceza ve İlaç Hukuku Sorunları (Çev.: Yener ÜNVER)., Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – Spor ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, sh: 15 vd). **Danimarka, Almanya, Fransa, İtalya, Norveç, Avusturya, İsveç, İsviçre ve ABD**'deki doping kullanımının sınırlandırılması, spor dolandırıcılığına ilişkin kanuni düzenlemeler, cezalandırılan miktarlar ve değerlendirilmesi için bkz. **KAMBER, Mattihas. Dopingregelung: Rechtsvergleichung.**, 07. 08. 2005 (www.dopinginfo.ch) (11. 11. 2008, Saat: 24.00).

Çek Ceza Kanunu'nun doping suçunu sadece anabolia veya anaboli etkisi gösteren diğer maddelere ilişkin düzenlerken, **İsveç Ceza Kanunu**, 4 farklı kimyasal maddeyi içerecek şekilde düzenlemiştir. Bunlar, anabol steroide, testosteron ve onun türevleri, geliştirme hormonları ve bu son zikredilen iki tür maddenin üretimi veya ayrıştırılmasını artıran kimyasal maddelerdir⁵³.

2) Bazı ülkeler ise konuyu henüz ceza hukuku alanında düzenlememiş, bu alana ilişkin olarak sadece disiplin hukuku kuralları sevk etmişlerdir. Bunlara örnek olarak ise, **İngiltere**, **Mısır**, **İran** ve **Türkiye** verilebilir.

3) **Federal Almanya**'da sıklıkla rastlanan doping skandalı eylemlerinin spora olan güveni azalttığı, doping kullanımının yalnızca sporcunun sağlığını tehlikeye sokup zarar vermekle kalmadığı, aynı zamanda (Al. CK.nun 263. paragrafından ayrık olarak) seyirciyi, sporcuları, devlet organizasyonunu ve diğer süljelerin haklarını ihlal eden birer dolandırıcılık eylemleri niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁵⁴.

Halen **Federal Almanya**'da Anti-Doping Kanunu biçiminde özel bir kanun çıkarılması öğretide ciddi tartışmalara konu olmakta ve buna ilişkin ciddi ve çok sayıda bilisel yayın yapılmaktadır. *AncaK dikkat edilmelidir ki, Almanya'da bu tür bir özel düzenlemenin yapıluncaya kadar, doping eylemlerinden bazıları mer'i ceza kanunu ve yan kanunlardaki hükümler kapsamında değerlendirilmiştir. Kaldı ki, doping eylemlerinden bazılarına ilişkin olarak alman yan mevzuatında özel suç tipleri de vardır. Örneğin Al. CK'nun 223 vd. ve 263. paragrafları, Alman İlaç kanunu'nun 6a ve 95. paragrafları⁵⁵, Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nun 3.*

⁵³ KOCH, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Dopingden Kaynaklanan Ceza ve İlaç Hukuku Sorunları, sh: 18.

⁵⁴ BACH, Thomas. Bekämpfung des Doping mittels eines Anti-Doping-Gesetzes? ZRP 2006 Heft 7, sh: 239. Ayrıca bkz.: PARZELLER, M. Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes bei Doping., Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin, 2001, Nr: 5, sh: 162 vd.

⁵⁵ Her üç suç tipiyle ilgili olarak doping eyleminin değerlendirilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. RÖSSNER, Dieter. Die strafrechtliche Kontrolle des Dopingsverbot im deutschen Sport -Bestandsaufnahme und Reformbedarf-, sh:

ve 29. paragrafları ve Hayvanların Korunması Kanunu'nun 3/Nr: 1b paragrafı doping eylemleriyle ilgili doğrudan düzenlemelerdir⁵⁶. Belirtelim ki, Alman İlaç Kanunu m. 6a'daki düzenlemede, Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi'nin Ekindeki listeye atıf yapılarak düzenleme yapılmıştır⁵⁷. Keza **Alman İlaç Kanunu'nun 95. maddesi**, doping amaçlı ilaç teminini, reçetesinin yazılmasını veya başkasına kullandırılmasını suç olarak düzenlemekte ve "özellikle ağır olaylar" söz konusu olursa (ölüm tehlikesi, sağlık veya vücutta ağır zarar oluşması, yüksek miktarda haksız kazanç sağlanması veya 18 yaşından küçük kimselere verilmesi veya bunlarda kullanılması) halinde **1 yıldan 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörmüştür**. Nitekim İsviçre Mahkemesi "Risk" isimli bir yarışma programında hile yapıldığı ve önceden cevaplar konusunda bilgilendirilen bir kimsenin yarıştırdığı olayla ilgili davada dolandırıcılık suçundan mahkumiyet kararı vermiştir. Ancak bu karar ve mantığını her doping eylemine uygulayabilmek olanaksızdır⁵⁸. **Alman İlaç Kanunu'nda 07. 09. 1998**

1-16 (http://www.juergenwalter.de/veranstaltungen/doping_prof_roessner.pdf) (13. 11. 2008, Saat: 12.00).

⁵⁶ Bu tartışmalar için bkz. ÜNVER, Ceza Hukuku açısından Sporda Şiddet, Doping, Hukuka Aykırı Teşvik ve Şike, sh: 543 ve sh: 542-543, dipnotlar: 19, 20 ve 21'de atıf yapılan kaynaklar. Bu ceza normlarına ilişkin değerlendirmeler ve bu eylemler hakkında CMK'ndaki gizli koruma tedbirlerinin uygulanmasına yönelik talepler hakkında bkz. LEIPOLD, Strafrechtliche Aspekte des Doping, sh: 423. Karş. PARZELLER, Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes bei Doping, sh: 166 ve JAHN, Doping zwischen Selbstgefährdung, Sittenwidrigkeiten und staatlicher Schutzpflicht, sh: 57.; RÖSSNER, Die strafrechtliche Kontrolle des Dopingsverbot im deutschen Sport, sh: 20-24.

⁵⁷ Fransa ve (Tasarı halindeki) İsviçre düzenlemesi de bu yöntemi seçmiştir (Bkz. KOCH, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Dopingden Kaynaklanan Ceza ve İlaç Hukuku Sorunları, sh: 18-19).

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. REHBERG, Jörg-FLACHSMANN, Stefan. İsviçre Ceza Hukukuna Göre "Doping" in Dolandırıcılık Olarak Cezalandırılabilirliği (Çev.: Yener ÜNVER)., Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – Spor ve Ceza Hukuku., Ankara 2004, sh: 30 vd. ve 38-39. Bu eylemler hakkında. Al. CK'nun dolandırıcılık suçuna ilişkin hükmünü uygulamanın olanaklı olup olmadığı öğretide tartışmalı olup, mevcut haliyle suç tipinin ihlal edildiğinin güç olduğu öğretide genel kabul gören görüştür. Bu nedenle yeni bir dolandırıcılık suç tipinin düzenlenmesi önerilmekte ise de, konu tartışmalıdır (Bkz. LEIPOLD, Strafrechtliche Aspekte des Doping, sh: 424). Ayrıca bkz.

tarihinde yapılan 8. kanun değişikliği ile getirilen hükümler uyarınca, her ne kadar doping maddesinin bir kimse tarafından bizzat alımı/kullanımı suç değil ise de, bu maddelerin hekimlerce hastalara reçeteye yazılması veya başka amaçla kullanımı gibi, 18 yaşından küçük kimselere verilmesi v.s. ise suç teşkil etmektedir⁵⁹. Kaldı ki, Alman öğretisinde, doping eyleminin gerçekleştirilme biçimine göre, evrakta sahtecilik suçlarına ilişkin Alman CK'nun hükümlerinin de uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁰.

Gerçekte, Alman CK.nun kasten müessir fiil (prg 223 vd.) ve dolandırıcılık⁶¹ (prg. 263) suç tipleriyle İlaç Kanunu ve Uyuşturucu Maddeler Kanunu⁶² hükümlerini ihlal eden eylemler haricinde, doping eylemleri cezalandırılmamaktadır. Bu suçlara ilişkin uygulamada ise, ilgilinin rızası, üçüncü kişilerin yanıltılması, organizatör, masör, doktor, seyirciler ve eylemleri birlikte gerçekleştirenlerin hukuksal durumu açısından hukuksal sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, **cüzi miktarı aşacak kadar bu maddelere zilyetliğin cezalandırılması, bu maddelerle işgalin organize şeklinin ilgili suçun nitelikli halini oluşturacak düzenleme yapılması, infaz hukuku mevzuatı ve uygulamasında bu eylemlere ilişkin düzenleme getirilmesi önerilmiştir.** Bu eylemlerin sporda haksız rekabet suçu şeklinde bağımsız bir suç şeklinde düzenlen-

HAUPTMANN, Markus- RÜBENSTAHL, Markus. Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda - insbesondere gemessen am "Cannabis-Urteil" des BVerfG., <http://www.hrr-straftrecht.de> (12. 11. 2008, Saat: 12.00). Karş.: RÖSSNER, Dieter. Kampf gegen Sportbetrug Verbandsgeschäft oder Staatsaufgabe., <http://www.isla-int.com> (14.11. 2008, Saat: 14.40).

⁵⁹ LEIPOLD, Strafrechtliche Aspekte des Doping, sh: 423.

⁶⁰ Bkz. RÖSSNER, Die strafrechtliche Kontrolle des Dopingsverbot im deutschen Sport, sh: 17-20.

⁶¹ Bkz. RAMMING, Verbands- straf- und arbeitsrechtliche Aspekte des Dopings im Berufsfußball, sh: 15 ve 16.

⁶² Karş. RAMMING, Verbands- straf- und arbeitsrechtliche Aspekte des Dopings im Berufsfußball, sh: 9 ve 22.

mesi önerisi üzerinde, aşağıda da değinileceği üzere, bir görüş birliğine ulaşamamıştır⁶³.

Bununla birlikte, **dopingle mücadelede arzulanan başarının sağlanamamasının nedenleri arasında**, kanuni düzenleme eksiklikleri yanında, yaptırımların infazındaki eksiklik ve hatalar ile spor alanına yönelik öğretilerdeki bakış açısı da etkili olmuştur. Çünkü, Almanya'da uzun yıllar spor alanındaki süjelerin eylemlerinin suç haline getirilmemesi gerektiği düşüncesinin genel kabul görmüştür. Ancak bugün, spor demek, birlik, kurum v.s.'nin yanında, Devletin de hukuk aracı ile bu alana müdahale etmesi gerektiği, Devletin bu alanı desteklemesi yanında hukuka aykırılıklara da gerçek bir müdahalesinin düzenlenmesi gerektiği ve bu bağlamda özellikle doping kullanımında sporunun hep veya yalnızca mağdur olarak görülmemesi, aksine eylemi ciddi bir haksızlığa yol açan fail olarak görülmesi gerektiği düşüncesi benimsenmeye başlamıştır. Bu görüşe göre, mevcut kanunlara doping ile ilgili madde eklenmesi veya özel bir kanun yapılması gerekmele birlikte, bundan daha önemlisi yargılama hukuku kuralları olup, yapılacak yeni düzenlemelerle doping iddialarının/kuşkusunun güvenilir ve çabuk bir biçimde aydınlatılmasının sağlanması, halen günlük yaşamda sıkça rastlanan *anabolik steroidlerin* vücut geliştirme salonları veya spor salonlarında kullanımı davranışlarının önlenmesi, doping metodlarıyla mücadele yanında, doping maddelerinin (araçlarının) bulundurulması, sağlanması, kullanımı, ticareti v.s.'nin önlenmesini sağlayacak maddi ceza hukuku normlarının düzenlenmesi ve bunlara dayalı olarak gerçekleştirilmesi gereken disiplin yargılamaları yanında teknik anlamıyla ceza hukuku yaptırımı uygulamasının da olanaklı kılınması gerektiği düşüncesi kabul edilmektedir. Bununla birlikte, özellikle atletlerin doping kullanımı eylemlerinin hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasının mı yoksa bunun yerine başka etkili bir yaptırımın mı uygulanması gerektiği hususu,

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KESTLER, Josef-ELFRING, Klaus-FRANK, Michael. Strafbarkeit von Doping., Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste (W Aktueller Begriff) (15. 08. 2006, Nr: 33/06), sh: 1 ve 2.; JAHN, Doping zwischen Selbstgefährdung, Sittenwidrigkeiten und staatlicher Schutzpflicht, sh: 58.

karşılaştırmalı hukuk düzenleme ve uygulamaları da dikkate alınarak tartışılmakta ve örneğin hapis cezasına münhasıran atletler açısından kuşkuyla yaklaşılmaktadır. Ancak kesin olan şey, hukukçuların bu alana ceza kanunu veya uyuşturucu maddeler kanunu veyahut özel kanun ve/veya ilaç kanunu aracılığıyla mutlaka devletin müdahale edilmesi, spor kurum ve kuruluşlarıyla devletin bu alanda işbirliğinin zorunlu olduğu ve bu mücadelede bilgilendirmenin de önemli bir rol oynayacağı görüşünün öğretilde kabul gördüğüdür⁶⁴.

Ciddi eleştirilere rağmen yine de, Almanya'da, kanunkoyucunun zamanında müdahale ederek dopinge mücadele açısından kanuni düzenlemelere gittiği, en azından yüksek oranda güç ve kuvveti gerektiren spor türleri açısından konuya erken vakte duyarlılık gösterdiği, Avrupa Konseyinin Sözleşmesi'ni kabullenenden sonra Konsey'in 1989 tarihli direktifini dikkate aldığı ve 1994 tarihli bir ulusal düzenlemeye giderek bu alanı düzenlemeye başladığı ve ulusal WADA denilebilecek olan alman NADA'sını kurduğu ve konunun yan hukuk alanlarıyla ilişkisini kurduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Doping eylemleri halen, Alman ceza hukukçuları tarafından Al. CK.nun kişiye karşı suçlar (prg. 223 vd), özellikle de müessir fiil suçları nazarında ve bireyin sağlığının korunması bağlamında ve keza CK.nun 263. paragrafı açısından ise malvarlığının korunması açısından dolandırıcılık suçu kapsamında ve haksız rekabet suçu açısından Alman Haksız Rekabet Kanunu prg. 1, 4, 6c, 17, 18, 20 kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁶. Almanya'da yakın tarihte teklif edilen ve 2007 yılında kabulü planlanmış bir kanun tasarısı, doping materyalinin bizatihi bulundurulmasını, yani zilyetliğini ve/veya bizatihi kişisel kullanımını ceza normuyla yaptırım altına

⁶⁴ BACH, Bekämpfung des Doping mittels eines Anti-Doping-Gesetzes?, sh: 239.

⁶⁵ HUMBERG, Andreas. Dopingbekämpfung mittels Förderbewilligungsbescheid., Juris GewArch 2006, sh: 462-464.

⁶⁶ Özellikle bkz. KARGL, Begründungsprobleme des Dopingstrafrechts, sh: 489-499. Karş. RÖSSNER, Die strafrechtliche Kontrolle des Dopingsverbot im deutschen Sport, sh: 36-38.

almayı amaçlamıştır. Ceza hukukunun son araç olmak ve yargılamadaki bazı ispat sorunları karşılık, partiler arası görüş farklılığından ayrık olarak, bu görüş genel kabul görmüştür⁶⁷.

Jan Ullrich isimli Alman sporcuda doping tespiti sonrasında Alman Parlamentosu 05. 07. 2007 tarihli oturumunda Dopingle mücadeleyle ilişkin bu özel kanunu kabul etmiş ve bu kanun **01. 11. 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir**. Bu kanunla dopingin araştırılması olanakları genişletilmiş, cezalar ağırlaştırılmış, yan ceza hukuku normları yanında yeni düzenlemeye de yer verilmiştir⁶⁸.

Nihayet Almanya açısından belirtmemiz gereken önemli bir husus ise, **doping mağdurlarına yardım kanunu** diye özel bir kanunun yürürlükte bulunduğu, bu kanunu yürürlüğe sokan kanunkoyucunun doping mağdurları için bir yardım fonu oluşturmak ve ilk etapta bu fon için 2 milyon Euro sermaye tahsis edildiği, bu fona veraset intikal vergisi ve bağış vergisine tabi olmaksızın bağış yapılabildiği ve çeşitli spor organizasyonlarından da bu fona para aktarıldığı hususdur⁶⁹.

Halen Almanya'da dopingle mücadele için yeni kurum ve kuralların devreye sokulması gerekliliği üzerinde çalışılmaktadır. **Bu bağlamda Alman Federal İçişleri Bakanlığı dopingle mücadele için alınması gereken önlemlere ilişkin olarak bazı önerilerde bulunmuştur**. Bunları özetle şöyle belirtebiliriz: Özellikle ağır vakalara ilişkin olarak İlaç Kanunu hükümlerinin uygulanma alanını genişletmek, dopinge elverişli ilaçlara ilişkin prospektlerde bu konuda uyarıcı yazı ve işaretlere yer vermek yükümlülüğünün getirilmesi, özellikle ağır doping vakalarında telefonla iletişimin izle-

⁶⁷ Ayrıntılar için bkz. KARGL, Walter. Begründungsprobleme des Dopingstrafrechts., NStZ 2007 Heft 9 , sh: 489-499. Karş. JAHN, Doping zwischen Selbstgefährdung, Sittenwidrigkeiten und staatlicher Schutzpflicht, sh: 58-62.

⁶⁸ Bu düzenlemeler ve değerlendirilmesi için bkz. GROTZ, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, sy: 3, sh: 243.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAAS, Ulrich-HOLLA, Matthias. Das Dopingopferhilfegesetz., sh: 1 vd. (www. nada-bonn. de) (12. 11. 2008, Saat: 23.40).

nip kayda alınması olanağının genişletilmesi, UNESCO'nun dopinge karşı uluslararası sözleşmesini onaylamak, Avrupa Konseyi'nin dopinge karşı sözleşmesine ek protokolü onaylamak, sporda gen dopingini düzenlemek, kan dopingine karşı önlemler alınmasını sağlamak ve EPO-Analizini iyileştirmek, doping suçlarına bakan uzman savcılıklar görevlendirmek, Devletin bu alanda eğitim vermesi, spor salonlarında önlemler almak, bilgi toplamak ve işbirliği halinde bu bilgileri ilgili kurumlar olarak paylaşmak, doping kontrollerini ağırlaştırmak ve yeniden düzenlemek, spor mahkemelerini bu alana özgü yeniden düzenlemek ve NADA'yı desteklemek⁷⁰.

4) Doping eylemleri geçen yüzyılın 60'lı yıllarından beri İsviçre'de dopingle özellikle ulusal spor birlikleri nezdinde mücadele edilmiş ve bu spor birliklerinin oluşturdukları listelerde belirli madde ve yöntemlere yer verilmek suretiyle yapılmıştır. 1987 yılında *Sandra Gnasser*'de doping saptanması üzerine, bu eylemlerle bütün spor kuruluşlarını kapsayacak ortak bir biçimde mücadele edilmesi gerektiği fikri gelişmiştir ve halen 01. 01. 2002 tarihinden itibaren İsviçre'deki bütün doping eylemleri açısından disiplin cezalarına hükmedebilecek bağımsız merkezi bir kurum olarak ceza dairesi kurmuştur. Burada verilen kararlar ikinci derece yargılama makamı olarak Lozan'da bulunan TAS kurumuna veya uluslar arası spor kuruluşlarına başvurulması öngörülmüştür. Ayrıca doping eylemleri açısından *Swiss Olympic* de bir işlev görmektedir. 2004 yılında *Swiss Olympic* ile *WADA* arasında bağlantı kurulmuş ve *WADC* oluşturulmuş ve *IOC*'un düzenlemeleri de kabul edilmiştir⁷¹.

Halen İsviçre'de dopingle mücadele açısından üç temel noktaya önem verilmektedir. Bunlar, kontrol, bilgilendirme ve araş-

⁷⁰ **Bundesministerium des Innern.** Massnahmenpaket der Bundesregierung gegen Doping im Sport., Dezember 2006, sh: 6-13.

⁷¹ **PFISTER,** Dopingbekämpfung: Eine Kurzbetrachtung zur Entwicklung und zum aktuellen Stand, sh: 2-4. Ayrıca bkz. **JANETT,** Kann Doping den Tatbestand des Betrugs erfüllen?, sh: 3 vd.; **RÜEGER,** Sandra-KAMBER, Matthias. Dopingbekämpfung in der Schweiz: neue gesetzliche Bestimmungen., Magglingen 2002, sh: 3 vd.

tırma. Federal Birlik ile *Swiss Olympic*'in birlikte yaptığı bu mücadelede, kontrol ve yaptırım uygulama görevini *Swiss Olympic* üstlenmiştir. Federal kuruluş olan BASPO ise, bilgi toplama, araştırma ve önlem alma ödevlerini üstlenmiştir. BASPO kendi web sahifesini⁷² oluşturmuş ve bunu bilgi edinmek için kullanmaktadır. Halen İsviçre'de doping eylemleri açısından sorun teşkil eden önemli hususlar, dopinge ilgili normların sınırlı bir uygulanma alanına sahip olması, dopingin bizatihi kullanımının cezalandırılmaması ve hayvan dopinginin cezalandırılmamasıdır⁷³.

Keza İsviçre öğretisi ve uygulamasında doping eyleminin gerçekleştiriliş biçimine göre, bazen, örneğin '*dopingsiz bir müsabaka vaadinde bulunulmuş*' ve fakat para izleyici veya bahis oynayanlardan para alındıktan sonra dopingli bir müsabaka yapılmış ise, bu takdirde sınırlı da olsa İsviçre CK'nun 146/1. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun ihlal edilmiş olacağı kabul edileceği belirtilmektedir.

Ancak belirtelim ki, her ne kadar bazı doping biçimlerinin İsviçre CK'nun 146. maddesindeki dolandırıcılık suç tipini ihlal ettiği kabul edilmekte ise de, dopinge mücadelenin sadece ceza hukuku aracılığıyla yapılamayacağını ve diğer yan hukuk dallarının da bu mücadelede işlevsel hale getirilmesi ve fakat her halükarda ceza hukukunun bu mücadelede göz ardı edilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁴.

Ayrıca, 1998 *Tour de France* yarışması sonrasında İsviçre'de 1999'da saptanan doping eylemi nedeniyle, Zürih Kantonu Hekimler Birliği bu konuya ilişkin bir düzenlemenin yapılması gerektiği düşüncesiyle çalışmalara başlamış, İsviçre'de oluşturulan ortak çalışma gurubu konuyla ilgili Yönetmeliğe 33bis maddesinin eklenmesini ve bu yönetmeliğe bir ek (5 numaralı ek) yapılmasını kararlaştırmış, Hekimler Birliği'nin 2002 tarihinde kabul ettiği bu düzenlemeler, 11 aralık 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Düzen-

⁷² Bkz. www.dopinginfo.ch.

⁷³ Ayrıntı için bkz. PFISTER, Dopingbekämpfung: Eine Kurzbetrachtung zur Entwicklung und zum aktuellen Stand, sh: 6-8.

⁷⁴ JANETT, Kann Doping den Tatbestand des Betrugs erfüllen?, sh: 1 ve 32.

leme daha çok spor tıbbı ve dopingle iştigal eden hekimlere yöneliktir⁷⁵.

Avrupa Konseyi'nin 1989 tarihli Anti-Doping Sözleşmesi, sağlığın korunmasını, bireyin manevi ve fiziki eğitimi alanında uluslararası bir işbirliğini gerektirmekte, taraflar veya muhatap spor kuruluşlarının doping kontrolünü teşvik edip kolaylaştırması ödevini yüklemektedir⁷⁶. Akit tarafların, uluslar arası standartlara uygun ve sözleşme ile çelişmemek kaydı ile mevzuat. Uygulama ve mücadele kuralları hususunda, sorumluluk kendilerine ati olmak üzere, düzenlemeler yapmak hakları mahfuzdur⁷⁷.

Avrupa Konseyi, doping madde ve yöntemlerinin kullanımının artışı sporcuların sağlığı ve sporun geleceği üzerindeki etkilerinden endişe duymaktadır (Sözleşme Giriş).

Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi'nin gereklerinin yerine getirilmesi için, hem devlet daireleri ile diğer kamu kuruluşlarının faaliyet ve politikalarında eşgüdüm sağlanmalı hem de gereken hallerde resmi veya hükümet dışı bir spor makamı ve spor kuruluşunu yetkili kılmak suretiyle Sözleşme'nin uygulanmasını ve özellikle de 7. maddede düzenlenen koşulların yerine getirilip getirilmediğini gözetilmesini sağlamak gerekmektedir⁷⁸. Bir anlamda TÜRK WADA'sı kurulmalıdır.

Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi'nin 4/1. maddesine göre, akit taraflar doping maddeleri ve metodlarının ve özellikle de *anabolik steoidlerin* temini ve kullanımını sınırlamak üzere bunların el değiştirmesini, elde edilmesinin, ithalinin, dağıtımının ve satışının kontrol edilmesine imkan veren hükümler de dahil olmak suretiyle, gerekli mevzuatı, kuralları ve idari önlemleri sağlayacaklardır. Burada önlemler açısından 'idari' nitelik vurgulanmak ve önemsenmekle birlikte, mevzuat ve kurallar açısından

⁷⁵ KAMBER-MÜLLER-CHRIST, Doping im Sport – neue Entwicklungen, sh: 1089.

⁷⁶ Sözleşme Giriş ve Sözleşme m. 4/3-d.

⁷⁷ Sözleşme m. 4/4.

⁷⁸ Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi m. 3/1-2.

bunun 'ceza hukuku normu' olması gerekliliği dışlanmamakta, akisine Sözleşmenin bu hükmü tarafından içermektedir.

Dopingle mücadele o kadar önemlidir ki, Sözleşme, akit taraflar ve hükümet dışı kuruluşların spor kuruluşlarına yardımı için de (m. 4/2) doğrudan verilecek sübvansiyonlar veya karşılıksız yardımlar için de (m. 4/3-b) bunların dopingle mücadele mevzuatını etkin biçimde uygulamaları ve bu mücadele için gerekli masraflar dikkate alınmak durumundadır.

Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi doping kullanan her sporcunun tüm spor yaşamını sonlandırmak veya spor camiası dışına itmeyi amaçlamamakta, tıpkı ceza hukukunun özel önleme/bireysel ıslah amacı gibi, en azından doping eylemi nedeniyle *geçici surette yasaklanmış olan sporcunun bu yasak süresi içinde eğitim amaçlarıyla kamu fonlarından kendisine yardımda bulunulmasını amaçlayarak, taraf devlet ve muhatap spor kuruluşlarına ödev yüklemektedir*⁷⁹.

Doping kontrolleri herhangi bir kuruma değil, tarafların, uluslararası kuruluşlarca benimsenmiş ve Sözleşme'nin 11/b maddesi çerçevesinde Gözlem Gurubu tarafından onaylanmış ölçütlere uygun olarak, akredite bir laboratuvar oluşturma ve bu nitelikte bir laboratuvara ulaşma için yardımda bulunma ödevi altındadır⁸⁰.

Suçlanan kimselerin **adil muhakeme ve yardım alma veya temsil edilme hakkına** sahip olması gerekmektedir⁸¹.

Yalnızca doping eylemini gerçekleştiren sporcu veya doping yapan üçüncü işi değil, *aynı zamanda dopingle mücadele kuralarını ihlaline katılan yetkililer, doktorlar, veterinerler, antrenörler, fizyoterapistler ve diğer kişiler için de etkin cezalar dü-*

⁷⁹ Sözleşme m. 4/3-b.

⁸⁰ Sözleşme m. 5/1-b.

⁸¹ Sözleşme m. 7/2-d/ii.

zenlenip uygulanmalıdır. Bu hükümlerle⁸², hem doping yapan dışındaki bazı kimselerin cezalandırılması yükümlülüğü getirilmekte hem de cezaların etkin olması gerekliliği vurgulanmaktadır.

Aynı ülkede veya diğer ülkelerde bulunan spor kuruluşları tarafından doping nedeniyle uygulanan geçici süre men ve diğer cezaların akit taraflarca karşılıklı tanınmasını sağlayan usuller düzenlenmelidir⁸³.

Sözleşme, yukarıda değinilen madde veya yöntemlerin kullanılmasının başarılı olup olmadığı önemli olmaksızın, doping ihlalinin varlığı için bu madde veya yöntemlerin birinin kullanılmış olması veya buna teşebbüs edilmesinin yeterli olduğunu düzenlemektedir. Öncelikle belirtelim ki, burada eylemin tamamlanması ile buna teşebbüs eşdeğer tutulmakta ve ihlalin varlığı kabul edilmektedir. Diğer yandan, yapılacak ceza hukuku düzenlemesi için de bu gerekliliğe bağlı kalınması gerekli olmakla birlikte, verilecek ceza tür veya miktarı açısından tamamlanmayı cezanın ağırlatıcı nedeni saymaya engel bir durum yoktur. Nihayet, Sözleşme'nin bu maddesi bir ceza hukuku düzenlemesi olmadığı gibi, yalnızca ceza hukukuna ilişkin değil tüm hukuk alanlarına ilişkin olduğu için, madde kullanımı veya yöntem uygulanmasının oranı, miktarı, süresi veya ağırlığı v.s. açısından bir düzenleme bulunmamaktadır. (*Belirli maddelerin kullanım biçimi veya yöntemler açısından izin verilen durumlar hariç*) Bu davranışların en hafif biçimi dahi yapılacak düzenleme içine konulabilir.

Ancak yapılacak ceza hukuk düzenlemesi ve buna paralel gelişecek uygulama açısından, burada kullanılan madde veya yöntemin belirli bir elverişliliğinin aranması hem suça teşebbüsün varlığı hem de korunan hukuksal değer ihlali açısından amaca daha elverişli olacaktır. Örneğin Çek CK. m. 218a paragrafı suç tipi açısından (yardım amacı dışında) biçiminde özel bir

⁸² Sözleşme m. 7/2-e. Ayrıca bkz.: RÖSSNER, Dieter. Kampf gegen Sportbetrug Verbandsgeschäft oder Staatsaufgabe., <http://www.isla-int.com> (14.11.2008, Saat: 14.40).

⁸³ Sözleşme m. 7/2-f.

kast aramış hem de verilecek doping maddesinin “yüksek miktarda” olmasını aramıştır⁸⁴.

Doping maddesini ve yöntemini kullanmak eylemi yanında, bu konuda tavsiyede bulunmak, azmettirmek, akıl vermek, teşvik etmek v.s. de yaptırımı bağlanmalıdır. Özellikle bu eylemlerin spor süjesi olmayan kimselerce yapılması halinde disiplin ceza verilemeyeceğinden, bu eylemlerin ceza hukuku alanına alınması bu kişilerin eylemleriyle mücadeleyi de sağlayacaktır. Bizim hukukumuzda, bu teknik anlamıyla henüz suç olmadığı için, teşebbüs, azmettirme ve suç işlemeye teşvik kurumlarını uygulamak mümkün değil. Hatta düzenleme yapılacaksa, azmettirmeye teşebbüs ve başarısız kalan azmettirme eylemlerinin de cezalandırılacağına açıkça düzenlenmeleri gerekir.

Dopingle ilgili düzenlemeler birkaç kişinin kendi arasında spor yapmaları, müsakaba yapmaları durumunda değil, ‘düzenlenmiş spor faaliyetleri’ne katılan kimseler için uygulanmalıdır. Her ne kadar Sözleşme (m. 1/c) sporcuyu tarif ederken düzenlenmiş spor faaliyetlerine ‘düzenli olarak katılan kimse’ diye tanımlamış ise de, bu düzenli katılmayı birden fazla kez katılma gibi yorumlamamak, ilk kez de olsa usulüne uygun katılmayı bu kapsamda örmek gerekir. Bu müsabakanın düzenlenmiş olması önemli olup, sporcu daha ilk müsabakasında dahi doping eylemini gerçekleştirmişse, şüphesiz bu alandaki normlarla muhatap olacaktır. Şüphesiz burada düzenlenmemiş, özel bir müsabakadaki eylem uyuşturucu maddelerle ilgili mevzuata aykırılık teşkil ediyorsa, o nedenle, bir hukuksal yaptırım uygulanabilir ise de, doping nedeniyle bu yaptırımın uygulanmasından söz edilemez.

Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FIFA), CAS’ın verdiği tavsiye kararı sonrasında 2006 yılı Haziran ayında WADA ile anlaştı ve Dünya Anti-Doping Ajansı (WADA) kurallarını uygulama kararı aldı. Bu bağlamda, FIFA doping yapan futbolcuya

⁸⁴ Bkz. KOCH, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Dopingden Kaynaklanan Ceza ve İlaç Hukuku Sorunları, sh: 16.

arık 6 ay değil 2 yıl spordan men cezası vermeyi ve tüm üye ülkelerde de bu ceza miktarını uygulatmayı kabul etti⁸⁵.

III. TÜRKİYE'DEKİ MEVCUT DURUM VE TÜRK CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN ÖNERİLER

1) Avrupa Konseyi'nin 1989 tarihli Anti-Doping Sözleşmesi'nin kurduğu sistemin olması gerektiği biçimde işleyebilmesi için, doping eylemlerinin ceza hukuku normlarıyla de düzenlenmesi gerekmektedir. Ceza hukukunun *ultima ratio* niteliğine karşılık, bu alanda hem uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler hem cezaya liyakat/müstahaklık ve cezaya muhtaçlık koşullarının gerekmesi nedeniyle ceza hukuku normlarına ve hem de eylemin ve araçların mevcut ceza normlarındaki düzenlemelere konu eylemlerle aynı veya daha fazla ağırlıkta ihlaller olmasına karşılık mevcut bu normların koruma alanı dışında kalmaları nedeniyle yeni ceza hukuku düzenlemelerine ihtiyaç vardır. Şüphesiz spor multidisipliner bir alandır ve sadece tek bir hukuk dalının penceresinden değerlendirilemez, değerlendirilmemelidir. Bu nitelik ve ceza hukukunun *ultima ratio* niteliğine rağmen, için bu eylemlerle mücadelede ceza hukuku aracının da devreye sokulması gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu alanda ceza hukuku normunun düzenlenebilmesi için cezaya müstahaklık ve cezaya ihtiyaç koşullarının var olması, sadece ulusalüstü bir kurumun (örneğin WADA'nın) düzenlemesinin ihlalinin suçun kabulü için yetersiz olduğu, ulusal hukukta bunun bir ceza hukuku normu ile düzenlenmesi gerektiği, ihlal eylemlerinin bireyin kendi geleceği/vücudu üzerinde tasarruf hakkı ve özerkliğini aşan nitelikte tehlike ve/veya zarar meydana getirecek bir hukuksal temelin bu-

⁸⁵ <http://www.milliyet.com.tr/2006/06/06/spor05.html> (25. 11. 2008, Saat: 11.00).

lunması, gerekmektedir ki, bunlar yukarıdaki açıklamalarımızdan ve örneklerden de anlaşılacağı üzere, tümüyle mevcuttur⁸⁶.

2) **Doping kontrolünü sıklaştırmak ve bu kontrolü gerek nitelik gerek nicelik açısından artırmak gerekmektedir**⁸⁷. Bu kontrol için de, finans kaynakları yaratmak ve kontrolde görev yapacak ilgili kurum ve kuruluşlara bu paraların aktarılması acilen gerekli bu konudur.

3) **Doping kullanımının daha iyi önlemek için gerekli çalışmalara yapılmalıdır.** Dopinge mücadele yalnızca kontroller ve yaptırımlarla yapılmamalı, kullanımı önleyici önlemlere ağırlık verilmelidir. Gelecekteki iyileştirmeler için önleme temel ve çok önemli bir hareket tarzıdır. Doping kullanabilecek kişiler gerektiği biçimde bilgilendirme ve açıklama ile çok daha güçlü biçimde önlenmelidir. WADA'nın (keza Dopinge Mücadele Kanunu Tasarısı'na göre, TADA'nın da) en temel ödevleri arasında sporda doping ile ilgili aydınlatıcı ve eğitici materyali üretmek ve dağıtmak önemli bir yer işgal etmektedir. Burada yapılacak çalışmalarda ilgili dernek, birlik, federasyon, antrenörler, üyeler v.s. ile işbirliği yapılmalıdır.

4) **Dopinge mücadelede, mücadele yöntem ve çabaları açısından bir asgari sınır oluşturulmalı ve bunun altına düşülmemelidir.** Tüm spor organizasyonları ilgili sporcunun dopinge karşılaşmaması için gerçekten etkin önlemler almalı ve bunlar içinde özellikle sporcularla ve muhatap kurumlarla (kulüp, dernek, şirket v.s.) yapılacak sözleşmelere doping kullanımı nedeniyle etkin ekonomik nitelikli sözleşme cezaları (cezai şart) konulması, sporcuların spora başlama ve sağlık kontrol belgelerinin (dökümanlarının) uzun süreli saklanması, veri (bilgi) bankası oluş-

⁸⁶ KAUERHOF, Rico. Ein Anti-Doping-Gesetz als Garant für den sauberen Sport! Anmerkungen zu Pro und Contra der strafrechtlichen Verfolgung von "Dopingsündern"., Zeitschrift für Sportmedizin 2007, Heft: 2, sh: 72. Karşı gerekçeler için bkz. age, sh: 73. Bu nedenlerin Alman hukuku açısından varlığı ve bu tür bir düzenlemenin gerekliliği hususunda ise bkz. age, sh: 74.

⁸⁷ Bu konudaki yöntemler için bkz. HÖNMANN-HERR, Doping., Feststellungsverfahren, Sanktions- und Rechtsschutzmöglichkeiten, sh: 11-18.

turulması, kontrol sistemlerinin iyileştirilmesi ve geliştirilmesi, dopinge mücadele faaliyetlerine sporcuların da aktif katılımı sağlamak önlemlerine ağırlık verilmelidir.

5) WADA-Kodu'nu daha da ağırlaştırmak gerekir.

Halen başta Alman spor organizasyonları olmak üzere, birçok kuruluş uluslar arası örgütlerle işbirliği yaparak WADA KOD'unu değiştirmek ve ağır doping eylemlerinde henüz doping ihlali ile ilk kez dahi karşılaşılıyorsa 4 yıl spordan yasaklanma cezası verilebilmesi olanağının düzenlenmesi istenmektedir. Halen ilk doping eyleminde 2 yıl olan bu ceza 4 yıla çıkarılmak istenmektedir. Doğal olarak, özel bazı durum ve koşullarda olayın özelliğine göre bu ağır cezadan daha hafif bir miktarda hükmedilebilmesi imkanı da düzenlenmelidir.

6) Doping yapan kimselere uygulanacak ekonomik yaptırımlar düzenlenmelidir.

Halen uluslar arası alana bu doğrultuda yapılan çalışmalarda, doping yapan sporculara (özellikle atletlere) WADA Kod'unun gerektirdiği yaptırım dışında ayrıca ilave (ek) yaptırımlar uygulanması gerektiği görüşü hakimdir. Daha önce bu tür para cezaları IOC'nun Anti Doping Kod'unda düzenlenmekle birlikte, WADA'nın kabulünden sonra pek uygulanabilir değildi.

7) Devletin organları dopinge daha güçlü biçimde mücadele etmelidirler.

Genelde devlet organları dopinge fazla ciddi bir mücadele etmemektedirler. Devlet organlarının yapacağı mücadelenin genişletilmesi, gelecekte iyileştirilip güçlendirilmesi ve ciddi biçimde icrası gerekir. Burada belirli savcılıkların doping eylemleriyle ilgilenmeleri sağlanarak hem uzmanlaşma sağlanmalı hem de bu savcılıkların polisi yönlendirip doping eylemlerin gerektiği biçimde soruşturulup kovuşturulması sağlanmalıdır.

8) Doping materyalinin çete veya meslek kapsamında ticarete konu edilmesi cezayı ağırlatıcı neden sayılmalıdır.

Örneğin Alman İlaç Kanunu prg. 6a ve 95 uyarınca bu tür doping eylemlerine bir yıldan üç yıla kadar ceza verilmesi öngörülmektedir ki, bu üst sınırın 10 yıla çıkarılması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.

9) Bu ceza artımı yanında, belirli ceza muhakemesi koruma tedbirlerinin de bu eylemlerde uygulanabilmesi olanağı getirilmelidir. Örneği telekomünikasyon (telefon v.s.) araçlarının izlenmesi, denetlenmesi ve haberleşmenin kayda alınması ve arama koruma tedbirinin uygulanması sağlanarak bu eylemlere ilişkin daha iyi bir soruşturma olanağı yaratılmalıdır. Nitekim Bayern Doping Mücadele Kanunu Tasarısı da internette izleme ve araştırma yapmak, telefonların dinlenmesi ve kaydedilmesi v.b. önlemlerin uygulanması öngörülmüştür⁸⁸.

10) Keza, dopinge elverişle ilaçların prospekt ve kutularının dış yüzeyine özel işaretlerin konulması doping mücadele yararlı olacaktır. Örneğin bu bağlamda *Alman İlaç Kanunu'nun 6a paragrafının 3. fıkrası* aracılığıyla bu tür bir uyarı işaretinin konulması gerekmektedir.

11) Ayrıca, doping materyalinin serbestçe ticarete konu edilmesi yasaklanmalı ve tıbbi içeriğe sahip ilaçlar bu yasağın dışında kalmalıdır. Bu yasak, özellikle doping materyalinin hem ithalini hem de posta aracılığıyla sipariş verilerek teminini engellemeyi hedeflemelidir. Kaldı ki, Bayern Doping Mücadele Kanunu Tasarısında, bu konuda Alman öğretisindeki egemen görüşe paralel olarak, doping materyaline zilyet olmayı, bunu temin etmeyi ve doping dolandırıcılığını cezalandıran hükümler öngörülmüştür⁸⁹.

12) Günümüzde doping içeren materyalin spor salonlarında (*Fitness Center/Studio*) geniş bir biçimde kötüye kullanıldığı bilinmektedir. Bu tür yerlerde doping kullanımıyla mücadele için bu ve benzeri işyerlerinin zabıta ve polis tarafından düzenli olarak kontrolü gereklidir. Almanya'da polis ve zabıtaya bu konuda yetki ve görevin Alman İlaç Kanunu'nun 64. paragrafına istinaden tanınabileceği, ancak bu paragrafın bu açıdan yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Nitekim Türk yetkililer,

⁸⁸ MERK, Gesetzesantrag des Bayerns zu einem Gesetz zur Bekämpfung des Dopings im Sport, sh: 5.

⁸⁹ MERK, Gesetzesantrag des Bayerns zu einem Gesetz zur Bekämpfung des Dopings im Sport, sh: 9.

dopingle ilgili olarak, vücut geliştirme salonlarına iden kimselere hormonları tahrip eden “*anabolik streoidler*” verildiği, bu maddelerin kansere yol açtığı için birçok ülkede yasaklanmasına rağmen Türkiye’de eczanelere reçetesiz satıldığı ve bunun acilen engellenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yapılacak düzenlemelerde bu davranış modelleri de dikkate alınmalı ve bu maddeleri kullananlar kadar sağlayan, veren, satan, ortam sağlayan kimselere ve keza salon sahiplerine, antrenör v.b. de ciddi ceza hukuku yaptırımları ve bu tür işyerlerine kapatma cezası verilmesi gerektiği görüşü ifade edilmektedir. Cezalar açısından sadece spordan men cezası önerilmemekte, geçici hak mahrumiyeti yanında, hapis cezası, ciddi para cezası ve güvenlik önlemleri de önerilmektedir⁹⁰.

13) Doping eylemini gerçekleştiren failerin hızlı, sert ve uluslar arası cezalandırılması sağlanmalıdır. Doping testi pozitif çıkan sporcunun hızlı, sert ve uluslar arası nitelikte yargılanıp cezalandırılmasını sağlayıcı kanuni düzenlemeler yapılmalıdır.

14) Doping eylemlerinin suç olarak cezalandırılması, bunun TCK’nda veya İlaç Kanunu’nda düzenlenmesi ve uluslararası cezalandırmayı sağlamak için de bu suçların Türkiye dışında işlenmesi halinde Türkiye’de cezalandırılabilmesi olanağı TCK’nda düzenlenmelidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, dopingin sabit tanımının güçlüğü nedeniyle, genelde kabul edilen bir listeye atıf yapmak yöntemi tercih edildiğinde, bu listenin sürekli değişmesi nedeniyle lehe-aleyhe kanun değişikliği sorununun yaşanmasına karşılık, listenin önceden ulusalüstü kuruluşlar tarafından kabulü ve TBMM’nin kanunla bunu kabul etmesi nedeniyle, olası kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırılık/ihlal olasılıkları giderilecektir. Bu yöntemin sakıncası, listelerin değişmesi durumunda, parlamentonun da zaman zaman kanun değişikliğine giderek yeni listeleri iç hukuka aktarması, önceki atfın sonraki liste değişikliklerine yönelik de bir atıf olduğu varsayılmamalıdır. Aksi durumda belirtilen iki ilke yanında, idarenin düzenleyici tasarrufla-

⁹⁰ ÜNVER, Ceza Hukuku Açısından Sporda Şiddet, Doping, Hukuka Aykırı Teşvik ve Şike, sh: 552.

ıyla suç yaratılması yasağının da ihlal edilebilecektir ki, bu hem hukuka aykırı olacak hem dopingle mücadeleyi zayıflatacaktır.

15) Doping eylemlerinde adli ceza normu sevk etmek ve uygulamak yaygın bir yöntem değildir. Ancak giderek artan biçimde tercih edilen bir yöntemdir. Burada doping suçu yaratılırken, her ne kadar doping yöntemlerini önceden kanunla belirlemek mümkün ise de, doping için kullanılan veya kullanılan maddelerin listesini düzenlemede başta suçta ve cezada kanunilik ilkesi olmak üzere temel ceza hukuku ilkeleri açısından sorun yaşanabilir. Eğer düzenlenecek suç tipinde, sadece uluslararası olimpiyat komitesinin veya başka bir kuruluşun her yıl için hazırlayacağı listeye atıf yapılırsa hem bu listenin her yıl değişmesi ve bunun ulusal kanunkoyucu tarafından değil başka bir uluslararası kuruluş tarafından yenilenip değiştirilmesi nedeniyle suç tipindeki tipe uygun eylem unsuru TCK. m. 20 ve AY. m. 38 açısından tartışmalı olacaktır. Tek başına AY. m. 90'daki usulüne uygun biçimde kabul edilip yürürlüğe sokulan uluslar arası sözleşmelerin kanunüstü bir statüde iç hukuk normumuz olduğu kuralı da bu listelerin gerek uluslar arası kuruluşlar gerek ulusal federasyonlar tarafından ilan edilip duyurulmaları da sorunun aşılması için yeterli olmayacaktır⁹¹. Bu atıf biçimi disiplin veya diğer hukuk branşları için tercih edilebilir ise de, ceza hukuku normları açısından tercih edilemez, edilmemelidir. Bu nedenle, bu tür bir sorunla karşılaşmamak için ceza normlarında Sözleşme ekindeki listeye atıf yapılarak düzenlemeye gidilebilir ve belirli zaman aralıklarıyla suç tipi bu liste değişimine uydurulabilir. Bunu tercih eden ülkeler vardır. Ya da spor hukukunun kendine özgü niteliği nedeniyle kanunilik ilkesinin bu katı halinden vazgeçilerek, kanunla idarenin ve/veya uluslar arası kuruluşların delegasyon-yetkilendirme sistemine yer verilerek doping oluşturan maddelerin ne olduğu hususunda bu değişken listelerle düzenlemeye imkan verilmelidir. Kişisel olarak bu sonuncu yöntemi kanunilik ilkesi açısından

⁹¹ Dopingle Mücadele Kanunu Tasarısı'nın 4/1-f maddesi, TADA'nın görevleri arasında, WADA tarafından belirlenen ve sporda kullanımı yasak olan maddelerin listesini ilgili kurumlara duyurmayı da saymaktadır.

dan sakıncalı bulduğum gibi, sık sık değişen listeler nedeniyle lehe kanunun geçmişe uygulanması halinde ciddi sorunlar çıkacak ve dopinge mücadele ciddi biçimde zayıflayacağı gibi ceza ve disiplin hukuku normları arasında çelişkili uygulamalar da olacaktır. **Dopingin ceza hukuku alanında düzenlenmesinde, temel ceza hukuk ilkelerine bağlı kalınmalıdır.** Mücadele, bu ilkelerin izin verdiği ölçüde ceza hukuku da devreye sokulmalı, diğer durumlarda ise diğer hukuk dalları ile mücadele edilmelidir. Bu bağlamda kanunilik, belirlilik, ölçülülük, çifte cezalandırma yasağı, aleyhe ceza normunun geçmişe uygulanması yasağı, kusurluluk, yetkili makamların kanunla düzenlenmesi gerekliliği ve temel ceza muhakemesi ilkelerine uygunluk⁹² ve doping tespiti sürecindeki müdahalelere ve tespit sonucuna karşı sporcunun, spor birliğinin, ekipteki kişiler ve seyircilerin, organizatörlerin ve sponsorların kanun yoluna başvurabilme olanağının gerekliliğine uygun tutum izlenmelidir⁹³.

16) Bu düzenleme beraberinde TCK. m. 278-280'deki suç u ihbar suçuna ilişkin hükümlerin bu eylemler açısından da uygulanma olanağını getirecektir. **Bu maddelerde halen var olan hatalar giderilmeli** ve bu suçlarla hukuka uygun mücadelede bu ihbar etmeme suçlarından da yararlanılmalıdır. Eğer tespit edilen veya isnad edilen madde uyuşturucu ise veya uyuşturucu içeriyorsa *burada ilgili özel veya kamusal kişi ve kuruluşların* TCK. m. 278, 279 ve 280 uyarınca suç u ihbar etme yükümlülükleri var olacaktır.

17) **Doping numunesini zorla almak için CMK. m. 75 işler hale getirilmelidir.** Halen bu hüküm kullanılamaz. Bunun için önce suç olarak düzenlenmeli ve sonra da bu maddeyle irtibat kurulmalı (ceza miktarına dikkat). Çünkü CMK sadece suçlarla ilgilidir. Disiplin talimatlarındaki hükümlere istinaden CMK işlemelemez.

18) Burada idrar ve kan alımı yöntemleri önemlidir ve titizlikle uygulanması ve uygulanmasını engelleyici tutum ve dav-

⁹² Bkz. HÖNMMANN-HERR, Doping., Feststellungsverfahren, Sanktions- und Rechtsschutzmöglichkeiten, sh: 18-21.

⁹³ Bu olanaklar için bkz. HÖNMMANN-HERR, Doping., Feststellungsverfahren, Sanktions- und Rechtsschutzmöglichkeiten, sh: 21 vd.

ranışlar sadece disiplin hukuku⁹⁴ anlamında değil, ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun kendine özgü ilkelerine sadık kalınarak bu alanlarda da düzenlenmelidir.

19) Bu kimseler hakkındaki veriler bir ölçüde kişisel veri sayılır. Kişisel verilerin korunması kanunu da yapılmalıdır.

20) Sır saklama suçu bu alanda (TCK.m.158) çok yetersiz, yeniden düzenlenmeli ve suç tipinin koruma alanı genişletilmelidir.

21) Ülkemizde bir ilaç kanunu bulunmamaktadır: öncelikle bu kanun hemen yapılmalı ve dopingle ilgili hükümlere yer verilmelidir. Burada doping materyali içiren ilaçların satışı sıkı biçimde düzenlenmeli ve bunların ithali, ticareti, temini, sağlanması, başkasına bedel karşılığı veya bedelsiz verilmesi v.s. yaptırıma bağlanmalıdır.

22) Spor organizasyonları, ilgili kurum ve kuruluşlar ile ceza soruşturma ve kovuşturma makamları karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirmeli, delil veya emarenin aslı ya da örneği/kopyasının aktarımı olanaklı kılınmalıdır. Bu taraflar arasında iyi bir koordinasyon sağlanmalı ve ilgili örgüt, dernek, federasyon v.s.'lara bu konuda hukuksa yükümlülükler yüklenmelidir. Halen spor kuruluşlarının savcılıklardan bilgi, delil vs temini imkansızdır: oysa uygulamamızda hukuk mahkemeleri federasyonların tahkim veya disiplin kurullarından dosyadaki veriler veya varılan kararı yargı kararı aracılığıyla isteyip temin etmektedirler. Bu mücadelede adli mercilerin spor kuruluşların desteklemesi ve yapılacak kanuni düzenle ile bu bilgilerin savcılıklarca da spor organizasyonlarına iletilebilmesi yükümlülüğü getirilmelidir. Nitekim uluslararası alanda WADA Kod'unda değişiklik yapılarak bu tür bir bilgilendirme hukuksal yükümlülüğünün bu Kod'da düzenlenmesine gayret sarf edilmektedir.

⁹⁴ Belirtelim ki, birçok spor alanına ilişkin disiplin talimatında dopingin disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Örneğin TFF Futbol Disiplin Talimatı'nın 49. maddesinde disiplin suç ve cezaları düzenlenmiş olup, doping suç ve cezası *kulüpler, futbolcular ve diğer kişiler* açısından ayrı ayrı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

23) Doping ile aktif mücadelede spor kuruluş veya Organizasyonları ile savcılıklar arasında olduğu gibi, İçişleri Bakanlığı ile de bu kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği yapılmalıdır. Bu konuda CMK'nda yapılacak değişiklik ile bu işbirliği desteklenmelidir⁹⁵.

24) Doping halinde müsabakayı iptal etmek, yenilemek gerekir. Bunun için de ilgili kanun ve yönetmeliklerde düzenleme yapılması gerekmektedir.

25) Doping suçu ve cezası kanunda düzenlenmelidir. Devlet, belirli koşullarla birlikte, toplumdaki önemli hukuksal değerlerin korunmasını sağlamak için ceza hukuku pozitif normları düzenlemek zorundadır. *Adil spor*, bu tür bir temel hukuksal değerdir ve ceza hukukuyla korunması gerekmektedir⁹⁶. Ancak bu düzenlemeler yapılırken, çifte cezalandırmadan kaçınılmalıdır⁹⁷.

26) Doping maddesi aynı zamanda uyuşturucu madde içeriyor veya münhasıran uyuşturucu maddeden oluşuyorsa, uyuşturucu maddelerle ilgili TCK hükümleri "kullanma" eylemini cezalandırmak açısından hiçbir surette yeterli değildir. TCK.

⁹⁵ Nitekim bu bağlamda, Alman Doping ile Mücadelenin İyileştirilmesi Kanun Tasarısı nedeniyle görüşü alınan ve komisyonunda birçok avukat ve öğretim üyesinin yer aldığı bir hukuk bürosu raporunda şu önerilerde bulunmuştur: uluslar arası organizasyonlardaki uyuşturucu madde kullanımı eylemlerini araştırmak açısından Federal Adli Polis Teşkilatının yetkili kılınması, Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nun ilaç kullanımı niteliğindeki bazı doping eylemlerini de kapsar şekilde değiştirilmesi ve genişletilmiş müsadere kurumunun düzenlenmesi, cüzi olmayan miktarda doping maddesine zilyetliğin ceza hukuku kapsamına alınması, doping etkisi yapabilecek ilaçlara ilişkin prospektlere doping ile ilgili uyarının yazılması zorunluluğunun getirilmesi, ekonomik suçluluk ve internet alanında doping ile mücadele yöntemlerinin geliştirilmesi ve düzenlemelerde ceza hukuku ilkelerine uygun davranılması (**Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den strafrechtsausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport.**, (www.anwaltverein.de) Berlin Juli 2007, Stellungnahme Nr: 34/2007, sh: 1).

⁹⁶ **MERK**, Gesetzesantrag des Bayerns zu einem Gesetz zur Bekämpfung des Dopings im Sport, sh: 12.

⁹⁷ Bkz. **RAMMING**, Verbands- straf- und arbeitsrechtliche Aspekte des Dopings im Berufsfußball, sh: 27-29.

m. 191/1 'de uyuşturucu maddenin bir kimse tarafından bizatihi *kullanımı* suç olarak düzenlenmemiştir. Madde metninde suç olarak düzenlenen şey, 'kullanmak için *bulundurmak*'tır. Her ne kadar Yargıtay kıyas yaparak kullanan kimsenin aynı zamanda bu maddeyi zorunlu olarak bulunduracağını varsayarak cezalandırmaya gitmekte ise de, bu suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Kişisel olarak uyuşturucu maddenin bizatihi tüketiminin suç olmaması gerektiği kanısındayım. Ancak iş bu maddenin doping eylemine vücut vermesine gelince, bunun ceza normları tarafından düzenlenmesi gerektiği ve mevcut TCK normlarının bunu cezalandırmadığını, bu maddeyi kullanan kimsenin her halükarda aynı zamanda bulunduracağını söylemek doğru değildir. TCK'nda cezalandırılan şey kullanma değil, kullanmak için bulundurma eylemidir. Maddenin doping eylemleri açısından değiştirilmesi ve eksikliğinin giderilmesi gerekmektedir.

'Farmakolojik Sınıf Doping Maddeleri ve Doping Metodları Referans Listesi' her ne kadar Sözleşme'nin mütemmim cüzü ise ve bu listenin 'Narkotikler' kenar başlıklı I/B maddesi belli başlı uyuşturucu maddeleri liste halinde düzenleyerek bunların kullanımını doping saymış ve ulusal düzenlemelerde de bu listeye yapılan atıf doğrudan doğruya bu narkotiklere de yapılmış sayılıyor ise de, TCK'nun bizatihi tüketimi/kullanmayı suç olarak düzenlemesi karşısında, bu listedeki narkotik türleri ceza hukuku silahlı bu alanda etkisiz olacak sadece atıf yapılan durumlarda disiplin cezası uygulamasında dikkate alınacaktır.

Kaldı ki, doping suçuna ilişkin düzenleme yapılırken, tıpkı ilaç ve eczane alanında yapılması gerekli ek düzenlemeler gibi, uyuşturucu maddelerle ilgili doping eylemleriyle ilgili olarak da dikkatli ve ayrıntılı düzenleme yapılması gerekmektedir:

Çünkü, bir yandan uyuşturucu madde suç tipleriyle içtima sorunlarının önlenmesi diğer yandan da Sözleşme'nin bu referans listesinde, belirli durum ve maddeler açısından (en azın-

dan spor alanında) izin verilen maddeler⁹⁸ de bulunduğu göz önünde tutulmak durumundadır.

27) Diğer yandan, bizatihi uyuşturucu madde kullanan kimsenin bağımlı olması ve tedaviyi kabul etmesi halinde, TCK'ndaki özel düzenleme gereği kendisine ceza vermekten kaçınılmakta ve tedavi tedbiri uygulanmaktadır. Bu hükme, eylemin spor hukuku sonuçları açısından bir istisna eklenmelidir. Aksi takdirde bağımlı ve bağımlı olmayan sporcular arasında eşitlik ilkesine ciddi aykırılık teşkil edecek uygulamalara neden olacaktır.

28) Keza, halen bir kimseye kendisinin rızası olmadan uyuşturucu vermek, en azından TCK gereğince kasten yaralama veya eylemin sonucuna göre netice nedeniyle ağırlaşan yaralama suçuna vücut verebilir.

29) Ancak, sporcu kişinin rızası varsa ne yapılacaktır? Alman CK'ndaki kasten müessir fiil suçunu düzenleyen 228. paragrafındaki gibi rızanın hukuka uygunluğu için rıza beyanı, konunun rızaya elverişliliği ve rızaya ehliyet koşulları dışında ayrıca gösterilen rızanın da 'guten sitte'ye⁹⁹ uygun olması' gerekliliği gibi bir koşul CK'nda olmadığı için, özel düzenlenmiş ve bu olasılıkları da hesaba katmış bir doping suç tipi bulunmadıkça, sadece kullanmanın da halen suç olmadığını dikkate alırsak, başkası rızayla birisi üzerinde doping eylemi gerçekleştirirse, kasten müessir fiil suçunu teşkil etmeyecek ve olsa olsa bu dopingin yöntem değil de madde kullanımı biçiminin gerçekleştirilmesi ve münhasıran uyuşturucu maddeden müteşekkil veya içinde uyuşturucu madde bulunması koşuluyla uyuşturucu madde temini vs. suçuna vücut verebilir. Bu eylemin kasten müessir fiil suçunu oluşturduğunu

⁹⁸ Örnek olarak bkz. Sözleşme m. I/B'deki düzenlemeler ile I/D'de *mannitol*'un damar içine enjeksiyonun yasaklanması.

⁹⁹ Bu kavram ve doping eylemlerinin yaralama suçu açısından Alman hukukuna göre değerlendirilmesi için bkz. SCHILD, Wolfgang. Doping Yapılmasında Müessir Fiil Nedeniyle Cezalandırılabilirlik (Çev.: Ali Kemal Yıldız), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – Spor ve Ceza Hukuku., Ankara 2004, sh: 106 vd.

kabul edebilmek için, TCK.nun 26/2. maddesinin düzenlediği koşulları ve maddenin mefhumu muhalifi yeterli değildir.

30) Sözleşme'nin eki *Referans Listesi*'nde düzenlenen yasaklanmış maddelerin tüketici biçimde sayılmadığı, bu listede görülmeyen pek çok maddenin de "benzer maddeler" kapsamında yasaklandığı görülmektedir¹⁰⁰. Yapılacak ceza hukuku düzenlemelerinde aynı şekilde izlenir bu düzenleme biçimi kopya edilirse, ceza hukuku açısından kanunilik ilkesiyle çelişki yaratma ilişkin sorunu yanında, belirlilik (belirginlik) ilkesi ile de çelişecektir. Çünkü, günümüzde belki kanunilik ilkesinden daha önemli ve daha işlevsel nitelikte olan belirlilik ilkesi, suç tipindeki terim ve kavramların ve özellikle de tipik davranış model(ler)ini ifade etmek için kullanılan kelimelerin kesin, anlaşılır ve elastiki olmayan biçimde seçilip kullanılmasını gerekli kılmaktadır.

Ceza hukuku düzenlemesi yapılırken Sözleşme ekinin ifade biçimi değil, daha net ve ne olduğu ve sayısı belirli madde ve yöntemlere kanuni tipte yer verilmelidir.

31) Yapılacak düzenlemelerde yabancı kanun ve tasarılarıdaki düzenleme metinlerinden yararlanılabilir. Bu davranış modelleri, *doping maddelerini üretmek, tedaviye koymak/sağlamak, alım ve satım, ticaretini yapmak, nakletmek, zilyet olmak, kullanımını teşvik etmek* v.s.'dir¹⁰¹.

32) Cezalar orantılı olmalıdır. Çok ağır olmasın, ama çok da hafif olmasın. Sözleşme gerek doping gerek dopinge mücadele kurallarının ihlalinin etkin cezalara karşılanması gerekliliğini düzenlemektedir¹⁰². Nitekim çok yakın bir tarihte, Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi'nden (CAS) *Prof. Dr.*

¹⁰⁰ Bkz. Sözleşme Eki Referans Listesi III/E *Betablokayıcılar (Betablokerler) ve Stimulantlar*'a ilişkin not.

¹⁰¹ Çeşitli ülkeler için bkz. KOCH, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Dopingden Kaynaklanan Ceza ve İlaç Hukuku Sorunları, sh: 20. Cezayı artırıcı nedenlere ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri için bkz. KOCH, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Dopingden Kaynaklanan Ceza ve İlaç Hukuku Sorunları, sh: 21-22'deki açıklamalar.

¹⁰² Sözleşme m. 7/2-e.

Massimo Coccia, gelecek yıldan (2009) itibaren yasaklı madde kullanan sporculara verilen cezaların iki katına çıkarılacağını bildirmiştir. Burada dopingle mücadele yanında, ahlaklı-etik değerlere bağlı sporcuların hile yapan sporculardan korunmasının da amaçlandığı ve bu nedenle hem doping yapan sporculara verilen cezaların artırılacağını hem de yeni yaptırımlar uygulanacağını belirtmiştir. Bu açıklamaya göre, CAS, 2009 Ocak ayından itibaren, WADA'nın yeni kurallarını uygulayacak, üç kez yasaklı madde kullanan sporcuya ömür boyu men cezası verilecek, doping maddesi kullanan sporcunun eyleminde ağırlaştırıcı nedenlerin bulunması halinde 2 yıl olan men cezasının 4 yıla çıkarılacak, yasaklı madde kullanan ve bunları temin edenlerle ilgili para cezalar hak mahrumiyeti yerine seçenek kullanılmayacak ve doping testi öncesinde doping eylemini itiraf eden sporculara %50 oranında ceza indirimi yapılacaktır¹⁰³.

Nitekim bu konuyla ilgili olarak, 1999 tarihli Fransız Kanunu'nda doping kontrollerinin önlenmesi 6 aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve 50.000 Fransız Frangı'na kadar para cezası ile cezalandırılmaktadır.

33) Sözleşme'nin 7/2-d/ii maddesinin getirdiği yükümlülük nedeniyle, doping suçuyla suçlanan bir kimsenin adil bir muhakeme ve yardım alma hakkı ile temsil edilme hakkının sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle, düzenlenecek suç tipinden sonra, CMK. m. 150'de değişiklik yapılarak, bu kimseler için de zorunlu müdafilik kurumu aracılığıyla kendisine adli yardım ve temsil edilebilme imkanı sağlanmalıdır¹⁰⁴.

34) *Dopingle mücadeleye ilişkin kuralların ihlaline katılan kimseler, bu kurallar doping suçu kapsamında ise suça iştirak ve dolaylı faillik kurumu aracılığıyla cezalandırılabilirler iken, bu davranış modellerinin doping suçu kapsamında kalmadığı durumlar için doping suçundan ayrı (Zarar ve/veya tehlike suçu anlamında) suç tiplerinin oluşturulması gerekmektedir.*

¹⁰³ Bkz. <http://www.sondakika.com/haber> (23. 11. 2008, Saat: 20.15).

¹⁰⁴ Bkz. *Rechtsfragen des Dopings*, sh: 326.

Ülkemiz açısından doping eylemi dahi suç olarak düzenlenmediği için, yapılacak düzenlemelerde, hem doping eylemi hem bu eylemler suç olarak düzenlenmelidir.

35) Sözleşme'nin 7/2-f maddesi gereğince, aynı veya diğer bir ülkede doping nedeniyle sporculara verilen geçici süre men ve diğer cezaların karşılıklı olarak tanınmasını sağlayacak kanuni düzenleme ve usul getirilmelidir.

Bu anlamda, bir taraftan aynı zamanda kişisel verilerin de korunduğu bir veri-bilgi bankası oluşturulmalı, diğer yandan hem ulusal ve uluslararası spor kuruluşları arasında hem de disiplin ve adli makamlar arasında veri akışı sağlayacak bir mekanizma kurulmalıdır.

Bu konuda, eğer doping eylemleri suç olarak düzenlenir ve hükmün konusu belirli bir hak mahrumiyeti veya ceza adli ise, TCK.nun 17. maddesinden yararlanılabilecek ise de, burada TCK. m. 17'den daha kapsamlı bir düzenleme ve uygulama gereklidir. Sözleşme'nin uluslararası işbirliğine ilişkin 8. maddesi hükmü de bu gerekliliği vurgulayıp tamamlamakta ve desteklemektedir.

36) Gerek disiplin eylemleri gerek (düzenlenecek) ceza hukuku normları açısından etkin pişmanlık hükümlerine de yer verilmeli ve ayrıca suçun ihbarı ve soruşturma ve/veya kovuşturmaya yardım eylemleri ilgili kişinin cezasından indirim nedeni sayılmalıdır.

37) *Doping kontrollerinde ispat yükümlülüğü bazen tersine çevrilmiş ve sporcudan doping teşkil edecek madde veya yöntem kullanmadığını ispat etmesi istenmiştir. Bu özel hukuk veya idare hukukunda kabul edilebilir olmakla birlikte, ceza hukuku açısından bu kabul edilemez. Ceza hukuku düzenleme ve yargılamasında buna dikkat edilmelidir.* Örneğin WADA'nın 2008 yılı için yayınladığı Yasaklılar Listesi Uluslararası Standartları'nın *Anabolik* maddelere ilişkin 1. maddesinin açıklandığı kısmın son paragrafında bazen olumsuz analitik bulgunun '*yasaklı madde eksojen kaynaklı olduğu*' hususunda bilimsel ve geçerli bir kanıt olarak kabul edileceği ve böyle durumlarda ayrıca bir incele-

meye gerek olmadığı, bir sporcunun doping incelemesinde işbirliği yapmaması durumunda ise sporcudan alınan örnekte 'yasaklı madde' bulunduğu kabul edileceği düzenlenmiştir.

Benzer bir hüküm *hormonlar* ve ilişkili maddelere ilişkin 2. paragrafta da düzenlenmiştir. Keza, *Beta-2 Agonistlerin düzenlendiği 3. paragrafta* tedavi amaçlı kullanım istisnası verilmiş olmasının karşılık belirli bir dozun üzerinde *salbutamol* bulunması durumunda sporcudan bu bulgunun tedavi amaçlı ve solunum yoluyla alınmış *salbutamole* bağlı olduğunu ispatlaması beklenmekte ve sporcuyu bunu yapamazsa bu durum 'olumsuz analitik bulgu' olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Paralel düzenleme, WADA'nın belirtilen listesinin yasaklı maddelere ilişkin kısımda '*uyarıcılar*' ile ilgili *S6 maddesinde*, bazı özel sporlarda kullanımı yasaklı maddelere ilişkin kısımda *P2 maddesinde* de düzenlenmiştir.

Ancak burada şüpheli/sanık konumundaki sporcunun susma hakkına riayet edilmeli ve bu hakkı da tanıklıktan çekinme hakkını da ortadan kaldıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır¹⁰⁵.

38) UNESCO tarafından hazırlanan ve Türkiye'nin kabul ettiği Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşme hayata geçirilmelidir.

39) Yukarıda belirtilen ülkeler yanında, ABD, İskandinav ülkeleri, İtalya, İsveç, Fransa ve Belçika'da da doping cezai yaptırımlarla karşılanmaktadır.

Her ne kadar IOC ve diğer uluslar arası federasyonlar doping eylemine hapis cezası verilmemesi için baskı yapmakta ise de, bu kuruluşlar dopingin suç kabul edilmesine karşı olmaktan çok, hürriyeti bağlayıcı ceza verilmemesinin tercih edilmesini istemektedirler; kaldı ki, aynı kuruluşlar adli para cezası veya diğer adli cezalara karşı çıkmamaktadırlar.

¹⁰⁵ Karş. MERK, Gesetzesantrag des Bayerns zu einem Gesetz zur Bekämpfung des Dopings im Sport, sh: 10-11.

Şüphesiz doping eylemlerinin tespiti, delil ve ispatı ile tedavi amaçlı doping maddesi içeren ilaç alımlarına ilişkin istisnalara azami dikkat edilmelidir.

40) Diğer yandan, doping çoğu kez tek başına sporcunun gerçekleştirdiği bir eylem olmayıp, antrenörünün, doktorunun, masörün, spor kulüplerinin, federasyonların ve sponsorların ve hatta spor süjesi olmayan üçüncü kişilerin de katıldığı bir dizi etkenle gerçekleştirilebilmektedir. Düzenlenecek ceza hukuku normlarının uygulanma alanı, ceza hukuku ilkelerine aykırı olmak kaydı ile, bu kişiler gözetilerek geniş kapsamlı düzenlenmelidir.

Hatta bu konuda, spor salonu işletenler, eczacılar, gıda, gıda destek ürünü temin eden veya satıcıları, v.s.'ye de hukuksal yükümlülükler getirilmeli ve ihlali halinde cezalandırılmalıdır. Bu belirtilen kimselerin sadece ceza normları ile denetim altına alınmasına gayret etmekle yetinilmemeli, ilgili her kimsenin eğitilmesi ve acilen bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

IV. DOPİNGLE MÜCADELEYE İLİŞKİN KANUN TASARISININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1) “Dopingle Mücadele Kanunu Tasarısı” ilki 16. 02. 2007 ve ikincisi ise 09. 04. 2008 tarihinde olmak üzere iki kez TBMM’ne sevk edilmiş ve fakat halen kanunlaşmamıştır. Bu Tasarı’nın yanlışlık ve eksiklikleri giderilerek bir an önce kanunlaşması gerekmektedir¹⁰⁶. Türkiye AB’nin gecikmeden kurulmasını istediği bu kurumu bir an önce kurmalıdır. Bu Tasarı TBMM’nde, uzun süredir kanunlaşmayı beklemektedir ve bu kısa süre içinde bunu kurmazsa (kasım sonuna kadar) WADA’dan çıkarılacaktır. Bu çok riskli bir gelişmedir ve eğer bu olursa, oraya çıkacak durum Türk sporcularının yurtdışında çalışmalarını engelleyecektir.

2) Bu tasarının 1. maddesi amaç ve kapsam maddesi olup, özünde Avrupa Anti-Doping Sözleşmesi’nin bir gereği olarak

¹⁰⁶ Almanya açısından aynı yönde: Rechtsfragen des Dopings, sh: 326.

uluslararası WADA'nın paraleli olarak TADA'yı (*Türk Anti-Doping Ajansı*) kurması vakit geçirilmeden yerine getirilmesi gereken bir husustur: bu tasarı kamuoyunun tartışmasına açılmalı ve vakit geçirilmeden de kanunlaştırılmalıdır.

3) Bu Kanun Tasarısı'nın *amaç ve kapsam maddesi* birkaç açıdan eleştirilmelidir. Tasarı'nın 1. maddesinde amaç olarak, yasaklı madde kullanımını ortadan kaldırmak, yarış hayvanlarının sağlığını korumak ve TADA'yı kurmak düzenlenmesine karşılık, *insan sağlığının korunması, gençliğin korunması, kişilerin maddi ve manevi varlıklarının geliştirilip korunması, beden ve etik değer eğitimi gibi amaçlar düzenlenmemiştir.*

Diğer yandan, belirtilen hususlara karşılık, dopingin sadece '*yasaklı madde kullanımı*'ndan ibaret olmadığı ve bunun yanında doping sayılan yöntemlerle de mücadele edilmesi gerektiği bu amaç maddesinde (m. 1) düzenlenmemiştir. bu hem bir eksiklik hem de tasarının diğer maddeleriyle ve özellikle de dopingi tanımlayan 2/1-b maddesindeki tanımla çelişmektedir.

Kaldı ki, madde metninden farklı olarak bu Tasarı'nın genel gerekçesinde de '*Dünya Barışı*', '*Ülkemizin her alanda rekabet gücü*', '*Ülkemizin tanıtımı*', '*boş zamanların değerlendirilmesi*', '*kazanç sağlama*' gibi hususlara sporun önemini vurgulamak için değinilmekle birlikte, *FAİR PLAY*, insan sağlığı, devletin sağlık alanındaki görevleri, kişiliğin maddi ve manevi geliştirilmesi, etik değerler v.s.nin sporla ilişkisine hiç değinilmemiş, spor bunlar olmaksızın izah edilmiştir¹⁰⁷.

Yine dopingle mücadelenin nedeni açıklanırken, aynı kavramlara değinilmek yanında, dopingin, *haksız rekabete yol açması nedeniyle spora ayrılan maddi (para) kaynağın kesilmesine neden olduğu ve sporcuların haksız rekabetle hak etmedikleri unvan ve ödülleri aldıkları* belirtilerek bu Tasarıyla bunların önlenmesin

¹⁰⁷ Tasarı Genel Gerekçesi, 1. paragraf. Karş. Dopingle Mücadele Kanun Tasarısı ile Milli eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu (1/562)., TBMM Dönem 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 250, sh: 1 vd.

amaçlandığı belirtilmektedir¹⁰⁸. **Bu açıklamalar ve bakış açısı, kabul edilemez niteliktedir.**

Yalnızca bunlar ifade edilirken, doping içiren maddelerin sağlığa da zarar verdiğinden üç kelimeyle¹⁰⁹ ve keza doping analizlerini yapan ve Hacettepe Üniversitesi bünyesinde kurulan Doping Merkezi Laboratuvarı'nın sadece analiz verdiği, bunun yetersiz olduğu, oysa dopingle mücadelede tüm kurum ve kuruluşları kapsayıcı genel nitelikte bir hizmet verme niteliğine sahip olmadığı Genel Gerekçenin sonunda¹¹⁰ belirtilirken, bu Tasarı'nın doping kullanımının ortadan kaldırılması amacı yanında, sporcu sağlığının korunması, beden ve moral eğitimin uluslararası anlayış içerisinde yapılması amacından da söz edilmiştir.

4) Dopingün tanımı açısından Avrupa Konseyi Anti-Doping Sözleşmesi'nin tanımından bir uzaklaşma/ayırılma vardır. Tasarı'nın 2/1-b maddesindeki tanımda **“doğal olmayan, sporcunun veya yarış hayvanının sağlığı için zararlı madde ve yöntemlerin kullanılması”** doping olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın aksi yorumundan *doğal olan zararlı maddelerin kullanılacağı veya doğal yöntemlerin kullanılabileceğidir ki, belirsiz ve sakıncalı keyfilik içeren bir tanımdır. kaldı ki, sağlığa zararlı madde tanımlaması da doğru değildir. örneğin Türk Wadası, yani tada sigarayı, içkiyi yasaklayıp takip mi edecek veya aşırı sert antrenmanları yasaklayacak mıdır?*

Halbuki aynı maddede sporcunun performansını artıracak madde ve yöntemlerin kullanılması da doping olarak tanımlanmaktadır ki, bu da yerinde değildir. Bu iki tanım arasında, Türkçe dilinde yazım-imla kuralına aykırı ama bilimsel çalışmalarda kullanıla gelen “ve/veya” ayırıcı konulmuştur ki, bu hem kanun metninde bu tür bir ibareye yer verilmesi açısından sakıncalıdır hem de cümlenin başındaki ‘doğal olmayan

¹⁰⁸ Tasarı Genel Gerekçesi, 5. paragraf.

¹⁰⁹ Tasarı Genel Gerekçesi, 5. paragraf.

¹¹⁰ Tasarı Genel Gerekçesi, 9. paragraf.

veya sağlığa aykırı' ifadelerinin bu performans kriterini de kapsar biçimde yorumlanmasını engellemektedir.

Burada sözleşmedeki tanımlamaya sadık kalınmalı ve özellikle ceza hukuku düzenlemelerinde bu tür bir tanımlama kesinlikle yapılmamalıdır. Bu tıpkı Karayolları Trafik Kanunu'ndaki bir suç tipinde olduğu gibi, keyif verici madde kullanımının suç olarak düzenlenmesi gibi yoruma, kıyasa ve keyfiliğe açık, bu nedenle de ceza hukukunun kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırı ifade biçimleridir.

5) TADA'nın teşkilatının daha bağımsız biçimde düzenlenmesi gerekirdi. Burada önemli olan hükümetlerden bağımsız özerk kurumlar düzenlemektir. Devletin sporu yönettiği değil, desteklediği, koruduğu ve geliştirdiği bir anlayışla hareket edilmelidir. Tasarı'nın 3. ve özellikle de 5. maddelerine bakıldığında, TADA'nın ilgili kurullarının oluşumunda da kurularla atamada da çalışmasında da ciddi siyasi bir etkiye açık düzenlendiği gözlemlenmektedir. **Öncelikle siyasilerin bu kurulların oluşumu ve ilgili kimselerin atanmasında etkisi olmamalıdır.**

6) Ayrıca, TADA Yönetim Kurulu'nun oluşumunda aranan kriterler de keyfiliğe ve siyasi etkilere açık ve uygulamada verimli çalışmasını engelleyecek niteliktedir. Bir dönem Adli Tıp Kurumu'nun uzmanlık alanlarıyla tamamen ilgisiz ihtisas kurullarına hiçbir uzmanlığı olmayan kimselerin atanması veya bir roma hukukçusunun, hukuk felsefesi veya sosyolojisi ile uğraşan ya da anayasa hukuku ile uğraşan birinin trafik ihtisas kurumuna atanması gibi keyfiliklere neden olabilecek biçimde düzenlenmiştir. Çünkü, Tasarı'nın 5/1. maddesine göre, **"spordan sorumlu Bakan akademik kariyeri bulunan hukukçular arasından bir üyeyi" TADA'nın Yönetim Kuruluna atayacaktır.**

7) Mevcut sistemde çok başlılık ve dağınıklık mevcuttur. Çünkü, her federasyon kendi disiplin ve tahkim kuruluna sevk ediyor. **Acaba oluşturulacak ortak bir kurum, her spor dalı için bu konuda disiplin kararı verecek olursa daha iyi olmaz mı? Bilirkişiden, o spor dalına ilişkin yardım alabilir.**

8) **Özürli olan sporcuları tedavi etmek için kullanılan ilaçların kontrolü için, hızlı inceleme yapacak bir kurul kurulmalıdır.**

9) **Tedavi amaçlı kullanımın nasıl değerlendirileceği konusu** Tasarı'da düzenlenmemiştir. Bunun da düzenlenmesi gerekmektedir. Bu olasılık, aslında doping suçunun bir istisnasıdır ve iç hukukumuza bu durum yansıtılmalıdır.

10) **Sporcunun hastalığının tedavi talebi dikkate alınmalıdır.** *Ancak bu talep, tedavi yanında sporcuya uygun bir yaptırım uygulanmasını da engellememelidir.*

SPOR KULÜBÜ YÖNETİCİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE İBRANIN SORUMLULUK DAVASINA ETKİSİ

Yard. Doç.Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY*

GİRİŞ

Spor kulüpleri; 4.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile 31.3.2005 tarihli ve 25772 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Dernekler Yönetmeliği’nde belirtilen gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulabilir. Spor kulüplerinin tanımı, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği’nin¹ 4. maddesinde yapılmıştır. Buna göre:

“Spor Kulübü kavramı spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurularak Genel Müdürlüğe kayıt ve tescilini yaptıran dernekleri ifade eder”.

Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği’nin 11/c) maddesinde yer alan “yönetim ve denetim kurulları raporlarını görüşmek, yönetim kurulunu ibra etmek” düzenlemesi dışında kulüp yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ve ibralarına ilişkin olarak yasalarımızda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Aşağıdaki incelemede kulüp yöneticilerinin hukuki sorumluluğu, ibraları ve ibranın hukuki sorumluluk davasına etkileri genel hükümler çerçevesinde değerlendirmeye çalışılacaktır.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ 08.07.2005 tarihli Yönetmelik, RG Nr. 25869.

I. SPOR KULÜPLERİNİN ORGANLARI

Spor kulüpleri dernekler gibi tüzel kişiliği haiz kuruluşlardır. Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 50/I'de "*tüzel kişilerin iradesi organları aracılığıyla açıklanır*" hükmüne yer verilmiştir. Tüzel kişinin organları, kanun koyucu tarafından belirleneceği gibi, ana sözleşme ile veya hâkim² tarafından da tespit edilebilir. Öte yandan tüzel kişilerin kanunda sayılmış olan zorunlu organları dışında; diledikleri takdirde ihtiyaçları doğrultusunda ihtiyarî organlar oluşturmalarına engel bulunmamaktadır. Spor kulüplerinin zorunlu organları, Spor Kulübü Yönetmeliği'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Teşkilata kayıt ve tescili yapılan her kulübün Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu'na sahip olması gerekir. Kulüpler zorunlu organlar dışında başka organlar da oluşturabilir. Ancak, zorunlu organlara özgü görev, yetki ve sorumluluklar bu organlara devredilemez.

II. SPOR KULÜPLERİNİN YÖNETİM KURULLARI VE ÜYELERİN SORUMLULUĞU

Spor kulüplerinin zorunlu organlarından olan yönetim kurulu, Yönetmeliğin 12. maddesine göre beş asil ve beş yedek üyeden az olmamak üzere, kulüp tüzüğünde belirtilen sayıda oluşur. Yönetim kurulu üye sayısı, üye sayısındaki eksilmeler sebebiyle üye tam sayısının yarısının altına düşerse; genel kurul, kalan yönetim kurulu üyeleri veya denetim kurulu tarafından bir ay içerisinde toplantıya çağrılır. Çağrı yapılmazsa üyelere birinin istemi üzerine, sulh hukuk hâkimi, üç üyeyi genel kurulu toplantıya çağırarak görevlendirir. Yönetim kurulunun yetki ve görevleri, yine Yönetmeliğin

² Tüzel kişinin organları bizzat tayin etmeye yetkili olmadığı hallerde, tüzel kişiye ait organlar hâkim tarafından tayin edilebilir. Örneğin tüzel kişinin tasfiyeye girmesi halinde, ana sözleşme ile veya şirketin devamı sırasında veya ifisahından sonra ortakların kararıyla tasfiye memuru seçilmemişse, ortaklardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından tasfiye memuru atanabilir (Türk Ticaret Kanunu md. 212/2, 450). Tüzel kişinin organının hâkim tarafından seçilme haline diğer bir örnek ise, TTK md. 348'de hükme bağlanan özel murakıpların tayinidir.

12. maddesinde düzenlenmiştir. Kulübü temsil etmek veya bu görevi üyelere birine veya bir üçüncü kişiye vermek yönetim kurulu üyelerinin görevleri arasındadır. Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 321/III'den farklı olarak tanzim edilen evrakın muteber olması için aksine ana sözleşmede hüküm bulunmadıkça; temsile yetkili olanların ikisinin imzasının yeterli olduğu hususunda bir hüküm yoktur. Dolayısıyla tüzükte aksi belirtilmedikçe veya bu yetki yönetim kurulunca üçüncü bir kişiye devredilmediği sürece, her bir yönetim kurulu üyesi kulübü temsil yetkisini haizdir.³

Spor kulübünü idare ve temsil ile görevlendirilen yöneticilerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak yönetmelikte özel bir düzenleme mevcut değildir. Dernekler Kanunu ve Medeni Kanun'da da yönetim kurulu düzenlenmiş; ancak sorumluluğa ilişkin olarak ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda yöne-

³ Yargıtay 19. HD T. 16.12.2004, E. 2004/11421, K. 2004/12687 konuya ilişkin kararı şöyledir:

"Davacı vekili, müvekkili Spor Kulübünün eski yönetiminin dava konusu çeki sebepsiz vererek müvekkilini haksız olarak borçlandırdığını, çekte tek imza bulunduğunu oysa ki müvekkilinin tüzel kişilik olup, kambiyo senedi keşide etmek için çift imza gerektiğini, ayrıca çekin de yetkisiz kişi tarafından imzalandığını belirterek müvekkilinin davalıya borçlu olmadığını tespiti ile % 40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin davacı kulübün futbolcusu olup, dava konusu çekin kulübün başarılı olması nedeniyle kulüp müdürü tarafından imzalandığını diğer futbolculara da böyle çekler verildiğini, davanın haksız olduğunu öne sürerek reddi ile tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davacı spor kulübünün tüzüğünün 13. maddesi uyarınca kulübü temsilen yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaç kişinin görevlendirilebileceğinin hüküm altına alındığı yönetim kurulunun 28.8.2001 tarihli kararı uyarınca da yönetim kurulundan (3) kişinin tek başına çek keşide etme yetkisinin verildiği ve uyuşmazlık konusu çekin de kulüp müdürü dava dışı Necdet Altınbilek tarafından keşide edildiği gerekçesiyle davanın reddiyle davalı yararına % 40 tazminata karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

SONUÇ: Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 16.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

tim kurulu üyelerinin verdikleri zarardan dolayı sorumluluklarının genel hükümlere istinaden belirlenmesi gerekmektedir. Tüzel kişilerde organın fiili, tüzel kişinin fiili sayılır ve dolayısıyla şirketi temsil eden organ, şirket tüzel kişiliğini ilzam eder.⁴ Bunun neticesinde yönetim kurulu üyeleri tarafından, örneğin kulüp adına yapılan bütün sözleşmelerden ve muamelelerden dolayı yalnızca kulüp tüzel kişiliği alacaklı ve borçlu olur.⁵ Kulübün, yönetim kurulu üyelerinin hukuki işlemleri sebebiyle akdi sorumluluğunun yanı sıra, şirketi temsil ve idareye yetkili kimselerin, görevlerini yerine getirdikleri esnada üçüncü kişilere verdikleri doğrudan zararlardan dolayı bir de haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Nitekim Yargıtay, konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında şöyle demiştir.⁶

"...Tüzel kişiler yaptıkları işlemlerde tıpkı özel kişiler gibi doğan zararlardan sorumludurlar. Gişe memuru, davalının, hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı kimsedir. Ona aradaki hizmet sözleşmesi uyarınca kulüp adına üçüncü kişilerle kulübü bağlayıcı sözleşme yapılması yetkisi verilmiştir. Bu yetki uyarınca yapılan sözleşmenin bir bölümü başka yardımcıları tarafından değerlendirilecek olsa bile Kulübü bağlar. Kulüp gişe memurunun yardımcı kişi olarak üzerine yüklediği borcun yerine getirilmesinden sorumludur. Çünkü işinin yapılması görevini ona vermiş fakat görevliye yükletilen borç ağır kusurla yerine getirilmemiş ve suç niteliğindeki kusurlu davranışı nedeniyle Ceza Mahkemesinde hüküm giymiştir. Bu esasa göre Kulüp Borçlar Yasasının 100. maddesi hükmünce davalı (Ce) ye verdiği zarardan sorumludur..."

Organın borca aykırı davranışından sorumluluk, tüzel kişinin herhangi bir borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüğünün organ tarafından hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde söz konusu olur. Yükümlülüğün doğduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bu konuda önemi yoktur. Yine yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile meydana gelen borca aykırılığın niteliği örneğin temerrüt, im-

⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, İstanbul 2005, 206.

⁵ Aynı yönde bir düzenleme TTK md. 177/1'de kolektif şirket için öngörülmüştür.

⁶ Yargıtay 4. HD. T. 1.11.1976,E. 1976/6024, K. 1976/9292.

kânsızlık, borcun gereği gibi ifa edilmemesi, akdin müspet ihlali, “*culpa in contrahendo*” gibi, önem taşımaz.⁷

Tüzel kişinin organı, yardımcı şahıs sayılmadığı için, organın borca aykırı davranışı tüzel kişinin borca aykırı davranışı niteliğini taşır ve tüzel kişinin sorumluluğu doğrudan Borçlar Kanunu’nun (BK) 96. maddesi hükümlerine tabi olur.

Tüzel kişinin organın haksız fiilinden sorumlu olabilmesi için, haksız fiilin tüzel kişinin organı niteliğindeki kişi veya kişiler tarafından tüzel kişinin organı sıfatı ile gerçekleştirilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla haksız fiil, organın görevini ifa ettiği, yani spor kulübünü temsil ettiği veya spor kulübünün işlerini gördüğü çerçevede meydana gelmiş olmalıdır. Organın görevle ilgisi olmayan kişisel davranışı ile meydana gelen haksız fiilden spor kulübü sorumlu olmaz. Buna karşın, spor kulübü, organın iç ilişkide kendisine verilen yetki sınırlarını aşarak gerçekleştirdiği faaliyetlerdeki haksız fiilden de sorumludur. Spor kulübünün sorumlu tutulacağı zararın kapsamına maddi ve manevi zararlar girer.

TMK md. 50’de yer alan düzenlemeye göre tüzel kişinin sorumlu olduğu hallerde borca aykırı davranan veya haksız fiili gerçekleştiren organın kusurlu bulunması halinde organ sıfatına sahip kişi ya da kişilerin de zarar görene karşı sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda zarar görene karşı hem kusurlu organ hem de spor kulübü sorumludur ve aralarında eksik teselsül bulunur. Zararın spor kulübü tarafından karşılanması halinde, kulüp sonradan aralarındaki hukuki ilişki çerçevesinde kusurlu olan organa rücu edebilir.

1. SORUMLULARIN ÇERÇEVESİNİN BELİRLENMESİ

TMK md. 50 organ kavramını tanımlamamaktadır. Bununla beraber TMK md. 50’ye ilişkin yorumlar iki tür organın varlığına işaret etmektedir. Bunlardan bir tanesi, kanun veya ana sözleşmeye

⁷ Dural/Öğüz, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C.II, İstanbul 2004, 239.

istinaden belirlenen ve tespiti nispeten kolay olan şekli (*formel*) organlar,⁸ bir diğeri ise, kanunda ve ana sözleşmede organ olarak nitelendirilmemekle birlikte, iradenin teşekkülüne veya açıklanmasına iştirak eden veya idare veya temsil görevine katılan fiili (*faktische*)⁹ organlardır.¹⁰ Bu bağlamda organların sorumluluğundan bahsederken dar anlamda sadece şekli organları yani kanun ve ana sözleşmeye istinaden belirlenen organları değil, gerçekte bu işi yapanları yani fiilen yönetimle görevli kimseleri de kapsayacak geniş anlamda fonksiyonel bir organ kavramından (*funktioneller Organbegriff*)¹¹ hareket etmek gerekir.

⁸ İsviçre doktrininde bazı yazarlarca kanunen öngörülen organlara özgü görevleri ifa etmek üzere şirket içerisinde geçerli bir işleme istinaden görevlendirilen organlar, şekli organlardan ayrılarak "*materielle Organ*" kavramı ile ifade edilmektedir. *Vetter*, Meinrad, Der Verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäß Art. 754 Abs. 1 OR, Zürich St. Gallen 2007, 19 vd. *Vogel*'da, şekli (*formel*) ve maddi (*materiell*) organ arasındaki farkı gözetmek suretiyle üçlü bir ayrıma gitmektedir. Bu bağlamda şirket müdürlerini ve şirketin idaresi ile görevli kimseleri maddi organ olarak tanımlayan yazara göre şekli ve maddi organ arasındaki ayrım, sonuncunun organ vasfını sadece belirli haller için kendisine organ yetki ve görevlerinin devredilmesi halinden kaynaklanmaktadır. *Vogel*, Alexander, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Bern Stuttgart Wien 1997, 263. Aynı yönde *Glanzmann*, Lukas, Die Voraussetzungen einer Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in: Sanierung der AG, Hrsg. Vito Roberto, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2003, 22 vd.

⁹ Fiili organın çeşitli tanımları için bkz. *Gehriger*, Pierre-Olivier, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, Zürich 1979, 15;

¹⁰ Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. *Akdağ-Güney*, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, 117 vd.

¹¹ *Böckli*, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2004, § 18 Anm. 107; *Druey*, Jean Nicolas, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SAG 1981, 77, 78; *Huguenin*, Claire, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., Basel Genf München 2002, Art. 54/55 Anm. 12; *Watter*, Rolf, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel Genf München 20002, Art. 722 Anm. 6 vd.; *Pfrunder-Schiess*, Zur Differenzierung zwischen dem Organbegriff nach ZGB 55 und dem Verantwortlichkeitsrechtlichen Organbegriff. Besprechung von BGE 117 II 570 ff., SZW 1993, 126, 127; *Vetter*, 16; *Gehriger*, 19.

Fonksiyonel organ kavramı, sadece genel kurul ana sözleşme veya yönetim kurulu kararı ile belirlenen ve ticaret siciline kayıtlı, yönetim kurulu üyesi, müdür veya temsilcileri değil gerçekte bir organa özgü görevleri yerine getiren ve şirketin iradesinin oluşumunda etkili olan organları da kapsar. Şekli organlar dışındaki kişi ya da kişilerin, fiili organ olarak nitelendirilmesinin sonucu, hem bu kişilerin hukuka aykırı fiillerinden tüzel kişinin sorumlu tutulması hem de bu kişiler tarafından yapılan hukuki işlemlerin tüzel kişiyi bağlaması sağlanır. Organ sıfatını haiz olmak, tek başına sorumluluğun doğmasına neden olmaz. Yani idare ve temsil yetkisi olmayan ama organ sıfatını haiz olan bir kulüp çalışanı, gerçekten organa özgü görev ve yetkiler ile donatılmamışsa sırf şeklen organ olduğu için sorumlu tutulamayacaktır.¹² Organ olarak nitelendirilebilmek için, kendisine görev verilen kişinin, bu görevi bağımsız olarak yerine getirmek yetkisine sahip olmasının yanı sıra verilen görevin tüzel kişi bakımından önem taşıyan zorunlu bir görev olması gerekir.¹³

Gerek içtihatlarda¹⁴ gerekse doktrinde¹⁵ fonksiyonel organ kavramından hareketle iradenin teşekkülüne ya da açıklanmasına iştirak eden veya idare ve temsil görevine katılan kimseler de “organ” olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte sadece verilen bir kararda danışmanlık yapmak, fiili organ sıfatının kazanılması

¹² *Biggel*, Hans, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäß Art. 673 ff. OR/754 ff. rev. OR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen, französischen und italienischen Rechts, Zürich 1940, 13.

¹³ *Vetter*, 171.

¹⁴ BGE 117 II 573; BGE 128 III 29; 128 III 92; 128 III 129; Yargıtay HGK, 11.6.2003, E. 2003/4-359, K. 2003/406.

¹⁵ *Stutz/von der Crone*, Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.234/2001 vom 10. Dezember 2001/ BGE 128 III 129, SZW 2002, 260, 262 vd.; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey*, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, 802; *Müller/Lipp/Plüs*, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1999, 206; *Huguenin*, BSK-ZGB I, Art. 54/55 Anm. 14; *Glanzmann*, Lukas, Die Voraussetzungen einer Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in: Sanierung der AG, Hrsg. Vito Roberto, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2003, 24.

için yeterli değildir.¹⁶ Fonksiyonel organ kavramının kullanılmasıyla tüzel kişinin resmen organ sıfatını kazanmış organlarının dışında bulunan, fakat gerek konum, gerek yetkileri nedeni ile tüzel kişinin iradesinin oluşması ve veya dışarıya yansıtılması hususunda etkin olan bütün şahıslar organ olarak nitelendirilebilecektir.

2. KULÜP YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ

TMK md. 50/III organın kusurlu davranışından dolayı bizzat sorumlu olacağını düzenlemiş ancak bunun dışında örneğin anonim şirketlerde olduğu gibi, bu sorumluluğun müteselsil olduğu yolunda bir hükme yer vermemiştir. Bu durumda kulüp yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun bireysel olduğunu belirtmek gerekir. Zira bir zararı birden fazla şahsın tazmin etme yükümlülüğü anlamına gelen müteselsil sorumluluk,¹⁷ sözleşmeden veya kanundan doğar.¹⁸ Bu husus, BK md. 141/2'de açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, alacaklıya karşı her biri borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiklerini beyan eden birden çok borçlu arasında teselsül vardır. Böyle bir beyanın bulunmaması halinde teselsül sadece kanunun öngördüğü hallerde olur. Borçlar Kanunu esas itibarıyla borçlular arasında teselsül karinesini prensip olarak reddetmiş, ancak bazı hallerde teselsül karinesine yer vermiştir.¹⁹ Müteselsil sorumluluk ile güdülen amaç alacaklının birden fazla

¹⁶ BGE 117 II 573.

¹⁷ Müteselsil sorumluluğun hukuki niteliğini açıklayan başlıca iki görüş mevcuttur. Borcun tekliği (*Einheitstheorie*) görüşüne göre, müteselsil borç, birden çok borçlusu bulunan tek bir borçtan ibarettir. Borcun çokluğu teorisine (*Mehrheitstheorie*) göre ise, müteselsil borç ne kadar borçlu varsa o kadar borçtan oluşan bir hukuki ilişkidir. Daha geniş açıklama için bkz. *Becker*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bern 1941, Vorbm. Art. 143 -150, Anm. 8.

¹⁸ *Guhl/Koller/Schnyder/Druey*, 30; *Zäch/Triebold*, Zur differenzierten Solidarhaftung des Verwaltungsrates, in: Festschrift Rolf Bär, Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Bern 1998, 421, 424.

¹⁹ *Eren*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. Bası İstanbul 2006, 775; *Tekinay*, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1979, 266 vd.

sorumlu ile karşı karşıya kalması nedeniyle zayıflayan durumunu dengelemektir (*Balance-Funktion*).²⁰ Ayrıca bu durum zarar görene ispat ve tahsil kolaylığı sağlamakta, borcun ödenmemesi riskini azaltmakta ve böylece zarar gören alacağını mümkün olan en iyi şekilde elde etmiş olmaktadır.²¹

Kulüp yöneticileri arasında prensip itibarıyla bir müteselsil sorumluluk yoktur. Bununla birlikte birden fazla yöneticinin aralarında önceden veya en geç olay sırasında anlaşarak, bilerek isteyerek veya en azından birbirinin davranışından haberdar olarak zarara sebebiyet vermiş olmaları halinde BK md. 50 gereği bir müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır.²² Kulüp yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmeleri için meydana gelen zararın sorumluluk yükletilmek istenen kişinin kusuru ile meydana gelmiş olması gerekir. Zira kusur, sorumluluğun koşullarından biridir ve kusurun

²⁰ *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1987, Bd. I, § 10 Anm. 12; *Rey*, § 10 Anm. 1403 vd.

²¹ *Honsell*, Heinrich, *Solidarität* und Rückgriff bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Melangés En L'Honneur de Carlo Augusto Cannata, Basel 1999, 373, 374; *Weber*, Stephan, Eine einheitliche Lösung für eine Mehrheit von Ersatzpflichtigen? Liber Amicorum Pierre Widmer, Hrsg., Helmut Koziol Jaap Spier, Wien New York 2003, 341; *Vogt*, Hans-Ueli, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, 1. <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vogt/publikationen/SolidaritaetEiz.pdf>

²² 1989 tarihli bir kararında Federal mahkeme birlikte sebebiyet vermeyi, bilerek veya bilebilecek durumda olunması şeklinde yorumlamıştır: BGE 115 II 45 "...Das Bundesgericht hat diese Bestimmung, die gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch für die vertragliche Haftung gilt, noch in neuester Zeit dahin ausgelegt, dass sie ein schuldhaftes Zusammenwirken bei der Schadensverursachung voraussetzt, jeder Schädiger um das pflichtwidrige Verhalten des andern also weiss oder jedenfalls wissen könnte." *Brehm*, Roland, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, Bern 1990, Art. 50 Anm. 9 vd.; *Losser-Krogh*, Peter, Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, in: ZSR 2003, 127, 183; *Eren*, 778 vd.; *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2006, 705; Yargıtay 15. HD'nin 29.11.1990, E. 1990/2123, K.1990/5174 sayılı kararında da "...birden çok kişinin dayanışmalı sorumluluğunda, ortak kusurun varlığı için, onların birbirlerinin eylemlerinden haberdar olmaları, farkında bulunmaları ya da birlikte hareket etmeleri yeterlidir" denerek müteselsil mesuliyete ilişkin bu hükmün uygulanmasına açıklık getirilmiştir.

bulunmaması halinde (kusursuz sorumluluk halleri hariç) sorumluluktan bahsedilemez.

III. KULÜP YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN İBRASININ ANLAMI

İbra kelimesi dilimize Arapçadan geçmiş olup, “*aklama, temize çıkarma*” anlamına gelmektedir.²³ Tüzel kişiler hukukunda geleneksel bir yeri olan ve sıkça başvuru alan ibra, tüzel kişinin yetkili organının, hesap veren organın üyelerine karşı, işlemlerin hukuki ve iktisadi açıdan uygun olduğunun bir karar ile beyan etmesi anlamına gelir. Tüzel kişiler alanındaki ibra, bu yönüyle borçlar hukukundaki ibra sözleşmesinden ayrılmaktadır. Zira ibra borçlar hukukundan farklı olarak, ibra edilenin kabulüne gerek olmaksızın, tüzel kişinin yetkili organının tek taraflı irade beyanı ile meydana gelmektedir.²⁴

Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 26/III bendinde yer alan genel kurulun görevleri arasında sayılan yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin düzenleme 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile kaldırılmıştır. Ancak 07.08.2005 tarihli Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nin 11/c bendinde yönetim ve denetim kurulları raporlarını görüşmek ve yönetim kurulunu ibra etmek genel kurulun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Yönetmelikte yer alan bu düzenleme dışında ibra kararının yönetim kurulu üyeleri açısından ne anlama geldiği, bunun kapsamı ve sınırları ile ilgili olarak Dernekler Kanunu ve Medeni Kanun'un derneklere ilişkin hükümleri herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle TTK md. 380'de yer alan ibraya ilişkin düzenlemelerin gerek spor kulübü yöneticilerinin, gerekse dernek yöneticilerinin ibrasına kıyasen uygulanması mümkündür. Nitekim Yargıtay 4. HD 1976 tarihli bir

²³ İbra kelimesiyle ilgili olarak ayrıca bkz. *Arslanlı*, Halil, Anonim Şirketler II, Anonim Şirketin Organizasyonu, İstanbul 1959, 181.

²⁴ Borçlar hukuku anlamında ibra, iki taraflı bir hukuki işlem olup, alacaklı ile borçlu arasında yapılır. Alacaklı tek taraflı irade beyanı ile alacaktan vazgeçemez. v. *Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1974; Bd. II, 173; *Eren*, 1222.

kararında, ibra konusunda Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmaması dolayısıyla TTK md. 380'in uygulanabileceğini belirtmiştir.²⁵ Dolayısıyla spor kulübü yöneticilerinin ibrası hususunda, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin yazılmış eserlerden ve mahkeme kararlarından yararlanmak mümkündür.

Anonim şirketler hukukunda, genel kurul ibra kararı ile kendisine sunulan hesaplar ve verilen bilgilerden anlaşılan konularda, yönetim kurulu üyelerini temize çıkarmakta ve haklarında şüpheleri kaldırmaktadır. Diğer bir anlatımla geçerli bir ibra ile maddi bakımdan yönetim açısından yapılan işlemler onaylanmakta ve derneğin her türlü tazminat talebi sona ermektedir.²⁶ Ancak ibra, şirket dışındakilere etkisi olmayan, tümüyle şirket içi bir hukuki işlemidir. Bu nedenle, ibra, İsviçre-Türk Hukuku'nda, sadece ortaklığı ve belli şartlarda bazı pay sahiplerini bağlar. Bunun da ötesinde, özellikle, alacaklılara bir etkisi yoktur. Yani, ibra ile ortaklığın sorumluluk davası açma hakkı ortadan kalkmasına rağmen, alacaklıların ve kural olarak pay sahiplerinin uğradıkları zararlar için dava açma hakları devam etmektedir.²⁷ Bu açıklama ışığında dernek ve spor

²⁵ Yargıtay 4 HD. 19.10.1976, E., 1976/8343, K. 1976/885.

²⁶ *Forstmoser*, Die Aktienechtliche Verantwortlichkeit, Schweizerische Schriften zum Handels und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Zürich 1987, Anm. 462; *Metzler/Schmuki*, Voraussetzungen und Folgen der Déchargeerteilung der Generalversammlung an den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, AJP/PJA 2001, 945, 947. Karşı görüşte olan *Wieland*'a göre ise, ibra sadece bu talepler karşısında itiraz hakkı vermektedir. *Wieland*, Alfred, Die Bedeutung des obligatorischen schriftlichen Geschäftsberichtes, SJZ 1941-42, 373, 375. Aynı yönde 11. HD. 24.6.1976, E. 1976/2890, K. 1976/3333 "...Türk-İsviçre Hukukunda anonim ortaklığın en yüksek organı tarafından verilen ibra kararı, yönetim kurulunun ve denetçilerin yıllık raporlarının, kar-zarar hesabını içeren (menfi borç ikrarı) niteliğinde olup ortaklığın o yıla ait işlemlerden dolayı hiçbir tazminat talebi kalmadığı, başka bir deyimle ilgili hesap dönemi sebebiyle anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri haklarında artık tazminat davası açamayacağı sonucunu doğurur. İbranın bu anlamı taşıdığı gerek eski hukukumuzda, gerekse TTK'nun ibra ile ilgili öğretilde aynen kabul edilmiş bulunmaktadır."

²⁷ *Picenoni, Reno*, Der Entlastungsbeschluss (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Aarau

kulüplerinin, genel kurulları tarafından verilen ibra kararının yalnızca derneği veya spor kulübünü bağlayacağı, dernek üyelerinin ve alacaklıların hukuki sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırmayacağını söylemek mümkündür.

1. İBRANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

İbranın hukuki niteliği konusunda, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak, gerek hükmün alındığı İsviçre Hukuku'nda,²⁸ gerekse Türk Hukuku'nda öğretide ve uygulamada ibranın bir "menfi borç ikrarı" (*negatives Schuldanerkenntnis*) olduğu hususunda görüş birliği mevcuttur.²⁹ Menfi borç ikrarı, kendisine çok yakın, borçlar hukukunda yer alan ibra müessesesinden şu noktada ayrılmaktadır:³⁰ İbrada, taraflar alacağın varlığı konusunda hiç bir şüphe taşımamakta, iki tarafın anlaşması sonucunda, borç sona ermektedir. Menfi borç ikrarında ise, taraflar arasında şüpheli sayılan veya borçlu tarafından inkar edilen bir alacak söz konusudur. Alacaklı, menfi borç ikrarı ile varlığı şüpheli veya çekişmeli bir alacağı talep etmeyeceğini bildirerek olası bir borcu sonlandırmaktadır.³¹ Bu bağlamda, gerek açık ibra kararı, gerekse bilançonun onaylanması ile gerçekleşen zimni ibra kararı, menfi borç ikrarı anlamına gelmektedir.

Buna karşılık, Alman Anonim Şirketler Kanunu'nda düzenlenen ibra, yalnızca yönetim kurulunun yaptığı işlerin onaylanması ve yöneticilere güven duyulduğu anlamına gelmektedir. Zira söz

1945, 157; *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, Anm. 463; *Widmer/Banz*, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 758 Anm. 4.

²⁸ BGE 128 III 142; 118 II 496 498.

²⁹ Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, 226, dipnot 653.

³⁰ Detaylı bilgi için bkz. *Aytaç*, Zühtü, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, 31 vd.; *Gümiş*, Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, 58 vd.

³¹ *Arslanlı*, 182.

konusu maddeye göre, açıkça ibra kararı verilmiş olması, şirketin tazminat haklarından vazgeçtiği anlamına gelmez. Yani, yöneticilerin genel kurul tarafından ibra edilmesi, şirketin yöneticilerden tazminat talep etmesine, onların sorumluluğuna gitmesine engel teşkil etmemektedir. Bu düzenlemenin nedeni, Alman AktG § 84 de yer alan ve şirketin yöneticilere karşı tazminat hakkından bu talebin doğduğu tarihten itibaren beş yıl süreyle vazgeçemeyeceği, bu işlemlerin beş yıl geçmesinden sonra yapılabilmesi için 1/5 azınlığın muhalefet etmemesi gerektiği yönündeki hükümdür. Alman doktrininde ve içtihatlarında ibranın menfi borç ikrarı olduğu yönündeki görüş tamamen terk edilmiştir. Alman hukukunda ibra, yönetim kurulunun faaliyet dönemi itibarıyla işlerinin onaylanması ve geleceğe dönük olarak yönetim kuruluna duyulan güvenin (*Vergangenheitsbezogene Billigung und zukunftsbezogene Vertrauenskudgabe*) bir ifadesi olarak kabul edilmektedir.³²

İbranın, “tek taraflı bir hukuki işlem” (*einseitiges Rechtsgeschäft*) olduğu konusunda doktrinde bir görüş ayrılığı olmamakla beraber, hüküm ve sonuçlarını doğurması için, bu iradenin yöneltmesi gerekip gerekmediği (*Empfangsbedürftig*) hususu son derece tartışmalıdır.³³ İsviçre ve Türk hukuk doktrininde çoğunluğun katıldığı görüş, ibranın karşı tarafa varması gereken tek taraflı bir hukuki işlem (*einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft*) olduğudur. Buna göre, ibra, hüküm ve sonuçlarını karşı tarafa varmak ile doğurur, ancak ibranın gerçekleşmesi için, ibra edilen kimsenin bunu kabul etmesine (*Annahmebedürftig*) gerek yoktur.³⁴ Gerçekten de, Türk ve İsviçre hukuklarında ibraya yüklenen anlam karşısında, şirket açısından tazminat hakkından vazgeçme iradesinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, bunun karşı tarafa varması gerekir. İbra kararının muhatabının kabu-

³² Ağdağ-Güney, Banka Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Edilmiş Olmasının Bankacılık Kanununa İstinaden Açılan Şahsi İflas Davasına Etkisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, 49, 52.

³³ Tartışmalarla ilgili olarak bkz. Ağdağ-Güney, ibra, 53 dn. 13.

³⁴ Piconi, 21 vd.; Meier-Wehrli, Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. Einer Bank gem. Art. 754 vd. OR/41 vd. BkG, Zürich 1968, 120.

lüne ise ihtiyaç yoktur. Zira ibranın tek taraflı varması gereken irade beyanı olması nedeniyle muhatap reddetse bile, ibra edilmiş olacak, hakkında sorumluluk davası açılmayacaktır.

İbra, genel kurulun tek taraflı irade beyanının sorumluluk atfedilen yönetim kurulu üyelerine ulaşması ile meydana gelir. Öte yandan, genel kurulun verdiği geçerli bir ibra kararı, ortak tarafından ilgili hesap döneminde³⁵ gerçekleştirilen işlemler sebebiyle tazminat talebi bulunmadığının ikrarı anlamına gelir. Başka bir deyişle, ibranın menfi borç ikrarı olması nedeniyle, ortaklığın, derneğin veya kulübün sorumluluk davası açma hakkı ortadan kalkar. Kulüp yönetim kurulu üyeleri, daha sonra kendileri aleyhine sorumluluk davası açılacak olursa, haklarında verilmiş ibra kararını gerekçe göstererek, davaya itiraz edebilirler.

2. İBRANIN KAPSAMI

İbra kararı ile birlikte, yönetim kurulu organ olarak değil, yönetim kurulunun üyesi sıfatı ile bu organın sorumluluğunu taşıyan kimseler ibra edilmiş olurlar. TTK md. 380'de yer alan düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı gibi, hesapların onaylanması ile kurullar veya organlar değil, bunların üyeleri ibra edilmektedir.³⁶ Anılan bu maddeye göre, bilançonun tasdikine dair olan umumi heyet kararı, aksine sarahat olmadığı takdirde, idare meclisi azalarıyla müdürler ve murakıpların ibrasını tazammun eder.³⁷ Bu durumda

³⁵ *Watter/Dubs*, Der Déchargebeschluss, AJP/PJA 2001, 908, 909.

³⁶ *Müller*, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich Basel Genf 2005, 350 vd.; *Ağdağ-Güney*, İbra, 54.

³⁷ Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 698/2, genel kurulun yalnızca yönetim kurulunu ibra edeceğini hükme bağladığından, şirketin işlerini görmekle görevli kimseler örneğin müdürler genel kurulun kararı ile ibra edilmiş olmazlar. Onların ibrası için yetkili organ yönetim kuruludur. Ancak ana sözleşme ile bu yetki genel kurula bırakılmış ise, genel kurul söz konusu müdürleri ibra edebilir (*Müller*, 351; *Watter/Dubs*, 909). Bu nedenle mevaz kanuna göre yönetimde de görevli, fakat genel kurula doğrudan hesap verme durumunda olmayan ve yönetim kuruluna veya genel müdürlüğe bağlı, müdür yardımcıları, ticari mümessiller, ticari vekiller ve şube müdürleri ibra edilenler kapsamına girmezler (*Picenoni*, 36; *Müller*, 351).

TTK md. 380'in spor kulüplerine kıyasen uygulanması halinde, genel kurulda aksi kararlaştırılmadığı sürece kulübün hesaplarının onaylanması ile birlikte yalnızca yönetim kurulu üyeleri değil, müdürler ve murakıplar da ibra edilmiş olacaktırlar.

Genel kurul, yönetim veya denetim kurulu üyelerini ve müdürleri bunların bütününe kapsayacak şekilde tek bir kararla ibra edebileceği gibi, her bir üye ve müdür hakkında tek tek karar vermek suretiyle bazı üyelerin ibrasından imtina edebilir. Böylece genel kurul, ibra edilmeyen üye hakkında sorumluluk davası açma hakkını saklı tutmuş olur. Açık veya örtülü olsun herhangi bir çekince içermeyen ve bir bütün olarak verilen ibra kararının ise, bütün yönetim kurulu üyelerini kapsadığı kabul edilir.³⁸

İsviçre ve Türk Hukuk doktrininde ibra, sadece genel kurulun bilgisine ulaşan işlem ve konuları kapsar.³⁹ Gerek sunulan belge ve hesaplardan, gerekse yapılan ek açıklamalardan, genel kurulda anlaşılan veya genel kurulca bilinebilecek, tanınabilecek konu ve işlemler⁴⁰ ibranın kapsamını belirler.⁴¹ Burada bilânço kavramı yo-

³⁸ *Meier-Wehrli*, 121; *Aytaç*, 81 vd.

³⁹ BGE 95 II 320 "...Wie jede Willenserklärung muss die Entlastung in dem Sinne verstanden werden, den ihr der Empfänger in guten Treuen vernünftigerweise geben darf. Sie wirkt als Verzicht der Aktionäre auf die Verantwortlichkeitsklage gegen die Mitglieder der Verwaltung nur in Bezug auf die Tatsachen, die der Generalversammlung klar und vollständig zur Kenntnis gebracht worden sind, sei es dass sie aus den ihr vorgelegten Schriftstücken oder den ihr gemachten Mitteilungen hervorgehen, sei es, dass es sich um notorische oder doch allen Aktionären bekannte Tatsachen handelt." *Picenoni*, 39, 40; *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, Anm. 437; v. *Steiger*, Fritz, Das Recht der Schweizerischen Aktiengesellschaft, Zürich 1968, 261; *Müller*, 353 vd.; *Aytaç*, 85 vd.; *Helvacı*, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, 138.

⁴⁰ İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 tarihinde yapılan değişiklikle "bilinebilme" (*Erkennbarkeit*) ibranın kapsamından çıkarılmış, ibra genel kurulun bildiği hususlarla sınırlandırılmıştır. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 Anm. 129; *Widmer/Banz*, BSK-OR II, Art. 758 Anm. 3; *Metzler/Schmuki*, Voraussetzungen und Folgen der Déchargeerteilung der Generalversammlung an den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, AJP/PJA 2001, 945, 947; *Watter/Dubs*, 911 vd.

⁴¹ *Meier-Wehrli*, 127; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 36 Anm. 129; *Arslanlı*, 183; *Aytaç*, 85 vd.; *Çamoğlu*, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu

rumlanırken kâr ve zarar hesabının yanı sıra, yıllık faaliyet raporu ve denetçi raporu ve genel kurula bilgi ulaştırılan diğer kaynaklar da bu kavrama dâhil edilmelidir.⁴² İbranın kapsamını belirleyen “genel kurulun bilgisine ulaşma” ölçüsü, bu belgelerin birlikte ele alınmasını zorunlu kılar. İbranın genel kurulun bilgisine ulaşan işlemleri kapsamı ile kastedilen, gerek genel kurula ulaşan belgelerden, gerekse sözlü açıklamalardan,⁴³ vasat (orta yetenekte)⁴⁴ bir ortağın anlayabileceği hususlardır.⁴⁵ Genel kurulun bilebilme veya değerlendirme ölçüsü Türk Hukuku’nda benimsenen görüş doğrultusunda, orta yetenekli bir pay sahibi esas alınarak saptanır. Buna göre, vasat bir pay sahibinin gerekli özeni göstermesine rağmen anlayamayacağı hususlar da, genel kurulun bildiği varsayılmaz.⁴⁶

Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2007, 216; *Ansay*, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982, 150; *Helvacı*, 138.

⁴² Genel Kurulun bilgi edinmesini sağlayan ve ibranın kapsamını tayin eden kaynaklardan en önemlisini, bilanço teşkil eder. Çünkü bilanço, ortaklığın ekonomik durumunu gösterir ve önceki bilançolarla karşılaştırılarak mali gidişin anlaşılmasını sağlar. TTK ibranın tayininde bilanço esasa alınmış ve bunu da açıkça belirtmiştir. Bilançonun açık ve kolay anlaşılabilir olması, eksiksiz bir şekilde düzenlenmesi ve ortaklığın durumunu gerçek bir şekilde yansıtması, hem TTK md. 75 hem de md. 380’in bir gereğidir.

⁴³ Genel kurul belgelerle bilgilendirilebileceği gibi sözlü olarak da bilgilendirilebilir. *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, Anm. 443.

⁴⁴ Yargıtay da kararlarında bu ölçüyü esas almaktadır. 11. HD, 8. 2. 1999, E. 1998/9079, K. 1999/636 “...İbra, sadece genel kurulun bilgisine sunulan işlemleri içerir. Açıklanmamış ve belgeye dayandırılmamış ve vasat yetenekli bir ortağın anlayamayacağı konularda ibra yok sayılır. Bütün bu hususlar genel kurulda ortaya konulup görüşüldükten sonra, yöneticilerin sorumluluk halleri ve ortaklığa verdikleri zarar açıkça saptanıldığı halde, genel kurulca sorumluluk davası açılmasına yer olmadığına ve ibraya karar verildiği takdirde, böyle bir ibraya geçerlilik tanınabilir.”

⁴⁵ Buna karşın İsviçre doktrini ve yargı kararlarında, genel kurulun bilebilme ve değerlendirme ölçüsü olarak iyi bir aile reisinin kendi yatırımlarını kontrol etmesinde gösterdiği özen ölçüsü (*Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters bei der Kontrollierung seiner Kapitalanlagen*) esas alınmaktadır. BGE 65 II 14; *Meier-Wehrli*, 127; *Schucany*, Emil, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, Art. 698 Anm. 7; *Bürgi*, Art. 724 Anm. 13.

⁴⁶ *Arslanlı*, 183; *Aytaç*, 103; *Çamoğlu*, 216 vd.; *Çelik*, Aydın, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara 2007, 194.

Bu açıklamalar doğrultusunda spor kulüplerinin genel kurulunun bilebilme ve değerlendirme ölçüsü olarak, orta yetenekli bir kulüp üyesi esas alınmalı vasat bir üyenin gerekli özeni göstermesine rağmen anlayamayacağı hususlarda genel kurulun bildiği varsayılmamalıdır.

3. İBRA KARARININ İPTAL EDİLEBİLİRLİĞİ VE GEÇERSİZLİĞİ

İbra kararı, mutlak hükümsüzlükle sakat olabileceği gibi iptale de tabi olabilir. İbra kararları, bir genel kurul kararı olmaları itibarıyla, genel kurul kararlarının sakatlığına ilişkin TMK md. 83 hükümlerine tabidir. Bu düzenlemeye göre:

“Toplantıda hazır bulunan ve kanuna veya tüzüğe aykırı olarak alınan genel kurul kararlarına katılmayan her üye, karar tarihinden başlayarak bir ay içinde; toplantıda hazır bulunmayan her üye kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak üç ay içinde mahkemeye başvurmak suretiyle kararın iptalini isteyebilir.”

Bir genel kurul kararının hükümsüzlüğünün ileri sürülebileceği veya iptalinin istenebileceği bütün durumlarda, kararın konusunu teşkil ediyorsa ibra yok veya hükümsüz sayılacak veya mahkemece iptal edilebilecektir. Bir başka deyimle, mutlak hükümsüzlükle sakat ibra kararları dışındakiler kanuna ve tüzüğe aykırılık gerekçesiyle TMK md. 83’e istinaden iptal ettirilebilirler.⁴⁷

Eksik veya yanlış bir bilanço bilgilerine dayanılarak verilen ibra kararı, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Yani ortaklığa/spor kulübüne, pay sahiplerine/kulüp üyelerine ve alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. Bilançonun eksikliğinin veya yanlışlığının sabit olması halinde ibra edilen kimselerin ortaklığa/spor kulübüne karşı sorumluluğu sona ermez, ibranın menfi borç ikrarı olma özelliği sona erer.

⁴⁷ TTK md. 381 den farklı olarak burada objektif iyi niyet kurallarına aykırılık bir iptal sebebi olarak görülmemiştir.

IV. KULÜP YÖNETİCİLERİNİN İBRA EDİLMİŞ OLMALARININ SORUMLULUK DAVASINA ETKİSİ

İbranın, bir menfi borç ikrarı içermesi nedeniyle, bu kararın verilmesinin ardından kulüp, artık yönetim kurulu üyelerine karşı söz konusu döneme ait ve ibranın kapsamına giren işlemlerden dolayı, sorumluluk davası açamaz. İbra ile genel kurul, gerçekten var olan veya olası bir alacağından, yani tazminat davası açmak hakkından vazgeçmektedir. Genel kurulun ibra kararı alması ile birlikte, kulübün uğradığı zarar dolayısıyla sorumluluk davası açma hakkı sona erer. Bir başka anlatımla kulüp ibra ettiği yöneticilere artık rücu edemez. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin ibralarının reddi, genel kurul tarafından sorumluluk davası açma hakkının saklı tutulduğu anlamına gelir.

Genel kurul tarafından alınan ibra kararının alacaklılara etkisine gelince. Yukarıda da değinildiği üzere, TMK md. 50 tüzel kişinin sorumlu olduğu hallerde borca aykırı davranan veya haksız fiili gerçekleştiren organın kusurlu bulunması halinde organ sıfatına sahip kişi ya da kişilerin de zarar görene karşı sorumlu olacağını belirtmektedir. Bu durumda zarar görene karşı hem kusurlu organ, hem de spor kulübü sorumludur ve aralarında eksik teselsül bulunur. Genel kurul ibra kararı vererek kendi dava açma hakkından feragat edebilir, ancak kulübe karşı üçüncü kişi konumunda olan alacaklıların hakları üzerinde tasarrufta bulunamaz. Zira alacaklıların dava hakkı da şirketin dava hakkından bağımsızdır. Bu nedenle alacaklılar, genel kurul tarafından ibra edilmiş kulüp yöneticilerine karşı gerek doğrudan gerekse dolaylı zararlarına⁴⁸ istinaden dava açabilirler.

⁴⁸ Ancak alacaklıların dolayısıyla zarara istinaden açtıkları davada hükmedilen tazminatın kulübe ödenmesi gerekir (TTK md. 309 kıyasen).

SPORUN BİR DALI OLARAK FUTBOLDA MÜŞTEREK BAHİS VE CEZA HUKUKU*

Yard. Doç. Dr.Özlem YENERER ÇAKMUT**

I. GİRİŞ

Spor, kişisel ya da toplu oyunlar biçiminde yapılan, genellikle yarışmaya yol açan, kimi kurallara göre uygulanan beden hareketlerinin tümüdür². Bu hareketler günümüzde öyle farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır ki, bilinen ve sürekli göz önünde olan dalların dışında da dünya üzerinde yaşayan her bir insanın ilgisini çekebilecek farklı biçimlerine rastlanmaktadır.

Hangi türü olursa olsun belirlenen kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmek koşuluyla sporun yapılması daima desteklenmiş, insanların bu yöne doğru eğilmesi için teşvikler yapılmış, içinde olmasalar da dışardan ilgilenmelerine olanak sağlayacak girişimlere izin verilmiştir. Dışardan gerçekleştirilen katkı izleyici boyutunda olabileceği gibi faaliyetin bizzat içinde bulunulmasa da o hissi yaşatacak nitelikte işlemlerin yapılması şeklinde de olabilir. Bu biçimde bazı yorumlar ve tahminlerle değişen miktarlarda ve şekillerde kazanımlar elde etmek söz konusu olabilmektedir. Yasal sınırları içinde olduğu sürece bu kazanımlara ulaşılabilmesi amacıyla

* Bu metin, 27-30 Kasım 2008 günleri arasında Ankara'da gerçekleştirilen 1.Dünya Adli Bilimler ve Spor Kongresi'nde sunulan tebliğ metnidir.

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

² Türkçe Sözlük, 2 (L-Z), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983, 1084.

kurulan alt yapı bu yapıyı oluşturan mekanizmalara da yararlı dönüşümler sağlamaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte yasal olanın sınırları içinde kalmak her zaman mümkün olmamaktadır. Özellikle maddi menfaatleri artırma hırsı kişilerin yasal yollar dışına çıkmasına neden olmakta bu ise kişi ve devletin hak ve menfaatlerinin ihlali sonucunu doğurmakta ve böylece insanlar suç yoluna girmektedirler. Bu noktada sporun, ceza hukuku ile kesişim alanını oluşturmaktadır. Nitekim bugün ele alacağımız konu da bu kesişim alanlarından biridir.

II. BAHİS-MÜŞTEREK BAHİS KAVRAMLARI

Konumuzu iyi anlayabilmek için bahis-müşterek bahis kavramlarını ortaya koymak gerekmektedir. *Bahis*, kelime anlamı itibarıyla “kanısında ya da savında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesini kabul eden sözlü anlaşma” demektir³. *Müşterek bahis* ise kelime anlamı itibarıyla, “at yarışlarında, en az iki koşuda yarışan hayvanlardan birinin kazanmasına bağlanan talih oyunu” biçiminde ifade edilmektedir⁴. Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon Ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁵ m.3/f’de ise müşterek bahis; “*Sonucun kısmen iştirakçinin becerisine kısmen de tesadüfe bağlı olduğu yurt içinde ve yurt dışında tertiplenen her çeşit yarışma, müsabaka, spor oyunları ile herhangi bir olay veya durum üzerine, sonucun tahmin edilmesi esasına göre oynatılan ve iştirak edenler arasından doğru tahmin edenlere önceden belirlenen adet, tutar, oran veya misli olarak ikramiye kazandıran oyunları*” ifade etmektedir.

Şans oyunları alanında ön plana çıkan müşterek bahis kavramı spor alanında önceleri daha çok at yarışlarına özgü bir kavram olarak kabul görmüş ancak daha sonraları sporun her alanında var-

³ Türkçe Sözlük, 1 (A-K), Türk Dil Kurumu, Ankara 1983, 108.

⁴ <http://tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, 23.11.2008, saat.13.21.

⁵ 14.03.2007 Gün ve 5602 sayılı Yasa (RG 21.03.2007, No.26469).

lığını hissettiren daha geniş anlamlar yüklenen gerçek bir olgu olarak benimsenmiş ve kullanılmıştır. Yasa maddelerinde de müşterek bahis tanımları yapılmaktadır. Nitekim kavramın belirtildiği Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli Ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yapıtırılması Hakkında Kanun⁶ m.2/1-h'ye göre müşterek bahis; “yurt içinde ve yurt dışında düzenlenen spor müsabakalarına ait sonuçların tahmin edilmesi üzerine oynatılan, hasılatın önceden belirlenen ikramiye yüzdesinin, doğru sonucu tahmin eden iştirakçiler arasında paylaştırıldığı bahis oyunlarını ifade eden” kavram olarak anlamlandırılmaktadır⁷. Yine Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tüzüğü⁸ m.2’de müşterek bahisten kastın; “tertiplenecek futbol müsabakalarından, bu Tüzük hükümleri dahilinde, Teşkilatça tesbit edilecek adedte müsabaka sonuçlarının önceden tahmin edilmesi ve tahmindeki isabet derecesine göre dağıtılacak ikramiyelerden faydalanılması” olduğu ifade edilmiştir.

Futbol Ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis Ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁹ m.1’e göre; “Futbol ve diğer spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunlarını düzenleme hak ve yetkisi Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne aittir. 10/71953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun, 4/4/1988 tarihli ve 320 sayılı Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri ile bu kuruluşlara verilen müşterek bahis ile şans oyunları oynatma hak ve yetkileri saklıdır”. Aynı Yasa’nın 2.maddesine göre ise, “Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü futbol ve diğer spor müsabakalarına dayalı olarak sabit ihtimalli ve müşterek bahisler ile şans oyunlarını düzenleme hak ve yetkisini, kendisine bağlı, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı eliyle kullanır ve yürütür. Teşkilat Başkanlığı söz konusu yetkisini bizzat

⁶ 21.02.2008 Gün ve 5738 sayılı Yasa (RG 27.02.2008, No.26800).

⁷ <http://www.itusozluk.com/goster.php/m%FC%FEterek+bahis>, 19.11.2008, saat.12.15.

⁸ Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 15.02.1965-6/4372 (RG 26.02.1965, No.11939); <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/5077.html>, 04.11.2008, saat.16.00.

⁹ 29.04.1959 Gün ve 7258 sayılı Yasa (RG 09.05.1959, No.10201).

kullanabileceği gibi kısmen veya tamamen özel hukuk tüzel kişilerine devredebilir veya mal ve hizmet satın alma yoluna gidebilir". Nitekim Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli Ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Yasa, müşterek bahsin özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılma usul ve esaslarını belirlemek amacıyla kabul edilmiştir. Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tüzüğü'nün 12.maddesine göre, "*müşterek bahis, Teşkilatça bastırılacak kuponlarla oynanır*". Müşterek bahis biletlerinde yazılı müsabakaların sonuçları, Genel Müdürlük tarafından radyo, televizyon veya basın yoluyla ilan edilmektedir (Tüzük m.26). Müşterek bahse gerçek veya tüzel kişiler iştirak edebilmektedir. Ancak gerçek kişilerin reşit olması gereklidir (Tüzük m.27). Ayrıca gerçek ve tüzel kişiler, müşterek bahse en çok 2500 tahmin sütünüyle katılabilmektedirler ve birden çok biletle katılmış olanların oynadıkları tahmin sütünü toplamı 2500'ü aştığı takdirde oynanan biletlerin tamamının hükümsüz sayılacağı Tüzük'te açıkça belirtilmiştir (Tüzük m.28). Öte yandan Futbolda Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği¹⁰, Spor-Toto Teşkilat Müdürlüğüne, futbol müsabakaları üzerine tertip edilecek müşterek bahis oyunlarının şekli ile usul ve esaslarını düzenlemektedir (Yönetmelik m.1).

Müşterek bahis hasılatı iştirakçilerin kolon başına ödeyecekleri iştirak bedellerinin toplamından oluşmaktadır (7258 Sayılı K. m.3). Bu hasılattan zorunlu masraf karşılıkları çıktıktan sonra bakiyenin ne miktarının kazanan bilet sahiplerine, ne miktarının Beden Terbiyesi Umum Müdürlüğü'ne ait olacağı yönetmelikle tespit edilecektir.

II. FUTBOLDA MÜŞTEREK BAHİS, ÖNEMİ, YARAR VE ZARARLARI

Bugün dünyada ve Türkiye'de pek çok bahis oyunu çeşidi bulunmaktadır: At, köpek, horoz vb. yarışlar ve bunlar üzerinde

¹⁰RG 14.08.2002, No.24846, <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/21125.html>, 04.11.2008, saat.16.10.

oyanan bahisler örnek olarak verilebilir. Futbol alanında da benzer nitelikte oyunların oynanması söz konusudur. Yukarıda belirttiğimiz mevzuat irdelendiğinde Türkiye’de futbol karşılaşmaları üzerine düzenlenecek müşterek bahis oyunlarının tertiplenmesi hak ve yetkisinin, online sistem üzerinden terminaller aracılığı ile oynatılması ve sanal ortam alt yapısı ile oynatılmasını da içine alacak biçimde, Spor-Toto Teşkilat Müdürlüğü’ne verildiği görülecektir. Kurum günümüzde bu alandaki müşterek bahisleri *İddaa (Sonuç Tahmini Bahis Oyunu)* biçiminde oynatmaktadır.

İddaa oyunu, 17 Nisan 2004 yılında, Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü tarafından yasa dışı yollarla yurt dışına aktarılan yıllık 600-750 milyon dolar tutarındaki malî kaynağın ülke ekonomisine kazandırılması ve toplumu oluşturan bireylerin bu yöndeki eğilimlerinin Devlet kontrolü ve denetimi altına alınması temel hedefi ile başlatılan spor oyunudur. Yapı olarak Teşkilat tarafından oldukça uzun süredir oynatılan Spor Toto, Skor Toto, Süper Gol gibi spor oyunlarından bir farkı bulunmamaktadır. Kural olarak Spor Toto ile özdeş özellikleri yapısında taşıyan oyunda kazanmak 1,0 ve 2 rakamlarıyla belirtilen maç sonuçlarının veya Skor Toto’da olduğu gibi maçların kesin skorlarının bilinmesi ile mümkündür¹¹.

İddaada kazanmak için program üzerinde ilgili haftanın maçına bakılmak suretiyle kupon üzerinde tahminde bulunmak gereklidir¹². Program ile ilan edilen karşılaşmalar kupon üzerinde futbol karşılaşmasının sonucu veya ilk yarı ile birlikte maç sonucu tahmin edilir ve bu tahmin işaret diliyle kupona aktarılır.

İddaa, iştirakçilerine büyük paralar vaad eden sadece şansa bağlı bir oyun değildir; bilakis oyuncuların Türkiye ve Dünya Ligleri ile ilgili futbol bilgilerini sınamaya yönelik bir tahmin oyunu, bir yarışma niteliğine sahiptir. Söz konusu oyunun talep görmesinin en büyük nedeni, tahmin yapılacak maçların iştirakçiler tarafından belirlenebilmesi ve kazanılacak ikramiye miktarının oyun oynan-

¹¹ http://www.tbmm.gov.tr/komisyonsporda_siddet/spordasiddet_rapor2pdf, 04.11.2008, saat.16.16, 240.

¹² http://www.tbmm.gov.tr/komisyonsporda_siddet/spordasiddet_rapor2pdf, 04.11.2008, saat.16.16, 239.

dığı anda bilinebilmesidir. İştirakçilere hiçbir zaman zor kazanılacak büyük ikramiyeler vaad edilmemekte, az ancak sürekli kazandırma niteliğini yapısında barındırmaktadır¹³.

İddaa oyununda bir kuponda maksimum oyun miktarı 2500 kolon, kazanılacak ikramiye miktarı ise 500bin YTL ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırı aşan miktardaki kuponlar Risk Yönetim Merkezi tarafından oynanmadan geri çevrilmektedir. Risk Yönetim Merkezi'nde 24 saat süreyle çalışan bilgisayar mühendisleri bahisleri takip etmekte, iştirakçinin oynadığı her kuponu terminale girdiği andan itibaren ekranda görüp hangi maça ne kadar oynandığını tespit etmektedirler. Bu biçimde şikeye yönelik bir bağlantı yapılmışsa ya da umulmayan bir yükleme olmuşsa 25 bin YTL'den sonra sistem kırmızı ile işaret vermekte ve kapatılmaktadır¹⁴.

Futbol Müsabakaları Müşterek Bahisler Tüzüğü m.14'e göre tüm şans oyunlarına gerçek veya tüzel kişiler iştirak edebilirler, ancak gerçek kişilerin reşit olmaları yani 18 yaşını doldurmuş olmaları şarttır¹⁵.

1 Ağustos 2008 tarihinden itibaren spor oyunlarına ilişkin müşterek bahislerin sanal ortamlar üzerinden de oynatılması mümkün hale getirilmiştir. Böylece yasa dışı bahislerle mücadele amacına yönelik önemli bir adım atılmıştır. Cep telefonu veya internet üzerinden bahis oynamak isteyenlerin öncelikle sisteme üye olmaları ve oyun ücretlerini ödeyecekleri banka hesabını açtırmaları zorunludur. Ayrıca katılımcıların oyun oynayabilmek için mutlak suretle kendilerine verilen şifreyi kullanmaları gerekmektedir. Yine bu biçimde oynanan bahislerde de maksimum oyun miktarı 2500

¹³ http://www.tbmm.gov.tr/komisyonsporda_siddet/spordasiddet_rapor2pdf, 04.11.2008, saat.16.16, 240.

¹⁴ http://www.tbmm.gov.tr/komisyonsporda_siddet/spordasiddet_rapor2pdf, 04.11.2008, saat.16.16, 240, 247.

¹⁵ http://www.tbmm.gov.tr/komisyonsporda_siddet/spordasiddet_rapor2pdf, 04.11.2008, saat.16.16, 239.

kolonla sınırlandırılmıştır¹⁶. Ayrıca 18 yaşından küçüklerin sanal ortamda bu oyunları oynaması mümkün değildir.

Sporun her dalında olduğu gibi futbolda da kendisine yer bulan müşterek bahsin unsurları: 1)Belli bir organizasyonun varlığı, 2)ticari gaye ile gerçekleştirilme, 3)gelir elde etme amacıdır¹⁷. Unsurlar içinde yer alan ticari gaye ve gelir elde etme amacı bu tür oyunların önemini ortaya çıkartmaktadır. Aynı durum *iddaada* da kendisini göstermektedir. Gelir elde etme amacı bireyleri tek tek veya organize biçimde yasa dışı yollara sapmaya sevk edebilmektedir. Kazanılacak ikramiyenin fazlaşmasını sağlamak amacıyla ulusal eğer o mümkün değilse uluslar arası platformda yasal zeminden uzaklaşmak söz konusu olabilmektedir. Kontrol ve denetimden uzak oynanan her oyun büyük felaketleri ve skandalları da beraberinde getirmektedir.

Öte yandan yasa dışı yolla ne kadar tehlikeli olsa ve engellemek için düzenlemeler yapıлып, uluslar arası işbirliğine gidilse de bu tip oyunların ülke ekonomisine katkısı da yadsınamaz bir gerçektir. Öncelikle önemli bir dövizin yurt dışına kaçışına engel olunmaktadır. Ayrıca klüplere belli oranda para aktarılmakta bu da alt yapı eksikliği ve yeni sporcuların yetiştirilmesi için kullanılmaktadır. Bunun ötesinde elde edilen gelirden belli oranlarda sosyal kamu kurumlarına (Çocuk Esirgeme Kurumu, Kredi Yurtlar Kurumu, Tanıtma Fonu, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ve Savunma Sanayi Destekleme Fonu) aktarılmaktadır. Ayrıca sporcu ve antrenörlerin ödüllendirilmesi için de belli miktarda para kaynak olarak ayrılmaktadır¹⁸.

Geçmişe baktığımızda futbol maçları için bahse tutuşmanın 1880'li yıllarda İngiltere'de başladığını görmekteyiz. İngiliz işçi sınıfının futbola ilgisi, az miktarlarla tutuşulan bahislerin zamanla

¹⁶ http://www.tbmm.gov.tr/komisyonsporda_siddet/spordasiddet_rapor2pdf, 04.11.2008, saat.16.16, 241.

¹⁷ http://www.tbmm.gov.tr/komisyonsporda_siddet/spordasiddet_rapor2.pdf, 04.11.2008, saat. 16.15.

¹⁸ http://www.tbmm.gov.tr/komisyonsporda_siddet/spordasiddet_rapor2pdf, 04.11.2008, saat.16.16, 248.

büyümesine neden olmuş; bu artış bahislere olan talebi artırmış ve 1920'lere gelindiğinde bahis kurumsallaşmaya başlayarak önemli bir ekonomi sektörü haline gelmiştir. 1959'da ise bazı kulüplerin gelirden pay almaya başlaması bu tür oyunların vazgeçilmezler arasına girmesine neden olmuştur. Özellikle teknolojik ilerleme sonucu internet üzerinde oynama olanaklarının ortaya çıkması ciroyu inanılmaz yükseltmekte bu da alınacak kazancı artırmaktadır. Gelirin yükselişi oyunları daha da cazip ve vazgeçilmez kılmaktadır. Çoğu ülkede, Türkiye'de olduğu gibi oyunlar Devlet tekelinde ve dolayısıyla kontrol altında ancak Avusturya ve İngiltere bu kapsamın dışında bulunuyor. Doğaldır ki Devlet tekelinin olmaması kontrolsüz büyümeyi hızlandırdığından daha fazla kazanç için bireylerin konuya adeta tüm dünyadan koparak yönelmelerine neden olabilmektedir. Nitekim bu sektörün içinde olan kimi bahis oranlarını saptayan uzmanların hayatlarını sadece düşünsel istatistikleri, bilgisayar programlarını, konuya ilişkin haberleri ve özellikle sakatlık raporlarını, takımların form eğrilerini ve iki takım arasındaki maçların evveliyatlarını inceleyerek geçirdikleri ve hayattan kopukları belirtilmektedir. Tüm bunların yanında daha fazla kazanma hırsı maçlara hile karıştırmaya dönük arzuları kışkırtan önemli bir etken olarak da karşımıza çıkmaktadır¹⁹. Konuya ilişkin olarak yaşananlara baktığımızda 1980 yılında İtalya'da Rossi'nin karıştığı uyarı niteliğindeki skandal, 1994 Dünya Kupası'nda kendi kalesine gol atan Escobar'ın öldürülmesinde Kolombiya'nın elenmesiyle bahislerde büyük para kaybeden mafyanın rolü olduğuna ilişkin genel kanı, 2004 yılında Almanya'da bazı futbolcuların yanı sıra hakem Robert Hoyzer'in, bahis oynanan maçlarda istenen skorun gerçekleşmesine bizzat yardımcı olduğunun ortaya çıkması²⁰, yine

¹⁹ T. Bora, "Bahis ve Futbol: Bu Nasıl Sevmek?", http://www.alkaralar.com/icerikarastir.php?name=Kose_Yazilari&file=Yazi_oku&sid=199, 04.11.2008, saat.16.45.

²⁰ 2005 yılında Almanya'da futbolda ortaya çıkan şike skandalının baş sorumlusu olarak hakem Robert Hoyzer, 2 yıl 5 ay hapis cezasına çarptırılmış, Berlin-Hackenfelde cezaevinde cezasını çekmiş ve 1 yıl 2 ay cezaevinde kaldıktan sonra, iyi halden dolayı tecilli olarak serbest bırakılmıştır. Berlin Ceza Mahkemeleri Sözcüsü İris Berger, iyi davranışları ve iyi bir sosyal çevresi bulunması nedeniyle avukatlarının başvurusu üzerine Hoyzer'in cezasının geri kalan kısmı-

2004 yılında İtalya'da 19 Klüpten 34 oyuncu, antrenör ve yöneticinin, bahis şiketine bulaşmakla suçlanması ve cezalandırılması, Brezilya'da bahis şirketiyle iş bağlantısı yapan biri FIFA kokartlı iki hakemin 25 maçı istenen sonuçla bitirmelerinin tespit edilmesi ve sonrasında I.Ligdeki 11 maçın tekrarlanması, Çin'de I.Lig takımlarının yarısında bazı oyuncuların, Endonezya ve Makao'daki bahis firmalarıyla yaptıkları işbirliğini skorlara yansıtmaları²¹ olayları futboldaki bahis oyunlarının kötüye kullanımına tipik örnektir.

Kitlelerin kolay, kısa yoldan, en çabuk şekliyle para kazanma emeli özellikle de ekonomik zaafiyetlerin yaşandığı dönemlerde ortaya çıkan acı, ancak gerçek bir olgudur.

III. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Spor müsabakalarını yasalara uygun olarak gerçekleştirilmesi hem o spor dalında profesyonelce faaliyet gösterenler hem sporla amatörce ilgilenenler ve hem de söz konusu spor dalını destekleyen Devlet bakımlarından önemlidir. Bu amacı gerçekleştirmek için mevzuat ayrıntılı düzenlemeler getirmekte; aykırı davranışları da cezalandırmaktadır.

Nitekim futbol alanında Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun²² m.25'e göre; "*Futbol müsabaka ve*

nın, tecilli hapis cezasına çevrildiğini belirtmiştir. Hoyzer, yönettiği bazı maçları manipüle etmek suçundan 2005 yılının Kasım ayında Berlin Eyalet Mahkemesi tarafından 2 yıl 5 ay hapis cezasına çarptırılmış, Leipzig kentindeki Federal Yargıtay da temyiz davasında bu kararı onaylamıştır. Alman Futbol Federasyonu (DFB) da 2005 yılında, Hoyzer'in ömür boyu hakemlik yapmaması yönünde karar almıştır. <http://www.tumgazeteler.com/?a=3912512>, 04.11.2008, saat.12.15. Benzer yönde haberler ve yorumlar için bak. http://www.cbc.ca/sports/columns/newsmakers/hoyer_robert.html, 04.11.2008, saat.12.20; http://en.wikipedia.org/wiki/Robert_Hoyzer, 04.11.2008, saat.12.20.

²¹ T. Bora, "Bahis ve Futbol: Bu Nasıl Sevmek?", http://www.alkaralar.com/icerikarastir.php?name=Kose_Yazilari&file=Yazi_oku&sid=199, 04.11.2008, saat.16.45.

²² 17.06.1992 Gün ve 3813 sayılı Yasa (RG 03.07.1992, No.), <http://www.hukuki.net/kanun/3813.15.text.asp>, 25.11.2008, saat. 23.10.

çalışmalarında kulüpler ve kişilerce disiplin ve sportmenliğe aykırı fiiller ve bunlara uygulanacak müeyyideler, milli ve milletlerarası teamüllere uygun olarak Federasyon Yönetim Kurulu tarafından hazırlanacak esaslarla tespit edilir./ Belirlenecek fiillere uygulanacak cezalar, ihtar, yarışmadan men, hak mahrumiyeti, yarışmayı seyircisiz oynatma, saha kapatma, para cezası, tescil iptali, puan indirme ve küme düşürmedir./ Uygulanacak para cezası, beşyüzmilyar lirayı geçemez, bu miktar her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır”²³.

Futbol spor dalında oynanacak müşterek bahislerin meşru zeminde cereyan etmesi de taraflar bakımından büyük önem taşımaktadır.

Futbol Ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis Ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Yasa'nın 5.maddesinin son haline göre, “Kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın, spor müsabakaları ile ilişkili olarak sabit ihtimalli veya müşterek bahis oynatanlar, oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır./ Yurt dışında oynatılan her çeşit bahis veya şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Her türlü bahis veya şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır./ Kişileri, reklam vermek ve sair surette, her türlü bahis veya şans oyunlarını oynamaya teşvik edenler, altı aydan iki yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır./ Bu maddede tanımlanan suçlarla bağlantılı olarak, her türlü bahis veya şans oyunlarının oynanmasına tahsis edilen veya oynanmasında kullanılan ya da suçun konusunu oluşturan eşya ile bu oyunların oynanması için ortaya konulan veya oynanması suretiyle elde edilen her türlü mal varlığı değeri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin

²³ <http://bim.tff.org/tffkanun2005.doc>, 26.11.2008, saat.11.38.

hükümlerine göre müsadere edilir./ Bu maddede tanımlanan suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur./ Bu maddede tanımlanan suçlarla ilgili olarak, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun erişimin engellenmesine ilişkin hükümleri uygulanır”.

Amatör ve profesyonel futbol müsabakalarında disiplini sağlamak, disiplin kurullarının oluşumunu, çalışma ve yargılama usul ve esaslarını belirlemek, disiplin ihlali oluşturan fiilleri ve bunların cezalarını saptamak amacı ile düzenlen (FDT m.1) Futbol Disiplin Talimatı, 29.-49. maddeleri arasında disiplin ihlalini oluşturan hareketleri belirlerken; 18.-28.maddeler arasında da söz konusu ihlallere uygulanacak disiplin cezalarını göstermiştir²⁴. Futbol Disiplin Talimatı'nın 29.maddesinde “*Sportmenliğe Aykırı Hareket*” düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “(1)*Sportmenliğe veya spor ahlakına aykırı hareket eden, tutum ve davranışlarıyla TFF'nin saygınlığını zedeleyen ya da futbolun değerini düşüren kişi veya kulüpler müsabakadan men, hak mahrumiyeti cezası veya para cezası ile cezalandırılır./ (2)Sportmenliğe aykırı hareket eden futbolculara ve diğer kişilere iki veya daha fazla müsabakadan men veya süreli hak mahrumiyeti cezası verilir”.* Talimatta yer alan ve müşterek bahislerle doğrudan ilgili iki düzenleme dikkat çekicidir. Bunlardan ilki m.44'de yer alan “*Müsabaka Sonucunu Etkileme*”; diğeri ise m.45'deki “*Bahis*” düzenlemeleridir. Bu hükümlerden m.44; “(1)*Müsabakanın sonucunu hukuka veya spor ahlakına aykırı şekilde etkilemek veya buna teşebbüs etmek yasaktır. Bir futbolcuya veya kulübe teşvik primi verilmesi de bu kapsamdadır./ (2)Bu hükmü ihlal eden kişiler, bir yıldan üç yıla kadar müsabakalardan men veya hak mahrumiyeti cezasıyla; kulüpler ise küme düşürme cezasıyla cezalandırılır. İhlalin ağırlığına göre küme düşürme cezasına ek olarak puan indirme cezası da verilebilir./ (3)İhlalde sorumluluğu bulunan kişi veya kulüplere ayrıca para cezası verilir./*

24

<http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMAT2008/Futbol-Disiplin-Talimatı-12-11-2008-SON.pdf>, 26.11.2008, saat.11.40.

(4)Anılan yasağın hakemler tarafından ihlali halinde sürekli hak mahrumiyeti cezası verilir” biçimindedir. Talimatın 45.maddesi ise; “(1)Profesyonel liglerde yer alan kulüplerin yöneticilerinin, müsabaka görevlileri ile diğer görevlilerin ve futbolcuların futbol müsabakalarına ilişkin olarak düzenlenen bahis ve benzeri şans oyunlarına doğrudan ya da dolaylı olarak katılması yasaktır./ (2)Aksine hareket eden kişiler, üç aydan bir yıla kadar müsabakalardan men veya hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

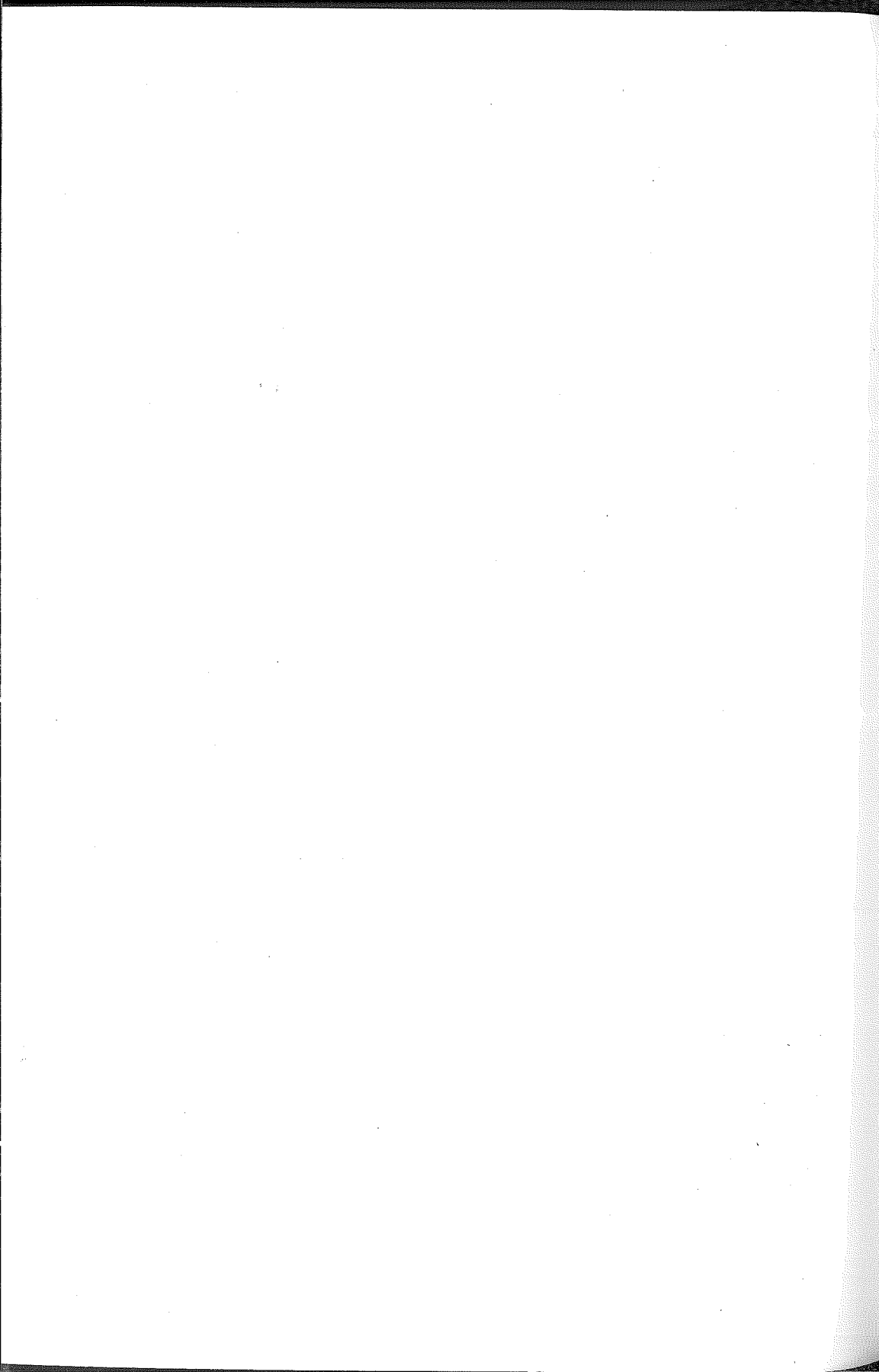
5237 Sayılı Türk Ceza Yasası’nda müşterek bahsi konu alan özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla sorun özel yasalardaki düzenlemeler dikkate alınarak çözüme ulaştırılacaktır. Ancak kişiler arası ilişkiler ceza hukukunun kapsama alanında kalan biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin maç skorunu etkilemek amacıyla hakeme para vermek, oyuncularla anlaşmak, onları veya kulüpleri tehdit ve cebirle bazı davranışlara (kaybetme veya kazanma yönünde) zorlamak, yerine göre rüşvet, cebir, tehdit gibi bazı suçların ortaya çıkmasını sonuçlayabilecektir.

Öte yandan Türk Ceza Yasa’nın 228.maddesinde “(1)Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama” başlığı altında bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre; “Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi, bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır./ (2)Çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlanması halinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır./ (3)Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur./ (4)Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır”. Benzer düzenleme Kabahatler Yasası m.34 ve İnternet Ortamında Yapılan Yayınların düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Yasa m.8’de bulunmaktadır. Müşterek bahis, kumar kavramı içinde değerlendirilirse bu hükmün ilgililer bakımından uygulanması mümkün olabilecektir.

IV. SONUÇ

Ülkemizde futbol alanında yasal müşterek bahis olarak görülen iddaa, yararlarının yanında zararları yönünden de tartışılan suistimallere açık kapısı olan ancak yine de Devlet kontrol ve denetimi sayesinde yasal zemininden ayrılmasına izin verilmeyen bir tahmin oyunudur. Futbola karşı ilginin çok yoğun olması bu alanda da bahislerin artmasına neden olmuştur. İnsanlar ilgilendikleri konulara ilişkin sahip oldukları bilgi birikimini gelir elde etme yolunda kullanırken bir yandan da sürecin içinde yer almanın keyfini sürmektedir. Dolayısıyla bu tip oyunları yasaklamak yerine denetim mekanizmalarını doğru ve akılcı kurup kullanarak yasa dışı eğilimlerin önüne geçerek oynatmak tarafların menfaatleri bakımından daha yerinde olacaktır.

Her alanda olduğu gibi bu konuda da yasal olanın dışına çıkma çabası daima olacaktır. Bu nedenle etkin araçların yardımıyla sorunları çözmek mümkün olabilir. Özel yasalarda konuyu düzenlemek ve istenmeyen fiilleri yaptırıma bağlamak yerinde bir yaklaşımdır, ancak Türk Ceza Yasası'nda da genel nitelikte bir düzenlemeye gitmek caydırıcılığa katkısı bakımından mümkün olabilecektir.



YENİ BİLGİSAYAR CEZA HUKUKU*

Prof. Dr. Eric HILGENDORF**

Çeviren: Aylin DAĞLAR***

GİRİŞ

80'li yılların ortalarına kadar bilgisayarın özel alanlarda kullanılması çok nadirdi. Oysa şimdi hemen hemen her Alman'ın kendisine ait en azından bir özel bilgisayar bulunmaktadır. Aynı zamanda, dijital çalışan ev aletleri sayısı her geçen gün artmaktadır. İnternette özel ve mesleki amaçla faydalanılması artık olağan sayılmaktadır. Günümüzde internet, trafik ağı gibi kamusal yapının vazgeçilmez bir parçasıdır. Abartısız yaşamımızın kapsamlı dijitalleşmesinden bahsedilebilir. Bu yüzden dünyamızın *kapsamlı dijitalleşmesinden* bahsetmek abartı olmaz.

Yeni bilgi ve iletişim teknolojilerinin yayılmasıyla birlikte, yeni sosyal zararlar ve kriminal davranış şekilleri ortaya çıkmıştır. Alman kanun koyucusu bu olumsuz gelişmeye karşı erken tepkide bulunarak 1986 yılında ekonomik suçlarla mücadeleye ilişkin ikinci kanunu yürürlüğe sokmuştur. Daha önceden çıkarılan Bilgi-

* Yazı, 21 Mart 2007'deki Federal Almanya Parlamentosunun idari kuruldaki resmi dinleme için bilgisayar suçlarıyla mücadeleye ilişkin bir ceza hukuku değişiklik kanunu tasarısıyla ilgili düşünceme (30. 11. 2006'daki Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayını No: 16/3656) dayanmaktadır.

** Julius-Maximilians (Würzburg) Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

*** Julius-Maximilians (Würzburg) Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

sayar Ceza Hukuku'nun hükümleri esas itibariyle bugün hala yürürlükte bulunmaktadır. Avrupa genelinde son yıllarda Bilgisayar ve İnternet Ceza Hukuku için pek çok düzenleme yapıldı¹. Bunlardan en önemli ikisi, 23 Kasım 2001 tarihli² Avrupa Konseyi'nin Bilgisayar Suçları Hakkında Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 24 Şubat 2005 tarihli Bilgi Sistemlerine Haksız Müdahalelere İlişkin Çerçeve Kararıdır.³

Bilgisayar Suçlarıyla Mücadeleye ilişkin 7 Ağustos 2007 tarihli 41. Ceza Hukuku Değişiklik Kanunu vasıtasıyla (Al. CDK) Siber Suç Sözleşmesi ve Çerçeve Kararı'nın hükümleri Alman Hukuku'na tahvil edilmeliydi.⁴ Çerçeve Kararı'nın 12. maddesinin 1. fıkrası, üye ülkeleri 16 Mart 2007'ye kadar kararı iç hukuka aktarmaları konusunda yükümlü tutmaktadır. Federal Hükümet tarafından bu amaca yönelik hazırlanmış olan tasarı⁵, zaman darlığına rağmen birçok ayrıntılar⁶ ve ana tema açısından yeterlidir. Günlük yaşamımızın dijitalleşmesi o kadar ilerledi ki, bilgisayar bağlamında haksızlığı açık ve ayırt edilebilir bir şekilde tanımlamak zorunluluğu söz konusu iken, Bilgisayar ve İnternet Ceza Hukuku'nun uygulama alanının yoğun bir şekilde genişlemesi tehlikesinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bu nedenle burada Tasarı'nın Suçluluk Tehlikesi konusunda ayrıntılı bir şekilde dikkat ettiği ve

¹ Genel olarak bkz. *Hilgendorf*: Schwarzenegger/Arter/Jörg, Internet-Recht und Strafrecht, S. 257 vd.; özetlenmiş *Hilgendorf/Frank/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, kenar numara 65 vd.

² ETS No. 185.

³ Hüküm 2005/222/JI, ABl. EU Nr. L 69, 16 Mart 2005, S. 67.

⁴ Ayrıntılı olarak: *Gercke*, MMR 2004, 728 vd. Bunun, kanunun gerekçesinde de (Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 7) belirtilen çocuk pornografisiyle ilgili Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin başarıyla uygulanması gerekliliğine işaret edilmektedir. Ayrıca karşı. Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3439.

⁵ Federal Almanya Parlamentosu'nun matbu 16/3656 ve ayrıca uzmanlar Borges, Bruns, Gercke, Graf, Hange, Hilgendorf, Kudlich, Lindner ve Stuckenberg düşüncelerine bkz.: www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeungen/15_Computerkriminalitaet/04_Stellungnahmen/ (15.10.2007).

⁶ Bununla ilgili haklı olarak eleştirici olan *Kudlich* (5. dipnot), S. 2.

temel olarak suç unsurlarının dar kapsamına önem verdiği konusu pozitif olarak tespiti edilebilir. Buna karşın, Al. CK'nun 202c paragrafının geniş tutulmuş olması üzücüdür.

VERİLERİN İZLENMESİ (AL.CK Prg. 202A)

Al. CK'nun 202a paragrafının 1. fıkrası şu hükmü içermektedir:

“Her kim yetkisiz olarak kendisine ya da başkasına ait olmayan ve yetkisiz girişe karşı özellikle korunmuş veriye, giriş korumasını aşarak giriş sağlarsa, üç yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılır.”

Al. CK'nun yeni 202c paragrafında hazırlık hareketlerinin cezalandırılacağı düzenlenmesine rağmen, burada teşebbüs öngörülmemiştir.⁷ Artık fiil, failin kendisine ya da başkasına veriyi sağlaması değil, fiil kendisine ya da başkasına *veriye giriş* sağlamasıdır. Böylece “Hacking” (yani yabancı bir bilgisayar sisteme girmek) tek olarak cezasal kapsama alınmaktadır⁸. Bu değişim esas itibariyle pozitif bir şekilde değerlendirilmelidir. Eski veri sağlama fiillerinde⁹ oluşan çeşitli sorunlar sona ermiştir. Tasarı, özel bir koruma şartı koyması hususunda haklıdır. Böylece, Al. CK'un 202a paragrafıyla herhangi bir veri korunmamakta, sadece yetkili-den özel bir korumayla korunması gerekliliği kararlaştırıldıysa, bu korunmaktadır. Buna karşılık, korunmamış veriler Al. CK'un 202a paragrafıyla korunmamaktadır.

Ayrıca, eğer sadece fail “girişin korunmasını aşarak” giriş sağlarsa, fiilin cezayı gerektirmesi yerindedir. Böylece, sadece failin özel bir eylemle gerçekleştirdiği vakalar kapsama alınmış oluyor. Aynı zamanda kişi verilere dikkatsizlik gösteriliyorsa, cezai korumadan mahrum bırakılabilir. Örneğin, çok kolay aşılabilir

⁷ Ayrıntılı olarak *Kudlich* (5. dipnot), S. 4. *Stuckenberg* (5. dipnot), S. 2 “mantıksız sistem bozulması”ndan söz etmektedir.

⁸ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 9 vd.

⁹ *Hilgendorf/Frank/Valerius* (1. dipnot), kenar numarası 683 vd.

bir koruma seçildiyse, böyledir. Bu ifadeden çıkarılan ana fikir, “kendi verileri için şahsi sorumluluk prensibi” ile adlandırılabilir. Kanun açıkça girişi korumanın “aşmasının” şartından bahsettiği için, aynı Al.CK’un 202a maddesindeki gibi, önemsiz olmadığı, yani herkes için kolayca aşılamayacak bir korumayla ilgili olduğu aranabilir.¹⁰ O bakımdan fiil bir viktimoloji dogmatığı unsuru kapsıyor.¹¹

Artık günümüzde veri bilgi depolama ve veri işleme özellikleri bulunmayan elektronik aletler mevcut bulunmadığı için, Alman Federal Konsey 3 Kasım 2006’daki görüşüyle düzenlemeyi fazla geniş olduğu için eleştirmiştir.¹² O zaman tasarıya göre, kim yetkisiz kayıt edilmiş müziği dinlemek için kilitli bir MP3 çalara giriş sağlarsa, ya da genç bir çocuk olarak annesinden ve babasından izinsiz belli bir TV-program için konulmuş şifreyi çözer ve sonra programı seyrederse, suçlu olmaktadır. Böylece hakikaten problemlili bir nokta oluşmaktadır. Alman Federal Hükümeti, özel giriş koruma suç tipin niteliğiyle kuşku durumlarda Al. CK’un 202a paragrafının uygulama alanından çıkarılması¹³ karşı ifadesiyle ikna etmemektedir. Bu iki olayda da (MP3 çaların kilidi, şifre) özel giriş korumalar olduğu ve bu failin fiilleriyle aşılması mümkün olduğundan kaynaklanıyor. Problem esasında Al. CK’un 202a maddesinde (eski metin) ortaya çıkıyor. Fakat bu problem, o kadar vahim değildir. Problem, esas itibariyle son yüz yılın 60lı yıllarında oluşan „hacking“in örneğine dayanmasından kaynaklanıyor. O zamanlar, bir bilgisayarın fonksiyonlarının günlük yaşamdaki her alete takılabileceği tasavvur edilmiyordu. Tipik bir „hacker“ MP3 çalanlara, televizyonlara ya da kaliteli ütüye değil, kompleksli bilgisayar sistemlere saldırır.

Bu sorunun bir sonucu, herhangi bir girişin sağlanması yeterli olduğu olmadığı, sadece failin *bir bilgi hafızası veri belleğine giriş*

¹⁰ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 10.

¹¹ LK/Schünemann, Al. CK. prg. 202a, kenar numara 15.

¹² Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656 (2. ek), S. 16.

¹³ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656 (3. ek), S. 18.

sağladığı durumları kapsamasıdır. Buna göre Al. CK'un 202a paragrafı şöyle oluşabilirdi:

“Her kim yetkisiz kendisine ya da başkasına ait olmayan ve yetkisiz girişe karşı özellikle korunmuş *bir veri taşıyıcısında kayıt olunmuş ya da ona gönderilmiş* veriye giriş korumasını aşarak giriş sağlarsa, üç yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılır.”

“Bir veri taşıyıcısında kayıt olunmuş ya da ona gönderilmiş” niteliğin eklenmesiyle, Kanun koyucu yargısal karara, „hacking“in yeni örneği ve böylece Al.CK'un 202a paragrafını daha net belirtme ve yasak olan giriş korumasını aştıktan sonra müzik çalanların, televizyonların ve başka günlük veri aracılık fonksiyonlu aletlerinin istifadeleri kanuni tipinden çıkartma imkânı vermiştir. Sadece bilgi hafızası veri belleği fonksiyonlu ve verinin kayıtlı aletin genel fonksiyonunun esaslı bir unsur olduğu aletler „hacking“in fiil konusu olarak kabul edilir. Verilerin kaydedilmesi özel olan aletler ve verilerin kaydedilmesi bir yan fonksiyon olduğu aletlerin sınırılması artık zor olmaması, bu görüşe karşı çıkmaktadır. Pratikte gittikçe *kesin aletlerin birleşmesine* oluşmaktadır. Böylece örneğin, (verilerin kaydedilmesi yan fonksiyonu olan) televizyonlar ve (verilerin kaydedilmesi özel fonksiyonu olan) bilgisayarlar yakından kesin olarak ayırt edilemiyorlar. Örneğin günümüzde MP3 çalarlar, her şeyden önce küçük bellek olarak görülmektedir.

Aynı zamanda fiilin kanuni kapsamı da problemlidir.¹⁴ Kanuni tarifi harfiyen uygulanırsa („verilere giriş aşmak“), o zaman eğer „Hacker“ giriş imkanı, verileri yabancı bir sisteme yükleyip ama yabancı verileri indirmeyerek, başarabilirse, Al. CK'nun 202a paragrafının birinci fıkrası uygulanmamaktadır.¹⁵ Normun yorumunun genişlemesinin („yetkisiz verilere giriş imkanı aşmak“) olup olmayacağı, cezanın mutlaklığı ilkesi dolayısıyla kuşkulu görünmektedir.

¹⁴ Gercke (5. dipnot), S. 6.

¹⁵ Gercke'den örnek (5. dipnot), S. 6.

Al. CK'un 202a paragrafının birinci fıkrası anlamında, girişin şartlarının ne zaman sağlanmış olduğu da belirsizdir. Fail girişi aşmaya çabalarsa da (teşebbüs suçu) yabancı veriler için giriş sağlar düşüncesi savunulur. Ancak bu takdirde, suçun tamamlanma anı vahimce ileri ertelenir. Başka bir ihtimal daha var: eğer failin girişine artık *esash* engel bulunmuyorsa, ara adımlar gerekse bile, girişin sağlanması kabul edilir. Kalan giriş engelini „esashlığı“ belirsiz bir kriter olduğu için, bu yorum reddedilmelidir.¹⁶ O zaman, sadece fail *hakki mahfuz verilere hür ve vasıtasız bir giriş* olmasına bakmak kalmaktadır. Yani birçok korunmuş bir sisteme giren „Hacker“ sadece son korumayı aşarsa suçlu olması anlamına gelmektedir. Öbür yandan verilerini sadece bir korumayla ayarlayan tasarruf hakkına sahip olanlar, verilerini bir çok kez koruyan dikkatli tasarruf hakkına sahip olanlardan cezasal daha iyi şekilde bulunuyorlar – hukuk politika görüşüyle bu aşık bir sonuç değil, ama geleneksel ‘almak’ suçlarında (mesela Al. CK. prg. 242) ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak yeni Kanun hükmü o yüzden belki rızayı hak ediyor. Fakat yargı ve hukuk biliminin, normun uygun yorumu ile „hacker“ örneğine uyan kanunu uygulama görevi vardır.

VERİLERİN KONTROL ALTINA ALINMASI (AL.CK Prg. 202B)

Al. CK yeni 202b paragrafı şu hükmü içermektedir:

“Her kim yetkisizce kendisine ya da başkasına ait olmayan teknik aracın yardımıyla (madde 202a Al.CK) resmi olmayan bir veri iletişiminden ya da bilgiişlem teçhizatın elektro-manyetik ışı-nımdan belirli veriler sağlarsa, fiil başka kanunlarda daha ağır bir ceza ile cezalandırılmıyorsa, iki yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla hükmolünür.”

¹⁶ Bu tür bir “önemliliğin” objektif (genel bir ölçüye göre) veya subjektif (failin kabiliyetine göre) şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı dahi şüphelidir.

Suç tipi tasarruf hakkına sahip olanların "kendi" verilerin biçimsel gizlilik talebine yarıyor. "Kendisine ya da başkasına veriler sağlarsa" niteliğın alınmasıyla bu fiilin tasvirin çözülmemiş yorum sorunları Al. CK'un 202a paragrafından¹⁷ (eski metin) yeni 202b maddesine aktarıldı. "Resmi olmayan veri iletişim"ın şartları da belli değil.¹⁸ "Resmi olmayan" unsuru Al. CK'un 201 madde, birinci fıkrada, birinci numarada da (başkasının konuşulmuş resmi olmayan kelimenin teybe kaydedilmesi) kullanılıyor ve orada kamuya hitap edinilmemiş ve özel ya da yansız ilişkilerin kesin ayırılmış insan çevrenin üstünde algılanabilecek ifadeleri kapsıyor.¹⁹ Bu Al. CK'un yeni 202b paragrafına devredilirse, internette e-Mail işlemler esas itibarıyla korunması sonuçlanır. Baştan kontrol edilmeyen gönderilen çevrenin sevkiyatlar hariç. Korunmamış WLAN ağda mesajın aktarılması da kapsanmaktadır. Böylece aktarma şekillerde yabancıнын giriş bulması pek kolay olsa bile²⁰, bu giriş imkânı ama resmi bir mesajla ilgili olmamasından bir şey değıştirmiyor: Eğer gönderilen çevre kesin belirlenmişse (acil vakada hatta sadece bir gönderilen oluyor). Al. CK'un 202b paragrafı verilerin girişe karşı özel bir korumaya gerektirmiyor. Bir bilgiişlem teçhizatın elektro-manyetik ışınım sayesinde verilerin sağlanması, normun metine göre daha yeni iletilmiş olmayan, yani sistemde önceden de kayıt olmuş verileri de ilgilendirebilir. Kanunun gerekçesi o bakımdan anlaşılır.²¹ Failin verileri sisteme saldırarak giriş sağlaması değil, başka bir şekil ile (mesela elektro-manyetik ışınımın kaydıyla), "side-channel-saldırı" olarak adlandırılan durumları da kapsamak için kanuni metnin genişlemesi amaca uygundur²².

¹⁷ Karş. yukarıda 10. dipnot.

¹⁸ *Graf* (5. dipnot), S. 4.

¹⁹ *Fischer*, Al. CK. m. 201 kenar numarası 3; ayrıntılı olarak *Alber*, JR 1981, 495.

²⁰ Bununla ilgili *Thal*'ın, *Wirelaess Local Area Networks* isimli kitaptaki 'Die Strafrechtliche Beurteilung von Wardriving und Anderen WLAN – Angriffen' isimli çalışması ve *Schuhmann*, *NStZ* 2007, 675, 677.

²¹ Karş. Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 11. Buna göre, kaydedilmiş veriler hükümdeki fiilin konusu olmamalıdır.

²² Ayrıntılı olarak *Hilgendorf/Frank/Valerius* (1. dipnot), kenar numara 693.

(Alman ve aynı zamanda Avrupalı) norm düzenlemesinde, Al. CK'nun 202a paragrafının tersine özel bir giriş için korumaya vazgeçmesi göze çarpıyor. Bunun sebebi belli değildir. Bunun sadece teknik durum yüzünden olması mümkün değil. Resmi olmayan veri iletişimler mesela bir şifreyle korunur, elektro-manyetik ışımlar uygun olan teknik emniyet tertibatıyla engellenirler. Al. CK'nun 202a paragrafında (yeni metin) inandırıcı ifadesiyle edinilen kendi veriler için şahsi sorumluluk düşüncesi²³, Al. CK'nun 202b paragrafına uygun olması gibi görünmüyor. Çünkü düşünce-siz verilere yetkili olan kişi dikkatli olan biri gibi aynı şekilde korunuyor. O yüzden „sağlarsa“ kelimenin önüne „özel kilidi aşarak“ sözün katılması düşünülebilirdi. Bu Avrupalı açıklamalarla hala uyum sağlanıp sağlanmayacağı kuşkulu görünüyor. Ayrıca, gönderilen durumda olan verilere kaydedilmiş verilerden daha kolayca saldırılabilir, o yüzden korunmamış kalan veri iletişiminin özel cezai koruma yetkisi de manalı görünüyor. Birçok durumlarda teknik koruma tedbirlerin kullanması uygunsuz bir masrafa bağlı oluyor. Ayrıca sadece faile yetkisiz, resmi olmayan verilerin yüklenmesi Al. CK'nun 202b paragrafı içinde kapsanılmasıyla suç tipinin belli bir sınırlaması böylece başarılı. Oysa „teknik aracın yardımıyla“ fiil unsuru faydasız olabilir. Çünkü, gönderilen verilerin ya da hatta bilgi-işlem teçhizatın elektro-manyetik ışımının saldırısı teknik aracın kullanışı olmadan mümkün değildir.

VERİLERİN İZLENMESİ VE KONTROL ALTINA ALINMASININ HAZIRLANIŞI (AL.CK m.202c)

Al. CK'nun yeni 202c paragrafı şu hükmü içermektedir:

„(1) Her kim madde 202a ya da 202b ye göre bir suçu hazırlarsa ve bunun için

1. Şifreleri veya başka verilere giriş sağlayabilen (madde 202a, ikinci fıkra) koruma kodları, veya

²³ Karş. yukarıda 20 numaralı dipnot.

2. Kendisine veya başkasına bu suçun işlenmesinin niyeti olan bilgisayar programı temin ederse, satarsa, başkasına devrederse, yayarsa veya başka türlü ulaşılabilir hale getirirse, bir yıla kadar hapis cezası veya para cezasına hükmolunur.

(2) 149. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası aynı şekilde geçerlidir.“

Bu yeni maddenin anlamı belli ve özellikle tehlikeli hazırlama fiillerin Bilgisayar Ceza Hukukuna kapsamıdır.²⁴ Kanun koyucunun zilyetliğin kendisi suç olmadığı kararlaması²⁵ rıza hak ediyor. Gerçi Al. CK'un 202c maddesi fazla geniş kaplandı. Al. CK'un 202c maddesinin birinci fıkranın birinci ve ikinci numarasının suç tipleri sosyal açıdan doğru bulunan da, hatta istenen davranışı kapsıyor ve fiillerin önüne koyulan kanun tarifi „kim madde 202a ya da 202b ye göre bir suçu hazırlarsa“ manalı sınırlama yapmak için çok geniş, çünkü „hazırlama“ kelimesi fiilden önce ki her (belki de bağlantısı çok uzak olan) yardımlaşma olarak anlaşılabilir. Alman kanun koyucu Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. paragrafının 2. fıkrasındaki gibi bir açıklayan paragraftan vazgeçti.²⁶ Al. CK'nun 303a paragrafının birinci fıkrası veya 303b paragrafının birinci fıkrasına göre bir suçun hazırlaması aynı Al. CK'un 202c paragrafındaki gibi sayılması için, orda şu problemler ortaya çıkıyor.

Al. CK'nun 202c paragrafının birinci fıkrasının birinci bendinin objektif suç tipi belli haksızlık örneği tanımlanıyor. Bilakis mesela sistem adminlerinin belli verilere giriş sağlayan şifreleri ve emniyet kodları belirleme faaliyetlerini tanımlar. Diyelim bir işletmede veya makamda geçmişte yetkisiz yabancıların verilerine

²⁴ Esaslı eleştiri *Duttge*, bkz.: FS Weber, 2004, S. 285 vd.

²⁵ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 12.

²⁶ Siber Suç Sözleşmesi m. 6, fıkra 2: „*This article shall not be interpreted as imposing criminal liability where the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available or possession referred to in paragraph 1 of this article is not for the purpose of committing an offence established in accordance with Articles 2 through 5 of this Convention, such as for the authorised testing or protection of a computer system.*”

sahip olmak için bu şifreler hep kullanıldı (Al. CK, prg. 202a), bu durumda, yeni şifreler üreten sistem admin belki m. 202c, birinci fıkra, birinci numaraya göre suçlu olur, çünkü „hazırlama“ya dair yine de m. 202a Al. CK'nun bir suçuyla dolus eventualis ile uğraşılıyor. Eğer somut bir suç bile öngörülüyorsa. Şifreleri dağıtan veya emniyet kodları belirten sistem admin böylece bu şifreler veya emniyet kodlar bir „hacker-saldırı“ için kullanılabilir. Büyük şirket veya makamların hemen hemen gündem olabilen hadiseleri m. 202a Al. CK'un suç tipini ifa ettiği için, orda çalışan sistem adminlerin işi sıkıntısız cezasal gri bir alana çekiliyor.

Belirtilen sorunlar Alman Federal Konsey'den önceden görünmüş. Alman Federal Konseyin 3 kasım 2006'deki görüşünde şu örnek bulunur: „Özellikle unutkan ve biraz da itinasız „fail“ (bir makamın veya şirketin hısmı) kendi bilgisayarın etrafında şifresini not ediyor. Temizlikçi bu şifreyi bulma ve kendisini bilgisayara kaydettirme imkanı (bunu yinede yapmadı) tasvir edebilir ve buna katlanıyor.“²⁷ Bu durumda fail kendi şifresini (m. 202c, birinci fıkra, birinci numara) başkasına giriş aşma imkanı verdi ve böylece m. 202a Al. CK'a göre (yeni metin) bir suç hazırladı, Öyle ki, prg. 202c, fıkra 1, numara 1 tamamıyla ifa edilmiştir. Karşı düşünceyle Alman federal hükümeti bu tür durumlarda m. 202a Al. CK'nun anlamında ki bilgisayar suçu eksik olduğundan söz ediyor, çünkü özel bir giriş korumanın aşmasına ulaşılmadı.²⁸ Fakat bu argüman ikna etmiyor: m. 202a veya m. 202b Al. CK'nun metine göre fiil yapılmamalı, bilakis sadece “hazırlanılmalı“. “Hazırlama“ kelimesi her tür yardım işlemdir, m. 202a veya m. 202b Al. CK'na göre asıl fiilin öncesinin anlamına da geliyor. Şifrenin düşüncesiz yerleşmesiyle fail temizlikçiye bilgisayarın emniyet koruyuşu aşma-

²⁷ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 16.

²⁸ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 18. “Özel giriş için koruma”yı aşmaya gerek kalmadığı için, Alman Federal Hükümeti muhtemelen, şifrenin kullanılmasında Al. CK'un 202a paragrafının kalkması gerektiğini düşünmektedir. Bu demektir ki, failin şifrelere zilyet olduğu veya başka şekilde giriş sağladığı anlarda Al. CK'un 202a paragrafı söz konusu olmayacaktır gerekçesi inandırıcı bir görüş değildir.

ve böylece Al.CK 202a maddesinin (yeni metin) suç tipini yapma imkanı veriyor. Bu m. 202c, birinci fıkra, birinci numarasının objektif suç tipin gerçekleşmesine yetiyor.

Almanya'da aktif olan güvenlik şirketlere IT-sistemlerin emniyet tertibatın deneme programları geliştiren, m. 202c, 1. fıkra, 2. numara Al.CK'u daha büyük sorun yaratan kestirmesi zor olan suç riskleri yaratıyor. Saldırma testlerin yürütülmesi için program-aletlerin üretimi ilgilendiriyor. Bu testlerle IT-altyapıların güvenlik eksiklikler araştırılıyor. Bu tür programlar Al. CK'nun 202a veya 202b paragraflarına göre suçların icrasına kullanılabilir; bu yüzden sıkça "dual-use-aletlerden" bahsedilir. Böyle programların belli bir amacı kapsamamasını dikkate değer; tersine programın amacı program yapıcının niyetine ve sonra program kullananın kine uyuyor.²⁹ Programın niyeti onun yeterliğiyle uygun değil. Bu yüzden "objektifleşmiş amaç" veya "objektif amaç belirlemesi" sözü son derece yanlış anlaşılabilir, ki Al. CK'nun 263a paragrafi, 3. fıkrasının bağlamda uzun süredir onaylanılıyor.³⁰

Bu belirsiz terim kullanmanın neticesi yasaların yapılmasında da bile görünüyordu: Bir yandan Alman Federal Hükümeti programın objektif amaç belirlenmesi *aynı zamanda* suçun icrası olması suç tipin gerçekleştirilmesi için yeterli olduğunu açıkladı³¹. Ancak sonra, tersine „dual-use-aletler“de objektif suç tipin gerçekleşmesini iddia etti.³² Şimdiki kanun metini en başta objektif suç tipin kısıtlamasının ihtiyacı aşık belirebilirdi diye büyük tereddütte bırakılmıştır: öreğin kanun „belli amacı“ veya „ağırlıklı olan amacı“ suçun işlemesi olan bilgisayar programlardan bahsetmektedir.

Objektif suç tipin çok geniş kapsamın sınırlaması için de lege lata her ihtimalde subjektif suç tipi olarak yarayabilir. Yalnız Al.

²⁹ Fischer, Al.CK, m. 263a kenar numara 30; karşılaştırınız Ernst, NJW 2007, 2661, 2663.

³⁰ Örneğin sert eleştiri Fischer, Al.CK, m. 263a kenar numara 32. Karşılaştırınız Hilgendorf/Frank/Valerius (1. dipnot), kenar numara 158.

³¹ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 12.

³² Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 19.

CK'nun 202c paragrafı, Sözleşme'nin tersine³³ dolus eventualis'a elverdiği için, bu düzleme kesinlikle yeterli değil. Bu demek ki fail davranışıyla Al. CK'nun 202a veya 202b paragrafına göre bir suçu destekleyebileceği imkanı görüyorsa, yani hazırlıyorsa, yeterli bulunuyor. Fakat fail hangi derecede öyle bir suçu bilincinde kaydetmeli mi,³⁴ acaba hazırlama zamanında yer, zaman ve süjenin özelliklerini düşünmeli mi veya Al. CK'nun 202a veya 202b paragraflarına göre suç tipi destekleyen genel bilinç yeterli mi, bu belirsiz kalıyor.³⁵ Normun metine göre iki tür yorum da mümkündür . 41. Alman Ceza Kanun Değişiklik Kanunu, esas itibarıyla etkileyen kanun koyucunun fazla suçluluğu azaltma amacı³⁶ bakımından, ilk yorum seçeneği üstün oluyor. Öte yandan böyle bir durum, yani Al. CK'nun 202a veya 202b maddelerine göre bir tamamlanmış suç sırasında suçun işlenmesine yardım olarak bile kapsanılır. Öyle ki, ikinci yorum seçeneği ile Al. CK'nun 202c paragrafının subjektif suç tipinin geniş yorumu üstün oluyor, Al. CK'nun yeni 202c paragrafına yaklaşık sonsuz bir uygulama alanı göstermektedir.

Hukuka aykırılık düzeyde hukuki değer sahibin (mesela işletmenin IT-güvenlik mimarisi denemeli olan sahip) rızasında bulunan davranış tarzları dışlanabilir. Fakat bu çıkış güvenlik program belli bir faaliyetten bağımsız geliştirmeli veya intern denemeli olduğu durumlarda başaramıyor. Olasılı rıza da genelde ihtimal dâhilinde olmuyor, çünkü bu hukuki süje ilişkin olan hukuki değer sahibi önceden sorulmalı mümkün olmayan durumlara sınırlandı.³⁷

Al. CK'nun 202c maddesini dar kapsamak için, subjektif suç tipinde başlanılabiliyor ve formüle edinebilirdi: "Kim 202a veya 202b paragraflara göre bir suçu hazırlama *amacıyla*, ...". Cinai (Al. CK'nun 202a veya 202b paragraflara göre suçların işlenmesiyle ilgi

³³ Karş. yukarıda 26. dipnot ("for the purpose of committing an offence").

³⁴ İsbetli olarak *Bruns* (5. dipnot), S. 5.

³⁵ Aynı soru Al. CK. prg. 149, fıkra 1, m. 263a, fıkra 3 ve m. 275 ve Alman Trafik Kanun prg. 22b. fıkra 1, numara 3'de de sorulmaktadır. Ayrıca karş. "tehlikeli araç" terimi tartışması. *Lackner/Kühl*'de zikredilen Al. CK. m. 244 kenar numara 3.

³⁶ Karş. yukarıda I. (S. 128).

³⁷ *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 17 kenar numara 118.

olarak) ve sübjektif suç tarafın şartı dolayısıyla, en azından failin kişiliğinden haksızlık tipi daha açık belirtilebilirdi. Fakat sübjektif suç tipin unsurları hep ispatlama zorluklara yol açabilmesini göz önüne alınmalı. Bu yüzden “de lege ferenda” objektif haksızlık tipi daha belirli ortaya çıkarmasını tercih edilmeli gibi görünüyor. Bu şu metnin sayesinde yapılabilir: “Kim *hedefleyerek* 202a veya 202b paragraflara göre bir suçu hazırlarsa, ...”. Böylece “hedef” kelimesi objektif anlaşılmalı ve Al.CK’un 202a veya 202b paragraflara göre bir suçun işlenmesini hitap edilmiş objektif fark edilebilir fiilleri kastediyor. “Nişanlayarak” kelimesinin dışında (fakat o kadar mühim olmayan) “doğrudan doğruya” terimi kullanılabilir. Aşıl hukuki değer yaralamanın daha az önü kavrayan suç tipi yeterli olabilir mi, “de lege ferenda” çözmeye kalıyor. Bu mesela dual-use-programların üretimi değil, sadece *belli bir suçun hazırlanmasının faaliyeti* cezalandırmasıyla mümkün olabilir.

Al. CK’nun yeni 202c paragrafı, bütünüyle başarısızlığa uğradı: Sistem adminlerin ve öbür sorumluların işlerinde rahatsız ediyor ve gelecekte cezasal gri alanında çalışan Almanya’da ki güvenlik şirketleri büyük bir engelle uğurluyor. Bunun dışında bu IT-güvenliğin hizmet yönetimleri ve bir ihtimal anti virüs programların üreticileri de ilgilendiriyor. Mücrimler kolayca Al. CK’nun 202c paragrafına karşı gelmeyecek yurt dışına kaçınabilirken (Al. CK’nun 3. paragrafı vd. karşılaştırınız),³⁸ Almanya’daki güvenlik şirketler yeni cezanın belirlemesine teslim edildiler. Bu yüzden kanun Almanya’daki IT-güvenliği güçlendirmekten daha ziyade zayıflatabilir. Hamburg “Chaos Computer Club” gibi kendi başına büyük şirketlerin veya resmi kuruluşların güvenlik eksikliklerini gözetleyen derneklerin faaliyeti ileride kısmen cezai gerektirici.³⁹ Güvenlik eğitimi yüksekokulların bilişim fakültenin eğitimi dâhil ilgilendiriyor. Onun dışında bilgi tekniğindeki güvenliği için olan

³⁸ Graf (5. dipnot), S. 5 “Hackertool”ların çoğu bilgi depolamada yurt dışında gerçekleştirildiğine doğru işaret etmektedir. Bu hususta ayrıca Ernst, NJW 2007, 2661, 2666.

³⁹ Al. CK’un 202c paragrafı yanında, failin belli verilere giriş sağlamasını yeterli gören 202a paragrafıyla da ilgilidir. Verilerin temini gelecek için gerekli değildir.

Alman Federal Dairenin faaliyeti buna dâhil olabilir.⁴⁰ Sonunda internette ayrıntılı araştırma için uygun program yükleyen uzman gazeteci veya bilim adamlar Al.CK'un 202c maddesine göre cezai gerektirici olabilirler.

Ceza kovuşturma makamlarının Al. CK'nun 202c paragraflarını nasıl algılayacakları beklenmelidir. Kanunilik prensibi metine bağlı bir hareket talep ederken, sağlıklı, hukuk siyasi aydınlatılmış insan zihni gerçekten cezaya değer ve bunların özel hadiselerde hukuka aykırı bilgisayar saldırı tehlikesi artan durumların sınırlandırmasını istiyor. Al. CK'nun 202c paragrafı, metnine göre ama erken başlıyor ve çoğu durumlarda sosyal anlamda istenmiş ve bilgisayar güvenlik bakımından amaca uygun faaliyetleri bile kapsıyor. Geriye amaçsal indirgemenin yolu kalıyor; mesela Al. CK'nun 202a veya 202b paragrafların objektif tipikliğine göre bir suçun "nişanlanmış hazırlama"nın şartıyla. Sübjektif tipikliğinde başlatarak ve failden Al.CK'un 202a veya 202b paragraflarına göre bir suçu işlediğinde kasıt talep edilmesi de savunulabilir. Ceza normu Al. CK'nun 202c maddesi sınırlanmazsa, hem sistem adminlerin ve güvenlik şirketlerin temel hak olarak korunmuş faaliyetleri nispi olmayan şekilde sınırlandırıldığı, hem hukuki resmi belirlilik şartına karşı geldiği için, anayasaya aykırı olarak derecelendirebilir.

VERİLERİN DEĞİŞTİRİLMESİ, AL.CK Prg. 303A

Alman federal konseyin önceden söz edilmiş düşüncesiyle Al. CK'nun 303a maddenin çok kez büyük belirsizliği için eleştirilmesi haklı olarak dikkate çekildi.⁴¹ Bu belirsizlik mesela verilerin kullanma hak olan sahiplilik neye bağlı olması soruya kaplıyor.

⁴⁰ Bilgi teknolojisindeki güvenlik için BSI-Kanun Tasarısı'nın 3. paragraf, 1. fıkra, 1. bendine göre, "bilgi teknolojisinin uygulamasındaki güvenlik risklerinin araştırılması" ve "özellikle bilgi teknolojisindeki güvenlik için teknik bilgi işlemleri ve araçların güvenliği önlemlerinin gelişimi", bunun Federal devletin görevlerinin gerçekleştirilmesi için gerekliyse, Dairenin görevi dahilindedir. Bilgi teknolojisi güvenliği için Federal Dairenin faaliyetlerinin kısıtlanması 41. Ceza Değişirme Kanunuyla Hange tarafından reddedilmiştir (5. dipnot), S. 3.

⁴¹ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656 (2. ek), S. 16 vd.

Tam ağı sistemlerin verilerinde bu soru büyük ölçüde belkili. Bundan norm anayasaya uygun mu tereddüdü türetilebilir.⁴² Fakat kanun koyucu şu anda bu problemi çözebilecek durumda mı kuşkulu görünüyor. Hukuki bilimindeki literatürde şimdiye kadar açık bir çözüm önerisi başarılı olamadı ve bu problem hukuki uygulamada pek önemli görünmüyor. 41. Ceza Kanunu Değişiklik Kanunu'nda Al. CK'nun 303a paragrafına başvuran bir reformdan vazgeçilmesi bu yüzden savunabilinir gözüküyor. Bu „zulmedilmiş“ tipiklik unsurun bakımından da geçerli, ki bu böyle „OLG Frankfurt“un hakim görüşüne aykırı yeni kararından verilerin sadece kısa vadeli alıkoyulmanın yetmemesi, yorumlanmış.⁴³ Yargının görüşü başka sadakat bulması beklenmiyor.

BİLGİSAYAR SABOTAJI (AL.CK Prg. 303B)

Al. CK'nun 303b paragrafı şu şekilde değiştirilmiştir:

„(1) Her kim başkasına önemli olan veri işlemi rahatsız ederse ve bunun için

1. 303a maddenin 1. fıkrasına göre bir suç islerse,

2. başkasına zarar vermek amacıyla verileri (m. 202a, fıkra 1) kaydeder veya yollarsa veya

3. bir bilgiişlem teçhizatı veya bir veri taşıyıcıyı yok eder, zarara verir, kullanılmaz hale getirir, siler veya değiştirirse üç yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasına mahkum edilir.

(2) Yabancı bir işletme, yabancı bir şirket veya makamına önemli olan veri işlem ile ilgiliyse, hapis cezası beş yıla kadar veya para cezasına mhkum edilir.

(3) Suçun teşebbüsü de ceza altına alınır.

⁴² LK/Tolksdorf, Al.CK. prg. 303a kenar numara 7.

⁴³ OLG Frankfurt MMR 2006, S. 547. Bu kararla ilgili bkz. *Valerius*, Zur Strafbarkeit virtueller Sit-ins im Internet, in:Thal, Wirelaess Local Area Networks.

(4) İkinci fıkradaki özellikle ağır durumlarda hapis cezası altı aydan on yıla kadar hükmolunur. Genelde öyle bir özellikle ağır durum fail

1. malvarlığın büyük ölçüsünü ziyadeye getirirse,

2. ticari olarak veya bilgisayar sabotajın devam eden işlenmesi için birleşmiş çetenin üyesi olarak hareket ederse

3. fiilin dolayısıyla halkın yaşamsal önem taşıyan mallarla bakımı veya hizmetleri veya Alman Cumhuriyetin güvenliği kısıtlarsa,

bulunur.

(5) 202c maddenin birinci fıkrasına göre bir suçun hazırlığı için aynı geçerlidir.“

Al. CK. prg. 303b, birinci fıkrasında bilgisayar sabotaja karşı olan cezasal koruyu esasi her veri işleme genişletiyor. Bilgisayar artık yaklaşık herkes için günlük yaşama ait olduğunu ve çoğu özel hane bir bilgisayara sahip olduğunu göz önünde tutularak, cezasal güvenliğin genişleme rızayı hak ediyor. Veri işleminin “önemli” kısıtlayıcı düzeltmeyle resmi ceza talebin enflasyonlaşmasına uğranmak isteniyor. Bu inandırıcı. Fakat “önemli” den “önemli olmayan” veri işlemin sınırlaması yargı tarafından çözülecektir (Al. CK’nun 303b paragrafının yeni metine bakınız).

Prg. 303b, fıkra bir, numara 2 Al. CK DoS saldırıların cezasal kapsamına yarıyor⁴⁴. Objektif tiplilik (veri girişi ve işlemi) geniş kapsanıyor ve sadece sübjektif tipliliğin kasıt şartıyla sınırlanıyor. Bu kanun koyucu teknik sübjektif tipliliğin – esas itibariyle zor – tespiti daha büyük bir ağırlık veriyor. DoS-saldırıların özel durumun kapsanması için başka bir çözüm mümkün olmayacaktır. Al. CK’nun 274. maddenin birinci fıkrasının tanzimi görüldüğüne göre Al. CK’nun 303b madde, birinci fıkra, ikinci numarasının

⁴⁴ Federal Almanya Parlamentosu Resmi Yayın No: 16/3656, S. 13.

sübjektif tipliliğine hiç zarar katma kastı ortaya atan tefsir sorunları hitap etmeyerek aktarılması üzücü.⁴⁵

Al. CK'nun 303b maddesi de eski metiniyle dünyamızdaki gelişen dijitalleştirmeye veri işlemsiz olan elektronik aletler artık var olamaması sorunu ortaya atıyor.⁴⁶ Böylece çip ile çalışan evde kullanılan aletlerin bozulması da esasi Al. CK'nun 303b maddesine katılabilir. Alman federal konsey düşüncesinde video çalanların, hifi aletlerin, navigasyon sistemlerin, çamaşır ve bulaşık makinele- rin ve programlanabilen elektrikli ocağın arızasından bahsediyor.⁴⁷ Yalnız bu aletlerde çalışan "veri işlem" her halde zarara uğrayan kışı için Al. CK'nun 303b maddenin birinci fıkrası, ilk cümlesindeki gibi şartlanmış "önemli" veri işleminden bahsedilemez.

"PHISHING"İN TESPİT EDİLEBİLİRLİĞİ

İnternette yeni forumlarda devamlı sosyal zararlı tavırlar ortaya çıkıyor ve bunun tespiti bilgisayar ceza hukukun yerleşmiş tipliğinden dolayı problemleri görünmektedir. Son zamanda özellikle ("password" ve "fishing" ile oluşan) "Phishing" kelimesi dikkat çekmiştir⁴⁸. "Phishing"de fail e-mail yoluyla (veya farklı bir iletişim aracıyla) gönderilenin şifresini ve başka giriş için önemli olan verisini teslim etmesine yol almaya deniyor. Böyle bir internetteki müdahale şekli, eski ve önceden on yıldan evvel o zaman kullanılmış "man-in-the-middle-saldırma" adıyla tartışıldı⁴⁹. Bruns'un haklı olarak belirttiği gibi, bu hareket şekli "özdeşlik hırsızlık" ola-

⁴⁵ Bruns (5. dipnot), S. 7 vd.

⁴⁶ Karş. yukarıda II. (S. 130).

⁴⁷ Federal Almanya Parlamentosu :Resmi Yayın No: 16/3656 (2. ek), S. 17.

⁴⁸ Graf, NStZ 2007, 129-132; Hilgendorf/Frank/Valerius, (1. dipnot), kenar numara 760 vd.; ayrıntılı olarak Stuckenberg, ZStW 118 (2006), 878 vd.; ayrıca karşılaştırınız Borges, NJW 2005, 3313 vd.

⁴⁹ Ayrıca karşılaştırınız Borges (5. dipnot), S. 5.

rak adlandırılan ile ilgili olmatadır.⁵⁰ Bugünkü Phishing'in formu için de lege lata tamamıyla cezasal kapsamaması belirtilmeli.⁵¹

Failin kandırma fiili ve mağdurda buna göre yanılma heyecan var olsa da, doğrudan doğruya malvarlığına zarar veren veya sadece mağdurun malvarlığıyla ilgili "zarara aynı gelen" varlığını tehlikeye düşüren tasarrufu olmadığı için, Al. CK'nun 263. paragrafının tiplikliği boşa çıkabilir.⁵² Sırf şifrenin veya başka giriş için verilerin açıklamasıyla çoğu kez ama katiyen her zaman bir zarara aynı gelen malvarlığın tehlikeye düşürmesi bulunuyor. Fail "Phishing" yoluyla alınmış giriş için verileri önce toplayarak ve sadece özellikle ümit verici görünen yetkisiz işlemleri yaptığı durumlarda, malvarlığın doğrudan doğruya tehlikeye düşürmediğini bulunur.

Fail verilere girişi özel bir korumayı aşmadan sağladığı için, Al. CK'nun 202a maddesi çoğunlukla kullanılıyor. Birçok durumda da alakalı olabilen Al. CK'nun 269. madde,⁵³ gönderici bilgiler eksik veya belirsizse ve böylece belli bir göndericinin bilgilerinden ve bununla dijital belgenin "garanti fonksiyon"dan bahsedilemezse, bu madde sonunda dışlanır. Özellikle 269. madde belirsiz veya tamamıyla eksik olan gönderici bilgilerin yüzünden dışlanmış olduğu durumlarda, genelde mağdurun mühim olmayan dikkatsizliğinden vasıflandırır ki böylece, viktimolojik dogmatik başlangıç yoluyla,⁵⁴ hatta cezasal korumanın uygunluğu sorgulanabilir. İnternetteki sosyal zararlı tavrın tam bu modeli yine açıkça, önlemenin en etkili şekli ceza hukuku değil, kullanıcıların düzeltilmiş medya yetkisi olduğunu gösteriyor.⁵⁵

⁵⁰ *Bruns* (5. dipnot), S. 9 ile kimlik hırsızlığının diğer şekillerine ilişkin atıflar.

⁵¹ *Ernst*, NJW 2007, 2661, 2665; *Graf*, NStZ 2007, 129, 132.

⁵² Yalnız "Phishing"ın genel durumunda Al. CK'un 263 paragrafına göre dolandırıcılık söz konusu olur. Karşılaştırınız: *Hilgendorf/Frank/Valerius* (1. dipnot), kenar numara 765.

⁵³ Bunu haklı olarak vurgulayan *Heghmanns*, wistra 2007, 167 vd.

⁵⁴ Üstte bkz II. ile 12. dipnot (S. 130).

⁵⁵ *Hilgendorf* (1. dipnot), S. 257, 292 vd.

“Phishing”in tehlikeye düşürme potansiyelinin ve bu internetteki hilekar davranışın yeni modeliyle oluşan yüksek masrafların bakımından, tamamen suç haline dönüştürmeyi düşünmek, her halde saçma görünmüyor. Al. CK’nun 202c madde, birinci fıkrası, birinci numarasında (şifrelerin sağlanması) bile Phishing’in çoğu durumların kapsanmış olması, kanun gerekçesinde ilginç bulunarak daha ayrıntılı hitap edinilmiyor. Şifrelerin veya başka giriş kodlarının sağlanmasında “Phishing”in kökü bulunur. Şifrenin sağlanmasıyla Al. CK’nun 202a veya 202b maddelerine göre hazırlanmış olması şartıyla belli bir sınırlamasına neden oluyor. İnternette kandırmayla şifreleri veya başka hesapların veya başka cazip olan korunmuş yerin girişi için verileri sağlayan “Phisher”, bu yoluyla almış verileri kullanırsa, genelde Al. CK’nun 263a paragrafının, birinci fıkrası, 3. veya 4. alternatifini gerçekleştirir. “Phishing”in daha emin kapsanılması için, bu yüzden Al. CK’nun 202c maddesi şu metni alması önerilirdi: “Kim m. 202a, m. 202b veya m. 263a göre bir suçu hazırlarsa, ...” veya “Kim m. 202a, prg. 202b veya m. 263a göre bir suçu hazırlama kastıyla, ...”.

„Phishing“in özel anlamın dolayısıyla, *de lege lata* kendi bir ceza tipliliğinde (Al. CK. prg. 202d) kapsanması da düşünülebilir olması görünüyor. Uygun bir ceza normu şu metni içerebilir:

“Her kim, başkasına zarar katma kastıyla, gönderileni internetin iletişim servisinde yanlış bilgilerle şifrelerin veya başka giriş için verilerin açıklama hareketine kaldırırsa, eğer fiil başka kanunlarda ağır cezayla tehditte bulunmuyorsa, bir yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılır.”

Böyle bir kanun, cezaya değer görünen „Phishing“in şekillerini kapsaması için yeterli geniş olur. Eğer sadece varlığı „Phisher“lerin faaliyetlerden korunması için, zarar katma kastın yerine şu metin kullanılabilir: “*Kendisine veya başkasına/üçüncü kişiye hukuka aykırı varlığın faydası sağlaması*”.

AĞ TRAFİĞİNDEKİ HAFİFLİĞİN CEZALANDIRMASI TAVSİYE EDİLEBİLİR Mİ?

Günlük yaşamın dijitalleşirmeyele bilgisayarın kullanması gittikçe sıradanlaşıyor. Vatandaşlar interneti farklı amaç için kullanıyor, mesela iletişim, bilgi kazanma, iş hayatta ve boş zamanı değerlendirme için. İnternetin kullanışı alışkanlığa geçiyor. Trafiği göz önünde tutarak, interneti kullananlar için esaslı güvenlik önemler talep edilmesi bu yüzden düşünmeli ki böylece kendileri ve başkalar tehlikeye düşmesin. Al. CK'nun 315c ve 316 paragrafları, trafikte katılanlarından gereksiz tehlike çıkmaması için el koyduğu gibi, bilgisayar kullanıcılarına buna uygun bir koruma talep eden ve ihmali cezalandıran bir kanun düşünebilir.⁵⁶ Virüsün ve başka zarar programların modellerin yığınla yayılması sadece birçok kullanıcı temel tedbirlik kuralları dikkatte çekmedikleri için mümkün olması, düşünmeli. Böylece DoS-saldırmalar çoğu kez zapt edilmiş bilgisayarlardan ediniliyor ve kullanıcı hiç bir şeyi sezmeyen uygun koruma önemleri ihmal etmiş oluyor.

Yardımcının kastı eksik olduğu için katılma suçluğu (Al. CK. prg. 27) böyle durumlarda genelde söz konusu olmuyor. Bu boşluğu doldurmak için, bilgisayarın talep edilebilir korumayı dikkatsizlikten oluşan ihmali cezalandırılması için, bir ceza norm düşünülebilir, eğer böylece Al. CK'nun 202a, 202b, 303a veya 303b paragraflarına göre, suçlar mümkün edilirse. Ultima-ratio prensibi gözün önüne alarak, her şeyden önce sonucun cezasal olmayan imkânların incelenmesi, münasip görünüyor. Özellikle medeni tehlikeye atma sorumluluğun uygulanması etkili olabilir.⁵⁷ Buna uygun taksir tipikliliğinin yaratılması, uzun vadede olanaksız görünmemektedir.

⁵⁶ Hilgendorf, ZStW 118 (2006), 202, 204.

⁵⁷ Hilgendorf, ZStW 118 (2006), 202, 204. Tehlike sorumluluğuna ilişkin genel olarak *Medicus*, Jura 1996, 561 vd.

SONUÇ

Bilgisayar Ceza hukukununun 41. Ceza Kanunu Değişikliği ile yeni oluşturulması bütün olarak başarılı gözükmektedir. Şu noktalar yeni bir incelemeyi hak etmektedir:

1. Al. CK'nun 202a, ikinci fıkrası alanında veri sadece teknik araçlarıyla sağlanılabildiği için, Al. CK'nun 202b paragrafındaki "teknik araçların kullanma yoluyla" unsuru gereksiz olabilir.

2. Al. CK'un 202c paragrafı çok fazla geniş kapsamlıdır. De lege ferenda sınırlama sübjektif tipliliğin düzeyinde ("Kim ... kasıtlı ...") veya, ki bu tercih edinilir gibi gözüküyor, objektif tipliliğin düzeyinde ("hedefleyerek... hazırlarsa") olabilir.

3. "Phishing"i daha iyi kapsamak için, de lege ferenda Al. CK'nun 202c maddesinin objektif tipliliğinde şu metin seçilmeli: "Kim 202a, 202b veya 263a paragraflara göre bir suçu hazırlarsa, ...". Fakat şu metni alan yeni bir suç tiplilik de mümkün: "*Kim, başkasına zarar katma kasıtlı, gönderileni internetin iletişim servisinde yanlış bilgilerle şifrelerin veya başka giriş için verilerin açıklama harekete kaldırırsa, eğer fiil başka kanunlarda ağır ceza ile tehditte bulunmuyorsa, bir yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılır.*"

4. Bir yandan Al. CK'nun 202c paragrafına ilişkin problemler ve "Phishing" in cezai kapsamı, diğer yandan hızlı olan teknik gelişmenin ve bunun sayesinde oluşan sosyal zararlı tavırların bakışında, kanun koyucunun yakın gelecekte yeniden faal çalışmaya girişeceği tahmini ilgisiz değildir.

LİTERATÜR: *Alber, Konrad, Zum Tatbestand „nichtöffentlich“ in § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB, JR 1981, 495 vd.; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. baskı, 2003; Borges, Georg, Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, NJW 2005, 3313 vd.; Duttge, Gunnar, Vorbereitung eines Computerbetruges: Auf dem Weg zu einem „grenzenlosen“ Strafrecht, in: FS Weber, 2004, S. 285 vd.; Ernst, Stefan, Das neue Computerstrafrecht, NJW 2007, 2661 vd.;*

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. baskı, 2008; *Gercke, Marco*, Analyse des Umsetzungsbedarfs der Cybercrime-Konvention – Teil 1: Umsetzung im Bereich des materiellen Strafrechts, MMR 2004, 728 vd.; *Graf, Jürgen-Peter*, „Phishing“ derzeit nicht generell strafbar, NStZ 2007, 129 vd.; *Hegmanns, Michael*, Strafbarkeit des „Phishing“ von Bankkontendaten und ihrer Verwertung, wistra 2007, 167 vd.; *Hilgendorf, Eric*, Aktuelle Fragen des materiellen Computer- und Internetstrafrechts im Spiegel neuerer Gesamtdarstellungen, ZStW 118 (2006), 202; *aynı yazar.*, Tendenzen und Probleme einer Harmonisierung des Internetstrafrechts auf Europäischer Ebene, in: Schwarzenegger, Christian/Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Internet-Recht und Strafrecht, 4. Tagungsband, 2005, S. 257 vd.; *Hilgendorf, Eric/Frank, Thomas/Valerius, Brian*, Computer- und Internetstrafrecht, 2005; *Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. :Auflage, 2007; Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Großkommentar. Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter (Hrsg.), 11. baskı, 1992 vd. (zit. LK/Bearbeiter, Gesetz); *Medicus, Dieter*, Gefährdungshaftung im Zivilrecht, Jura 1996, 561 vd.; *Schuhmann, Kay H.*, Das 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität, NStZ 2007, 675 vd.; *Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Zur Strafbarkeit von Phishing, ZStW 118 (2006), 878 vd.; *Thal, Paul Thomas*, Wireless Local Area Networks. İsimli kitaptaki ‘Die strafrechtliche Beurteilung von Wardriving und anderen WLAN-Angriffen’ başlıklı çalışma, S. **Error! Bookmark not defined.** vd.; *Valerius, Brian*, Zur Strafbarkeit virtueller Sit-ins im Internet. Von Pershing via WAA zur Lufthansa, Thal’ın Wireless Local Area Networks isimli kitabı, S. **Error! Bookmark not defined.** vd.

BİLGİLENME VE CEZA VE CEZA USUL HUKUKU UYGULAMASINDA YARDIMCI ARAÇ OLARAK BİLİŞİM*

Prof. Dr. Hans KUDLICH**

Çeviren: İlker TEPE***

1. KONUNUN ARKA PLANI VE ÇERÇEVESİ

Burada ilk kez toplanan “ Hukuk ve Bilişim Bilimsel Forumu”nun amacı hukuk ile bilişim arasındaki ilişkileri bilimsel bir perspektifte derinleştirmektir. Şüphesiz bu derinleştirme faaliyeti özel ve farklı nitelikteki tekil sorunların yoğun dogmatik değerlendirmeler ve büyük teknik bilgi birikimleri ile örneklendirilmelerine imkân tanıyacaktır. Bu açılış oturumunda, yukarıda bahsi geçen ilişkilerin temel parametrelerinin ortaya konulması ile meşgul olmak isabetli olacaktır. Nitekim bu toplantıda sadece tespit edilecek/çerçevesi belirlenecek somut uygulama alanların, devam eden toplantılarda derinlemesine incelenmesi gerekecektir.

Hukuk ile bilişim arasındaki ilişkilerin birbirlerine yakınlaşmasını mümkün kılabilmek için öncelikle her iki alanın kavramsal açıdan belirlenmesi ve önemli yapısal unsurlarının karakterize

* Bu çalışma, yazarın Würzburg’da 14.03.2008 tarihinde gerçekleştirilen 1. Hukuk ve Bilişim Bilimsel Forumu kapsamında sunulan tebliğidir.

** Friedrich Alexander (Erlangen) Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Almanya.

*** Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Tebliğ yazarın yazılı izni alınmak suretiyle çevrilmiştir.

edilmesi şarttır. Ben bu tebliğde konuyu, her iki uygulama alanı için özel öneme sahip olduğuna kanaat getirdiğim iki yapısal unsurla sınırlandırmak istiyorum.

1- Hukukun temel fonksiyonu üzerine gerçekleştirilecek bir sorunsallaştırma faaliyetinde elde edilecek netice öncelikle hukukun sosyal bir kontrol aracı olma özelliğinde yer alacaktır. Hukukun uygulamasında bir taraftan gerçeklikle ilişkilendirilebilirlik muhafaza edilirken diğer taraftan da doğalcı bir yanılgıya¹ kapılmadan olandan olması gerekene doğru bir yönelime ulaşılmak istendiğinde, hukuksal düzenlemelerin oluşturulması ve uygulanması için, düzenleme konusu şeyin göz önünde bulundurulması ve yapılan düzenlemelerin olabildiğince bu düzenleme konusunun karakteristiğini yansıtması kaçınılmaz olmalıdır. Bu çerçevede enformasyon teknolojisi hukuku anlamında bir bilişim hukuku için “Enformasyon “ ya da “(özellikle elektronik) Veri” kavramlarının aşağıda aktarılacak merkezi özelliklerinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Diğer taraftan genel olarak hukuk, özel olarak da Kıta Avrupa’sının yazılı kanun temelinde şekillenen hukuk sistemi için tipik bir özellik de, bahsedilen çerçevede hukukun doğal dillerden oluşturulan düzenlemelere dayanıyor olmasıdır. Bu tespit, ilk kez Gelir Vergisi Kanunundaki bir düzenlemeyi okuyan ve hukukçu olmayan kişiler için şaşırtıcı gelebilir, ancak burada ifade edilmek istenenin özellikle bilişimciler tarafından daha iyi anlaşılacağı kesindir. Nitekim, hukuk özel bilgisayar dilleri gibi mantıksal aksiyomlarla zenginleştirilmiş yapay dillere dayanmamakta, tüm karışıklık ve muğlaklıkları da dahil olmak üzere doğal dillerle oluşturulmaktadır.

2- Bilişim Hukukunun inceleme ve düzenleme konusu olarak “ *Enformasyonlar*” ve “*Veriler*” her şeyden önce fiziki olmayan yapılarıyla² ön plana çıkmaktadırlar. 19. yüzyılın sonların-

¹ *David Hume*, A Treatise of Human Nature, 1740, Book III, Part I, Section I, S. 245 der *Ausgabe von T.H. Green* ve *T.H. Grose*, The Philosophical Works of David Hume, Vol. II.

² Burada her halükarda söz konusu şey ileride üzerinde durulacak olan elektronik verilerdir.

daki büyük kodifikasyonlar da dâhil olmak üzere çok sayıda hukuksal düzenlemeler oluşturulurken düzenleme konusu olarak fiziki şeyler esas alındığı için, bilişim hukukunun bu fiziki olmayan unsurları düzenleme konusu olarak kabul etmesi hukuka karşı özel bir meydan okuma olarak değerlendirilebilir. Bunun dışında her geçen gün daha da ön plana çıkan bir başka özellik de verilerin kolay ve seri olarak temin edilebilirlikleri, çoğaltılabilirlikleri ve yayılabilirlikleridir. Bilhassa verilerin çoğaltılabilirliğinin ve yayılabilirliğinin hukuksal değerler için tehlike teşkil ettiği³ her alanda bu özellikler büyük anlam taşımaktadır. Örneğin günlük yaşamda karşılaşılan ve kullanılan dijital kopyalar asıllarından herhangi bir şekilde ayırt edilememekte ve hatta kullanıcılar bu kopyaları kullanırken herhangi bir kalite kaybıyla karşılaşmamaktadır. Elektronik verilerin saniyelerle ölçülebilen bir hızla sınır aşan bir karakterde kullanılabilir ve aktarılabilir olmaları fiziksel düzenleme konularına nazaran farklı bir özellik teşkil etmekte ve özellikle bilişim hukuku alanda uluslar arası düzenlemeleri gündeme getirmekteyken aynı zamanda da ulusal hukukların uygulanabilirliği konusunda sorunları ortaya çıkarmaktadır.

Bu açıklamaların ışığında aşağıda hukukun bu karakteristik yapısı dahilinde iki konunun ne dereceye kadar sonuçlandırıldığı sorusuna bir yanıt vermeye çalışacağım. Bunlardan birincisi enformasyon ve bilişim teknolojisinin hukuki açıdan incelenmesi/ değerlendirilmesi, diğeri ise hukukun icrasına hukuksal karar verme süreçlerinde kullanılan bilişim teknolojisinin etkisidir.

2- CEZA HUKUKUNA BİR MEYDAN OKUMA OLARAK ENFORMASYON

2.1.- ÇIKIŞ NOKTASI

Diğer hukuk alanlarında söz konusu olduğu üzere, geleneksel ceza kanunları fiziki düzenleme konuları (örneğin eylemde kullanılan araç ya da eylem süjesi gibi) ile tarihsel nedensellik tasarımıla-

³ Örnek olarak hukuka aykırı içeriklerin yayılması ve telif haklarının ihlal edilmesi gösterilebilir.

rına uyum göstermektedir. Belki de ceza hukukunun karakteri gereği mekanik – olgusal dünya ile olan ilişkisi Medeni Hukuk ya da İdare Hukuku gibi diğer alt disiplinlere nazaran daha kuvvetlidir. Buna karşın klasik suç kavramı objektif edim ifasına sıkı bir şekilde bağlılığı ile ön plana çıkmaktadır. Buna göre objektif tipe uygunluk her türlü ceza hukuku incelemesinin çıkış noktasını teşkil etmektedir. Yine aynı şekilde “ kötü düşüncelerin cezalandırılması” da işaret edilen başka bir noktadır. Bununla ifade edilmek istenen şey, salt niyet veya tasarımlar kendi başlarına Forum Internum anlamında ceza hukuku değerlendirmesinin temeli olarak eylem kavramının dışında tutulmalarıdır.⁴

Bunun yanında eklenmesi gereken bir başka özellik de, gerek Ceza Hukuku gerekse Ceza Usul Hukuku için Kanunilik prensibinin özel bir anlam ifade etmesidir. Maddi Ceza Hukuku bakımından kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı Federal Anayasanın 103. maddesinin ikinci paragrafında ve Ceza Kanununun 1. maddesinde yerini almıştır ve bu konuda herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Doktrindeki hakim görüşe göre, her ne kadar Federal Anayasa § 103/2 Ceza Muhakemesi Hukukunu kapsamasa da⁵, bir devlet müdahalesi olarak Ceza Muhakemesi tedbirlerine geçerlilik kazandıran ve Hukuk Devletinin bir gereği olan yasal düzenlemelerin aynı neticeyi doğuracakları kabul edilmelidir.⁶

Tüm bu özellikler, kanun koyucu ve uygulayıcılar tarafından sorunlara ilişkin çözüm stratejilerinin geliştirilmesi hususunda önemli bir konuma sahiptirler. Somut durumlara ilişkilendirilecek olursa; yapılacak nihai bir değerlendirmede ilgili düzenlemelerin enformasyon ve onun karakteristik özellikleri⁷ bağlamında nasıl

⁴ Örneğin karşı. Roxin AT I, § 7, prg. 5.

⁵ Karşı. BVerfGE 112, 304 v.d. (315).; *Degenhart/Sachs* GG 4. Aufl. 2007, Art. 103 Rn. 62; *Jarass/Pieroth* GG 9. Aufl. 2007, Art. 103 Rn. 42a; *Pfeiv.d.er StPO* 5. Aufl. 2005, § 337 Rn. 2. Eleştiri için bkz. *Lüderssen/Jahn* in: *Löwe/Rosenberg*, 26. Aufl. (2006) Einl. M Rdn. 47.

⁶ Sadece bkz. *Kudlich* Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, 1998, S. 141 v.d.

⁷ Yukarıda değinildiği üzere özellikle seri bir şekilde temin edilebilirlik, çoğaltılabilirlik ve yayılabilirlik.

uygulanabileceklerinin ve inceleme konusu olayın Ceza Hukukunda bulunduğu anlamıyla Kanunilik Prensibi dikkate alınmak suretiyle uygun bir şekilde çözüme kavuşturulup kavuşturulamayacağı'nın göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu konuda yasa koyucunun, uygulayıcılar tarafından gerçekleştirilecek yasa yorumlarıyla adil olmayan bir şekilde cezalandırılabilirliğin genişlemesine/ yayılmasına sebebiyet verebilecek olası boşlukların doldurulması yükümlülüğü vardır⁸. Bunun ötesinde enformasyonun kendisinden, onun işlenmesinden veya sunulmasından kaynaklanan özellikler vasıtasıyla fiziki şeylerin dünyasında bir karşılık bulamayan tehlike potansiyelleri ve sorumluluk yapılarının ortaya çıkması durumunda kanun koyucu için daha fazla harekete geçme ihtiyacı hasıl olabilir.

2.2.- SORUNLAR VE ÇÖZÜM YOLLARINA İLİŞKİN BAZI ÖRNEKLER

Aşağıda bazı önemli ve tartışmalı sorunlara karşı, kısmen yeterli kısmen de tatmin edici olmayan çözüm stratejileri örnek olarak ortaya konulacak ve getirilen çözüm önerileri kısaca özetlenecektir. Bu çaba, söz konusu çözüm önerilerini özellikle ayrıntılı bir dogmatik değerlendirmeye tutma iddiasında olmayıp, sadece uygulama, öğreti ve kanun koyucunun hangi yolu takip ettiklerine ilişkin genel bir değerlendirme anlamı taşımaktadır.

2.2.1.- İNTERNET SAĞLAYICILIĞINDA (İNTERNET-PROVİDİNG) SORUMLULUK

İnternette hukuka aykırı içeriklerden kaynaklanan sorumluluk temelleri basılı yayındaki geleneksel içerik yayımının aksine bir

⁸ Sınırlayıcı yorum yada teleolojik redüksiyon ve buna bağlı olarak cezalandırılabilirlik tesis eden düzenlemenin lafzının ikinci plana bırakıldığı istisnai durumlarda uygulayıcılara imkan tanınabiliyor olmasına rağmen, Federal Anayasa § 103/2 hukuk uygulayıcıları tarafından boşluk doldurma söz konusu olamadığından, tehdit halindeki cezalandırılabilirlik boşlukları halen sakıncalı bir haldedir.

tarafından teknik yapıları (örneğin veri aktarım protokolleri) nedeniyle oldukça sabit sistemleri ön plana çıkarırken, diğer taraftan enformasyon içeriğinin niceliği ve enformasyon işleme süreçleri bakımından radyo televizyon gibi kitle iletişim ya da bunların dışında bireysel iletişim araçlarının sorumluluk temellerine git gide artan bir hızda yakınlaşmaktaydı.

Bu gelişme karşısında getirilen ve burada özetlenen çözüm yolu Tele Hizmetler Kanunu (THK) § 5'in tesisi ile 1997 tarihli Enformasyon ve İletişim Kanununda gerçekleşen görece seri kanun koyucu reaksiyonudur.⁹ Bu reaksiyon neticesinde gerçekleşen düzenleme internet sükjelerini kendi fonksiyonlarıyla ilişkilendirdiği ve bu sükjelerin sorumluluklarını sadece tutulması zorunlu içerik tespitinden çıkarıp aktif olarak bir takım edimleri yükümlülük olarak yerine getirmeyi kapsayacak şekilde ele aldığı için, 2001 yılında Elektronik İşlemlerin Düzenlenmesine İlişkin Kanun¹⁰ ile THK § 8'de yeni şeklini alan ve bugün Tele Medya Kanununda (TMK) aynı yapısı korunan ve Avrupa Birliği Hukukuna uyumlu hale getirilen bu düzenlemenin – bir takım eksiklikleri bulunmasına rağmen¹¹ – başarılı bir sorumluluk temeli oluşturduğu ifade edilebilir. Buna göre içerik sağlayıcılarına oluşturulan içerikten dolayı tam sorumluluk ön görülmüş ve yer sağlayıcıları için “uyar ve kaldır (Natices and take down) ilkesi gereğince yükümlülük yüklenirken, erişim sağlayıcılar için prensip itibariyle sorumluluktan muafiyet öngörülmektedir.¹²

⁹ Kapsamlı değerlendirme için bkz. *Sieber Verantwortlichkeit im Internet*, 1999, S. 105 v.d.

¹⁰ Bkz. *Kudlich JA* 2002, 798 v.d.

¹¹ Örneğin Linklere ve Arama Motorlarına ilişkin eksik düzenlemeler gibi.

¹² *Kessler*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangsprovidern in Deutschland und der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in Europa, Berlin 2004, passim.

2.2.2.- CEZA HUKUKUNDA KABUL EDİLEN “ESER” KAVRAMI

Ceza Hukukunda içeriğin yayılmasından kaynaklanan suçların çoğu, Ceza Kanunu § 11/3’de tanımlanan “*eser*” kavramıyla ilişkilendirilmektedir. Bu bağlamda belli verilerin yayılması değil, aksine veri taşıyıcısının fiziki olarak aktarılması göz önünde bulundurulmaktadır. 90’lı yılların ortasına kadar § 11/3’de belirlenen “İçerik Taşıyıcısı”, İnternet ortamında veri aktarılmasında ciddi cezalandırma boşluklarının doğmasına neden olmuştur.

Bu konuda da kanun koyucunun Ceza Kanunu § 11/3’de gerçekleştirdiği reformla görece seri bir uyarılama yolunu tercih ettiği söylenebilir. Bu durum Ceza Hukuku adına Federal Anayasa § 103/2 bakımından desteklenmeye değer görülmüştür. Ancak halen kanun koyucunun konuyla ilgili yeteri kadar müzakere yapıp yapılmadığı konusunda bir soru işareti mevcuttur. Bu soru işareti özellikle fiziki/maddi veri taşıyıcılarının aktarımlarının göz önünde bulundurulmalarında yoğunlaşmaktadır (konuyla ilgili bkz. 2.2.4.).

2.2.3.- ALMAN CEZA HUKUKUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ

Yukarıda değinildiği üzere internet ortamında gerçekleştirilen eylemlere karşı ulusal hukukun uygulanabilirliği kendini her geçen gün daha da hissettiren bir sorun halini almıştır. Bu soruna yönelik getirilen çözüm önerileri, Alman Ceza Kanununun sınır ötesi uygulanabilirliğine imkan tanımakta ve fakat bu yaklaşımın tutarlı bir sonucu olarak da diğer ülkeler kendi hukuklarının uygulanabilirliğini aynı şekilde belirlemektedirler. Ancak böyle bir durumda internet ortamında gerçekleştirilen eylemlere karşı uygulanabilir nitelikte bir hukuksal düzenlerde yığılma söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda, Alman Ceza Kanunu §§ 3 ve 9’da anlamını bulan mülkiyet prensibinin önemli kavramları olan “hareketin gerçekleştiği yer” ve “neticenin doğduğu yer”in doğru bir şekilde nasıl anlaşılması gerektiği hususu yoğun bir şekilde tartışılmıştır.

Bu soruna ilişkin olarak Federal Yüksek Mahkemenin özellikle Toebe'nin Kararında üzerinde durduğu yöntem genel olarak tatmin edici olmaktan uzak bir görünüm sergilemiştir.¹³ Federal Yüksek Mahkeme ülke sınırları içinde bir internet içeriğine erişimin mümkün olması halini tipe uygun neticenin varlığı için yeterli görerek, bir bakıma sorunu savuşturucu bir strateji takip etmiştir. Mahkeme bu davada Alman Ceza Kanununun uygulanabilirliğinde sınırları dahilinde özel bir ilişkilendirmenin gerekliliğini veya spesifik bir özgüllemeyi esas kabul etmiştir. Burada sadece kısaca değinilecek olan¹⁴ alternatif bir çözüm yolu özenli ve "tipe uygun netice" kavramının tarihi gelişimine de uyumlu bir yorum kapsamında söz konusu olmaktadır/ bulunmaktadır. Bu tarz bir yorum, salt ülke içinden erişilebilir olma durumundan dolayı söz konusu eylem bakımından o ülkenin neticenin doğduğu yer olarak kabul edilemeyeceği sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla eğer içerikler yabancı bir ülkede bulunmamakta, aksine bir Pushmedium (örneğin E-Mail gibi) aracılığıyla ülkeye gönderilmişse, netice eylemin duyumsanabilirliğinden dolayı "ülke içinde gerçekleşmiş kabul edilmektedir. Burada ortaya konan fark ilk bakışta teknik bir ayırım gibi gözükse de, bu fark kendi dogmatik açıklığının yanında neticelerinin elverişliliğine göndermede de bulunabilir görünmektedir.

2.2.4.-MADDİ/FİZİKİ OLMAYAN İÇERİKLERİN "YAYILMASI"

Geçtiğimiz yüzyılın sonlarına kadar uygulamada, enformasyonun yayılmasına yönelik suçlarda "yayma" eyleminde enformas-

¹³ Krş. BGHSt 46, 212 v.d. (220 v.d.) *Hörnle* değerlendirmesiyle NSStZ 2001, 309 v.d.; *Kudlich StV* 2001, 397 v.d.; *Lagodny JZ* 2001, 1198 v.d.; *Jeßberger, JR* 2001, 432 v.d.; *Vec, NJW* 2002, 1535; soruna ilişkin genel değerlendirmeler için bkz. *Sieber NJW* 1999, 2065 v.d.; *Koch GA* 2002, 703 v.d.

¹⁴ Konu ile ilgili olarak bkz. *Kudlich StV* 2001, 397 v.d.; Bu çözüm yolu Sieber'in tasarımıyla uyumludur. (NJW 1999, 2065 v.d.).

yon taşıyıcısının maddi/fiziki olarak aktarımını öngörülmekteydi¹⁵. Federal Yüksek Mahkeme 2001 yılında vermiş olduğu bir kararında internete örgü bir yayma kavramını ortaya koymuştur¹⁶.

İnternet içeriklerinin kamusal erişime açılması gibi eylemlerin de çoğunlukla mevcut düzenlemelerin kapsamı dahilinde telakki edilmeleri nedeniyle, Alman Ceza Kanunu § 11/3'ün sistematığı açısından da tatmin edici olmaktan uzak görünen bu tür bir içtihat değişikliğine yönelik ciddi bir ihtiyacın birçok olayda mevcut olmadığı görülmüştür. Bu nedenle oturmuş/ istikrar kazanmış tanımlar üzerinde bu şekilde gerçekleştirilen ve kanun sistematığında bir oynamaya neden olacak *ad-hoc* bir değişiklik istenilen neticeyi mümkün kılmayabilir. Ancak yasa koyucunun gerçekleştirdiği reformlarda mümkün olduğu ölçüde teknik özellikleri göz önünde bulundurmadığı durumlarda bu tarz talepler, açıkça uygulayıcıların çaresizliğini gözler önüne sermektedir.

2.2.5.- GİZLİ ONLINE ARAŞTIRMALARIN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

2007 yılının Ceza Muhakemesi Hukuku açısından en çok tartışılan sorunlarından biri de gizli Online Araştırmalar olmuştur. Bu konuya ilişkin olarak Federal Yüksek Mahkeme Tetkik Hakimliği yapılan başvuruyu reddetmiş¹⁷, Federal Başsavcılığın itirazının ardından 3. Daire tarafından kararın onaylanmasıyla tüm dikkatler bu sorun üzerinde odaklanmış ve bu durum Güvenlik Hukukunda

¹⁵ Krş. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben StGB 27. Aufl. 2006, § 86 Rn. 14; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 184b Rn. 5; Bosch in: MüKo/StGB 2005, § 111 Rn. 23; Hörnle in: MüKo/StGB, § 184 Rn. 76.

¹⁶ Krş. BGHSt 47, 55 v.d. (57 v.d.) Kudlich'in eleştirel değerlendirmeleriyle birlikte, JZ 2002, 310 v.d..

¹⁷ Tetkik Hakimliğinin kararı için bkz. Jahn/Kudlich JR 2007, 57 v.d..; Federal Başsavcılığının itirazı ve ilgili Yüksek Mahkeme Dairesinin kararı için bkz. (BGHSt 51, 211) vgl. Kudlich JA 2007, 391 v.d..; ayrıca bkz. Bär, MMR 2007, 239 v.d..; Buermeyer, HRRS 2007, 154 v.d..; Cornelius, JZ 2007, 798 v.d..; Hamm, NJW 2007, 932 f.; Kemper, ZRP 2007, 105 v.d..; Kutscha, NJW 2007, 1169 v.d..; Valerius, JR 2007, 275 v.d..; Warntjen, Jura 2007, 581 v.d..

buna paralel olarak yürüyen tartışmalar temelinde bir bilincin de oluşmasına sebebiyet vermiştir¹⁸.

Federal Yüksek Mahkeme Tetkik Hakimi bu uygulama bakımından memnuniyet verecek bir netlikle, somut olayda gerçekleştirilen gizli Online Araştırmanın öncelikle farklı maddi anayasa hukuku sorunları perspektifinde değerlendirip reddetmemiş, aksine Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §§ 102 v.d. düzenlenen arama yetkisi gizli erişime icazet vermediği için, ortada kullanılabilir bir yetki normunun olmamasına işaret ederek karara ulaşmıştır. Yani Federal Mahkeme, bir düzenleme boşluğunun mevcudiyetini kabul eden bir yol tercih etmiştir. Kanun koyucunun bu noktada hiç tereddüde kapılmadan bu boşluğun anayasa hukukuna uygun bir şekilde nasıl doldurulabileceği ya da doldurulup doldurulamayacağına ilişkin bir plan ortaya koyması yerinde olabilir.

3. HUKUK UYGULAMASINDA BİR YARDIMCI ARAÇ OLARAK BİLİŞİM

3.1.- MODERN ATTLAMA OTOMATLARI YA DA UMUT VERMEYEN BİR GÖZ YANILGISI

Enformasyon veya bilişim teknolojisinin hukukun inceleme konuları olarak değil aksine hukukun icrasında yardımcı bir araç olarak kullanıldığı bir ilişki göz önünde canlandırılacak olursa, genellikle metot öğretisinde “atlama (*Subsumtion*) otomatı” olarak (çoğunlukla da eleştirel bir bakış açısıyla) kullanılan yargıç metaforunu modern bilgi işlem sürecine aktarmak için sıkı bir fanteziye ihtiyaç vardır. Bilişim teknolojisinde son yıllarda yaşanan hızlı gelişim ve sınırsız etkinlik artışı dikkate alındığında, günlük atlama faaliyetinin büyük bölümünü üzerine alan elektronik bir atlama otomatı tasarımı fikir bazında çekici gelmektedir.

Şüphesiz, 80’li yıllarda ve 90’lı yılların başında heyecan yaratacak düşüncelerle şekillendirilen bu beklentinin şiddeti yakın

¹⁸ Konu ile ilgili özellikle bkz. BVerfG NJW 2008, 822; Kudlich JA 2008, 475 v.d. (Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti Anayasayı Koruma Kanunu ile ilgili).

geçmişte hafiflemiştir¹⁹. Hukukun icra ediliş süreçlerine realist bir açıdan bakıldığında, bir takım teknik engellerin (yeterli işlem yeteneğine sahip cümle tanıma modelleri gibi) aşılmasıyla yargıç tarafında gerçekleştirilen karar verme işleminin bilgisayarlar tarafından ifa edilmesi zor görünmektedir. Zira hukukun başından beri doğal dillerde betimlenen var oluşu nedeniyle bilgisayar destekli altlama faaliyetinde öngörülmesi / varsayılması muhtemel bir kural-sallık/ normativite eksiği vardır²⁰. Gerçi teknik problemlerin giderilmesi halinde az yada çok emsal kararların tespit edilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak fiili durumdan sapmalar veya bir neticenin geçerliliğini kontrol ederken²¹ hukuksal temellendirmede merkezi argümanı ortaya koyan yeni temellendirme modellerini oluşturma konusunda bu tür sistemler zorluk yaşayabilirler. Her ne kadar rahat bir kullanım hizmeti veren hukuksal veri bankaları hukuk uygulayıcıları için de görece seri davranabilme imkânı sağlıyor olsa da, bu alanda salt ön çalışma (örneğin ilgili konuya ilişkin önceki kararların veri bankası dahilinde aranıp bulunması gibi) için yapılan yatırımların amacına ulaşip ulaşamayacağı konusunda ciddi tereddütlerin bulunduğu görülmektedir.

Buradan da anlaşılacağı üzere, belli bir alanda hukuksal karar verme sürecinin hazırlık aşamasında bilgisayara programlarının az yada çok kullanılabileceğinin düşünülmesi ve bu programların – genel anlamda usul ekonomisini sağlama adına - değerli bir yardımcı araç olarak kabul edilmesi inkar edilemeyecek bir olgudur. Ancak ciddi bir hukuksal altlama faaliyetinin makinelere aktarılması/ devredilmesine ilişkin bir durum hali hazırda ufukta kendini göstermemektedir.

¹⁹ Örneğin bkz. *Weiermüller*, *Künftiges Informationsmanagement von Juristen* in: *Eberle*, *Informationstechnik in der Juristenausbildung* 1989, S. 192 v.d.; *Jandach*, *Juristische Expertensysteme – Methodische Grundlagen ihrer Entwicklung* 1993.

²⁰ Bu konuda bkz. *Christensen/Kudlich*, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, 2008, S. 100 v.d.

²¹ Bu konuda bkz. *Christensen/Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 411 v.d.

3.2.- HUKUKİ HİPER METİN BÖLÜMLERİ OLARAK ELEKTRONİK VERİ BANKALARI YA DA: HUKUKUN MEDYA TEORİSİNDEKİ TEMEL SORUNLAR

Yukarıda ortaya konan tespit, modern enformasyon teknolojisindeki gelişimin pratik hukuk uygulaması açısından anlamsız olduğu sonucunu doğurmaz. Hatta benim tezime göre, bu sistemler sadece kitap ya da büyük şerhler gibi yardımcı nitelikli materyallerle eş değer olmanın ötesinde, hukuki emsallerin oluşturulma sürecindeki fonksiyonları itibariyle nitelik açısından yapılacak değerlendirmelere ya da incelemelere vesile teşkil edebilir.

Elektronik medya araçları hukuk uygulamasında gündelik yaşamda da olduğu gibi kendine ciddi bir konum edinmiştir. Başlangıçta yardımcı kaynaklar olarak bir ders kitabı, standart bir şerh ve emsal kararlar için kaynak olması anlamında Yüksek Mahkemelelerin kararlarının toplandığı az sayıda karar derlemesine ulaşılması mümkün olmuştur. Yıllar içerisinde önce basılı eser sayısında gözle görünen bir artış yaşanmış ve son on ila on beş yılda da yeni veri tabanları ciddi oranda kullanıma açılmaya başlanmıştır.

Beck Online, Lexisnexis ya da Juris gibi hukuka özgülenmiş veri bankaları bir çok hukuksal bilgiyi internet ortamında da kullanıcılarının hizmetine sunarak, “ortalama” bir hukuk uygulayıcısı için gündelik yoğunluktan dolayı zaman bulunamayan araştırmaların seri ve ekonomik bir şekilde yapılmasına imkan sağlamaktadırlar. Bu veri bankalarındaki bilgi içerikleri sadece kitap ya da büyük şerhlerden ibaret olmayıp²², yayımlanmayanlar da dahil olmak üzere bir çok mahkeme kararına da bu bilgi bankaları kullanılmak suretiyle ulaşılabilmektedir. Netice itibariyle bu durumda neredeyse tüm hukuksal problemlere oldukça fazla sayıda yer alan temellendirme dayanaklarıyla bir düşünce üretilebilir olması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu üretimin temel amacı da hakim bir görüş tasarımını işaret etme gereksinimidir. Ancak, bir genellemeyle

²² Örneğin Ceza Hukukunda Leibzig Şerhi ile birlikte Löwe- Rosenberg Büyük Şerhi Lexisnexis’de, Münih Alman Ceza Kanunu Şerhi de beck- online’da bulunmaktadır.

ifade edilecek olursa, kümülatif bir şekilde arış gösteren bilgiyle oluşan farkındalık durumuyla beraber bilgisizlik de bir patlama yaşamaktadır. Şöyle ki; bir enformasyon yığını içinde kural belli belirsiz bir hal almaya başladığı için, sadece genel bir bakışın kaybolması değil, bunun ötesinde kuralsallığın yitirilmesi durumu da söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda tekil temellendirme dayanakları ve kararların oluşturduğu yığın şu zamana kadar uygulana gelen geçerli kırmızı hattı takip etmemekte aksine kendi içinde tutarlı bir eğilimi genelleştirmeyi mümkün kılamayan gelgitleri yansıtmaktadır.

Elektronik veri bankalarının kullanılmaya başlandığı zamanlardan önce de, aynı şekilde kolay ulaşılabilir olmasalar da, bir enformasyon yığınının söz konusu olması ve yazılı eserlerin (özellikle kitapların) anlam bütünlüğü içinde oluşan ve doğal dilde oluşturulan hukuka dair bir tartışmanın dil teorisi temelleriyle gerçekçi bir perspektiften ifade edilen göz yanılması nedeniyle²³, geçmişte de durumun çok da farklı olmadığını söylemek mümkündür. Ancak bugün geçmişe nazaran daha açık ve net görülmektedir ki, geleneksel dikey kanuna bağlılık (*Gesetzesbindung*) anlayışının yatay bir bakış açısıyla yeniden yapılandırılması zorunludur²⁴. Bunun için de kanun metinlerinin yanı sıra şu zamana kadar yapılmış çözümler ve emsal kararların da yargılama süreci dahilinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Koskoca enformasyon ormanının bir koruluğunda küçük bir görünüm elde etmeyi mümkün kılması dolayısıyla, enformasyon ve diğer materyallere ulaşım konusunda elektronik imkanların artış göstermesi metot bilinciyle hareket eden hukuk uygulamasının sonu değil, aksine bir tür Rönesans'ın başlangıcı olmak anlamını taşımaktadır.

²³ Krş. *Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: *Lerch*, Die Sprache des Rechts 2005, S. 1 v.d. (21 v.d.).

²⁴ Kapsamlı değerlendirme için bkz. *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2008, passim.

4.- SONUÇ VE ÖZET

Enformasyon ile hukukun birbirlerine karşı (en az) iki farklı bakış açısını barındıran bir ilişki içerisinde olduklarını söylenebilir: Birincisi bakımından enformasyon ve enformasyon teknolojisinin hukukun inceleme konuları arasında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda uygulama, öğreti ve kanun koyucu inisiyatif tarafından , ağırlıkla fiziki/ maddi şeyleri esas alan hukuk kurallarının enformasyon için de geçerli neticeleri sağlayıp sağlamadığının ve bunu olumsuzlayan durumların ne tür bir yöntem izleyerek ortadan kaldırılabileceğinin gözden geçirilmesi elzemdir. İkinci olarak da hukuk uygulamasında bir araç olarak bilgi işlem sistemlerinin kullanılması gelmektedir. “İnsan tarafından gerçekleştirilen bir atılma faaliyetinin” tamamen bu sistemler tarafından icra edilmesi günümüzde mümkün görünmemekle birlikte gerçekçi bir bakış açısıyla gelecekte de söz konusu olması zor bir durumdur. Hiç şüphe yok ki, bilişim sistemleri gelişen teknolojinin sunduğu imkanlarla hukuk uygulamasında önemli bir destek aracıdır ancak tek başına andığımız bu uygulamayı gerçekleştirmesi imkansızdır. Nihayet elektronik veri işleme uygulamaları ile patlama gösteren enformasyon sayısı, gerçekçi bir hukuk uygulaması için yasa metnlerinin anlam hakimiyetinden sıyrılıp, hukuk uygulayıcılarının emsal kararlar temelinde şekillenen farklı yaklaşımlarını açıklamaya muktedir bir sistemin geliştirilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

Bär, Wolfgang, Anmerkung zu BGHSt 51, 211 v.d., in: MMR 2007, S. 239 v.d..

Buermeyer, Ulf, Die Online-Durchsuchung –Technischer Hintergrund des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme, HRRS 2007, S. 154 v.d..

Christensen, Ralph, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: *Lerch, Kant D.* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts Berlin, New York 2005, S. 1 v.d..

Christensen, Ralph; Kudlich, Hans, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin 2008.

Christensen, Ralph; Kudlich, Hans, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001.

Cornelius, Kai, Anmerkung zu BGHSt 51, 211 v.d., in: JZ 2007, S. 798 v.d..

Jahn, Matthias; Kudlich, Hans, Die strafprozessuale Zulässigkeit der Online-Durchsuchung, in: JR 2007, S. 57 v.d..

Jarass, Hans Dieter; Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, Kommentar, 9. Auflage, München 2007.

Jeßberger, Florian, Anmerkung zu BGHSt 46, 212 v.d., in: JR 2001, S. 432 v.d..

Hörnle, Tatjana, Anmerkung zu BGHSt 46, 212 v.d., in: NStZ 2001, S. 309 v.d..

Hume, David, A Treatise of Human Nature, 1740, Book III, Part I, Section I, S. 245 der Ausgabe von *T.H. Green* und *T.H. Grose*, The Philosophical Works of David Hume, Vol. II.

Kemper, Martin, Anforderungen und Inhalt der Online-Durchsuchung bei der Verfolgung von Straftaten, in: ZRP 2007, S. 105 v.d..

Kessler, Clemens, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangsprovidern in Deutschland und der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in Europa, Berlin 2004.

Koch, Arnd, Nationales Strafrecht und globale Internet-Kriminalität. Zur Reform des Strafanwendungsrechts bei Kommunikationsdelikten im Internet, in: GA 2002, 703 v.d..

Kudlich, Hans, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge, Band 114, Berlin 1998.

Kudlich, Hans, Die strafrechtliche Verantwortung von Internetprovidern. Die Änderungen des TDG durch das EGG, insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, in: JA 2002, S 798 v.d..

Kudlich, Hans, Anmerkung zu BGHSt 46, 212 v.d., in: StV 2001, S. 397 v.d..

Kudlich, Hans, Anmerkung zu BGHSt 47, 55 v.d., in: JZ 2002, S. 310 v.d..

Kudlich, Hans, Anmerkung zu BGHSt 51, 211 v.d., in: JA 2007, S. 391 v.d..

Kudlich, Hans, Anmerkung zu BVerfG NJW 2008, 822 v.d., in: JA 2008, S. 475 v.d..

Kutscha, Martin, Verdeckte Online-Durchsuchung und Unverletzlichkeit der Wohnung, in: NJW 2007, S. 1169 v.d..

Lagodny, Otto, Anmerkung zu BGHSt 46, 212 v.d., in: JZ 2001, S. 1198 v.d..

Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Hrsg: Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kisten Graalman-Scheerer, Hans Hilger, Alexander Ignor, 26. Auflage, Berlin 2006.

München Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2005.

Pfeiv.d.er, Gerd, Strafprozessordnung: StPO, Kommentar, 5. Auflage, München 2005.

Roxin, Claus Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.

Sachs, Michael Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2007.

Schönke, Adolf; Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2006.

Sieber, Ulrich, Verantwortlichkeit im Internet technische Kontrollmöglichkeiten und multimediarrechtliche Regelungen, München 1999.

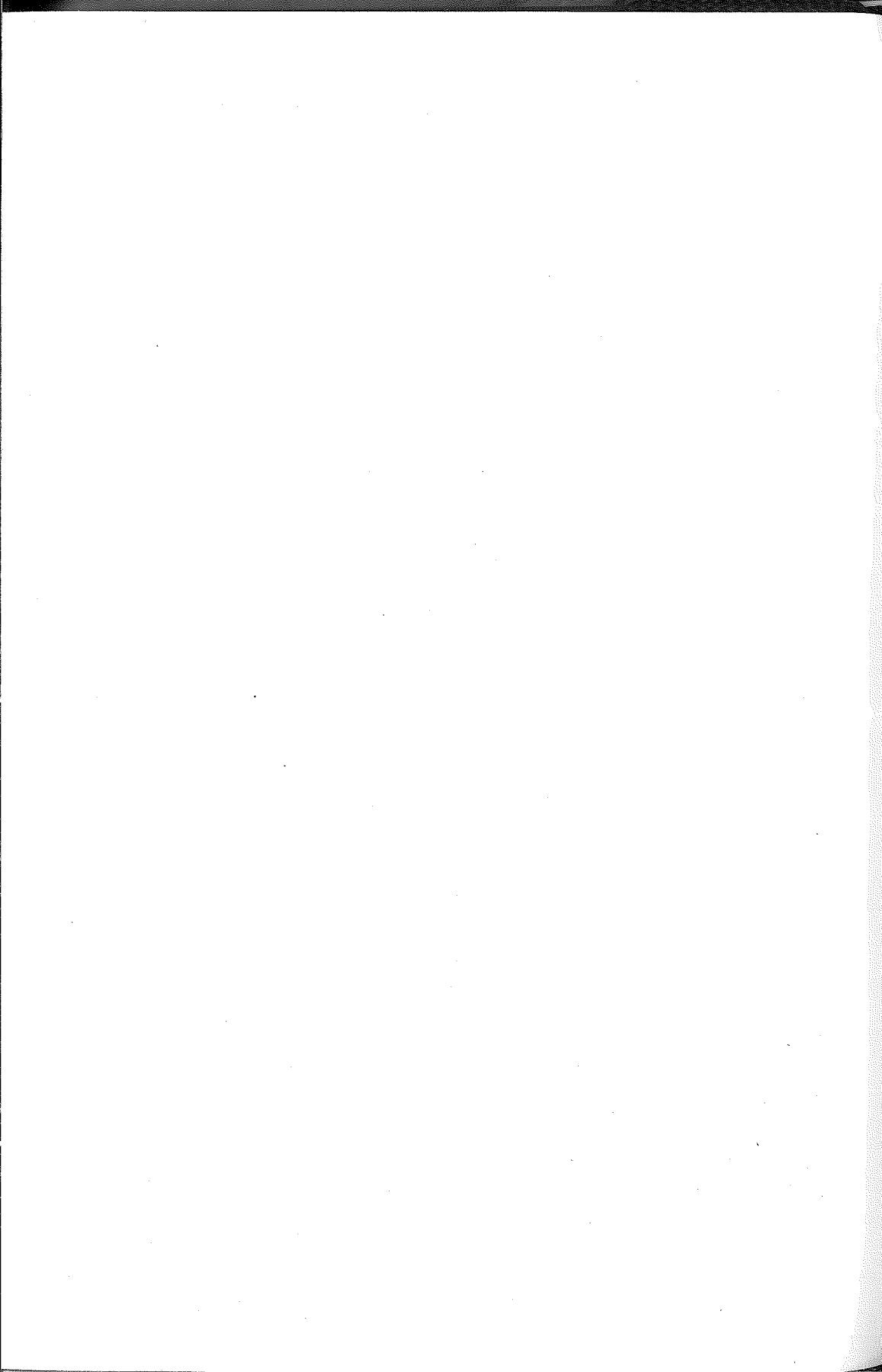
Sieber, Ulrich, Internationales Strafrecht im Internet, in: NJW 1999, S. 2065 v.d..

Valerius, Brian, Ermittlungsmaßnahmen im Internet, Rückblick, Bestandsaufnahme, Ausblick, in: JR 2007, S. 275 v.d..

Vec, Milos, Anmerkung zu BGHSt 46, 212 v.d., in: NJW 2002, S. 1535 v.d..

Warntjen, Maximilian, Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gesetzliche Regelung der Online-Durchsuchung, in: Jura 2007, S. 581 v.d..

Weihermüller, Manfred, Künftiges Informationsmanagement von Juristen, in: *Eberle, Carl-Eugen* (Hrsg), Informationstechnik in der Juristenausbildung: Ausbildungskonzepte, juristische PC-Pools, Nutzung von Datenbanken, Lernprogramme, Expertensysteme, Perspektiven, staatliche Förderung, München 1989, S. 192 v.d..



BERICHT***Europäisches Parlament – Unterkommission Menschenrechte****10.09.2008****PARTEIVERBOT IN DER TURKEI – FALL AKP****Dr. Christian RUMPF******Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK*******EINLEITUNG¹**

Die Adalet ve Kalkınma Partisi (Partei für Gerechtigkeit und Entwicklung; offizielles Kürzel “Akparti”, ansonsten AKP) wurde im Jahre 2001 durch Recep Tayyip Erdoğan, den ehemaligen Oberbürgermeister von Istanbul, und einer Gruppe von Politikern gegründet, die sich zum Teil aus der verbotenen Refah Partisi (Wohlfahrtspartei)², zum Teil aber auch aus anderen Parteigängern

* EU-Parlament/Auswärtiger Ausschuss - Unterkommission Menschenrechte -
Stellungnahme v. 10.09.2008

** Rechtsanwalt in Stuttgart; Honorarprofessor an der Universität Bamberg.

*** Wissenschaftlicher Mitarbeiter (Yardımcı Doçent) und Mitglied des
Lehrkörpers an der Yeditepe Universität Istanbul.

¹ **Literatur:** Ekrem Ali Akartürk, **Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları (Parteiverbote im türkischen Recht)**, in: Yeditepe Universität (Hrsg.) Istanbul 2008; Christian Rumpf, **Das türkische Verfassungssystem**, Wiesbaden 1996; Christian Rumpf, **Einführung in das türkische Recht**, München 2004. Weitere Literatur in den Fußnoten.

² Vgl. hierzu das Urteil des EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) v. 31.7.2001 zum Verbot der Refah Partisi (<http://www.tuerkei-recht.de/Wohlfahrtspartei.doc>).

rekrutierten, welche nicht durch besondere Nähe zu religiösem Gedankengut aufgefallen waren. Erdogan verfestigte damit sein Profil als ein zwar religiös orientierter, jedoch pragmatischer und den Werten der modernen Demokratie aufgeschlossenen Politiker. Er war bereits in der Refah Partisi als moderater Politiker aufgefallen, der mit den ideologischen Grundsätzen eines Necmettin Erbakan wenig gemein hatte.

In der Folge profilierte sich die AKP als erste türkische Volkspartei im eigentlichen Sinne des Wortes, nämlich als Partei mit einer breiten Basis in der Bevölkerung, die in der Lage war, ein großes Spektrum verschiedener Strömungen abzudecken. Demzufolge traten auch zahlreiche Politiker aus anderen Parteien wie der Republikanischen Volkspartei (CHP), Mutterlandspartei (Anavatan Partisi) und Partei des Rechten Weges (DYP) bei.

Das Konzept führte auf Anhieb zu einem überwältigenden Wahlerfolg im November 2002³. Mit 34,3% der Stimmen errang die AKP mehr als zwei Drittel der Parlamentssitze, ein Erfolg, wie es ihn seit Jahrzehnten nicht mehr gegeben hatte. Nach einer Steigerung in den Kommunalwahlen 2004 auf 41,67% errang die Partei am 22.7.2007 in einer vorgezogenen Wahl, ein Ergebnis von 46,58%, wobei infolge des Umstandes, dass mit der rechts orientierten MHP (Partei der Nationalen Bewegung) noch eine dritte Partei die 10%-Hürde überwunden hat, die Anzahl der Sitze zurück gegangen ist.

Schon 2002 reagierte der amtierende Generalstaatsanwalt beim Kassationshof mit der Einleitung eines Verbotsverfahrens gegen die Partei. Als Begründung hatte er vorgetragen, dass Erdogan hätte nicht Parteivorsitzender werden dürfen, da er wegen einer angeblich antilaizistischen Äußerung in einer Rede zu einer geringen Gefängnisstrafe verurteilt worden war, die nicht vollzogen wurde. Und schon damals fiel der Generalstaatsanwaltschaft mit seinem Antrag beim Verfassungsgericht durch.

³ Vgl. Rumpf, Christian/Steinbach, Udo: Das politische System der Türkei, in: Wolfgang Ismayr (Hrsg.), Die politischen System Osteuropas, 2. neu bearbeitete Auflage Opladen 2004, S. 847 ff.

Richtig ist sicherlich der Gesamteindruck, dass die politischen Aktivitäten dieser Partei, die sich schnell in allen Provinzen und Bezirken der Republik fest etablieren konnte und in den folgenden Kommunalwahlen zahlreiche große Städte unter ihre politische Kontrolle brachte – darunter vor allem Istanbul und Ankara – zu einer "Islamisierung" der Gesellschaft in dem Sinne geführt haben, dass Kopftuch und Minarett wieder deutlich sichtbarer im Alltagsleben geworden sind. Gleichzeitig jedoch hat diese Partei zu einigen wichtigen Fortschritten im Demokratisierungsprozess und zur Stabilisierung der Wirtschaft in der Türkei beigetragen.

PARTEIVERBOTE IN DER TURKEI

Die Möglichkeit, politische Parteien in einem Gerichtsverfahren zu verbieten, wurde erstmals in der Verfassung von 1961 geregelt. Seither sind insgesamt **26 Parteien durch das türkische Verfassungsgericht verboten** worden, davon **20 nach 1980**. Seit 1983 hat es aber auch zahlreiche Parteiverbotsverfahren gegeben, die nicht zu einem Verbot geführt haben. Mit diesen Zahlen liegt die Türkei im Wirkungsbereich des Europarats bei weitem an der Spitze.

Bevor man diese Zahlen wertet, sollte man allerdings auch verschiedene Umstände bedenken, die zu dieser Zahl geführt haben. Zunächst geht ein erheblicher Teil, wenn nicht die Mehrheit der Verbote darauf zurück, dass immer dieselben politischen Protagonisten mit Nachfolgeparteien wiederholte Verbotsverfahren ausgelöst haben. Ferner verfügt die Türkei über ein strikt rechtsstaatliches Parteienregime, was dazu führt, dass der Einleitung von Verbotsverfahren keine politischen Entscheidungen politischer Organe zugrunde liegen, sondern ein dem Strafprozess ähnliches Verfahren, das durch die Staatsanwaltschaft beim Kassationshof, dem obersten Zivil- und Strafgericht, eingeleitet wird, wobei das Legalitätsprinzip gilt. Soweit politische Institutionen die Einleitung von Verfahren initiieren können, setzt selbst dies die Mitwirkung des Generalstaatsanwalts der Republik voraus. Bei durch Verfassung und Gesetz sanktionierten Verstößen muss also ein Verfahren ein-

geleitet werden. Nicht in der Zahl enthalten sind die Parteien, die mit dem Putsch am 12. September 1980 durch die Junta verboten wurden.

Dennoch hat dies nicht nur in den Ländern der Europäischen Union, sondern auch in der Türkei selbst in weiten Kreisen die berechtigte Frage aufgeworfen, ob das türkische Parteiverbotsregime europäischen Standards entspricht. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass es solche Standards bislang noch nicht gibt⁴ und in den verschiedenen Ländern völlig unterschiedliche Wege und Methoden genutzt werden, um eine politische Partei aus dem politischen Leben auszuschließen. In manchen Ländern werden durchaus fragwürdige juristische Rahmenbedingungen immerhin so zurückhaltend genutzt, dass es so gut wie nie zu Parteiverboten kommt, während die hohe Zahl von Parteiverboten in der Türkei ihre Ursache – so paradox das klingen mag – gerade in der strikt rechtsstaatlichen Gestaltung des Parteiverbotsregimes hat.

Die Überprüfung des Parteiverbotsregimes ist nicht nur eine nationale Angelegenheit, sondern von eminenter Bedeutung für den Prozess der Beitrittsverhandlungen zur EU. Am 10. und 11.12.1999 hatte die Türkei den Kandidatenstatus erhalten, seit 3.10.2005 laufen offiziell die Beitrittsverhandlungen. Während diese der EU und ihren Mitgliedstaaten Gelegenheit bieten, sich anhand der an die Türkei gerichteten Kritiken selbst zu überprüfen, um ihre eigene Glaubwürdigkeit in den Verhandlungen sicherzustellen, ist die Türkei gehalten, im Hinblick auf die Aufnahmebedingungen und insbesondere auch die Kopenhagener Kriterien ihr gesellschaftliches und politisches System zu optimieren, um den Anschluss an die politischen Standards, welche in der EU gelten, zu gewährleisten.

Spätestens seit 1995 hat die Türkei insoweit in der Tat Fortschritte erzielt. Die Verfassung wurde mehrmals revidiert und die

⁴ Die Guidelines on Prohibition und Dissolution of Political Parties und Analogous Measures, 10-11 December 1999 der Venedig-Kommission (www.venice.coe.int) können insoweit als Versuch der Schaffung von minimalen Standards verstanden werden. Vgl. Akartürk S. 101.

Parteiengesetz von 1983⁸ festgeschrieben und ging zum Teil über die durch die Verfassung vorgegebenen Restriktionen hinaus. Gewisse Milderungen brachte die Verfassungsänderung 1995,⁹ die im August 1999 durch Gesetz umgesetzt wurde.¹⁰

Die **Gründung von Parteien** ist erlaubnisfrei. Sie erlangen Rechtspersönlichkeit mit der Abgabe der erforderlichen Unterlagen und der durch die konstituierende, aus mindestens dreißig Mitgliedern bestehende Versammlung verabschiedete Gründungserklärung beim Innenministerium (Art. 8 ff. ParteiG). Das Hauptorgan einer Partei ist der *Große Kongress (büyük kongre)*, der aus Delegierten der Provinzversammlungen und aus Parlamentsabgeordneten, Ministern sowie Inhabern von Ämtern in zentralen Parteiorganen besteht. Der vom Großen Kongress gewählte *Parteivorsitzende* ist zugleich Vorsitzender des *Zentralen Entscheidungs- und Verwaltungsrats*, der ebenfalls durch den Großen Kongress gewählt wird. Schließlich gibt es noch einen *Zentralen Disziplinarrat*. Die *Provinz- und Bezirksorganisation (il bzw. ilçe örgütü)* einer Partei schließlich ist ein Abbild der zentralen Organisation (Art. 19 f. ParteiG). Schülern, Beamten, Richtern, Staatsanwälten und Mitgliedern der Streitkräfte ist der Beitritt verboten. Das Verbot für Mitglieder der Lehrkörper der Universitäten, das mit einem Gesetzesvorbehalt (Regelungsvorbehalt) versehen worden war, ist mit der Änderung 1999 aufgehoben worden. Art. 11 II lit. b Ziff. 4 ParteiG sieht weiter ein Parteieintrittsverbot für politische Delinquenten vor. Das Beitrittsalter muss mindestens 18 Jahre betragen.

Die Gründung von Parteien, die einer freiheitlich demokratischen Grundordnung entgegenstehen, ist verboten. Zwar ist das ursprünglich in Art. 5 ParteiG enthaltene „Verbot“ in dieser Allgemeinheit entfallen, doch handelt es sich hier lediglich um eine redaktionelle Bereinigung. Denn separatistische, laizistische und an-

⁸ Gesetz Nr. 2820 v. 22. 4. 1983, RG Nr. 18027 v. 24. 4. 1983; in deutscher Sprache abgedruckt bei Hirsch, JöR 32, S. 507 ff. (S. 595 ff.).

⁹ Zur Rechtslage vor 1995 vgl. Rumpf, a.a.O.

¹⁰ Gesetz Nr. 4445 v. 12. 8. 1999, RG Nr. 23 786 v. 14. 8. 1999. Weitere Reformen folgen, zuletzt 2003.

tidemokratische Bestrebungen einer Partei führen nach wie vor zur Schließung. Das ParteiG ist stark geprägt von den kemalistischen Prinzipien, insbesondere demjenigen des Nationalismus.¹¹ Wegen Verstoßes gegen diesen Grundsatz wurde zuletzt im November 2007 Verbotsantrag gegen die Partei Demokratische Gesellschaft (Demokratik Toplum Partisi) gestellt worden, die in der Tradition verschiedener Parteien mit starker Verwurzelung in den kurdischen Gebieten gestanden hatte. Das Verfahren war bei Abschluss dieses Manuskripts noch anhängig, ist also vom AKP-Verbotsverfahren „überholt“ worden. Neben dem Nationalismusprinzip, das im Wesentlichen die Grundlage für zahlreiche, gegen separatistische Parteien gerichtete und vom EGMR teilweise nicht gebilligte Parteiverbote war, spielt in der Geschichte der Parteiverbote auch das Laizismusprinzip¹² eine wesentliche Rolle.

Die **Kontrolle der Parteien** erfolgt neben der Kontrolle durch den Wähler auch durch innerparteiliche Mechanismen sowie durch die Generalstaatsanwaltschaft der Republik, denn diese führt so etwas wie eine „Personalakte“ für jede politische Partei und kann von den Parteien verlangen, dass sie regelmäßig Auskunft über ihre Aktivitäten erteilen. Dabei steht die Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen regulären Parteiversammlungen und innerparteilichen Wahlen sowie die Umsetzung eventuell ergangener Verwarnungen des Verfassungsgerichts im Vordergrund. Das Verfassungsgericht hat die Buchführung der Parteien (Art. 74 ff. ParteiG) und auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft der Republik beim Kassationshof (*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı*) die Übereinstimmung der Aktivitäten mit der Verfassung und dem ParteiG zu prüfen. Mögliche Sanktionen sind die Verwarnung (*ih-tar*)¹³ und das Verbot (*kapatma*)¹⁴ (Art. 100 ParteiG). Die

¹¹ Ausführlicher Rumpf, *Verfassungssystem*, S. 146 ff.

¹² Ausführlich Christian Rumpf, *Laizismus, Fundamentalismus und Religionsfreiheit in der Türkei in Verfassung, Recht und Praxis*, VRÜ 1999, S. 164 ff.

¹³ Vgl. VerfG, Beschluss v. 18. 10. 1989, E. 1989/1, K. 1989/1, AMKD 25, 472 ff.; weitere Bsp. in AMKD 28, 587 ff. Siehe auch das Verbot der Wohlfahrtspartei, Urt. v. 9. 1. 1998, E. 1998/2, K. 1998/2, RG Nr. 23 266 v. 22. 2.

Rechtsverstöße müssen durch Mitglieder oder Organe der Partei in einer der Partei zurechenbaren Weise begangen worden sein. Die Generalstaatsanwaltschaft kann auch von einer Partei verlangen, sich solcher Mitglieder zu entledigen, die nicht die Beitrittsbedingungen erfüllen oder sich ehrenrühriger Straftaten schuldig gemacht haben (Art. 102 ParteiG). Bleibt eine Partei nach ihrer Gründung mangels Mitgliedern oder aus anderen Gründen unfähig, sich am politischen Leben zu beteiligen, kommt auch die Feststellung ihrer Nichtexistenz durch das Verfassungsgericht in Betracht.¹⁵ Mit dem Verbot geht das Vermögen der Partei auf den Fiskus über; löst sich die Partei während eines anhängigen Verbotsverfahrens selbst auf, so werden die Rechtswirkungen eines Verbotsurteils hierdurch nicht berührt (Art. 108 ParteiG). Mit dem Verbot der Partei verlieren diejenigen Abgeordneten, die für das Verbot mit ursächlich waren, ihre Parlamentsmandate; des Weiteren unterliegen diejenigen Mitglieder, deren Verhalten den ausdrücklichen Feststellungen des Verfassungsgerichts zufolge ursächlich für das Parteiverbot war, einem „Politikverbot“ – sie bleiben von der Mitgliedschaft in einer anderen Partei und von der Kandidatur für das Parlament für fünf Jahre nach Bekanntmachung des Verfassungsgerichtsurteils im Amtsblatt ausgeschlossen (vor 1999 zehn Jahre, Art. 95 ParteiG). Schließlich ist auch die Gründung von „Nachfolgeparteien“ verbotener Parteien untersagt.

Will man dieses System in die Kurzform einer ideologischen oder staatsrechtlichen Begründung gießen, so wird man sagen können:

1998, S. 19 ff. (Verfassungswidrigkeit Art. 103 II ParteienG); Urt. v. 16. 1. 1998, E. 1997/1, K. 1998/1 (Parteiverbot), RG Nr. 23 266 v. 22. 2. 1998, S. 31 ff. (dazu Rumpf, ZfTS 1998, S. 285 ff. mwN.).

¹⁴ Das Verbot einer Partei setzt die Androhung der Erhebung einer Verbotsklage voraus (Art. 102 ParteiG; vgl. *VerfG*, Urt. v. 2. 5. 1989, E. 1988/1, K. 1989/1 [Parteiverbot], AMKD 25, 462 ff.).

¹⁵ Z. B. *VerfG*, Urt. v. 24. 11. 1992, E. 1992/3, K. 1992/4 („varia“), AMKD 28, 832 ff. Scheingründung reicht für die „Nichtexistenz“ nicht aus: *VerfG*, Urt. v. 2. 6. 1987, E. 1987/1, K. 1987/2 („varia“), AMKD 23, 444 ff.

Das türkische Parteiensystem mit seinen Verbotsmechanismen ist Merkmal einer wehrhaften Demokratie (*militan demokrasi*). Der Begriff der wehrhaften Demokratie ist ein von der deutschen Verfassungswissenschaft bereits vor dem Zweiten Weltkrieg entwickelter Begriff, der vor allem in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts erneut diskutiert wurde. Inzwischen hat er auch in der Türkei sich zu etablieren begonnen. Das System ist Ausdruck eines Konflikts zwischen Demokratie und Recht, der hier zugunsten einer vordergründigen Rechtsstaatlichkeit gelöst wird und gerade dadurch die eigentliche Funktion des Rechtsstaatsprinzips gefährdet, nämlich Freiheit und Demokratie zu sichern.

PARTEIVERBOT

VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN PARTEIVERBOT

Die Verfassung selbst¹⁶ bietet mit Art. 68 und 69 den Rahmen für die parteirechtlichen Regelungen des Parteiengesetzes mit seinen Sanktionen, deren wichtigste und schwerwiegendste das Verbot darstellt.

Art. 68 Abs. 4 der Verfassung lautet:

“Die Satzungen und Programme der Parteien dürfen der Unabhängigkeit des Staates, der unteilbaren Einheit von Staatsgebiet und Staatsvolk, den Menschenrechten, den Prinzipien der Gleichheit und des Rechtsstaats, der nationalen Souveränität und den Prinzipien der demokratischen und laizistischen Republik nicht entgegenstehen; sie dürfen nicht die Diktatur einer Klasse oder Gruppe oder irgendeine andere Form der Diktatur verteidigen oder das Ziel ihrer Errichtung verfolgen; sie dürfen nicht zu Straftaten auffordern.”

Art. 69 Abs. 5 ff. sehen als Sanktion die Schließung vor, wobei allerdings auch gleich bestimmt wird, dass solche Verstöße nicht unbedingt mit der Schließung geahndet werden müssen:

¹⁶ Vollständiger Text der Verfassung unter <http://www.tuerkeirecht.de/Verfassung.html>

“Wird ein Verstoß der Satzung und des Programms einer Partei gegen die Bestimmungen des Art. 68 Abs. 4 festgestellt, ergeht die Entscheidung auf endgültige Schließung.

Eine Entscheidung auf endgültige Schließung einer Partei, die wegen gegen die Bestimmungen des Art. 68 Abs. 4 verstößender Betätigung ausgesprochen wird, erfolgt nur, wenn das Verfassungsgericht feststellt, dass diese Art von Betätigung zu einem Brennpunkt der Aktivitäten wird. Eine politische Partei wird zum Brennpunkt solcher Aktivitäten, wenn entsprechende Taten von Parteimitgliedern in großem Umfang begangen werden und dies vom Großen Kongress oder dem Vorsitzenden oder von Entscheidungs- und Verwaltungsorganen der Parteizentrale oder der Hauptversammlung oder der Führung der Parlamentsfraktion stillschweigend oder ausdrücklich gebilligt oder solche Taten von den genannten Parteiorganen selbst bewusst und gewollt begangen werden.

Das Verfassungsgericht kann anstelle der Schließung nach vorstehenden Vorschriften je nach Schwere der Verstöße auch die teilweise oder vollständige Versagung staatlicher Unterstützung anordnen.”

Die Schließung erfolgt auf jeden Fall, wenn das Parteiprogramm und die Satzung bereits Verstöße gegen die Grundsätze des Art. 64 Abs. 4 enthalten. Das allerdings ist in der Regel nicht der Fall, weil die Parteien bislang darauf geachtet haben, Satzung und Programm ein verfassungskonformes Erscheinungsbild zu geben.

Für die Aktivitäten sind die Regelungen nach Schwere differenziert. Eine Schlüsselrolle spielt der Begriff “**Brennpunkt**” (*odak*). Ein Verbot kommt zwingend erst in Betracht, wenn die Aktivitäten einer Partei sich insgesamt in verfassungswidrigen Handlungen konzentrieren. Wichtig ist hier, gerade auch im Hinblick auf das Verbotungsverfahren gegen die AKP, dass solche verfassungswidrige Aktivitäten von den Parteiorganen stillschweigend gebilligt werden. Denn erst dann sind solche Aktivitäten den Organen und damit auch der Partei zurechenbar.

MEHRHEITSERFORDERNIS

Schließlich setzt ein Verbot noch eine qualifizierte Mehrheit von drei Fünfteln der elf Richter des Verfassungsgerichts voraus. Diese im Jahre 2001 eingeführte Begrenzung soll der puren Rechtsförmigkeit entgegenwirken und vermeiden, dass zufällige oder durch gezielte Ernennungspolitik geschaffene einfache Mehrheitsverhältnisse im Verfassungsgericht sich in einem Parteiverbot auswirken.

ALTERNATIVEN ZUM PARTEIVERBOT

AUSSCHLUSS AUS DER PARTEIENFINANZIERUNG

Als alternative Sanktion kommt insbesondere der Ausschluss aus dem staatlichen Parteifinanzierungssystem in Betracht. Neben dem Umstand, dass der Ausschluss aus der Parteienfinanzierung anstelle eines Verbots ausgesprochen werden kann (z.B.: es wird festgestellt, dass die Partei noch nicht zum "Brennpunkt" verfassungswidriger Aktivitäten in einer das Verbot erfordernden Weise geworden ist), kommen auch Verstöße in Betracht, die in einigen Bestimmungen des Parteigesetzes formuliert werden. Dies sind:

- Es wird festgestellt, dass es sich bei der Partei um eine Nachfolgepartei zu einer verbotenen Partei handelt (Art. 95 ParteiG)

- Es wird der Name einer verbotenen Partei geführt

- Die Partei übergibt dem Generalstaatsanwalt nicht die geforderten Dokumente, die zur Erfüllung der Aufsichtspflichten der Staatsanwaltschaft erforderlich sind (Art. 102 ParteiG)

- Die Partei setzt innerparteilich das Demokratieprinzip nicht um (Art. 93 ParteiG)

- Die Partei verstößt gegen das Verbot, Uniformen zu tragen oder Parteikader mit polizeiähnlichen Aufgaben aufzustellen (Art. 94 ParteiG).

Das System des Ausschlusses von der Parteienfinanzierung hat den Nachteil, dass es nur auf Parteien anwendbar ist, die bei den letzten Parlamentswahlen mehr als 7% der Wählerstimmen errungen haben. Die zahlreichen Parteien unter dieser Hürde erhalten erst gar keine Förderung, so dass diese Sanktion leer läuft. Das ist eine Merkwürdigkeit, die durch die Verfassung selbst nicht gedeckt ist, da sie keine Differenzierung bei der Parteienfinanzierung vorsieht (vgl. Art. 68 letzter Absatz der Verfassung).

VERWARNUNG

Eine weitere Sanktionsform ist die "Verwarnung" (*ihhtar*). Diese ist in Art. 104 ParteiG geregelt. Sie kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es sich um einfachere Verstöße handelt, die durch die zuständigen Parteiorgane leicht behoben werden können. Im AKP-Verbotsverfahren etwa hat es zwar nicht zu einem Verbot gereicht, doch ist dann eine Verwarnung ausgesprochen worden.

DAS PARTEIVERBOTSVERFAHREN¹⁷

ZUSTÄNDIGKEIT

Wie heute noch in einigen europäischen Ländern üblich (zum Beispiel Frankreich) konnte ein Parteiverbotsverfahren vor Inkrafttreten der Verfassung von 1961 noch aufgrund des Vereinsgesetzes eingeleitet werden. Dies war nach Auffassung der Schöpfer der Verfassung von 1961, die sich unter anderem auch mit dem System der Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Bonner Grundgesetz auseinandergesetzt hatten, mit dem Parteienprivileg nicht zu vereinbaren. Es wurde daher nicht nur das Zulassungsverfahren für die Gründung vom Vereinsrecht abgekoppelt, sondern mit der Einführung des Verfassungsgerichts auch die Zuständigkeit für das Parteiverbot auf das Verfassungsgericht verlagert. Dieses neue System der Sicherung des Status der politischen Parteien als Organe der Willensbildung auf Verfassungsebene blieb bis heute erhalten.

¹⁷ Akartürk, S. 224 - 228.

KLAGEBEFUGNIS

ANTRAGSTELLER

Das Misstrauen gegen die Zuverlässigkeit politischer Organe führte dazu, dass man das Parteiverbot an ein rechtsförmiges Verfahren knüpfte, das Ähnlichkeit mit einem Strafprozess aufweist. Aus diesem Grunde ist es ausschließlich der Generalstaatsanwalt beim Kassationshof, also die höchste Anklagebehörde der Republik, welche mit einer "Anklageschrift" (*iddianame*) ein Parteiverbotsverfahren in Gang setzen kann. Allerdings bleibt die Politik hier nicht vollständig draußen. Denn der Generalstaatsanwalt kann nicht nur von Amts wegen, sondern auch auf Antrag des Justizministeriums (dieses wiederum auf der Grundlage eines Ministerratsbeschlusses) oder einer politischen Partei ein Parteiverbotsverfahren einleiten (Art. 68 Abs. 4 der Verfassung; Art. 100 ParteiG).

Die Antragsbefugnis setzt Verstöße gegen die Verbote des Art. 68 der Verfassung (s.o.) bzw. des Art. 101 ParteiG voraus. Andernfalls kommt nur der Antrag auf Erteilung einer Verwarnung in Betracht. Erst wenn den Auflagen in einer Verwarnung nicht innerhalb von sechs Monaten Rechnung getragen wird, darf der Staatsanwalt das Verbotsverfahren einleiten (Art. 104 Abs. 1 ParteiG).

VERFAHREN AUF ANTRAG DES JUSTIZMINISTERIUMS ODER EINER PARTEI

Ein auf Antrag des Justizministeriums oder einer anderen Partei eingeleitetes Parteiverbotsverfahren darf nicht während der Periode zwischen der Bekanntmachung der Entscheidung des Parlaments auf Durchführung von Wahlen und einem Tag nach Stimmabgabe eingeleitet werden (Art. 100 ParteiG). Dies soll sicherstellen, dass die Möglichkeit der Regierung oder einer politischen Partei, ein Parteiverbotsverfahren zu initiieren, nicht dazu missbraucht wird, die eigenen Wahlchancen zu optimieren.

Der Generalstaatsanwalt weist einen Antrag der Regierung oder einer Partei auf Einleitung eines Parteiverbotsverfahrens

zurück, wenn er den Antrag für nicht ausreichend substantiiert und die Beweismittel nicht für zureichend hält. Hiergegen besteht ein Beschwerderecht, das innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung des Nichtannahmebeschlusses der Generalstaatsanwaltschaft gegenüber dem richterlichen Prüfungsausschuss für Parteiverbote ausgeübt wird, der aus den Vorsitzenden der Strafsenate des Kassationshofs besteht. Dieser Rat muss innerhalb weiterer 30 Tage einen Beschluss fassen, in welchem er die Auffassung des Generalstaatsanwalts bestätigt oder diesen anweist, Verbotsantrag beim Verfassungsgericht zu stellen.

Dieses Verfahren zeigt das Bemühen des Verfassungs- und Gesetzgebers, politische Willkür aus solchen Verfahren so weit wie möglich heraus zu halten. Es entspricht insoweit auch dem Bericht der Venedigkommission über Verbot und Schließung von Parteien sowie ähnlicher Maßnahmen.¹⁸

DAS ZUSTÄNDIGE GERICHT

Zuständig für die Durchführung des Parteiverbotsverfahrens ist gemäß Art. 69 Abs. 4 der Verfassung das Verfassungsgericht. Diese Entscheidung des Verfassungsgebers, die bereits mit der Verfassung von 1961 gefällt wurde, ist im Hinblick auf die Anforderungen der Guidelines der Venedig-Kommission richtig. Zwar gibt es im Rechtsraum des Europarats und der EU keine zwingende Regel, dass nur ein Verfassungsgericht die entsprechende Zuständigkeit haben könnte. Doch erscheint die Zuweisung einer Zuständigkeit an das Verfassungsgericht die optimale Lösung dafür zu sein, ein justizielles Verfahren im politischen Raum durchzuführen, sofern sichergestellt ist, dass das Verfassungsgericht in seiner Zusammensetzung und seinen Verfahren in der Lage ist, von politischem Einfluss unabhängige Entscheidungen zu treffen, ohne sich jeglicher politischer

¹⁸ Guidelines on the Prohibition und Dissolution of Political Parties und Analogous Measures, 10-11 December 1999 (www.venice.coe.int).

Erwägungen vollständig enthalten zu müssen. Diese Gewähr bietet das türkische Verfassungsgericht.¹⁹

PROZESSORDNUNG²⁰

Das Verfahren basiert auf der Strafprozessordnung, die übrigens auf dem deutschen Vorbild beruht und zuletzt im Jahre 2004 (in Kraft seit Juni 2005) einer Modernisierung unterzogen wurde (Art. 33 des Verfassungsgerichtsgesetzes). Grundsätzlich ergeht die Entscheidung nach Aktenlage, allerdings kann das Verfassungsgericht der Partei das Recht auf Verteidigung einräumen, die auch durch mündlichen Vortrag erfolgt. Das Verfassungsgericht kann auch Zeugen und Experten anhören. Theoretisch hat das Verfassungsgericht hier ein Ermessen, doch wird in aller Regel eine mündliche Verhandlung anberaumt.

Die Vergleichbarkeit mit dem Strafverfahren rechtfertigt nicht, das Parteiverbotsverfahren als eine Art Strafverfahren anzusehen. Vielmehr ist es ein Verfahren eigener Art, das durch seinen politischen Charakter bestimmt wird, der dem Strafverfahren ja gerade fehlt bzw. fehlen sollte. Andererseits führt das Anliegen des Verfassungsgebers und Gesetzgebers, das Verfahren, bei dem am Ende eine schwerwiegende, strafähnliche Sanktion stehen kann, möglichst rechtsförmig zu gestalten, eben doch dazu, dass sich die Vergleichbarkeit so weit aufdrängt, dass man fast von einer besonderen Variante des Strafverfahrens sprechen könnte. Was allerdings fehlt, sind wesentliche Grundsätze des Strafverfahrens, die die Besserung des Angeklagten zum Ziel haben und nicht allein die Sühne, sowie bewusst auch auf Generalprävention setzen. Derartige Unterscheidungen fehlen dem Parteiverbotsverfahren, das im Wesentlichen auf die Beseitigung eines verfassungswidrigen Zustandes gerichtet ist.

¹⁹ Zur Funktionsweise des Verfassungsgerichts vgl. Rumpf, Einführung, § 8 Rdn 83 ff.; www.tuerkei-recht.de/Gerichtsverfassung.pdf, S. 1.

²⁰ Akartürk, 229- 233.

RECHTLICHES GEHOR

Für die Partei wird der Vorstand angehört. Nicht geregelt ist, ob diejenigen Parteimitglieder anzuhören sind, deren Verhalten der Partei als verfassungswidrig zugerechnet werden soll. Nimmt man das Recht auf rechtliches Gehör ernst, so ist dieses Recht auch solchen Mitgliedern einzuräumen, da das Verbot auch für sie schwerwiegende Folgen hat wie etwa der Verlust des Abgeordnetenmandats und die Suspendierung des Rechts, sich für ein solches Mandat zu bewerben.

DURCHFÜHRUNG

Das Verfahren wird mit einer Antragschrift des Generalstaatsanwalts beim Kassationshof mit einer "Anklageschrift" (*iddianame*) eingeleitet.

Die Durchführung des Verfahrens nach Antrag durch den Generalstaatsanwalt beim Kassationshof obliegt dem Präsidenten des Verfassungsgerichts und zehn weiteren Mitgliedern. Die Zusammensetzung ist also die selbe wie bei den Normenkontrollverfahren mit elf Richtern, die bei Verhinderung eines Richters durch einen "Ersatzrichter" ergänzt werden.

Der Antrag der Generalstaatsanwaltschaft ist abzuweisen, wenn nicht mindestens drei Fünftel (bis 2001: einfache Mehrheit), rechnerisch also sieben Richter für das Verbot (die Schließung) der Partei stimmen (Art. 149 Abs. 1 der Verfassung). Für die anderen Sanktionen (Ausschluss von der Parteienfinanzierung, Verwarnung) genügt die einfache Mehrheit.

Eigentlich war es die Absicht des Verfassungsgebers, über die qualifizierte Mehrheitsregelung dem Demokratieprinzip bzw. der besonderen Funktion der politischen Partei in einem demokratischen Verfassungssystem Rechnung zu tragen und durch eine solche Regelung stärker zu schützen. Ob das wirklich gelungen ist, erscheint zweifelhaft. Die richtige Abwägung zwischen dem Schutz der politischen Freiheiten und dem Interesse an der Stabilität des politischen Systems im Sinne einer wehrhaften Demokratie hängt

weniger von der Bestimmung von Mehrheitsverhältnissen bei solchen Entscheidung ab als davon, ob den Richtern nachvollziehbare Vorgaben dazu gemacht werden, wie sie diesem empfindlichen Gleichgewicht Rechnung tragen können²¹.

EINSTWEILIGE ANORDNUNG?

Ein weiteres Thema ist die Frage, ob eine Partei, gegen welche ein Verbotsverfahren eingeleitet worden ist, im Wege der einstweiligen Anordnung daran gehindert werden kann, an Wahlen teilzunehmen. Die Frage hat sich im Verbotsverfahren gegen die HADEP gestellt. Dort hatte das Verfassungsgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der Begründung abgelehnt, es bestünden noch keine ausreichenden Anzeichen dafür, dass die Partei tatsächlich zu verbieten sein würde²². Die Partei wurde am Ende verboten.

Aus dieser Aussage könnte man herleiten, dass das Verfassungsgericht grundsätzlich in Erwägung gezogen hat, dass im Wege der einstweiligen Anordnung eine Partei an der Teilnahme an Wahlen gehindert werden könnte. Dagegen sprechen aber zwei schwerwiegende Gesichtspunkte: wenn das Parteiverbotsverfahren schon wie ein Strafverfahren ausgestaltet worden ist, dann müssen

²¹ Die Vergangenheit hat gezeigt, dass selbst solche Parteiverbote, die einstimmig oder mit wenigen Gegenstimmen ausgesprochen wurden, nicht im Einklang mit den Guidelines der Venedig-Kommission gestanden und insbesondere auch nicht der Überprüfung durch den EGMR Stand gehalten haben (z.B.: Türkiye İşçi Partisi, Türkiye İleri Ülkü Partisi, Türkiye Emekçi Partisi, Demokrasi Partisi, Sosyalist Türkiye Partisi, Emek Partisi, Sosyalist Birlik Partisi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Cumhuriyet Halk Partisi, Halkın Demokrasi Partisi (alle einstimmig); Demokrasi ve Değişim Partisi (eine Gegenstimme), Halkın Emek Partisi (eine Gegenstimme), Yeşiller Partisi (Grüne; eine Gegenstimme), Özgürlük ve Demokrasi Partisi (Freiheit und Demokratie; eine Gegenstimme), Sosyalist Parti (Sozialistische; zwei Gegenstimmen), Refah Partisi (Wohlfahrt; zwei Gegenstimmen), Fazilet Partisi (Tugend; drei Gegenstimmen).

²² VerfG, Urt. v. 13.3.2003, E.1999/1 (HADEP), K. 2003/1; RG (Resmi Gazete – Amtsblatt) Nr. 25173 v. 19.07.2003.

auch die für den Angeklagten geltenden Garantien hier Anwendung finden. Der Strafprozess kennt keine “vorläufigen Sanktionen” gegen Angeklagte, sieht man einmal von den üblichen disziplinarischen Sanktionen im Prozess oder die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von Tatwerkzeugen u.ä. ab. Auch die “Untersuchungshaft” ist keine Sanktion, sondern eine Maßnahme, die nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Aufklärung des Sachverhalts oder bei Fluchtgefahr verhängt werden kann. Vergleichbare Sicherungsinteressen gibt es im Parteiverbotsverfahren nicht.

Der zweite Gesichtspunkt ist das Demokratieprinzip, das wie das Rechtsstaatsprinzip ausdrücklich in Art. 2 der Verfassung verankert worden ist und sich im Übrigen aus System und Text der Verfassung ergibt. Im türkischen System des Parteiverbotsverfahrens haben wir einen ohnehin durchaus problematischen Konflikt zwischen Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip, in welchem die strikte Anwendung rechtsstaatlicher Verfahren sich gegen die Funktionstüchtigkeit des politischen Systems in einer Weise führen kann, die am Ende den Tod einer funktionierenden Demokratie bedeuten kann. Das hat sich gerade auch im AKP-Verfahren gezeigt. Es kommt, um hier auch noch einmal den Begriff der wehrhaften Demokratie einzuführen und gleichzeitig auf die bereits mehrfach zitierten *Guidelines* der Venedig-Kommission zu verweisen, eine solche Anordnung daher nur in Betracht, wenn im laufenden Verfahren bereits ausreichend Beweis angetreten worden ist, dass die Partei sich nicht nur in Worten, sondern auch in Taten – etwa durch Bildung gewaltbereiter Kader – als verfassungswidrig und Umsturzabsichten gezeigt hat.

URTEIL

Das Urteil wird im schriftlichen Verfahren und mit mindestens einer mündlichen Verhandlung vorbereitet. Es gibt zwei Prüfungsstufen, die vom Verfassungsgericht in separaten Schritten durchlaufen werden. Zunächst wird die Zulässigkeit, dann in der Sache geprüft.

Eine wichtige Rolle spielt dabei, wie bei anderen europäischen Verfassungsgerichten auch, der "Berichterstatter" (Raportör). In Deutschland entspricht dieser dem wissenschaftlichen Mitarbeiter. Vergleichbar ist am türkischen Kassationshof der Untersuchungsrichter (tetkik hakimi). Der Berichterstatter erstellt ein Gutachten, in welchem er dem Verfassungsgericht einen Entscheidungsvorschlag unterbreitet.

Das Urteil ist in vollständiger schriftlicher Fassung im Amtsblatt bekannt zu machen. Veröffentlicht wird es im übrigen in der amtlichen Entscheidungssammlung Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi sowie in der Regel auch auf der Webseite des Verfassungsgerichts (www.anayasa.gov.tr).

RECHTSFOLGEN EINES PARTEIVERBOTS

ENDE DER JURISTISCHEN PERSÖNLICHKEIT; NEUGRÜNDUNGSVERBOT

Mit Bekanntmachung des Verbotsurteils durch das Verfassungsgericht gilt die Partei als aufgelöst und das Parteivermögen geht an die öffentliche Hand. Das Urteil hat also gestaltende Wirkung und ist konstitutiv. Da es sich um ein eininstanzliches Verfahren handelt, kommt auch nicht die vorläufige Aussetzung der Vollziehung in Betracht. Diese ist auch dann nicht denkbar, wenn ein Antrag beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gestellt wird.

Verfassung und Gesetz verbieten darüber hinaus die Gründung einer Ersatzorganisation. Zwar hat in der Praxis diese Sanktion bislang noch keinen Politiker daran gehindert, dennoch neue Parteien mit gleicher Zielsetzung zu gründen, wie die Verfahren gegen die religiös-fundamentalistischen, separatistischen und (früher) kommunistischen Parteien zeigen. Diese Sanktion erleichtert es jedoch der Generalstaatsanwaltschaft, sich schneller beim Verfassungsgericht durchzusetzen, da in der Regel eine Ersatzorganisation zahlreiche objektive Merkmale hat, wie etwa die Verwendung der gleichen Parteilokale, ähnliche Struktur, gleiche oder

ähnliche Führungskader. Aus diesem Grunde haben Verfassung- und Gesetzgeber auch die Sanktion des "Politikverbots" gegen führende Politiker bzw. solchen Politikern eingeführt, welche die Ursache für ein Parteiverbot gesetzt haben.

Eine Partei, welche einem Parteiverbotsverfahren ausgesetzt worden ist, kann dem Verbot auch nicht durch Selbstauflösung entrinnen (Art. 108 ParteiG). Auch die Gründung einer Ersatzorganisation führt allenfalls zu Zeitgewinn, da das Verfahren nicht einfach gegen die Ersatzorganisation "umgeleitet" werden kann, sondern ein neues Verfahren eingeleitet werden muss.

SCHICKSAL DES PARTEIVERMÖGENS

Mit dem Urteil geht das Parteivermögen auf die öffentliche Hand über (Art. 107 ParteiG). Auch wenn die Vorschrift insoweit nicht völlig eindeutig formuliert ist, dürfte dies für Aktiva und Passiva gelten.²³ Um die Partei daran zu hindern, Parteivermögen im Verlauf des Verfahrens zu verschleudern oder zu verschieben, entzieht Art. 110 ParteiG der Partei die Verfügungsbefugnis über das Vermögen.

VERLUST VON ABGEORDNETENMANDATEN UND POLITIKVERBOTE

Ursprünglich hatte die Verfassung von 1982 vorgesehen, dass das Abgeordnetenmandat eines jeden Mitglieds einer verbotenen Partei mit dem Verbot endet, wie das auch in Deutschland und Spanien der Fall ist. Seit der Reform von 1995 gilt dies nur noch für solche Parteimitglieder, deren Verhalten dem Urteil des Verfassungsgerichts zufolge ursächlich für das Verbot geworden ist. Solche Personen dürfen dann für fünf Jahre keinerlei Funktionen in oder für eine Partei innehaben (Art. 69 Abs. 9 der Verfassung) und auch nicht für eine Partei bei Wahlen, "auf welche Weise auch immer", kandidieren (Art. 95 ParteiG). Unklar ist, ob

²³ Akartürk, S. 241

solche Politiker als “unabhängige Kandidaten” in den Wahlkampf ziehen dürfen. Vor der Reform 1995 hatte das Gesetz dies noch klar untersagt. Es dürfte der Umkehrschluss erlaubt sein, dass nach Wegfall des Verbots für unabhängige Kandidaturen dies nunmehr möglich ist, nach dem Grundsatz, dass erlaubt ist, was nicht verboten ist. Dennoch wäre es angezeigt, wenn das Verfassungsgericht hier, wenn es nicht der Gesetzgeber selbst tut, gelegentlich Klarheit schüfe.

Die Verbotsfrist beginnt mit der Bekanntmachung des Urteils im Amtsblatt (Art. 84 Abs. 5 der Verfassung).

VERBOTSVERFAHREN GEGEN DIE AKP

VORBEMERKUNG

Am 28.7.2008 hat das Verfassungsgericht das Urteil im Parteiverbotsverfahren gegen die AKP gefällt und sich mit 6 zu 5 Stimmen zwar für ein Verbot ausgesprochen, doch mit diesem Stimmenverhältnis nicht die für das Verbot erforderliche Mehrheit erreicht. Mit einem Stimmenverhältnis von zehn zu eins wurde lediglich eine Verwarnung ausgesprochen und die Verhängung einer Geldbuße in Höhe von 23 Mio YTL (ca. 14 Mio Euro) verfügt. Damit wurde das Verfahren im Wesentlichen zugunsten der AKP beendet.

Das Ergebnis ist überwiegend begrüßt worden. Denn das Verbot, so sehr es möglicherweise nach türkischem Verfassungs- und Parteirecht hätte begründet sein können, hätte genau das bewirkt, was am streng rechtsförmigen Parteiverbotsverfahren kritisiert wird, nämlich dass das Verbot der Regierungspartei zu erheblicher Instabilität des politischen Systems geführt hätte. Dies hätte auch erheblichen Schaden für den Demokratisierungsprozess in der Türkei erzeugen können. Das Verbot der Gründung von Nachfolgeparteien hätte auch verhindert, dass eine Partei mit einem vergleichbar starken Rückhalt in der Bevölkerung hätte gegründet werden können. Im günstigsten Fall wären die relativ instabilen Verhältnisse der Zeit vor 2002 wieder hergestellt worden, im un-

günstigsten Fall wäre es zu einer Polarisierung und letztlich sogar Stärkung der fundamentalistischen Kräfte mit der Folge weiterer Instabilität gekommen. Ob dann auch in der weiteren Konsequenz wieder mit einem Eingreifen des Militärs hätte gerechnet werden müssen, muss dahinstehen.

Im Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Stellungnahme war das Urteil noch nicht veröffentlicht.

VERLAUF DES VERFAHRENS

Der Verbotsantrag der Generalstaatsanwaltschaft beim Kassationshof wurde am 14.3.2008 gestellt. Begründet war er mit Verstößen gegen das Laizismusprinzip. Die Partei sei zum **Brennpunkt antilaizistischer Aktivitäten** geworden. Der Verbotsantrag wurde mit dem Antrag verbunden, 71 Parteimitglieder, darunter auch Ministerpräsident Recep Tayyip Erdoğan und Staatspräsident Ahmet Gül, mit einem Politikverbot zu belegen.

Die AKP hat am 30.4.2008 ihre "Vorverteidigung" vorgelegt²⁴. Am 31.5.2008 hat der Generalstaatsanwalt in der Sache vortragen. Hierauf hat die AKP am 16.6.2008 erwidert.²⁵ Weitere Stellungnahmen gab die Partei zu den Vorwürfen gegen den Parteivorsitzenden und Ministerpräsidenten Erdoğan ab²⁶, gleiches auch zu den Vorwürfen gegen die übrigen betroffenen Parteimitglieder.²⁷ Insgesamt legte das Verfahren damit ein erhebliches Tempo vor, was nicht zuletzt den Grund darin gehabt haben dürfte, dass möglichst schnell Klarheit geschaffen werden musste, nachdem es sich nicht um irgendeine Partei handelte, sondern eine Regierungspartei mit Rückhalt bei fast 50% der Bevölkerung. Das Verfahren dauerte damit auch erheblich kürzer als das seit November 2007 noch immer anhängige Verfahren gegen die DTP.

²⁴ http://www.akparti.org.tr/iddianame_cevap_en.pdf (in englischer Sprache).

²⁵ <http://www.akparti.org.tr/eng2.pdf> (in englischer Sprache).

²⁶ <http://www.akparti.org.tr/receptayyip Erdogan iddialar.pdf> (in türkischer Sprache).

²⁷ <http://www.akparti.org.tr/partimensuplariiddialar.pdf> (in türkischer Sprache).

Spekulationen darüber, dass frühestens im November 2008 mit einem Urteil zu rechnen sei, wurde durch zügige Ansetzung einer mündlichen Verhandlung²⁸ am 28.7.2008 und das unmittelbar hierauf ergangene Urteil ein Ende gesetzt. Auch wenn die Mehrheit sich für ein Verbot ausgesprochen hatte, entsprach das Ergebnis dem Vorschlag des Berichterstatters im Verfassungsgericht.

Der Berichterstatter hatte dem Gericht vorgeschlagen, den Antrag der Generalstaatsanwaltschaft abzuweisen. Der Berichterstatter, der auch der deutschen Sprache mächtig ist und daher auch den direkten Zugriff auf deutschsprachige Quellen hat, stützte sich dabei Presseberichten zufolge vor allem auf die Meinungsäußerungsfreiheit. Er soll ferner das Parteiverbot mit der Todesstrafe im Strafprozess verglichen haben²⁹ mit dem Ziel, besondere Vorsicht bei nicht reversiblen Verdikten walten zu lassen. Der Berichterstatter hatte unter anderem festgestellt, dass in den siebzehn Ordnern Material zahlreiche Dokumente enthalten gewesen seien, die in der Anklageschrift nicht reflektiert worden waren. Er hat ferner darauf hingewiesen, dass das Verfassungsgericht den Generalstaatsanwalt auch zur Nachbesserung der Anklage auffordern könne, dies aber im Ermessen des Gerichts stehe.

Da die schriftliche Fassung des Urteils noch nicht vorliegt, kann auf Einzelheiten der Gründe und die Begründungen der Minderheitsvoten, mit deren Veröffentlichung zu rechnen ist, noch nicht eingegangen werden. Fest steht nur, dass sich für die Theorie des Generalstaatsanwalts, der in den Aktivitäten und Reden von über siebenzig Politikern landesweit die Entstehung eines „antilaizistischen Brennpunktes“ in der Partei sehen wollte, keine für ein Verbot ausreichende Mehrheit im Verfassungsgericht gefunden hat.

²⁸ Die AKP hat die den mündlichen Verteidigungstext im Internet veröffentlicht: <http://www.akparti.org.tr/sozlucevap.pdf> (in türkischer Sprache).

²⁹ Online-Magazin www.megahaber.net, 17.7.2008.

VERKNÜPFUNG MIT DER RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE

VORBEMERKUNG

Die Türkei hat im Jahre 1987 zunächst die Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskommission, im Jahre 1990 dann diejenige des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anerkannt.³⁰ Schon zuvor hatte jedoch das türkische Verfassungsgericht begonnen, die türkischen Grundrechtsbestimmungen auch im Lichte der EMRK auszulegen. Grund hierfür war, dass Art. 90 der Verfassung völkerrechtlichen Verträgen Gesetzesrang einräumt und in Abs. 5 ein ausdrückliches Verbot formuliert, völkerrechtliche Verträge mit der Behauptung dem Verfassungsgericht vorzulegen, sie seien verfassungswidrig. Darüber hinaus war das Schrankensystem der türkischen Verfassung dem System der EMRK angepasst worden.

Derzeit gilt, dass Grundrechte nur durch bzw. aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden dürfen, das wiederum bestimmte, verfassungsrechtlich geschützte Interessen zu verfolgen hat. Die „Erfordernisse einer demokratischen Gesellschaft“ und der Wesensgehalt der Grundrechte sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip bilden in diesem Zusammenhang wiederum die Schranken für Beschränkungsmöglichkeiten (Art. 13 der Verfassung).

PARTEIVERBOTSVERFAHREN

PARTEIVERBOTSVERFAHREN VOR DEM EGMR

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Frage des Parteiverbots beruht derzeit ausschließlich auf Fällen, welche türkische Parteien betreffen.³¹ Ein spani-

³⁰ Rumpf, ZaöRV 47/4, S. 778 ff.; Rumpf, EuGRZ 1990, S. 53 ff.

³¹ Überblick bei Turhan, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi (Zeitschrift der Politikwissenschaftlichen Fakultät der Universität Ankara) 57/3 (2002), S. 129 ff.

scher Fall, der die baskische Partei Batasuna betrifft, ist derzeit noch anhängig und am 11.12.2007 vom Gerichtshof für zulässig erklärt worden.³² Batasuna ist am 27.6.2003 durch den Obersten Gerichtshof (Corte Suprema) für verfassungswidrig erklärt worden, was durch das Verfassungsgericht bestätigt wurde.³³ Letzterer Fall ist den Fällen HEP, DEP u.a., welche türkische Parteien mit kurdischem Hintergrund betrafen, ähnlich. Auch die rechtlichen Hintergründe des Verbots der Batasuna ähneln den türkischen Fällen. Denn seit 27. Juni 2002 verfügt Spanien über ein Parteiengesetz, das für das Parteiverbotsverfahren eine dem türkischen Verfahren ähnliche Prozedur aufweist.

GRUNDLAGE IN DER EMRK

ANSATZ ALLGEMEIN

Allein der Umstand, dass ein Grundrecht oder eine Freiheit durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, stellt noch keinen „Verstoß“ gegen eine Bestimmung zum Schutz des Grundrechts oder der Freiheit dar. Auch die EMRK beruht auf der jeder Verfassungsrechts- und insbesondere Grundrechtsdogmatik innewohnenden Prinzip, das kein Grundrecht und keine Freiheit absolut sein können. Der Staat darf grundsätzlich in Grundrechte und Freiheiten eingreifen, um die Rechte anderer oder ein stärkeres öffentliches Interesse zu schützen. Ein „Verstoß“ gegen eine Grundrechtsbestimmung liegt daher erst dann vor, wenn der Staat bei der Abwägung zwischen dem grundrechtliche geschützten Interesse des einen und dem anderen schützenswerten Interesse, welchem der Staat das größere Gewicht zumessen möchte, nicht das richtige Gleichgewicht gefunden hat.

Zur Herstellung des richtigen Gleichgewichts stellt die EMRK so wie die Grundrechtsbestimmungen aller modernen Verfassungen bestimmte regulierende Kriterien zur Verfügung. Diese beschreiben bestimmte Interessen, welche der Staat zu Lasten der

³² 5. Kammer, Beschl. v. 11.12.2007, Beschwerden Nr. 25803/04 und 25817/04.

³³ 2. Senat, Urt. v. 16.1.2004, Entscheidung Nr. 6(2004).

Rechte des Einzelnen schützen und somit in den Schutzbereich von Grundrechtsbestimmungen eingreifen darf.

Und damit die öffentlichen Interessen, welche der eingreifende Staat zur Begründung für seinen Eingriff in das Grundrecht anführt, kein unangemessenes, freiheits- und grundrechtsfeindliches Übergewicht erhalten, hat die EMRK die Schrankenschanke des „Erfordernisses in einer demokratischen Gesellschaft“ eingeführt. Mit anderen Worten. Auch die Anwendung der Beschränkungskriterien muss der Funktionstüchtigkeit einer demokratischen Gesellschaftsordnung dienen und zudem verhältnismäßig sein.

ANSATZ BEIPARTEIVERBOTEN

Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof stellt bei der Prüfung eines nationalen Parteiverbots die Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK) in den Vordergrund. Die Prüfung anderer Freiheiten, z.B. der Meinungsäußerungsfreiheit, erfolgt allenfalls immanent; denn ein Parteiverbot, auch wenn es auf den Meinungsäußerungen einzelner Parteimitglieder beruht, richtet sich zunächst nicht gegen diese Parteimitglieder, so lange diese nicht wegen dieser Äußerungen direkt belangt werden. Ob diese Vorgehensweise des Gerichtshofs richtig ist, soll hier dahinstehen.

Der allgemeine Ansatz für ein Verdikt des Verstoßes gegen Art. 11 EMRK sieht wie folgt aus:

Zunächst einmal ist festzustellen, ob die Vereinigungsfreiheit durch eine staatliche Maßnahme überhaupt berührt ist. Wenn tatsächlich eine Beschränkung gemäß Art. 11 Abs. 1 EMRK festgestellt wird, dann stellt sich die Frage nach einer Rechtfertigung. Diese Frage ist gemäß Art. 11 Abs. 2 EMRK zu beantworten. Eine Rechtfertigung kann es zunächst nur geben, wenn die Beschränkung ihre Grundlage in einem Gesetz hat. Das Gesetz wiederum muss einem bestimmten öffentlichen Interesse dienen, das in Art. 11 Abs. 2 EMRK zitiert ist, also z.B. dem Schutz der äußeren und inneren Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung, der Verbrechungsverhütung, dem Schutze der Gesundheit und der Mo-

ral oder dem Schutze der Rechte und Freiheiten anderer. Diese Beschränkungsmöglichkeiten sind ihrerseits eingeschränkt, denn die Beschränkung muss „notwendig“ sein und den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaftsordnung entsprechen.

Der EGMR hat also einige Kriterien für und gegen eine Beschränkung der Vereinigungsfreiheit zur Hand. Allerdings legt er diese nicht starr an die einzelnen Fälle an, sondern gewährt dem Staat bei der Frage, was nun dem Schutze der äußeren und inneren Sicherheit oder der Aufrechterhaltung der Ordnung dient, einen Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*). Die zuletzt erfolgende Gegenkontrolle erfolgt über das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das aus dem Begriff „notwendig“ hergeleitet werden kann.

ANWENDUNG AUF PARTEIVERBOTE

Das Parteiverbotsverfahren als solches ist bisher durch den EGMR noch nicht für EMRK-widrig gehalten worden, er hat eine Bewertung dieses Verfahrens unter Art. 6 EMRK bislang abgelehnt.³⁴ In der Tat bieten die Mitgliedstaaten einen unübersehbaren Variantenreichtum an Parteiverbotsmechanismen an, die es einem übernationalen Gerichtshof naturgemäß schwer machen, eigene oder neue Maßstäbe an die Rechtsförmigkeit von Parteiverbotsverfahren zu legen. Hinzu kommt, dass es sich beim Parteiverbot um ein besonders politisches Verfahren handelt, wo ein Gerichtshof nach dem Grundsatz des „*political self restraint*“ nur ungerne eingreift und sich in der Tat auch zurückhalten sollte.

Auch die Bestimmungen zu Art. 9 (Religions- und Gewissensfreiheit) sowie Art. 10 (Meinungsfreiheit) EMRK hat der EGMR in Parteiverbotsverfahren nicht angewendet. Stattdessen stand regelmäßig Art. 11 EMRK (Vereinigungsfreiheit) im Mittelpunkt der Entscheidungen. Dies entspricht der Verfassungslage in anderen Ländern wie in Deutschland oder Frankreich, wo die poli-

³⁴ Vgl. HEP-Urteil, EGMR, Urt. v. 9.4.2002, Beschwerden Nr. 22723/93, 22724/93 und 22725/93; Refah-Urteil, EGMR, Urt. v. 31.7.2001, Beschwerden Nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 41344/98.

tischen Parteien im Vereinsrecht verwurzelt sind, während ihnen durch die türkische Verfassung ausdrücklich ein vom Vereinsrecht abgehobener Status eingeräumt worden ist.

In den bislang meisten Parteiverbotsfällen, die vor den EGMR gekommen sind, hat dieser einen Verstoß gegen Art. 11 EMRK angenommen. Auch im Falle Batasuna dürfte dies in der Sachentscheidung die Grundlage für die Beurteilung des Falles geben, auch wenn der Gerichtshof seine Zulässigkeitsentscheidung im Hinblick auf Art. 10 (Meinungsäußerungsfreiheit) und Art. 11 EMRK getroffen hat. Der Gerichtshof gibt somit der Vereinigungsfreiheit (und immanently der Meinungsäußerungsfreiheit) den Vorrang gegenüber dem Schutz bestimmter staatlicher Interessen wie – so in den bei weitem meisten Fällen – der „unteilbaren Einheit von Staatsgebiet und Staatsvolk“ oder der Abwehr kommunistischer Tendenzen zum Schutze der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Dies ist allerdings nicht falsch dahin zu verstehen, dass die genannten, durch die türkische Verfassung geschützten Interessen nicht grundsätzlich als schutzwürdig anzusehen wären, sondern dass im Hinblick auf die im türkischen Parteiverbotsverfahren erhobenen Vorwürfe der Test der Verhältnismäßigkeit beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte einen anderen Ausgang genommen hat als beim türkischen Verfassungsgericht.

Im Falle der Wohlfahrtspartei, der die größte Vergleichbarkeit mit dem Fall der AKP aufweist, hatte der EGMR mit vier zu drei Stimmen angenommen, dass ein solcher Verstoß nicht vorliege.³⁵

Dabei hat der EGMR den Schutz des Säkularismus, wie er im türkischen Verfassungs- und Gesetzesrecht ausgestaltet ist³⁶, als Rechtfertigung angesehen. Damit befindet sich der EGMR in einer auch später fortgesetzten Tradition einer Rechtsprechung, die es den Mitgliedstaaten erlaubt, der Politisierung von Religion entgegen-

³⁵ Refah-Urteil, EGMR, Urt. v. 31.7.2001, Beschwerden Nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 41344/98. Zum Verbot durch das Verfassungsgericht vgl. Rumpf ZfTS 1998, S. 285 ff.

³⁶ Rumpf aaO.; Rumpf, VRÜ 1999, S. 164 ff.

gen zu wirken³⁷. Aus dem Urteil ergibt sich allerdings auch, dass der Schutz des Laizismus-Prinzips nicht um jeden Preis den Vorrang hat, sondern hilfsweise auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heran zu ziehen sei. Im Falle der Wohlfahrtspartei hatte der EGM das von der Wohlfahrtspartei ausgehende Gefährdungspotenzial für die durch die EMRK geschützte Grundordnung als so schwerwiegend angesehen, dass die Partei verboten werden durfte. Ein vergleichbares Gefährdungspotenzial hat der Gerichtshof dagegen bei den in der Türkei als „separatistisch“ verbotenen Parteien nicht erkennen wollen.

Soweit die Beschwerdeführer im Refah-Verfahren gerügt hatten, dass infolge des Verbots das Parteivermögen an den Staat fällt und bestimmten Politikern befristet die Annahme eines Abgeordnetenmandats untersagt wurde bzw. sie von weiterer parteipolitischer Betätigung ausgeschlossen wurden, hat der EGMR diese Sanktionen als Nebenfolgen des Verbots bezeichnet und einen Verstoß gegen die EMRK bzw. das 1. Zusatzprotokoll (Eigentumsgarantie) und das 3. Zusatzprotokoll (Wahlrecht) verneint. Insgesamt lässt sich hieraus schließen, dass der EGMR keine grundsätzlichen Bedenken gegen das Sanktionensystem des türkischen Parteienrechts hat, sondern Verstöße gegen die EMRK und die Zusatzprotokolle ggf. im Einzelfall feststellt.

Welches Ergebnis der EGMR erzielt hätte, wäre ein Verbot der AKP nach Straßburg gelangt, bleibt dennoch offen. Denn es ist keineswegs zwingend, dass die Auffassung des türkischen Verfassungsgerichts vom Schutzbedürfnis des Laizismusprinzips identisch mit derjenigen des EGMR ist, zumal ja bereits das Urteil bezüglich der Wohlfahrtspartei in Straßburg mit einer knappen Mehrheit von vier zu drei ergangen war. Und die AKP hat – anders als die Wohlfahrtspartei – in ihrer jungen Parteigeschichte bewusst jede Ideologisierung der Religion vermieden und hatte immer den Anspruch des Einzelnen auf Ausübung seiner Religionsfreiheit in den Vordergrund gestellt. So war in der bisherigen Regierungszeit

³⁷ Vgl. EGMR (4. Kammer), Urt. v. 29.6.2004 und Große Kammer, Urt. v. 10.11.2005, Sahin vs. Turkey, Beschwerde Nr. 44774/98.

der AKP kein Ansatz zu erkennen, Einfluss auf den Personalbestand der Justiz in einem fundamentalistischen Sinne zu nehmen, wie dies unter Ministerpräsident Erbakan und seinem Justizminister Yilmaz der Fall war. Anders als die Wohlfahrtspartei hat die AKP zwar der Religionsfreiheit auch in Ausübung des öffentlichen Dienstes mehr Freiheitsraum gewährt, jedoch – anders als die Wohlfahrtspartei – nicht an den Grundlagen säkularer Arbeitszeitregelungen gerüttelt. Die AKP hätte also vermutlich nicht der Grundtendenz des EGMR entsprochen, dass politische Parteien nur dann als verfassungswidrig verboten werden können, wenn sie selbst der Werteordnung der EMRK widersprechen und die Gefahr in sich bergen, die Verfassungsstrukturen einer demokratischen Gesellschaftsordnung zu unterlaufen und am Ende auszuhebeln. Ob die AKP die demokratische Gesellschaftsordnung in der Türkei wegen einer durch sie ausgelösten oder tolerierten schleichenden, grundlegenden Veränderung der türkischen Gesellschaftsordnung, damit langfristig auch des politischen Systems und dann auch der Abkehr von der Werteordnung der EMRK gefährdet, ist anhand objektiver Anhaltspunkte derzeit außerordentlich schwer zu beurteilen und wäre in einer Prozesssituation in Straßburg vermutlich nur injustiziable Spekulation.

SCHLUSS UND ZUSAMMENFASSUNG

Die AKP ist nicht verboten worden. Somit haben sich die Befürchtungen im türkischen Inland und im europäischen Ausland nicht erfüllt.

Das türkische Parteiverbotsverfahren folgt dem Legalitätsprinzip und ist ähnlich einem Strafverfahren ausgestaltet. Dies führt im Einzelfall zu Konflikten zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip.

Die türkische Rechtsordnung, insbesondere die Verfassungsordnung, sucht die Nähe zu den Standards der EMRK. Tatsächlich weist das türkische Parteienrecht wie auch das Parteiverbotsverfah-

ren Ähnlichkeiten mit den Regelungen anderer Europarats- und EU-Staaten auf.

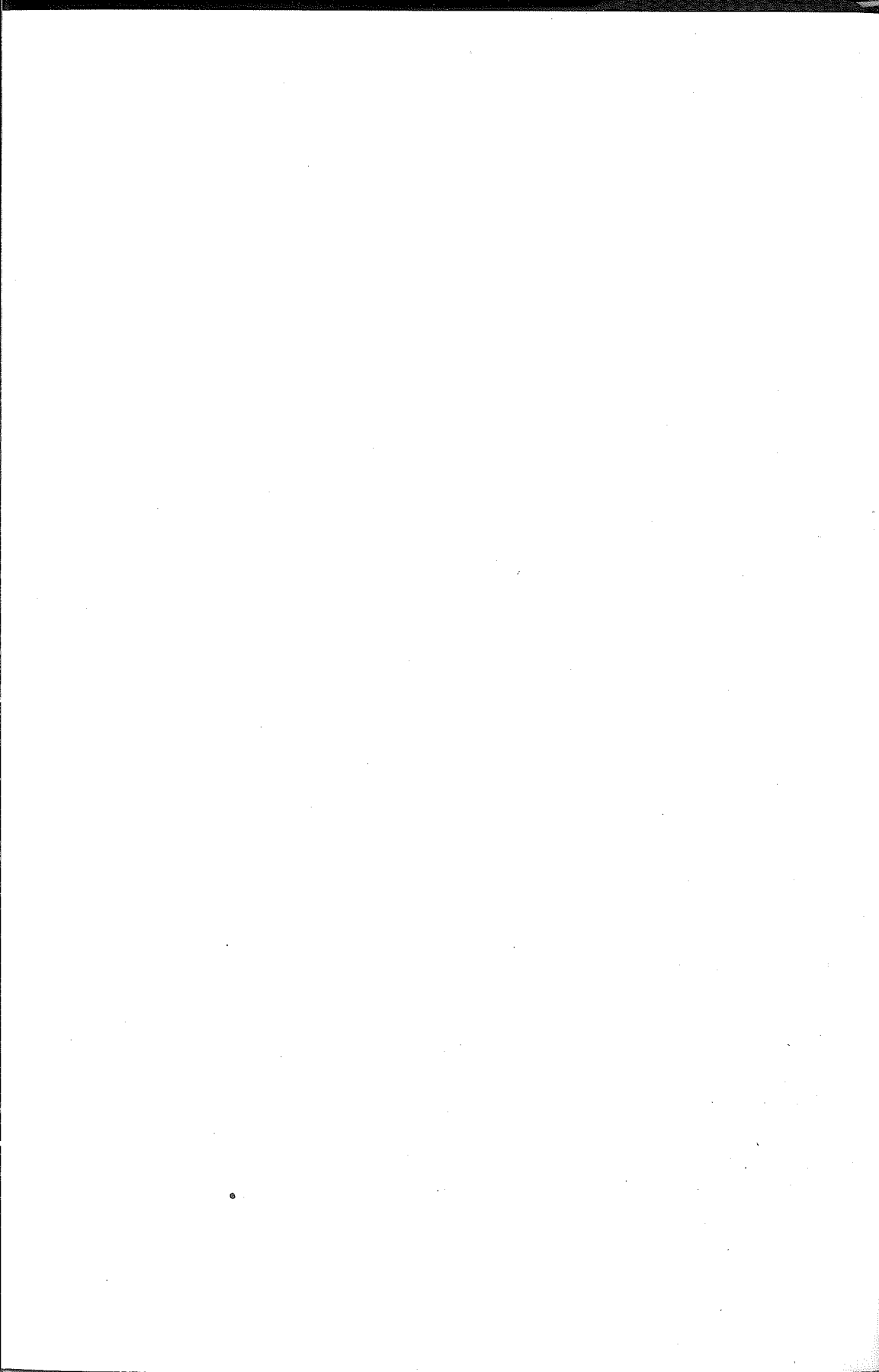
Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bislang keine grundsätzlichen Bedenken gegen das Sanktionensystem des türkischen Parteienrechts geäußert.

In Parteiverbotsverfahren hat das türkische Verfassungsgericht in der Vergangenheit oft eine Abwägung zwischen verfassungsrechtlich geschützten Verfassungsprinzipien, insbesondere in Bezug auf die „unteilbare Einheit von Staatsgebiet und Staatsvolk“, vorgenommen, der der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht gefolgt ist, so dass zahlreiche Parteiverbote als EMRK-widrig eingestuft wurden.

Das bislang einzige zum EGMR gelangte Parteiverbot mit religiösem Bezug, das Verbot der Wohlfahrtspartei, hat der Überprüfung durch den EGMR Stand gehalten.

Die Rechtsprechung des EGMR zum Parteiverbot hat sich bisher ausschließlich anhand türkischer Beispiele entwickelt. Derzeit ist ein spanischer Fall (Batasuna) anhängig und bereits für zulässig erklärt worden.

Ob ein AKP-Verbot der Überprüfung durch den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof Stand gehalten hätte, kann heute nicht gesagt werden. Dies wäre spekulativ und würde zumindest eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Inhalten der Verfahrensakte voraussetzen, die im Rahmen der hiesigen Aufgabenstellung nicht geleistet werden konnte.



FRANSIZ CEZA HUKUKUNDA AKIL BOZUKLUĞUNUN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Araş.Gör. Onur ÖZCAN*

GİRİŞ

Bu çalışmada birinci bölümünde eski Fransız Ceza Kanunu'ndaki akıl bozukluğu kavramını, bu kavrama bağlı olarak ceza sorumluluğunun nasıl düzenlendiğini ve doktrindeki eleştiriler sonucunca ortaya çıkan yeni ceza kanunu düzenlemesini inceleyeceğiz. Bu bölümdeki amacımız eski ve yeni dzenlemler arasındaki bağlı ortaya koyabilmek, böylece yeni ceza kanunu düzenlemelerini daha iyi yorumlayabilmektir. İkinci bölümde, tam ve kısmi akıl bozukluğu ayrımı içinde, yeni Fransız Ceza Kanunu'nun akıl bozukluğu kurumu ve kurumun bünyesine dahil olabilmek için gerekli Őartlar incelenecektir. Üçüncü bölümde, tam veya kısmi akıl bozukluğu olup olmadığı tartışmalı olan ve Fransız cezacılarını bir hayli uğraştırmış bazı özel durumlara değinilecektir. Dördüncü bölümde, akıl bozukluğunun tespiti aşamasında karşımıza çıkan ispat sorunu üzerinde durulacaktır. Beşinci bölümde, Fransa'da tam akıl bozukluğuna sahip olan kişilere uygulanan tedbirler ve bu kişilerin salıverilmeleri hakkında karar verecek makam açısından mevcut olan sistemlere değinilecektir, bu bölümde eski fakat hala yürürlüğünü koruyan idari sisteme eklenen yeni adli sistem, getirdiği yeniliklerle birlikte ele alınacaktır. Son bölümde, akıl bozukluğuna sahip kişiler hakkında yapılan muhakeme üzerine, getirilen

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

yeni değişiklikler de göz önünde bulundurularak, detaylı bir bilgi verilecektir. Sonuç bölümünde de genel olarak konumuzla ilgili olarak Fransız ceza sistemin içerdiği olumlu ve olumsuz yönler ortaya konulacaktır.

Fransız Ceza Hukuku'nda akıl bozukluğu, "sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bağlamda görülmektedir ki Fransız kanun koyucusu, akıl hastalığının hukuki niteliği konusunda sessiz kalmayı tercih etmiştir. Fransız doktrindeki ağırlıklı görüş ise, akıl hastalığının "isnad yeteneğini ortadan kaldıran bir hal" olduğu yolundadır¹. Bugün Fransız doktrininde çok az kimse, akıl hastalığının "manevi unsuru ortadan kaldıran bir hal" olduğunu düşünmektedir².

Orta Çağ'da akıl hastalarının diğer tüm suçlular gibi cezalandırıldığı hatta bazen bu kişilerin içine şeytan girdiği için diğer suçlulara nazaran daha ağır bir biçimde cezalandırıldığı, Orta Çağ ile Fransız İhtilali arasındaki dönemdeyse devlet başkanına karşı işlenen suçlar dışında akıl hastalarının cezai olarak sorumlu tutulmadığı Fransa'da³, modern ceza hukuku akıl hastalarının cezalandırılmasını haksız ve yararsız görmüştür. Akıl hastalarının cezalandı-

¹ Bu görüşte olanlar, isnad yeteneğini manevi unsurun bir parçası olarak görmezler. Bu yüzden de ortada kasten veya taksirle işlenen bir suç vardır; fakat suç işleyenin isnad yeteneği olmadığı için cezalandırılması mümkün değildir. Bu bağlamda söz konusu durum, bu suça iştirak edenlerin cezalandırılmasını engellemeyecektir.

²Bknz. Bonis-Garçon, Evelyne: Trouble Psychiques- Malades Mentaux, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Dalloz, Ekim 2002, kn. 63. Örneğin Conte-Chambon, bu durumu manevi unsuru ortadan kaldıran bir neden saymaktadırlar. Bu yazarlara göre, isnad yeteneğinin yokluğu durumunda artık manevi unsur söz konusu olamaz. Eski 64. madde de geçen "demans halinde olanın fiili cinayet ve cünha oluşturmaz" cümlesi de bu sonucu desteklemektedir. Söz konusu yazarlar, yeni kanunda yer alan ve her türlü hukuki anlamdan yoksun olan "olay anında akıl bozukluğuna sahip olma"nın aranmasının da bu bakımdan önemli olduğunu, 1978 Kanun Tasarısı'nda kullanılan "suç anında" kelimesinin yeni kanunda kullanılmamasının bilinçli bir tercih olduğunu vurgulamıştır. Conte, Philippe-du Chambon, Patrick Maistre: Droit pénal général, 6. Bası, Armand Colin, 2002, kn. 355.

³Jeandier, Wilfrid: Droit pénal général, 2. Bası, Montchrestien, Paris, 1991, kn. 341.

rılması haksızdır; çünkü bu kişiler, suç işleme bilincine sahip değillerdir. Akıl hastalarının cezalandırılması yararsızdır; çünkü onlar, cezanın caydırıcı etkisini anlayamazlar⁴.

D) ESKİ FRANSIZ CEZA KANUNUNDA AKIL BOZUKLUĞU DÜZENLEMESİ, BU DÜZENLEMESİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER VE BU ELEŞTİRİLER DİKKATE ALINARAK YAPILAN YENİ CEZA KANUNU DÜZENLEMESİ

A) Genel Olarak

1810 tarihli eski Fransız Ceza Kanunu'nun 64. maddesine yönelik o dönemde yapılan eleştiriler, yeni Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin yapım aşamasında kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve ortaya bugünkü metin ortaya çıkmıştır. Bu bakımından ilk olarak konumuzla ilgili olarak eski kanunun içerdiği eksiklikler üzerinde durulacak, daha sonra da söz konusu eksiklikler göz önünde bulundurularak ortaya çıkan yeni kanun hükümleri üzerine vurgu yapılacaktır.

B) Eski Fransız Ceza Kanununda Akıl Bozukluğu Düzenlemesi ve Düzenlemeye Yönelik Eleştiriler

Bu bağlamda modern ceza hukuku anlayışını yansıtan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ilk defa 64. maddesinde, “demans halinde olanın fiili cinayet ve cünha oluşturmaz” şeklinde bir hükümle akıl hastalarının cezai sorumsuzluğunu ortaya koymuştur.

Fransız doktrinde söz konusu hüküm, başlıca 3 nedenle eksik addedilmiş ve eleştirilere maruz kalmıştır. Birincisi, hükmün yazımı dolayısıyla, “demans” halinde olmak sanki suçu ortadan kaldırıyor gibi bir durum ortaya çıkmaktadır; oysa bu doğru değildir. Akıl hastasının cezai sorumluluğu kabul edilmese bile, ortada

⁴ Bknz. Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: Droit Pénal Général, 14. Bası, Economica, Paris, Eylül 2007, kn. 631.

bir suç vardır ve bu suçun işlenmesine iştirak edenler cezalandırılacaktır. Yine bu maddenin yazımı, sadece cinayet ve cünha suçları için akıl bozukluğundan kaynaklanan cezai sorumsuzluğun söz konusu olacağı gibi bir izlenimi ortaya çıkarmakta ve böylece, Fransız Ceza Hukuku'nda bulunan kabahat türündeki suçların işlenmesi sırasında akıl bozukluğuna sahip kişilerin cezai sorumluluğunun devam ettiğini ortaya koymaktadır. Oysa zamanla ortaya konan içtihatlarla, kabahat türündeki suçların da bu maddeye dahil edilmiş olduğu görülmektedir. Son olarak, psikiyatri alanında meydana gelen bilimsel gelişmeler "demans" sözcüğünü yanlış kullanılmış bir terim haline getirmiştir⁵, her ne kadar içtihatlarla bu sorun aşılmaya çalışılmış ve "demans" sözcüğünün tüm akıl hastalıklarını kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmişse de, günümüzde bu terimin teknik ve bilimsel kullanımı göz önünde bulundurulduğunda akıl hastalığına nazaran daha dar bir anlamı ifade ettiği de açıktır⁶.

Söz konusu madde bir başka açıdan da çok fazla eleştirilmiştir. Çünkü bu madde, delilik düzeyinde ağır derecede akıl bozukluğu olmayan, ama davranışlarını etkileyebilecek ve serbest iradesini azaltabilecek derecede akıl bozukluğu olan kişinin durumuna hiç değinmemiştir. Uygulamada ise, kişinin bu tür bir akıl bozuklu-

⁵ Robert, Jacques- Henri: Droit pénal général, Presses Universitaires de France, 1998, s. 273., Conte-Chambon'da 19. yüzyılın başlangıcında demansın bütün delilik durumlarını ifade etmek için kullanıldığını ama bugün bu terimin tıbbi anlamda çok dar bir anlamı olduğunu vurgulamıştır. Conte, Philippe-du Chambon, Patrick Maistre: a.g.e., kn. 355.

⁶ Bknz. Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 631., 634. Kanunun yazım dilinden sadece demans prekoks, demans senil şeklinde ortaya çıkan durumlarda ceza sorumluluğunun ortadan kalkacağı düşünülebilecekken, zamanla ortaya çıkan içtihatlar sayesinde demans terimi tüm akıl hastalıklarını kapsar şekilde yorumlanmış bulunmaktadır. Bknz. Jeandidier' de demansın bilimsel anlamda; yaşlılık, damar sertliği veya frengisel paralizisi generalin etkisiyle zeka fonksiyonlarında ileri ve geri dönülemez yıkım haliyle karakterize edilen patolojik bir durum olduğunu belirtmekte ve demansın bu haliyle, bütün akıl hastalıkları göz önüne alındığında, dar bir kavramı ifade ettiğini ileri sürmektedir. Jeandidier, Wilfrid: a.g.e., kn. 342. Robert'e göre de günümüz psikiyatristleri demansı, yaşlılık veya frengi tarafından neden olunan psişik hayatın ileri ve geri dönülemez yıkımı olarak tanımlamıştır.

ğunun olması takdirici hafifletici sebeplerden sayılmış ve bu kişilerin normal insanlara göre daha az cezaya çarptırıldığı görülmüştür⁷. Böylece kanunda yer almayan bir durumun uygulamayla Fransız Ceza Hukuku'nda yer aldığı görülmektedir. Bu bağlamda, 64. maddede değişiklik yapılması yukarıda belirtilen nedenler göz önüne alındığında bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

C) Eleştiriler Dikkate Alınarak Yapılan Yeni Ceza Kanunu Düzenlemesi

Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesine göre, "Olay anında temyiz gücünü veya hareketlerini kontrol yeteneğini ortadan kaldıran bir psişik veya nöropsişik teşevvüş içinde bulunan kimse cezaen sorumlu olmaz." Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise, "olay anında temyiz gücünü bozan veya hareketlerini kontrol yeteneğini engelleyen bir psişik veya nöropsişik teşevvüş içinde bulunan kimse cezalandırılabilir: Bununla birlikte, mahkeme bu durumu göz önünde tutarak cezayı ve cezanın infaz rejimini belirler." ifadesi yer almıştır.

Böylece Yeni Fransız Ceza Kanunu, 3 yeni değişiklik getirmiştir:

Yeni kanunda eskimiş ve eksik olan "demans" kavramını ortadan kaldırıp "ruhi ve nöropsişik teşevvüş" kavramını kullanılmıştır⁸. Suçun varlığının devam ettiği, sadece ruhi veya nöropsişik

⁷ Bazı yazarlar, delilik düzeyinde akıl bozukluğuna sahip olmayan kısmi akıl hastası addedilebilecek suçluların diğer "normal" suçlulara oranla bazen toplum için daha tehlikeli olmasına karşın daha az cezayla cezalandırılması eleştirmişlerdir. Bknz. Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 631.

⁸ Robert, psişik (ruhi) ve nöropsişik sıfatlarının bir arada kullanılmasının psikiyatrisler tarafından eleştirilebileceğini, fakat bu kullanımın siyasal açıdan çok yararlı olduğunu vurgulamıştır. Bu kullanım tarzının kişilerin bir ruha sahip olduğuna inanan insanları memnun ettiğini dile getirmiştir. Yazara göre, bu kullanım tarzı ruhu vücuttan ayırdığı gibi, psişik hastalıkları beyinsel sistem merkezli, örneğin beyinde bulunan bir tümörden kaynaklanan rahatsızlıklar gibi, nöropsişik hastalıklardan da ayırmıştır. Yazar, psişik ve nöropsişik kavramlarının birlikte kullanılmasının psikiyatristler tarafından aym ifadenin iki kere tekrarı olarak gördüğünü vurgulamıştır. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 274.

teşevvüs içinde bulunan kişinin ceza sorumluluğunun ortadan kalktığı ortaya konulmuş ve ayrıca suçlar arasında cinayet, cünha, kabahat olmasına göre bir ayırma yer verilmemiştir⁹. Ayrıca yeni kanun akıl bozukluğunun kısmen veya tamamen ortadan kalkması arasında bir ayırma giderek tam ve kısmi akıl bozukluğu gruplarının oluşmasına hizmet etmiştir¹⁰. Kısacası yeni ceza kanunu, içtihatlarla ortaya çıkan uygulamayı kanunlaştırmış ve böylece suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği yerine getirilmiştir.

II) YENİ FRANSIZ CEZA KANUNUNDA TAM VE KISMİ AKIL BOZUKLUĞU

A) Kişinin Temyiz Kudretini veya Hareketlerini Kontrol Yeteneğini Ortadan Kaldıran Bir Akıl Bozukluğu (Tam Akıl Bozukluğu)

1) Genel Olarak

Bu tür akıl bozukluklarında türü ne olursa olsun, şüpheli kişinin temyiz kudretinin veya hareketlerini kontrol yeteneğinin tamamen ortadan kalkması ve bu ortadan kalkmanın da fiilin olduğu anda mevcut olması önemlidir.

2) Akıl Bozukluğunun Türü ve Yapısı

Yeni Fransız Ceza Kanunu "ruhi veya nöropsişik teşevvüs" ifadesini kullanmıştır¹¹. Bu terim eski ceza kanununda yer alan "demans" teriminden daha geniş kapsamlı, bilimsel gerçekler göz önüne alınarak oluşturulmuş bir terimdir. Bu terimle kanun koyucu, kökeni ve yapısı ne olursa olsun akıl bozukluğunun bütün türlerini

⁹ Robert, akıl bozukluğunu, isnad yeteneğini ortadan kaldıran bir hal olarak en ağırdan en hafifine kadar tüm suç türlerinde cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak görülmesi gerektiğine vurgu yapmış, suçlar arasında bir ayırım yapmanın mümkün olamayacağını ortaya koymuştur. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 272.

¹⁰ Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 631.

¹¹ Garçon'a göre, bu ifadenin yasal bir tanımın verilmemiş olması üzücü bir durumdur, söz konusu düzenleme ile kanun koyucu doktrinde tartışmalı bir durum yaratmıştır. Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 49.

kapsam altına almak istemiştir¹². Böylece sadece doğuştan veya kazayla ortaya çıkmış organik bir yaralanmaya bağlı bir hastalıktan kaynaklanan akıl bozuklukları değil, aynı zamanda doğal ve suni uyurgezerlik gibi patolojik olmayan bozukluklar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir¹³. Alkol veya uyuşturucu zehirlenmeleri söz konusu olduğunda da, her ne kadar bu zehirlenmeye kişi isteyerek de yol açsa, yine bu madde kapsamında bir akıl bozukluğu durumu söz konusu olacaktır. Çünkü önemli olan, akıl bozukluğunun kökeni değildir; önemli olan, bu zehirlenme sonucunda özgür iradenin ortadan kalkmasıdır¹⁴. Kanaatimizce Fransız kanun koyucusu akıl hastalığının tayininde mevcut olan sistemlerden, psikolojik sistemi tercih etmiş bulunmaktadır¹⁵.

¹² 14 Mayıs 1993 tarihli Ceza Kanununu yorumlayan sirkülere göre: “ Yeni hükümler, demans sözcüğünü ortadan kaldırarak, akıl bozukluğunun kökeninde ne bulunursa bulunsun ve akıl bozukluğunun türü ne olursa olsun, irade serbestisinin kaybindan kaynaklanan cezai sorumsuzluğu ortaya koymaktadır...” Soyer, Jean Claude: a.g.e., kn. 216. Robert, genişletici bir yoruma gidildiğinde, refleks olarak verilen, kişilerin hareketlerini kontrol serbestisini kısa bir süre için yitirmesine neden olan, tepkilerin de bu madde kapsamına girebileceğini belirtmiştir. Kramp, bayılma, yaban arısı sokmasına verilen tepki gibi. Yazar, bu tür durumların İngiliz Hukuku’nda akıl bozukluğundan ayrı olarak “otomatizm” adı altında özel bir sorumsuzluk olayı olarak nitelendirildiğini belirtmiştir. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 274.

¹³ Robert, doğal ve suni uyurgezerliğin, epilepsinin artık nöropsişik akıl bozukluğu kavramı içinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 274.

¹⁴ Garçon, kökeni ne olursa olsun temyiz gücünü veya hareketleri kontrol yeteneğini tamamen ortadan kaldıran her durumun akıl bozukluğu sayılmasının fazla abartılmaması gerektiğini, şaşkınlık halinde işlenen bir suçta akıl bozukluğu saymayan Fransız Yargıtayı’nın da bu görüşü desteklediğini belirtmiştir. Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 50. 3 Aralık 1963 tarihinde verilen bu karar kanaatimizce bugünkü durumu ve Fransız yargısının uygulamasını yansıtmaktan uzaktır.

¹⁵ Akıl hastalığının tayininde mevcut kanuni sistemler konusunda Bknz. Ünver, Yener: Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 1989, s. 85 vd.

3) Kişinin Temyiz Gücünün veya Hareketlerini Yönlendirme Yeteneğinin Ortadan Kalkması

Akıl bozukluğuna sahip olan kişi ya “anlama yeteneği”ni kaybeder¹⁶ ve böylece kişi hareketlerini yorumlayamaz durumda olur ya da “isteme yeteneği”ni kaybeder ki, bu durumdaki kişi artık hareketlerini kontrol edemez. Serbest iradeyi oluşturan bu iki unsurdan herhangi bir tanesi eksik olduğunda kişinin cezai anlamda sorumluluğuna gidilemeyecektir. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin bazı akıl bozukluklarında, anlama yeteneğinin tam olarak var olmasına rağmen isteme yeteneğinin var olmadığını belirten, bu durumdaki kişilerin de akıl bozukluğuna sahip olan kişilerden sayılacağını saptayan ve bu görüşüyle ters düşen ilk derece mahkemesi kararlarını bozan kararları mevcuttur¹⁷.

Pradel'e göre, temyiz gücünün veya hareketlerini yönlendirme yeteneğinin tamamen ortadan kalkması çok istisnai bir durumdur. Yazara göre, akıl bozukluğuna sahip bir kişide her zaman azda olsa bir anlama yeteneği veya isteme yeteneği bulunacaktır. Bu yüzden de yazar, kanun koyucunun burada kişinin temyiz gücünün veya hareketlerini yönlendirme yeteneğinin tamamen ortadan kalkmasını değil, önemli derecede ve ağır biçimde bozulmasını aradığını belirtmiştir¹⁸.

4) Akıl Bozukluğunun Olay Anında Mevcut Bulunması

Akıl bozukluğu olay anında var olmalıdır. Burada olay anından anlaşılması gerekense, hareketin yapıldığı andır. Akıl bozuklu-

¹⁶ Örneğin temyiz kudretini yitirmiş kişi vurduğunu bilmez, bilse bile yumruğunun diğer bir insanı yaralayacağı kavrayamaz. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 274., Conte-Chambon, isnad yeteneğinin iki bileşeni olduğunu, bunlardan birinin hareketlerinin kapsamını anlama yeteneği yani iyiyi kötüden ayırma yeteneği diğerinin ise isteme özgürlüğü olduğunu belirtmiştir. Conte, Philippe-du Chambon, Patrick Maistre: a.g.e., kn. 352.

¹⁷ Crim. 21. Janvier 1992, Revue Droit pénal, 1992, communication no: 196. Zikreden Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 635.

¹⁸ Pradel, Jean: Droit pénal général, 17. Bası, Editions Cujas, Paris, 2008. kn. 476.

ğunun suç teşkil eden hareketin öncesinde veya sonrasında var olması, akıl bozukluğunun cezai sorumluluğu etkilemesi bakımından önemli kabul edilmez. Akıl bozukluğunun suç teşkil eden hareketin öncesinde varolması, fakat suç teşkil eden hareket sırasında bulunmaması halinde kişinin cezai sorumluluğu tam olarak devam etmektedir. Fakat Fransız uygulamasında bu durumda bulunan kişinin geçmişi ruhi kırılmalık gösterdiği için “Fransız Ceza Kanunu’nun cezanın bireyselleştirilmesini düzenleyen 132-24. maddesi”nin verdiği geniş takdir yetkisinden yararlanan hakimin, söz konusu ruhi kırılmalık halini bir bağışlama nedeni olarak kabul ederek, cezayı azaltarak verdiği görülmektedir¹⁹. Sonradan ortaya çıkan akıl bozukluğunun cezai sorumluluğu bir etkisi olmasa da, bu şekilde ortaya çıkan bir akıl bozukluğu yargılama işlemlerini etkileyecektir. Burada sorgu yargıcı önündeki aşamada hakim; arama, bilirkişiye başvurma ve tanıkları dinleme, şüphelinin eylemine iştirak edenleri sorgulama gibi şüpheli durumunda olan kişiyi doğrudan ilgilendirmeyen işlemleri yapabilecek, bu işlemler dışında davayı erteleyecektir. Şüpheli veya sanık temyiz kudretini yeniden kazandığında, yapılan usul işlemleri ve dava kaldığı yerden devam edecektir. Eğer kamu davası açıldıktan sonra kişi akıl bozukluğuna maruz kalmışsa, sanık durumunda bulunan kişi kendini tam manada savunamayacağından dolayı kamu davasının yine ertelenmesi yoluna gidilecektir. Fransız Ceza Hukuku’nda kesin hükümden sonra meydana gelen bir akıl hastalığı söz konusu olduğundaysa, sadece hapis cezasının infazı ertelenecek²⁰; para cezaları ve hak yoksunlukları²¹ gibi cezaların infazına ise devam edilecektir²².

¹⁹ Soyer, Jean Claude: Droit pénal et procédure pénale, 17. Bası, L.G.D.J, 2003, kn. 219., Pradel’e göre, böyle bir durumda hakimin cezada indirimine gitmesinin sebebi, olay anında kişinin tamamen iyileştiğinden kuşku duymasıdır. Pradel, Jean: a.g.e., kn. 475.

²⁰ Mahkumiyet kararından sonra akıl bozukluğuna maruz kalan bir hükümlünün, hapis cezasının infazı ertelenecek ve bu kişi cezaevi idaresine bağlı özel bir binaya yerleştirilecektir.

²¹ Meslekten yasaklılık gibi.

²² Bouloc, Bernard: Droit pénal général, 20. Bası, Dalloz, Paris, 2007, kn. 423.

5) Akıl Bozukluğu ile İşlenen Suç Arasında Nedensellik Bağının Varlığı

Kişinin akıl bozukluğu ile işlediği suç arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Örneğin, perseküsyon heyezanı gösteren bir paranoya hastası hastalığıyla ilgisiz bir biçimde hırsızlık suçu işlerse, bu kişinin akıl bozukluğu ile işlediği suç arasında nedensellik bağı bulunmadığından dolayı cezai sorumluluğu devam edecektir.

B) Temyiz Kudretine Zarar Veren veya Hareketlerini Kontrol Yeteneğini Engelleyen Akıl Bozukluğu (Kısmi Akıl Bozukluğu)

Temyiz kudretine zarar veren veya hareketlerini kontrol yeteneğini engelleyen akıl bozukluğu, Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Her ne kadar önceki kanunda böyle bir düzenleme mevcut değilse de, 1905 tarihli ünlü Chaumié sirkülerinden esinlenen²³ Fransız uygulaması, temyiz kudretine zarar veren veya hareketlerini kontrol yeteneğini engelleyen akıl bozukluğu söz konusu olduğunda, bu durumu cezayı hafifletici nedenler arasında saymakta ve böylece uygulamada, kısmi akıl hastasına ceza indirilerek verilmekteydi²⁴. Eski kanunda yer almayan ama uygulamayla ceza hukukuna dahil olan bu kurumun, yapay ve keyfi uygulamalara yol açtığı²⁵ ve kamu düzeni açısından

²³ 12 Aralık 1905 tarihli Chaumié sirküleri, 1959 tarihli Ceza Usul Kanunu'nun 345. maddesi ile kaldırılmış olmasına rağmen Fransız uygulamasını uzunca bir zaman etkilemiştir. Bu sirküler Adalet Bakanı olan Chaumié tarafından savcılara hitaben yazılmıştır.

²⁴ Rassat'ın, temyiz kudretine veya hareketlerini kontrol yeteneğine zarar veren akıl bozukluğu kavramının yeni kanunda yer almasını "yazılı hukukta" meydana gelen bir yenilik olarak algılaması manidardır. Rassat, Michèle-Laure: *Trouble psychique ou neuropsychique- Contrainte, JurisClasseur Pénal Code, 15 Mart 2006*, kn. 47.

²⁵ Eski sisteme yönelik eleştirileri ortaya koyan Desportes'e göre, eski sistemde kişide ne kadar akıl bozukluğu varsa bu kişinin cezası da o oranda inmekteydi, bu ise yapay ve keyfi bir uygulamayı ortaya çıkarmaktaydı. Desportes, Frédéric-Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 646. Aynı görüş için Bknz. Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 87.

ortaya çıkan sonuçları göz ardı ettiği ileri sürülmüştür²⁶. Tıp mesleğini icra edenler de kısa süreli hapis cezasının akıl bozukluğuna sahip kişiler açısından yarardan çok zarar verdiğini ortaya koyup, tedaviye yönelik bir önlem yerine söz konusu kurumun uygulanmasını eleştirmişlerdir²⁷.

Yeni kanunun düzenlemesine gelirsek, burada suçun işlendiği sırada kısmi akıl bozukluğuna sahip olan kişinin cezai sorumluluğu tamdır. Maddenin düzenlenmesine göre, “suçu işlediği sırada temyiz gücünü bozan veya hareketlerini kontrol yeteneğini engelleyen bir psişik veya nöropsişik teşevvüş içinde bulunan kimse cezalandırılabilir. Bununla birlikte, mahkeme bu durumu göz önünde tutarak cezayı ve cezanın infaz rejimini belirler.” Yeni ceza kanununun söz konusu bu maddesi, hakime cezayı indirilerek vermesi²⁸ ve akıl bozukluğunun derecesiyle aynı oranda cezada bir indirim gitmesi yolunda bir zorunluluk yüklememektedir²⁹. Maddenin düzenlendiği yerin başlığı ve hükümetin maddeyi koyma gerekçesi göz önünde tutulduğunda, sanki hakimin kısmi akıl bozukluğuna sahip olan kimsenin cezasında bir indirim yapması zorunluymuş gibi de gö-

²⁶ Eski sisteme yönelik eleştirileri ortaya koyan Desportes, akıl bozukluğu olan kişinin toplum açısından normal kişiye nazaran daha tehlikeli olabilebileceği bazı durumlarda, akıl bozukluğu olan kişinin normal kişiye nazaran daha az ceza almasının kamu düzeninin korunması açısından yerinde olmadığını belirtmiştir. Desportes, Frédéric- Le Guehec, Francis: a.g.e., kn. 646. Aynı görüş için. Bknz. Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 87.

²⁷ Desportes, Frédéric- Le Guehec, Francis: a.g.e., kn. 646. Aynı görüş için Bknz. Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 87.

²⁸ Doktrinde ve içtihatlarda her ne kadar bir mutabakat söz konusu ise de doktrinde Rassat bu konuda farklı düşünmektedir. Rassat'a göre, eski kanun zamanında temyiz kudretine veya hareketlerini kontrol yeteneğine zarar veren akıl bozukluğuna sahip olan bir kişiye hakimin hafifletici nedenleri uygulayıp uygulamama konusunda tam bir serbesti içinde bulunduğunu belirten yazar, yeni kanunda yazılı bir emir şeklinde kaleme alınan “göz önünde tutar” şeklindeki ifadenin zorunlu olarak cezada bir indirim neden olması gerektiğini vurgulamaktadır. Fakat aynı yazar, bu düşüncelerinin paralelinde ceza usul hukuku düzenlemelerinin olmadığını vurgulayarak, kanun koyucun amacının anlaşılamadığını belirtmiştir. Rassat, Michèle-Laure: a.g.e., kn. 50.

²⁹ Desportes, Frédéric- Le Guehec, Francis: a.g.e., kn. 647.

zükse, bugün doktrindeki görüşlerle ve mahkeme içtihatlarıyla böyle bir zorunluluğun olmadığı açıkça kabul edilmiştir³⁰.

Bu bağlamda, bu madde, hakime sadece kişinin suç işlerken içinde bulunduğu temyiz gücünü bozan veya hareketlerini kontrol yeteneğini engelleyen bir psişik veya nöropsişik teşevvüş halini ceza ve cezanın infaz rejimini belirlerken göz önünde tutma ödevi yüklemektedir. Burada son olarak belirtmekte yarar vardır ki her ne kadar doktrinde ve içtihatlarda cezanın indirilerek verilmesi gerekmediği üzerinde mutabık kalınsa da, uygulamada genellikle hakimlerin cezayı indirerek verdikleri görülmektedir³¹.

122-1. maddenin 2. fıkrasında, cezanın indirilerek verilip verilmeyeceği belli olmadığı gibi, ceza indirilerek verilecekse cezanın neye göre indirileceği belli değildir. Bilindiği üzere, eski sistemde, kişide ne kadar akıl bozukluğu varsa cezası da o oranda indiriliyordu. Yeni sistemi eleştiren *Rassat*, bu sistemde hakime geniş bir takdir yetkisi verildiğini ve bu durum sonucunda kurumlar arası çatışmanın ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, kısmi akıl hastasında ceza indirilerek verilebilir, hiçbir biçimde ceza verilmeme gibi bir durum söz konusu olamaz³².

Burada önemle üzerinde durulması gereken bir diğer husus, 122-1. maddenin 2. fıkrasında hakime sadece cezada bir indirim gitme olanağı verilmemiş, aynı zamanda hakime cezanın infaz rejimini de belirleme yetkisi tanınmış olmasıdır. Bu hüküm sayesinde hakim başka hiçbir tedbire başvurmadan sadece cezanın doğrudan çekilmesini isteyebileceği gibi, söz konusu cezanın tıbbi bir teda-

³⁰ Hatta doktrinde Robert ve Desportes daha da ileri gitmiş, Robert, hakimın mahkum ettiği kişinin hastalığında bir ağırlatıcı neden bulabileceğini ve böylece hakimın kişiye karşı daha ağır bir cezaya hükmedebileceğini ifade ederken Desportes'te, özellikle tehlikeli bir kısmi akıl bozukluğuna sahip olan kişinin içinde bulunduğu hal ve tekerrüre elverişli durumun, aynı suçu işleyen normal bir kişiye göre daha ağır cezalandırılması sonucunu doğurabileceğini belirtmiştir. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 277., Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 647.,

³¹ Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 96.

³² Rassat, Michèle-Laure: a.g.e., kn. 48., 52. Karşı görüş için Bknz. Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 98.

viyi izleme veya hastaneye yatma yükümlülüğü altında ertelenmesini de isteyebilir³³. Hatta hakim hapis cezasının infazından sonra belirli aralıklarla kişinin denetimli serbestliğine de hükmedebilir.

Doktrinde, *Soyer* Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin 2. fıkrasına gerek olmadığını, Fransız Ceza Kanunu'nda yer alan ve hakime geniş takdir yetkisi veren "cezanın bireyselleştirilmesi" kurumunun bu kurum yerine kullanılabilmesine işaret etmiştir³⁴.

Bir kişinin temyiz gücünü veya hareketlerini kontrol yeteneğini ortadan kaldıran akıl bozukluğunun saptanması, hem sorgu hem de yargı mahkemelerinin görevi içindeyken, bir kişinin temyiz gücüne veya hareketlerini kontrol yeteneğine zarar veren akıl bozukluğunun saptanması sadece yargı mahkemesi tarafından belirlenecek, sorgu yargıcı veya sorgu mahkemesinin bu durumun saptanmasında herhangi bir rolü olmayacaktır³⁵.

III) TARTIŞMALI OLAN BAZI DURUMLARDA CEZA SORUMLULUĞU

A) Genel Olarak

Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesindeki, "suçu işlediği sırada temyiz gücünü veya hareketlerini kontrol yeteneğini ortadan kaldıran bir psişik veya nöropsişik teşevvüş içinde bulunan kimse cezaen sorumlu olmaz." cümlesi, doktrinde farklı iki şekilde yorumlanmaktadır. Bir grup yazar, burada akıl bozukluğunun nedeninin önemli olmadığını, önemli olanın "temyiz gücünün veya hareketlerini kontrol yeteneğinin ortadan kalkması" olduğunu yani

³³ İnfaz yargıcı da kişi cezasını çekerken, bu kişiyi tıbbi bir tedaviyi izlemeye veya hastaneye yatmaya zorlayabilir. Koşullu salıvermede de infaz yargıcı kişiyi böyle bir yükümlülüğe zorlayabilmektedir.

³⁴ *Soyer*, Jean Claude: a.g.e., kn. 208. Cezanın bireyselleştirilmesinin yer aldığı Fransız Ceza Kanunu'nun 132-24. maddesinin birinci cümlesi şu şekilde kaleme alınmıştır: "Kanunla belirlenen sınırlar dahilinde mahkeme suçun koşullarına ve suç işleyenin kişiliğine göre cezaları ve cezaların rejimlerini belirler..."

³⁵ *Bonis-Garçon*, Evelyne: a.g.e., kn. 91.

sonucun önemli olduğunu savunmaktadır³⁶. Bu bağlamda akıl hastalıkları, sarhoşluk, hipnoz, kalp rahatsızlığından kaynaklanan bir bilinç kaybı, akıl bozukluğu olarak sayılabilecektir³⁷. Diğer bir grup yazarsa, bu maddenin dar bir şekilde yorumlanmasını gerektiğini ileri sürerek, nedene sonuçtan daha fazla önem atfetmektedirler. Sadece psişik veya nöropsişik kökenli akıl rahatsızlıklarında bu maddenin uygulanabileceğini ileri sürmektedirler. Günümüzde, Fransız içtihat ve doktrininde daha çok birinci yorum şeklinin kabul edildiği görülmektedir³⁸.

Aşağıda, Fransız Ceza Hukuku'nda dar anlamda akıl bozukluğu olarak ifade edilmesi mümkün olmayan ama yeni ceza kanunu bakımından 122-1. madde kapsamına girip girmediği kuşku olan bazı durumlar özel olarak incelemeye tabi tutulmuştur.

B) Uyurgezerlik

Fransız Ceza Hukuku'nda genellikle kabul edilen anlayışa göre, uyurgezerin uyku konumundayken, bilincinde olmadığı ve karşı koyamadığı içgüdüleri altında işlediği suçtan dolayı sorumluluğu yoktur³⁹. Pradel'e göreyse, uyurgezeri suçtan önce gerçekleştirdiği ve suçun işlenmesine hizmet eden kusurundan dolayı sorumlu tutmak mümkündür. Yazarın verdiği örneğe göre, uyurgezer olduğunu bilen ve elinde silahla uyuyan bir kimse bir cinayet işlediğinde, tedbirsizlik ve dikkatsizlikle adam öldürmekten dolayı sorumlu olacaktır⁴⁰. Bu konuda Fransız Hukuku'nda bir yargılama yapılmamış olduğundan, söz konusu konuyla ilgili herhangi bir içtihat bulunmamaktadır.

³⁶ Robert'e göre, yeni kanunu yapanlar akıl bozukluğu konusunda bilimsel bir tanım yapmak istememişlerdir; çünkü bilimin verileri sürekli bir şekilde değişmektedir. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 274.

³⁷ Conte-Chambon söz konusu duruma örnek olarak, kalp krizi geçiren kişide ortaya çıkan bilinç kaybı neticesinde bir kişinin üstüne düşüp o kişiyi yaralaması durumunu aktarmıştır. Conte, Philippe-du Chambon, Patrick Maistre: a.g.e., kn. 354.

³⁸ Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 49.

³⁹ Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 53.

⁴⁰ Pradel, Jean: a.g.e., kn. 479.

C) Hipnoz

Hipnoz altında suç işleyen kimse suçun işlendiği anda telkin sebebiyle tüm irade serbestisini kaybetmişse, artık bu kişinin cezai sorumluluğundan bahsedilemez⁴¹. Fakat bu kişiye hipnoz uygulayarak suç işleyen kimse azmettiren olarak sorumlu olacaktır⁴². Kanaatimizce, burada vurgulamak gerekir ki, hipnotize edilen kişi, bir suç işleyeceğini bilerek ve kendisine bu konuda bir mazeret sebebi yaratmak için telkine rıza göstermişse, sebebinde serbest hareket kuramından yararlanarak bu kişinin cezai sorumluluğunun tam olduğuna karar vermek gerekecektir⁴³.

D) Sağır- dilsizlik

Fransız Ceza Hukuku'nda sağır-dilsizlik tek başına temyiz kudretine veya hareketlerini kontrol yeteneğine zarar veren veya onu ortadan kaldıran bir hal değildir. Fakat Fransız Ceza Hukuku doktrini, hakimin somut olayda sağır ve dilsizliğin kişinin akıl yeteneklerinin eksik bir biçimde gelişimine sebep olup olmadığına bakması ve bu durumu göz önüne alarak karar vermesi gerektiğini ortaya koymuştur⁴⁴. Bu bağlamda, şayet sağır-dilsizlik nedeniyle kişinin temyiz kudreti veya hareketlerini yönlendirme yeteneği tamamen ortadan kalkmışsa Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin ilk fıkrası uygulanacak, şayet temyiz kudreti veya hareketlerini yönlendirme yeteneği kısmen zarar görmüşse Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin ikinci fıkrası uygulanacaktır.

⁴¹ Bu bağlamda Fransız doktrinin de uzun süren tartışmalara ve bu tartışmalar neticesinde 3 farklı okulun (Salpetriere Okulu, Nancy Okulu, Karma Okul) doğmasına yol açan hipnoz konusunda bugün, Nancy Okulu'nun etkin olduğu söylenebilir. Bu okula göre, ipnotik telkinle uyutulan bir kimse, telkini yapan kimsenin elinde bir araç konumundadır ve bir araçtan farkı olmayan kişinin de cezai sorumluluğu yoktur. Okullar ve bu okulların görüşlerinin cezai sorumluluğa etkisiyle ilgili Bknz. Şensoy, Naci: "Ceza Mesuliyetini Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 16, Sayı 3-4, İstanbul, 1950, s. 629 vd.

⁴² Rassat, Michèle-Laure: a.g.e., kn. 63. Aynı görüş için Bknz. Pradel, Jean: a.g.e., kn. 479.

⁴³ Bknz. Ünver, Yener: a.g.e., s. 142.

⁴⁴ Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 55.

E) Epilepsi (Sar'a)

Fransız Ceza Hukuku'nda epilepsi hastası bir kişi uygun olmayan bir zamanda krizin gelebileceğini önceden öngörebiliyor ve buna rağmen gerekli tedbiri almıyorsa, söz konusu suçtan dolayı sorumluluğuna gidilebilecekken, tersi durumda kişinin sorumlu olmayacağı belirtilmiştir; çünkü böyle bir durumda her ne kadar kişinin bilinci yerindeyse de hareketlerini kontrol yeteneği ortadan kalkmıştır⁴⁵. Bu bakımdan somut olayda kişinin temyiz kudreti veya hareketlerini kontrol yeteneğinin kısmen veya tamamen ortadan kalkmasına göre akıl bozukluğuna sahip kişinin cezai sorumluluğu veya sorumsuzluğu söz konusu olacaktır. Hiç şüphesiz sar'a hastası bir kişi uygun olmayan bir zamanda krizin gelebileceğini önceden öngörebiliyorsa ve buna rağmen gerekli tedbiri almıyorsa, söz konusu suçtan dolayı sorumluluğu somut olayda kişide bulunan manevi unsuruna göre belirlenecek, eylemin kasten veya taksirle işlemesine göre cezai sorumluluğu tespit edilecektir.

F) İrade Hastalıkları

Psikasteni, nöroasteni, histeri, cinsel içerikli perversiyon veya cinsel içerikli olmayan perversiyon hali olan kleptomani, pyromani gibi hastalıklar ve psikopati bu tür hastalıklara örnektir. Bu tür hastalıklarda kişi yaptığı hareketin yanlış olduğunu bilmektedir, kişinin zekasında ve düşünme yetisinde bir sorun yoktur; fakat kişi hareketlerini kontrol edememektedir, saplantılara ve karşı konulamaz içgüdülere teslim olmaktadır. *Desportes*, bu tür bir hastalığın etkisiyle, hastalığıyla nedensellik bağı bulunan bir suç işleyen kişinin 122-1. maddenin ikinci fıkrasındaki kısmi akıl hastalarıyla ilgili hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁴⁶. Kanaatimizce, burada önceden bir saptama yapıp Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin 2. fıkrasının veya aynı maddenin 1. fıkrasının irade hastalıkları söz konusu olduğunda doğrudan her somut olayda uygulanacağını söylemek doğru olmaz. Çünkü Fransız sisteminde önemli olan akıl bozukluğunun kişinin temyiz kud-

⁴⁵ Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 56., Robert, s. 275.

⁴⁶ Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 650. Aynı görüşte Pradel, kn. 478., Robert, s. 276.

reti veya hareketlerini kontrol yeteneği üzerindeki etkisidir, bu bağlamda somut olayda bu etkilenmenin tam veya kısmi olmasına göre bir sonuca ulaşmak gerekecektir.

G) Sarhoşluk

Fransız Ceza Hukuku'nda sarhoşluğun, alkol alımından kaynaklanabileceği gibi, uyuşturucu alımından, bir ilaç alımından, bir gaz alımından da kaynaklanabileceği belirtilmiş⁴⁷ ve bu sorunun tam anlamıyla Fransız Ceza Hukuku'nda bir çözüme ulaşmadığı belirtilmiştir. Doktrinde üç durum arasında fark olduğu ileri sürülmüştür. Eğer, bir kişi kendi isteği olmaksızın sarhoş olmuşsa ve temyiz kudreti ve hareketlerini yönlendirme yeteneği tamamen ortadan kalkmışsa, bu kişiye suç isnad edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, şayet sarhoşluk kişinin kendi kusurundan ileri gelmiyorsa, bu kişinin hiçbir cezai sorumluluğu yoktur⁴⁸. *Larguier* haklı olarak burada bir ayırım yapılması gerektiğini belirterek, kişi kendi kusurundan ileri gelmeyen bir sarhoşluk neticesinde tamamen temyiz kudretini veya hareketlerini kontrol yeteneğini yitirmişse, sadece bu durumda kişinin hiçbir cezai sorumluluğu olmayacağını; fakat şayet kişi kendi kusurundan ileri gelmeyen sarhoşluk neticesinde temyiz kudretini azaltan veya hareketlerini kontrol yeteneğini engelleyen bir durum içinde ise artık kişinin cezai sorumluluğunun ortadan kalkmayacağını, söz konusu durumda Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin ikinci fıkrasının tatbik edileceğini ortaya koymuştur⁴⁹.

Fransız doktrinine göre, kronik zehirlenme sırasında suç işleyen bir kişinin cezai sorumluluğu yoktur, bu yazarlara göre, kronik alkolizm veya uyuşturucu madde kullanılmasından kaynaklanan kronik zehirlenme hallerinde 122-1 uygulama alanı bulacaktır. Çünkü, bu madde akıl bozukluğunun kaynağına göre bir ayırım

⁴⁷ Conte, Philippe-du Chambon, Patrick Maistre: a.g.e., kn. 356., *Larguier*, Jean: *Droit pénal général*, 19. Bası, Dalloz, 2003, s. 36.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Larguier*, Jean: a.g.e., s. 36.

yapmamıştır⁵⁰. Bu bağlamda, kronik alkolizm veya uyuşturucunun kişinin temyiz kudretini veya hareketlerini kontrol yeteneğini tamamen veya kısmen ortadan kaldırmasına göre cezai sorumluluğu üzerinde karar verilecektir.

Fakat isteyerek alkol ve uyuşturucu alımı konusunda Fransız Hukuku'nda belirli suç tiplerinin varlığını⁵¹ göz önünde tutan yazarlar, aynı durumun bir olayda suç diğer bir başka olayda cezai sorumluluktan kurtaran bir unsur olarak düşünülemediğini ortaya koyarak, Fransız Ceza Hukuku'nda isteyerek alınan alkol ve uyuşturucu maddenin Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesine girmeyeceği sonucuna varmışlardır⁵². Suç işlemek için cesaret alma amacıyla alınan alkol sonucu sarhoş olup suç işleyen kişi içinse, söz konusu bu durum cezayı ağırlatıcı bir neden olabilir; çünkü Fransız Hukuku'na göre bu kişi taammüden hareket etmiştir⁵³.

Şayet sarhoşluk kişinin kendi hatasından ileri gelmişse, kişi bilerek ve isteyerek sarhoş olmuşsa, klasik doktrine göre, sarhoşluk bilinci etkilediğinden suç kastını ortadan kaldıracaktır, sarhoş kişi sadece taksirle işlediği suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Toplumun korunması amacını üstün tutan bazı yazarlara göre ise, böyle bir durumda, olası kast teorisinden yararlanmak gerekir ve alkol alıp

⁵⁰ Pradel, Jean: a.g.e., kn. 481., Larguier'de, sarhoşluğun alkolizmden farklı olduğuna işaret etmiş, alkolizmin sürekli patolojik bir rahatsızlık olduğunu, bir kişinin hiç sarhoş olmadan alkolik olabileceğini belirtmiş ve yeni ceza kanununun ruhi bozukluğun kaynağına göre bir ayrıma gitmediğinden yola çıkarak alkoliklerin de 122-1 kapsamına girdiğini belirtmiştir. Larguier, s. 36. Aynı yönde Bknz. Larguier, Jean- Conte, Philippe- Du Chambon, Patrick Maistre: Droit Pénal Général, Dalloz, Paris, 2008, s. 35.

⁵¹ Kamu Sağlığı Kanunu'nun 3421-1. maddesi uyuşturucu olarak sınıflandırılan maddelerin kullanımını doğrudan cezalandırmaktadır. Yine Fransız Hukuku'nda çok çeşitli kanun ve maddelerde alkol alımıyla ve uyuşturucu alımıyla ilgili suç tipleri vardır. Örneğin Fransız Trafik Kanunu'nun 234-1. maddesi sarhoşluk veya alkolün etkisiyle araba kullanmayı yasaklarken, aynı kanunun 235-1. maddesi uyuşturucu aldıktan sonra araba kullanmayı yasaklamaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun 221-6-1. maddesinde taksirle adam öldürme ve yaralamanın sarhoş bir sürücü tarafından meydana getirilmiş olmasını cezayı ağırlatıcı bir neden olarak öngörmüştür.

⁵² Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 278.

⁵³ Bouloc, Bernard: a.g.e., kn. 366.

sarhoş olan kişi davranışlarının hukuki sonuçlarını öngörmek zorundadır, bu durumda sarhoşken suç işleyen kişi kasıtlı olarak hareket etmiştir. Hukuki açıdan yanlış olan bu düşünce, Fransız doktrini tarafından şiddetli eleştirilere maruz kalmıştır⁵⁴.

IV) İSPAT SORUNU

Fransız doktrininde akıl bozukluğunun ispatı konusunda, ispat yükünün kime ait olduğu tartışmalıdır. Doktrinde bir grup yazar, suçu işlediği sırada akıl bozukluğuna maruz kaldığını iddia edilen kişinin bu iddiasının doğruluğunu da ispat etmekle yükümlü olduğunu ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre, istisnai bir durumu ileri süren kişi, iddiasının doğruluğunu da ispatla yükümlüdür⁵⁵. Doktrinde diğer bir grup yazar ise, suçsuzluk karinesi dolayısıyla ispat yükünün savcı üzerinde olduğunu ileri sürmektedir. Bu yazarlara göre, suçsuzluğunu oluşturmak suçlanan kişiye ait değildir. Yine bu düşünce de olan yazarlara göre, suçun değişik kurucu unsurlarının varlığını ortaya koymak nasıl savcının göreviyse, sorumluluğu ortadan kaldıracak türdeki nedenlerin yokluğunu da ortaya koymak savcının görevi içindedir⁵⁶.

Fransız Ceza Hukuku'nda akıl bozukluğunun varlığının, hiçbir biçimde karine olarak kabul edilmediği görülür. Bu bağlamda, medeni hukuk anlamında akıl hastası addedilen bir kişi, ceza hu-

⁵⁴ Bouloc, Bernard: İbidem.

⁵⁵ Örneğin Pradel, kanun koyucunun çocukların isnad yeteneğinin bulunmadığını veya bu yeteneklerinin zayıfladığını önceden kabul ettiğini; fakat akıl hastası büyükler için böyle bir durum öngörmediğini belirterek, büyüklerin sağlıklı bir akla sahip olacağını kanun koyucu tarafından önceden kabul edilmiş olduğunu ortaya koymuştur. Yazar bu bağlamda, akıl bozukluğunun varlığının ispatının, akıl bozukluğunun olduğunu iddia eden tarafa ait olacağını savunmaktadır. Yazar bu görüşünü desteklemek amacıyla yayınlanmamış bir mahkeme kararına atıf yapmıştır. Crim., 2 Septembre 2005, no: 05-80109. Pradel, Jean: a.g.e., kn. 473.

⁵⁶ Rassat, Michèle-Laure: a.g.e., kn. 33., Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 14.

kuku bağlamında akıl hastası olarak kabul edilmek zorunda değildir⁵⁷.

Burada hakim somut olaydaki verilerden hareket ederek söz konusu suçun işlendiği anda kişinin akıl bozukluğuna sahip olup olmadığını ve bu bozukluk etkisi altında söz konusu suçu işleyip işlemediğini değerlendirecektir. Bu değerlendirme, hakimın takdir yetkisi içindedir ve mahkemenin kararının gerekçesinde çelişkilerin bulunması dışında, temyiz mahkemesi bu konuda herhangi bir kontrol uygulamamaktadır⁵⁸.

Fransız uygulamasında hakim psikiyatri alanında uzman bir bilirkişi atayarak, söz konusu kişinin akıl bozukluğuna sahip olup olmadığını (kişi de akli veya psişik anormallik var mı?), bu akıl bozukluğunun kişinin işlendiği ileri sürülen suçla bir ilişkinin mevcut olup olmadığını, kişinin temyiz gücünün veya hareketlerini kontrol yeteneğinin Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesi uyarınca ona isnad edilen suç anında ortadan kalkıp kalmadığını ve ya zarar görüp görmediğini, kişinin kendisi için ve başkalar için tehlikeli bir durumda olup olmadığını, bir ceza yaptırımına maruz kalıp kalamayacağını, bu kişinin tedavi edilebilir veya topluma yeniden adapte edilebilir bir durumda olup olmadığını, sosyo-hukuki izleme çerçevesinde kişiyi tedaviye zorlamanın yararlı olup olmadığını⁵⁹,

⁵⁷ Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 15., Pradel, Jean: a.g.e., kn. 473. Robert'e göre söz konusu durumun iki nedeni vardır: İlk olarak medeni hukuktaki "medeni koruma rejimi" ceza kanununun 122-1. maddesinden daha geniş bir içeriğe sahiptir. Örneğin fiziksel engelli olanlar da medeni hukukun koruma rejiminden yararlanırlar; fakat bunlar Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesi uyarınca akıl bozukluğuna sahip değildirler. Yine, ceza hukukunda aranan akıl bozukluğu suçun işlendiği anda mevcut olan işlenen suçla ilişkili bir akıl bozukluğudur; yoksa genel bir akıl bozukluğu hali değildir. Bu bağlamda, medeni hukuk bakımından bir kişinin akıl bozukluğuna sahip olması, ceza hukuku hakimini bağlamayacaktır. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 281.

⁵⁸ Crim. 21. Janvier 1992, Revue Droit pénal, 1992, communication no: 196. Zikreden Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 638.

⁵⁹ Pradel, sosyo-hukuki izleme çerçevesinde kişiyi tedaviye zorlamanın yararlı olup olmadığını araştırılmasının isteğe bağlı bir soru olduğunu ve bu sorunun hakim tarafından bilirkişiye daha çok cinsel içerikli suçlar söz konusu olduğunda sorulduğunu ortaya koymuştur. Pradel, Jean: a.g.e., kn. 443. sdaki 2. nolu dipnot.

araştırmasını ister⁶⁰. Görüldüğü üzere, hakim, işlenen suçtan dolayı kişinin cezai sorumluluğu olup olmadığı konusundaki hukuksal değerlendirmeyi kendisi yapacağından, bilirkişiyeye bu konuyla ilgili doğrudan bir soru soramamaktadır⁶¹.

Yukarıda da kısmen belirttiğimiz gibi, Fransız Ceza Hukuku'nda hakimi bilirkişi atamaya zorlayan ve bu bilirkişinin raporunu bekletici mesele yapmasını emreden hiçbir kural yoktur. Örneğin sorgu yargıcı, bilirkişiyeye kendiliğinden veya tarafların isteğine binaen başvurabileceği gibi başvurmayabilir de. Buna karşılık şayet, taraflardan biri yazılı ve gerekçeli olarak bilirkişiyeye gitme talebinde bulunmuşsa, sorgu yargıcı bu talebi reddettiğinde en geç bir ay içinde gerekçeli kararını ortaya koymak zorundadır. Eğer bu süre içinde yargıç gerekçeli kararını açıklamazsa, talepte bulunan kişi, sorgu mahkemesinin başkanına doğrudan talebini götürebilecektir⁶².

Bu bağlamda, hakim, kişinin olay anında akıl bozukluğuna sahip olup olmadığını her türlü yolla ispat edebilir⁶³. Ama söz konusu sorunun, psikiyatrik bir sorun olduğu, sadece akıl ve vicdani kanaatle sorunun çözümlenmesinin güçlüğü ve sorunun çözümünün uzmanlık gerektirmesi göz önünde bulundurulduğunda, uygulamada süreklilik arz edecek nitelikte psikiyatri alanında uzman olan bir bilirkişiyeye başvurulduğu görülür.

Bilirkişinin ulaştığı sonuçlar hakimi bağlamaz⁶⁴. Fakat, uygulamada bilirkişinin raporu olay anında kişinin temyiz gücünü ortadan kaldıran bir akıl bozukluğunun varlığını saptamışsa ve bu konuda diğer bir bilirkişinin karşı raporu söz konusu değilse, kişi ce-

⁶⁰ Pradel, Jean: a.g.e., kn. 473., Desportes, kn. 638.

⁶¹ Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 638.

⁶² Fransız Ceza Kanunu madde 81/8,9,11.

⁶³ Robert'e göre hakim, her türlü araç ve imkanla hatta kişinin dava sırasında onda bıraktığı izlenimle, akıl bozukluğuna sahip olup olmadığını ortaya koyabilir. Bu bağlamda psikiyatri alanında uzman bilirkişinin yardımına başvurmak, hukukun değil uygulamanın ortaya çıkardığı bir durumdur. Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 280.

⁶⁴ Robert, Jacques Henri: a.g.e., s. 280.

zai olarak sorumsuz addedilecektir. Bu bağlamda, bilirkişiyeye verilen görev önemlidir⁶⁵.

1985'ten bu yana, bir kişinin akıl bozukluğu olup olmadığı ve bu akıl bozukluğunun işlenen suçla ilişkili olup olmadığı hususunun tespiti için ceza hakimi, psikiyatri alanında uzman tek bir bilirkişiden faydalanmaktadır. Oysa, önceleri hakim iki bilirkişi atamak zorundaydı. Böylece, birbirinden bağımsız iki bilirkişi raporuna göre somut durumu değerlendirmekteydi⁶⁶. Fakat, bugünkü uygulamada, atanan bilirkişinin raporu kişinin cezai sorumsuzluğunu ortaya koyacak şekilde yazılmış bir raporsa, "partie civile" in (bazen müdahil bazen de şahsi davacı) bu rapora 15 gün içinde itiraz hakkı bulunmakta ve mahkeme de bu itiraz üzerine yaptıracağı yeni incelemeyi, birbirinden bağımsız çalışan iki farklı bilirkişiyeye yaptırmak zorundadır. Mahkemenin "partie civile" in yapmış olduğu söz konusu itirazı reddetme hakkı yoktur, bu bağlamda yeni inceleme talebi "partie civile" için bir hakır⁶⁷.

V) FRANSADA TAM AKIL BOZUKLUĞUNA SAHİP OLAN KİMSELERE UYGULANAN TEDBİRLER VE BU KİŞİLERİN SALIVERİLMELERİ HAKKINDA KARAR VERECEK MAKAM AÇISINDAN SİSTEMLER

A) Genel Olarak

Fransız Ceza Hukuku'nda suçu işlediği anda tam akıl bozukluğuna sahip olan bir kişi hakkında emniyet tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanır. Bu yaptırımlar, her ne kadar emniyet tedbiri başlığı altında kanunda yer alsada doktrinde, bu yaptırımların bazılarının emniyet tedbiri olmadığı ve bir ceza yaptırımı olduğu vurgulanmış ve Fransız Ceza Hukuku'nda akıl hastalarına cezai yaptırımlar uygulanabilmesine olanak tanıyan bu hükümler eleştirilere maruz kalmıştır.

⁶⁵ Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 638.

⁶⁶ İbidem.

⁶⁷ Fransız Ceza Usul Kanunu madde 167-1.

Fransız Hukuku'nda tam akıl bozukluğuna sahip suçlulara genellikle "zorla hastaneye yatırma" güvenlik tedbiri uygulandığı görölmektedir. Bu tedbir 25 Şubat 2008'e kadar sadece idari makamlarca hükmedilip uygulanabilen bir tedbir iken 25 Şubat 2008'de çıkarılan yasayla artık adli makamlar da tam akıl bozukluğuna sahip olan bir kişinin zorla hastaneye yatırılmasına karar verebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, suç işleyen tam akıl hastasına uygulanabilecek olan "zorla hastaneye yatırma" güvenlik tedbirine artık hem adli makamlarca karar verilebilecek hem de idari makamlarca karar verilebilecek olmasıdır. Bu bağlamda eski sistem ortadan kalkmış değildir, eski sistem varlığını sürdürmekte, varolan bu eski yapıya yeni bir yapı daha eklenmiş olmaktadır. Dökrinde 25 Şubat 2008'e kadar, tedbiri alacak ve akıl bozukluğuna sahip kişileri serbest bırakacak makam konusundaki mevcut sistemlerden idari sisteme girdiği yolunda hem fikir olunan Fransa'da⁶⁸, 25 Şubat 2008'de çıkarılan söz konusu yasayla bu nitelendirme eksik bir nitelendirme olarak addedilebilir. Yeni bir karma sistemin yaratıldığından kuşku duymamak gerekir.

B) İdari Sistem

1) Sistemin Esası

Fransız Hukuku'nda 25 Şubat 2008'e kadar suç işledikleri sırada akıl hastası olan kişiler için tek başına uygulanan idari sistem, suç işleyen akıl bozukluğuna sahip kişinin suç işlemeyen akıl bozukluğuna sahip kişiden bir farkı olmadığı anlayışı üzerine dayanmaktadır. Sistemi savunanlar, tıp bilimi açısından bilimsel bir dayanak olmadığı sürece bu iki grup arasında ayırım yapmaya bir yer olmadığını iddia etmişlerdir⁶⁹.

Sistem kanuni dayanağını, Kamu Sağlığı Kanunu'nda bulur. Kamu Sağlığı Kanunu'nun 3213-7. maddesi, Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin hükümleriyle gerekçelendirerek verilen bir takipsizlik kararından veya akıl bozukluğundan dolayı verilen bir sorumsuzluk kararından yararlanan bir kişinin akıl durumunun,

⁶⁸ Bknz. Şensoy, Naci: a.g.e., s. 643 vd.

⁶⁹ Rassat, Michèle-Laure: a.g.e., kn. 16.

tedavi gerektirmesi ve kişilerin güvenliğini tehlikeye sokabilecek veya ciddi bir biçimde kamu düzenine zarar verebilecek durumda olması söz konusu ise adli makamlara, vilayetlerde devleti temsil eden kişilere (valilere) ve Psikiyatri Kökenli Hastaneye Yatırma İl Komisyonu'na doğrudan bu durumla ilgili bilgi verme yükümlülüğü getirmektedir. Söz konusu bilgiyi alan vali, gerekli önlemleri hiç zaman kaybetmeksizin alacaktır. Böyle bir durumda çoğunlukla zorla hastaneye yatırma önlemi alınmaktadır.

Yine Kamu Sağlığı Kanunu'nun 3213-7. maddesine 12 Aralık 2005 yılında eklenen 2. fıkrayla da, savcının her türlü yararlı amaç için vilayetlerde devletin temsilcisi olan kişileri oturma tarihi ve kararın alınma tarihi gibi konularda bilgilendirebileceği ortaya konulmuştur. Bu fıkranın düzenleniş amacı, önceden bir bilgilendirme yaparak valinin akıl bozukluğu ile ilgili verilebilecek olan bir karara karşı hazırlıklı olmasını sağlamak ve böylece akıl bozukluktan dolayı kendisine ceza verilmeyip serbest bırakılan fakat toplum açısından ve diğer insanlar açısından tehlike arz eden bu kişinin topluma çıkmadan hastaneye yatırılmasını sağlamaktır⁷⁰.

Bu bağlamda, ceza mahkemesince cezai anlamda sorumsuz kabul edilen kişi, toplum veya kişiler açısından tehlikeli bir durumu bünyesinde taşıyorsa, doğrudan hastaneye yerleştirilecektir. Burada önemli bir durumun açıklanmasında yarar vardır: Suç anında akıl bozukluğuna sahip olan her kişi ve bu nedenle de mahkemece cezai olarak sorumsuz addedilen her kişi, idarenin bir tasarrufuyla zorla hastaneye yatırılacak değildir⁷¹. Bazı durumlarda bu akıl hastası kamu düzenini tehlikeye sokmaz ve bu kişi kamu düzenini tehli-

⁷⁰ Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 590, sdaki 1. no'lu dipnot., Buisson, yeni getirilen adli sistemin, eski sistemde adli ve idari otoriteler arasında mevcut olan koordinasyon zaafını ortadan kaldırdığı savunmakta, böylece bu yeni sistem sayesinde kişinin tedavisine hemen başlanabileceğini belirtmektedir. Buisson, Jacques: "La Déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental: loi du 25 février 2008", Procédures, no:4, Nisan 2008, kn. 14.

⁷¹ Garçon'a göre, zorla hastaneye yatırma idari önlemin esas amacı, kişiyi iyileştirmek olmayıp kamu düzenini korumak olduğundan adli ve idari makamların değerlendirmeleri arasında farkların ortaya çıkması doğaldır. Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 82.

keye sokmadığından zorla hastaneye yatırma tedbiri bu kişiye uygulanamaz. Örneğin, küçük bir suç hırsızlık suçu işleyen bir kleptomat normal hayatında da düzenli bir doktor tedavisinden yararlanıyorsa bu kişi kamu düzenini tehlikeye sokmayacağından zorla hastaneye yatırma tedbiri bu kişiye karşı uygulanmayacaktır. Burada adli otoritenin kararıyla idari otoritenin kararı arasında bir bağlantı yoktur. İdari otorite hiç suç işlememiş bir kişiye nasıl zorla hastaneye yatma tedbirini uyguluyorsa, suç işleyen bir akıl bozukluğuna sahip kişi için de aynı koşullarla bu tedbiri uygulayacaktır⁷².

Kamu Sağlığı Kanunu'nun 3213-1. maddesine göre, bir kişinin akıl durumunun, tedavi gerektirmesi ve kişilerin güvenliğini tehlikeye sokabilecek veya ciddi bir biçimde kamu düzenine zarar verebilecek durumda olması halinde, Paris'te emniyet müdürü, vilayetlerde devletin temsilcileri, ayrıntılı olarak düzenlenmiş medikal raporu göz önünde bulundurarak 3222-1'de bahsedilen bir kuruluşa bu kişinin zorla yatmasını karar verirler. Ayrıntılı medikal rapor hastanın yatırıldığı hastaneden alınmamalıdır. Valinin kararı gerekçeli olmalı ve hastaneye yatırmayı gerekli kılan koşullar açıklıkla ortaya konmalıdır.

Suç işleyen bir akıl bozukluğuna sahip olan bir kişi ile suç işlemeyen bir akıl bozukluğuna sahip olan bir kişi arasında hastaneye zorla yatırma koşulları bakımından bir fark yoksa da, hastaneden çıkma koşulları arasında farklılıklar mevcuttur.

Kamu Sağlığı Kanunu'nun 3213-4. maddesine göre, vilayetteki devlet temsilcisi suç işlemeyen bir akıl hastası hakkında, hastanede kalmasının birinci ayını takip eden 3 gün içerisinde, bir psikiyatristten gerekçeli karar aldıktan sonra, bu kişi hakkında 3 aylık bir hastanede kalmasının yenilenmesi kararı alabilir. Aynı usul ve esaslara uyularak 3 aylık yenilemeden sonra en fazla 6 aylık yenilemeler yapılabilir. Eğer sürelerin bitiminde vali bir karar almazsa, zorla hastaneye yatırma tedbiri kendiliğinden kalkar. Süre bitmeden de vali bu tedbiri kaldırabilir. Fakat bu durumda, vali hareket etmeden önce ya bir psikiyatristten görüş almalıdır veya

⁷² Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: a.g.e., kn. 643.

Psikiyatri Kökenli Hastaneye Yatırma İl Komisyonu'nun önerisi üzerine harekete geçmelidir⁷³. Bu bağlamda, söz konusu tedbirin suç işlemeyen akıl hastalarında sürelerle bağlı olarak uygulanmakta olduğu görülür.

Suç işlediği anda akıl bozukluğuna sahip olan kişilerdeyse, hastaneye yatırma tedbirinin ortadan kalkması sıkı koşullar altına alınmıştır. Suç işlediği anda akıl bozukluğuna sahip olan kişilerin hastanede yatırılması tedbirinin ortadan kalkması için hastanenin bulunduğu yerdeki İl Sağlık ve Sosyal İşler Yönetimi'nin olumlu görüşü alındıktan sonra, hastanın bulunduğu hastanede görevli olmayan, savcının sunduğu listeden vali tarafından seçilmiş, iki psikiyatrisin birbiriyle uyumlu olumlu görüşü doğrultusunda kişi hastaneden ayrılabilir. Söz konusu incelemeyi yapacak psikiyatristler ayrı ayrı çalışacaktır. Şayet psikiyatristler uyumlu bir biçimde ilgilinin artık ne kendisi için ne de başkaları için tehlikeli olmadığına karar verirlerse, akıl bozukluğuna sahip kişinin hastaneden ayrılmasına izin verilecektir⁷⁴. Bu bağlamda, hastaneye zorla yatırılmaya vali karar verirken, hastaneden çıkarılma kararı, valice seçilmiş iki psikiyatrisin olumlu raporuyla olur.

2) Sisteme Yönelik Eleştiriler

Söz konusu idari sistem doktrinde çok fazla eleştirilmiş, özellikle yeni sosyal savunma görüşünü destekleyenler bu sistemin değişmesi için reform önerilerinde bulunmuşlardır⁷⁵. Bu düşünelere göre, Anayasa'da kişisel özgürlüklerin koruyucusu olarak adli mahkemeler gösterilmiştir. Oysa idari sistemde, devlete bağlı üst düzeyde görevli olan valiler, kişilerin özgürlükleri konusunda kararlar vermektedir ve bu durum Anayasa'ya aykırıdır. Adli yargının özellikle ceza yargıcının akıl bozukluğu olan kişi hakkında koğuşturmamazlık kararı vermesi, onu serbest bırakması, daha sonra da tüm kontrolün idareye geçmesi, hukukun hiçbir şey yap-

⁷³ Kamu Sağlığı Kanunu madde 3213-4.

⁷⁴ Kamu Sağlığı Kanunu madde 3213-8.

⁷⁵ 1978 tarihli ön projede yeni sosyal savunma görüşünü destekleyenlerin istedikleri taleplere yer verildiği görülmektedir. Bonis-Garçon, Evelyne: a.g.e., kn. 85.

madığı izlenimini doğurması ve bu bağlamda kişilerin hukuka olan güvenlerin kaybına neden olması bakımından yerinde değildir. Ayrıca idari sistemde, hiçbir süre sınırı olmaksızın, işlenen suçun niteliği dahi göz önüne alınmaksızın uygulanan keyfi usul, tehlikeli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir⁷⁶.

C) Adli Sistem

1) Sistemin Esası

Ceza Usul Kanunu'nun yeni 706-135. maddesi, sorgu mahkemesine veya yargı mahkemesine (Tribunal correctionnel veya Cour d'assises) zorla hastaneye yatırma kararı verme yetkisi tanımıştır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, eski sistemde hastaneye yatırma yetkisi sadece idari otoritelere verilmişti. Ceza Usul Kanunu'nun 706-135. maddesine göre, Kamu Sağlığı Kanunu'nun 3213-1 ve 3213-7. maddelerinin uygulanmasına zarar vermeksizin, sorgu mahkemesi veya yargı mahkemesi akıl bozukluğu nedeniyle cezai sorumsuzluk kararı verdiğinde, şayet dava dosyasının içinde ilgilinin akıl bozukluğunun tedaviyi gerektirdiği ve insanların güvenliğini tehlikeye düşürdüğü veya kamu düzeni için ciddi bir biçimde zarar teşkil ettiği psikiyatri uzmanı tarafından ortaya konmuşsa, bu mahkemeler aynı zamanda gerekçeli bir kararla kişinin Kamu Sağlığı Kanunu'nun 3222-1. maddesinde belirtilen hastaneye yatırılmasını isteyebilirler. Bu karardan illerde valiler, Paris'de emniyet müdürü derhal haberdar edilir. Bu hastaneye yatırılma sonrası uygulanacak rejim, Kamu Sağlığı Kanunu'nun ilgili maddelerinde belirtilen rejimle aynıdır. Bu bağlamda, adli bir hastaneye yatırma tedbiri için, ilk olarak akıl bozukluğundan dolayı cezai sorumsuzluk kararı var olmalı, ikinci olarak, psikiyatri alanında uzman olan kişinin ilgilinin akıl bozukluğunun tedaviyi gerektirdiği ve insanların güvenliğini tehlikeye düşürdüğü veya kamu düzeni için ciddi bir biçimde zarar teşkil ettiğini dosya içinde ortaya koymalı, son olarak da hakim tarafından hastaneye yatırma ile ilgili gerekçeli bir karar verilmelidir.

⁷⁶Rassat, Michèle-Laure: *a.g.e.*, kn. 12.

Hastane yatırma tedbirinden başka diğer bazı tedbirler de, Fransız Ceza Usul Kanunu'na yeni eklenen 706-136. maddeyle akıl bozukluğuna sahip kişilere uygulanabilir hale gelmiřtir⁷⁷. Bu tedbirlerden ilki; akıl bozukluğuna sahip kişinin suç mağduruyla, bazı insanlarla veya bazı kategorideki insanlarla ve özellikle kcklerle, özel olarak belirtilen kişilerle temasa geçmesini yasaklamaktadır. Bu tedbir özellikle, akıl bozukluğu olan kişilerin kckler üzerinde işledikleri cinsel içerikli suçlarda uygulanma olanağını bulacaktır. Bu tedbirlerden ikincisi, özel olarak belirtilen yerlerde bulunma yasağıdır. cnc tedbir, silah bulundurma ve taşıma yasağıdır. Dördüncü tedbir, kişinin mesleği icra etmeye yetkin olduğunu belirten psikiyatrik inceleme yapılmaksızın, profesyonel veya gönüllü olarak özel olarak belirlenen meslekleri icranın yasaklanmasıdır (bu yasaklanan mesleğin icrası sırasında veya bu yasaklanan meslek dolayısıyla bir suçun işlenmesi veya bu mesleğin olağan olarak kcklerle teması gerektiren bir meslek olmasından dolayı). Beşinci tedbir, sürücü belgesinin ertelenmesidir. Altıncı tedbir ise, yeni bir belge istemesinin engellenerek sürücü belgesinin iptal edilmesidir.

Bu tedbirlerin hepsi, kişinin tedavisine engel olmamak koşuluyla uygulanabilir. Bu tedbirlerin uygulanması içinde psikiyatri uzmanının görüşünün alınması gereklidir. Bu tedbirler belirli süreler içinde uygulanırlar. Hakim süreyi belirlerken, söz konusu suç bir cinayetse veya 10 yıllık hapsi gerektiren bir cnhaysa hkmedeği tedbirin süresi 20 yılı geçemez, diğer cnhalarda ise bu süre 10 yılı geemeyecektir⁷⁸.

⁷⁷ Burada belirtmekte yarar vardır ki sorgu hakiminin, tribunal de police hakiminin (kabahatlerle ilgili uyuşmazlıklara bakan mahkeme), juridiction de proximit hakiminin (kck suçlara bakan mahkeme) işlediği fiil sırasında akıl bozukluğu olan kişilere karşı güvenlik tedbirine karar verme hakkı yoktur. Buisson, tribunal de police ve juridiction de proximit hakimlerinin suç işleyen akıl bozukluğuna sahip kişiye hiçbir güvenlik tedbiri uygulayamayışlarını, işlenen suç türüne göre söz konusu tedbirlerin ağır olacağı endişesinden ileri geldiğini belirtmiştir. Buisson, Jacques: a.g.e., kn. 12.

⁷⁸ Fransız Ceza Usul Kanunu madde 706-136'mn 1 ve 2. fıkraları.

Hastaneye yatırma tedbiri ile yukarıda belirtilen diğer tedbirlerin birlikte uygulanması mümkündür. Burada hastaneye yatırma tedbirinin idari veya adli makamlarca verilmiş olmasının bir önemi yoktur. Bu bağlamda, zorla hastaneye yatırma tedbirini hakim uygulamamış olsa ve hakim kararında sadece söz konusu tedbirlere hükmetse bile, idari makamlar zorla yatırma kararı verdiğinde bu iki tedbir birlikte uygulanabilecektir.

Bir veya birden fazla yasaklılığa tabi olan kişi kaldığı hastanenin veya yerleşim yeri yargı çevresinde bulunan Özgürlükler ve Tevkif Yargıcı'ndan bu tedbirlerin değişikliğini veya bu tedbirlerin kaldırılmasını isteyebilir. Gerekteğinde mağdurun önceden görüşü alan mahkeme, savcının görüşünü ister, talep eden kişiyi ve avukatını dinler. Mahkemece tedbirin kaldırılması, sadece psikiyatri uzmanının olumlu görüşü alınmışsa mümkün olabilir. Eğer istek reddedilmişse, 6 aylık bir süre içinde yeniden başvuru yapılamaz⁷⁹.

Şayet kişi bu yükümlülükler uymazsa, 2 yıl hapis cezası ve 30 000 euro para cezasına çarptırılacaktır. Madde metninde suç işleyen tam akıl hastaları için bu maddenin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bunun dışında kalan kısmi akıl hastaları ve suç işlediği sırada tam akıl hastası olup da tedbirlerin uygulandığı anda akli maluliyeti kalmayan kişiler için bu maddenin uygulanacağı meclis hazırlık çalışmalarında vurgulanmıştır, burda önemli olan kişinin söz konusu tedbirlerin gerçek kapsamını anlayıp anlamamasıdır⁸⁰.

2) Sisteme Yönelik Eleştiriler

25 Şubat 2008 tarihli kanunla getirilen hastaneye zorla yatırma tedbiri dışında kalan diğer tedbirler, doktrinde birer ceza olarak görülmekte ve daha önceden ceza verilemeyen suç işleyen tam akıl bozukluğuna sahip kişilere ceza verilmesinin yolunu açtığı için eleştirilmektedir. Özellikle, *Mistretta*, güvenlik tedbiri olarak nitelendirilen bu yaptırımların Fransız Ceza Kanunu'nun 131-6. maddesinde de aynen yer aldığı ve bunların söz konusu ceza kanununda

⁷⁹ Fransız Ceza Usul Kanunu 706-137. maddesi.

⁸⁰ Matsopoulou, Haritini: Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, jurisClasseur Procédure pénale, 25 Mart 2008, kn. 18.

“özgürlüğü ve hakları kısıtlayan cezalar” olarak nitelendirildiğine vurgu yaparak, akıl bozukluğuna sahip kimselerin Fransız Ceza Hukuku’nda artık cezalandırıldıklarının özellikle altını çizmiştir⁸¹.

VI) MUHAKEME USULÜ:

25 Şubat 2008 tarihli Kanun, ceza sorumluluğunun akıl bozukluğu nedeniyle kalktığı durumlarda uygulanacak kuralları tek bir başlık altında toplamış, böylece ceza usul kanunu içinde suç işlediği anda akıl bozukluğu olan kişiler için özel bir usul hukukunun oluşmasını sağlamıştır⁸². 25 Şubat 2008 tarihli Kanun’un getirmiş olduğu en önemli usuli yenilik, suç anında akıl bozukluğuna sahip olan kişinin akıl bozukluğu nedeniyle cezai sorumsuzluğunun kalktığına hükümde açıklanmasının sağlanmış olmasıdır. Eski sistemde suç işlediği anda akıl bozukluğuna sahip olduğu saptanan kişi hakkında sorgu hakimi ve mahkemesi önünde kovuşturama kararı, yargı mahkemesi önünde beraat kararı verilirken, yeni sistemde sorgu hakimi ve mahkemesi önünde “akıl bozukluğu nedeniyle kovuşturama kararı”, yargı mahkemesi önünde “akıl bozukluğu nedeniyle cezai sorumsuzluk kararı” verilmektedir. Her iki tür karar arasındaki fark, kusurluluk ve sorumluluk arasındaki farka dayanır⁸³.

Yeni kanuni düzenlemeye göre, ortada bir suç vardır, kişinin bu suçun işlenmesinde bir kusuru söz konusudur; bu bağlamda yargılamaya yapılacak, kişinin suç teşkil eden fiili işlediği saptanacak ve yapılan bu saptama hükümde açıklanacak; fakat suçun işlendiği anda akıl bozukluğuna sahip olan kişinin bu suçtan dolayı cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir. Burada yargılamaya devam edilip suç failin suçu işlediğinin tespit edilmesi ve bunun hükümde açıklanması, suç mağdurunun, yakınlarının ve toplumun manevi yön-

⁸¹ Mistretta, Patrick: “De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal.- A Propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental”, La Semaine Juridique Edition Générale, no:9, 27 Şubat 2008.

⁸² Buisson, Jacques: a.g.e., kn. 1.

⁸³ İbidem.

den tatminine⁸⁴, bunların adalet ihtiyacına⁸⁵, yargılama sonucunda parti civil'in (bazen şahsi davacı bazen müdahil olabilir) ceza mahkemesinden maddi tazminat elde etmesine hizmet edecektir. Bu bağlamda getirilen yeni düzenlemelere göre hakim, cezai sorumsuzluk kararı vermeden önce, ilgili kişinin isnad edilen suçu işlediğine dair yeterli delile ulaşmalıdır⁸⁶. Eğer sorgu hakimi, önündeki davada, sanığın isnad edilen suçu işlediğine dair yeterli delile ulaşır ve Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin uygulanırılığı konusunda makul nedenler söz konusu olursa, akıl bozukluğu nedeniyle koğuşturmama kararı verebilir. Bu karara karşı, savcı veya taraflardan biri, sorgu mahkemesine başvurabileceği gibi, sorgu yargıci kendi kararına karşı da resen sorgu mahkemesine başvurup verdiği kararın incelenmesini isteyebilir⁸⁷. Sorgu yargıcın kendi kararına karşı resen başvuruda bulunduğu durumlarda, sorgu yargıcı ya Fransız Ceza Kanunu'nun 122-1. maddesinin söz konusu olayda uygulanmasından kuşku duymaktadır ya da güvenlik tedbiri niteliğinde addedilen yaptırımların somut olayda uygulanması zorunluluğuna inanmaktadır. Fakat, kendisinin bu tedbirlere hükmetme yetkisi bulunmadığı için de, işi sorgu mahkemesine havale

⁸⁴ Mağdur ve yakınlarının intikam duygularının ortadan kalkmasının temini, mağdurun manevi tatminiyle mümkündür. Fransız Ceza Hukuku'nda sorgu yargıcı tarafından verilen takipsizlik kararının, mağdurun yakınları ve toplumu tatmin etmediğini yönünde Bknz. Languier, Jean: a.g.e., s. 34. Fakat Bonfils, bu durumu eleştirmekte, akıl bozukluğuna sahip olan bir kişinin muhakemeye katılımın muhakemeye bir şey katmayacağını ve bu kişinin psikolojik durumu göz önünde tutulduğunda bu kişinin muhakemede bulunmaması gerektiğinin altını çizmekte, bazı durumlarda olay anında akıl bozukluğuna sahip olup bu durumun etkisiyle suç işleyen kimsenin olaydan sonra ve yargılama aşamasında akıl sağlığına kavuşması durumunda, bu kişiye ceza vermemenin mağdur veya yakınlarına izahının daha zor olacağına böyle bir durumda mağdurun adalet duygularının iyice sarsılacağına değinmektedir. Bu bağlamda, yazar yeni düzenlemelerin mağduru memnun edip etmeyeceğinin belirsiz olduğunu çünkü kişinin bu sistemde de cezai olarak sorumsuz olduğunu belirtmiştir. Bonfils, Philippe: Loi no: 2008-174 du février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Revue de science criminelle, s. 398.

⁸⁵ Bonfils, Philippe: a.g.e., s. 397.

⁸⁶ Fransız Ceza Usul Kanunu 177. madde.

⁸⁷ Fransız Ceza Usul Kanunu 706-120. madde.

etmektedir⁸⁸. İşin sorgu mahkemesine havale edildiği durumlarda, sanığın tutuklu kalmasına veya adli kontrol altında tutulmasına, sorgu mahkemesince yapılacak olası bir çağrılmayı garanti altına almak için devam edilecektir⁸⁹, ama gerektiğinde sorgu yargıcı, kişinin tutukluluğunu ve adli kontrol altında tutulmasını vereceği ayrı bir kararla kaldırabilecektir⁹⁰.

Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 706-122. maddesine göre, sorgu mahkemesi başkanı olan hakim, savcının, taraflardan birinin isteğiyle veya resen, sanığın durumu buna izin vermesi koşuluyla, sanığın mahkemeye çağrılmasını isteyebilir⁹¹. Eğer bu sanık avukat yardımından yararlanmıyorsa, mahkeme başkanın talebi üzerine kendisine baro başkanı tarafından bir avukat tayin edilir, bu avukat sanık duruşmada olmasa bile duruşmaya katılıp onu temsil etmeye zorunludur. Müzakereler açık oturum şeklinde gerçekleşir ve karar da açık oturumda ilan edilir. Bunun tek istisnası, Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 306. maddesidir⁹². Söz konusu davada, sanık sorguya çekilebilir, tanık, bilirkişi dinlenebilir⁹³. Bu bağlamda, sanki normal bir dava görülüyormuş gibi yargılama yapılacaktır.

⁸⁸ Matsopoulou, Haritini: "Le développement des mesures de sûreté justifiées par la 'dangerosité' et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux.- Commentaire de la loi no 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental", Droit pénal, no:4, Nisan 2008, kn. 39.

⁸⁹ Buisson, Jacques: a.g.e., kn. 3.

⁹⁰ Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 706-121. maddesi.

⁹¹ Bonfils, sanığın mahkemeye çağrılmasının mağdur ve mağdur yakınlarının bu kişinin durumunu anlamaları, söz konusu durumun farkına varmaları açısından önemli addetmektedir. Bonfils, Philippe: a.g.e., s. 398.

⁹² Fransız Ceza Kanunu'nun 306. maddesine göre, kamu düzeni veya genel ahlak açısından tehlikeli olmadıkça duruşmalar açık yapılır, tecavüz, cinsel saldırı içeren işkence veya barbarca hareket suçlarında partie civile duruşmanın kapalı olmasını isterse, bu mahkemece kabul edilmek zorundadır.

⁹³ Burada tanıkların dinlenmesi hem sanığa yüklenen maddi olayın oluşup oluşmadığının ispatı hem de sanığın olay anında akıl hastası olup olmadığının ortaya çıkması için önemli kabul edilmektedir. Buisson, Jacques: a.g.e., kn. 6.

Yargılama sonunda, mahkeme dava açmak için yeterli delil olmadığına kanaat getirirse, takipsizlik kararı verecektir⁹⁴.

Mahkeme, delillerin dava açmaya yeterli olduğuna, kişinin de olay anında akıl bozukluğuna sahip olmadığına kanaat getirirse, davanın yetkili yargı mahkemesine gönderilmesine karar verecektir⁹⁵.

Mahkeme dava açmaya yeterli delilin varlığını tespit etmesine rağmen kişi suçu işlediği anda akıl bozukluğuna sahip olduğuna kanaat getirmişse, bu durumda akıl bozukluğu nedeniyle cezai sorumsuzluk kararı verilecektir. Bu kararın içinde, sanığın isnad edilen suçu işlediğine dair yeterli delilin varlığı ilan edilmeli, bu kişinin olay anında temyiz gücünü veya hareketlerini kontrol yeteneğini ortadan kaldıran bir psişik veya nöropsişik bozukluk nedeniyle cezai olarak sorumlu tutulmadığı ortaya konulmalı, partie civile'in istemesi halinde söz konusu davanın tazminat talepleri için yetkili tribunal correctionnel'e gönderilmesi kararı bulunmalı ve son olarak da eğer mahkeme gerekli görürse akıl hastalarına uygulanabilecek güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlardan biri veya daha fazlası bulunmalıdır⁹⁶. Görüldüğü üzere, sorgu mahkemesi, sadece, dava açmak için yeterli delil olmasına rağmen akıl bozukluğu sebebiyle cezai sorumsuzluk kararı verilmesine karar vermemekte; aynı zamanda suçtan kaynaklanan ama esasta medeni nitelikteki olan tazminat talebinin karara bağlanması için konuyu partie civile'in isteği üzerine yetkili mahkemeye iletmekte ve gerektiğinde yukarıda da belirttiğimiz yeni sistem gereği olay anında akıl bozukluğuna sahip kişiye güvenlik tedbiri veya tedbirleri uygulayabilmektedir. Bu bağlamda, sorgu yargıcı, savcı veya partie civile güvenlik tedbirlerinden birinin veya birden fazlasının hükmedilmesini istiyorsa, partie civile suçtan meydana gelen zararın tazmini istiyorsa, muhakkak sorgu hakimi kararına karşı sorgu mahkemesine başvurmalıdır. Çünkü sorgu hakimi bu konularda karar ver-

⁹⁴ Fransız Ceza Usul Kanunu 706-123.

⁹⁵ Fransız Ceza Usul Kanunu 706-124.

⁹⁶ Fransız Ceza Usul Kanunu 706-125.

meye yetkili değildir⁹⁷. Sorgu mahkemesinin verdiği akıl bozukluğu nedeniyle cezai sorumsuzluk kararı, sanığın tutukluluğunun ve sanığa uygulanan adli kontrolün kaldırılmasını sağlar⁹⁸.

Cinayetleri yargılayan mahkeme önündeki aşamada, suç teşkil eden olayın sanık tarafından işlendiğini tespit ettikten sonra, eğer bu kişinin suçun işlendiği anda sahip olduğu akıl bozukluğu nedeniyle bu suçu işlediğine kanaat getirilirse, mahkeme akıl bozukluğu nedeniyle cezai sorumsuzluk kararı verecektir⁹⁹. Bu karara karşı sadece savcının temyize gitmeye hakkı vardır¹⁰⁰. Bu karar, otomatik olarak sanığın tutukluluğunu veya adli kontrole tabiyse bu kontrolü ortadan kaldıracaktır¹⁰¹. Mahkeme bu kararın içinde, sanığa karşı bir veya daha fazla güvenlik tedbirine hükmedebilir ve ayrıca partie civile tarafından yapılan maddi tazminat talebi varsa bu talep hakkında da karar verir¹⁰².

Cünhaları yargılayan mahkeme önündeki aşamada da, mahkeme akıl bozukluğu nedeniyle cezai sorumsuzluk kararı verecektir. Bu karar içinde, mahkeme sanığa isnad edilen fiilin sanık tarafından işlendiğine hükmedecek, bu kişinin olay anında temyiz gücünü veya hareketlerini kontrol yeteneğini ortadan kaldıran bir psikik veya nöropsikik bozukluk nedeniyle cezai olarak sorumlu tutulmayacağı ortaya konacak, partie civile'in tazminat talep etmesi durumunda tazminata hükmedebilecek, eğer mahkeme gerekli gö-

⁹⁷ Buisson, Jacques: a.g.e., kn. 7.

⁹⁸ Fransız Ceza Usul Kanunu 706-126. Burada sanığa uygulanan tutukluluğun ve adli kontrolün kalkması sanığın akıl bozukluğu nedeniyle cezai sorumluluğunun bulunmaması kararının doğrudan bir sonucudur. Fransız Ceza Usul Hukukunda bazen belirli sürelerin geçmesi de kendiliğinden sanığın serbest kalması sonucunu doğurabilir. Örneğin sorgu yargıcı önündeki aşamadan mahkeme yargıcı önündeki aşamaya tutukluluk veya adli kontrol tedbiri uygulanmasına devam edilerek gelen bir sanık hakkında, sorgu mahkemesine başvuru tarihinden itibaren hesap edilmek üzere, işlediği iddia edilen suç bir cinayetse 6 ay, cünhaysa 4 ay içinde bir karar verilmezse, sanık kendiliğinden serbest olacaktır. (Fransız Ceza Usul Kanunu 706-121. madde.)

⁹⁹ Fransız Ceza Usul Kanunu 706-129. madde.

¹⁰⁰ Buisson, Jacques: a.g.e., kn. 11.

¹⁰¹ Fransız Ceza Kanunu 706-130. madde 2. fıkra.

¹⁰² Fransız Ceza Usul Kanunu 706-131. madde.

rürse akıl hastalarına uygulanabilecek güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlardan birine veya birden fazlasına hükmedebilecektir¹⁰³.

SONUÇ

Yeni Fransız Ceza Kanunu'nda kullanılan "psişik ve nöropsişik teşevvüş" kavramının patolojik ve akılla ilgili bozukluklar dışında kişinin ruhsal bünyesinden gelen bozuklukları da kapsayacak biçimde düzenlenmesi yerinde olmuştur. Fakat bu terimlerin sınırlarının belirsizliği, kişinin temyiz kudretini veya hareketlerini kontrol yeteneğini ortadan kaldıran veya bunlara zarar veren her durumun akıl bozukluğu sayılmasına neden olacaktır.

Tam ve kısmi akıl bozukluğuna dayalı bir ceza sorumluluğu sistemi yerinde bir ayrımdır. Kısmi akıl bozukluğuna sahip kişiye tedavi edici nitelikte bir ceza infaz rejiminin hakim tarafından öngörülebilir olması da kısa süreli hapis cezasının akıl bozukluğuna sahip olan mahkum üzerinde ortaya çıkaracağı olumsuz sonuçları engellemesi bakımından yerinde kabul edilebilir.

Mahkemece görevlendirilen psikiyatri alanında uzman bilirkişinin raporu, kişinin fiili işlediği anda akıl bozukluğuna sahip olduğunu tespit etmişse, "partie civile" in bu rapora itiraz hakkının bulunması ve mahkemenin bu itiraz üzerine yapacağı yeni incelemeyi, birbirinden bağımsız çalışan iki farklı bilirkişiyeye yaptırmak zorunda olması yerinde bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece hem mağdur tarafın hem de sanık tarafının söz konusu incelemenin tarafsızlığı hususunda ortaya çıkacak kuşku berta raf edilmiş olacak hem de bilgi sahibi olmadığı bir alanda hakime, uzman iki farklı bilirkişi görüşünden yararlanma imkanı sunulmuş olacaktır. Söz konusu bilirkişi raporları arasında karşılaştırma yapabilecek olan hakim, sonuca daha kolay ulaşabilecektir.

İdari sistemin yanında adli sistemin düzenlenmesi ve bu bağlamda kişilerin özgürlükleri konusunda alınan bir kararda hakime yetki verilmesi ne kadar yerinde olmuşsa, idari sistemin akıl

¹⁰³ Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 706-133. maddesi.

bozukluğunun etkisiyle suç işleyen akıl hastaları için uygulanabilir kalması o kadar kötü olmuştur. Bu bağlamda suç işleyen akıl bozukluğuna sahip bir kişi için uygulanabilecek tek sistem adli sitem olmalı, idari sistem sadece suç işlemeyen fakat toplum için tehlikeli bir durum arz eden kişilere uygulanmalıdır.

Günümüzde tüm ülkerin ceza hukuklarında olduğu gibi Fransız Ceza Hukuku'nda da mağduru ve toplumu korumak adına çeşitli düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Özellikle, medyada geniş bir biçimde yer alan ve toplum vicdanında derin yaralar açmış bulunan olaylar karşısında siyasetçilerin anlık tepkilerle ceza yasası düzenlemelerine gittikleri görülmektedir. Bu yasalar bireylerin özgürlüğüyle yakından ilgili olduğundan ortaya çıkaracağı zararlar kalıcı olmakta, bu bağlamda söz konusu zararların telafisi genellikle mümkün olmamaktadır.

Bugün Fransız Ceza Hukuku'nda akıl hastalarının cezai sorumluluğu, yukarıda belirttiğimiz tarzda "tepki yasaları"yla oluşturulmuş bir sistemi bize yansıtmaktadır. Özellikle 25 Şubat 2008 tarihli Kanun, getirdiği düzenlemelerle mağdur ve toplumu korumaya çalışırken sanık durumunda bulunan kişileri gözardı etmiş bulunmaktadır. Bu kanunun getirmiş olduğu güvenlik tedbiri niteliğinde addedilen tedbirlerin çoğunun da Fransız Ceza Kanunu'da ayrıca ceza olarak düzenlediği göz önünde tutulursa, Fransa'da akıl hastalarının cezai sorumluluğuna doğru bir gidişin olduğu gözlemlenebilmektedir. Şuçu işlediği anda akıl bozukluğuna sahip kişilerin cezai olarak sorumsuz olsalar bile, işledikleri suçlarla ilgili olarak sabıka kayıtlarının tutulmaya başlanması da bizi bu sonuca doğru götürmektedir.

KAYNAKÇA

Bonfils, Philippe: Loi no: 2008-174 du février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Revue de science criminelle.

Bonis-Garçon, Evelyne; Trouble Psychiques- Malades Mentaux, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Dalloz, Ekim 2002.

Bouloc, Bernard: Droit pénal général, 20. Bası, Dalloz, Paris, 2007.

Buisson, Jacques: “La Déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental: loi du 25 février 2008”, Procédures, no:4, Nisan 2008.

Conte, Philippe-du Chambon, Patrick Maistre: Droit pénal général, 6. Bası, Armand Colin, 2002.

Desportes, Frédéric- Le Gunehec, Francis: Droit Pénal Général, 14. Bası, Economica, Paris, Eylül 2007.

Jeandidier, Wilfrid: Droit pénal général, 2. Bası, Montchrestien, Paris, 1991.

Larguier, Jean: Droit pénal général, 19. Bası, Dalloz, 2003.

Larguier, Jean- Conte, Philippe- Du Chambon, Patrick Maistre: Droit Pénal Général, Dalloz, Paris, 2008.

Matsopoulou, Haritini: Procédure et décisions d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, jurisClasseur Procédure pénale, 25 Mart 2008.

Matsopoulou, Haritini: “Le développement des mesures de sûreté justifiées par la ‘dangerisité’ et l’inutile dispositif applicable aux malades mentaux.- Commentaire de la loi no 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental”, Droit pénal, no:4, Nisan 2008.

Mistretta, Patrick: “De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal.- A Propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclarartion d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental”, La Semaine Juridique Edition Générale, no:9, 27 Şubat 2008.

Pradel, Jean: Droit pénal général, 17. Bası, Editions Cujas, Paris, 2008.

Rassat, Michèle-Laure: *Trouble psychique ou neuropsychique- Contrainte, JurisClasseur Pénal Code, 15 Mart 2006.*

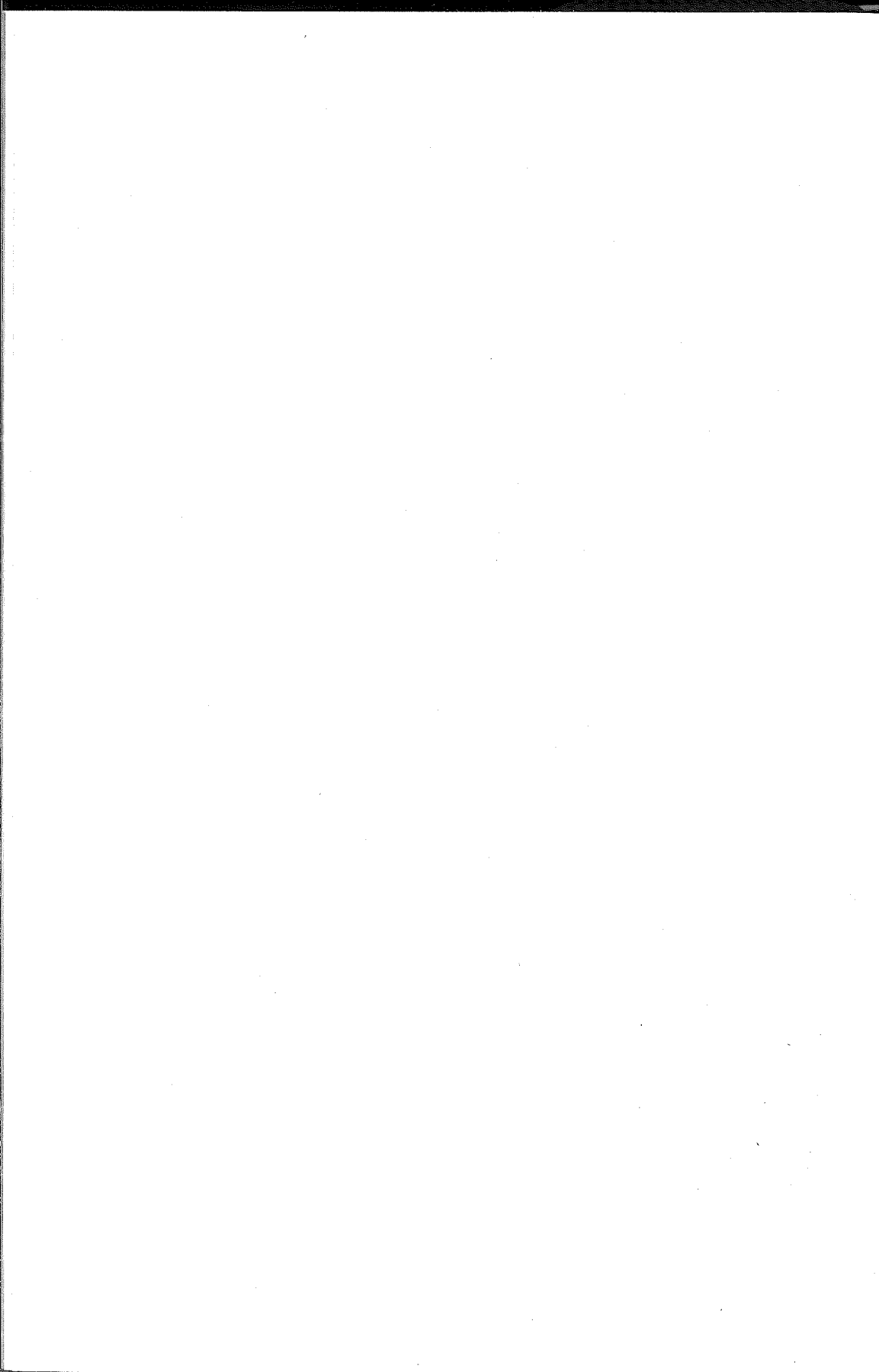
Robert, Jacques- Henri: Droit pénal général, Presses Universitaires de France, 1998.

Şensoy, Naci: “Ceza Mesuliyetini Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 16, Sayı 3-4, İstanbul, 1950.

Soyer, Jean Claude: Droit pénal et procédure pénale, 17. Bası, L.G.D.J, 2003.

Ünver, Yener: Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 1989.

KARAR ÇEVİRİSİ



HUMK KAYNAK YASASI CPCN UYGULAMASI: NEUCHÂTEL MAHKEMELERİNİN KARARLARI

(c. IV/1'den devam)

Prof. Dr. Bilge UMAR*

BİRİNCİ BÖLÜM

KANTON MAHKEMESİNİN İÇTİHATLARI

No. 269 - 4 Ekim 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 140-141)

CPCN n. 323/HUMK m. 378 - Tahkikatın kapandıktan sonra yeniden açılıp genişletilmesi

Özet: Hâkim, CPCN m. 323/HUMK m. 378'deki yetkisini sakınarak kullanmalıdır.

Gerekçeden seçmeler

CPCN m. 323/HUMK m. 378'e göre, mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, sürece bir tamamlayıcı ekleme yapılmasını [tahkikatın genişletilmesini] emredebilir. 1925 tarihli CPCN'nin bu kuralı, 1906 tarihli CPCN n. 325'den alınmıştır. Onun başlıca varlık sebebi, eskiden, Kanton Mahkemesi'nde görülen davalarda tahkikatın Tribunal de District/Sulh Mahkemesi [hâkimi] tarafından yürütülmesi (1910 tarihli olan Neuchâtel Adliye Örgütü Yasası'nda m. 30 ve 40); daha da eski zamanda ise, [sonradan Kanton Mahkemesi'ne dönüşen] Tribunal d'Arrondissement'da görülen davalarda tahkikatın [keza] Tribunal

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi, Kamu Hukuku Bölüm Başkanı.

de District/Sulh Mahkemesi [hâkimi] tarafından yürütülmesi (1987 tarihli olan, Neuchâtel Adliye Örgütü yasası, m. 141) idi.

Bugün, (tarafaların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte olmayan dâvalar bir yana), m. 323/HUMK m. 378, özellikle, tahkikat hâkiminin ibraz edilmek istenen delilin ibrazı kabul edilebilir mi konusunda tam yetkili olarak karara varmak (CPCN m. 192/HUMK m. 218) yetkisine bir hata düzeltici olmak işlevindedir. O, *tarafalarca ibraz edilmek istenmiş* ama ibraz edilmesi tahkikat hâkimince engellenmiş delillerin ibrazını mahkemenin emredebilmesine yarar¹.

Buna karşılık, yerleşmiş uygulamada kabul edildiği ve yakm zamanda bir daha doğrulandığı üzere (Geiser'in Bavaud'ya karşı davası, Karar No. 6247, 2 Şubat 1970 [RJN'de yayınlanmamıştır]), CPCN m. 323/HUMK m. 378 taraflarca sunulması önerilmemiş deliller için ancak istisnaî olarak uygulanabilir. Mahkemenin pasifliği ilkesinin egemen bulunduğu bir dava sürecinde başka türlü olamazdı (karş. CPCN m. 66/HUMK m. 72, CPCN m. 68/HUMK m. 74, CPCN m. 69/HUMK m. 75). [Şimdiki] Mahkeme, taraflar avukatlarıyla temsil edilmiş oldukları takdirde bu yönden özellikle sakınmalı davranmayı kendisi için zorunlu görmektedir. Bu kişiler [avukatlar], müvekkillerinin çıkarını savunmak için ibraz edilecek delillerle *ibraz edilmeyecek* deliller konusunda olabildiğince özgür biçimde karar verebilmelidirler. Elbette ki, bir delilin sunulmaması zararlı sonuç verebilir ve davanın tarafı bu sonuca katlanır; vekilin işlediği bütün yargılama usulü hataları için olduğu gibi burada da durum böyledir (ATF 60 II 352, 63 II 422, 85 II 46). Ancak o [müvekkil], özen borcunu yerine getirmekte eksiklik göstermiş avukata rücu edebilir (ATF 89 I 158), hatta avukat re'sen [mahkemece] görevlendirilmiş olsa bile (ATF 87 II 364).

Sunulan delillerin duruşmada her yönden ışık altına alınıp alınmadıkları [iyice incelenip incelenmedikleri] pek az önem taşır.

¹ Tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği, çocuğun soy bağının reddi gibi davalarda mahkemenin aktifliği ilkesi yürüdüğü için mahkeme her zaman, yeni delil istemek şöyle dursun re'sen dahi delil araştırabilir; CPCN m. 323/HUMK m. 378'i kullanmaya muhtaç değildir.

Ortaya çıkan sorun ne kadar karanlık olursa olsun hâkim onu çözmekle görevlidir. Delil sunulmamış olması onu hüküm vermekten bağışık kılamaz. [Bu durumda] Onun, durumu [isbat yükü taşıyan tarafın, iddiasını isbat edebilmiş olmadığını] gözlemleyip bundan sonuçlar çıkarmak (İsvMK m. 8/TMK m. 6) dışında yapabileceği şey yoktur (Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesinin Assicuratrice İtaliana tarafından Renaud'ya karşı yapılmış başvuruda verdiği 130 sayılı karar, 23.12.1913).

No. 270 – 4 Ekim 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 142-143)

İsvMK m. 319/TMK m. 329; İsv BK m. 102/Türk BK m. 101, İsv BK m. 104/Türk BK m. 103, İsv BK m. 105/Türk BK m. 104

Evlilik dışı çocuk için babaya yüklenen nafaka aylığında gecikme faizi

Özet: Babalık davasında davacı kadın babaya aylık nafaka yanında gecikme faizi de yüklenmesini istiyorsa faiz sâdece dava açılmasından sonra muaccel olan aylıklar için işler.

No. 271 – 4 Ekim 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 143)

CPCN m. 69/HUMK m. 75, İsvMK m. 155 ve 157/TMK m. 180 ve 183 (re'sen karar verme yetkisi İsviçre metninde yoktur)

Ayrı yaşayan eşe nafaka ödenmesi-Durumun değişmesi

Özet: 1. Tarafların özgürce tasarruf edebileceği davalarda, hâkim, davanın açılışı zamanında var olan vakıalar durumu ile yetinir [o duruma göre hüküm verir].

2. Eşlerin ayrılığına hükmedilmesi hükmünde (nafaka tutarı yönünden) değişiklik yapılması davasında:

a. Kendisi için fazla büyük olan bir konutta kiracı olarak oturan kadın [eş] için, odalardan birini kiralamakla aldığı para, "sahib olduğu gelir kaynağı" değildir.

b. Bu dava, tarafların üzerinde özgürce tasarruf edebileceği davalardandır.

c. Eşlerin sahip oldukları gelir kaynaklarının [toplamının] % 58'inin kocaya, % 42'sinin kadına tahsisi biçiminde bir bölüştürme, olaydaki özel durumda kadın hasta ve ayrılıkta kabahatli olan da koca idiye, üstelik kocanın serveti kadınıninkine kıyasla pek çok daha fazla ise, âdildir.

Göz önünde tutulan vakıalar (özet)

Eşler 1965'den beri, hükümlerle, ayrı yaşamaktadırlar.

8 Eylül 1969'da, kadın, ayrılık hükmünde belirlenmiş aylık nafakanın arttırılması için dava açmıştır.

Koca, aylık nafakayı 750 Frank'tan 1100 Frank'a çıkararak hükme [Sulh Hukuk Mahkemesi hükmüne] karşı [hem Asliye Hukuk hem de İstinaf Mahkemesi işlevinde olan Kanton Mahkemesi'ne] istinaf başvurusu yapmıştır.

Kadın da, hükmün, nafaka artışını hükmün verildiği tarihten başlamak üzere belirlemiş olmasına karşı istinaf başvurusunda bulunmaktadır.

Hukuksal gerekçe (seçmeler)

Davacı kadın üç odalı bir konutta aylık 423 Frank kira ile oturmaktadır. Odalardan birini ayda 150 Frank'a kiralamıştır. Şimdiki hükmün amaçları açısından, bu alt-kiralama'dan sağlanan parayı yeni bir gelir kaynağı saymamak gerekir. Davacı kadın bu alt-kiralama'yı yapmamış olarak iki odada [daha az kira ödeyerek, iki odalı bir konutta] oturuyor olsa idi durumda hissedilir [kayda değer] bir değişiklik olmayacaktı.

1971 Mayıs'ından beri davacı kadın, sosyal yardım parası olarak ayda 220 Frank almaktadır. Mahkeme [hüküm veren alt mahkeme] davanın açılmasından (Eylül 1969) sonra gerçekleşen bu olguyu göz önüne almayacaktır [almamalı idi ve almamıştır]. Şimdiki dava tarafların üzerinde özgürce tasarruf edebileceği davalar-

dandır. Hâkim sâdece iddia edilmiş vakıaları göz önüne alır ve iddiaların yapılması sadece davanın başında kabul edilir². Deliller de sâdece usulü dairesinde iddia edilmiş vakıalar için kabul edilir. Elbette ki, istinaf dilekçecisi [koca] için 1969 Eylülünde [davanın başında] (zaten cevap lâyihasında No. 9'da söylediği ama doğru olmayarak söylediği üzere) davacının 1971 Martında bir sosyal yardım aylığı alacağını iddia etmek mümkün idi [aylık Martta değil Mayısta bağlandığı için koca yanlış iddiada bulunmuş oluyor]. Buna karşılık, davacı kadın, [dava açılmasının] 18 ay sonrasında şimdiki istinaf dilekçecisinin [kocanın] bekleyeceği gelir kaynaklarının neler olacağını iddia yoluyla öne süremezdi; keza, sonuç olarak, iddia edilmemiş vakıalar için delil sunamazdı. Bu nedenle, her iki taraf bakımından davanın başında var olan duruma bağlı kalmak [onu göz önünde tutarak hüküm vermek] gerekir.

No. 272 - 20 Ocak 1972(RJN c. V, 1. Kısım, s. 161-164)

CPCN m. 85/HUMK m. 91, CPCN m. 87/HUMK m. 93,
CPCN m. 160/HUMK m. 185

Dâvadan sarfinazar etme-Feragat

Özet: Davanın geriye alınması, bir anlaşmayı [hasmın mutabakatını] gerektirir.

Feragat, gerekli usule uyulmayarak yapılmış ise geçersizdir.

Göz önünde tutulan vakıalar

Neuchâtel Bölge Mahkemesi 14 Kasım 1967 günlü kararıyla tarafların boşanmasına hükmetmiş ve evlilikteki mal rejiminin tasfiyesi konusunu ayrı bir sorun olarak saklı tutmuştur [tarafların bu konu için ayrı dava açabileceklerini belirtmiştir] [Şimdiki] Davacı kadın, 2 Temmuz 1971 günlü dilekçesiyle, sözü edilen rejimin

² Bizdeki HUMK m. 185 ve 202'nin Neuchâtel'de lâfzına uygun yolda yorumlandığını ve yeni iddia öne sürülmesine hasım muvafakat etmiş olmadıkça cevaz verilmediğini, yâni hasmın itirazda bulunmamasının bizim uygulamamızdaki gibi genişletmeye muvafakat sayılmadığını, daha önce de görmüştük.

tasfiyesi için mahkememizde dâva açmıştır; eski kocasından, “62 610,80 Frankın üzerinde” bir para talep etmektedir. Davalı, istemin dayanaksızlığı savunmasında bulunmuştur.

Davacı hanım 6 Ocak 1972 günlü dilekçesiyle mahkemenin, kendisiyle davalı arasındaki davayı “sicilden silmesi” ve iki tarafa düşen harçlarla giderleri birbirinden mahsup etmesi talebinde bulunmuştur. Açıklamasına göre [bu işe bakmak yönünden, şimdiki mahkeme yânî] Kanton Mahkemesi görevsizdir; davasını geri çekip, Bölge Mahkemesi’ne başvurarak yeniden açmaya karar vermiştir.

Görüşlerini yansıtan cevap dilekçesinde davalı, davanın terki yönünde taraflar arasında bir mutabakat bulunmadığına göre davacının davasını geri almasının ancak bir feragat (CPCN m. 85/HUMK m. 91) dilekçesi vermekle mümkün olabileceğini açıklamaktadır. Dâvalı, dilekçenin bir feragat dilekçesi sayılması durumunda, dava harçlarıyla giderlerinin davacı kadına yükletilmesini talep etmektedir.

Hukuksal gerekçe

1. 6 Ocak 1972 günlü dilekçe, mahkemeye hitab etmektedir. Bu durumda, hadiselere ilişkin yasa kurallarını (CPCN m. 197 vd./HUMK m. 223) kıyas yoluyla uygulayarak işi karara bağlamak, tahkikat hâkimine değil, yargıçlar kuruluna düşmektedir.

2. CPCN m. 160/HUMK m. 185 gereğince, davanın açılması, davacının davasını davalının rızası olmaksızın geri almasını engeller. Feragat durumu saklı kalır (keza CPCN m. 77/HUMK m. 83 [ıslah] ve CPCN m. 161/HUMK m. 186 [müddeabihin temliki] saklı kalırsa da bunların şimdiki olayda bir etkinliği yoktur).

3. Davanın geri alınması, karşılıklı mutabakatla yapılmış olmadıkça, davayı sona erdirmez (CPCN m. 160/HUMK m. 185; RCCC c. VI s. 123 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 153 sonu]). Eldeki olayda, davanın geri alınmasına davalının açıkça yahut zımnî olarak onay verdiği ne iddia ne de isbat edilmiştir.

4. Sonuç olarak, davacı hanım davaya ancak bir feragatle son verebilir (CPCN m. 260/HUMK m. 185 ve CPCN m. 85/HUMK m. 91). Üstelik, feragat, bir “*davadan feragat*” olmalıdır (RCCC c. VI s. 72 ve s. 123, özellikle s. 127 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 146 ve s. 153 sonu]) ve [harçlarla masraflar konusunda bir talep olacaksa] harçlar ve masraflar sorununu saklı tutan kısmî bir feragat olmalıdır (RCCC c. VI s. 44 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 141]). Ancak, feragat ya dilekçeyle tebliğ edilmeli ya da duruşma içinde sözlü olarak açıklanmalıdır (CPCN m. 87/HUMK m. 93). Başka türlü her çeşit beyan geçersiz sayılmıştır (RCCC c. VI s. 72, özellikle s. 76 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 146]). Eldeki olayda, 6 Ocak 1972 günlü yazı, karşı tarafa tebliğ ettirilmiş bir dilekçe niteliğine bürünmemiştir. Feragat hükmünde olmaz.

5 Bu söylenenlerden çıkan sonuca göre dava hâlâ derdesttir. Dosyanın işlemiden kaldırılması kararı, böyle bir kararı vermek tahkikat hâkimine değil mahkemeye ait olsa da, verilemez. 6 Ocak 1982 günlü, dilekçedeki istem, dinlenebilirlik açısından, dayanaksızdır [haksızdır].

Hâdise'nin karara bağlanması sürecinin harçları ve giderleri davalı hanıma yüklenecektir (CPCN n. 364 f. I/HUMK m. 417 f. I).

Not. CPCN m. 364 ile HUMK m. 417 arasında bazı farklar vardır. Kaynak yasadaki madde, hâdise sürecini çözümleyen ara kararı ile de, o sürece ilişkin harçlar ve giderlerin hükme bağlanmasını gerektiriyor ve görüldüğü üzere yukarıda aktarılan kararda öyle yapılmıştır.

No. 273 - 28 Şubat 1972 – İcra Tetkik Mercii sıfatı ile (RJN c. V, 1. Kısım, s. 164-166)

İsv İİK m. 242/Türk İİK m. 228 – İflâs sürecinde üçüncü kişilerin istihkak iddiaları

Özet: Müflisin eşi, istihkak iddiasına konu olan mallara ilişkin istihkak dâvasında, eğer kendisi o malların müşterek zilyedi idiyse, davalı durumundadır [dâvayı onun açması gerekmez]. İflâs idaresinin istihkak davası açmak üzere ona süre vermesi yanlıştır.

Not. Bizde ise, kuşkusuz iflâs sürecinde de uygulanması gereken, İİK m. 97a f. I cümle 2'deki karine uyarınca, çözüm farklı olacaktır.

No. 274 – 6 Mart 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 168)

CPCN m. 34/HUMK m. 40, CPCN m. 68/HUMK m. 74,
CPCN m. 152 bent c/HUMK m. 179 bent 3

Dava edilen hakkın hacizli olması - Sıfat - Sıfat yokluğunun
dava açıldıktan sonra giderilmesi - İstenen tazminatın miktarını
iddia yükü

Özet (kararın yayınlanmış metni bundan ibarettir)

1. Hacz edilmiş olan ve alacaklılara ödeme yapılmasına tahsis edilecek olan bir hakka [bir alacak hakkına] dayanan [onu şimdiki davasının dava temeli edinen] bir davacı, dava açmak için gerekli sıfattan yoksundur. Ancak, davacı dava dilekçesini mahkemeye sunduktan kısa süre sonra o hakta serbestçe tasarrufta bulunabilecek duruma yeniden gelmiş ise, dava açmak yetkisinin varlığı [artık] tartışılmaz, çünkü istemini etkilemiş eksiklik [tasarruf yetkisi eksikliği] giderilmiş hükmündedir (CPCN m. 34/HUMK m. 40'ın kıyas yoluyla uygulanması).

2. Âdil bir tazminatın ödetilmesi istemi, miktarı belirtilmemiş bir istemdir ve dinlenmez (yerleşmiş içtihadın doğrulanması)³.

No. 275 – 24 Mart 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 176-178)

İcra Tetkik Mercii Sıfatıyla

İflâstan sonra münferit tâkip – İhtiyatî haciz

³ Bkz. yukarıda aktarılan **falan sayılı filan günlü Kanton Mahkemesi Kararı, falan sayılı filan günlü Temyiz Mahkemesi kararı**. Bu konuda daha sonra da aynı doğrultuda kararlar verildiğini göreceğiz: Bkz. ileride 284 No. ile aktarılan **Kanton Mahkemesi kararı**,

Özet: İcra Dairesi, bir ihtiyatî haciz kararını yerine getirirken, İsviİK m. 92 ve 93/Türk İİK m. 82 ve 83'deki mallar dışında, karar metnine göre ihtiyaten haczedilmesi gereken nesnelere tümünü haczetmelidir.

Göz önüne alınan vakıalar

Alacaklının dilekçesi üzerine, La Chaux de Fonds'daki, ihtiyatî haciz kararı vermeye yetkili mahkemenin başkanı, İsviİK m. 271 bent 5'e/Türk İİK m. 257'ye dayanarak, şu nesnelere ihtiyaten haczine karar vermiştir: "Haklarında istihkak iddiası bulunsan bile, ikametgâhtaki bütün nesnelere (mobilyalar, biblolar, tablolar, halkılar vb.). Dolapların ve diğer mobilyaların içindeki nesnelere (plâklar, kitaplar, fotoğraf makineleri, film kamerası, projektör vb.). İçki mahzeninde ve depo mekânında bulunan nesnelere. Otomobil. Motörlü bisiklet. Borçlunun aylığına da ihtiyatî haciz konacaktır". [İhtiyatî haciz sırasında düzenlenen] Haciz tutanağı 4 nesneyi kapsamına almaktadır (TV cihazı; önü camlı bir girinti bölümü olan [tekerlekli ?] bir servis büfesi, Ford Taunus marka bir ticarî otomobil; bir römork); bunların tahmin edilen değeri 1450 Franktır. Tutanağta belirtildiğine göre, borçlu bu nesnelere üzerinde karısı lehine istihkak iddiasında bulunmuştur [mallar onun demiştir]; kendisinin iflâsından [olayda, iflâsın kapanmasından sonra müflise karşı münferit tâkip yapıldığını göreceğiz] beri karısıyla ayrı yaşamakta imişler ve küçük yaşta iki çocukları babanın yanında çiraklık etmekteymiş.

Alacaklı, [ihtiyatî haciz kararının] yetersiz biçimde icra edildiğinden dolayı şikâyette bulunmakta ve İcra Dairesinin ihtiyatî haciz kararına uygun işlemde bulunmasını talep etmektedir.

İcra Dairesi şu gözlemlerde bulunmaktadır: "İhtiyatî haciz suretiyle haczedilenler dışında, borçlunun mâlik oldukları sadece kişisel nesnelere [Türk İİK m. 82 bent 2'deki türden, dolayısıyla haczedilemeyecek, kişisel nesnelere] yahut da değersiz bazı nesnelere. Aylığına gelince, boçlu İcra Memuruna, ayda 1 000 Frank kazandığını bildirmiştir; bu tutar, yaşamak için zorunlu asgarî gelir sayılmak gerekir [bizim m. 83 f. II'deki, aylığın ¼ kısmının mutlaka haczedilebileceği kuralı kaynak yasada yoktur]. İşvereni, karı-

sıdır. Böyle olunca, dolapların, içki mahzeninin ya da depo mekânının içeriği hakkında ayrıntı belirtmek [buradaki öte berinin değersizliği nedeniyle] gereksiz idi”.

Hukuksal gerekçe

İhtiyatî haciz kararı, iflâstan sonra verilmiş bir aciz belgesine [bkz. Türk İİK m. 251] dayanmaktadır (İsvİİK m. 271 bent 5). Bu karar, ihtiyaten haczedilecek nesnelere açıkça belirtmektedir. Şikâyet konusu edilen işlem tutanağı, yalnız dolapların ve diğer mobilyaların içindeki nesnelere, içki mahzeninde ve depo mekânında bulunan şeyleri değil, keza, sözünü etmediği, borçluya ait aylığı da ihtiyatî haciz uygulamasının dışında bırakmıştır [bir yanlışlık var; sözünü ediyor ve niçin haczedilmediğini belirtiyordu]. İhtiyatî haciz kararı verecek makam, yeni edinilmiş malvarlığı olarak hesaba katılması gereken (İsvİİK m. 265/Türk İİK m. 251) aylığı da ihtiyaten haczedilecek nesnelere arasında saymalı idi [ve saymıştır; motörlü bisiklet’ten sonra onun sözünü etmiştir]. İcra Dairesi, kararı yerine getirme işlevini yürütecek makam olarak, ihtiyatî haciz kararında belirtilmiş nesnelere haczetme uygulamasının dışında bırakmak yetkisine sahip değildir; meğer ki İİK m. 92 ve 93/Türk İİK m. 82 ve 83’de öngörülmüş [haczedilemeyecek] nesnelere söz konusu olsun (ATF 65 III 22) [mahkeme hatasını sürdürüyor; İcra Dairesi o maddelere uygun işlem yaparak, borçlunun geçimine ancak yetecek aylık miktarını haczin dışında tutmuştu ve bunu açıklamıştı]. Bu nedenle, İcra Dairesi, ihtiyatî haciz kararında sayılmış bütün nesnelere, yeni mal iktisabı cümlesinden olan, borçluya ait maaş dahil, haczetmeli idi. Daire, borçlunun aylığını, keza karısının kazancını, [baba yanında çırak olarak çalışan] çocuklara ödenen aylıkları, kira tutarını ve kirayı ödemenin hangi eşe düştüğünü belirtmeli idi [Dairenin bu hesaplamayı yapmadan, borçlunun aylığı onun ve ailesinin geçimi için zorunlu miktarı geçmiyor demesi gerçekten eksiklik olmuştur]. Ola ki, yaşam için zorunlu olan gelir tutarına ulaşılmazdı [ve bulunan tutar haczedilebilir tutarın altında kalırdı] ama yine de böyle olduğu ihtiyatî haczin uygulanması tutanağından anlaşılmalı idi. Oysa ki bu tutanak hiçbir bilgi içermektedir. Eksikli, ihtiyatî haciz kararı ile uygunluk göstermeyen bu ihtiyatî haczin uygulanması tutanağı iptal edilmeli ve İcra Dairesi

yeniden, ihtiyatî haciz kararına ve [konuya ilişkin] mahkeme içti-hatlarına uygun biçimde işlem yürütmeye dâvet edilmelidir.

No. 276 – 3 Temmuz 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 185-187)

İsv BK m. 42/Türk BK m. 42

Haksız fiilde zararın belirlenmesi

[Konu:] Duvarları çatlamış bir evin mâlikinin uğradığı zararın belirlenmesi; söz konusu duvarların yenilenmesinden doğan yarar mahsub edilecek mi ?

[Kararın özeti] Yakındaki bir maden ocağında yapılan çalışmalar nedeniyle davacının evinin duvarları çatlamıştır ve bu suretle uğranılan zararın tazmini istenmektedir. Görevlendirilen bilirkişi, zararın giderilmesi ve duvarların onarım yoluyla yenilenmesi çalışmalarının muhtemel maliyetini belirlemiş; ayrıca, aslında sırf zaman geçmesinin getirdiği tahribat yüzünden dış duvarlarda, inşaat yılı olan 1964'ün on yıl sonrasında ve iç duvarlarda da yirmi yıl sonrasında onarım çalışması yapılmak gerekeceğinden, 1972'de yapılacak onarımla bu zorunlu onarımların yıllarca geriye atılmış bulunacağı sebebiyle davalı bir yarar sağlamış olacağından, onarım giderinin dış duvarlar için 6/10'unun ve iç duvarlar için 6/20'sinin şimdiki davalıya yüklenecek tazminattan indirilmesinin doğru olacağını bildirmiştir⁴. Kanton Mahkemesi ise, olaydaki özellikler nedeniyle bu yola gitmemenin doğru olacağı kanısındadır. Çünkü, olaydaki davacı mal sahibi yoksul bir duvarcı ustası idi; orta halli bir malik yapımdan 10 yıl sonra göz önündeki dış duvarları, yirmi yıl sonra da dışarıdan göze görünmeyen iç duvarları zamanın tahri-

⁴ Yeni HMK tasarısında bilirkişinin asla hukuksal sorunlar üzerinde mütalaa beyan edemeyeceği yolunda yasak getirilmesi, bu olayda da görüldüğü üzere, doğru olmayacaktır. Çünkü aslında vakıa tesbiti, zarar miktarı tesbiti gibi işler için görevlendirilen bilirkişi dahi göreviyle bağlantılı olarak hukuksal sorunlara değinmek ihtiyacında olabiliyor ve örneğin bu olaydaki gibi, mahsup yapmanın hukuken gerekli olduğu yolunda uyarıda bulunması, hesabım da buna göre yapması gerekebiliyor.

batı yüzünden elden geçirtirmek, onartmak ihtiyacını duysa da, olaydaki mal sahibi yoksulluğu nedeniyle ister istemez yıllar yılı onarım yaptırmadan, görünüşü bozulmuş duvarlarının o görüntüsüne katlanacaktı. Dolayısıyla, şimdiki onarım, onun yapacağı bir onarımdan onu kurtarmış değildir.

No. 277 – 31 Temmuz 1972 (Tribunal Cantonal des Assurances/Sigorta İşlerinde Görevli Kanton Mahkemesi sıfatıyla; RJN c. V, 1. Kısım, s. 188-189)

Kanuna aykırı yoldan elde edilmiş delil

Özet: Bir delil kanuna aykırı yoldan elde edilmiş idiyse, onu kanuna uygun bir yoldan dahi elde etmek mümkün bulunduğu takdirde bu delilden yararlanılabilir.

Hukuksal gerekçe (özet)

Pianaro, Ulusal Sigorta Sandığı'nın sigortalısıdır. Bir otomobil kazası sonucunda ölmüştür: Sürdüğü otomobile egemenliğini yitirmiş idi. Ölümünün ertesi gününde, Sandık, bir "ölünün bedeninden doku aldırma" işlemi yaptırmıştır. Alınan dokunun analizi, kanda, binde 2,32 ilâ 2,56 oranında alkol bulunduğunu ortaya çıkarmıştır.

Pianaro'nun eşi, ona sağ kalan sigortalı eşi aylığı bağlamayı reddeden Sandığa karşı dava açmıştır; [Sandığın dayanağı şuydu ki,] içki almış durumdayken bir otomobili sürmekle sigortalı bir haksız fiil işlemiştii (Sigorta İşleri Yasası m. 67 f. III; Sandık Yönetim Kurulunun, 31.10.1967'de değişiklik görmüş 11 Haziran 1942 günlü kararı).

Pianaro'nun eşi, dava dosyasından, kanda yapılan bilirkişi analiz incelemesi raporunun çıkarılmasını istemektedir ve ölünün bedeninden doku alınması işleminin ölenin ailesince izin verilmiş değilken, dolayısıyla yasaya aykırı olarak yapılmış bulunduğunu öne sürmektedir.

[Şimdiki] Mahkeme raporun çıkarılmasını, özellikle şu düşünceyle dayanarak, reddetmiştir:

Kısacası, bir delilin yasa dışı yoldan elde edilmiş bulunduğu ölçüde [takdirde], onun kullanılması, ancak onu yasaya uygun bir yoldan elde etmek imkânsız idiyse kabul edilemez (ATF 96 I 437). Eldeki olayda, ailenin muvafakat etmesi *yahut da delil tesbiti talebiyle bu yolda [doku alınması yönünde] karar çıkartılmış olması*, böyle bir delili hiç kuşkusuz yasaya uygun biçimde sağlayabilecek idi. Kaldı ki, hak sahiplerinin, o arada şimdi mahkemeye başvuran kişinin, doku alımı yapılmasına izin vermek konusunda red tutumu takınması, delil sunmakta işbirliği yapmaktan haksız bir geri durma oluştururdu ki bu da her halde başvurunun [delil yasaya aykırı elde edildi diye dosyadan çıkarılması başvurusunun] reddine yol açardı (Maurer, Recht und Praxis, s. 178; Graven, FJS 348 s. 8).

Yayıncının notu. Bu hüküm, Federal Mahkeme Sigorta Dairesinin 9 Mayıs 1973 günlü kararı ile onanmıştır.

No. 278 – 24 Ağustos 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 189-190)

Neuchâtel'e özgü bir yasanın uygulanmasına (17.5.1911 tarihli, Noterlik Örgütü Hakkında Yasa'da m. 56 kuralına göre noter ücretinin belirlenmesine) ilişkindir

No. 279 – 6 Kasım 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 191-193)

Tazminat türünün belirlenmesi, BK m. 49 f. II

Karar, Neuchâtel'e özgü iki kanunun (Markalar Kanunu m. 27 ve 32, Haksız Rekabete İlişkin Kanun m. 2 ve 6) uygulanmasına ilişkindir. Olayda, dâvalı, lokantasında A marka içkinin şişeleri içinde B marka içki satmıştı. Bizim için ilginç yanı, hiç anmadığı BK m. 49 f. II'nın uygulanmasına da bir yönden ışık tutmasındadır. Olayda dâvacı kendi ürünü satılmış olsa idi kazanmış olacağı para olarak ancak cüz'i bir tutar talep edebiliyordu; keza, düşük kalite ürünü onun ürünüdür diye aldatılarak içen müşterilerin tad bakımından düş kırıklığına uğrayıp onun ürünü hakkında olumsuz yargıya varacakları ve bu müşterilere mal satıp kazanç elde etmekten yoksun kalacağı gerekçesiyle de yine cüz'i bir miktar talep edebili-

yordu (mahkeme bu iki tür zarar toplamının sadece 500 Frank olarak takdir edilmesini hakça bulmuştur; bu para o tarihte, yaklaşık olarak, sadece 3 Atatürk altını değerinde idi). Ama davacı bir de, aldatılanlar aldatıldıklarını ve içtiklerinin A içkisi olmadığını öğrensınler diye, hükmün ilânına karar verilmesini istiyordu; mahkeme bu önlemin, müşteri kitlesi içinden şu veya bu kadar kişinin kaybedilmemesi için yerinde olacağını kabul etmiştir. Böylece haklı olarak, o önlemi de zarar gidermenin (tazminat, Entschädigung/dédommagement, zararı giderme demektir) bir yolu saymıştır.

No. 280 – 6 Kasım 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 193-194)

CPCN m. 162/HUMK m. 187 – İlk itirazlar

[Kararın, 5 satır hâlinde yayınlanmış özeti:] CPCN m. 162/HUMK m. 187'deki ilk itirazlar listesi, tahdidîdir/ sınırlayıcıdır; orada sayılanların dışındaki itirazlar, yargılama usulü hukukunun genel öğretisine göre esasa girmeden önce öne sürülmeleri gerekenlerden olsa da, Neuchâtel yargılama usulü hukukuna göre esasa ilişkin savunma araçlarıdır.

No. 281 – 22 Ocak 1973 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 198-200; tahkikat hâkiminin kararı)

Tanıklık – İsticvap

Özet: Bir dernek, dava taraflarından biri ise, onun yönetim kurulu üyeleri tanık olarak dinlenemezler. Bu kişiler ancak taraf imiş gibi isticvap edilebilirler (RJN c.II, 1. Kısım, s. 170 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 95]).

No. 282 – 7 Mayıs 1973 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 208-216)

İsv BK m. 135/Türk BK m. 133 – Zamanaşımını kesen borç ikrarı

Olayın özeti: ML, A Sigorta Şirketinin sigortalısıdır; arada, motorlü araç kazalarından doğabilecek zararların karşılanacağı içeriğinde 26 Ocak 1970 günlü sözleşme vardır. 15 Nisan 1970’de ML bir trafik kazasında ağır yaralanır, çalışma yeteneğinden % 100 yoksun kalır. Sözleşmeye göre Sigorta Şirketi ona a. Kalıcı sakatlanma hâlinde *en az* 60 000 Franklık bir toptan ödeme yapmak; b. Gün başına hesaplanacak bir tazminat geliri bağlamak, c. Tedavi giderlerinin karşılığını ödemek ve d. Hastahanedede kalmak zorunda kaldığı her gün için ayrıca bir tür tazminat ödemek yükümlülüğündedir. Şirket, (sigortalı kendi sakatlığının kalıcı olduğunu bilmediği için) sen kalıcı sakatlığa uğradın diye ona toptan ödeme yapmaya paldır küldür kalkışmaktan geri durarak (ifadesi böyle olmuştur) bunun dışındaki bütün ödemeleri, kazayı öğrenir öğrenmez, yerine getirmeye başlamıştır ve ML de sakatlığının kalıcı olduğunu bilmediği için bu ödemeyi talep etmemiştir. Aradan uzunca zaman geçince, 16 Mart 1972’de, şirket ML’yi tedavi edegelen Doktoru L’ye mektup yazmış ve “Biz bu ödemeyi yapmak istiyoruz ama psikolojik açıdan bir münasebetsizlik etmiş olmayalım diyoruz, hastanız kendi durumunu bilmekte midir ?” diye sormuştur. Doktor, yazdığı 27 Mart 1972 günlü cevapta, “Kendisinin durumunda iyileşme olmasının mümkün bulunmadığını onun sezmesine asla fırsat vermedik. Çünkü bu özel durumda, bir iyileşme umuduna kapıyı açık tutmak çok önemlidir. Bay ML’nin bir avukatı var, onun aracılığıyla hareket etmek belki daha iyi olur” demiştir. Şirket, ML’nin avukatına 30 Mart 1972 günü mektup göndererek, “Bu iş 1 Mart 1972 günündeki durumu itibariyle sabitlenmiş sayılmalıdır. Dr. L’nin son bildirimine göre sakatlık küllîdir ve biz Bay ML’ye [sakatlık derecesine göre] tazminatın artacağını hesaba katmak suretiyle, 135 000 Frank ödemeye hazırız. Cevabınızı bekliyoruz” demiştir. Bu mektuba, yukarıda sözü geçen iki mektubun da birer sureti eklenmişti. Ardından, 135 000 Frank, ML’ye [banka hesabına ?] ödenmiştir.

3 Mayıs 1972’de, ML’nin yeni vekili sıfatıyla avukat Z, şirkete bir yazı göndermiştir. Bunda, şirketin 30 Mart 1972 tarihli mektubuna cevap vermekte olduğu belirtiliyordu. Avukat, sigorta sözleşmesinin kurallarını hatırlatarak, başına % 100 oranında bir

sakatlanma gelmiş müvekkili için, ödenmesi öngörölmüş en az miktarın [60 000 Frank] üç katı tutarında tazminatı müvekkili adına talep etmekteydi. Şirketin mektubundaki miktarın [135 000 Frank] bir hatadan kaynaklandığını düşünerek; 180 000 Frankın ödeneceğinin kendisine doğrulanmasını [te'yid mektubu yazılmasını] istiyordu. Şirket, 10 Mayıs 1972 günü cevap yazarak, 135 000 Frank miktarında ısrarlı olduğunu bildirmiştir.

ML 16 Haziran 1972 günlü dava dilekçesiyle [aldığı 135 000 Frank'a ilâveten] 45 000 Frank ödenmesi için dava açmıştır. Davalı, cevabında özellikle zamanaşımına dayanarak, davanın reddi isteminde bulunmuştur. Davacı cevap yazısında, zamanaşımının kesilmiş bulunduğunu öne sürmüştür ve [zamanaşımını kesen borç ikrarı olarak] özellikle şirketin eski avukata yazdığı 30 Mart 1972 günlü mektubun metnine dayanmıştır. Üstelik, o mektupla yazışmalar ve temaslar süreci başlatan, şirketin kendisi olduğuna göre şimdi zamanaşımı artık dolmuştur denmesi bir yandan da hakkın kötüye kullanılması olur demiştir. Mahkeme [tahkikat hakimi] 23 Ocak 1973 günü, ön sorun olarak zamanaşımına dayanan savunmanın incelenmesini ve dürüstlük ilkesi karşısında bu savunmanın dinlenir olup olmadığı hakkında sonuca varılması yolunda ara kararı vermiştir.

Mahkemenin vardığı sonuç (özet): Borcun ikrar edilmesiyle zamanaşımının kesilmesi için, borcun miktarının da belirtilmesiyle ikrar yapılması gerekmez; borcun tanınmış olması yeter. Bu nedenle şirketin daha 15 Mart 1972 günlü mektupta, sigortalının tam sakatlanmaya uğradığını kabullenmesi, zamanaşımını kesen borç ikrarıdır. Keza şirketin 30 Mart 1972 günlü, bu ödeme konusunu sonuçlandırılm önerisi içeren mektubu, aynı niteliktedir. Böyle olunca, zamanaşımı kesilmiştir; zamanaşımı savunması yersiz olduğundan onun öne sürülmesi dürüstlük kuralına uyuyor mu diye ayrıca inceleme yapılmasına da gerek yoktur [zamanaşımı kesilmemiş olsaydı ve öne sürülen savunma işe yarayabilecek olsaydı o zaman bu konuyu incelemek gerekirdi].

No. 283 – 4 Haziran 1973 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 216-221)

TTK m. falanca – Şirket varmış görüntüsünü yaratan kişinin sorumluluğu

Özet: Bir başkasıyla kendi arasında ortaklık varmış görüntüsünü yaratan ve üstelik o kişinin böyle bir ortaklık varmış gibi işlemler yapmasına göz yuman kimse, böyle işlemlerden dolayı, ortaklık varmış gibi sorumlu olur.

No. 284 – 2 Temmuz 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 5-10)

CPCN m. 69/HUMK m. 75, CPCN m. 152/HUMK m. 179,
CPCN m. 186/HUMK m. 211

İddia etme yükü

Vakıaların özeti

Bony, beton dökümü için bir kalıplama düzeni icad etmiştir. Bony ile, Sandoz ve Ortakları firması bu icadın işletilmesi [işletmecilikte kullanılması, o kalıplama düzeninin üretimi] için bir araya gelmişlerdir. Sözleşmenin süresi boyunca, Sandoz ve Ortakları firması bu icad için ihtira beratı almış, Trefix diye bir marka tescil ettirmiş ve bu işleri kendi adına yaptırmıştır. Sözleşme süresinin bitiminde Sandoz ve Ortakları firması kendi hesabına bu işletme faaliyetini sürdürmüştür; ihtira beratını ve markayı Bony'nin üzerine geçirmeyi reddetmiştir. [Açılan dâvada] Verilen 6 Mart 1972 günlü hükümle davalı firma ihtira beratını devretmeye mahkûm edilmiştir. Bony, 14 Eylül 1972'de yeni bir istemle kendisine 250 000 Frank tazminat ödenmesi gerektiğini öne sürmüştür. İstemi içinde özellikle bir komisyon miktarı vardır; kendisi aynı zamanda, davalı firmayı, bir üçüncü kişiyi yönlendirip ona yukarıda sözü geçen ihtira beratının iptali davasını açarak bu davada kabul beyanında bulunmuş olmakla suçlamaktadır.

Gerekçeden alıntılar

4. 24 Mart 1966'da davalı firma, bu adı davacı bulmuş olduğu halde, Trefix markasını kendi üzerine tescil ettirmiştir. Ta-

raflar arasındaki, 6 Mart 1972 günlü hükümlerle sonuçlanan ilk davada, davacı bu marka tescilinin iptal edilmesini ve onu kullanmak hakkının kendisinde bulunduğunun tesbitine hüküm verilmesini istemişti. Bu istemler birbiriyle çeliştiğinden reddedilmişti; üstelik bunlardan ikincisi halen ve 5 yıl süre için İsviçre Markalar Yasası m. 10 kuralına aykırı düşmektedir ve birincisini istemekte de davacının yararı yoktur.

Davacının kendisine “adil bir tazminat” ödenmesine karar verilmesi istemini içeren davası, bir rakam göstermediğinden, bu hâli ile dinlenemez diye hüküm çıkmıştır.

Şimdiki dâvada davacı, markanın kendisine devredilmesi istemine yer vermemiştir. ... Davacı sadece tazminat talebini, bu kez rakama bağlayarak, yenilemektedir.

5. Davacı, kendi icadının ve markanın haksız olarak davalı üstüne geçirilmesi sebebiyle (dava dilekçesinde s. 16) hangi zarara uğradığını iddia etmektedir ve davalının yönlendirip ihtira beratının iptali davası açtığı kişiyi Statnik ve Ortakları firmasının açtığı davada [o davanın da davalısı olan Sandoz ve Ortakları firmasının] kabul beyanında bulunması üzerine iptal hükmü çıktı diye (dava dilekçesinde s. 15) ne zararı olmuştur? Kendisi bu zararını önemli diye niteliyor (dava dilekçesinde s. 16), ama bundan başka birşey söylemiyor.

Neuchâtel yargılama usulü hukuku kurallarına göre, kamu düzenine ilişkin haller saklı kalmak kaydı ile, taraflar, dava dilekçesi ve cevap dilekçesindeki istemlerini dayandırdıkları bütün vakıaları açıklamak zorundadır (RJN c. I, 1. Kısım, s. 212 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 68], RJN c. 5, 1. Kısım, s. 16 [çevirimizde Kanton Mahkemesi kararları arasında No. 247 olarak aktarılan 13 Ekim 1969 günlü karar]; ATC c. VI s. 408, c. VIII s. 460, 482; RCCC c. 5 s. 523 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 132]). Vakıa iddiasının tümüyle yokluğu [hâkimin soru sorup iddiaya aydınlık getirmesine olanak verecek surette hiç değilse eksik, müphem, çelişkili bir iddianın bile yokluğu] mahkemeyi gerçekte var olmayan [öne sürülmüş sayılamayacak] bir istem hakkında hüküm vermek olanağından yoksun bırakır (RJN c. II, 1. Kısım, s. 114 [Umar,

Neuchâtel Tatbikatı, s. 85]; bu karar Federal Mahkemece onanmıştır. Bunun gibi, önemli bir husus hakkında iddianın yokluğu, sonuçta, esası hükme bağlayacak hâkimin o vakıayı yokmuş diye kabul etmesi zorunluluğuna yol açar (CPCN m. 69 f. I/HUMK m. 75 f. I; RJN c. IV, 1. Kısım, s. 64, 65; RJN c. V, 1. Kısım, s. 17); hakim onun hakkında inceleme yapmak zorunda değildir (RJN v. IV, 1. Kısım, s. 138). Onu hesaba katamaz (RJN c. III, 1. Kısım, s. 100).

Bu yerleşmiş içtihat özellikle tazminat konusunda uygulanır: davacı, kendisi tarafından tazmini istenen bir zararın yaratıcı vakıalarını iddia yoluyla açıklamalıdır. Zararın oluşturuvcu unsurları hakkında iddia yoksa, dava dinlenmez (CPCN m. 152a/HUMK m. 179, CPCN m. 186/HUMK m. 211; RJN c. IV, 1. Kısım, s. 63 ve 139; ATC derlemesinde Nobellux Watch davasının 1.2.1971 günlü kararı, Ringgenberg davasının 6.7.1970 günlü kararı; RCCC derlemesinde yayınlanmış, Cossy davasının 7.9.1970 günlü kararı).

No. 285 - 8 Ağustos 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 14-16)

Kanton Mahkemesi Hakem İşleri Dairesi Kararı

Neuchâtel'e özgü mevzuatı (Concordat sur l'arbitrage, m. 20 ve 21) uygulayarak, geç öne sürüldüğü takdirde hakemin reddi işlemi dinlenmez demektedir.

No. 286 - 8 Ekim 1973 (RJN v. VI, 1. Kısım, s. 23-28)

İsv BK m. 395, 398/Türk BK m. 387, 390 - Vekâlet - Mimar - Ücret alacağı

Özet: Bir meslekte uzman kişi olan vekilin (olayda: Mimar) ücret alacağı konusu. Vekilin, inşaat işlerinde deneyimsiz olan müvekkili (iş sahibini), kendisine verilecek vekâletin gerektireceği ücret alacağının önemli ölçüde büyük olacağı konusunda uyarmak ödevi vardır. Buna uyulmazsa o kişinin (vekilin) ücret alacağında indirim yapılabilir.

No. 287 - 5 Kasım 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 35-36)

CPCN m. 76 ve 162/HUMK m. 82 ve 187 - İstem konusunda iddia yükü (rakam ve miktar belirtilmemesi) - Hakkın saklı tutulması kaydı

Davacılar davalı kadına karşı davayı 18 Nisan 1973'de açmışlar ve onun taşınmazında yaptıkları işler için ödeme talep etmişlerdir; davalı hanım ise talebin dayanaksızlığı iddiasındadır; gerekçesi şudur ki söz konusu çalışmaların yapılmasını ne istemiş ne de onlara yetki vermiş imiş; zaten o yapılan işlerin kendisi için herhangi bir değeri yokmuş; kendisi şu karşı-talepleri öne sürmüştür:

2. Birlikte davacıların, Locle'daki Altın Haç Oteline bitişik durumdaki, davalı hanımı malı olan terası 31 Ekim 1969 günündeki eski haline getirmeye, masrafları onlara ait olmak ve fen kurallarına uygun biçimde yapılmak üzere müteselsil sorumlulukla mahkûm edilmeleri.

3. Ortaya çıkan sakıncalı hallerden dolayı ve eğer gereklilik ortaya çıkarsa, eski hale getirme çalışmalarının sonucu olarak uğrayacağı kazanç kaybından dolayı davalının tazminat isteme hakkının saklı tutulması.

Birlikte davacılar [cevap layihasına karşı] ilk itiraz öne sürerek kaşı istemlerin dinlenemez olduğu iddiasında bulunmuşlardır; onlara göre bu istemlerde rakam ve miktar belirtilmediği için [karşı dava dilekçesi işlevindeki] cevap layihasında CPCN m. 162 bent b [yanlışlık var, g yazılacaktı]/HUMK m. 187 bent 7 anlamında bir şekil kusuru [vice de forme; bizim metinde: kanunî noksanlar] bulunduğu kabul edilmek gerekir. Davalı hanım ise ilk itirazın reddi gerektiğini öne sürmüştür.

Dava dilekçesi (veya cevap lâyihası) hâkimi ve hasım tarafı çekişmenin niteliği ve kapsamı hakkında bilgilendirmek yönünden yeterince açık seçik olmaması hâlinde [CPCN m.76 /HUMK m. 82 anlamında] esaslı bir şekil şartından yoksunluk [bizde: esaslı merasime riayetsizlik] gösterirler ve bu nedenle bir para miktarına iliş-

kin istemlerin rakamlandırılması gerekir (RJN c. 1, 1. Kısım, s. 188 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s.209] ; c. 3, 1. Kısım, s. 85-86 [Umar, a.g.e., s. 253-254]).

Davalının [karşı-dava istemleri arasında] No. 2'deki istemi bir miktar paranın kendisine ödenmesine ilişkin olmayıp bir yapma borcunun yerine getirilmesine ilişkindir, davalı hanım bu istemi hakkında rakam vermeye ne muktedir ne de mecbur bulunmaktadır; istem hakimi ve davacıları uyuşmazlığın niteliği ve kapsamı hakkında yeterince bilgilendirmektedir⁵.

Davalı hanımın istemlerinden 3 numaralı olan, bir hakkın saklı tutulması amacına yönelmiştir;bu çeşitten istemler hukuksal yarar yokluğundan dolayı çoğu kez dinlenmez niteliktedirler, çünkü öyle bir hak varsa onun saklı olduğuna karar verilmesi yararsızdır ve o hak yok ise hakkın saklı tutulması bir işe yaramaz; ne var ki, istem öne sürmekte hukuksal yararın bulunmaması, CPCN m. 162/HUMK m. 187'de tahdidî olarak sayılmış ilk itirazlar arasında yoktur (ATC VII 423; Thomet İflâs masası davasındaki 6.11.1972 günlü karar); bu hal dolayısıyla o konu Neuchâtel yargılama hukuku düzeninde, esasa ilişkin bir konudur.

No. 288 - 15 Kasım 1973 (RJN c. V I, 1. Kısım, s. 37-39)

İsviçre m. 169 ve 171/Türk İİK m. 160 - İflâs tâkibinde masraflar

Özet: Yasa gereği olmadığı halde kendiliğinden iflâs tâkibi borçlusuna bir hesabı ödemesi için iflâs davasının ilk duruşmasından sonra birkaç günlük süre vermiş olan tâkip alacaklısı, iflâs isteminden vazgeçmiş sayılır.

⁵ Neuchâtel'de harç ödenmesi düzeninin bizdeki gibi olmadığı anlaşılıyor. Bizde, istemin konusu bir para alacağının ödenmesi olmasa bile istemin para ile ifade edilebilecek bir değeri varsa davacının bu değeri TL cinsinden ifade etmesi gerekir ve bunu yapmazsa nisbî harcın hesaplanması mümkün olmaz; yazı işleri görevlileri harcı hesaplayabilmek için davacıyı rakam bildirmeye davet eder. Harç ödenmedikçe de dilekçe işleme konamaz, esas defterine kaydedilemez, davalıya ait nüshası tebliğe gönderilemez.

İflâs davası giderlerinin peşin olarak ödenmesi, yahut da ödendiğine ilişkin delilin sunulması, en geç, ilk duruşmada yapılmalıdır. Bunun yapılmaması hâlinde istem reddedilmelidir.

[Eldeki olayda, verilen iflâs kararının bozulması istemi, bu iki neden dolayısıyla kabul edilmiştir. Dikkat edilirse, Tribunal de District/Bölge Mahkemesi tarafından verilen iflâs kararının bozulması için, Neuchâtel’de, istinaf mahkemesi işlevini de gören Kanton Mahkemesine başvurulmaktadır].

No. 289 - 4 Şubat 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 40-42)

İsvMK m. 314, 315/TMK m. 302, 303 - Babalık dâvası

Yeni MK’umuzun hazırlanmasında metinden çıkarılmış olan, İsvMK m. 314 f. II’deki *exceptio plurium* (ananın gebe kalma zamanında davalıdan başka erkekle de ilişkide bulunduğunun savunma yoluyla öne sürülüp kanıtlanması halinde davalıya karşı babalık karinesi işlemez, onun babalığı hükme bağlanamaz) kuralının ve İsvMK m. 315’deki, ananın gebe kalma zamanında ahlâksızca hayat sürüyor olmasının babalık davasında red hükmüne yol açacağı kuralının uygulanmasıyla ilgilidir⁶; özellikle, her iki savunmanın defî yoluyla öne sürülmesi gerekliliğini yâni hâkim böyle bir savunma olanağının varlığını ve haklılığını dosyaya usulü dairesinde girmiş bilgilerden öğrense bile re’sen red kararı verilemeyeceğini belirtmesi yönünden bizim için dahi ilginç idi. Ayrıca kararda, “Kaldı ki davalı sadece ananın hafif ve pek de çekingen olmayan bir kadın diye tanındığını iddia etmiştir. Bu iddia, daha önce anılan içtihatlardaki anlamda ahlâksızca hayat sürüldüğü

⁶ Yeni TMK düzenlemesinde, davalı erkek, m. 302 f. I’deki süre içinde ana ile cinsel ilişkide bulunduğu kanıtlandığında kendisinin baba sayılacağı yolundaki karine sonucunu çürütmek için şimdi o iki savunmadan yararlanamıyor, artık sadece m. 302 f. III uyarınca “Davalı, çocuğun babası olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinininkinden daha fazla olduğunu ispatlarsa karine geçerliliğini kaybeder”. Diğer söyleyişle, ananın gebe kaldığı zamanda başka erkekle de ilişkide bulunduğunu veya hatta her önüne gelenle cinsel ilişkide bulunduğunu iddia ve ispat etmek, babalık davasının reddine yol açmaz.

definin ileri sürülmüş sayılmasına yetmez” denmekte olması da bizim için ilginçti.

No. 290 - 4 Mart 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 46-49)

İsv BK m. 216, 530/Türk BK m. 213, 420

Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmeler-Adî şirket sözleşmesi

Özet: Adî senet biçiminde yazıya bağlanan bir adî şirket sözleşmesinde, bir taşınmazın mülkiyetinin devri vaadi yer alıyorsa, şekil eksikliği yüzünden bu vaad geçersizdir ve dolayısıyla adî şirket sözleşmesi de geçersizdir. Bu geçersizliğin öne sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması değildir.

No. 291 - 18 Mart 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 55-57)

Vesayet Dairesi Sıfatıyla

İsv MK m. 304

Zina oluşturan bir cinsel ilişkiden doğma çocuğun tanınmayacağı yolundaki İsv MK m. 304 kuralının uygulanması hakkındadır. Bizde yeni TMK m. 295 bu kurala yer vermez.

Karara yol açan olayda, ayrılık hükmü gereğince eşinden ayrı yaşayan ve bu eşinden (her ikisi şimdi evli) iki çocuğu bulunan 66 yaşındaki baba, şimdi 28 yaşındaki metresine doğurtmuş olduğu, şimdi 7 yaşındaki çocuğunu (İsv MK m. 304 nedeniyle tanıma işlemi yapamadığından) evlât edinmek istemekteydi. Oysa bu işlem yapılıncaya, her ne kadar çocuk hâlen olduğu üzere anası ve doğal babasıyla birlikte yaşamayı sürdürecekti idi de, İsv MK m. 267/TMK m. 314 gereğince velâyet, tek başına, evlât edinme işlemini yapan doğal babada olacaktı; anasının hukuk gözünde çocukla ilgili hiçbir hakkı ya da görevi artık bulunmayacaktı. Velayet yetkisinin 28 yaşındaki ana tarafından yitirilip 66 yaşındaki doğal babaya geçmesi çocuğun yararına değildir; özellikle şu yüzden ki, metres yaşamı sürdürenlerde sıkça görüldüğü üzere bu çiftin arası

bozulursa çocuk, kendisini evlât edinmiş doğal babanın velâyetinde ve o nerede ise orada kalacaktır. Bu nedenlerle, İsv MK m. 265 f. II/TMK m. 308 f. III gereğince vesayet dairesinin onayı istendiğinde⁷ vesayet dairesi işlevindeki Kanton Mahkemesi, yukarıda tarihi belirtilen kararında, o izni vermektan imtina etmiştir. Mahkeme ayrıca, bu olayda evlat edinme yolunun, evlilik dışı doğmuş çocuğu tanıma yasağını dolanmak için yâni yasaya karşı hile amacıyla kullanılıyor görüldüğüne; oysa müessesenin amacının bu olmadığına işaret etmiştir.

No. 292 - 27 Mart 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 58-59)

Vesayet Dairesi Sıfatiyle

İsv MK m. 367/TMK m. 403 , İsv MK m. 392/TMK m. 426, İsv MK m. 404/TMK m. 444, İsvMK m. 421 bent 1/TMK m. 462 bent 1 - Veyaset- Kayyımlik - Taşınmaz satışı

Gerekçe

A. [Aşağıda belirtilen onay kararının verilmesi için] Dilekçeyi veren vesayet dairesi [Sulh Hukuk Mahkemesi işlevindeki Bölge Mahkemesi], 22 Kasım 1973 günlü kararı ile, Fridez'e getirilmiş olan yasaklamasını kaldırmış ve ilgili kişi üzerinde İsvMK m. 393 bent 2/TMK m. 427 bent 2'deki kayyımlığı tésis etmiştir.

1973'ün 27 ve 28 Aralık günlerinde, ilişkin buldukları ara-zilerin karşılıklı mübadele yoluyla temlikine ilişkin resmî senetler, taraflarca imzalanmıştır. Neuchâtel yönetim bölgesi için vesayet dairesi olan mahkeme bu işlemlere onayını 4 Mart 1974'de vermiştir.

⁷ Bizdeki metinde (TMK m. 308 f. III'de) , evlât edinilecek kişi ergin değilse, küçükse, sadece *vesayet altında* bulunduğu takdirde vesayet dairesinin onayı aranacakmış yolunda ifade vardır; oysa evlilik dışında doğmuş çocuk anasının vesayeti değil velayeti altındadır (TMK m. 337 f. I). İsv MK m. 265 f. II metni şöyle bir sistem kurmuştur: evlât edinilecek kişi küçükse, yahut da ergin ama kısıtlı ise, bakılır; evlilik içinde doğmuş idiyse hem anasının hem babasının rızası aranır ve vesayet dairesinin dahi onay vermesi gerekmez; buna karşılık evlilikten doğmuş değil idiyse vesayet dairesinin onayı aranır.

B. Senetleri düzenleyen noter, kendisinin gerekli saydığı, ve-
sayet işlerinde denetim makamı olan mahkemenin de onayını ara-
maktadır.

C. Şimdiki mahkemenin bu konuda bir karar vermesinin ge-
rekli olup olmadığını incelemek, önem taşımaktadır [bir ön sorun
oluşturmaktadır].

Kuşkusuz ki, yasanın vasîye ilişkin kuralları, yasadaki bazı
özel kurallar dışında, kayyım da uygulanır (İsvMK m. 367/TMK
m. 403); ancak bu konuda içtihatlar, kendisine kayyım tayin edil-
miş kişinin taşınmazının satışı söz konusu olduğunda, [izlenecek
tutum bakımından, vesayet altındaki kişinin taşınmazının satışında
izlenecek tutuma göre] küçük inceliklerde farklar göstermektedir.
Olaydaki kayyımlığın türüne ve korunan kişinin ehliyet durumuna
göre ayrımlar yapılmaktadır. Böylece, Bern Kantonu'nun
Danıştay, kendisine (İsv MK m. 392-394/TMK m. 426-428 gere-
ğince) kayyım atanmış kişinin, kendi başına ve vesayet dairesi
olan mahkemenin izni bulunmaksızın taşınmazlarını devredebile-
ceği yolunda karar vermiştir (Revue du Droit de Tutelle/Vesayet
Hukuku Dergisi, Yıl 1967, s. 117-118).

Bu kadar uzağa [ileriye] gitmeksizin, şimdiki mahkeme [eski
bir kararında], taşınmazların karşılıklı mübadele yoluyla devri söz
konusu olduğunda açık arttırmaya çıkarma zorunluluğunun söz
konusu olmayacağına ve bu nedenle kendisinin [mahkemenin],
sadece İsvMK m. 421 bent 1/TMK m. 462 bent 1 kapsamına giren
[onun tarafından yapılan düzenlemeye göre, onun içeriği dışında
kalması dolayısıyla mahkeme onayı gerektirmeyen] böyle bir işte
bir hüküm belirtmesinin gerekmediğine karar vermişti (Vesayet
Hukuku Dergisi, Yıl 1947, s. 69-70).

Eldeki işte, zaten hiç kuşkusuz İsvMK m. 404/TMK m.
444'de düzenlenen taşınmaz devri konusunda kendisinin münhası-
ran yetkili olduğunu [bir de vesayet işlerinde denetleme makamı
olan mahkememizin onayına gereklilik bulunmadığını]
(bkz. Vesayet Hukuku Dergisi, Yıl 1947, s. 25) pek iyi bilen vesa-
yet dairesi, taşınmazların karşılıklı mübadele yoluyla devrine onay
vermiş idi; bu, gerekli idi ama yetiyordu.

Vesayet işlerinde denetim makamının [şimdiki mahkemenin] işe karışması gerekmez.

Bu gerekçelerle,

Vesayet işlerinde denetim makamı, kendi yönünden bir karar verilmesine yer olmadığını belirtir.

Not. Dikkat edilirse burada, Neuchâtel’de de bir yargı sürecinin, red kararı verilmeksizin “karar verilmesine mahal bulunmadığına” denerek sonuçlandırılmasının ilginç bir örneğini görmekteyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMYİZ MAHKEMESİNİN İÇTİHATLARI

No. 408 – 5 Kasım 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 155-157)

İsvMK m. 170/TMK m. 197 – Birlikte yaşamaya ara verilmesi

Birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için birlikte yaşamının eşlerden birinin sağlığı bakımından *ciddî* tehlike oluşturması gerekir.

Not. Kural metni İsviçrede ve bizde farklıdır. İsviçrede m. 170 f. I, “Eşlerden biri, sağlığı, şöhreti veya işlerinin yolunda gitmesi, birlikte yaşam yüzünden *ciddî* biçimde tehdit edilmekte ise, ayrı konut edinebilir” demektedir (bizde m. 197 f. I: “Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru *ciddî* biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir”). Ancak, bedensel ya da ruhsal sağlığın *ciddî* tehlikeye düşmesi kuşkusuz kişiliğin *ciddî* tehlikeye düşmesi hallerinden biridir.

No. 409 – 12 Kasım 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 157-159)

İsv BK m. 197/Türk BK m. 194 – Satılanın ayıbı dolayısıyla satıcının sorumluluğu

Özet: Satıcı, otomobilin mükemmel biçimde işler halde olduğunun güvencesini vermişse, sattığı otomobil için trafiğe çıkma ruhsatı elde edileceğinin de güvencesini vermiş demektir.

No. 410 – 3 Aralık 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 159-160)

İsvBK'na, bizim benimseme alışımızdan sonra yapılan değişiklikle konmuş kurallardan, taksitle satış akdine ilişkin m. 226 m'nin uygulanması hakkındadır.

No. 411 - 20 Aralık 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 160-161)

CPCN m. 199/HUMK m. 225, CPCN m. 339 (bizdeki karşılığı, m. 394, ilga edilen HUMK m. 394-397 arasındadır), CPCN m. 437/HUMK m. 489

Neuchâtel'de Sulh Hukuk Mahkemesi işlevindeki mahkemede bir ara kararının (CPCN m. 339 bu içerikte olduğu için) duruşmada tutanağa geçirilmeden verilebileceği; ancak duruşma dışında verilen kararların mutlaka tutanağa geçirilmesi gerektiği yolundadır.

No. 412 - 28 Şubat 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 166-168)

İsv MK m. 145/TMK m. 169, CPCN m. 81/HUMK m. 87

Geçici önlemler – İslah

Özet: Boşanma davasında alınmış geçici önlem kararı, taraflardan birinin ıslah işleminde bulunmasıyla ortadan kalkmaz.

Göz önünde tutulan vaktalar

Temyiz dilekçecisinin hasmı [boşanma davacısı kadın] bir boşanma davası açmıştır. Temyiz dilekçecisi kabul beyanında bu-

lunmuştur. Hasmı davacının dilekçesi üzerine hâkim, geçici önlemlere ilişkin 30 Kasım 1970 günlü ara kararı ile, onun ayrı bir konut edinmesine izin vermiştir. Hâkim, şimdiki temyiz dilekçecisini [davalı kocayı] davacı eşine bir nafaka aylığı ile, dava giderlerine mahsuben bir peşin ödeme yapmaya mahkûm etmiştir. Peşin ödeme, yapılmamıştır. Dâvacı kadın, 2 Kasım 1971'de, hâkimden, CPCN 363'de [bize alınmamıştır] öngörülen, istisnaî gıyap usulünü uygulamasını istemiştir⁸. [Bu "hâdise" için duruşma yapılması amacıyla] Taraflar, günü 22 Kasım olarak belirlenen bir duruşmaya dâvet edilmişlerdir. Temyiz dilekçecisi, 17 Kasım günlü dilekçesiyle, ıslah işlemi yapıp, "Kendisinin yaptığı tek usul işlemi olan 20 Ağustos 1969 günlü kabul beyanını" ıslah etmiştir [ıslah yoluyla kaldırdığını bildirmiştir]. Şimdi temyiz edilen kararlar, hâkim, temyiz dilekçecisi hakkında gıyap kararı vermiş ve hasım tarafın bu gıyap kararını ona tebliğ ettirmesi için üç günlük süre belirlemiştir⁹.

Temyiz dilekçecisi, bu ara kararını, kanunun yanlış uygulanması ve hukukta [hukukun yorumlanmasında] yanılğı nedeniyle temyiz etmektedir.

⁸ CPCN 89/HUMK 95 gereğince, tarafların üzerinde özgürce tasarruf edemeyeceği konulara ilişkin davalarda, o arada boşanma davasında, davalının kabul beyanında bulunması hâkimi bağlamaz; bu takdirde "müddeialehyin davada devam-ı huzuru mecburî değildir ve bu kabul bundan başka hukukî bir netice husule getirmez". Görülüyor ki söylenen durumda CPCN m. 343-357'de düzenlenen (bizde bunun karşılığı olan HUMK m. 398-412, 1985 yılında 3156 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır) gıyap müessesesi uygulanamaz; gıyap kararı istenemez ve verilemez, çünkü HUMK m. 95 o kişiye canı isterse duruşmalarda hazır bulunmamak yetkisini vermektedir. Ama, CPCN m. 363 gereğince, boşanma davasında böyle peşin ödeme yapılması konusunda ara kararı çıkıp da ödeme yapılmazsa o taraf hakkında, hasımın isteği üzerine istisnaî olarak gıyap müessesesinin uygulanmasını 1925 tarihli CPCN öngörmekte idi. Yani kişi bu gıyap kararını kaldırtmadıkça artık gelse de duruşmalara alınmayacak ve davada usul işlemleri yapamayacaktır. Olayda bu durumla karşılaşan koca, ödemeyi yapıp gıyap kararını kaldırtacağı yerde, iki yönden yanlış bir hukuk yorumuyla, cevap layıhasını ıslah edip kabul beyanını geri alabileceğini ve kabul beyanı geri alınca da mahkemenin verdiği ara kararının, peşin ödeme yapması emrinin geçersiz kalacağını düşünmüştür.

⁹ Bu elbette ki bir ara karardır; ancak Neuchâtel'deki yargılama usulünde, bizdeki durumun tersine, ara kararlarının da temyiz edilebildiğini görmüştük.

Hasım taraf [davacı kadın] temyiz başvurusunun reddi gerektiği görüşündedir.

Hukuksal gerekçe

İslah, “bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren usule müteallik bilcümle muamelelerin yapılmamış addolunmasını müstelzimidir” (CPCN m. 81 f. I/HUMK m. 87 cümle 1). Temyiz dilekçecisinin görüşüne bakılırsa, o [ıslah işlemi], hasım tarafın işlemlerinin sonucu olarak hâkimin verdiği kararları da kapsamına alır.

Boşanma ve ayrılık davalarında hâkim, davanın açılması üzerine, gerekli olan geçici önlemleri, özellikle kadının konutuna ve geçimine, eşlerin parasal çıkarlarına ve çocukların korunmasına ilişkin olanları, karara bağlar (İsv MK m. 145/TMK m. 169). Kadının hukuk açısından korunması [onu, gerekli dava giderlerini ödeyebilecek duruma getirmek için söz konusu giderlere mahsuben kadına peşin ödeme yapmak yükümlülüğünün böyle ara kararıyla kocaya yüklenmesi], federal hukuk [cümlesinden olan Medenî Hukuk] gereğince kocaya düşen, kadına destek olma yükümlülüğünün kapsamı içindedir ve ortada ister yalnızca şahsa bağlı haklara ilişkin ister parasal konulara ilişkin nitelikte bir dava bulunsun durum böyledir (ATF 85 I 4’de [yayınlanmış Federal Mahkeme kararında] gerekçe 3). Temyiz dilekçecisini, hasım tarafa, dava giderlerine mahsuben bir peşin ödeme yapmaya mahkûm eden geçici önlem alma kararı, aile hukukuna ilişkin federal hukuka dayanır (İsvMK m. 159/TMK m. 185). Bu hukuk ise yargılama usulüne ilişkin kanton hukukunun üzerindedir. Temyiz dilekçecisi, federal hukukun ona yüklediği, eşine destek olma yükümlülüğünden sıyrılamaz. Ara kararının gereğini yerine getirmediği için temyiz dilekçecisi [koca] hakkında istisnâi türde gıyap kararını (CPCN n. 363) vermekle hâkim ne kanunu yanlış uygulamış ne de bir hukuksal yanlışlığa düşmüştür. Temyiz başvurusu dayanaksızdır. İslah işleminin yapılmasıyla, geçici önlem alınmasına ilişkin ara kararı geçersiz hâle gelmez.

Not. Bu kararda doğru sonuca varılmakla birlikte gerekçe pek başarılı olmamıştır. Hele, federal hukukun yargılama hukukuna

ilişkin kanton hukukunun üzerinde olduğundan söz edilmesine hiç gerek yoktu. Şöyle ki:

Bizzat yargılama hukuku dahi, taraflardan birinin ıslah denen işlemi yapmakla hasmın usul işlemlerini ve hele mahkemenin usul işlemlerini, ara kararlarını yok edivermesine ilke olarak olanak vermez. Taraf, sadece *kendisinin usul işlemleri hakkında* ıslah yoluna başvurabilir (CPCN m. 77 f. I: Chaque partie a le droit de se réformer de tout ou partie des actes de procédure instruite *par elle*; HUMK m. 83 cümle 1: İki taraftan her biri usule müteallik olarak *yaptığı muameleyi* tamamen veya kısmen ıslah edebilir). Kişinin kendi yaptığı usul işlemi ve yalnız onu tamamen yahut geçersizleştirmek yetkisi vardır. Ancak, onun bu yetkiye sahip bulunmasının kaçınılmaz sonucu, onun şimdi geçersizleştirdiği işlemiyle bağlantılı olan hasım taraf işlemlerinin ve mahkeme ara kararlarının dahi dayanaksız ve geçersiz hale dönüşmesidir; gerçekten, bu sonuç doğmayacak olsaydı kişinin kendi yaptığı usul işlemi ıslah yoluyla geçersizleştirebilme yetkisinin hiçbir anlam ve önemi olmazdı. Ama olayımızda, mahkemenin verdiği, geçici önlem niteliğiyle ve kadının yapacağı dava harcamalarını karşılayabilmek üzere kocanın peşin ödemedede bulunmaya zorlanması kararı; kocanın daha önce kabul beyanında bulunmasıyla bağlantılı değildir ve *o kabul beyanı hiç yapılmasa idi dahi hakimın söz konusu ara kararını vermesi gerekecekti*. Öyleyse tarafın ıslah işlemi yapmakla kabul beyanını ortadan kaldırdığını farzetsek bile böyle bir ıslah, mahkemenin ara kararının geçerliliğini hiç eksiltemez.

Kaldı ki, ilke olarak, kabul beyanı şöyle dursun ikrar beyanı bile ıslahla ortadan kaldırılamaz (HUMK m. 87 cümle 2).

Daha da derine inelim: Boşanma davasında kabul beyanının, kişiyi, canı isterse artık duruşmalara gelmemeye yetkilendirmek dışında bir sonucu olmadığını yasa açıkça söylüyor, gördük. Öyleyse kişinin bu sonuca yol açan kabul beyanını geçersizleştirmesi sadece kendi aleyhine sonuç doğuracak ve onun hakkında Neuchâtel'de halâ yürürlükte olan gıyap müessesesinin uygulanmasına, onun zarar görmesine yol açacaktır; demek ki bu işlemi yap-

masında, her usulî işlem için dinlenme şartı olan, hukuksal yarar yoktur¹⁰.

413 – 28 Şubat 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 164-166; İcra Tetkik Mercii/İcra Mahkemesi sıfatıyla)

İsv İİK m. 242/Türk İİK m. 228 – İflâsta üçüncü kişinin istihkak iddiası

Özet: Müflisin eşi, ev eşyasında ortak zilyed ise bunlara ilişkin istihkak davasında dava açmak yükü ona düşmez, davalı olur; sırf evlilik birliğinin varlığı, kadının ev eşyasında ortak zilyed olduğunun kabulünü gerektirir.

Kanton Mahkemesinin bu kararı temyiz edilmiş ve Federal Mahkeme İcra-İflâs Dairesi'nin 17 Mart 1972 günlü kararı ile (RJN c. V, 1. Kısım, s. 247-250) kısmen bozulmuştur. Federal Mahkeme, Kanton Mahkemesinin belirttiği ilkeyi doğru bulmakla birlikte bunu taşınmazlara uygulanmasını ve tapu kaydında kocanın malik görüldüğü, taşınmaz için dahi kadın ortak zilyedir denerek istihkak davası açmak yükümlülüğünün iflâs masasında görülmesini yanlış bulmuştur.

Bizde ise zaten taşınır mallarda ortak zilyedlik halinde bile malın borçluya ait sayılması yolunda “devlerin” yasaya koyduğu kural (İİK m. 97a) yüzünden Kanton Mahkemesi kararı taşınır mallar için dahi uygulanamaz.

¹⁰ Üstüne üstlük, bizde, (gıyap müessesesi kaldırıldığından) taraf herhangi bir duruşmaya gelmeyince hakkında gıyap kararı alınmaz, bundan sonraki duruşmalara kabul edilmemek diye bir durumla karşılaşmaz; dolayısıyla boşanma davasının davalısı taraf kabul beyanında bulunsa da bulunmasa da o yönden durumda farklılık yoktur; canının istediği duruşmaya gelir. Demek ki bizde boşanma davasında kabul beyanında bulunmanın artık (gıyap müessesesi kaldırıldığı için) bu yönden dahi ne anlamı ne de yararı vardır; öyleyse bu kabul beyanını ıslah yoluyla ortadan kaldırmamızın da ne anlamı ne yararı bulunur.

No. 414 -15 Mart 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 175-176)

Sürelerin hesabı – CPCN m. 137/HUMK m. 162

Sürelerin ve özellikle temyiz süresinin işlemeye başladığı gün konusuyla ilgili, Neuchâtel'e özgü bazı yasa kurallarının uygulanması hakkındadır, ancak CPCN m. 137/HUMK m. 162'ye göre varılacak çözüm de aynıdır: Tebliğle başlayan sürenin son gününün tâtile düşmesi hâlinde süreye ek gelir, fakat tebliğ tâtil içinde yapılmış idiyse o günün hesaba katılmaması diye bir durum olmaz ve süre uzamaz.

No. 415 – 18 Nisan 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 179-180)

İsv BK m. 265/Türk BK m.260, İsv İİK m. 63/Türk İİK m. 56, İsv İİK m. 282/Türk İİK m. 269

Sürelerin hesabı

Özet: Bir ödeme emrinde (kira alacağı için yapılan, tahliye tehditli takibin İİK m. 269'daki ödeme emrinde) bildirilmiş de olsa, İsvBK m. 265/Türk BK m. 260'da öngörülen süre, bir medenî hukuk süresi olarak kalır [usul hukuku ya da icra hukuku süresi değildir]; tatile denk gelmenin etkisiyle uzamaz.

Göz önünde tutulan vakıalar

Şimdiki temyiz dilekçecisinin, kiraya veren kişiler olan hâsımları, kiracı olan temyiz dilekçecisinin, ödenmemiş kira borcu dolayısıyla tahliyesini talep etmişlerdir [Türk İİK m. 260'daki türden icra takibi yapmışlardır]. Tahliye tehdidi içeren ödeme emrinde belirtilmiş olan 30 günlük, uyulmaması kötü sonuç yaratacak süre 24 Aralık 1971'de [hristiyan ülkelerinde en önemli tatil sayılan Noel tatilinin başladığı gün] son bulacaktı. Temyiz dilekçecisi, sürenin, İsv İİK m. 63/Türk İİK m. 56 kuralının kıyas yoluyla uygulanması suretiyle tatilin bitiminden sonra üçüncü güne [bizde: ertesi güne] yani gecikmiş kira bedelinin ödenmiş bulunduğu 4 Ocak 1972 gününe uzaması gerektiğini öne sürmektedir. Hâkim, temyiz dilekçecisinin dayanağını reddetmiştir. Bu kişi de tahliye kararı verilmesine itiraz etmektedir [kararı temyiz etmiştir].

Hukukî gerekçe

Temyiz dilekçecisine göre, İsvBK m. 265/Türk BK m. 260, uyulmazsa kötü sonucu olacak sürenin bitiminin [tatil başlangıcı olan] Noel arifesi gününe düşmesi hâlinde sürenin İsvİİK m. 63/Türk İİK m. 56'nın kıyasen uygulanmasıyla tatil bitimine uzamasının öngörülmediği ölçüde [nisbette] bir hukuk boşluğu içermektedir.

Kira bedelinin [süre sonuna kadar] ödenmemesi hâlinde kira sözleşmesinin feshedilmiş olacağı (İsv BK m. 265/Türk BK m. 260) ihtar kiracıya bir kira aylığının ödenmesinde gecikme nedeniyle yapılmış takibin ödeme emrinde (İsv İİK m. 282/Türk İİK m. 269) yer almış ise, kendisine uyulmazsa kötü sonuçları olacak sürenin geçerli sonuç doğurması, icra tâkibinin kaderinden bağımsızdır [takip alacaklısı takibi daha ileri aşamalara götürmese bile onun, sözleşme feshedilmiş bulunduğu için, tahliye istemek hakkı doğmuştur] (ATF 70 I 138; 77 I 179 gerekçe 2); süre verilmesi bir icra tâkip işlemi değildir [maddî hukukun hukukî işlemidir] (ATF 85 III 55). Demek ki İsvBK m. 265/Türk BK m. 260'a dayanan tahliye talebi, icra tâkibinin sonucu değil, kira akdinin feshedilmiş bulunmasının sonucudur. İsvİİK m. 63/Türk İİK m. 56'daki, sürelerin tatil yüzünden ertelenmesine ilişkin kural, icra tâkipleri hukukunun bir kuralıdır ve tâkip borçlusunun, kendisine karşı yürütülmekte olan icra tâkipleriyle uğraşmanın kaygısından belli bazı dönemlerde azad edilmesinin gerektiği düşüncesine dayanır (ATF 96 III 76 gerekçe 1). İsvBK m. 265/Türk BK m. 260'daki, kendisine uyulmazsa kötü sonuçlar doğuracak süre, bir medenî hukuk süresidir. İsvİİK m. 63/Türk İİK m. 56, kıyas yoluyla dahi, ona uygulanamaz. İsv BK m. 265/Türk İİK m. 260, bir hukuk boşluğu içermemektedir. Öne sürülen dayanak asılsızdır.

No. 416 – 24 Nisan 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 180-181)

CPCN m. 393 vd. - HUMK m. 427 vd. - Temyiz - Bölünebilir hükmün kısmen bozulması

Özet: Bölünebilir olan hüküm kısmen bozulabilir.

Göz önünde tutulan vakıalar (özet)

Taraflar arasında boşanma dâvası vardır. Geçici önlemlere ilişkin ara kararıyla, hâkim, kadının ayrı konut edinebilmesine, çocuğun kimde kalacağına, nafaka ödemelerine ve giderlere mahsuben peşin ödeme yapılmasına ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Temyiz dilekçecisi [orada nihaî karar öncesinde kendi başına temyiz edilebilen] bu ara kararının nafaka ödemelerine ve giderlere mahsuben peşin ödeme yapılmasına ilişkin bölümleri hakkında kısmî bozma kararı istemektedir.

Hukukî gerekçe (alıntı)

Ara kararı hüküm fıkrasının (nafaka ödemelerine ve giderlere mahsuben peşin ödeme yapılmasına ilişkin) 3 ve 4 sayılı bentleri, ara kararının bütünü ile, onun konusu açısından, bölünmez bir bütün oluşturmamaktadır. Onların bozulmasına karar verilecek olursa bu durum mutlaka ve kendiliğinden, bozulması istenmemiş bentlerde (ayrı konut edinilmesi, çocuğun kimde kalacağını belirlemesi) değişikliğin ortaya çıkması sonucuna yol açmaz. Temyiz başvurusu bölünebilir bir hükme ilişkin olmak itibariyle, hasım tarafın, kısmen bozma istemi dinlenmez yolundaki iddiası asılsızdır (RCCC'de yayınlanmış, Parrinjaquet'ye karşı Parrinjaquet dâvasında çıkmış 4 Şubat 1972 günlü karar).

Yayıncının notu: Bkz. RJN c. I, 1. Kısım, s. 34 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 198'deki, Neuchâtel Temyiz Mahkemesinin 23.9.1953 günlü kararı; bir bütün oluşturan hükmün kısmen bozulmasının ve dolayısıyla böyle bir istekle temyiz başvurusu yapılmasının dinlenemeyeceği yolundadır].

No. 417 – 11 Ekim 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 191)

İsv BK m. 39/Türk BK m. 39 – Selâhiyetsiz temsil-İsbat yükü

[Kararın, üç buçuk satır hâlinde yayınlanmış özeti:] BK m. 39'da öngörülen tazminat davasında, davalı kendisinin yetkilendi-

rılmış temsilci sıfatıyla hareket ettiğini [yetkisiz değil yetkili temsilci olduğunu] iddia ediyorsa, yetkilerinin varlığını isbat ona düşer.

No. 418 – 30 Kasım 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 194-195)

Türk İİK m. 60 f. II bent 5 sonu (alacaklının tâkip yapma yetkisi), Türk İİK m. 68 f. II (senedin borç ikrarını içermesi gereği)-İsv BK m. 92/Türk BK m. 91 (alacaklı temerrüdü)

Satış bedeli için ilâmsız icra tâkibi yapan satıcının öncelikle satılan malı alıcıya teslim edilmek üzere tevdi yerine bırakması gereği

Olayda, temyiz dilekçecisinin hasmı [tâkip alacaklısı] bir bilârdosunun satım bedelinin ödenmesi için tâkip yapmaktadır.

Temyiz dilekçecisi, Bölge Mahkemesinin [İcra Tetkik Mercii/İcra Mahkemesi sıfatıyla] verdiği itirazın kaldırılması kararını temyiz etmekte ve öne sürdüğü başka dayanakların yanı sıra, satıcının yaptığı tevdi işleminin geçerli olmadığını da savunmaktadır.

Mahkeme içtihatlarına göre (ATF 79 II 280, JdT 1954 s. 233) itirazın kaldırılması kararını elde edebilmek için satıcı satılan nesneyi [alıcıya teslim etmiş değil idiye] tevdi etmiş olmalıdır; yapılacak tevdi, İsvBK m. 92/Türk BK m. 91’de gösterilmiş olandır; orada, tevdi edilen nesneyi alma alacaklısı [satım akdinin alıcısı] lehine yapılan bir tevdi söz konusudur (Oser/Schönenberger BK m. 92 açıklamalarında No. 5; Becker, BK m. 92-94 açıklamalarında No. 11 ilâ 13; Guhl/Merz/Kummer, s. 233); bu tevdi, alıcıya, kendisinin satım bedelini ödemiş bulunduğunu kanıtlayarak, tevdi mahallince nesnenin kendisine teslim edilmesini sağlamak olanağı verir (anılan Federal Mahkeme kararı).

Eldeki olayda, satıcı nesneyi Neuchâtel’deki A. Wittwer ve Ortakları müessesesine tevdi etmiştir.

Oysa bu tevdi sözleşmesi alıcıya Wittwer’den satılmış malın kendisine teslim edilmesini istemek yetkisini hiç de sağlamamaktadır.

Bunun sonucu olarak da, temyiz dilekçecisinin hasmı [tâkip alacaklısı] nesneyi içtihatların buyurduğu tarzda tevdi etmemiş olması nedeniyle, itirazın kaldırılması kararını alamaz.

[Temyiz edilen] Kararın bozulmasına

Not. Bizdeki sistem biraz farklıdır; itirazın kesin veya geçici olarak kaldırılabilmesi için tâkip alacaklısı, tâkip borçlusunun tâkip konusu *borcu ikrar ettiğini* gösteren içerikte bir senet sunmalıdır. Sunduğu senette örneğin borcun şarta bağlı bulunduğu görülüyorsa, bu şartın gerçekleştiğini kanıtlayan bir senet daha sunmakla yani birbirini tamamlayan senetleri tek senet gibi sunmakla da borç ikrarını içeren senet sunma gereğini yerine getirmiş olur. *Bu gereklilik, itirazın kaldırılması istemini inceleyen İcra Mahkemesince re'sen gözetilir.* Demek ki, satıcı malın bedeli için tâkip yapmış ve itirazla karşılaşmış ise, yalnız satış akdinin belgesini değil, kendine düşen borcu yani malı teslim etme borcunu yerine getirmiş ve bedelin ödenmesini istemek hakkı kazandığını kanıtlayan bir belgeyi de sunmak zorundadır. Bir dâva içinde davacıya düşen borcun yerine getirilmiş olmaması ancak BK m. 81 gereğince defi yoluyla öne sürüldüğünde mahkemenin istemi kabul etmesine engel oluyorsa da icra tâkibinde durum böyle değildir; *İİK m. 68'deki türden senedin ibraz edilmesi, oradaki kararı almak için İcra Mahkemesinde açılan davada yasaya göre dâva şartıdır: "...borç ikrarını içeren bir senede ...müstenitse, alacaklı ... itirazın kaldırılmasını isteyebilir"*.

No. 419 – 22 Aralık 1972 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 195-198)

İsv MK m. 170/TMK m. 169 – Boşanma dâvasında geçici önlemler

Özet: Nafaka tutarını belirlemekte hâkim geniş bir takdir yetkisine sahiptir; temyiz mahkemesi, bir istinaf mahkemesinin tersine, bu takdire karışamaz. (yerleşmiş içtihada yollamalar). Koca, eşinin 12 yıl önce evlendikleri sırada kendi mesleğinde (hastabakıcı-anestezist) çalışmayı bırakmış olması ve üstelik kendisi evi terkettiği için eşinin şimdi kendini çocukların eğitimine vakfetmiş

olması durumunda, niçin yeniden çalışmaya başlamıyor, ona nafaka bağlanmasın diyemez.

No. 420 – 13 Mart 1973 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 205-207)

İsv MK m. 163/TMK m. 188 – Kadının birliği temsil etmesi bakımından ailenin sürekli ihtiyaçları kavramı – Kuralın tıbbî tedavi hakkında uygulanması

Gerekçe (alıntılar)

3. Bozulması istenen hükümden anlaşıldığına göre, Genève’de hekim olan temyiz dilekçecisi, [davalı] Chevillat’dan onun hanımına sağladığı tedavi hizmeti (psikiyatrik incelemeler ve psikoterapi/ruhsal tedavi uygulamaları) için 1075 Frank ve eklenmelerini istemektedir.

Hâkim bu talebi reddetmiş ve gerekçe olarak, davacının Bayan Chevillat’ya uyguladığı tedavi konusunda hiçbir bilgi vermemekte direnmesini göstermiştir. Bu nedenle, tedavinin, ailenin sürekli ihtiyaçları çerçevesi (İsv MK m. 163/TMK m. 188) içine girip girmediğini belirlemek olanaksız oluyordu.

4. Temyiz dilekçecisine göre, hâkimin düşünce tarzı hatalıdır. Ruhsal tedaviler, ailenin yararınadır. Hekim, meslek sırrına ihanet etmiş olmaksızın hastasının kocasına bilgi veremez.

Tıbbî tedaviler genel olarak İsvMK m. 163/TMK m. 188 anlamında ailenin ihtiyaçları kapsamına girer; ama ne olursa olsun her türlü rahatsızlanma için ne olursa olsun her türlü tedavi değil. Kadın, eğer âcil bir işlem yapılması söz konusu idiye aile birliğini geçerli olarak temsil eder (SJZ 1924/25 s. 24), keza yerinde olacak dış tedavileri bakımından da durum böyledir (SJZ 1921/1922, s. 177; Sem. Jud. 1936 s. 104); ama bir estetik ameliyatı söz konusu ise, değildir (SDJZ 1968 s. 139). Kadın konutunun dışında bir uzmanla danışmada bulunabilir ama ancak kocası refah hâlinde ise (SJZ 1944 s. 241). Buna karşılık, kadın, eğer âcil gereksinim yoksa ve aile gelirleri kısıtlı ise, kocasının rızası olmaksızın bir süre kli-

nikte yatamaz [yatarsa bunun gideri MK m. 188 kapsamına girmez ve koca sorumlu olmaz] (Sem. Jud. 1942 s. 364).

Eşin sınırları içinde kalmış olup olmadığını, bir aklı başında ev hanımı gibi hareket etmiş olup olmadığını (ATF 86 II 65) bilebilmek için rahatsızlığın ve tedavinin niteliği hakkında ayrıntıların belirlenmesine gereklilik vardır. Bu ayrıntılar, meslek sırrına ihanet etmiş olmadan verilebilir. Temyiz dilekçecisi, hâkime bu bilgiyi (doğrudan doğruya yahut bir uzmanın/bilirkişinin aracılığıyla), o bilginin davalıya [kocaya] aktarılmamasını talep ederek, verebilir (kıyasta bulunmak için, iş hayatı/ticaret sırları sorununa ilişkin olarak bkz. RJN c. V, 1. kısım, s. 101 [çevirimizde Kanton Mahkemesi kararları arasında 261 No. ile aktarılmış 1 Şubat 1971 günlü karar]).

Temyiz dilekçecisinin burada incelenen dayanağı asılsızdır.

5. Temyiz dilekçecisi keza, davalının, eşine uygulanan tedaviden haberi olduğunu öne sürmektedir. Tanık olarak dinlenen eş, durumun böyle olduğunu doğrulamıştır. Hâkim bu noktaya değinmemiştir. Sadece, tedavinin son bulmasına kadar davalının yalnız bir tek kez eşini temyiz dilekçecisine [davacı hekime] giderken onun yanında bulunmuş olduğunu vurgulamıştır.

Eğer dâvalı tedaviden haberdar idiye ve buna itiraz etmemişse, kuşkusuz, eşinin olağan yetkilerini aşan bir davranışına zımnen icazet vermiş bulunduğunu kabullenmek gerekir (Sem. Jud. 1942, s. 364). [Bu takdirde, koca] Geçerli biçimde sorumluluk altına girmiş olacaktır (İsvMK m. 166/TMK m. 188 f. II bent 1). İsvMK m. 166/TMK m. 188 f. II bent 1 kuralının uygulanması gerektiğini ihmal etmekle hâkim, alınan kararın bozulmasını gerektiren bir hukuk hatası işlemiştir.

No. 421 – 25 Haziran 1973 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 225)

İsv İİK m. 82/Türk İİK m. 68, CPCN m. 212/HUMK m. 238

Fotokopi – Maruf vakıa

(Kararın yayınlanmış özeti) 1. Bir borç ikrarı yazısının takdiksiz fotokopisi itirazın kaldırılmasını sağlayabilecek belge değildir (RJN c. III, 1. Kısım, s. 47'de gerekçe 2).

2. Bir yabancı paranın geçerli karşılığının şu ya da bu kadar olduğu vakıası maruf vakıa değildir [incelenmeye ve kanıtlanmaya muhtaçtır].

No. 422 – 12 Temmuz 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 10-13)

Kamulaştırma konusunu ilişkin ve Neuchâtel'e özgü yasanın uygulanması hakkındadır.

No. 423 – 8 Ağustos 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 13-14)

CPCN m. 393 bent c/HUMK m. 428 bent 3

Aynı dâvada çelişkili kararlar verilmesi nedeniyle temyiz

[Başa konan özet bölümü yanlış olduğundan aktarmıyorum]

[Yayınlanan karar metni]

Gerekçeden seçmeler

Hâkim, hiç de, aynı taraflar arasında aynı temellere dayanan dâvalarda çelişkili hükümler vermiş değildir; çünkü o ceza hâkimi olarak, öyle denk gelip de yapılmış bulunan yasa ihlallerini hükme bağlamış ve hukuk dâvasında da davacı ve şimdiki temyiz dilekçecisi olan tarafın öne sürdüğü zarar tazmini istemi hakkında hüküm vermiştir. Ne mahkemeler aynıdır [hükümlerden biri ceza mahkemesi diğeri hukuk mahkemesi sıfatiyle verilmiştir], ne taraflar ne de dayanaklar arasında özdeşlik vardır ve bozulmaları istenen, ayrı mahkemelerce verilmiş hükümler yasadaki anlamda çelişkili olmazlar [bunlar birbiriyle çelişiyor sayılamazlar].

No. 424 - 8 Ağustos 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 16-18)

İsv MK m. 145/TMK m. 169; CPCN m. 94 vd./HUMK m. 101 vd.

Boşanma davasında geçici önlemler

[Konunun özeti:] Hâkimin, boşanma davasında alınacak geçici önlemleri belirlemekte geniş takdir yetkisine sahip olduğu [Temyiz Mahkemesinin buna karışamayacağı]; eşlerin kullanageldiği villânın, yakın zamanda koca tarafından bir yakınına bağışlanmış olmasına rağmen kadına tahsis edilmesi; nafaka miktarı.

Gerekçeden alıntılar:

2. Taraflar 1958'de evlenmişlerdir. Birleşmelerinden herhangi bir çocuk doğmuş değildir. Daha önceki bir evlilikten, şimdiki temyiz dilekçecisi kocanın 1939 yılında doğmuş bir oğlu vardır.

Bozulması istenen [geçici önlemleri belirleyen] ara kararı ile [Neuchâtel'de bazı ara kararları da temyiz edilebilmektedir] hâkim, özellikle, eşlerin oturageldiği konutu kadına tahsis etmiş ve temyiz dilekçecisini ona ayda 2100 Frank nafaka, ayrıca [şimdi davalının kendi oğluna bağışlamış olduğu ve yeni mal sahibinin besbelli ki üvey annesinden onu orada oturtmak için kira isteyeceği] konutun kirasını (700 Frank) ödemeğe mahkûm etmiştir. Temyiz dilekçecisi bu iki noktadan, ara kararının bozulması için başvuru yapmıştır. Konutun kendisine tahsis edilmesini istemekte ve nafaka olarak 1625 Frank aylık önermektedir.

3. İsvMK m. 145/TMK m. 169'da öngörülen geçici önlemlerin belirlenmesinde hâkim geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Verdiği karar, takdir yetkisinin [bkz. İsv MK m. 4/TMK m. 4] kötüye kullanılması ve hakim'in koşullara besbelli biçimde uygunsuz tedbirler alması durumu dışında, hakkı yerine getirmekten kaçınma yahut hukukun uygulanmasında hataya düşülmesi gerekçesiyle bozulamaz (RCCC c. VI, 1. Kısım, s. 206 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 169]; RJN c. I, 1. Kısım, s. 174 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 207]; c. II, 1. Kısım, s. 69 ve 258 [Umar, a.g.e., s. 226 ve 246], c. III, 1. Kısım, s. 80 gerekçe 8 [Umar, a.g.e., s. 247 sonu]).

4. Hâkim, ortak yaşama son verme konusunda girişimi ele alan eşe, başka yerde konut edinmek düşer, davalı kadın konutunun

içinde yaşamaya işleri başından aşkın dilekçeciye göre daha çok bağlıdır ve bunun sonucu olarak o konuttan ayrılmak kadın için olacağına kıyasla erkek için daha az acı vericidir ve nihayet, villayı [oturulagelen konutu] oğluna bırakmakla dilekçeci o konuta pek de fazla bağlı olmadığını göstermiştir diye düşünerek, eşlerin birlikte oturageldiği konutu davalı kadına tahsis etmiştir. Bu dayanaklardan hareket edilmesi, keyfi bir takdir yapılmıştır diye kınamaya hak vermez. Yakın zamanda yapılmış olan bağışlamaya [davacının o konutu oğluna bağışlamış olmasına] gelince; dilekçecinin, orada oturmayı sürdürmek hakkını saklı tutmak yoluna bile gitmeksizin konutu oğluna bağışlamasının, bu tutum dilekçecinin konuta pek de bağlı olmadığını gösteriyor diye kabul edilmesi hakçadır.

Dilekçecinin işlediği dayanaklar başka türlü bir sonuca varılmasını gerekli göstermemektedir. (...)

5. Hâkim dâvalı eşe 2100 Frank nafaka aylığı bağlamıştır. Temyiz dilekçecisinin iddiasına göre kendisi [konutun yeni sahibi] oğluna 700 Frank kira ödemektedir. Eğer bu iddia doğru ise (bir kira ilişkisinin kanıtı getirilmiş değildir), temyiz dilekçecisinin katkısı [davalı eş için harcaması] ayda $2100+700=2800$ Frank ya da yılda 33 600 Frank olacaktır.

Temyiz dilekçecisi 1972 yılında 1 290 000 Frank değerinde serveti ve [yılda] 147 700 Frank geliri var diye vergilendirilmiştir. İddiasına bakılırsa o zamandan beri gelirleri azalmış imiş. 1973 yılında geliri sadece 100 000 Frank olacakmış (dosya 21, 15.6.1973 günlü dilekçe, s. 5 başı). Eğer iddia edilen bu rakam doğru ise, yapılacak katkı (33 600 Frank) karı koca gelirlerinin üçte birine karşılık olacaktır. Oysa uygulamada kocanın, gelirlerinden en az üçte birini eşine tahsis etmekte olduğu kabul ediliyor (ATF 84 II 417, 90 II 75; RJN c. V, 1. Kısım, s. 137 ve 143). Temyiz dilekçecisinin başındaki malî sıkıntılardan kuşku duyulması indî/keyfi değildir; dâvanın başında bu kişi ilk evliliğinden doğma oğluna, değeri 140 000 Frank diye hesaplanan bir villayı bağışlamış ve ona faizsiz olarak 150 000 Frank borç vermiştir.

Temyiz dilekçecisinin [davalı eşinin geçimine] yapması gereken katkıyı yukarıda söylediği gibi belirlemekle hâkim ne hakkı

yerine getirmekten geri durmuş ne de hukuku uygulamakta hataya düşmüştür.

No. 425 - 12 Eylül 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 19-21)

CPCN m. 522 f. II/HUMK m. 561 - Mirasta tarım işletmesinin tahsisi dâvası

Özet: Dava konusunun değeri ne olursa olsun, [miras bölüşülmesinde] bir tarım işletmesinin üstlenilmesi [mirasçılardan birine verilmesi] dâvası Bölge Mahkemesi'nin [Sulh Hukuk Mahkemesi'nin] görevindedir.

No. 426 - 26 Eylül 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 22-23)

CPCN m. 395/HUMK m. 431 ve 432 - Temyiz dilekçesinin verilmesi ve süresi

Özet: Neuchâtel'deki uygulamaya göre, dilekçenin yanlış makama hitaben [olayda, Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesi'ne hitaben ve ona iletilmek üzere verilmesi gerekirken her nasılsa Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesine hitaben] yazılmış olması hâlinde bu dilekçe ile yasal süreye uyulmuş olmaz ve o dilekçenin verildiği makam, dilekçeyi asıl verilmesi gereken makama aktarmak zorunda değildir.

Not. Bizde böyle bir sorunun ortaya çıkmaması beklenir. Çünkü HUMK (2494 sa.K. ile değişik) m. 432-433 sisteminde, temyiz dilekçesi, temyiz edilen kararı vermiş olan mahkemeye gelir, sureti karşı tarafa tebliğe gönderilir, cevabın gelmesi veya cevap süresinin cevapsız geçmesi beklenir, sonra da dilekçe -gelmiş ise cevap yazısıyla birlikte- dava dosyası içinde, Yargıtaya yollanır. İleride yürürlüğe girecek olan, HUMK (5236 sa.K. ile kabul edilmiş) m. 432 yollaması ile uygulanacak m. 426 C ve m. 426 G'deki sistem de aynıdır.

Gerek şimdi yürürlükte olan (2494 sa.K. ile değişik) m. 435; gerek ileride yürürlüğe girecek olan (5236 sa.K. ile kabul edilmiş)

m. 430, dilekçenin başında, onun Yargıtayda hangi birime gönderileceğini gösteren bir başlığın bulunmasını aramaz (buna rağmen uygulamada en başa “Yargıtay 15. Hukuk Dairesine gönderilmek üzere” gibi bir başlık konduğu görülmektedir; bazan da sadece “Yargıtaya gönderilmek üzere” denmektedir). Dilekçeyi Yargıtaya gönderecek olan yerel mahkeme, bu dilekçedeki başlığa göre onun, Yargıtayın hangi birimine gönderilmek üzere verilmiş bulunduğuyla bağlı olmaksızın, dilekçenin gitmesi gereken birimi re’sen tesbit eder ve dilekçeyi oraya gönderir. Şimdi yürürlükte olan (2494 sa. K. ile değişik) m. 432-433’de, dilekçeyi Yargıtaya gönderecek mahkemenin o dilekçede Yargıtayın hangi birimine hitap edildiğini gösteren bir ifade varsa bununla bağlı olduğu yolunda bir kural bulunmadığı, kabul edilmediği gibi; yakında yürürlüğe girecek olan (5236 sa.K. ile kabul edilmiş) m. 432’de yapılan yollama gereğince uygulanacak olan m. 426 C f. IV, dilekçeyi ve dosyayı gönderecek mahkemenin, dilekçede onun (dilekçenin) gönderileceği Yargıtay birimini belirten bir ifade varsa bu ifadeyle bağlı olmadığını açıkça söylemektedir.

Şu hâle göre, dilekçeyi gönderecek mahkemenin yapacağı ön incelemede bu dilekçenin reddini gerektirecek bir hal görülmezse o mahkeme, dilekçede onun Yargıtay Ceza Genel Kuruluna hitab ettiğini gösteren saçma bir başlık bulursa bile, tıpkı gerçekte görevli olan Hukuk Dairesinin numarasının yanlış belirtilmiş olması durumunda olduğu üzere, dosyayı içinde dilekçeyle birlikte re’sen doğru birime gönderecektir. Böyle bir düzenlemede, temyiz dilekçesi başlığında yanlış birime hitab edildi diye temyiz süresine o dilekçeyle uyulmamış olması durumunun ortaya çıkması sonucu da söz konusu olamaz. Ama, dilekçede Yargıtayın bir birimine dahi hitab edilmiyor ve örneğin Adalet Bakanına hitab ediliyorsa o zaman dilekçenin verilmek istendiği mahkeme yazı işlerinin bu dilekçeyi almaması gerekir; hatta, bizim uygulamamızda kaleme verilecek dilekçeler önce hâkime havale ettirildiği için, hâkimin bu dilekçeyi geri çevirmesi gerekir; onun başı kalabalık olduğu için başlığa bakmadan havale şerhi yazmış olması hâlinde yazı işleri, havaleye rağmen, dilekçeyi almaktan, kayda geçirmekten geri duracaktır.

No. 427 - 9 Ekim 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 28-32)**Devletin tazmin sorumluluğu**

Devletin (federe devlet durumundaki Neuchâtel Kantonu'nun) ve onun içindeki, komün denen (ayrı tüzel kişiliğe sahip) yönetim birimlerinin (idarî hizmetlerin gereğince yürütülmemesinden doğan zararlar dolayısıyla) sorumluluğuna ilişkin, Neuchâtel'e özgü yasanın uygulanması hakkındadır.

Bu karar, İsviçre'de idare hukuku teorisinin ve idarî yargının inanılmaz ikelliği hakkında son derecede aydınlatıcıdır. Olayda, bele kuşak sarmakla ortopedi tedavisi yapma uzmanı (bandagiste-orthopédiste) olan Reber adlı biri, Neuchâtel Kantonunun zabıta makamlarına dilekçe verip Lyon'da (yâni Fransa'da) merkezi olan Fıtık Tedavisi Enstitüsü'nün temsilcilerini ve bu temsilcileri kendi işyerlerine kabul edip tedavi gösterileri yapmalarına izin veren bazı kişileri şikayet etmişti. "Zabıta işleri hâkimi", 29 Eylül 1970 günlü kararla, şikayet edilenler hakkında tâkipsizlik kararı verdi; gösterdiği gerekçe, bu kişilerin, şikayet konusu edilmiş çalışmaları yapmak konusunda Kanton sağlık hizmetleri örgütünden izin almış bulunmaları idi. Şikâyetçi Reber bu kez hukuk mahkemesinde devleti (Neuchâtel Kantonu'nu) dava ederek 3 000 Frank tazminat istedi. Davası reddedilince hükmü temyiz etti. Gerek ilk kademe mahkemesindeki davada gerek Temyiz Mahkemesi'ndeki aşamada olay tümüyle özel hukuk çerçevesi içinde, devlet Reber'in kazancını eksiltecek çalışmalar yapılmasına izin vermekle ona karşı bir haksız fiil işlemiş midir sorunu açısından tartışılmıştır. Hatta Reber'in temyiz başvurusu gerekçelerinden biri, ilk kademe mahkemesi hakiminin konuyu haksız rekabete ilişkin kurallar bakımından değerlendirmemiş olması idi. Temyiz Mahkemesi, bozma istemini reddetmiştir.

No. 428 - 10 Ekim 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 32-34)

CPCN m. 317/HUMK m. 375 kuralının kaynak yasadaki aslında bulunan, bizdekinden farklı bir bölümünün uygulanması hakkındadır. Bizim metin, "Tahkikat hâkimi, iki tarafın iddia ve

müdafaalarıyla delillerini ve dâva dosyasını tetkik eder ve talep vukuunda *neticei iddialarını mübeyyin birer lâyiha verebilmeleri için de bir müddet tâyin eder. Bu müddet içinde hâkim verilen lâyhaları dosya ile birleştirir* ve tahkikatın hitamını tefhim eder ve dosyayı mahkeme reisine takdim eyler. Tahkikatın hitamından sonra da mahkeme iki tarafa lâyiha vermelerini emredebilir” dediği halde Neuchâtel metni şöyledir: “Delillerin ibrazı biter bitmez, dosya, bu yolda talepte bulunan taraflar arasında dolaşıma konur [önce birine sonra diğerine, incelesin diye, verilir]; ardından tahkikat hâkimi sürecin [tahkikat aşamasının] kapandığını tefhim eder. [f. II:] Tahkikat hâkimi, eğer taraflar [dan biri veya her ikisi] tahkikatın kapanmasından önce bu yolda talepte bulunursa, taraflara, belli bir süre içinde, dava hakkında son diyeceklerini yazı ile sunmak yetkisini verebilir. [f. III:] Dava hakkında tarafların son diyeceklerinin [sözlü veya yazılı olarak] sunulmasına, tahkikatın kapandığı yolundaki ara kararından sonra dahi, davayı hükme bağlamak üzere toplanmaya çağırılmış mahkeme [hâkimler kurulu] tarafından emir verilebilir”.

Temyiz Mahkemesi kararına yol açan davada, temyiz dilekçecisi, hakim bize birşey sormadan ve bize, dosyanın bizim aramızda dolaşıma çıkarılması talebinde bulunmak fırsatını vermeden tahkikatın kapandığını tefhim etti, ben başka birtakım tahkikat işlemlerinin daha yapılmasını isteyecektim diyerek temyiz yoluna başvurmuştu. Yüksek mahkeme, şu gerekçeyle, başvuruyu haksız buluyor ve reddediyor: Kanun, hâkimi önceden taraflara dosya sizin aranızda dolaşıma çıksın mı diye sormak zorunda tutmamıştır; tarafların talebi olmadan da bu yolda karar verilmez; delil sunma işlemleri tamamlandıktan sonra tarafların yeni tahkikat işlemleri yapılsın yolunda bir talebi ortada olmadığına ve hatta dosya dolaşıma çıkarılsın inceleyelim diye bir talep bulunmadığına göre hâkimin tahkikatın kapandığını tefhim etmesi doğrudur.

No. 429 - 3 Aralık 1973 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 40)

CPCN m. 887/HUMK m. 94, CPCN m. 522 [520 yazılmış]/HUMK m. 561 - Kabul - Taksim dâvası

Taksim davasında daha davanın başında kabul beyanında bulunulması hâlinde giderler terekeye yüklenir (RCCC c. V s. 563 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 134-135]).

Mirasçı olmayan bir kişiye karşı açılmış dava, haksızdır.

No. 430 - 5 Şubat 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 42-46)

Zaman yönünden yasalar çatışması

Karar, İsv BK'na, bizim o yasayı alıntılamanızdan sonraki değişiklikle 1971 yılında konmuş ve 1 Ocak 1972'de yürürlüğe girmiş bulunan, hizmet sözleşmesiyle ilgili yeni kurallardan, hak düşürücü bir süre öngören m. 337d'nin uygulanması hakkındadır (hizmet sözleşmesinin feshedilmesi için haklı sebep yokken işi bırakan işçinin bu tutumu nedeniyle işveren lehine doğan tazminat alacağı hakkının kullanılmasının bağlı tutulduğu hak düşürücü süre). Olayda, bir "zaman yönünden kanunlar çatışması" sorunu söz konusu idi; yerel mahkemede davalı işçi, o maddedeki hak düşüren sürenin geçirilmiş bulunduğunu savunma dayanağı olarak öne sürmüştü; mahkeme "bu alacak eskiden yürürlükte olan hukuk zamanında doğduğu için eski hukukun kurallarına tâbidir" (yâni, yeni m. 337 d buna uygulanamaz) diyerek savunmayı reddetmiş, istemi hükme bağlamış; şimdiki Temyiz Mahkemesi kararı bu hükmü bozmuştur. Temyiz Mahkemesi kararındaki şu bölüm, zaman yönünden yasalar çatışması sorununun çözümü için uygulanacak hukuk ilkesinin açıklanması bakımından bizim için de önemlidir:

25 Haziran 1971 tarihli [İsvBK'nun bazı bölümlerine değişiklikler, eklemeler getiren] federal yasa, sadece, zamanaşımı ve hak düşüren süre konularına yabancı [bunların dışında kalan] belli hususlar hakkında geçiş dönemi hukuku kuralları içermektedir (a contrario [mefhumu muhaliften sonuca varma] yöntemiyle [bunu anlamak için] bkz. Son ve geçici hükümler bölümünde m. 7; yardım sandıklarına ilişkin sözleşmelerin ve müesseselerin içeriğinin bu konuya uyarlanması, ROLF [bizdeki Düstur benzeri federal yasalar derlemesi] 1971 s. 1461 vd.). Özel hukuktaki, keza, Borçlar

Hukuku alanında da geçerli olan (İsv BK'nun Yürürlüğe Konmasına İlişkin Federal Yasa, m. 1; ATF 97 II 395; keza, zamanaşımı konusuyla ilgili olarak bkz. ATF 66 II 162), zaman yönünden yasalar çatışması sorununun çözümü için uygulanacak genel kurallara göre, zamanaşımı süreleri ya da hak düşürücü süreler (ATF 38 II 29) beş yıldan daha kısa olup da yeni hukuk tarafından kabul edilmiş iseler, ancak yeni hukukun yürürlüğe girmesinden sonra işlemeye başlarlar; üstelik, zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre o zamandan başlayarak artık yeni hukuka tâbi olur (İsvMK'nun Yürürlüğe Konmasına İlişkin Federal Yasa, m. 49 f. II ve III)¹¹.

İsvBK'daki [yeni] m. 337d'nin öngördüğü hak düşürücü süre -ki buna göre tazminat alacağı hakkı, işin bırakılmasından başlayarak otuz gün içinde dava veya icra tâkibi yoluyla kullanılmadığı takdirde düşmektedir- böylece, eldeki olayda, 1 Ocak 1972'de işlemeye başlamıştır ve işveren hakkını o süre içinde kullanmadığından hakkı düşmüş bulunmaktadır.

Temyiz Mahkemesi, yerel mahkemenin kararını bu gerekçe ile bozmuştur. Temyiz Mahkemesinin bu kararına karşı da, İsviçre

¹¹ Bu madde şöyledir:

Medenî Kanun beş yıl veya daha uzun süreli bir zamanaşımı kuralı getirdiğinde, yeni yasanın yürürlüğe girmesinden önce işlemiş zamanaşımı süresini de hesaba katmak gerekir; ancak, bu hallerde zamanaşımı bu tarihten [yeni yasanın yürürlüğe girdiği tarihten] an az iki yıl geçmedikçe dolmuş sayılmayacaktır.

Şimdiki yasanın zamanaşımı ve hakkın düşmesi konularıyla ilgili olarak belirlediği daha kısa [beş yıldan kısa] süreler, ancak yeni yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren işlemeye başlar.

Üstelik, o zamandan başlayarak, zamanaşımı [konusu; örneğin zamanaşımının durması, kesilmesi] şimdiki yasaya tâbidir.

Bizde ise, 2001'de kabul edilen "TMK'nun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun", m. 20 şöyledir:

TMK'nun [yenisinin] yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, Türk Kanunu Medenisi [eski TMK] hükümlerine tâbi olmaya devam ederler. Ancak söz konusu süreler TMK'nun [yenisinin] belirlediği süreden uzun ise, bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra bu kanunda belirlenen [daha kısa] sürenin geçmesiyle dolmuş olur.

Federal Yargılama Usulü Hukuku kuralları çerçevesinde, davacı bu kez Federal Mahkemeye başvurabiliyordu ve başvurmuştur; Federal Mahkeme, 21 Mart 1974 günlü kararı ile, o başvuruyu haksız bulmuştur (bozma istemini reddetmiştir).

No. 431 - 8 Mart 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 50-54)

İsvBK m. 41, 58, 97/Türk BK m. 41, 58, 96

Devletin tazmin sorumluluğu

Özet: Kışın kapanan bir köy yolunu açmayan komün [yerel yönetim birimi], bu yolu giderini kendisi üstlenerek açması ve kullanması için yetkilendirdiği gerçek kişi, bir üçüncü kişinin o yoldan geçişi daha zor hâle getiren davranışı yüzünden zarara uğramış olursa, o zararı tazmin konusunda herhangi bir sorumluluk taşımaz.



**YEDİTEPE
ÜNİVERSİTESİ**

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: law@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr