

ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ



ÜÇ AYLIK

SAYI:1

OCAK 1993

İÇİNDEKİLER

Yeniden Merhaba	2
Başkanın Köşesi	
Av. Aydın GÜNGÖR	3
Yargı ve Sorunları	
M. Can BOLAT	5
Savunmanın Yargıdaki Önemi	
Av. Akın ÇAMOĞLU	6
CMUK'daki Değişiklikler Ne Getirdi?	
Av. Kâzım KURT	10
Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal Hizmet	
Nurhan TÜRKÖZ	15
Hak ve Özgürlük Kavramı (I)	
Muammer AKKAYA	17
Sermaye Piyasası Kanunu ve İçerden Öğrenenlerin Ticareti	
Av. Neval OKAN	23
Yargıtay Kararı İncelemesi	
Av. Süleyman AVKAN	28
Basın Bülteni	31
Basın Bülteni	32

ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

ÜÇ AYDA BİR YAYIMLANIR

OCAK / 1993

YIL: 1

SAYI: 1

S A H İ B İ

ESKİŞEHİR BAROSU ADINA

BAŞKAN

Av. Aydın GÜNGÖR

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Kâzım KURT

Y A Y I N K U R U L U

Av. Agâh ATAY

Av. Ülkü KIRCAALI

Av. Neval OKAN

Av. Cemal ÜNAL

Y Ö N E T İ M A D R E S İ

Eskişehir Barosu

Adliye Binası Tel: (22) 31 18 07 - 33 05 76

D İ Z G İ

MET YAYINCILIK

Bilgisayar Dizgi Servisi

Esnaf Sarayı Kat:1 No: A-192 Tel:(22) 33 41 11

B A S K I

Anadolu Üniversitesi Matbaası

İ Ç İ N D E K İ L E R

Yeniden Merhaba	2
Başkanın Köşesi	
Av. Aydın GÜNGÖR	3
Yargı ve Sorunları	
M. Can BOLAT	5
Savunmanın Yargıdaki Önemi	
Av. Akın ÇAMOĞLU	6
CMUK'daki Değişiklikler	
Ne Getirdi?	
Av. Kâzım KURT	10
Çocuk Mahkemeleri ve	
Sosyal Hizmet	
Nurhan TÜRKÖZ	15
Hak ve Özgürlük Kavramı (I)	
Muammer AKKAYA	17
Sermaye Piyasası Kanunu ve	
İçerden Öğrenenlerin Ticareti	
Av. Neval OKAN	23
Yargıtay Kararı İncelemesi	
Av. Süleyman AVKAN	28
Basın Bülteni	31
Basın Bülteni	32

Y A Y I N İ L K E L E R İ

- * Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- * Yayımlanmak için gönderilen yazıların yayımlanıp yayımlanmamasına Dergi Yayın Kurulu karar verir.
- * Yayımlanması uygun bulunmayan yazılar geri verilmeyeceği gibi, yazarına gerekçe bildirme zorunluluğu da yoktur.
- * Kurul, yazının özüne dokunmaksızın gerekli yazım ve tümce değişiklikleri yapabilir.
- * Yazılar yazarın kişisel görüşünü yansıtır.

Yeniden Merhaba!

Eskişehir Barosu olarak bir dergi çıkarmaya bundan sekiz yıl önce 1984 yılında başladık. Ancak çok istememize karşın, dergimizin yayımında karşılaştığımız bazı güçlükler, yayın hayatımızı dört sayı ile sınırlı tuttu. Bir kaç kez dergimizin devamı için girişimde bulunduk. Ne var ki, maddi olanaksızlıklar ve meslektaşlarımızın yeterli ilgi ve desteği göstermemeleri nedeniyle bu girişimlerimiz sonuçsuz kaldı. Bununla birlikte baro dergimizin yayımlanması umudumuzu hiç yitirmedik.

Elinizde tuttuğunuz dergi bu umudun gerçekleştiğinin somut bir ifadesidir. Dergimizi yaşatacak olan en büyük güç kuşkusuz okurlarımızın ilgisi olacaktır.

Daha iyiye, daha güzele hep birlikte ulaşmak dileğiyle, saygılarımızı sunuyoruz.

YAYIN KURULU

BAŞKANIN KÖŞESİ

Av. Aydın GÜNGÖR
Eskişehir Baro Başkanı

□ **Türk Hukukçuları ve Barolar Hukuk Devletinin, İnsan Haklarının, Devletin, birlik ve beraberliğinin en güçlü, yılmaz ve onurlu savunucularıdır.**

DEĞERLİ MESLEKTAŞLARIM,

Sizlere "Dergi"imizden seslenmekten mutluluk duyuyorum.

Göreve geldiğimiz günden itibaren mesleğimiz ve meslektaşlarımız için düşündüklerimizi gerçekleştirmek için önemli mesai harcadığımızı bilmenizi isteriz.

İşte elinizdeki "Dergi" bu çalışmaların bir ürünüdür.

Bir dergiyi yaşatacak olan kaynak okurlarıdır. Görüleceği üzere bu dergi başta meslektaşlarımız olmak üzere tüm hukukçularımızın eseridir.

Dergimiz sizlerin ilgisiyle ve katkısıyla gelişecek ve olgunlaşacaktır.

Bu sayıda katkıda bulunan arkadaşlarımıza teşekkür ederiz.

ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

SAYGIDEĞER MESLEKTAŞLARIM,

Biz Baro yönetimine aday olduğumuz hatta seçildiğimiz zaman bizden önceki dönemlere ait çalışmalarını daha geliştirerek veya daha verimli şekilde, biraz da ilavesiyle yerine getireceğimizi düşünürken CMUK ile gelebilecek yeniliği açıkça göz ardı etmişiz. CMUK değişikliği ile birlikte Baro Yönetimi onurlu fakat zor bir görev altına girmiştir. Baro mensupları "AVUKATLAR" artık Ceza Yargılamasında zanlının veya sanığın her aşamada yanında "KAMU GÖREVİ" niteliği ile yer alacaktır. "SAVUNMA KARAKOLDA" başlayacaktır ilkesi, hayata geçirilmiş bulunmaktadır. Bütün bunların organizasyonu Barolardan geçmektedir. Artık bundan böyle sanık "suçsuzluğunu ispat" için çalışmayacak. Bilakis "sanığın suçluluğu" ispata çalışılacaktır. Bu husus Türk Ceza Hukukunda önemli bir gelişmedir.

CMUK değişikliği ile Türkiye içte ve Uluslararası ilişkilerinde daima gündemin ilk sırasında yer alan "İşkence" iddialarına da gerçekçi ve doğru cevap vermiş bulunmaktadır. Temennimiz uygulamada istisna

getirilen hususların da ortadan kaldırılmasıdır.

Her insanın "savunma hakkı" tabii haklarından biridir. En kutsalıdır. Savunma hakkının bu konuda yetmişmiş uzmanlarca yerine getirilmesi "insan haklarının" bir sonucudur. Bu görevin, bir sorumluluk altında "Avukatlara" verilmesi hukuk devleti tanımının önemli bir eksikliğini de gidermiş bulunmaktadır. Siyasi iktidar bu Yasa değişikliği ile Demokratikleşmede en önemli adımı attığını ve kendisinin Avrupa standartlarına ulaştığını ifade etmektedir.

Kısaca bu Yasa değişikliği Siyasi iktidarın hatta Parlamentonun da yüz akıdır. Ancak görülecektir ki Yasa'nın başarısını herkes bir taraftan paylaşırken esasta Yasa'nın getirdiği sorumluluk ve yükümlülük tamamen TÜRK BAROLARININ ve AVUKATLARININ sırtına bildirilmiş bulunmaktadır.

Bu nedenle bir vatandaş olarak ve bir hukukçu olarak ne kadar mutluluk ve onur duyuyorsak, Avukat olarak o derece de zorluklar ve sorumluluklar altına da girmiş bulunuyoruz. Bu konuda bir çekimserliğimiz veya tedirginliğimiz söz konusu değildir. Ancak Türk Avukatlarının Hukuk Devleti ve İnsan Hakları için üstlendiği KAMU GÖREVİNİN takdiri gözlerden uzak tutulmalıdır.

DEĞERLİ MESLEKDAŞLARIM,

Ülkemizdeki olumlu hukuk ve insan hakları gelişmeleri bizi ne kadar mutlu ediyorsa son zamanlardaki bazı gelişmeler de o derece tedirginleştiriyor. Bunları kısa kısa dikkatlere sunmak istiyorum.

Anayasa Mahkemesi üye atamalarındaki keyfilik Anayasa tanımamazlık büyük oranda devam etmektedir. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin kararlı ve doğru tutumu kamu oyunda ve Barolarca yüksek sesle dirençli bir şekilde desteklenmektedir.

Ülkenin birliği ve bütünlüğü üzerine sorumsuz kişilerin, sorumsuzca kullandığı keyfi ifade ve yorumlar ülkemizde onarılmaz yaralar açma istidadındadır. Bunları tehlikeli oyunlar olarak görüyoruz.

Demokratik, Laik Devlet ilkelerinin kökünden sarsılmak istenmesi boşa gayret dahi olsa ülke huzurunu bozucu niteliktedir.

Her konuda ve her zaman olduğu gibi TÜRK HUKUKÇULARI ve BAROLAR Hukuk Devletinin, İnsan Haklarının, Devletin birlik ve beraberliğinin en güçlü, yılmaz ve onurlu savunucularıdır.

Bu duygularla saygılar sunarız.

YARGI VE SORUNLARI

*Mustafa Can BOLAT

1982 Anayasası, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu, yargının, devletin Anayasa tarafından belirlenmiş üç temel organından birisi olduğunu belirtmektedir. Anayasa, yargıçların yasalara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre verecekleri kararlarında hiçbir makam ve kişi tarafından kendilerine emir verilemeyeceği gibi, telkin ve tavsiyelerde dahi bulunamayacaklarına dair amir hükümler içermektedir.

Görülüyor ki yargıçlarımız bu halleri ile çok geniş yetkilerle donatılmıştır. Bir yerde rejimin de koruyucusu durumunda bulunan mahkemelerde görevli yargıç ve savcılarımızın hukukun üstünlüğüne, mesleğin saygınlığının korunmasına inanarak üstün bir özveri ile çalışmalarına tanık olmak her zaman mümkün. Birkez daha hatırlatmakta fayda var ki, en kötü yasalar bile uygulayıcılar elinde iyi yasalar haline gelir. İyi uygulayıcıların ise bu konuda iyi eğitilmiş, tecrübesi üstün olup, bunun yanında sosyal ve mesleki sorunları çözülmüş yargıç ve savcılar olduğunu unutmamak gerekir. Yargıç ve savcılar yanında, onların en yakın yardımcısı durumunda olan yardımcı personelin de aynı sorunlardan arındırılmış olması da bu çözüm çerçevesinde ele alınmalıdır.

Geçtiğimiz senelerde eğitim, dinlenme tesisleri ve lojman yönünden önemli adımlar atıldığını, 1992 senesinde de "yargı reformunun temel yasası olan Ceza Muhakemeleri Usul Yasası'nın yürürlüğe girdiğini, buna ilave olarak Adalet Kolluğu, Ceza İnfaz Mevzuatı, Çocuk Mahkemeleri, Avukatlık ve Basın Yasası tasarıları üzerindeki çalışmaların son aşamaya geldiğini öğrenmek de bizleri mutlu kılmaktadır. Bunun yanında, adliye ve cezaevi binalarının durumuna da değinmeden geçemeyeceğiz. Halen hizmet gören adliye ve cezaevi binalarının büyük bir bölümünün hizmetin görülmesi yönünden yetersiz kalması nedeni ile bunların acilen ele alınması gerekir. Yeni yapılması düşünülen hizmet ve cezaevi binalarının artan iş yoğunluğu da gözönüne alınarak ilerideki senelerinde ihtiyacı karşılayıp ayrıca günümüz koşullarına en iyi cevap verecek bir düzenlemeye kavuşturulması dileğimizdir.

Unutmamak gerekir ki, toplumda güvenin ve huzurun sağlanması adaletin sağlanmasına bağlıdır. Adli reformların bazılarının gerçekleştirildiği ve bazılarının da gerçekleştirilmeye çalışıldığı günlerde ilgililere ışık tutabileceği düşüncesiyle böyle bir yazıyı kaleme almayı uygun bulduk.

*Eskişehir Cumhuriyet Başsavcısı

Türkiye'deki hızlı nüfus artışı, hızlı ve çarpık kentleşme ile bozulan gelir dağılımı, yetersiz kamu hizmetleri, ülke insanlarının birçok değerlerini yitirmesine ve ekonomik olarak gerilemesine neden olmuştur. Bu da özlemi duyulan hukuk sistemimizi olumsuz yönde etkilemiştir.

Ülkemizde bütün değerler sarsılmış, kurum ve kuruluşlar dejenere olmuş, ekonomi bozulmuş, yargı sorunlarını çözememiş adalete güven sarsılmış, temel hukuk kuralları uygulanamamış, insanları mutlu edecek adil ve herkesin benimseyeceği bir hukuk sistemi kurulamadığı için adalet neredeyse özelleştirme bünyesine girmiştir.

Davalarda gecikmeler artmış, adalete olan güven yitirilmiş, savunmaya olan saygınlık kaybolmuştur. Ülkenin düzenini sağlayacak olan hukuk ve onun gerçekleştirdiği yargı sistemimizin sancısı ve sıkıntısı artmaya başlamıştır.

Demokrasinin tüm kurum ve kuruluşlarda gerçekleşmediği dönemlerde, çağdaş hukuk devletinden söz etmek mümkün değildir. Hükümet programında, hükümetimiz 12 Eylül kalıntıları olarak nitelendirdiği yasaları süratle yürürlükten kaldırarak, her alanda tam

demokratik bir hukuk reformu gerçekleştirme kararındadır. Bu reform Anayasa dahil, hukuk sistemimizin hemen tüm boyutlarını kapsayacaktır. Yargının, her alanda bağımsız, güvenilir ve günün ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesi zorunludur.

12 Eylül hukukunun en önemli kalıntısı, 1982 Anayasasıdır. 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlükler kısıtlanmış ve Anayasa çağın dışında kalarak örgütlenme özgürlüklerine yasaklar getirmiştir.

Ancak, hükümet programındaki deyişi, ile hâlâ Türkiye'de 12 Eylül hukuk kalıntıları güçlerini ve etkinliklerini korumaktadır. Yargıda yapılması gereken düzenlemeler en kısa zamanda yaşama geçirilmelidir.

Yargının ayrılmaz parçaları olan savunma ve yargı gücünü kısaca tanımlamak gerekir.

Hukukun üstünlüğünden söz edebilmek için yargının önemli bir parçası olan savunmanın yani avukatlık mesleğini tanımak gerekir.

İlk savunma Solon Kanununda yer almaktadır. Bu dönemde, Hakimin önünde haklarını savunmak için insanlar zorlan-

makta akraba veya dostlar taraflara yardım etmekte, savunma hazırlayan yardımcılarına rastlanmakta idi. Mahkeme önünde bu insanlar savunmalarını nutuk halinde yazıyorlardı. İlk defa avukatlık örgütü Atina'da kurulmuştu ve avukatlık ancak hür kişiler tarafından yapılmaktaydı. Esirler hür kişiler olmadıklarından bu haktan yoksundular.

Avukatların ilk zamanlarda ücret almaları yasaktı. Sebebi de güzel kadınların güzelliklerini satmaları ne kadar utanç verici ise, bir tanığın, bir hakimin hükmünü, bir avukatın yardımını satması da o kadar utanç verici idi. Avukatlar evlerinin önünde palmye ağaçları ile tanınırlardı.

Sezar da Roma barosuna kayıtlı bir avukatı. Roma döneminde avukat şöyle tanımlanmakta idi: "Konuşmasını, inandırmasını bilen namuslu adam." Bu devirde hitabetin sakıncalarından korkulmuş bazı sınırlamalar getirilmiş idi.

Ahlak dışı davranıştan sanık, güzel Pirnenin savunmasını yapan Hiperides yargıç önünde müvekkilesinin göğüslerini örten tülü yırtmış, kadının güzelliğinin etkisi altında kalan hakimler beraat kararı vermiştir. Bu savunmadan sonra avukatların merhamet ve nefret uyandıran konuşmaları yasaklanmıştır. Daha sonra avukatlar ücret ve hediye kabulü ile görevini yürütmeye başlamış savunma bugünkü evrimine ulaşmıştır.

Savunmanın kutsal bir görev olduğunu her haklının haksız, her haksız insanın da haklı bir yanı olduğu düşünülüyor olduğundan avukatlık görevinin kamu ve insanlık için yapıldığı açıkça ortadadır. Ancak günümüzde avukatlık mesleği hak etmediğimiz görüntüyü vermekte, çok konuşan, iyi konuşan bir insana avukat gibisin ibaresi yakıştırılmaktadır.

Bitmeyen söz, utanmadık yüz şeklindeki tanımlamalar halk arasında yerleşmeye başlamıştır. Oysaki 18. Luis, "Fransa Kralı olmasaydım, Bordoex'a avukat olmak isterdim." Montesquieu'nun hakime söylediği; "avukatlar bize canlı kitaplardı, görevleri bizi aydınlatmaktı", gibi tarihe geçen sözleri karşısında oldukça düşünmek gerekir.

Bu nedenle yargının en önemli unsuru olan savunma, özeleştiride bulunarak kaybetmiş itibarı yeniden kazanmak zorundadır.

Yargıda yapılması gereken düzenlemelerin gerekliliği, çağdaş hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ile insanların yargıya güvenini kazanması için her geçen gün daha da hissedilir hale gelmiştir.

Hukuk eğitim sisteminin yükselmesi, nitelikli hukukçu yetiştirilmenin koşul ve şartları gerçekleştirilmelidir.

Savunma kendi içinde özeleştiriy yaparak toplumdaki olumsuz görüntüyü en kısa zamanda gidermelidir. Mesleğe

katılmalarda yetenek ve bilgi aranmalıdır. Adliyeye yakın avukat yerine, bilgi ve eğitime itibar edilen avukat aranmalıdır.

Yargıçlarımız itibar ve saygısını yargılama gücünden değil, mesleğinde gösterdikleri bilgi, karar ve davranışlarıyla kazanmalıdır. Duruşmalara hazırlıksız çıkan, yersiz ertelemeler yapan, taraflara ve vekillerine karşı yersiz terslikler yapan, kalemni denetlemeyen, savunmayı önemsemeyen, hukuka ve vicdanına göre değil de, başka etkiler altında karar veren yargıçlar sadece kendilerine olan saygıyı değil, ondan önemlisi adalete olan saygıyı da yok ederler. Haksızlık ve geciken adalet, vatandaşta yargıya güvensizlik yaratır. Böylece yargı gücü ve hukuk devleti onarılmaz yaralar alır.

Çağdaş hukuk devleti ve yargı gücünün toplumda özlenen noktaya gelmesi için aşağıdaki düzenlemelerin gerçekleştirilmesi zorunludur.

1- Ülkemizdeki tüm hukuk mevzuatının gözden geçirilerek çağdaş, demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayan mevzuat kaldırılmalı, başta Anayasa olmak üzere demokratikleşmeyi engelleyen tüm yasal düzenlemeler demokratik hukuk devletine uygun hale getirilmelidir.

2- Yargılama birliği mutlaka sağlanmalıdır. Bütün yargı alanları birleştirilmelidir. Adli yargı adı altında birleştirme sağlanmalıdır. Hukuk ve ceza mah-

kemeleri dışındaki mahkemelerin tamamı kaldırılmalıdır.

Barolar ve barolar birliği temsilcilerinin, adalet komisyonları ile hakimler ve savcılar yüksek kurulunda temsilci bulundurmaları sağlanmalıdır.

3- Hak arama çabuk, kolay, ucuz ve güvenli olmalıdır. Bunun için yapılması gereken düzenlemeler gerçekleştirilmelidir.

4- Hukukumuzda giren teknolojiyi yaygınlaştırmak gerekmektedir. Çağdaş teknolojiden yararlanılarak adli sistemimizin yeniden düzenlenmesi gereklidir. Veraset ilamı, yaş tashihi, nüfus kaydı tashihi, kira tesbiti, tahliye gibi idari nitelikte konular yazı işleri müdürleri vasıtası ile çözümlenerek yargı yükünün azaltılması suretiyle yargıçlarımızın verimliliği sağlanmalıdır.

5- Ülkemizde uygulanan ekonomik ve siyasal sistem yargıyı örümcek ağı gibi örmüştür. Yargıç ve savcılarımız, bakanlık vesayetinden kurtarılmalıdır. Tayin endişesi ile yargıda görev yapılamaz. Bu nedenle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin münhasıran bu görevi yürütmeleri, yerinde olacaktır. Kurulun bütün üyeleri hakim, savcı ve avukattan oluşturulmalıdır.

6- Yargıç ve savcılarının staj ve mesleğe kabulleri değiştirilmeli, özellikle burslu ve yatılı eğitim sistemine geçirilmelidir.

Hakim ve savcı olabilmek için, belirli süre avukatlık yapma koşulu getirilmelidir. Bu düşünce yargıç'a sosyal ufuk açacağı gibi çileli bir meslek olan savunmanın nasıl görev yaptığını bilmesi, kendini yetiştirmesi, önemli bir yeri olan savunma mesleğini öğrenerek ideal bir yargıç olma imkânı sağlayacaktır.

Bugün avukat, yargıç ve savcıların yeterli eğitim ve tatbikat elde etmeden göreve başladıkları görülmektedir. Bu çok tehlikelidir. Ayrıca yeterli mesleki bilgi ve deneyimden yoksun olan bazı savcı ve yargıçlarımızın avukat üzerinde, bu eksik sistemden kaynaklanan baskı oluşturduğunu üzülen gözlemekteyiz.

Savunmanın sorunları yeni avukatlık yasası ile ideal olmasa dahi ideale yakın çözüme noktasına gelmiştir. Tüm davalarda avukatın zorunlu hale gelmesi önemlidir. Avukatsız bir davanın takip edilemeyeceği, yargıya başvuruda avukatlık mecburiyeti getirilmesi yerinde olacaktır. Bunun gerçekleştirilmesi için Hukuk Sigortası getirmelidir. Ödenecek primlerle vatandaş avukatsız kalmayacak, yüksek avukatlık ücreti şikayeti önlenecek, mesleğimizin en önemli sorunu olan ücret sorunu da çözüme kavuşturulacak, vatandaş için de sosyal hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır. Artık ülkemizde evrensel hukukla işbirliği yapma zamanı gelmiş ve geçmiştir.

Çağdaş hukuk devletini yakalamak için savunmanın da kendini yenilemesi

vatandaşın güvenini kazanması şarttır. Avukatın mesleğe kabulünde denetimli bir staj ve yetenek şartı aranmalıdır. Herşeyin geri gelmesi mümkündür, kaybolan yitirilmiş vaktin ve hakkın geri getirilmesi mümkün değildir. Bunun için tüm hukuk yayınlarını takip eden bilgili, güvenilir bir güce sahip olmak zorundayız. Aksi taktirde toplum içerisinde hiç de hak etmediğimiz görüntüyü silmek mümkün değildir.

Yargı sistemimizde köklü değişikliğin, yapılması tartışılmalıdır. Ülkemizde Jüri sistemi getirilerek, halkın yargıya katılması sağlanmalıdır.

Mahkemenin bulunduğu ilde meslek ve sınıfları teşkil eden kişilerden oluşturulacak jüri yargıda güveni artırır. Dikta rejimlerinde halk yargıya hiç katılmamıştır. Değiştirilmesi istediğimiz Anayasada bile yargı halk adına yapılmaktadır. Jüriler taze bir yaklaşım, ön yargısız bir kuruluştur. Vicdanı ile başbaşa kalan bu insanlar toplumlardaki titreşimleri yaygınlaşmaktadır. Jüriler halkla yasama ve yürütme arasında ilişkiler sağlamaktadır. Jüri sistemi ile adalet özlediğimiz şekilde çabuk, kolay, ucuz ve güvenceli olacağına inanmaktayım.

CMUK.'DAKİ DEĞİŞİKLİKLER NE GETİRDİ?

Av. Kâzım KURT

□ **Toplum adına yargılama yapıp karar verme durumunda olan yargıçlarımız, yasaları yorumlarken toplumun gerisinde kalamazlar. Toplum, demokratik, insan haklarını ön plana çıkaran, çağdaş ceza hukuku istiyor.**

3842 sayı ile 18.11.1992 tarihinde kabul edilip 01.12.1992 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan ve kamuoyunda CMUK olarak bilinen yasa tüm ülkede yoğun tartışmalara neden oldu.

"Ceza Yargılama Yöntemleri Yasasının ve DGM.'nin Kuruluş ve Yargılama Yöntemleri Hakkındaki Yasanın Bazı Maddelerini Değiştiren Yasa" eksikliklerine karşın olumlu bir başlangıçtır. Arkasından yapılacak yeni yasalarla tamamlandığında çağdaş ceza hukukunun oluşmasına katkılar yapacaktır.

Avukatlık mesleği de istenilen düzeyde saygınlık, prestij ve ekonomik olarak elde etme olanağı bulacaktır.

Öncelikle, bu değişiklik insanlarımızın bazı haklar tanımaktadır. Aslında, İnsan

Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Paris Şartı gibi ülkemizin daha önce onayladığı uluslararası sözleşmelerden dolayı iç hukuk kuralı olması gereken bu haklar, gecikme ile de olsa gerçekleşmiştir.

Böylece Anayasa'nın 90. maddesine aykırı bir durum da giderilmiştir. Vatandaşlarımızın Anayasal hakları, artık yasal hale gelmiştir. Bu hakların elde edilmesinde, ülkemizdeki İnsan Hakları savunucusu aydınların, hukukçuların, Barolar ve T.B.B.'nin katkısı yadsınmayacağı gibi, Adalet Bakanı Sayın Seyfi OKTAY'ın payı da azımsanamaz. Katkısı olanların hepsine teşekkür ederek, yasanın neler getirdiğini anlatmaya çalışacağım.

Bu yasanın getirdiği yeniliklerin en önemlisi sorgu yöntemindedir. Ancak, buna bağlı olarak farklı noktaları ayırmak gereklidir.

1- Yakalama anındaki durum,

2- Sorguya hazırlık,

3- Sorgulama,

4- Yargılama.

1) YAKALAMA ANINDAKİ DURUM:

Yasa 3. maddesi ile CMUK.'nun 128. maddesini değiştirerek, yakalanan kişinin en yakın Sulh yargıcına 24 saat içinde ulaştırılmasını buyurmaktadır. İsteği halinde sorgusunda müdafî bulunabilir.

Bununla buyurulan, sanığın ancak 24 saat içinde Sulh Yargıcı önüne çıkarıldıktan sonra, Sulh Yargıcının kararı ile tutulabileceğidir. Aksi halde, kişi serbest bırakılmak zorundadır. Örneğin, herhangi bir nedenle 24 saat sonunda yargıç önüne çıkarılmadıysa, karakol amiri kişiyi serbest bırakmak zorundadır. Üç veya daha fazla kişinin işlediği suçlarda bu süre C. Savcısının yazılı emri ile dört güne kadar uzatılabilir. Daha fazlası için, C. Savcısının istemi ile Sulh Yargıcının kararı gerekir ki, bu süre sekiz günü geçemez.

Öyleyse, kişi öncelikle bunu bilmelidir. Zabıta, kişiye hangi nedenle yakalandığını ve yasal haklarını da anımsatmak zorundadır.

2) SORGUYA HAZIRLIK:

Yakalanan kişiye haklarını anımsatan Zabıta, durumu derhal C.Savcılığına bildirmek zorundadır. (Değişik CMUK 154/2) Bununla, kişilerin zabıtada oyalanması engellenmekte ve 24 saat içinde yargıç önüne çıkarılma zorunluluğu başlamaktadır. Öyleyse, yakalama olayının dakikası bile önemlidir. Zabıta da kişi de

buna dikkat etmelidir. Hatta tutanak tutulmasında yarar vardır. Bu aşamadan itibaren, zabıta C.Savcısı adına ifade alma çalışmalarına başlayabilir. Öncelikle, kişiye sanık sıfatı verilemez. CMUK. 135. madde Zabıta amir ve memurlarına, ifade alma yetkisi vermiştir. Dolayısıyla "ifade veren" sıfatı kullanılmalıdır. Sorgu, ancak, yargıç tarafından yapılabilecektir. Sorguya hazırlığın en önemli aşaması ifade alma veya verme biçiminde değerlendirilecek kısımdır. Değişik 135. maddeye göre;

I- İfade verenin veya sorguya çekilenin kimliği saptanır. Bu, doğru olarak yanıtlanması gereken bir durumdur.

II- Kendisine atılı suç anlatılır.

III- Müdafî atama hakkı bulunduğu, müdafî atayabilecek durumda değilse Baro'ca atanacak müdafî isteyebileceği ve bu müdafinin ifade verme sırasında hazır bulunabileceği bildirilir. Ayrıca, yakınlarından istediğine yakalandığının duyurulabileceği söylenir.

Bu aşamada kişilerin ve zabıtanın ve müdafinin dikkat etmesi gereken noktalar vardır:

a) KİŞİLER:

O anda sanık değildir. İfade veren'den başka bir sıfatı yoktur. İsteddiği müdafiyi seçebilir. İsterse kendi avukatının çağrılmasını isteyebilir. Gelecek müdafinin Baro'ca görevlendirilecek bir

avukat olmasını da isteyebilir. Gelecek müdafinin ücreti, Baro'larca saptanacak ücrettir. Ödeme güçlüğü varsa, bu ücret Baro'ca karşılanacaktır. Bu nedenle, müdafî istemekten kaçınılmamalıdır.

b) ZABITA:

Karşısındaki sanık değildir. İfade verenden mutlaka bir sanık yaratmak gibi bir düşünce taşınmamalıdır. Kişinin istediği avukat veya Baro'ca görevlendirilebilecek avukat gelinceye kadar hiçbir işlem yapılmamalıdır. Herhangi bir girişimde bulunulmamalıdır.

c) AVUKATLAR:

Böyle bir çağrıyı alan avukat, derhal, en kısa sürede ulaşmalı, bunun zorunlu bir görev olduğunu kabul etmelidir. Zabıtanın gereken bilgiyi almalı ve ifade verenle özel görüşmelidir. Bundan sonra, görevine başlamalıdır. İlk önce dikkat edeceği nokta kişinin sorguya hazır olduğunu (psikolojik ve hukuki olarak) anlamaya çalışmalıdır. Sorguya hazır olduğundan emin olduktan sonra, sorguyu başlatmalıdır.

IV- Atılı suç hakkında açıklamada bulunmamasının yasal hakkı olduğu söylenmelidir. Yani SUSMA HAKKI olduğu kendisine bildirilmelidir.

V- Şüpheden kurtulması için somut kanıtlarının toplanmasını isteyebileceği anımsatılır. Kendisi aleyhine var olan

şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan konuları ileri sürmek olanağı verilir.

Bu olanağın, sadece kişiye değil müdafîye de verilmesi zorunludur. Yani, müdafî orada sadece bir gözlemci olarak kabul edilmemelidir. Kendisi, orada sadece ifade verme veya alma işleminin yasalara uygunluğunu izleyen bir gözlemci değildir. Tanıkların çağrılmasını, dinlenilmesini, olay yerinin görülmesini, gerekiyorsa diğer kanıtların da dosyaya girmesini sağlayabilmelidir. Zabita buna da dikkat etmelidir.

VI- İfade verenin veya sorguya çekilenin şahsi halleri hakkında bilgi alınır. Buradaki "şahsi hal" deyimini oldukça geniş yorumlanmalıdır. Müdafî, bu sırada CMUK. 135/a'da belirtilen "özgür iradeyi engelleyen" bir durumun olup olmadığını araştırmalı, varsa tutamağa yazdırmalıdır.

Tutanağa, ayrıca işlemin yapıldığı yer ve tarih yazılmalıdır. Tarih, saati de kapsamaktadır. Mümkünse başlama ve bitme saatinin yazılması sağlanmalıdır.

3) SORGULAMA:

Sorgulama ya Zabita, ya C. Savcılığında ya da Yargıç önünde yapılır.

I- ZABITADA (Emniyet - Jandarma):

Yukarıda belirtilen hazırlık aşamasından sonra ifade alma işlemi başlar. Zabita ve C. Savcılığındakine yasanın es-

kiden anladığı anlamda sorgu demek doğru değildir. Zabıta, bu mantıkla hareket etmemeli ve 135/a'da belirtilen "yasak sorgu yöntemleri"ne kesinlikle kalkışmamalıdır. Müdafinin orada olması büyük ölçüde buna engeldir. Ancak, gelinceye kadar ya da ifade verme işlemi başlayıncaya kadar da buna saygı göstermek zorunludur. Zaten, aksi suç olacaktır. Zabıta, müdafî (avukat)'ye alışmak ve bu işlemin vazgeçilmez parçası olduğunu kabul etmek durumundadır. Zabıta'daki sorguda sadece bir müdafî bulundurulabilir. (136/2)

II- C. SAVCILIGINDA:

Aynı biçimde Savcılarımız da hukukçu bir kişinin sorguya katılmasıyla rahatlayacaktır. İşleri kolaylaşacaktır. Savunmanın istediği kanıtları toplamak yasal görevidir. C.Savcılığı sorgularında kişi kendini en çok üç müdafî ile savunabilir. Bunların üçü birden sorguda hazır olabilir. (CMUK. 136/2)

III- YARGIÇ ÖNÜNDE:

Artık, bu aşamada kişi, sanık olmuştur. İsteddiği kadar müdafî görevlendirebilir. Müdafiden hiçbir aşamada vekaletname ibraz etmesi istenemez. Sorgu yargıcının sorgusunda "karar verilmeden önce C.Savcısı ve hazır olan müdafî dinlenir" denilmektedir. (CMUK. 106/2) Buna göre, bu anlatımdan C.Savcısının da sorguda hazır bulunması anlaşılmalıdır.

4) YARGILAMA:

Bu aşama yabancı olmadığımız bir aşamadır. Daha öncekinden pek farkı yoktur. Yalnız, CMUK. 135/a sonuç cümlesiyle "yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifadeler, rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez." ibaresi getirmektedir. Öyleyse, yargıç, bu tür savunmalara daha titizlikle eğilmelidir. Sanıktan bu durumu kesinkes kanıtlamasını istemek yerine, "şüpheden sanık yararlanır" kuralını işleterek daha hoşgörülü olmalıdır. Yukarıdan beri sayılan aşamalarda yasanın ruhuna uygun işlemlerden geçilerek gelindiğinde, artık davaların uzaması durumu ortadan kalkacaktır. Müdafinin katıldığı sorgulamalar, yargılama aşamasında müdafîye pek çok sorumluluklar getirecektir. Örneğin, müdafî tarafından imzalanan bir tutanaktaki ifadenin 135/a'da sayılan yöntemlerle alındığı iddiası çok güçtür. Ancak, böyle bir iddia dinlenilemez diye bir peşin yargıda bulunmak da olanaksızdır. Bu durumda o müdafî de sonucuna katlanmak zorundadır. Sanıyorum, bu durumdaki bir müdafîye hem Baro hem de Mahkemeler titizlikle cezasını verecektir.

Böylece, 3824 sayılı yasanın yakalama ve sorgu aşamasında getirdiği yenilikler sayılmıştır.

Bu yasa, bir de "TUTUKLAMA"ya yenilik getirmiştir ki, oldukça önemlidir.:

CMUK. 104. madde tamamıyla değişmiştir. Tutuklama asıl olmaktan çıkmış ayrık olmaya yüz tutmuştur. Yargıçlarımız da bunu böyle yorumlamalıdır. Çağdaş Ceza Hukuku "sanığı, suçu sabit oluncaya kadar suçsuz" saymaktadır. Yasa, bu ilkeyi yakalamaya çalışmıştır.

Sanığın tutuklanabilmesi için şu koşullar gereklidir:

I- Kaçma şüphesini uyandıracak vakıtlar bulunması,

II- Delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçınmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması.

Aslında yoruma uygun görünmekte ise de yorumu sanık lehine yapmakta yarar vardır. Yasanın ruhuna uygun olarak yapılan sorgulamalarla önüne gelen dosyada, yargıç, sayılan koşulların varlığını ileri sürmekte zorlanacaktır. Ama, Zabıta, sanığın tanığını dinlemez, lehine kanıtlarını toplamazsa sayılan koşullar gerçekleşebilir. Bu nedenle, hazırlık aşamasının çok iyi değerlendirilmesine olanak sağlanmalıdır. Eğer, bu aşamada, avukat - müdafî sadece gözlemci gibi değerlendirilirse yasanın ruhuna ters düşülür. Yasaya göre, "cezanın üst sınırı yedi yıldan az değilse veya sanığın ikametgahı veya meslekinin bulunmaması veya kim olduğunu kanıt-

layamaması" durumunda tutuklama nedenleri VARSAYILABİLİR, denildiğine göre, yargıcın takdir hakkı önemlidir. Duruma göre var sayılmayabilir de.

Yargıç, takdir hakkını yine, sanığın lehine kullanmalıdır. Çünkü, son fıkra bazı durumlarda tutuklama kararı verilmeyeceğini hükme bağlamıştır. Bu da göstermektedir ki, yasa koyucu, İnsan Haklarını ve demokrasiyi yakalama niyetiyle hareket etmektedir. Artık, Yargıçlarımız, "suçun vasıf ve mahiyeti"ne göre tutuklama kararı veremeyecektir. Böyle bir tutuklama gerekçesi veya nedeni yoktur. Tutuklama kararı mutlaka CMUK. 104. madde de belirtilen nedenlerden biri ile verilmelidir. Yargıç da, kararında gerekçesini açıkça yazmalıdır. Hangi nedenle kaçmasından şüphe edildiği, bilirkişilerin nasıl etkileneceği, tanıkları nasıl korkutacağı gibi konularda ayrıntılı olarak karar verilmelidir. Hem mahkeme kararlarının gerekçesiz olamayacağı genel kuralı, hem de CMUK. 104. madde bunu zorunlu kılmaktadır. "Tutuklamayı" ayrıntılı olarak işleyen maddeye göre verilecek karar da ayrıntılı olmalıdır.

Umarım ve dilerim ki;

Toplum adına yargılama yapıp karar verme durumunda olan yargıçlarımız, yasaları yorumlarken toplumun gerisinde kalmazlar. Toplum, demokratik, insan haklarını ön plana çıkaran, çağdaş ceza hukuku istiyor.

ÇOCUK MAHKEMELERİ

VE

SOSYAL HİZMET

*Nurhan TÜRKÖZ

Günümüzde "sosyal hizmet", "sosyal hizmetler" terimleri bazen eş, bazen değişik anlamda kullanılmaktadır.

Ayrıntılı ve mesleki olarak tanımlamak istediğimizde sosyal hizmet; "ülkeden ülkeye değişmekle birlikte kamu ya da özel kuruluşların yönetiminde; kişi, grup ve toplulukların sorunlarını çözmeleri, her tür aksaklık veya eksikliklerini gidermeleri, asgari ekonomik, sosyal ve psikolojik iyiliğe kavuşturulmaları için kişisel ve ticari kazanç gözetmeksizin düzenlenen sosyal yönden yardım etme işidir" (1).

Sosyal hizmetin çok geniş olan çalışma alanlarından birisi de Çocuk Mahkemeleridir. Çocuk Mahkemelerinin dünyadaki ve Türkiye'deki geçmişine baktığımızda ilk Çocuk Mahkemesinin 1899 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Chicago kentinde kurulduğunu görüyoruz. Bunu İngiltere, Fransa, İtalya, Almanya, Sovyetler Birliği ve İspanya'da kurulan Çocuk Mahkemeleri izlemiştir.

Ülkemizdeki gelişmeleri incelediğimizde ilk olarak 7 Kasım 1979 tarihinde çıkarılan Çocuk Mahkemeleri Yasasının (2) personel yetersizliği nedeni ile Haziran 1982 tarihinde uygulamaya başlanmasının öngörülmüş olduğunu görüyoruz (3). Daha sonra 31 Mayıs 1982'de Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik yayınlanmıştır ve bu yönetmelik Haziran 1982'de yürürlüğe girmiştir.

Bu Yönetmelikle, Sosyal Hizmet Uzmanlarının nitelikleri ve görevleri "Gözetim ve Denetim Delegelerinin Nitelikleri ve Görevleri" başlığı altında belirtilmiştir. Burada yer alan hükümlere göre, Sosyal Çalışma ve Sosyal Hizmetler v.b. bölüm ve dallarından mezun olan kişiler "Gözetim ve Denetim Delegatesi" ünvanını almaktadırlar.

Görevleri ise;

1) Çocuk Mahkemeleri tarafından gerekli görüldüğünde, ceza ve tedbir uygulamasından önce yasanın 20. maddesinin 2. fıkrasına göre, küçüklerin psikolojik ve sosyal gelişimleri, içinde yetiştikleri ve buldukları şartlar ile buna benzer hususlarda sosyal araştırma yapmak,

2) Çocuk Mahkemeleri tarafından yasanın 29 ve 39. maddeleri uyarınca;

Haklarında tedbir uygulanmasına karar verilen,

Haklarında hükmedilen cezaları, şartlı veya şartsız olarak ertelenen,

Şartla salıverilen, küçüklerin gözetimlerini yapmak.

3) Çocuk Mahkemeleri tarafından yasanın 14. maddesi uyarınca haklarında tedbir uygulamasına karar verilen korunmaya muhtaç küçüklerin denetimini yapmak.

4) Gözetim veya denetimi engelleyen durumların ortaya çıkması halinde durumu derhal görevli buldukları Çocuk Mahkemesine bildirerek gerekli önlemlerin alınmasını istemek,

5) Görevli buldukları Çocuk Mahkemesine en az iki ayda bir gözetim ve denetim raporları vermek.

6) Yasanın 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, küçükleri işledikleri suçların anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumlarının tespit edilebilmesi için adli mercilerce tayin edilen mütehassıslara, gerektiğinde ihtisaslara giren konularda görüşlerini bildirmek sureti ile yardımcı olmaktır.

Çocuk Mahkemelerinin kurulması ülkemiz açısından önemli bir gelişmedir. Ancak yasanın tekrar ele alınması gereken bir noktası bulunmaktadır. Bu da Çocuk Mahkemelerinde yargılanma yaşının 15 ile sınırlanmasıdır. 15 - 18 yaşları arasındaki suçlu çocuklarımızın Çocuk Mahkemelerinin öngördüğü eğitici ve koruyucu ön-

lemlerden yararlanması mümkün olmamaktadır.

Bilindiği gibi insanların en sorunlu ve bunalımlı yaş dönemlerinden birisi 12 - 21 yaşları arasında kapsayan ergenlik (adolescence) dönemidir.

Yapılan araştırmalar göstermektedir ki, suç işleyen çocukların çoğunluğu 15 - 18 yaşları arasındadır (4).

Bu nedenle 15 - 18 yaş dilimi arasında suç işleyen çocuklarımızın da Çocuk Mahkemelerinde yargılanma olanağına kavuşturulması daha yararlı olacaktır.

* Anadolu Üniversitesi Tıp Fakültesi
Psikiyatri Ana Bilim Dalı Sosyal Hizmet
Uzmanı.

(1) Koşar, Güran Nesrin. Sosyal Hizmetlerde Aile ve Çocuk Refahı Alanı. Ankara, 1989.

(2) R.G., 21.11.1979 T.,16816 S.

(3) Ballar, Suat. Türk Hukukunda Sosyal Hizmet ve Çocuklar. İstanbul, 1988.

(4) Yavuzer, Haluk. Çocuk ve Suç. İstanbul, 1982.

HAK VE ÖZGÜRLÜK KAVRAMI (I)

*Muammer AKKAYA

I- GİRİŞ

"Hak" ve "Özgürlük" iki büyüklük. Bilinebilen tarihin başlangıcından günümüze değin uğruna devrimler yapılan sözcükler. Adına toplumsal savaşlar yapılan sözcükler. Kapsadığı anlamların genişliği düşünülürse tarihin ta kendisi. Eğer tarih, insan yaşamını konu olarak ele almışsa, insan sözcüğü ile eş anlamlı olarak kullanılagelen "Hak ve Özgürlük" tarihin konusudur. Bir bakıma tarih, "İnsan Haklarının" öyküsüdür.

Toplumsal bir birimdir insan. Üretici bir varlıktır. Ürettiklerini diğerlerinin ürettikleriyle değiştirerek bölüşmüştür. Üretirken de, değiştirirken de, bölüşürken de "Hak ve Özgürlük" kavramlarıyla karşılaşacaktır. İnsanın bulunduğu her yerde toplum da vardır. İnsanların toplu olarak yaşamaya başladıkları, birlikte yaşam içinde bir yetkeye boyun eğip, siyasal, toplumsal ve ekonomik sıra düzeni, ayrılaşmayı kabul ettikleri ya da buna zorlandıkları uzun insanlık tarihi içinde toplumlarla beraber insan hakları düşüncesi de ileriye sürülmeye başlanmıştır (1). İnsan hakları, bütün insanların hiçbir ayırım gözetilmeksizin, yalnızca insan oluşlarından dolayı, insanlık onurunun gereği olarak sahip oldukları hakların bütününe kapsar (2). Herhangi bir nedene dayanmaksızın ve hiçbir ayırım gözetmeksizin, insanlık niteliğinden dolayı bütün insanlara tanınmış olan, başta devlet olmak üzere herkesin saygılı olması gereken bir haklar ve özgürlükler demetini belirler (3).

İnsanın, tarihin konusunu oluşturduğundan söz etmiştik. Somut içeriğiyle insan ya da toplumsal bir varlık olan birey, toplumsal bağlamın bir nesnesi olduğu

kadar, tarihsel ve toplumsal sürecin bir öznesidir. Toplumdan bağımsız bir insan ne kadar soyutlamaysa, bireyden soyutlanmış üstün bir toplum kavramı da o kadar içeriksizdir (4). İnsanoğlunu toplum içinde bir varlık olarak ele almak gerekir. Birey soyut kavram. Toplum dışında kalan, gerçek varlığı olmayan bir kavram. Kişi ise, varlığını topluma borçlu olan, ancak toplum dışında herhangi bir özü, bir dayanağı bulunmayan insan, yani gerçek insandır. Böyle bir insan tek başına ele alınamayacağı için, birey ile toplum arasındaki ilişkiler sorunu üzerinde durulacak bir sorun olmaktan çıkmış, yerini toplum içindeki insanlarla yani kişilerle toplum birimleri ve bütün topluluk arasındaki ilişkilere bırakmıştır (5).

İnsanoğlunu birey olarak değil de bir kişi olarak ele aldığımızda, artık insana "doğuştan" bir takım haklar tanınmanın da hiçbir anlamı kalmaz. Öyleyse diyebiliriz ki, "İnsan Hakları" toplumdan önce değil, toplumla var olan ve toplum düzenine geçmiş insanın, toplumdan isteyeceği bir hak olmaktan çıkar, toplumun verebileceği bir hak durumuna geçer.

II- TERMİNOLOJİ SORUNU

Hak ve özgürlük kavramına egemen olan yaklaşımlara girmeden önce terminoloji sorununa eğilmek istiyorum.

Hak ve özgürlük kavramını çokça hukuk açısından açıklama eğilimi var. "Hak" denince, hukuk ve hukuk eğitimi içindeki hak sözcüğünün anlamı akla geliyor. "Hak"ın sözcük anlamı karşılığında "doğruluk, gerçek, alacak, bir iş veya emek karşılığı, pay" anlamlarını buluyoruz. Özel hukuk terimi olarak haktan daha çok, bir

kişinin insan olarak, bir toplum üyesi olarak sahip olduğu ve kanunların ya da anlaşmaların kendisine tanıdığı değişik biçimlerde beliren bir takım yetkiler anlaşılmaktadır. Bu anlamda hakka subjektif (özel) hak da denir (6).

"Özgürlük" sözcüğünün anlamına gelince; özgürlük, siyasal ve bireysel olabilir. Siyasal özgürlük, halkın kendisini doğrudan doğruya veya seçtiği temsilciler aracılığıyla yönetme hakkı. Siyasal özgürlük demokrasi düzeninin koşulu ve ayırdedici özelliğidir. Bireysel özgürlük, kişiye yasa ve yargı erkinin gözetimi altında tanınan güç ve yetkililerdir. Bunları genel yaşam gereklerine göre düzenlemekle hukuk düzeni görevlidir (7).

III-KAVRAMLAŞTIRMA SORUNU

Hak ve özgürlüğü, sözlük anlamlarının dışına taşırarak kavramlarının içeriğini saptamak gerekir. Ancak, söz konusu kavramların tarihsel süreç içerisinde ülkeden ülkeye ve ülkelerdeki siyasal düzene göre kavramlaştırma zorluğu ile karşılaşılır. Hak ve özgürlükler kavramının salt siyasal değil, ekonomik ve toplumsal yanlarının bulunuşu bu kavramların tanımlanmasını zorlaştırmaktadır. Anlayışın yüzyıldan yüzyıla değişmesi işi daha da zorlaştırır.

Kavramların da bir yaşama gücü ve yaşama çizgisi vardır. Hoyrat ve yoz kullanımda aşınırlar, anlam yükü ve değerinde bir eksilme olabilir.

Hak ve Özgürlük, öğretilerde ve belgelerde değişik anlam ve içerikleriyle kullanılan ve üzerinde henüz tanım birliği bulunmayan kavramlar olup, çeşitli bakış açılarıyla tanımlanması yoluna gidildiği görülmektedir (9).

Voltaire "Özgürlük, istencimizin salt bir zorlulukla istediği şeyi, kişiliğimizin yapmaya alışmasındaki kudrettir" diyor (10).

Montesquieu özgürlük için; "hiçbir kelime yoktur ki, özgürlük kelimesi kadar değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun" diyerek işin zorluğuna başta işaret ediyor.

1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde yer alan sonradan birçok Anayasalara geçen anlamıyla "özgürlük, başkasına zarar vermeyen herşeyi yapabilmektir." Montesquieu'nün tanımı "özgürlük, yasaların izin verdiği herşeyi yapabilme hakkıdır" Bartholemy'ye göre; "o, daha çok duyulan, hissedilen bir şeydir" Bu tanımdan esinlenerek eski İngiliz Başbakanlarından Stanley Baldwin; "özgürlüğü adeta teneffüs edilen havanın bir parçası olduğunu ve çoğu zaman onun varlığının farkına bile varılmadığını" söylüyor.

M.Sencer "Özgürlük, insanın herhangi bir dış baskı, engel ya da karışma olmaksızın olanaklı bir davranış ya da eylemde bulunabilmesidir." (11) diye tanımlıyor ve özgürlüğün yapılabilir eylem koşullarının;

- a) Çağdaş evrensel değerler,
- b) Uluslararası genel ilkeler,
- c) Kamu yararı olduğunu ileri sürüyor.

Hak kavramına gelince; öğretilerde, hak ve özgürlük kavramlarının çoğu kez içiçe ve birbiri yerine kullanıldığını görüyoruz. "Hak, yasalarla tanınmış olan özgürlüktür" tanımı en sık rastlanan bir tanım olarak karşımıza çıkıyor. Hak ve özgürlük birbirine yapışık gibidir. Hak, kişi

özgürlüklerinin temeli ve güvencesidir. Ancak hak kavramının etimolojik anlamına yukarıda değinmiştik. Hak, hukuk teriminin irdelenmesini de gündeme getiriyor. Hukuk terimi, kökençe hak ile aynı sözcükle karşılanıyor. Roma Hukukunda, "İus" sözcüğü nesnel içerikte iken hukuk, öznel içerikte hak anlamına gelmektedir. Hukukla hak, aynı kavramın iç ve dış görünüşlerinden başka bir şey değildir ve aynı temele indirgenebilir (12).

Bunun gibi "İus - Yasa", "İustum - Haklı" terimi ile çok sıkı bağları olan bir terim olarak kabul ediliyordu. Zamanla Latince'den gelen bu terimler, eski "Yasa" terimi, İngilizce'de Adalet "Justice" oldu. Yani İus hem yasadır, hem haklı. Buna göre bir egemen tarafından yürürlüğe konan genel bir kural olarak değil, topluluğun adalet duygusunu kaplar oldu. Romalıların kurduğu bu ilişki, hakkın da hukuk gibi devlet tarafından oluşturulduğu, düzenlendiği düşüncesine yol açmıştır. Büyük ölçüde bu yaklaşımın etkisiyle hakkın statüleştirildiği kişi - devlet ikilemi, hatta karşıtlığı görüşleri geliştirilmiştir (13).

Hak ve özgürlüklerin gelişim süreci içerisinde birlikte kullanıldığı, yaşamda çoğu kez birbirinin yerine kullanılageldiği görülmektedir. Bunun gibi yasa koyucular da hukuk metinlerinde her iki terime birden yer vermektedirler. Bunun nedeni olarak hak ve özgürlüğün birbirlerini tanımlayan iki kavram oldukları ileri sürülmektedir. H.Nail Kubalı; "Hak ve özgürlüğün aslında bir tek hukuksal gerçeğin iki yönü olduğunu ileri sürerek, özgürlüğün bir hak olup, hakkın özgürlükle gerçekleşebileceğini vurguladıktan sonra, bunlardan biri olmadan diğerinin olamayacağını, hakkın özgürlüğün temeli ve konusu, özgürlüğün ise hakkın gerçekleşme arası olduğunu" ileri sürüyor (14).

T. Zafer Tunaya; "Haklar, yazılı hukuk belgeleriyle, yasalarla, özgürlükleri sağlamak için kişiye tanınan yetkililerdir. Bir bakıma, pozitif hukuk belgeleriyle korunan menfaatlerdir. Özgürlük, insanın insan olarak taşıdığı gücün, serbest hareket etme gücünün, daha doğrusu bağımsızlığın (otonominin) ifadesidir" diyor (15).

Ancak 19.yüzyılın ikinci yarısından başlayarak toplumsal ve ekonomik hakların kazanılmasıyla; günümüzde hak kavramının kapsamı, 18.yüzyıla oranla çok gelişmiştir. Nitekim eski hukuk metinlerinde başka, çağımız anayasalarında başka olarak kullanılmıştır. Örneğin; Magna Carta Libertatum'da bu terimlerin birlikte kullanıldığını görüyoruz. Yönetim biçimi ile ilgili olarak İngiltere'de kendisini gösteren gelişme sonucu İngiltere Kralı Yurtsuz John (1199-1216) namında, kralın yetkilerini sınırlamak, kralın yürürlükteki yasalara uygunluğunu sağlamak, bireylere kimi haklar tanımak ve bu hakları korumak amacı ile 1215 tarihinde Büyük Özgürlük Bildirgesi denilen sözkonusu belge yayımlanmıştır. Bu belgede, hak ve özgürlük kavramının iç içe ve birlikte kullanıldığı, birbirini tamamlayan iki kavram olarak ele alındığı gözlenmektedir.

Aslında, özgürlük ve hak kavramlarının her ikisi de toplumsal kökenlidir. Ne var ki; özgürlük bir inanç belirtisi ile oluşurken, hak teknik bir işlem sonucu doğmaktadır (16).

Hak, özgürlüğü de içeren geniş bir kavramdır. Başta özgürlük olmak üzere kimi yasakları ve yararlanma istemlerini de içerir (17).

Hak, ancak toplum içinde doğabilir. 18.yüzyılda doğal haklar kuramında, insanların doğuştan hakları olduğu, hakların in-

sana doğumu ile bağlandığı görüşü etkisi altında, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin ilk maddesinde, insanlar hukuken özgür ve eşit doğdukları, ikinci maddesinde, her siyasal toplumun amacının, insanların doğal ve zaman aşımı ile kaybolmayan haklarının korunması olduğu açıklanmıştır.

İnsanın hak ve özgürlüklerini kazanma sürecinin ilk adımı olan burjuva devrimleri, ekonomik yapıdan siyasal yapıya kadar her alanda feodal toplum düzenine karşı çıkmadığı. Ortaçağ, toplumu yıkarken geliştirdiği ideoloji ile de yeni bir insan anlayışı yaratmıştır. Sözkonusu ideoloji liberalizm olup, ekonomik alanda olduğu kadar siyasal alanda da bireyci ya da bireye öncelik tanımaktadır (18).

15 - 18.yüzyıldaki tarihsel süreç incelendiğinde, ticari kapitalizmin doğuşuyla burjuvazinin birikiminin başladığı, manifaktür çağı ile birlikte ekonomik model olarak kapitalizmi koruyan merkantilist görüşlerin benimsendiği, siyasal ideoloji olarak ulusal merkezci birliklerin kurulduğu, düşüncenin dinin baskılarından arındırılarak geliştirilip siyasal otoritenin dinsel otoriteden ayrılarak laikliğin ortaya çıktığı, burjuvazinin kralları destekleyerek feodalizmi çökerttiği, düşüncede, yaşama bakış açısında renösansın ve dinde reformun gerçekleştirildiği görülmektedir.

Feodal üretim biçiminin çözülüşü ve kapitalist üretici güçlerin gelişerek kent soylu sınıfını oluşturmasıyla, klasik hak ve özgürler doğuyordu (19).

İnsanı, feodal toplumun kul ya da uyruk konumundan kurtararak, doğuştan kimi hakları bulunan saygın bir varlık düzeyine yükselten liberalizm, ekonomik alanda olduğu kadar siyasal alanda da, bireyci ya da bireye öncelik tanıyan bir

ideoloji olarak ortaya çıkmıştır (20).

Bireye öncelik vererek, insanın doğal ve devredilemez kimi hakları bulunduğu düşünce inancı bildiriler aracılığıyla topluma iletildi.

19.yüzyılın, özellikle ikinci yarısından sonra bireyin, siyasal hakları; kendisine bağlı, doğuştan, doğal biçimde yapışık hakları yanında, kimi hakları olduğu savı ortaya atılmaya, toplumsal ve ekonomik haklardan sözedilir oldu. Siyasal olaylara karşı olarak, anayasacılık süreci başladı. Siyasal erkin yasa ile sınırlandırılmasının kuramsallaştırılması düşüncesi ortaya atılarak, insan haklarının toplumsal haklarla zenginleştirilmesi önem kazandı. İkinci Dünya Savaşı sonrasında yüzyılımızın başlarından itibaren, toplumsal ve ekonomik hakların, başta anayasalar olmak üzere, yasalarla güvence altına alınması akımı genişleyip hızlandı. Hak ve özgürlük listelerindeki zenginleşme, sorunların uluslararası nitelik kazanması, kavramların genişçe ele alınması gereğini ortaya koydu. Bu gelişme içerisinde, özgürlük kavramı ile eşitlik kavramı da çoğu zaman birlikte, kimi onunla eş tutularak anılmaktadır. Genellikle özgürlük yolunda bir ilerlemenin er veya geç oransal bir eşitliği de peşinden getireceği, hiç değilse eşitlik isteklerini arttıracığı ve bunlara ağırlık vereceği söylenebilir. Aralarındaki bağ nedeniyle her ikisi de insana insan olarak değer tanıyan, onun kişiliğine saygı duyan bir görüş ve anlayıştan kaynak alırlar. Bu anlayış, insanları dış baskılardan uzak olarak kendi varlıklarını geliştirmekte özgür saydığı gibi onları - aralarındaki yaradılış ayrılıkları ve sosyal farklılıklar ne olursa olsun - bu yolda aynı olanaklara sahip kılma bakımından tamamen eşit sayan bir anlayıştır (21).

Nitekim 1789 bildirisinde özgürlükle beraber eşitlikten söz edilmektedir. Ancak yasa önünde eşitlik ilkesi, insanlar arasında bugünkü anlamda bir eşitlik olarak düşünülmüş ve ele alınmış değildir. Klasik demokrasinin eşitlik ilkesi olarak ele alındığında, toplumda hiçbir kişi aile ya da gruba ayrıcalık tanınmayacağı anlayışını içermekle birlikte, toplumsal ve ekonomik bir içerikten yoksun olduğundan, gerçekte ekonomik ve toplumsal bakımdan güçsüz olanların ezilmesine yol açmış, toplumsal ayrıcalık ve adaletsizliğin hukuksal dayanağı olmuştur. Bu ilke uyarınca giderek köklü bir uyumsuzlukla karşılaşan batı demokrasisi, devletin karışmacı bir rol üstlenmesi ve ezilen kesimler lehine toplumsal güvenlik sistemleri geliştirmesiyle, eşitlik ilkesinin değişik bir yaklaşımla ele almak zorunda kalmış, klasik hakların yanısıra, toplumsal ve ekonomik eşitsizlikleri önlemek ve beliren derin dengesizliği gidermek amacıyla, anayasalarda, toplumsal ve ekonomik haklara da yer verilmiş, böylelikle eşitlik kavramı eski soyut niteliğini az çok yitirerek toplumsal eşitlik ya da fırsat eşitliği anlamı kazanmaya başlamıştır (22).

IV-KAVRAMIN BÜTÜNLÜĞÜ

SORUNU

Hak ve özgürlük kavramlarının iç içeliğinden söz etmiştik. Söz konusu kavramların bütünselliği sorunu da karşımıza çıkmaktadır. Çünkü kimi insan hakları, uluslararası belgelerde ve anayasalarda bir ayırım yapılarak, sanki hak ve özgürlükler arasında sıradüzen varmış görüntüsü sergilenmektedir. Nitekim 1961 tarihli T.C. Anayasa'sının ikinci kısım başlığı altında "Temel Haklar"dan söz edilmektedir. Adı geçen anayasanın 10. maddesinde "Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez,

temel hak ve hürriyetlere sahiptir" denilmektedir. Bu ayırım hak ve özgürlükler arasında bir sıra düzen çağrışımı yapmaktadır. İnsan Haklarını kapsayan haklar ve özgürlükler listesi içerisinde sıradüzen bir ilişki kurulması doğru olmamak gerekir. Böyle bir ayırım yapmak sanki temel olamayan başka haklarda varmış gibi bir sonuca götürebilir. Bu sonuç ise, temel sayılmayan kimi hakların gerektiğinde kısıtlanmasına ve hatta ileri gidilerek yadsınabilmesine olanak sağlayabilir. Değersel ve işlevsel açıdan hepsi birbirine eşit olup her bir hak ve özgürlük diğeri olmadan olmaz. (Sine qua non - olmazsa olmazlık). Böyle bir ayırımın sistematik amaçlara dönük olduğunu kabul etmek zorunludur. Kişi hak ve özgürlüklerinin tarihsel olarak toplumsal ve ekonomik hak ve özgürlüklerden önce elde edildiği düşünüldüğünde, "temel" ayırımın, sistematik amaçla yapılan geleneksel bir ayırım olduğunu ortaya koyar. Yukarıda açıklandığı gibi, temel olarak ele alınan ve sıralanan kişi haklarının, insana doğuşuyla bağlanan haklar olduğunu açıklayan "doğal haklar kuramıyla" ilgili olduğu ortaya çıkar. İnsan Haklarının, "insan" ve "hak" kavramlarının bileşkesinden olduğunu ileri sürdüğümüzde, bütüncül yapının haklılığı ortaya daha belirgin olarak çıkar. Kişi özgürlüğü "insan" olmanın bir sonucudur. Topluma biçim veren insandır. Kişi toplumun belirleyicisi olmakla, toplumun "odak" noktasını oluşturur. İnsan Hakları, "insan olma" onuruna bağlanmalıdır. Bir bütün olan insanlara, hak ve özgürlükler listesinden kimilerini tanımak, kimilerini ayrı tutarak tanımamak doğru olmaz. Ancak, eğer bir ayırım - sistematik amaca dönük olmak koşuluyla - yapılmak gerekirse, insan ve içinde yaşadığı toplumu ele alarak bir öneri geliştirilebilir. İnsanın toplumun bir üyesi olduğuna değinmiştik. Kişiyi toplumdan ayrı soyut bir kavram olarak düşünemeyiz. Kişi toplumla birleştiğinde, daha doğru bir anlatımla, toplumu oluş-

turduğunda tek tek değil, toplum olarak mutluluğa kavuşabilirler. Toplum haline geldiğinde özünü "insan olarak" kaybetmez, kaybetmesi gerekmez. Toplumun koşulları "insan olmak" ilkesine aykırı olamayacaktır. Kişi toplumla birleştiğinde ekonomik ve toplumsal haklarla karşı karşıya gelecektir. Toplumunu oluştururken insan sıfatıyla sahip olduğu hakları taşıyacaktır. Böylece kişi hak ve özgürlükleri ile ekonomik ve sosyal haklarla bütünleşecek, adı geçen haklarını aynı anda kazanacaktır. Böylece kişi haklarıyla, toplumsal ve ekonomik hakların, insan olmanın "onsuz olunmaz" ön koşulları olarak ortaya çıkar. Başka bir deyişle, kişi haklarıyla toplumsal ve ekonomik hakların içiçeliğinden söz edebiliriz.

(Sürecek)

* Eskişehir Cumhuriyet Savcısı

- (1) Cahit Talas: Bir insan Hakkı Olarak Sendika Hakkı ve Uluslararası Belgelerde Yeri ve Evrimi, İnsan Hakları Yıllığı, Yıl:1, Ankara, 1979, s.37.
- (2) Mümtaz Soysal: 100 Soruda Anayasa Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s.190.
- (3) Talas: a.g.e., s.36.
- (4) Muzaffer Sencer: "Hak ve Özgürlük Kavramı ve Tarihsel Gelişimi", İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 39. Yıldönümü Nedeniyle Yapılan ve Yayımlanmış Konuşma Notları, s.12.
- (5) İlhan F. Akın: Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, 1968, s.110.
- (6) Yeni Hukuk Lugatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul, 1964, s.108.

(7) a.g.e., s.131.

(8) Mehmet Semih Gemalmaz: "İnsan Hakları: Temelendirilmesinden Tanımlanmasına", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara, 1988, s.244.

(9) Muzaffer Sencer, a.g.e., s.4.

(10) Voltaire: Felsefe Sözlüğü III, İstanbul, 1945, s.182.

(11) Muzaffer Sencer: a.g.notları, s.5.

(12) Ziya Umur: Roma Hukuku, İ.Ü.H.F. Yay. 567, İstanbul, 1979, s.341.

(13) Gemalmaz: a.g.makale.

(14) H.Nali Kubalı: Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, İstanbul, 1964, s.318.

(15) T.Zafer Tunaya: Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İ.Ü.H.F. Yay. 454, İstanbul, 1975, (3.Bası), s.279.

(16) Tennur Koyuncuoğlu: Tarihsel Yaklaşımla Hak - Özgürlük İlişkisinin Saptanması, M.H.A.D. Yeni Seri:12 No:15, İstanbul, 1983.

(17) Sencer: a.g.notları.

(18) Sencer: a.g.notları

(19) M.Semih Gemalmaz: "Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları", İnsan Hakları Yıllığı, T.O.D.A.İ.E. Yay:C.7 - 8, Ankara, 1985 - 1986, s.59.

(20) Sencer: a.g.notlar

(21) Münci Kapani: Kamu Hürriyetleri, A.Ü.H.F. Yay. 453, Ankara, 1981, s.8.

(22) Sencer: a.g.notlar.

SERMAYE PİYASASI KANUNU VE İÇERDEN ÖĞRENENLERİN TİCARETİ

(INSIDER TRADING)

*Av.Neval OKAN

□ SPK'daki bu düzenleme karşısındaki ortaklık yetkilileri ortaklığa ait bilgileri kendi yararına kullanamayacaklar ve böylece yatırımcılar arasında fırsat eşitliği sağlanabilecek, bazı ortaklıkların kendi pay senetleri ile oynamaları gibi iddialar ortadan kalkacak veya en azından azalacaktır. Ayrıca yatırımcılarda bilgi sahibi olma olanağınada kavuşacaklardır.

Ortaklar hakkında gerekli olan bilgilerin kamuya duyurulması gerekmektedir.

GİRİŞ

Borsa ülkemiz için oldukça yenidir. Bu nedenle de borsada meydana gelebilecek haksız kazançlara karşı oluşturulan yasal düzenlemelerin yeterli olmaması ve zaman içinde uygulamadan doğan gereksinimler neticesinde bu tür düzenlemelere gidilmesi doğaldır. Türkiye'de borsa yeni yaygınlaşmakta olduğundan "Insider Trading" konusunda da Batıdaki yasa ve düzenlemelerin daha başlangıçta SPK'da yer alması düşünülmemiştir. Bu konu Sermaye

Piyasası Kanunu (SPK.)'da 29.4.1992 tarihli ve 3794 sayılı yasa ile yapılan bir değişiklik ile düzenlenmiştir (1). "Insider Trading"ın ne olduğu saptanırken batıdaki ve özellikle ABD'deki yasal düzenlemelere de yer verilmiştir. Açıklamalarımızda yabancı hukuklardaki düzenlemelere de yer vermekle beraber, esas olarak SPK'da içerden öğrenen "Insider" olarak nitelenen kişiler, sorumlulukları, müeyyideler ve bu konudaki düzenlemelerin gerekliliği üzerinde durulmuştur.

I. GENEL OLARAK

Diğer ülkelerde "insider trading" olarak isimlendirilen ve dilimize içerden öğrenenlerin ticareti olarak çevrilen, 2499 sayılı SPK'da da bu şekilde yer alan bu olgu SPK'da şu şekilde tanımlanmıştır: "Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine ve üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanılarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak

şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zarar bertaraf etmek, içerden öğrenenlerin ticaretidir". Öğretide de benzer bir tanım yapılarak insider trading halka açık bir anonim ortaklıkta, bulunduğu mevki nedeni ile bir menkul değer in ileride oluşacak değeri ile ilgili bilgilere sahip olan kişilerin bu bilgileri, kamuya açıklanmalarından önce, borsa içi ve borsa dışı ticarete kendisi ve başkalarının yararına kullanarak bundan çıkar sağlanması içeriden öğrenenlerin ticaretidir"

Borsada hisse alım - satımları kazanç sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Hisse alım - satımı ile ilgili kararları, borsada işlem gören hisselerin ait olduğu ortaklığın, finansal durumunu etkilemektedir. Ortaklığa ait bilgiler bu durumda çok önemli olmaktadır. Bu nedenle hisselerinin borsada kota alınmasını isteyen ortaklıklara ait bilgilerin dönemsel olarak hisse sahiplerine bildirilmesi zorunludur. Borsanın amacı ortaklığın hissedarını korumaktır. Çünkü borsada işlem göreceğ olan hisseye ait bilgi halka açıklanmazsa, ortaklığın halka açık olmasının ekonomik ve toplumsal nedenleri ortadan kalkar, hissedarlar arasındaki eşitlik bozulur ve bazıları ayrıcalıklı duruma gelir. Bu ise diğer hissedarların ekonomik kaybına neden olacağından, borsaya olan güven sarsılır ve işlevini yerine getirmesi engellenmiş olur.

Menkul değerlere yatırım yapmak isteyen kişi ve kuruluşlara bu menkul değeri çıkaran ortaklıkla ilgili -rekabet ve ticari sıra ilişkin olanlar dışında- her türlü bil-

giyi vermeyi içeren "Kamuyu Aydınlatma" ilkesi ile "Insider Trading" birbirleriyle yakından ilgilidir. Henüz kamuya açıklanmamış bir bilgiyi kullanmak olarak karşımıza çıkan "Insider Trading" kamuyu aydınlatma ilkesi ile çelişmekte, güven ve açıklığı zedelemektedir.

Kamuyu aydınlatma ilkesi, piyasaya bilgi sağlayarak, sermaye piyasasının sermaye oluşumu ve güvenlik fonksiyonlarını yerine getirmesine olanak sağlar. İçeriden öğrenenin elde ettiği bilgi ise, sermaye piyasasının bu fonksiyonları yerine getirmesine engel olmaktadır.

Kamuyu aydınlatma ilkesi aynı zamanda işletmenin çıkarlarına da hizmet etmektedir. Çünkü "Insider Trading"te edinilen bilgi, ortaklığın değil bilgiyi edinen veya üçüncü kişinin yararınadır. Insider Trading'in yasal olarak düzenlenmesi ve yaptırımlara bağlanması bu tür sakıncaları gidermeye yöneliktir. Insider Trading bir hile ve aldatmaca olarak karşımıza çıkabileceği gibi, ortada bir hile sözkonusu olmaksızın kamuyu aydınlatma ilkesini çiğnemek şeklinde de kendisini gösterir.

1.İÇERİDENÖĞRENEN (INSIDER)

SPK m.47'de Insider dört grupta ele alınmıştır:

a) Sermaye Piyasası Kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hakim kuruluşların faaliyet ve niteliklerine

uygun sermaye piyasası araçlarını ihraç edenler insider'dır.

b) Yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticiler, denetçiler, personel birer insider'dır.

Anılan kişiler henüz kamuya açıklanmamış bilgiyi çıkar sağlama amacı ile kullanarak, borsada bir işlemi etkilemiş veya etkilenmesine neden olmuşlardır. Elde ettikleri bilgi bu kişilerin görevleri nedeniyledir. Ve kendisinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanılmıştır.

c) Mesleği gereği veya görevini yerine getirirken elde ettiği, henüz kamuya açıklanmamış bilgiyi bilerek kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlamak amacı ile kullanarak, borsada bir işlemi etkilemiş veya etkilenmesine neden olmuş kişi insider'dır.

d) (a), (b), (c)'de sayılan kişilerle ilişkileri nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumda olan kişiler insider'dır.

Öğretide ve bazı düzenlemelerde de insider iki grupta ele alınmaktadır. Birinci grupta pay sahipleri, ortaklığın yöneticileri ve ortaklıkta yer alan diğerleri; ikinci grupta ise, insider ile aynı konumda kabul edilen mali kuruluşlar, borsa brokerleri, yatırım danışmanları ve ilgili diğer kurum ve kişiler yer alır.

Amerikan mevzuatında da insider üç grupta toplanmaktadır: Profesyonel yöneticiler, yönetim kurulu üyeleri ve %10'dan büyük pay sahipleri (2).

2. INSIDER TRADING'E

KONU BİLGİ

Insider Trading'e konu bilgi henüz kamuya açıklanmamış, menkul değerlerin fiyatlarını etkileyecek olan ayrıcalıklı bilgilerdir.

Borsaya pay senedini kote ettirmiş ortaklığın pay senedini etkileyecek her tür bilgi, kamuya duyurulmadıkça, ayrıcalıklı bilgi sayılmaktadır ve bu tür bilgilere doğal olarak ortaklık içindeki kişiler sahip bulunmaktadır.

Amerikan hukuku Insider Trading'te önemli bilgi kavramına yer vermiştir. Ve ortaklığın mal varlığını veya iştiraklerinin mal varlığını etkileyecek buluşları önemli bilgi olarak kabul etmiştir.

Alman yönergesinde, kâr payı oranlarında veya önemli koşullardaki değişikliklere ilişkin bilgilerin yanısıra sermayenin azaltılması, arttırılması, kârın kısmen veya tamamen devri sözleşmesinin yapılması, birleşme, mal varlığı devri, tür değiştirme, bütünleşme, tasfiye konuları Insider Trading'e konu bilgi kabul edilmiştir.

Buna karşılık çeşitli mali tabloların incelenmesi ve analizi sureti ile elde edilen bilgiyi Insider Trading'e konu bilgi saymak olanaksızdır (3).

3. BİLGİNİN KULLANIMI

Insider Trading'ten sözedebilmek için kamuya açıklanmamış bilginin elde edilmesi yeterli olmayıp, bu bilginin kamuya açıklanmasından önce kullanılmış olması gerekir.

II. YABANCI HUKUKLARDA

INSIDER TRADING

Amerikan Hukukunda Insider Trading, Securities and Exchange Act (SEC)'in 10(b) - 5 ve 16(b)'de yer alan hükümleri ile düzenlenmiştir. SEC'in 10(b) hükmü yalnızca hileye uygulanmaktadır. Insider Trading'in bazılarında zarar verdiği tartışmasız olmakla beraber Insider doğrudan doğruya mağdur ile ilişkiye girmemektedir. Bir Insider'in SEC 10(b) hükmünü çiğneyebilmesi için ticaretten önce kamuya açıklama yapma görevinin bulunması gerekir. SEC 16(b) hükmü içeriden öğrenilen bilginin kullanılıp kullanılmaması önemli olmaksızın içeridekilerin kazancına engel olmaktadır. Fransa'da 1967 yılında kamuyu aydınlatma ilkeleri getirilmek suretiyle sorunun çözümü amaçlanmıştır.

Özel Hukukumuz açısından kaynak olan İsviçre Hukukunda Insider Trading düzenlenmediği gibi böyle bir eylemi önleyici hüküm de bulunmamaktadır. İsviçre'de temel hatasına ilişkin hükümler, Culpa In Contrahendo'dan ve yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin hükümlerden yararlanılması düşünülmüş ancak doyurucu sonuçlar elde edilememiştir (4).

III. TÜRK HUKUKUNDA

INSIDER TRADING

Türkiye'de hangi borsa faaliyetlerinin Insider Trading olarak nitelendirildiği ve ne şekilde cezalandırılacağı SPK. m.47 ile düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Insider Trading'in tanımı yapıldıktan sonra, Insider Trading yasaklanmıştır. Bu yasağı çiğneyenler her türlü hukuki sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla, anılan hükme dayanılarak cezalandırılırlar. Bu hükme göre Insider Trading'in cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar ağır para cezasıdır.

Aynı yasanın kamunun aydınlatılması ile ilgili m.16/A hükmüne göre "Halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak, hisse senedi toplama girişiminde bulunul-

masında veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenmesinde veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye artırımlarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerde kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar".

SPK'daki bu düzenleme karşısında ortaklık yetkilileri ortaklığa ait bilgileri kendi yararına kullanamayacaklar ve böylece yatırımcılar arasında fırsat eşitliği sağlanabilecek, bazı ortaklıkların kendi pay senetleri ile oynamaları gibi iddialar ortadan kalkacak veya en azından azalacaktır. Ayrıca yatırımcılar da bilgi sahibi olma olanağına kavuşacaklardır.

SONUÇ

Sonuç olarak, ortaklıklar hakkında gerekli olan bilgilerin kamuya duyurulması gerekmektedir. Bu şekilde, yatırımcılarca sermaye piyasasındaki menkul değerlere güven içinde yatırım yapılması ve doğal olarak sermaye piyasasına güven sağlanacaktır. Bunun aksine bir durum ortaklık yetkililerinin içeriden öğrendikleri bilgileri kullanarak kendi payları üzerinde oynamaları ya da önemli bilgileri önceden

dışarıya sızdırarak kendileri ya da üçüncü kişiler yararına haksız kazançlar sağlamaları nedeni ile sermaye piyasası olumsuz yönde etkilenecek, sermaye piyasasının arz talep dengesi bozulacaktır.

Bu nedenle Insider Trading'in gecikmeyle de olsa yasal olarak düzenlenmiş olması, uygulamadan kaynaklanan bir gerekliliğin sonucudur.

* Anadolu Üniversitesi Avukatı

(1) R.G. 13.5.1992 T., S.21227.

(2) Karşlı, Muharrem. Sermaye Piyasası, Borsa Menkul Kıymetler, 1989, İstanbul.

(3) Tekinalp, Ünal. "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu", İMD., Aralık 1986, C.XXXIII, S.9.

(4) Tekinalp, Ünal. a.g.m.

YARGITAY KARARI İNCELEMESİ

Av.Süleyman AVKAN

*HİZMET TESBİTİ

*YAŞLILIK AYLIĞI

ÖZET: Yaşlılık aylığının bağlanması temel unsur, sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının kesin olarak saptanmasıdır.

(506 s. SSK. m. 79/8)

Davacı, 1.1.1988 tarihinde emekliliğe hak kazandığının tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, taraflar avukatlarınca temyiz edilmesi üzerine; temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davanın tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacının temyizine gelince; davacı sigortalı ile Kurum arasındaki uyuşmazlık, davacının hangi tarihte yaşlılık aylığına hak kazandığının tesbitine ilişkindir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan ve yaşlılık aylığı koşullarını gösteren 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 60. maddesine göre; bir sigortalının yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi, madde de gösterilen, yaş, sigortalılık süresi ve prim

ödeme gün sayısı koşullarının yerine getirilmesine bağlı tutulmuştur. Sigortalılık süresinin işveren tarafından, zamanında Kuruma bildirilip, yükümlülülerin yerine getirilmemesi durumunda ise, sigortalıların açtıkları davaların kesinleşme tarihinde, yasanın gösterdiği diğer koşulların da oluşması halinde sigortalılar yaşlılık aylığına hak kazanır ve müracaatlarını takip eden aybaşından itibaren de kendilerine aylık bağlanır. Geçmiş döneme ilişkin primlerin tahsili Kurum'ca re'sen yerine getirilir. Yaşlılık aylığının bağlanmasında temel unsur, sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının kesin olarak ortaya çıkmasıdır. İşte, yaşlılık aylığının başlangıcı bu olgu üzerine belirlenir. Prime esas kazançları tutarı üzerine belirlenir. Prime esas kazançlar tutarı üzerinde çıkacak sorunun geç çözümlenmesi durumunda da, geriye yönelik olarak, prim ödeme gün sayılarının tamamlandığı tarihe göre yaşlılık aylığı yönünden süreyi uzatıcı neden olarak düşünülemez.

Dava konusu olayda davacı sigortalının, sigortalılık süresinin kesin olarak ortaya çıktığı tarih, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 79/8. maddesine göre açılan tesbit davasının kesinleştiği 16.12.1986 tarihidir. Artık bu tarihte sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve yaş koşulları gerçekleştiğine ve 9.1.1987 tarihinde de yaşlılık aylığı talebinde bulunduğuna göre, davacının yaşlılık aylığına hak kazandığının kabulü gerekir.

Mahkemenin belirtilen bu maddi ve hukuksal olguları gözlemeksizin davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Sonuç: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA) ve temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.5.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ,
1991/9975 E., 1992/5961 K., 26.5.1992 T.)

İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin yukarıdaki kararı, Yargıtay Kararlar Dergisi'nin Kasım 1992 sayısında yayımlandı. Çoğumuzun yaptığı gibi ben de önce karara şöyle bir göz atıp geçtim. Daha sonra özenle okuduğumda ya bu kararın yanlış olduğunu ya da benim tüm hukuksal bilgilerimin yanlış kararlarını da okuduğumda bunlarında pek farklı olmadığını gördüm. Değerlendirmeyi okurlara bırakıyorum.

KARAR NE DİYOR?

Yayımlanmış olan kararda, eğer yazım yanlışlıkları yoksa, anlaşılan şudur:

1) Davacı, 1.1.1988 tarihinde yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitini istemiştir.

2) Yerel Mahkeme davanın reddine karar vermiştir.

3) Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, davanın daha önce açmış bulunduğu hizmet tespit davası ile ilgili kararın 16.12.1986 tarihinde kesinleştiğini, davacının 9.1.1987 tarihinde yaşlılık aylığı bağlanması isteğinde bulunduğunu, bunlara göre davanın kabulü gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

İNCELEME

Üzülerek belirtmek gerekir ki ülkemizdeki tüm kurumlar, bir çözülmüşlük, bir yozlaşma içindedirler. Şu ya da bu kurumun birbirinden pek farkıda yoktur. Bu çözülmüşlüğün ve yozlaşmanın faturasını da ne yazık ki bu işle ilgisi olmayan kişiler çekmektedir.

Sosyal Sigortalar Kurumu'nun varlık nedeni bağımlı çalışanların sosyal güvenliğini sağlamaktır. Son yıllarda bu Kurum kendi kendisiyle çelişen, kendisinin varlık nedenini yadsıyan bir tutum içerisindedir. Bu Kurumun tüm kayıt ve belgeleri çalıştıranlar tarafından düzenlenmektedir. Çalıştıranların bildirimlerinin gerçeğe uygun olup olmadığını Kurumun denetleme yetkisi bulunmakta ancak Kurum, bu yetkisini gerektiği şekilde kullanmamaktadır. Bir noktada "kaçak işçi çalıştırılması"na göz yummakta ve çözümünü yargıya bırakmaktadır.

Ülkemizdeki yargı düzeninin nasıl işlediğini çok iyi biliyoruz. Kimse kimseyi aldatmasın. Sorunların açıklıkla ortaya konulması ve çözüm yollarının tartışılmasından yanayım.

Yargı düzenimiz ise temelde "maddi gerçeğin değil, adli gerçeğin" önemli olduğu üzerine kuruludur. Adli gerçek, dava dosyasına sunulan kanıtlara göre belirlenir. Dava dosyasına sunulan kanıtlar; yazılı belgeler, tanık anlatımları ve bilirkişi düşünceleridir.

Hizmet tespiti davalarındaki yazılı belgeler, çalıştıranların, işverenlerin tek yönlü düzenledikleri belgelerdir. Yargılama sırasında çoğu kez bu belgelerin doğru olmadığı düzenleyenler tarafından söylenir.

Bu davalarda diğ er bir kanıt tanık anlatımlarıdır. Tanıklar da çoğ u kez "hatıra binaen" sağ lanırlar. İy i de anlatımlarda bulunurlar. Onbeş - yirmi yıl önce davacının hangi saatte iş e geldiğini, hangi saatte iş ten ayrıldığını bilirler.

Dosyadaki bu verilere göre düzenlenen bilirkişi raporu esas alınarak davacının çalış tığ ının tespitine karar verilir.

Hizmet tesbit davalarının sayısında son yıllarda büyük artış lar olmuştur. Bunlar gündelik basına da yansımış , hizmet tespit davası ile ilgili kararların "onanmaması" için Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından Yargıtay'da giriş imlerde bulunduğu haberleri yayımlanmıştır.

Bu olaylardan sonra Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, hizmet tespiti davası ile ilgili kararlarında Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın kurallarına aykırı olarak, yargıç ları re'sen kanıt toplamaya zorlamaya başlamıştır. Yargı organlarının yasaları değı ştirme, görmemezlikten gelme yetkileri yoktur. Hukuk davalarında, yasalarda belirtilen özel durumların dışında yargıc ın kanıt toplama yetkisi yoktur. Tarafların bildirdikleri kanıtlarla bağı lıdır. Kararını da bu kanıtlara göre vermek zorundadır.

İnceleme konusu yaptığımız kararda davacının hangi tarihte yaş lılık aylığına hak kazandığı belli değı ldir. 10. Hukuk Dairesi, tespit davasının kesinleş tığı tarihten itibaren bu aylığ a hak kazandığını ileri sürmektedir. Bu görüş e katılmak olanaksızdır. Kararın kesinleş tığı tarih ayrıdır. Kararla tespit edilen tarih ayrıdır. Yine kararda davacının 1.1.1988 tarihinden itibaren yaş lılık aylığına hak kazandığını tespitini istendiğı belirtilmiş ken, 9.1.1987 tarihinden itibaren bu aylığ a hak kazanıldığ ının kabulü gerektiğı görüş ü de yanlıştır. İstek dışında karar verilmesi

bana göre yanlıştır. Yargı organı istekle bağı ldır.

SONUÇ

Sistemin eleştirisi ayrıdır. Değı ştirilmesi için uğ raş verilmesi ayrıdır. Ancak, değı ştirilinceye değı n tüm yasal kurallara uyulması gerekir. Bırakılan boşluklardan kimi insanlar yararlanabilir. Bu durum kimi kurumlara ve topluma zarar da verebilir. Rahatsızlık yaratabilir. İdari organların yargı organında, yargı kurumlarında sistemin izin vermediğı organların yargı organında, yargı kurumlarında sistemin izin vermediğı şekilde giriş imlerde bulunmalarına, dava dosyasında olmayan kanıtlara göre kararların onanmasına ya da bozulmasına çalış malarını hoşgör üyle karşılayamayız.

Sosyal Sigortalar Kurumu Yasası'nın 79. maddesinin Yargıtay yıllardır yanlı ş uygulamaktadır. Bu maddeye göre verilen kararları Sosyal Sigortalar Kurumu, taraf olmadığı zaman işleme koymamaktadır. Yargıtay'da bu Kurumun bu tür davalarda taraf gösterilmesini istemektedir. Yasal düzenlemeye göre Kurumun taraf gösterilmesine gerek yoktur. Yargıtay, yasayı bir noktada yanlı ş değı erlendirmiş , iş in içinden artık kendisi de çıkamaz hale gelmiştir.

"Sistemin dışında" bir kez karar vermiş seniz artık duracağ ınız yeri kendiniz de kestiremezsiniz. "Taleple bağı lılık" ilkesini bile uygulayamazsınız.

Kurumlarımızın, yönetsel, yargısal tüm kurumlarımızın yeniden yapılandırılması, her kurumun kendi işlevini doğı ru yapmasını sağlamak zorundayız. Toplumumuza yapabileceğimiz en iyi hizmet bu olacaktır.

BASIN BÜLTENİ (*)

Ülkemizin gündemini belirleyen aşağıdaki konularda Eskişehir Barosu Yönetim Kurulunu düşüncelerini kamuoyuna aktarmak zorunluluğu doğmuştur.

Anayasa Mahkemesi'ne üye atanmasında keyfilik ve Anayasa Kurallarını tanımazlık büyük boyutlarda devam etmekte olup, bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin kararlı ve doğru tutumunu takdirle karşılamaktayız. Haksız ve hukuka aykırı tasarrufun tasvip edilmesi ve buna dayalı Anayasa Mahkemesi üyeliği kimseye onur kazandırmaz.

Anayasa Mahkemesi Başkanının Atatürkçü laik ve hukuk devleti ilkelerine kayıtsız şartsız bağlılığı nedeniyle yöneltilen tehdit dolu davranışların içine bizzat Cumhurbaşkanı'nın katılması son derece üzücüdür. Anayasa Mahkemesi Başkanına karşı yapılabilecek en ufak davranışın sorumluları şu anda bellidir. Eskişehir Barosu olarak Anayasa Mahkemesi Başkanının uğruna mücadele verdiği ilke ve prensipleri benimsiyor ve üyelerine yöneltilen "şer hukukçuları" tabirini de şiddetle kınıyoruz.

Şehrimizde gelişen bölücü ve devletimizin, milletimizin birlik ve beraberliğini sarsıcı tutum içinde davranan bir gerici ve ayrılıkçı kişinin, ülkemizin birlik ve beraberliğe en muhtaç olduğu bir dönemde vatandaşlarımızın bir bölümünü bölücülüğe yöneltecek şekilde tahrik ederek, 9 Ocak 1993 günü Çarşı Camii'nde Alevi ve Bektaşileri aşağılayıcı vaaz vermesini, böyle bir vaaza göz yumulmasını ve bu kişinin hâlâ görevde kalmasını anlamak mümkün değildir. Bu kişinin ne kadar inkar ederse etsin davranış ve düşüncelerini ve bu tür yerlerde vaaz veren kişilerin de bu şekilde denetimsiz bırakılmasını şiddetle kınıyoruz. Bu kişi hakkında, yetkililerin gecikmeli yapacakları tasarrufların da ileride hiçbir özelliği kalmayacaktır.

ESKİŞEHİR BAROSU YÖNETİM KURULU

(*) 12 Ocak 1993 günü Eskişehir Barosu Yönetim Kurulu'nca hazırlanıp basına verilen basın bülteninin metnidir.

BASIN BÜLTENİ (*)

Değerli gazeteci, düşün adamı, hukukçu meklektaşımız Av. Uğur MUMCU'nun acımasızca öldürülüşünü nefretle kınıyoruz.

Yaşamında sadece ülkemizin ve insanlarımızın mutluluğu ve refahı için fikir yürütmüş, buna ulaşmada sadece demokratik düşünce ve yöntemlerle yol göstermiş, değerli gazetecinin öldürülüşü derin bir boşluk yaratmıştır.

Uğur MUMCU demokratik, laik ve Atatürk'çü fikrin onurlu ve güçlü savunucusuydu. Gerçekte ona karşı girişilen canice saldırının esas hedefi ATATÜRKÇÜLER - DEMOKRATLAR - LAİKLİĞİ BENİMSEYENLERDİR.

Bu nedenlerle Uğur MUMCU'nun acısını daha öncekiler gibi derinden hissedip, gönlümüzden çıkarmamalıyız. Ancak inanç ve düşüncelerimiz bütün acılara rağmen daha yükseklere tırmanmalı ve dalgalanmalıdır.

Güvenlik kuvvetlerinin canileri biran önce yakalamaları dileğimizdir. Şunu açıkca belirtmeliyiz ki, katiller asla MÜSLÜMAN değildirler. Yüce dinimizin ismini kanla kirletmelerine izin vermemeliyiz. Müslüman, insan sevgisiyle dolu insandır, asla terörist değildir. Asla katil olamaz.

ESKİŞEHİR BAROSU YÖNETİM KURULU

(*) 25 Ocak 1993 günü Eskişehir Barosu Yönetim Kurulu'nca hazırlanıp basına verilen basın bülteninin metnidir.

