ISSN 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Kitaplar, Dergiler
- Adli Tıp
- Çevre

MAYIS-HAZİRAN / MAY-JUNE: 2012 YIL/YEAR: 25 SAYI/ISSUE: 100

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP
Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.barobirlik.org.tr

UBAP ile

- Bilgilerinizi anında güncelleyebilir,
- Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilir,
- CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilir,
- Sosyal yardım başvurunuzu yapabilir,
- Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilir,
- "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilir,
- TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Assocations

Sahibi / Owner
Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors
Av. Dr. Serkan Ağar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. Sezercan Bektaş
Av. Özgecan Yanlı

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Haluk Günuğur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.
Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.
Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez,
Galatasaray Hukuk Fak.
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir./ Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Özdemir Özok Sokağı No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Mustafa Horuş - Türkiye Barolar Birliği

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 25.07.2012

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

MAYIS - HAZİRAN / MAY - JUNE **2012 YIL**/YEAR: **26** **SAYI**/ISSUE : **100**

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. **Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**

   Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

   Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

   Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.

   Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (" .....") içine alınmalı, sadece eser adı *İTALİK* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

   Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

   Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.

   Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

   Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

   Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına *"olur"* verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımı Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

9 KAYBETTİKLERİMİZ

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

13 Yusuf Solmaz BALO
Yasama DokunulmazlIğı / Legislative Immunity

45 Mine KAYA
Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Taziminat Sorumluluğu / Compensation Liability Arising From Physician's Obligation to Inform the Patient

83 Bülent YÜCEL
5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 1982 Anayasası'nın "Hukuk Devleti" Anlayışına Etkisi / The Affection of Law No. 5982 Constitutional Amendment on the Concept of "Rule Of Law" of 1982 Constitution

97 Fatma KARAKAŞ DOĞAN
Kuzey Kıbrıs (KKTC) Merkezi Cezaevi Üzerinde Yapılan Alan Çalışmasından Elde Edilen Verilerin Suçla Mücadele Bağlamında Analizi / Analysis of the Data Obtained from the Field Study Conducted in the Central Prison in the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) Within the Context of Fighting Crime

151 Ali EKİN
Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları / The Conditions and the Principles of Utilization of General Health Insurance

167 Ceyda SÜRAL
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi / The Effect of New Civil Procedure Law on the International Jurisdiction of Turkish Courts

217 Abdullah KARABOYACI
Sınavsız Yeminli Mali Müşavir Olma Hakkının Kaldırılmasının Hukuk Güvenliği Kapsamında Değerlendirilmesi / Evalution Of The Right To Be Sworn-In Certified Public Accountant Without Examination In The Scope Of Certainty And Predictability Of The Law

255 İsmet YURTERİ
Türk Vergi Sisteminde Yoklama ve Yaygın Ve Yoğun Vergi Denetimi / Turkish Tax System Polling And Common Tax And Intensive Supervision

MAKALELER / ARTICLES

471 Oğuz POLAT
Taraf Bilirkişiliği Nedir? / What Is Party Expert Witnessing ?

281 Cengiz Topel ÇELİKOĞLU
Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi / In Terms of Civil Procedure Law, Advocate's The Power of Gathering Information and Evidence in Turkish Law

317 Hakan A. YAVUZ
Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci / Historical Development of Probation in the Turkish Criminal Justice System

342 Hüseyin ATEŞ
Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması / Discharge of Responsibility of Motor Vehicle Operator

362 Hüseyin EKER
Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık (5237 Sayılı TCK'nın 168. Maddesi) / Effective Repentance in Crimes Aganist Property (168Th Article of Turkish Criminalcode No. 5237)

389 Ahmet ULUTAŞ / Ömer Serdar ATABEY
Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (Ets No. 090) / Europen Convention on the Suppression of Terrorism

405 Halis YAŞAR
Miras Paylaşılmasında Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi / Allotting of Single Family Dwelling to the Surviving Spouse in Sharing Inharitance

423 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

457 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

475 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

başkan'dan

Sevgili Meslektaşlarım,

Dinle! Ayrılıklardan nasıl şikayet eder şu ney, ayrılıkları nasıl anlatır, dinle;

Erkek ve kadın herkes ağlayıp inliyor feryadımdan; ağlayıp inliyor herkes beni kamışlıktan kestikleri gün başladığım feryadımdan…

Özlemimi ifade etmek için bir kalp istemedeyim, ayrılıktan parça parça olmuş, beni anlayacak bir kalp istemedeyim.

Hani vuslat zamanını arar ya aslından uzak düşen kişi, durmadan aslını arar ya hani! ...

Her cemaatte ağlamam, her mecliste inlemem bundandır benim… İyilerle dost olmam da, kötülerle düşüp kalkmam da bundandır…

Herkes kendi zannınca dostum oluyordu benim, kendine yakın buluyordu çokları beni…

Ne çare hiç kimse araştırmadı içimdeki sırları, kimse anlamadı ayrılıktan, yalnızlıktan şikayetimi… Oysa sırlarım çığlıklarımdan hiç de uzak değildir benim…

Keskin bakar görür, dikkatle dinleyen duyar onları. Yazık, yazık ki, her gözde yok o nur, her kulakta yok o dikkat! ...

Gizli değildir elbette ten candan ve can tenden gizli değildir. Lakin canı görmek için izin yoktur herkese…

Hava değildir neyden çıkan bu ses, ateştir. Her kimde bu ateş yoksa o kimse yok olsun. Neyin içini yakan da, meyin coşkusunu yaratan da aşk eseridir.

Ney, yârinden ayrılmış olanı teselli eder, yoldaş olur ona, musiki perdelerini yıkar aşığın, sırdaş olur ona…

Kim gördü ney gibi hem zehiri, hem panzehiri; hem derdi, hem dermanı? ... Kim gördü ney gibi özlemi, sarmaş dolaş olanı…

Kanlı yoldan söz eder hep ney; aşk yolunun, Mecnun'un gittiği yolun hikayelerini dillendirir hep…

Hani akılsızdır ya sırdaş olan akla, hani zordur ya müşteri bulmak kulaktan gayri dile…

İşte o haldeyiz ki üzüntümüzden günler uzar, sona ermesi gecikir günlerin. Günler mahrumiyetten ve ayrılıktan doğan ateşlerle dost olur, yani ateşlerle, yani yanmalarla geçer gider günler…

Geçip giderse varsın geçip gitsin günler; yok korkumuz ondan… Ey temiz ve mübarek olan, kamil insan sadece sen var ol yeter! …

Balıktan başkası onun suyuna kandı. Günler uzadıkça nasibi olmayanın rızkı gecikti.

Pişkinin halinden ne anlasın ki ham… Öyleyse sözü kısa kesmek gerek vesselam! … [1]

Okuyanların çok iyi bildiği üzere yukarıda sunulu metin, Yüce Mevlana'nın ölümsüz eseri 'Mesnevi'nin başında yer alan ve 'Dinle Neyden' ismini taşıyan 18 beyittir. Mesnevi'nin özünü oluşturan bu 18 beyit, Mevlana'nın kendi yazdığı tek metindir.

İçinizden kimileri, *'başka konumuz veya sorunumuz kalmadı da dinleyecek bir tek ney, okuyacak bir tek - Dinle Neyden - mi kaldı?'* diye düşünebilirler. Onlar okumasınlar ve dinlemesinler. Benim ve benim gibi düşünenlerin esasen onlarla bir işi yoktur. Onlar için *'sözü kısa kesmek gerekir.'*

Ama insan olan, insanlığını unutmak istemeyen herkesin *'Dinle Neyden*'i ara sıra okuması, ara sıra dinlemesi gerekir neyi.. Zira otuz kırk milyon kamışın içinden bir tane dar boğumlu ve etli kamıştan yapılabilen ney doğanın insanlara sunduğu nefesli müzik aletlerinden en güzeli, en içli olanıdır. İnsan sesine en yakın müzik aleti olan ney insan gırtlağı gibi dokuz boğumdan oluşur. İnsan vücudunda olduğu gibi neyde de dokuz delik vardır. Yani ney insan sesidir, insan olanın sesidir. Onun için insanın, insan olanın, insanlığını unutmak istemeyenin ara sıra *'neyi dinlemesi'*, Yüce Mevlana'nın *'Dinle Neyden*'nini okuması gerekir.

---

1 Mesnevi 1, b.1-18 (Mevlana-İskender Pala, Haziran 2010. Kapı Yayınları)

Güzellikleri, iyilikleri bulması ve bilmesi için, nefsini terbiye etmesi, arzularına dur diyebilmesi ve böylece bedenini/varlığını temizleyebilmesi için okuması gerekir *'Dinle Neyden'*i, dinlemesi gerekir neyi.

Bundandır Yüce Mevlana'nın;

"Dünya harmanından buğday toplayıcılarız biz; fakat kaybolmada topladığımız bütün buğdaylar.

Aklımızı başımıza aldığımız yok hiç. Anlamıyoruz nedense azalan buğdayın ambara giren fareden, şu düzenbaz fareden olduğunu…

Fare ambarımızı delmiş… Ve hile harap etmiş buğdayımızı…

Ey Hakk'ı isteyen can! Öncelikle kurtulmanın çaresini ara ambara giren şu fareden, sonra buğday toplamaya çalış…"[2]

demesi.

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar

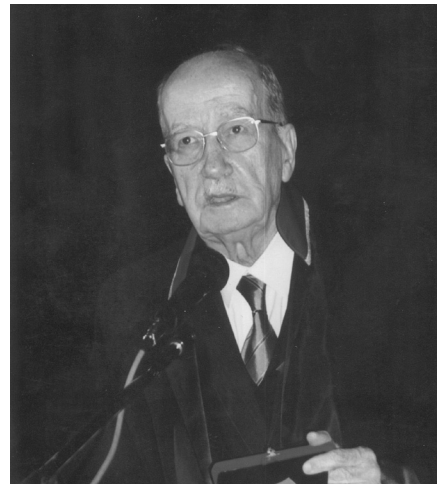
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

[2] Mesnevi 1, b. 377-380 (Mevlana-İskender Pala, Haziran 2010. Kapı Yayınları)

KAYBETTİKLERİMİZ

Türkiye Barolar Birliği'nin delege ve yönetici olarak kurucu kadrosunda bulunan iki değerli ağabeyimizi, üstadımızı bir ay ara ile kaybetmiş bulunuyoruz.

AV. FADIL ALTOP



İstanbul Barosu 3323 sicil numaralı avukatlarından ve 1969-1978 yılları arasında TBB Disiplin Kurulu üyeliği ve 1976-78 yılları arasında arasında Disiplin Kurulu Başkanlığı yapan Fadıl Altop 21 Mart 2012 Tarihinde İstanbul'da yaşama veda etti.

Rahmetli Fadıl Altop, uzun yıllar İstanbul Barosunda yönetici olarak hizmet verdi. Altop, 1962-64, 1967-68, 1983-86 yılları arasında Yönetim Kurulu Üyesi seçildi; 1964 yılında Sayman Üyelik, 1969 yılında Genel Sekreterlik, 1983-84 yıllarında Başkan Yardımcılığı görevlerini üstlenmişti.

Fadıl Altop'un *"Avukatlıkta 50 yıl Düşünceler, Anılar"* kitabı 2009 yılında İstanbul Barosu Yayınları arasından yayımlandı.

AV. VEDAT BURCUOĞLU



Bir ay sonra 20 Nisan 2012 Tarihinde, TBB İlk Denetleme Kurulu üyelerinden ve Yönetim Kurulu üyesi ve başkan yardımcılarından Balıkesir Barosu avukatlarından Vedat Burcuoğlu 84 yaşında aramızdan ayrıldı.

Rahmetli Burcuoğlu, 1969-1975 tarihleri arasında TBB Denetleme Kurulu üyeliği ve 1975-1989 tarihleri arasında da Yönetim Kurulu üyeliği, 1984-1989 yılları arasında da başkan yardımcılığı yapmıştı.

***

1984 yılında Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na, en genç üyelerden biri olarak seçildiğimde Burcuoğlu kurulun en deneyimli ve kıdemli üyelerinden biri idi. Yönetimin gençleri ile yaşlıları arasında denge unsuru idi. Rahmetli Ziya Bilge'nin ölümü dolayısıyla yazmış olduğum yazıda vurguladığım gibi yönetim kurulumuzun aristokrat üyelerindendi. Sorunlara karşı soğukkanlı yaklaşımı ve iddiasız tavrı bana anlatılanlarla uyuşmuyordu. Avukatlığının takipçi ve koparıcı olduğunu işitmiştim. Yönetim Kurulu'nda ise uzlaşmacı ve sakindi. Zamanla iyi ilişkiler içinde oldum. Başkanımız rahmetli Teoman Evren gibi, o da kitap sevdalısı idi. Bunu sohbetlerimizde, tartışmalarımızda anlamak mümkündü. Sohbetlerimizde sözü geçen her kitap Bandırma'da sonradan gördüğüm, Bandırmalı gençlere açık büyük kütüphanesinde bulunurdu. Bağımsız yazıhanesindeki kütüphanesinde büyük bir okuma salonu vardı ve kitap okumak isteyen Bandırmalı gençler bu kütüphaneden yararlanabiliyorlardı. Çok nadir bulunan eski şiir kitaplarını ve romanlarını zaman zaman yararlanmam için bana getirmekten de üşenmezdi.

Rahmetli Vedat Burcuoğlu'nun vefatı ile 1984-89 dönemi yönetim kurulunun başkanımız dahil yedi üyesi hakkın rahmetine kavuşmuş bulunuyor. Vedat Burcuoğlu ağabeyim ile aramızdan ayrılan bütün mesai arkadaşlarıma Teoman Evren, İsmail Tarhan, Hilmi Becerik, Burhan Karaçelik, Ziya Bilge ve en gençleri Turan Arslan'ı hasretle anıyor ve rahmet diliyorum.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

YASAMA DOKUNULMAZLIĞI

LEGISLATIVE IMMUNITY

Yusuf Solmaz BALO*

Özet: Yasama dokunulmazlığı on üçüncü yüzyılda İngiltere'de doğmuştur. 1789 Fransız İhtilali ile Kara Avrupası anayasal düzenlerinde yer almaya başlamıştır. Günümüzde birçok devletin anayasalarında yer almaktadır.

Türkiye'de yasama dokunulmazlığı anayasada düzenlenen bir kurum olmakla birlikte sürekli tartışılan bir konu olmuştur. Yasama dokunulmazlığı, parlamento üyelerinin parlamento faaliyetleri dışındaki fiilleri nedeni ile bazı ceza usul işlemlerine tabi olmaması anlamına gelmektedir. Amacı, milletvekillerinin şahsını korumak değil, yasama organının herhangi bir tehdit, baskı altında kalmaksızın görevini yerine getirmesini temin etmek ve milletvekillerinin parlamento faaliyetlerinin engellenmemesini sağlamaktır. Bu düzenleme kamu düzenine ilişkindir ve parlamento üyeliğine bağlı olarak parlamentere tanınmıştır.

Bu çalışmada, özellikle 2005 yılında yürürlüğe girmiş olan yeni Türk ceza hukuku mevzuatı hükümleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle, yasama dokunulmazlığının kapsamı, hukuki niteliği, ceza, ceza muhakemesi ve ceza infaz hukuku karşısındaki sınırları ile kurumun kişiler bakımından kapsamı üzerinde durulmuş, kurumun sağladığı koruma hukukunun medeni hukuk, kabahatler hukuku ve disiplin hukuku karşısındaki sınırları belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Yasama dokunulmazlığı, Yasama sorumsuzluğu, Ceza hukuku, Parlamento üyesi, Milletvekili, Bakan, Cumhurbaşkanı, Kabahatler hukuku, Medeni hukuk, Disiplin hukuku

Abstract: Legislative immunity has emerged in England in 13th century. It started to take place in continental European constitutions with the French revolution in 1789. It exists in many state's constitutions.

In Turkey, legislative immunity has always been a matter of discussion while it is an institution regulated in the Constitution. Legislative immunity means that members of the parliament shall not be subject to criminal procedure transactions regarding their acitivities outside the parliament. The purpose is not to protect the member of the parliament himself/herself, but to ensure the parliament function properly without any intimidation and suppression. This regulation involves public order and granted to parliamentarians due to their membership of the parliament.

* Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yrd.

In this study; the scope, legal character and boundaries of the parliamentary immunity with respect to penal, criminal procedure and criminal enforcement law are elaborated and limits of protection provided by this institution in respect of civil, misdemeanours and discipline law, is assessed.

Keywords: Constitution, Legislative Immunity, Legislative Nonliability, Penal Law, Member of Parliament, Turkish Parliament, Minister, President, Civil Law, Discipline law

Sunuş

Parlamenter sistemde, yasama, yürütme ve yargı ayrı birer kuvvet olup, her biri de sahip olduğu yetkilerle orantılı olarak bağımsızlığa sahiptir. Anayasa tarafından belirlenen bu bağımsızlık, yine anayasa tarafından konulan bir takım kurumlarla korunmaya çalışılmıştır[1].

Halkın temsilcisi olan meclislerin birinci görevi kanun yapmak, yasama fonksiyonunu yerine getirmek olmakla birlikte, bunun yanında yürütme organını denetleme yetkisi de bulunmaktadır[2]. Milletvekillerinin sıradan bahanelerle veya düzmece suçlarla mahkemelere verilmesi halinde, yerine getirmekle yükümlü oldukları milli iradenin temsili ve yürütme erkini denetleme görevi güçleşecektir[3].

Yasama görevinin bu niteliği ve önemi, milletvekillerinin hukukî statüsünün özel olarak düzenlenmesini gerekli kılmakta olup, bu statünün unsurlarından biri yasama bağışıklıklarıdır[4]. Bu anlamda olmak üzere parlamenter bağışıklıklar, parlamentonun bağımsızlığını, devletin diğer organlarına ve vatandaşlara karşı korumak amacıyla kabul edilmiş bir anayasa hukuku kurumudur[5].

Yasama bağışıklıkları, parlamentoların ortaya çıkışıyla birlikte parlamentoların işleyişinin zorunlu unsuru haline gelmiştir. Ancak, hukuk devleti ilkesi bu ilkenin yoğun biçimde tartışılmasını da gündemde tut-

---

1 Ergüneş, İsmail, Yasama Sorumsuzluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 1.

2 Tülen, Hikmet, Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezaî Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması, Mimoza yayınları, Konya-1999, s. 5.

3 Özcan, Hüseyin, Yasama Bağışıklıkları, Seçkin Yayınevi, Ankara-2006, s. 11.

4 Bu statünün diğer unsurları, milletvekillerinin bütün milleti temsil etmesi ilkesi, milletvekili andına ilişkin hüküm, milletvekilliği ile bağdaşmayan işler, yasama sorumsuzluğu, milletvekilliğinin düşmesi ve milletvekillerinin malî statüsüdür. Bkz. Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin yayınları, Ankara-1986, s. 237.

5 Ergüneş, s. 1.

maktadır. Kişiler bakımından, ceza kanunları önünde eşitlik ilkesinin bir istisnası olarak milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı altında ayrıcalıklı kurallara tabi kılınmış olması, parlamentonun saygınlığına gölge düşürdüğü, demokrasiye zarar verdiği, dokunulmazlığın kaldırılmasında siyasi nedenlerin ön plana çıktığı gerekçeleriyle birçok ülkede eleştirilmekte[6], yasama dokunulmazlığının, ceza kanunları karşısında vatandaşların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilmektedir[7].

Bununla birlikte, kabul edilmektedir ki; hukuk devleti, hâkimlere sağlanan teminat ve bağımsız yargı kurumuna olan inancın varlığına rağmen, yasama bağışıklıklarına olan ihtiyaç devam etmektedir[8]. Gerçekten de, yasama dokunulmazlığı, kamuoyunda yasama meclislerinin sürekli olarak eleştiri sebeplerinden birisi olarak varlığını korumakla birlikte, siyasi parti gruplarının değişik nedenlere bağlı olarak, bu kurumu bir ihtiyaç olarak görme eğilimi devam etmektedir[9].

Esasen, bütün demokratik ülkelerde, yasama organı üyeleri yasama faaliyetleri nedeniyle bazı ayrıcalıklara ve dokunulmazlıklara tabi tutulmuştur. Bu yaklaşımdaki temel amaç, milletvekillerini, toplumda üstün ve dokunulmaz insanlar sınıfı durumuna getirmek değil, milletvekillerinin görevlerini gereği gibi yapabilmeleri, iktidarın ve diğer güçlerin baskısından korunmaları ve bir suç iddiasıyla da olsa, görevlerinden geçici de olsa uzaklaştırılmalarını önlemektir[10].

Türk hukukunda da TBMM üyelerine yaptıkları görev gereği ve milletvekili sıfatına bağlı olarak bazı hak ve ayrıcalıklar tanınmıştır. Bunların başında *"yasama bağışıklığı"* gelmektedir[11]. Yasama organı

---

6 Gören, Zafer, Anayasa Hukuku, T.C. Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki ile, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2006, s. 211.

7 Gözler, Kemal, Yasama Dokunulmazlığı, Bir Karşılaştırmalı Hukuk İncelemesi, http://www.anayasa.gen.tr/dokunulmazlik.htm, ulaşım tarihi: 05.02.2012.

8 Özcan, s. 6.

9 Özcan, s. 11.

10 Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara-1999, s. 190.

11 *"yasama ayrıcalığı/parlamenter muafiyet/teşrîî muafiyet/teşrîî masûniyet"* ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. **Teziç**, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 12. Bası, İstanbul-2007, s. 376; **Gürbüz**, Reşit, Anayasa Hukuku, Genel Esaslar, Türk Anayasa Hukuku, Turhan kitabevi, Ankara-2008, s. 120; Yasama dokunulmazlığı konusunda tarihsel gelişim hakkında geniş bilgi için bkz. **Özcan**, s. 112 vd.; **Sabuncu**, Yavuz, Anayasaya Giriş, 11.Baskı, İmaj Yayınları, Ankara- 2005, s. 190 vd.; **Gözler**, Kemal, *"Yasama Dokunulmazlığı: Bir Karsılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi"*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 56, No 3, Temmuz-Eylül 2001, Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 01.05.2004, www.anayasa.gen.

üyelerine tanınan bu ayrıcalıklar iki kısımda toplanmaktadır. Bunlar, *"yasama sorumsuzluğu/mutlak dokunulmazlık/mutlak masûniyyet"* ve *"yasama dokunulmazlığı/nispî masûniyyet"*dır.

Yasama dokunulmazlığı, Türkiye'de diğer ülkelere göre oldukça geniş kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Sınırlandırılması hususu zaman zaman gündeme gelmekte ancak bu yönde herhangi bir gelişme kaydedilememektedir[12].

Anayasanın 83. maddesinde yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı beraber ele alınmış, maddenin başlığı yasama dokunulmazlığı olarak belirlenmiştir. Çalışmamızın konusunu, niteliksel, amaçsal ve fonksiyonel anlamda farklılıklara sahip olan bu iki kurumdan, Anayasanın 83/2. maddesinde düzenlenmiş olan *"yasama dokunulmazlığı"* oluşturmaktadır.

Öte yandan, yasama dokunulmazlığı başlığı altında ele alınabilecek her husus da inceleme konusu edilmeyecektir. Amacımız, Türkiye'de hukuk ve siyaset gündeminde tartışma konusu olmaktan çıkmamış olan yasama dokunulmazlığı kavramı, bu kavramın kapsamında yer alan hususlar ve kişilerin tespitini yapmaktır.

I- Yasama Dokunulmazlığı

Yasama dokunulmazlığı, *"nispi dokunulmazlık"*, *"geçici dokunulmazlık"*, *"muvakkat dokunulmazlık"*, *"parlamenter dokunulmazlık"* gibi öğretide çeşitli şekillerde adlandırılmış olup[13], bir ceza muhakemesi hukuku kurumudur[14].

Hukuk devleti ilkesi, insanların kanun önünde eşit statüde yer almasını gerektirmekle birlikte, gerçekte, yasama dokunulmazlığı bir anlamda yasama ile yargının ayrı erk olduğunun göstergesi, diğer yandan da mücadele zeminini oluşturmaktadır[15].

---

tr/dokunulmazlik.htm; ulaşım tarihi: 05.02.2012; **Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku (Kısaltma: Anayasa Hukukuna Giriş), Ekin kitabevi, 14. baskı, Bursa-2009, s. 244; **Keskinsoy**, Ömer, Yasama Sorumsuzluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitisü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, s. 2.

12 Atalay, Nurhan, Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli-2008, s. I.

13 Atalay, , s. 31.

14 Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, SeçkinYayıncılık, 2. Baskı, Ankara – 2011, s. 174.

15 Özcan, s. 12.

TBMM'ne seçilen bir kişi, seçildikleri çevreyi veya sadece kendine oy vermiş olanları değil, manevi ve soyut bir varlık olan milleti temsil etmektedir (Any.m.80). Millet ise, ancak kendi iradesini açıklayacak organlara sahip olunca devlet niteliğini kazanmış olur. Bu anlamda, TBMM bu organlardan biridir[16].

Kaynağı İngiltere olan yasama bağışıklıkları birer anayasa kurumu olup ceza hukukuna da yansımaları bulunmaktadır[17]. Bunlardan sorumsuzluk cezalandırılmayı, dokunulmazlık ise cezalandırılmanın ertelenmesini ifade eder. Bir başka açıdan sorumsuzluk, yasama fonksiyonu içindeki söz ve davranışlarla ilgiliyken, dokunulmazlık, yasama fonksiyonu dışındaki eylemlerle ilgilidir[18].

Milletvekillerine tanınmış olan bu ayrıcalıklar, kendilerine kişisel olarak bir menfaat sağlanmasından ziyade, onların kendilerini seçenlerin hak ve menfaatlerini her türlü korkudan uzak olarak korumaları gayesiyle tanınmıştır[19]. Yoksa, dokunulmazlık, milletvekiline suç işleme ayrıcalığı tanımak değildir[20].

1982 Anayasasının 83 üncü maddesine göre; "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.*

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce

16 Gören, Anayasa Hukuku, s. 206.
17 Teziç, s. 376.
18 Gürbüz, s. 120.
19 Özer, Atilla, Türk Cumhuriyetlerinin Hukuki Yapısı (Yasama-Yürütme-Yargı), Turhan kitapevi, Ankara-2008, s. 51.
20 Eroğlu, Cem, Anatüzeye Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş), 9. baskı, İmaj yayınevi, Ankara-2007, s. 339.

veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz."

Yasama dokunulmazlığına ilişkin düzenlemesiyle Anayasa Koyucu, esasen, milletvekillerine karşı keyfi adli işlem yapılmasını ve keyfi açılan ceza davaları nedeniyle yargılama yapılmasını önlemek istemiştir. Bu suretle, milletvekilinin yasama işlevini yerine getirebilmesi için olmazsa olmaz koşul olan hareket hürriyetinin kısıtlanması ve milletvekilinin yargılanması şarta bağlanmış olmaktadır[21].

Dokunulmazlık, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaması, sorguya çekilememesi, tutuklanamaması ve yargılanamamasıdır. Burada önemli olan, milletvekilinin gerçekten suç işleyip işlemediği değil; işlediği iddia olunan suçun gerçek olmama ihtimalinin (Any. m. 138/4)[22] varlığıdır.

Yasama dokunulmazlığı, hükümetin iktidarını kullanarak yasama meclisinde çoğunluğu elde etmek için azınlık üyelerini meclisten uzak bulundurmasına, suç isnat ederek tutuklama ve tesir etmesine engel olmak amacını gütmekte olup[23], milletvekillerine tanınmış şahsi bir ayrıcalık değil, Meclisin uhdesinde olan bir ayrıcalık[24], yasama işlevini serbestçe yerine getirebilmesi için, hükümet veya harici güçler karşısında milletvekillerini koruyan bir imtiyazdır[25]. Bu nedenle, yasama dokunulmazlığının kaldırılması talebe bağlı değildir[26].

---

21 Feyzioğlu, Metin, Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler (Yasama Dokunulmazlığı Üzerine), http://www.turkhukuksitesi.com/makale_114.htm, 05.02.2012.

22 Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esasları belirleyen 38. maddesine göre, *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."*.

23 Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul – 1989, s. 100; Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, Onbeşinci Bası, s. 93.

24 Özcan, s. 12.

25 Özcan, s. 12.

26 Kunter, s. 100.f

II- Yasama Dokunulmazlığının Amacı

Yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerinin, iktidar tarafından tahrik edilebilecek keyfi, zamansız ve esassız ceza kovuşturmalarıyla, geçici bir süre için de olsa, yasama çalışmalarından fiilen alıkonulmasını önlemek[27], tutuklama ve cezalandırma tehdidi ile manevi bir baskı yaparak onların oylarına tesir etmesine engel olmak[28], milletvekillerini adli kovuşturmaların baskısından uzak tutmak[29]. bir anlamda parlamentonun itibarını korumaktır[30]. Yoksa, amaç milletvekilinin ceza hukuku karşısında sorumsuzluğunu ortaya çıkartacak bir alan oluşturmak değildir[31].

Yasama dokunulmazlığı, milletvekillerine, toplumda üstün ve dokunulmaz insanlar durumuna getirmek için değil, milletvekillerinin görevlerini gereği gibi yapabilmeleri, parlamento hizmetlerine daha gereği gibi katkı verebilmeleri, iktidarın ve diğer güçlerin baskısından korunmaları amacı ile konulmuş olup, bu ayrıcalığın özünde kamu düzeni/kamu yararı anlayışı bulunmaktadır[32]. Bir anlamda, milletvekillerinin temsil görev ve yetkilerini en iyi bir şekilde yerine getirebilmeleri, herhangi bir müdahaleye uğramamaları kamu çıkarına uygun görülmektedir[33].

Bu anlamada yasama dokunulmazlığı, yasama fonksiyonu görevini yerine getiren kişi olarak seçilmiş olmaları nedeniyle milletvekillerine tanınan bir koruma mekanizması[34] ve bir güvence[35] olup, bu koruma mekanizması üyelik süresince ve Meclis tatilde bulunduğu sırada da devam eder.

Anayasa Mahkemesine göre *"Yasama dokunulmazlığı bir amaç olmayıp, milletvekillerinin halkın iradesini meclise tam olarak yansıtarak milli iradenin eksiksiz gerçekleşmesini sağlamamalarının aracıdır…Yasama doku-*

---

27 Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, 13. Tıpkı Bası, Beta Yayınları, İstanbul-1999, s. 272; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin yayınevi, Genişletilmiş 5. baskı, Bursa-2008, s. 281; Atalay, s. 31; Özer, s. 52; Özcan, s. 25.

28 Kunter, s. 100.

29 Atalay, s. 31.

30 Özcan, s. 27.

31 Teziç, s. 384.

32 Teziç, s. 376.

33 *"İngiltere'de, kral bir zamanlar parlamentoya girmelerini kendisi için tehlike saydığı kimseleri birtakım cezaî kovuşturma yollarına başvurarak yakalattırır ve parlamentoya girmelerine engel olurdu."* Bkz. Gören, s. 206; Atalay, s. I.

34 Keskinsoy, s. 147.

35 Atalay, s. 2.

nulmazlığının amacı, milletvekillerinin, keyfi bir ceza kovuşturmasıyla, geçici bir süre için de olsa, görevlerini yapmaktan alıkonulmalarını önlemektir"[36].

III- Yasama Dokunulmazlığının Hukuki Niteliği

Ceza muhakemesi kanunları, yürürlükte bulundukları sürece bir suçun soruşturma ve kovuşturmasıyla ilgili olan tüm kişiler hakkında uygulanır. Ancak, Meclis üyeleri gibi, yaptıkları görevin niteliği gereğince bazı kişiler bu kuralın dışında tutulmaktadır. Bunu sağlamaya yönelik olarak kabul edilmiş olan yasama dokunulmazlığı kurumu işlenen fiilin meydana getirdiği haksızlığı ortadan kaldırmamakta, eylemin suç olmasını önlememekte ve suçu ortadan kaldırmamaktadır. Bu anlamda, bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Bununla birlikte, oluşmuş olan haksızlık nedeniyle yürütülmesi gereken bazı ceza muhakemesi işlemlerinin gerçekleştirilmesini veya cezanın yerine getirilmesini belli bir süreyle sınırlı olarak, geciktirmekte veya askıya almaktadır. Bir anlamda milletvekillerinin hukuki statüsü bir muhakeme ve infaz engeli oluşturmaktadır[37].

Yasama dokunulmazlığı fiilin cezalandırılmasını ortadan kaldıran bir sebep olmayıp, sadece yasama dokunulmazlığı süresince ve Anayasanın 83/2. maddesinde sayılan tutulma, tutuklanma, sorguya çekilme, yargılanma fiillerine karşı milletvekillerini ceza muhakemesi hukuku bakımından korumaktadır[38]. Yasama dokunulmazlığı milletvekillerine nispi bir dokunulmazlık sağlamaktadır. Yasama dokunulmazlığı suçu veya suçun unsuru cezayı kaldırmadığı için geçici bir koruma sağlar. Bu farklı niteliklerinden dolayı yasama dokunulmazlığı, ceza muhakemesi hukuku ve infaz hukuku kurumudur[39].

Yasama dokunulmazlığının anayasa hukuku açısından hukuki niteliği, milletvekillerinin milleti temsil görevini tam anlamıyla yerine getirmesine yönelik bir koruma metodu olarak ifade edilmektedir.

---

36 Any.Mhk.Kararı, E. 1994/21 K. 1994/40, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1140&content=, ulaşım tarihi: 21.04.2012.

37 Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul-2008, s. 61.

38 Keskinsoy, s. 147.

39 Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı, Prof.Dr. Çetin Özek Armağanı, s. 399; Tunç, s. 31; Ayrıca, yasama dokunulmazlığının bir ceza muhakemesi hukuku ve infaz hukuku kurumu olduğu düşüncesi hakkında bkz. Tunç, s. 30; Atalay, s. 30.

Bir milletvekili milli iradenin temsilcisi olarak yalnız siyasi iktidarın bir parçası değil, aynı zamanda muhalefet rolünü de yerine getirmektedir. Muhalefet etme, siyasi iktidarın icraatlarını eleştirme, yasama fonksiyonu yerine getirilirken, ifade edilen görevin eksik taraflarını dile getirme de yasama fonksiyonunun bir parçasını oluşturmaktadır. Muhalefeti oluşturan parlamenterler bu esnada yürütme erkini oluşturanların saldırılarına, müdahalelerine ve engellemelerine maruz kalabilirler. Bunların baskı ve etkilerine karşı milletvekillerini koruyacak olan yasama dokunulmazlığıdır. Bu anlamda, yasama dokunulmazlığı yalnız milletvekillerinin sübjektif bir hakkı değil, parlamentoya tanınmış olan objektif bir anayasal statüdür[40].

IV- Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı

Mukayeseli hukukta, yasama dokunulmazlığının sınırının belirlenmesinde, siyasi, kültürel, toplumsal yapıya ve demokrasi anlayışına bağlı farklı kabuller vardır. Hukuk uyuşmazlıklarının kapsama alınmadığı, ceza hukuku bakımından da suçun ağırlığı, suçüstü olması gibi ayrımlara gidilmek suretiyle korumaya sınırlamalar getiren sistemler olduğu gibi, yasama dokunulmazlığının kapsamına sadece hukuk uyuşmazlıklarının alındığı, ceza kovuşturmasının alınmadığı sistemler de bulunmaktadır[41].

Bununla birlikte, günümüzde bu ayrıcalıkların sınırının asgari seviyede tutulması düşüncesi taraftar kazanmaktadır[42].

A. Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hukuku Bakımından

1. Ceza Muhakemesi Bakımından - Muhakeme Engeli

Yasama dokunulmazlığının ceza muhakemesi bakımından kapsamını TBMM üyelerinin seçimlerden önce veya sonra işledikleri herhangi bir suç isnadıyla "*tutulamama*", "*sorguya çekilememe*", "*tutuklanamama*" ve "*yargılanamama*" konuları oluşturmaktadır[43].

---

40 Tunç, Mehmet, Yasama Dokunulmazlığının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Lisans Tezi, Ankara-2011, s. 29.

41 Gözler, Yasama Dokunulmazlığı, Bir Karşılaştırmalı Hukuk İncelemesi; Abdulhakimoğlu, s. 89.

42 Özer, s. 51.

43 Kunter, s. 100.

Yasama dokunulmazlığının gerçek manada koruyucu işlevi yargılama engeli ile ortaya çıkmaktadır. Zira yasama dokunulmazlığı hazırlık soruşturmasının yapılmasını engellemediği gibi, kişi hakkında kamu davası açılmasına da engel olamamaktadır. Ancak, yargılama yapılmasına engeldir.

1982 Anayasasının 83. maddesinde milletvekilleri hakkında soruşturma ve kovuşturma koşulları düzenlenmiştir[44]. Buna göre, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclis'in kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Anayasa'da belirtilen bu dört teminat milletvekilinin hem seçimden önce işlediği, hem de seçimden sonra gerçekleştirmiş olduğu suçları kapsamaktadır. Anayasa'da belirtilen bu istisnaların dışında kalan ceza muhakemesi işlemleri milletvekilleri hakkında yapılabilir. Buna göre, soruşturma yürütülebilir, evinde arama yapılabilir, suç soruşturması nedeniyle tanık olarak da dinlenebilir. Ancak, "*tutma*" engeli nedeniyle (m.83/2), tanıklık davetine uymaması durumunda kendisine karşı zor kullanılamayacağı gibi[45], sebepsiz yere tanıklıktan veya yeminden çekinmesi nedeniyle milletvekili hakkında disiplin hapsi de uygulanamaz (CMK m.60)[46].

Anayasanın 83/2. maddesinde belirtilen durumlar dışındaki kovuşturma işlemlerinin yasama dokunulmazlığı kapsamında bulunmadığı, ceza hukukunda "*istisnalar dar yorumlanır*" ilkesinin de bunu gerektirdiği, bu nedenle de kolluk veya Cumhuriyet savcısı tarafından milletvekilleri hakkında bir suç isnadıyla "*ifade alma*" işleminin yapılabileceği ileri sürülmüştür[47].

---

44 Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, s. 552.

45 Feyzioğlu, Yasama dokunulmazlığı, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, s. 403.

46 Dönmezer/ Erman, s. 273.

47 Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2005, s. 22; Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, Beta yayınları, 4. Bası, İstanbul-Kasım 2005, 22. Her iki eserinde de Yurtcan, Anayasada "*sorguya çekme*" ifadesinin kullanıldığını, 1992 yılına kadar CMUK sisteminde "*ifade verme*" ve "*sorgu*" ayrımının olmadığını, 3842 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu ayrımın 1992 yılında ceza yargılaması sistemimize girmiş olduğunu ve 2005 yılında yürürlüğe girmiş olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda da aynı ayrımın korunduğunu belirtmekte ve ceza hukukunda var olan "*istisnalar dar yorumlanır*" ilkesinin bir sonucu olarak da, yasama dokunulmazlığı olan bir kişinin ifadesinin polis ve savcılık tarafından alınabileceğini belirtmektedir.

Anayasanın 83/2. maddesinde belirtilen suç ve durumlar hariç olmak üzere, hakkında soruşturma veya muhakeme işlemleri yürütülmekte olan bir kişinin milletvekili seçilmesi durumunda, tutuklu ise tutukluluğun kaldırılması ve yürütülmekte olan kovuşturmanın o aşamada durdurulması gereklidir. Bu kişi hakkında yeniden tutuklama kararı verilebilmesi veya kovuşturma işlemlerine devam edilebilmesi, bu milletvekili hakkında dokunulmazlığın kaldırılmasına bağlıdır[48].

Bu düşünceye katılmamız mümkün değildir[49]. Öncelikle istisnanın dar yorumlanması yaklaşımı kişi hürriyetinin söz konusu olduğu durumlarda söz konusu değildir. İkinci olarak da, burada üst norm 1982 Anayasasıdır. Anayasanın hazırlığında yürürlükte olan kanun 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'dur. 1982 Anayasasını yapan irade, CMUK ile de uyumlu olarak yasama dokunulmazlığının ceza hukukunda hangi hususlarda koruma sağlayacağını, kullanılan terimler itibarıyla düzenlemiştir. Anayasanın 83/2. maddesinde bu yönde bir değişiklik yapılmadan, alt norm olan 1412 sayılı CMUK'da yapılan değişiklikle, şüpheli kimselerin üzerine atılı suç dolayısıyla bilgisine başvurma yönteminin polis ve savcılık bakımından "*ifade alma*", mahkeme bakımından ise "*sorgu*" olarak adlandırılmış olması, Anayasa Koyucunun iradesini dolaylı olarak devre dışı bırakmaktır.

Öte yandan, yasama dokunulmazlığı tüm suçları kapsamamaktadır. Anayasa koyucu tarafından bazı suçlar dokunulmazlık kapsamı dışında tutulmuştur. Ağır cezayı gerektiren suçüstü durumlarında ve soruşturmasına seçimden önce başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesi kapsamına giren suçlar, yasama dokunulmazlığının dışındadır. Bu durumlarda, milletvekili hakkında tutma, sorguya çekme, tutuklama ve yargılama yapılabilir. Ancak, durum derhal Meclise bildirilir[50].

Ancak yargılama engeli nedeniyle, CMK'nın 253/4. maddesi uyarınca duruşmanın ilk celsesinde durma kararı verilmeli ve yargılamaya devam edilebilmesi için dokunulmazlığının kaldırılması ya da millet-

48 Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 282.

49 Aynı görüşte bkz. Feyzioğlu, Metin, Yasama dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, TBB İstanbul Barosu, s. 399.

50 Durumun Meclise bildirilmesi, belirtilen ceza muhakemesi işlemlerinin yapılabilmesinin ön koşulu olduğu hakkında bkz. Gözübüyük, s. 192.

vekilliğinin sona ermesi beklenmelidir[51]. CMK'nın 253/6. maddesinde yer alan *"Derhal bereat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemez"* hükmü karşısında, milletvekili seçilen sanık sorguya dahi çekilmeksizin derhal bereat kararı verilebilecek ise, durma kararı değil, bereat kararı verilmesi gerektiği görüşündeyiz. Yasama dokunulmazlığı bir dava engeli olmadığından ve bu nedenle, milletvekili hakkında ceza davası açılabileceğinden, seçimden sonra işlendiği ileri sürülen bir suç nedeniyle ceza davası açıldığında da, derhal bereat kararı verilebilecek bir durumda (CMK m.253/9), durma kararı değil, bereat kararı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz[52].

Anayasada öngörülmüş olan *"yargılama"* yasağı, ilk derece mahkemesi olarak yargılamayı yürütecek olan mahkemeyi kapsadığı gibi, kanun yolu incelemesi yapacak olan istinaf ve temyiz mahkemesini de kapsamaktadır[53].

2. Cezanın İnfazı Bakımından - İnfaz Engeli

Kamu yararını sağlamaya yönelik bir kurum oluşu, kişilere değil milletvekilliği sıfatına tanınmış oluşu ve yasama fonksiyonunun engellenmemesi amacına hizmet etmesi, yasama dokunulmazlığının infaz engeli olmasını gerektirmiştir[54].

İnfazın geri bırakılması, muhakeme engeli olan dokunulmazlıktan farklı kapsama sahiptir. Muhakeme engeli olan yasama dokunulmazlığının fonksiyonu, TBMM tarafından kaldırılabilir. Ancak, infaz engeli olan yasama dokunulmazlığının kaldırılması hususunda Meclisin tasarruf yetkisi bulunmamaktadır[55].

Seçim öncesi seçilmeyi önleyen suçlar dışında suç isleyen milletvekili mahkum olmuş olsa bile, yeniden milletvekili seçildiği takdirde, bu cezanın yerine getirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine kadar ertelenir. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez (Any.m.83/3). Cezanın yerine getirilmesinin ertelenmesi Meclis kararına bağlı değildir

---

51 Atar, Yavuz Türk Anayasa Hukuku Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Mimoza yayınları, Konya-2007, s. 209; Atalay, s. 34; Aynı görüşte bkz. Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı Üzerine, Kunter, s. 101.

52 Aynı görüşte bkz. Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı Üzerine; Kunter, s. 101

53 Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 93.

54 Atalay, s. 36.

55 Özcan, s. 127.

(Any.m.83/4). Ancak, verilmiş ceza hükmü milletvekili seçilmeyi engelleyen (Any. m. 76/2), milletvekili seçilme yeterliliğine engel olan suçlardan birine bağlı bir mahkumiyet hükmü ise, kişinin milletvekili adayı olması zaten mümkün değildir ve bu durumda üyeliğin düşmesi söz konusu olacaktır (Any.m.84) ve ceza derhal infaz edilecektir[56]. Bu nedenle, infazın ertelenmesi (m.83/3), ancak milletvekili seçilmeye engel olmayan mahkûmiyetler için geçerlidir[57].

Öte yandan, yasama dokunulmazlığının, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde ve soruşturmasına seçimlerden önce başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlarda geçerli olmadığı bir gerçektir. Bununla birlikte, yasama dokunulmazlığının bir muhakeme engeli olarak bulunmadığı bu durumların (Any.m.83/2) varlığına bağlı olarak yürütülen muhakeme sonucunda mahkum olan milletvekilleri hakkında verilmiş olan cezaların infazı da, milletvekilliğinin sona ermesine bırakılacaktır. Eğer milletvekilinin mahkum olduğu suç, milletvekili seçilmeye engel bir suç ise, infaz, kesin hükmün Meclis Genel Kurulu'na bildirilmesi ve böylece milletvekilliğinin düşmesine (Any.m.84/2) kadar başlayamayacaktır[58]. Bize göre, milletvekili hakkında verilmiş olan hükmün Meclis Genel Kurulu'na bildirilmesi, infaza başlayabilmenin *"koşulu"* niteliğindedir. Bu nedenle, kesinleşmiş mahkeme kararı infaz için kendisine gönderilen Cumhuriyet savcılığının "*infazın ertelenmesi"* kararı almasına ihtiyaç bulunmamaktadır[59]. Çünkü, milletvekilliği cezanın kesinleşmesiyle değil, hükmün Meclis Genel Kurulu'na bildirilmesiyle son bulacaktır. Bu nedenle de, bu aşamaya kadar cezanın infazına başlamak zaten mümkün değildir[60]. Üyeliğin düşmesi hukuki sonucunun doğması için hükmün

---

56 Teziç, s. 386; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 282.

57 Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 282.

58 Feyzioğlu, Yasama dokunulmazlığı, Prof.Dr. Çetin Özek Armağanı, s. 400; Özcan, s. 127.

59 24. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde bağımsız milletvekili seçilen Kemal Aktaş hakkında terör örgütünün propagandasını yapmak suçu nedeniyle mahkemece verilen 2 yıl 1 ay hapis cezasının infazıyla görevli olan Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı bu hükmün infaz uygulamasında, söz konusu milletvekilinin TBMM tarafından milletvekilliğinin düşürülmesi gerektiği, milletvekilliğinin düşürülmesine kadar da cezanın infazının mümkün olmadığı gerekçesiyle, *"hükmün infazının geri bırakılması"* yönünde karar vermiştir.

60 Teziç, s. 386; Feyzioğlu, Yasama dokunulmazlığı, Prof.Dr. Çetin Özek Armağanı, s. 400; Onar, Erdal, 1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 14, 1997, s. 416, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/veri-istatistik/yayinlar/AY-cilt.pdf, ulaşım tarihi: 27.04.2012; Abdulhakimoğlu, s. 122; Özcan,

kesinleşmesi yetmemekte, TBMM Başkanlığının bu hükmü, tamamlayıcı bir işlem olarak, Genel Kurula bildirmesi gerekmektedir[61].

Bize göre, TBMM Başkanlığının kendisine bildirilmiş bu mahiyetteki bir mahkeme kararını Meclis Genel Kurulu'na *"bildirme"* konusunda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Anayasada bu yönde bir yetki Meclise verilmemiştir.

Anayasanın 83/3. maddesinde yer alan *"Ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır"* ifadesinin para cezalarını da kapsayıp kapsamadığı hususunda tartışma bulunmaktadır[62].

Bize göre, para cezaları bakımından, cezanın dayanağı olan eylemin suç veya kabahat olarak düzenlenmesine göre, ödenmemesine bağlanmış olan sonuçların farklı olması nedeniyle, bir ayrım yapılmalıdır. Kabahatler dolayısıyla verilmiş olan idarî para cezalarının ödenmemiş olması durumunda, bu para cezalarının hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülmesi mümkün değildir. Bu nedenle de, idarî para cezalarının infazının yasama faaliyetine katılmaya engel oluşturmadığı, bu cezaların infazının yasama dokunulmazlığının amacı dışında kaldığı açıktır. Buna karşılık, bir suça bağlı olarak verilmiş olan adli para cezalarında durum farklıdır. Adli para cezası da suç dolayısıyla uygulanan cezanın bir türü olmuş olması (TCK m.45), ödenmemesi durumunda cebri icra hukukuna ilişkin kuralların değil, yine ceza hukuku kurallarının işletilmesi ve bu para cezasının hapis cezasına dönüştürülmek suretiyle infazının gerçekleştirilmiş olması (5275 sy. Kanun m.106/3) nedenleriyle, adli para cezalarının infazının da Anayasanın 83/3. maddesi kapsamında kaldığı düşüncesindeyiz[63].

Seçim sonrası, Meclis tarafından dokunulmazlığı kaldırılmış bir milletvekili, kovuşturma sonucu mahkûm olur ve bu ceza da Anayasanın 76/2. maddesine göre seçilmeye engel teşkil etmiyorsa, cezanın yerine getirilmesi, milletvekili sıfatı sona ermesine kadar kendiliğinden ertelenir. Meclis üyeliği sıfatı sona ermişse, milletvekili hakkında daha önceden verilen mahkûmiyet kararı infaz edilecektir. Ayrıca, ve-

---

s. 127; Neziroğlu, İrfan, Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları, Seçkin yayınevi, Ankara-2008, s. 442; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 282 vd.

61 Onar, s. 416.

62 Atalay, s. 36.

63 Aynı görüşte bkz. Feyzioğlu, Yasama dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler, Çetin Özek Armağanı, s. 398.

rilmiş ceza hükmü, Anayasanın 76. maddesinde belirtilen, seçilmeyi engelleyen suçlardan birine ilişkin ise, bu durumda üyeliğin düşmesi söz konusu olur ve böyle bir durumda hükmün geriye bırakılmasından veya durmasından söz edilemez[64].

B. Suç Teşkil Eden Fiiller Bakımından

1. Genel Olarak

TBMM üyelerinin yasama görevi ile ilgili olmayan fiilleri yasama dokunulmazlığının kapsamına girmektedir. Dolayısıyla yasama dokunulmazlığı parlamenterlerin yasama göreviyle ilgili olmayan fiillerini koruma altına almaktadır[65].

1924 Anayasasının aksine, 1961 (79/2) ve 1982 (83/2) anayasalarında ise yasama dokunulmazlığı kapsamına giren suçlar açısından bir ayrım gözetilmeyerek sadece suç kavramı kullanılmıştır.

Suç, bir toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları olarak nitelendirilmektedir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) ise suç, bir haksızlık olarak tanımlanmıştır. Buna göre, her suç bir haksızlık teşkil eder, ancak her haksızlık suç oluşturmayabilir[66].

Belirlenmesi gereken;

- Milletvekiline yasama fonksiyon ile ilgili olmayan fiillerinden dolayı ve görev süresiyle sınırlı olarak bir koruma sağlamakta olan yasama dokunulmazlığının kapsamına hangi suçların girdiği,

- Kabahatler dolayısıyla yürütülecek olan tahkikatın yasama dokunulmazlığı korumasından yararlandırılıp yararlandırılamayacağıdır.

2. Dokunulmazlık Kapsamına Girmeyen Suçlar

Anayasaya göre, yasama dokunulmazlığı tüm suçları kapsamamaktadır. Yasama dokunulmazlığı kapsamında yer almayan suçlar

64 Abdulhakimoğlu, s. 122.
65 Abdulhakimoğlu, s. 89.
66 Özgenç, s. 99

bakımından 1982 Anayasası, iki istisna getirmiştir. Bunlar; ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlardır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin ve Anayasanın 14. maddesinde belirtilen durumların varlığı durumunda, dokunulmazlık kendiliğinden kalktığından dolayı, hakkında tutma, tutuklama, sorguya çekme işlemleri uygulanabilen milletvekili hakkında kovuşturma yapılabilmesi için de Meclisin izin vermesi gerekli değildir[67].

a. Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali

"*Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*" ifadesi, 1961 Anayasası ile anayasalarımıza girmiş bir kavramdır.

aa. Ağır Cezayı Gerektiren Suç

Bize göre, ağır cezayı gerektiren suçların neler olduğu hususunda, 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olan 765 sayılı Kanun sisteminde tereddüt bulunmamaktaydı. Çünkü, 765 sayılı TCK'nu sisteminde cezalar hafif hapis cezası, hapis cezası ve ağır hapis cezası olarak sınıflandırılmış, ağır ceza mahkemelerinin görev alanının belirlenmesinde de yine bu "*ağır hapis cezası*"nı gerektirir suçlar esas alınmıştı (CMUK m.421)[68].

Öte yandan, 765 sayılı TCK'nu sisteminde suçlar cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılmaktaydı. Bu nedenle de, suçun *"cürüm"* veya *"kabahat"* olmasının yasama dokunulmazlığı kapsamına giren suçların belirlenmesinde bir farkı bulunmamaktaydı[69].

Ancak, 765 sayılı TCK'nun yerine almış olan 5237 sayılı TCK sisteminde suç dolayısıyla verilecek olan hürriyeti bağlayıcı ceza sadece *"hapis"* cezasıdır. Ve yeni sistemde *"ağır cezayı"* gerektirir suçlar belirtilmiş değildir. Yeni Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı TCK'nın ceza tür-

---

67 Durumun Meclise bildirilmesi, Meclisin dilerse kovuşturmayı erteleyebileceği anlamında olduğu görüşü için bkz. Teziç, s. 387.

68 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunla 01/06/2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olan 1412 sayılı CMUK'na göre, ağır ceza işlerinden maksat, ağır hapis ve on seneden fazla hapis cezalarını gerektiren cürümlere ilişkin davalardır (m.421).

69 Teziç, s. 386.

lerine ilişkin hükümlerini benimsememiş olmakla, Anayasanın 83/2. maddesinde yer alan "*ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*" ifadesi belirsiz bir duruma gelmiştir[70].

5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanuna göre, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir (m.12).

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununa göre, kanunlarda öngörülen "*ağır hapis*" cezaları, "*hapis*" cezasına dönüştürülmüştür (m.6).

Yukarıda belirtilen hükümler karşısında Anayasanın 83/2. maddesinin uygulanması bakımından aşağıdaki hususların netleştirilmesi gerekmektedir:

- Anayasada belirtilen "*ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*" ifadesinde yer alan "*ağır ceza*" ibaresi, ağır hapis cezasını mı, yoksa ağır ceza mahkemelerini mi işaret etmektedir[71]?

- Bu ibarenin ağır hapis cezasını işaret ettiği kabul edilecek olursa, 5235 sayılı TCK'nun Yürürlük Kanunu gereğince, mevzuatta "*hapis*" cezasını gerektirir suçların milletvekili tarafından işlenmesi ve suçüstü halinin varlığı durumunda, milletvekili yasama dokunulmazlığı hükümlerinden yararlanamayacaktır. Çünkü, 5252 sayılı TCK'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunla, "*kanunlarda*" öngörülen ağır hapis cezaları hapis cezasına dönüştürülmüştür (m.6).

- Bu ibarenin, 765 sayılı TCK'nu ve 1412 sayılı CMUK'nu sisteminde ağır ceza mahkemelerini işaret ettiği kabul edilecek olursa, 5235 sayılı Mahkeme Teşkilatı Kanunu'na göre (m.12), ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların milletvekili tarafından işlenmesi

---

70 Özcan, s. 152.

71 "*Ağır cezayı gerektiren suç*" ifadesinin, ağır ceza mahkemelerinin görev alanında bulunan suçları işaret ettiği hakkında bkz. Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı Üzerine; Centel / Zafer, s. 65; Özcan, s. 152; Keskinsoy, s. 150.

ve suçüstü halinin varlığı durumunda, bu milletvekili yasama dokunulmazlığı hükümlerinden yararlanamayacaktır.

Kabul edilmelidir ki, 5252 sayılı TCK'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6. maddesinde yer alan ağır hapis cezalarının hapis cezasına dönüştürüldüğüne ilişkin hüküm, Anayasanın 83. maddesinde yer alan *"ağır cezayı gerektiren"* ibaresinin *"hapis cezasını gerektiren"* ibaresine dönüştürülmesini sağlamamaktadır.

Bize göre, 1412 sayılı CMUK'a göre, ağır ceza mahkemelerinin görevi kapsamında kalan suçların Anayasanın 83/2. maddesinde belirlenen *"ağır cezayı gerektiren"* ibaresini karşıladığı yaklaşımı, 1412 sayılı Kanun uygulamasında benimsenmiş ve 1412 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış olduğuna ve Anayasanın 83/2. maddesi yürürlükte olduğuna göre, yürürlükten kaldırılmış olan 1412 sayılı Kanun uygulamasında ağır ceza mahkemelerinin görev kapsamında kalan ve bu suçların karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'da düzenlenmiş olan suçların Anayasanın 83/2. maddesinde yer alan *"ağır cezayı gerektiren"* ibaresinin karşılığı olduğu kabul edilmelidir[72].

bb. Suçüstü Hali

Suçüstü halinde, yasama dokunulmazlığının kendiliğinden kalktığı, artık isnadın asılsız, uydurma ve siyasi bir amaçla yapıldığına ilişkin bir iddia ileri sürülmeyeceğinden dolayı, dokunulmazlığın koruyuculuğundan söz edilemeyeceği belirtilmektedir[73].

5271 sayılı CMK'nuna göre ***suçüstü***; İşlenmekte olan suçu, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu ve fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu ifade etmektedir (m.2).

"Suç üstü" halinin tespiti hangi kurum tarafından yapılacaktır? So-

---

72 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12 inci maddesinde düzenlenen ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların, Türk hukuku bakımından *"ağır cezayı gerektiren suç"* tiplerini gösterdiği hakkında bkz. Özcan, , s. 152; aynı görüşte Abdulhakimoğlu, s. 96.

73 *"Gerçek şu ki, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde, fail (milletvekili) yakalanmışsa, hemen bir ceza takibine başlanmadığı takdirde bu vahin bir skandal yaratır."* Bkz. Teziç, s. 387.

ruşturmayı yürütmekte olan Cumhuriyet savcısı tarafından mı, yoksa TBMM tarafından mı bu durum değerlendirilecektir? Bize göre bu değerlendirme Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır[74]. Çünkü, işlenmekte olan bir suç veya henüz işlenmiş olan bir suç söz konusudur.

b. Anayasanın 14. Maddesindeki Durumlar

Seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar yasama dokunulmazlığının kapsamı dışındadır (Any.m.83/2)[75]. Bu durumlar bakımından, suçun ağır cezayı gerektiren suç olması aranmadığı gibi, suçüstü durumunun varlığı da gerekli değildir.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin dokunulmazlık kapsamına alınmamasının nedeni isnadın ciddiyeti hakkında kuvvetli bir karinenin varlığını göstermekle birlikte, Anayasanın 14. maddesinde bahsi geçen suçların istisnasız olarak dokunulmazlığın kapsamından çıkartılmış olması dokunulmazlık kurumunun mahiyeti ile bağdaşmamaktadır[76].

Anayasanın 14. maddesi gereğince, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Demek oluyor ki, bir milletvekili bu amaçlardan biri ile hareket edip de, suç işlerse hakkında her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılabilir.

Bu halde soruşturmayı yürütmekte olan Cumhuriyet başsavcılığı durumu doğrudan Meclise bildirmek zorundadır[77]. Bu bildirim zorunluluğunun gerekçesi, Meclisin, gerekirse kovuşturmayı erteleme hakkındaki yetkisini kullanabilmesine imkân sunmak olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, bize göre Meclisin böyle bir yetkisi bulunmamaktadır[78].

---

74 Aynı görüşte bkz. Özcan, s. 155.

75 Belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasasında olmayan bu hüküm, 1982 Anayasasına Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından eklenmiştir. Bkz. Akad, Mehmet / Dinçkol, Abdullah, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, DR Yayınları, İstanbul-2007, s. 518.

76 Aynı görüşte bkz. Özbudun, s. 251; aynı düşüncede Gören, s. 211.

77 Bu tür suçların dokunulmazlık dışında tutulmuş olmasının, amacı keyfi tutuklamalardan milletvekillerini korumak olan dokunulmazlık kurumunun mahiyetine aykırı olduğu hakkında bkz. Özbudun, s.289; Atar, s. 209.

78 Dönmezer/ Erman, s. 274.

C. Kişi Bakımından

Dokunulmazlığın amacı, yasama fonksiyonunun gerçekleştirmesini sağlamak ve bu bağlamda onu koruma altına almak olduğuna göre, bundan istifade edecek olanların başında yasama fonksiyonunu yerine getirenler yer alacaktır. "*Yasama fonksiyonunu yerine getirenler*" kavramından her şeyden önce milletvekilleri anlaşılmakla birlikte, Anayasamız yasama dokunulmazlığından yararlananları milletvekilleri ile sınırlamamaktadır[79].

Suç iştirak halinde islenmişse, suça katılan diğer şahıslar yasama dokunulmazlığından yararlanamaz. Bu nedenle bunlar hakkında dokunulmazlık kapsamında olan ceza muhakemesi işlemleri gerçekleştirilebilir[80].

Öte yandan, Meclis çalışmalarına katılan uzmanlar, memurlar ve bakanlık memurları da yasama dokunulmazlığı kapsamında yer almamaktadır[81].

1982 Anayasasına göre, yasama dokunulmazlığından faydalanan kişiler üç grupta toplanabilir.

1. Milletvekilleri

Yasama dokunulmazlığının amacı, parlamento üyelerini korumak olduğuna göre, kural olarak bu müesseseye bağlı hukuki sonuçlardan yararlanabilecek olanlar, parlamento üyeleridir[82].

Milletvekili sıfatı Yüksek Seçim Kurulu'nun seçim sonuçlarını ilan ettiği tarihte kazanılır. Kişinin milletvekili sıfatını kazandığı anda[83] başlayan yasama dokunulmazlığı, daha önce Meclis kararıyla kaldırılmadığı veya kendiliğinden kalkmadığı sürece, yeni seçim sonuçları resmen ilan edilinceye kadar devam eder.

---

79 Atalay, s. 36.

80 Teziç, s. 386; Atalay, s. 49.

81 Atalay, s. 49

82 İngiltere ve ABD'nde her iki mecliste görev yapan kamu görevlilerinin de yasama dokunulmazlığından yararlanabildiği, İngiltere'de meclis komisyonlarına çağrılmış bulunan tanıklarında parlamentoya gidip gelmelerinde ve parlamentoda bulundukları sürede yasama dokunulmazlığından yararlandırıldığı hakkında bkz. Teziç, s. 386.

83 Milletvekilliği sıfatının seçim kurulları tarafından seçim tutanağının düzenlenmesiyle başladığı hakkında bkz. Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı Üzerine.

2. Hükümet Üyeleri

Anayasanın 112/4. maddesi, bakanların yasama bağışıklıklarından yararlanabileceklerini açıkça düzenlemektedir. Buna göre, bakanlar kurulu üyeleri, ister milletvekili olsun[84], ister olmasın, yasama bağışıklığından yararlanabileceklerdir.

Milletvekili olmayan bakanlarında yasama dokunulmazlığı kapsamında yer alması nedeniyle, bakanların bu dokunulmazlığı *"bakanlık dokunulmazlığı"* olarak da, ifade edilmektedir. Bakanlık dokunulmazlığı da bir muhakeme şartıdır[85].

Milletvekili olmayan hükümet üyeleri bakımından dokunulmazlık, seçim tarihinde değil, bakan olarak atandıkları tarihte başlar ve bakanlık sıfatları sona erince, Meclis kararına gerek olmaksızın, kendiliğinden ortadan kalkar[86]. Milletvekili olmayan bakanlar bakımından yasama dokunulmazlığı, bakanlık süresince koruma sağlamaktadır[87].

Bakanlıktan düşme kararı, otomatik olarak, bakanlık dokunulmazlığının da kalkması sonucunu doğuracaktır. Ancak, milletvekili olan ve bakanlıktan düşürülmüş olan bakanın, yasama dokunulmazlığı ayrıca kaldırılmadıkça, yasama dokunulmazlığı devam edecektir[88].

3. Cumhurbaşkanı

Anayasaya göre, cumhurbaşkanı görevi ile ilgili işlemlerinden dolayı sorumsuzdur (Any.m.105/1,2), ancak, vatana ihanetten dolayı sorumlu tutulabilir (Any.m.105/3). Bu düzenlemeler karşısında, cumhurbaşkanının Anayasanın 83/2. maddesinde düzenlenmiş olan yasama dokunulmazlığından yararlanma koşullarını tespit etmek oldukça zordur.

Anayasa Koyucu, milletvekili olmayan hükümet üyelerinin de ya-

---

84 Milletvekili olmayan bakanların sahip olduğu dokunulmazlık *"bakanlık dokunulmazlığı"* olarak da, adlandırılmaktadır. Kunter, s. 101; Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı, s. 27.

85 Kunter, s. 101.

86 Feyzioğlu, Metin, Yasama Dokunulmazlığı, http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1991-1992-42-01-04/AUHF-1991-1992-42-01-04-Feyzioglu.pdf, ulaşım tarihi: 16/02/2012, s. 26.

87 Dönmezer/ Erman, s. 283.

88 Kunter, s. 100; Kunter/ Yenisey, s. 88.

sama dokunulmazlığından yararlanacağını kabul etmiş ancak, gerektiğinde bakanlar kuruluna başkanlık etme yetkisiyle donatmış olduğu cumhurbaşkanının durumunu düzenlememiştir. Milletvekilliğinden farklı olarak, cumhurbaşkanlığı hukuki kurumunda, cumhurbaşkanı seçilen kişinin cumhurbaşkanı olmadan önceki yaşamıyla ilgili bir isnat altında bulunması halinde, cumhurbaşkanı dokunulmazlığının kaldırılmasını veya cumhurbaşkanlığı dönemi bittikten sonra cumhurbaşkanlığı dokunulmazlığının kendiliğinden kalkarak cumhurbaşkanının yargılanmasını sağlayan hukuki bir kurum, bir aygıt, Türk hukuk düzeninde mevcut bulunmamaktadır. 1982 Anayasasının 105. maddesinde cumhurbaşkanının sorumsuzluğu düzenlenmiş; ama cumhurbaşkanının yasama dokunulmazlığından yararlanıp yaralanmayacağı ayrıca öngörülmemiştir[89].

Bunun haricinde de cumhurbaşkanının, cumhurbaşkanlığı makamına seçilmesinden önce veya sonra bir suç islediği ileri sürülürse tutulma, sorguya çekilme, tutuklanma ve yargılama işlemlerine tabi tutulup tutulamayacağı madde metninden anlaşılmamaktadır. Durum böyle olunca da bu husus sürekli tartışma konuları arasında yer almaktadır[90].

Bu konuda ileri sürülen değişik görüşler bulunmaktadır. Hâkim olan görüş; TBMM üyeleri yanında milletvekili olmayan bakanlar ile Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyelerine de tanınmış bulunan yasama dokunulmazlığına ilişkin düzenlemelerin, cumhurbaşkanı hakkında da uygulanabilmesi gerektiği yönündedir[91].

Bizim de katıldığımız görüşe göre, bir hukuk devletinde kişilerin, suç işlediklerinde sorumlu olmama ayrıcalıkları yoktur. Bu nedenle, kişisel suçlar yönünden Anayasanın susmasını, cumhurbaşkanının kişisel eylemlerinden dolayı da sorumlu bulunmadığı şeklinde yorumlamak olanaksızdır. Bize göre, bir kişinin sırf cumhurbaşkanı olması nedeniyle işlediği tüm suçlardan sorumsuz kabul edilmesi mümkün olmamakla birlikte, cumhurbaşkanının

89 Adem, Afet, Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri-2010, s. 38.
90 Adem, s. 39.
91 Adem, , s. 39; Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan, s. 134.

olağan yargılama usulüne tabi olarak yargılanması da doğru olmayacaktır. Bu nedenle, Türk hukukunda yasama dokunulmazlığına benzer bir kurumun[92] cumhurbaşkanlığı için de düzenlenmesi isabetli olacaktır[93].

V- Yasama Dokunulmazlığı Kapsamında Olmayan Durumlar

Başka ülkelerde olduğu gibi, Türkiye'de de, "*temiz toplum*" özlemi, yasama dokunulmazlığının kapsamının daraltılmasını gündeme getirmiştir[94].

Yasama dokunulmazlığı nispî nitelik taşımaktadır. Çünkü, koruma alanı ceza kovuşturmasıyla sınırlıdır, istisnaları barındırmaktadır, kaldırılabilir ve geçicidir[95].

A. Medeni Hukuk - İcra ve İflas Hukuku Bakımından

Yasama dokunulmazlığının nispî olmasının bir sonucu da, korumanın yalnızca ceza kovuşturmasına karşı geçerli olmasıdır. Buna bağlı olarak, yasama dokunulmazlığı ceza kovuşturmasına ve verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesine karşı milletvekilini korumakta olup, milletvekili hakkında hukuk davası açılması ve ilamlı veya ilamsız cebri icra yoluna gidilmesine ve haciz işlemi uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır[96]. Milletvekilleri hakkında cebri icra veya tedbir kararı verilmesi onların özgürlüklerini kısıtlamayan, yalnızca malvarlıkları üzerinde tasarruf yetkileri kısıtlayan işlemler olduğu için, milletvekilleri hakkında hukuk davası açılması, icra takibinde bulunulması, ihtiyati tedbir veya haciz uygulaması yasama dokunulmazlığı koruması kapsamında yer almamaktadır[97].

---

92 "*Cumhurbaşkanlığı dokunulmazlığı*" önerisi için bkz. Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı, s. 27.

93 Adem, s. 39.

94 "*Türkiye'de yasama dokunulmazlığının kapsamı daraltılmalıdır. Bunun için yapılabilecek bir Anayasa değişikliğinde yasama dokunulmazlığının ceza kovuşturmasına engel olmaması sağlanmalıdır. Yalnızca hürriyeti sınırlayan yakalama, gözaltına alma ya da tutuklama hallerinde meclisin kararı gerekli olmalıdır.*" Bkz. Teziç, s. 391.

95 Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 286.

96 Teziç, s. 386 Gözübüyük, s. 192; Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 246; Neziroğlu, s. 440.

97 Dönmezer/ Erman, s. 273; Özbudun, s.289.

Bu nedenle, milletvekili hakkında borcunu ödemediği için her türlü hukuki dava açılabilir veya hukuki takipler yapılabilir, milletvekili aleyhine tazminat davası açılabilir[98].

Bununla birlikte milletvekili, mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz söylediği veya bir harekette bulunduğu gerekçesiyle HUMK md. 150/3 hükmü çerçevesinde sorgulanamaz ve hapis ya da para cezasına çarptırılamaz.

Anayasa ve kanunlarla aksi öngörülmedikçe, parlamento üyeleri tanık sıfatıyla mahkemelerde dinlenebilir. Ancak parlâmento üyesinin tanık sıfatıyla da olsa ihzaren celp edilmesi mümkün değildir. Zira bu parlâmento üyesinin üzerinde hürriyeti kısıtlayıcı bir tedbirin uygulanması anlamına gelir[99].

B. Kabahatler Bakımından

Yasama dokunulmazlığının konusu, parlamento üyesinin görevi dışında işlemiş olduğu "*suç*" teşkil ettiği iddia edilen fiillerdir.

765 sayılı TCK sisteminde, kabahat olarak kabul edilen eylemler de suç olarak düzenlenmişti ve yasama dokunulmazlığı koruması kabahatler bakımından da söz konusuydu.

Ancak, 765 sayılı TCK sisteminden farklı olarak, 5237 sayılı TCK sisteminde, haksızlık teşkil eden eylemler suç ve kabahat olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yeni ceza sisteminde kabahat eylemleri sosyal sapma gösteren bir eylemdir ve haksızlık oluşturmaktadır[100], ancak, bir suç değildir[101]. Bu ayrıma bağlı olarak da, suç ve kabahatlerin oluşumu, karara bağlanması, yasa yolları ve infazı ile tabi oldukları genel hükümler farklı koşullara ve statüye bağlanmıştır.

Yeni ceza sisteminde, kabahatler suç olarak kabul edilmediğine

---

98 Atalay, s. 32.

99 Gözler, Yasama Dokunulmazlığı, Bir Karşılaştırmalı Hukuk İncelemesi

100 Yılmaz, Zekeriya, Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara – 2004, s. 417.

101 Anayasa Mahkemesi bu ayrıma rağmen kabahatlerin bir suç türü olarak görmektedir: "*Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idarî yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. ….. Yaptırım adının yasa ile "idarî" olarak değiştirilmesinin , bu tür yaptırıma uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerin etkilemeyeceği açıktır.*" AMK, E. 2005/108, K. 2006/35, K.T.1.3.2006, RG: 22.07.2006/26236.

göre, kabahatler, Anayasanın 83/2. maddesi kapsamında yasama dokunulmazlığı kapsamında yer almakta mıdır?

Konu, bir şekilde TBMM'ne intikal etmiş, Meclis Anayasa ve Adalet Komisyonlarından oluşan Karma Komisyonda görüşülmüştür. Komisyonun hazırladığı raporun sonuç bölümünde; " *kabahatler alanında yargının, itiraz ya da başvuru sonucu da olsa yargılama faaliyetine girecek olmasının özü itibariyle yargılama sürecini başlatacağı, kabahatlerin geniş anlamda Anayasanın 83. maddesindeki suç kavramının içinde mütalaa edilmesi gerektiği, kabahatlerin 5326 sayılı ayrı bir Kanunla düzenleniyor olmasının bu durumu değiştirmediği, Anayasanın lafzı ve ruhunun yorumundan suç kavramının hem cürüm hem de kabahatlerin dokunulmazlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiği"*[102] belirtilmiştir[103].

Bu değerlendirmeye katılmak mümkün değildir[104]. Çünkü, yeni TCK sisteminde, kabahat teşkil eden eylemler de bir haksızlık oluşturmaktadır, ancak bu eylemler suç kabul edilmeyen eylemlerdir. Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Haksızlıklar arasında bu yönde bir tasnif yapılması durumunda; bu tasnifte, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği esas alınmaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır[105]. Bize göre, Anayasanın 83 üncü maddesinde "*suç*" deyimi kullanıldığından, suç sayılmayan eylemler, yasama dokunulmazlığı korumasından yararlanmayacaktır[106].

---

102 Aktaş, Kadir; TBMM Uygulaması Anlamıyla Yasama Dokunulmazlığı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 67.

103 Özgen'e göre, kısa süreli de olsa üyenin Meclis çalışmalarına katılamaması bazen çok önemli bir yasama görevini yerine getirmeyi engeller. Bu nedenlerle dokunulmazlık, kabahatlerden dolayı da yasama görevinin yerine getirilmesini engelleyecek ve baskı oluşturacak kovuşturma yapılmasına engel olur. bkz. Özgen, Eralp, Yeni Anayasamız ve Milletvekili Dokunulmazlığı, AÜHFD, S.2., C. 18, s. 250.

104 Aynı görüşte bkz. Abdulhakimoğlu, s. 93; Aktaş, s. 112; Yasama dokunulmazlığının sadece suç oluşturan fiiller bakımından öngörülmüş olduğu, bu nedenle de milletvekilleri hakkında Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hakkında bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, s. 88.

105 5326 sayılı Kabahatler Kanunu Genel Gerekçesi, ulaşım tarihi: 15.04.2012, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm,

106 Gören, s. 210; Milletvekili tarafından gerçekleştirilen ve kabahat olarak kabul edilen eylemler dolayısıyla, milletvekilleri hakkında yürütülecek kovuşturma hakkında geniş açıklama için "*Yasama Dokunulmazlığı Kapsamında Olmayan Durumlar, Kabahatler Bakımından*" başlığı altındaki açıklamalara bkz.

C. Disiplin Hukuku Bakımından

Bir meslek mensubu olan veya seçimden önce memur olmuş olan milletvekili hakkında, seçim öncesi veya seçim sonrası meslek kurallarına uymaması nedeniyle başlatılmış olan disiplin soruşturması da yasama dokunulmazlığı kapsamında kalmamaktadır.

Bu nedenle, ilgili oda, birlik veya kamu kurumu, milletvekili hakkında disiplin cezası uygulayabilir. Çünkü, bir milletvekili hakkında disiplin soruşturmasının yürütülmesi veya disiplin cezası dolayısıyla verilmiş olan cezanın infaz edilmiş olması, yasama fonksiyonunun yerine getirilmesine engel olacak bir uygulama değildir[107].

1984 tarihinde Alman Yüksek İdare Mahkemesi verdiği kararda, disiplin cezalarının cürümlere göre farklılık gösterdiği gerekçesiyle, idarî tedbirlerin yasama dokunulmazlığı kapsamında yer almadığını belirtmiştir[108].

VI- Dokunulmazlığın Kaldırılmasının Sonuçları

Yasama dokunulmazlığı geçicidir, görev süresiyle sınırlı olarak bir koruma sağlamaktadır. Milletvekilliğinin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden sona ermektedir. Öte yandan, yasama dokunulmazlığı, her türlü suç için her zaman Meclis kararı ile kaldırılabilir. Bu anlamda Meclisin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır[109].

Bir milletvekilinin, kendi dokunulmazlığının kaldırılmasını isteme hakkı vardır. Ancak dokunulmazlığın kaldırılması için bu yeterli değildir. Dokunulmazlığın kaldırılması TBMM kararına bağlıdır (İçtüzük m.134).

Yasama dokunulmazlığı, kamu düzenindendir. Milletvekili, kendi isteği ile dokunulmazlığından vazgeçemez (TBMM İçtüzük m.134/4). Bu nedenle, ileri sürülmemiş olsa bile, hâkim tarafından re'sen nazara alınması gereklidir[110].

Dokunulmazlığın kaldırılmasına bağlanan hukuki sonuçlar şunlardır:

---

107 Aynı görüşte bkz. Gören, s. 210; Özcan, s. 149.
108 Özcan, s. 148.
109 Gözübüyük, s. 191.
110 Teziç, s. 390.

- Dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilleri, hangi fiilden dolayı yargılanacaksa, ancak onunla sınırlı olarak hakkında cezaî takibat yapılabilir. Diğer eylemleri dolayısıyla yasama dokunulmazlığı devam etmektedir[111].
- Meclis tarafından verilen yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı milletvekilinin suçluluğu veya suçsuzluğu yönünde bir anlam taşımaz. Çünkü söz konusu karar isin esasına girilmeden verilmiştir. Mahkemeler de, Meclisin görüsü ile hiçbir şekilde bağlı değildir[112].
- Yasama dokunulmazlığının kaldırılması milletvekilliği sıfatının sona ermesi anlamına gelmez. Milletvekili, yasama çalışmalarına devam edebilir[113]. Yargılama sonucunda milletvekili, seçilme yeterliliğine engel bir suçtan (Any.m.76) kesin hüküm giyerse, Anayasanın 84/2. maddesi uyarınca o milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi sonucu ortaya çıkabilir[114]. Bu konudaki mahkeme kararının TBMM Genel kuruluna bildirilmesi ile Meclis üyeliği düşer[115] ve ancak bunda sonra söz konusu cezanın infazı gerçekleşebilir.
- Dokunulmazlığı kaldırılmış olan milletvekilinin mahkum olmuş olduğu suç veya almış olduğu ceza Anayasanın 76/2. maddesi kapsamında yer almamakta ise, mahkum olan milletvekilinin milletvekilliği sona ermez. Bu nedenle de, cezanın infazı söz konusu olamaz. Bu durumda, cezanın infazı üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır (Any.m.83/4)[116].
- Dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili, kişiye bağlı korumalar bakımından, ceza muhakemesi karşısında "*ayrıcalıklı olmayan*" bir statüye geçmiştir. Bir başka deyişle, yasama dokunulmazlığı

111 Teziç, s. 389; Gürbüz, s. 124; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 284; Özer, s. 52.

112 Yalova, Yüksel; Türkiye Örneğinde Yasama Dokunulmazlığı Kavramı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı,1995, s. 65.

113 Teziç, s. 389; Gürbüz, s. 124; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 284; Özer, s. 52.

114 Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, s. 245; Gürbüz, s. 124.

115 Neziroğlu, s. 442; Aynı düşüncede bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 285.

116 Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 285.

kaldırılan milletvekili ile normal vatandaş arasında suçun soruşturulması ve kovuşturmaması bakımından bir fark kalmaz[117]. Bu nedenle de hakkında, suç soruşturması ve kovuşturmasına ilişkin tüm işlemler ve her türlü ceza muhakemesi koruma tedbiri, bu müesseselerin uygulanma koşulları çerçevesinde, uygulanabilir[118].

- Dokunulmazlığın kaldırılma kararıyla sadece muhakeme engeli olan dokunulmazlık kalkar; infaz engeli olan dokunulmazlık kaldırılamaz. İnfaz engeli kapsamındaki, seçimlerden önce veya dokunulmazlığın Meclisçe kaldırılmasından sonra yapılan kovuşturma sonucu verilmiş bir ceza hükmünün infazı, milletvekilinin bu sıfatı sona erdikten sonra mümkün olacaktır[119].
- Dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili, yargılama sonucunda beraat ederse, başkaca bir işleme gerek kalmadan, yeniden dokunulmazlığına kavuşur[120].
- Yargılama dokunulmazlığı kaldırılmış olan kişi, milletvekili seçilmeye engel nitelikte bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olmadıkça, yeni seçimlere katılabilir[121].
- Yasama dokunulmazlığı kaldırıldıktan sonra yeni seçimlere gidilmesi ve o kişinin tekrar milletvekili seçilmesi durumunda, dokunulmazlık da geri gelir ve o milletvekili tekrar yasama dokunulmazlığından yararlanır[122]. Bu nedenle de, herhangi bir işlem yapmaya gerek kalmadan ceza hükmünün yerine getirilmesinin ertelenmesine devam olunur (m.83/4)[123].
- Meclis Genel Kurulunda bir üye hakkında verilen yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının daha sonra Meclis tarafından geri alınması veya düzeltilmesi mümkün değildir[124].

---

117 Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2011, s. 635.
118 Gürbüz, s. 124; Gözübüyük, s. 193.
119 Aktaş, s. 144.
120 Teziç, s. 389; Gözübüyük, s. 194; Gürbüz, s. 124.
121 Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 284.
122 *"Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır."* (Any.m.83/f.4). Özbudun, s.290.
123 Gürbüz, s. 124.
124 Abdulhakimoğlu, s. 168.

KAYNAKLAR

Abdulhakimoğlu, Erdal, Bir Yasama Bağışıklığı Türü Olarak Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı, Gazi Kitabevi, 2008

Adem, Afet, Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri-2010

Akad, Mehmet / Dinçkol, Abdullah, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, DR Yayınları, İstanbul-2007

Aktaş, Kadir; TBMM Uygulaması Anlamıyla Yasama Dokunulmazlığı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009

Atalay, Nurhan, Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli-2008

Atar, Yavuz Türk Anayasa Hukuku Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Mimoza yayınları, Konya-2007

Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul-2008

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt I, 11. Basım, Beta Yayınları, İstanbul- 1994

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I, 13. Tıpkı Bası, Beta Yayınları, İstanbul-1999

Ergüneş, İsmail, Yasama Sorumsuzluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi

Eroğlu, Cem, Anatüzeye Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş), 9. baskı, İmaj yayınevi, Ankara-2007

Feyzioğlu, Metin, "*Yasama Dokunulmazlığı*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1991-92, Cilt 42, Sayı 1-4, http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1991-1992- 42-01-04/AUHF-1991-1992-42-01-04-Feyzioğlu.pdf, (03.04.2008)

Feyzioğlu, Metin, Yasama dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı (Kısaltma: Yasama Dokunulmazlığı, Çe-

tin Özek Armağanı), Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, TBB İstanbul Barosu

Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler (Kısaltma: Yasama Dokunulmazlığı Üzerine), http://www.turkhukuksitesi.com/makale_114.htm, ulaşım tarihi: 16/02/2012

Gören, Zafer, Anayasa Hukuku, T.C. Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki ile, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2006

Gözler, Kemal, *"Yasama Dokunulmazlığı: Bir Karsılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi"*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 56, No 3, Temmuz-Eylül 2001, Türk Anayasa Hukuku Sitesi, 01.05.2004, www.anayasa.gen.tr/dokunulmazlik.htm; ulaşım tarihi: 05.02.2012

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku (Kısaltma: Anayasa Hukukuna Giriş), Ekin kitabevi, 14. baskı, Bursa-2009

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri (Kısaltma: Türk Anayasa Hukuku Dersleri), Ekin yayınevi, Genişletilmiş 5. baskı, Bursa-2008

Gözler, Kemal, Yasama Dokunulmazlığı, Bir Karşılaştırmalı Hukuk İncelemesi, http://www.anayasa.gen.tr/dokunulmazlik.htm, ulaşım tarihi: 05.02.2012

Gözler, Yasama Dokunulmazlığı, Bir Karşılaştırmalı Hukuk İncelemesi, http://www.anayasa.gen.tr/dokunulmazlik.htm.

Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara-1999

Gürbüz, Reşit, Anayasa Hukuku, Genel Esaslar, Türk Anayasa Hukuku, Turhan kitabevi, Ankara-2008

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı

Keskinsoy, Ömer, Yasama Sorumsuzluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitisü Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, Onbeşinci Bası

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara – 2011

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Onikinci Bası, Beta, İstanbul – 2002

Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Dokuzuncu Bası, İstanbul-1989

Metin, Yüksel, Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara-2008

Neziroğlu, İrfan, Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları, Seçkin yayınevi, Ankara-2008, s. 440.

Onar, Erdal, 1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 14, 1997, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/veri-istatistik/yayinlar/AY-cilt.pdf, ulaşım tarihi: 27.04.2012

Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, SeçkinYayıncılık, 2. Baskı, Ankara – 2011

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara-2009, Yetkin yayınevi.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin yayınları, Ankara-1986

Özcan, Hüseyin, Yasama Bağışıklıkları, Seçkin Yayınevi, Ankara-2006

Özer, Atilla, Türk Cumhuriyetlerinin Hukuki Yapısı (Yasama-Yürütme-Yargı), Turhan kitapevi, Ankara-2008

Özgen, Eralp, Yeni Anayasamız ve Milletvekili Dokunulmazlığı, AÜHFD, S.2., C. 18.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, s. 552.

Sabuncu, Yavuz, Anayasaya Giriş, 11.Baskı, İmaj Yayınları, Ankara-2005

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 12. Bası, İstanbul-2007

Teziç, Erdoğan, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi

Kararları, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 198.Tunç, Mehmet, Yasama Dokunulmazlığının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Lisans Tezi, Ankara-2011

Tülen, Hikmet, Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezaî Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması, Mimoza yayınları, Konya-1999

Yılmaz, Zekeriya, Gerekçe ve Tutunaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara – 2004

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2005

Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, Beta yayınları, 4. Bası, İstanbul-Kasım 2005

HEKİMİN HASTAYI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN KAYNAKLANAN TAZİMİNAT SORUMLULUĞU

COMPENSATION LIABILITY ARISING FROM PHYSICIAN'S OBLIGATION TO INFORM THE PATIENT

Mine KAYA*

Özet: Kural olarak her tıbbî müdahale, hastanın yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğüne yönelik bir ihlaldir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için yetkili kişilerce icra edilmesi, tıp mesleğinin kurallarına ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gereklidir.

Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasında, hekimin hastasını aydınlatması yükümlülüğü ilk aşamayı oluşturur. Aydınlatma yükümlülüğü genel olarak hekimce ve müdahaleden önce ve uygun bir şekilde yerine getirilmelidir.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde hekim, hukuka aykırı bir müdahalede bulunmuş olduğundan, bundan kaynaklanan maddi ve manevi zararları tazmin ile sorumludur.

Anahtar Kelimeler: Tıbbî Müdahale, Aydınlatılmış Rıza, Aydınlatma Yükümlülüğü, Maddi ve Manevi Zarar, Tazminat

Abstract: As a rule, every medical attentions are violations of persons life, health and bodily integrity. Legality of medical attention, it should be performed appropriately for medical rules and medical care by competed physicians and be taken valid informed consent.

Physician's obligation to inform the patient is the first level of informed consent. Obligation to inform should be performed before the operation, with convenient formal requirement by the physician.

If the physician who performs an operation is violate of obligation to inform the patient this operation is an unlawful interference, for which he is liable in metarial and moral damages .

Key words: Medical Attention, Informed Consent, Obligation to Inform, Metarial and Moral Damages, Compensation

* Yargıtay 4. HD Tetkik Hakimi

GİRİŞ

Tıbbî müdahale kavramı, hem tıp biliminin hem hukukun hem de etiğin konusunu oluşturan disiplinler arası bir kavramdır. Her tıbbî müdahalenin kural olarak hukuka aykırı olması ve hekimin sorumluluğunu gerektirmesi, tıbbî müdahale kavramını hukukun konusu haline getirmiştir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ise, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından belirleyici bir role sahiptir.

Çalışmamızda öncelikle tıbbî müdahale kavramı üzerinde durulmuş ve tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için aranan şartlar açıklanmıştır. İkinci bölümde hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün nasıl icra edileceği konuları, yargı kararlarından da örnekler verilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Son bölümde ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde başvurulabilecek dava yolları üzerinde durulmuştur.

II. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

A. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI

Tıbbî müdahale, hastanın sağlık, yaşam ve bedensel bütünlüğüne yönelik bir eylem olması nedeniyle hem tıbbî, hem hukuki, hem de etik[1] yönden doğru ve uygun bir şekilde icra edilmelidir. Hukuk alanında tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun ve buna bağlanan sonuçların ortaya konulabilmesi için öncelikle tıbbî müdahale kavramın tanımının yapılması gerekir.

Bir kısım yazarlar, tıbbî müdahaleyi "*tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet*" olarak tanımlarlar.[2] Hekim burada her türlü anomaliliği, hastalığı, eksikliği gidermek, onarmak ve iyileştir-

---

1 Etik, buyurgan ve ödevsel ögelerle tıbbın ana hedeflerini işlevsel hale getirmeyi amaçlayan kurallar bütünü olup bu konuda daha fazla bilgi için bakınız: Üstün, Çağatay,"*Tıp'ta Etiğin Yerini Belirlemek*",*Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009, s.116.

2 Ayan, Mehmet, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara-1991, s.5; İpekyüz, Filiz Yavuz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi,* Ankara-2006, s.22.

mek amacıyla faaliyet göstermektedir. Bu faaliyetler, en basit teşhis ve tedavi ve iyileştirmek yöntemi olabileceği gibi en ağır cerrahi müdahaleleri de kapsamaktadır.[3] Bu tanımdan yola çıkıldığında, tıbbî müdahalenin *"tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından yapılması"* ve *"doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik bulunması"* olmak üzere iki unsurunun varlığı kabul edilmektedir.[4]

Günümüzde tıp alanındaki gelişmelere paralel olarak tıptan beklentiler de değişmiştir. Estetik amaçlı müdahaleler, deneysel çalışmalar, kök hücre uygulamaları ve gen teknolojileri, kısırlaştırmaya yönelik müdahaleler, organ ve doku nakilleri gibi uygulamalar tıbbî müdahale kavramının yeniden yorumlanmasını gerektirmiştir. Bu nedenle yukarıdaki tanımlamanın, özellikle tedavi amacı unsuru yönünden eleştirildiği görülmüştür. Örneğin Özay, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılmasında tedavi amacının ön şart teşkil etmeyeceği görüşündedir. Çünkü fiziki ve ruhsal tedavi ona göre bir bütün teşkil eder.[5] Üstelik hasta olmayan kişilere de tedavi amacı dışında müdahalelerin uygulanabilmesi mümkündür.[6]

Tıbbî müdahalenin ayrıntılı bir tanımı ise *"kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak yada nüfus planlaması amacı için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir"* şeklinde yapılmıştır.[7] Hakeri ise amaç sınıflandırılmasına gitmeden *"insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahaleyi"* tıbbî müdahale kabul etmiştir.[8] *"Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesinde, Genetik İncelemeler ve*

---

3 Ayan, s.5; İpekyüz, s.22.
4 Ayan, s.5; İpekyüz, s.22.
5 Özay, Merter, *Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu,* Ankara-2006, s.20.
6 Özay, s.20;Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara-2003, s.76.
7 Çakmut, Özlem Yenerer, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi,* İstanbul-2003, s.24; Özpınar, s.17-18.
8 Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara-2010, s.21.

Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik"[9] 3. maddesinde, müdahale ve cerrahi müdahalenin tanımları yapılmış olup, buna göre müdahale, "*hekim veya diğer sağlık personeli tarafından teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemlerdir*". Cerrahi müdahale ise, "*tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan teşhis ya da tedaviye yönelik operasyonlardır*". Yönetmelik, bedensel bütünlüğe yönelik yapılan her türlü müdahaleyi, cilt bütünlüğünü bozmayan ya da estetik amaçlı yapılan müdahaleleri de tıbbi müdahale kapsamına alarak geniş bir tanımlamada bulunmuştur.

Tıbbî müdahale kavramının, sadece bedensel bütünlüğüne yönelik müdahaleleri değil, aynı zamanda ruh sağlığına yönelik yapılan girişim ve başka nitelikteki tedavileri kapsaması gerektiği ve amaç yönünden de sadece tedaviyi değil hastalık niteliği taşımayan ve fakat kişide fiziksel veya ruhsal bir şikayete neden olan durumların giderilmesine yönelik yapılan estetik müdahaleler de gözetilerek sadece teşhis ve tedavi amacı ile sınırlandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

B. TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Hekimin tıbbî müdahalesi, hastanın hayatını, vücut bütünlüğünü veya sağlığını koruma amacına yönelik olsa bile, belirli şartların varlığı durumunda hukuka aykırı olmaktan çıkar. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için üç şart aranacaktır. Bunlar: Tıbbî müdahalenin yetkili kişiler tarafından uygulanması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve hastaya müdahale ederken tıp mesleğinin gerektirdiği kurallara ve özen yükümüne uygun davranılmasıdır.

1. TIBBÎ MÜDAHALENİN YETKİLİ KİŞİLER TARAFINDAN UYGULANMASI

Tıbbî müdahalenin sonuçları ve meydana gelecek zararlar doğrudan insan yaşamı, sağlığı ve vücudu üzerinde ortaya çıkacağından, kimin tarafından uygulanacağı önemlidir. Kimlerin tıbbi müdahalede bulunabilecekleri, 1928 Tarihli "Tababet ve Şuabatı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun'da(TŞSİDK) sayılmıştır. Buna göre, Hekimler

[9] RG: 01.06.2005, 25832.

(m. 1, 2, 3), diş hekimleri, (m.29), dişçiler (m. 29, 30), ebeler (m. 47), sağlık memurları (m. 3), sünnetçiler (m.58), hastabakıcı ve hemşireler (m. 68), tıbbi müdahalede bulunabilecek resmi ehliyetli kişilerdir. Bu sayılan kişilerin ehliyeti yanında asıl aranacak husus tıp mesleğini icra konusunda mevzuatın aradığı şekilde yetkili olmalarıdır ki yaptıkları işlemler hukuka aykırı sayılmasın[10]. Çalışmamızın kapsamı itibarıyla sadece hekim yönünden inceleme yapılmak suretiyle konu sınırlandırıldığından, yetkili kişi hekim olarak incelenecektir.

Hekim, hukuk düzeninin kendisine tıp mesleğini icra(tıbbî müdahalede bulunma) yetkisi tanıdığı kişiye verilen isimdir.[11] Hekimlik mesleğini yapabilme şartları TŞSİDK 'da şunlardır: Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak (TŞSTİDK. m.1)[12], tıp fakültelerinden diploma sahibi olmak, TŞSTİDK.'nın 2. maddesinde, söz konusu diplomanın hekimlik mesleğinin icrasına dayanak teşkil edebilmesi için Sağlık Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilmiş olması, tabip odasına (serbest hekimler bakımından)kayıtlı bulunmak, hekimlik mesleğinin icrasına sürekli veya geçici engel hali bulunmamaktır (TŞSTİDK. M.28, 6023 sayılı TTBK m. 39-40).

Hekimler, eğitim seviyelerine göre *"uzman hekimler"* ve *"pratisyen hekimler"* olarak adlandırılırlar. Pratisyen hekimler, tıp fakültesini bitirerek, hekim unvanını kazanan ve tıp mesleğini icra eden kişilerdir. Uzman hekimler ise, lisans eğitimi ardından lisansüstü eğitimini (uzmanlık) tamamlayarak, alanına göre o dalda sanatını uygulama ve ünvan kullanma hakkı kazanmış hekimler olup bunların uzmanlık eğitimi, 2002 Tarihli Tıpta Uzmanlık Tüzüğü (TUT) çerçevesinde gerçekleşir. Genel ve lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatlarda mutlaka bir uzman hekim yanında diğer bir hekimle müdahalenin yapılması(TŞSTİDK. M. 23), rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemlerinin kadın doğum uzmanlarınca yapılması(Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, m.10), bakteriyoloji ve kimya labaratuvarlarında tahlil ve taharriyat yapacakların uzmanlık belgesinin olması(992 sayılı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteri-

10 Ayan, s.6; Özpınar, Berna, *Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2007,s.19; İpekyüz, s.23; Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,* İstanbul-1972, s.111.

11 Ayan, s.5; İpekyüz, s.23; Özpınar, s.18.

12 Bu kuralın istisnaları için bakınız: TŞSTİDK. m.77 ve 2182 sayılı Kanun m. 1/2.

yoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu, m.1) ve 3591 sayılı Radyoloji, Radiyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'un ikinci maddesinde belirtilen alanlardaki faaliyetler için uzmanlık aranırken, diğer alanlardaki müdahaleler için kanunlarımızda uzmanlık şartı aranmamıştır. Adı geçen tüzüğün 4. maddesinde ise uzmanlık belgesi olmayanların uzmanlıkla ilgili tıbbî faaliyette bulunamayacaklarına ilişkin düzenleme, açıkça uzman olmayan hekimlerin uzmanlıkla ilgili tıbbî müdahalede bulunmasını yasaklamış ise de bu düzenleme doktrinde, kanunla konulmayan bir yasağın tüzükle getirilmesi bakımından eleştirilmiş ve fakat bugün tıbbın çok süratli gelişimi ve hekimlerin her alanda bilgi sahibi olmasının beklenememesi karşısında, tıbbi müdahalelere müsaade edilirken uzmanlık alanının göz önünde tutulmasının daha isabetli olacağı ileri sürülmüştür.[13]

Günümüzde tıpta uzmanlaşmanın, hatta uzmanlık dalında spesifik konularda yan dal (üst ihtisas) yaparak daha da bir uzmanlaşmanın yaygın olduğu, tıbbın her dalında hızlı gelişim ve değişimine ayak uydurmanın ve hekimlerin hastalıkların teşhis ve tedavisinde daha komplike yöntemler kullandıkları düşünülürse, o dalda uzmanlık yapmamış bir hekime tıbbi müdahale hakkı verilmesi, günümüz koşullarına uymamaktadır.

Tıp fakültesinde, lisans eğitiminin son sınıfında (poliklinik aşaması) bulunan öğrencilere ise *"intörn hekim"* adı verilmektedir. İntörn hekimlere, asıl hekimin denetim ve gözetimi altında tedaviye katılma imkanı tanındığından sorumluluk açısından bunları bağımsız hekim saymak mümkün olmayacağından asıl hekimin yardımcısı durumunda kabul edilmektedirler.[14]

2. HASTAYA MÜDAHALEDE TIP MESLEĞİNİN GEREKLERİNE VE ÖZEN YÜKÜMÜNE UYGUN DAVRANILMASI

Tıbbî müdahalenin, hukuka uygunluğu için aranacak bir diğer unsuru ise bizzat tıp bilimi ve mesleği belirlemektedir. Buna göre, uygulanacak tıbbî müdahalenin tıbben gerekliliği(zorunluluğu) ve tıp biliminin ilke ve kurallarına (tıbbî standart) uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir.[15]

---

13 Hakeri, s.91.
14 Özpınar, s.19.
15 Bayraktar, s.147-149; Hakeri, s.196.

a. Tıbbî Zorunluluk(Endikasyon)

Anayasamızın 17/2. maddesinde, "*tıbbî zorunluluklar*" dışında kişinin bedensel bütünlüğüne dokunulamayacağı temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 13/3. maddesinde hekimin teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, aklî veya bedeni mukavemeti azaltacak herhangi bir şey yapamayacağı vurgulanmıştır. Aynı hüküm Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde de aynen benimsenmiştir. Bu yasal düzenlemelerden yola çıkıldığında tıbbî müdahale, kişinin yaşamını, sağlığını, vücut bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına hizmet eder nitelikte olmalıdır.[16] Endikasyonun içerik ve sınırını ise, tıbbî ilkeler ve tıp meslek etiği kuralları belirleyecektir.[17]

Endikasyonun günümüzde geniş yorumlandığı, sadece tıbbi olmasının gerekli olmayıp sosyal gereklilik(sünnet) ve psikolojik gereklilik(estetik müdahaleler) nedeniyle yapılalan bazı müdahalelerin de endikasyon unsurunu taşıdığı kabul görmektedir.[18] Endikasyon şartı bulunmasa da deneysel nitelikli müdahaleler, şekil ve fonksiyon değiştirici müdahaleler(estetik ameliyatlar, cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler), kişinin üretim fonksiyonuna yönelik müdahaleler(rahim tahliyesi, sterilizasyon, kastrasyon, suni döllenme), aşı ve üçüncü kişi yararına müdahalelerin (organ nakli, kan verme, vb) de dolaylı tedaviye yönelik olmaları veya kanunla düzenlenmeleri gerekçesiyle hukuka uygunluğu kabul edilmektedir.[19]

b. Tıbbî Kural ve İlkelere(tıbbî standart) Uygunluk

Hekimin tıp biliminin kural ve ilkelerine aykırı olan her hareketi hukuka aykırılık olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle hekim, "genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutad usul halini almış olan ilkelerini bilmek ve sanatının kurallarına göre doğru teşhis koyup bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve bu tedaviye gerekli her

16 Ayan, s.9; İpekyüz, s.24.
17 Hakeri, s.197.
18 Hakeri, s.198.
19 Ayan, s.9;Hakeri, s.199-201; Bayraktar, s.159-200.

türlü ihtiyat tedbirlerini alarak uygulamak zorundadır.[20] Bu bağlamda tıp bilimi ve uygulamasının genel kabul gören kurallarının bilinmesi ve bunlara uygun davranılması için hekimin tıp alanındaki yenilikleri ve gelişmeleri de takip etmesi gerekecektir.[21] Tıp bilimince genel olarak bilinen, tanınan ve kabul edilmiş kurallar tıbbî standart olarak da adlandırılmakta olup tıbbî standart kavramı, *"hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzey"* olarak tanımlanmaktadır.[22] Hekimin yükümlülüğü tedavi yönteminin uygulanmasından sonra da sürecek, hastanın düzenli bir şekilde kontrolünü yaparak gerekli talimatları verecektir.[23] Yargıtay da hekimin müdahalesinin hukuka uygunluğu için tıp biliminin kabul ettiği kurallara uygun davranılması gerektiğini belirttiği kararında, *" Bir meslek veya sanat erbabı, meslek veya sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan, tartışma konusu olup genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz. Doktorlar tarafında yapılan ameliyatlar beklenilen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, zararı meydana getiren sübjektif niteliklerine bakılmaksızın orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutat ihtimamdan ibarettir"*[24] demektedir. Tıbbî standart konusundaki en büyük problem tıp bilimi ve tekniğindeki sürekli değişme ve gelişme karşısında tıbbî standart kavramının net olarak belirlenmesindeki zorluktur.[25] Tıbbî standarda aykırılık hekimin kusurlu eylemi olarak karşımıza çıktığından ve bu standartlar zamana göre değiştiğinden hangi andaki tıbbî standardın esas alınacağı önemlidir. Aranacak tıbbî

---

20 Tandoğan, Halûk, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri),* Ankara, 1987,3.Bası, C.II , S.1, s.416.
21 Ayan, s.90; Bayraktar, s.148-149.
22 Hakeri, s.270; Savaş, Halide, *Tıbbî Müdahale Hataları,* Ankara-2009, s. 41.
23 Ayan, s.93-94.
24 13.HD. 14.10.1974,2637/2492, Naklen, YKD. C.2(1976).S.1,s.79-80.
25 Savaş, s. 41.

standart, müdahale anındaki tıbbî standarttır.[26] Hekimin görev yaptığı yer ve bu standartlara ulaşabilme olanağı tıbbî standardın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak kriterlerdendir.[27]

c. Hastanın Aydınlatılmış Rızasının Alınması

Yapılan bir müdahalenin, hukuka uygun bir tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi için aranan şartlardan belki en önemlisi, kendisine müdahalede bulunulacak kişinin, yani hastanın yapılacak müdahaleye rızasının (onamının) alınmasıdır.[28] Çalışmamızın konusunu oluşturan aydınlatma yükümlülüğünün nihai hedefi de müdahaleye hastanın rızasının alınmasıdır. Hastanın rızası, hasta bakımından beden ve ruh bütünlüğün sağlanması ve kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımında bir araç olarak karşımıza çıkarken, hekim yönünden, uygulanan müdahalenin hukuka uygunluğunun bir şartı ve hekimin yetkisinin sınırını oluşturmaktadır[29]. Rızanın geçerliliği ise, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin, müdahalenin hukuka uygunluğunun ve hekimin sorumluluğunun tespiti bakımından önemlidir.[30]

Rıza, bir hukuki işlem olup, irade beyanı şeklinde ortaya çıkmakta ve rızaya yönelik irade beyanının açıklanması ile sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır.[31] Rızaya ilişkin irade açıklamasının serbestçe verilmesi ve iradenin hata, hile ve korkutma gibi bir nedenle sakatlanmaması yanında, kanuna, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması da gerekir.[32] Bu rıza açıklamasının müdahaleden önce veya somut olayın özelliğine göre, en geç müdahale anında yapılması gerekir.[33] Rıza, açık veya zımnî olarak verilebilirse de, bu durum hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.[34] Rıza, kural olarak sözlü olarak açıklanabilir. Ancak mevzuattaki yazılı rıza alınmasına ilişkin

---

26 Hakeri, s. 271.
27 Hakeri, s. 271.
28 Ayan, s.11; Hakeri, s.98; İpekyüz. , s.27.
29 Bayraktar, s.123.
30 Özpınar, s.23.
31 Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* İstanbul-2006, s.500.
32 Bayraktar, s.144; Şenocak, Zarife, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara-1998, s.41.
33 Hakeri, s.150; İpekyüz, s.29.
34 Hakeri, s.151-152.

hükümler saklıdır.[35] Bazı hastanelerin gerek yazılı rıza şartını sağlamak gerek ispat kolaylığı açısından rıza formüleri hazırladıklarına sıkça rastlanmaktadır.

Kişinin tıbbî müdahaleyi kavraması, anlaması ve bu konuda sağlıklı bir karar verebilmesi için rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Tam ehliyetliler bakımından rıza ehliyetinin varlığı kural olarak kabul edilmekte ise de bu konuda denetim yetkisi ilk aşamada hekime ait olacaktır.[36] Tam ehliyetsizler için rıza yasal temsilciden alınacaktır. Kanaatimizce, ızanın açıklanması, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, küçük ve kısıtlının rızasının- müdahalenin önemi, anlamı ve sonuçlarını kavramaları şartı ile- kendisinden alınması uygun olur. Ancak TŞSTİDK. m. 70'de ve HHY. M. 24/2'de, küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin tıbbi müdahale için rıza vermesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Aynı yönetmelik m. 26 gereği, küçük ve kısıtlının mümkün olduğu ölçüde dinlenmesi gereğine işaret edilmiştir.

Rızanın hakim kararı ile alınması da mümkündür. Tıbbi müdahaleye hastanın yasal temsilcisinin (veli veya vasi) rıza vermemesi durumunda, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/3 gereği mahkemeden karar alınır. Rızanın hakimden alınacağı bir diğer istisnai durum ise, HHY. 22/2-3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir suçu işlediğine dair şüphe altında olan ve suçun delilleri kendisi veya mağdur vücudunda bulunduğu ve bu delillerin ortaya çıkarılması için tıbbî müdahale gereken durumlarda hakim kararı aranır. Hatta gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu izni savcı dahi vermeye yetkilidir. Savcı izninin hakim onayına sunulup sunulmayacağı ve süresi konusunda yönetmelikte bir düzenleme yoksa da gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle savcıdan bu izin alınmış olduğundan bu iznin hakim onayına sunulması gerekir.

Hastanın kendisi veya yasal temsilcisinin rızanın aranmayacağı durumlardan da bahsetmek gerekir. Hastanın müdahale konusunda görüş belirtebilecek durumda olmaması (bilincinin kapalı olması vb.), veli veya vasisinin olmaması veya bulunamaması durumunda rıza aranmaz (TŞSTİDK. m.70). HHY.'de rızanın iki durumda aranmadığı

---

35 TŞSTİDK.m.70'e göre büyük ameliyatlar; MK.m.23'e göre, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli vb. de yazılı rıza şartı aranmaktadır.

36 Hakeri, s.154.

görülmektedir. Yönetmeliğin 24/1. maddesinde, TŞSTİDK.'a paralel bir düzenleme yer almaktadır. İkinci düzenleme ise 24/3. maddede bulunmakta olup kanuni temsilci veya mahkemeden izin almak için yeterli zaman bulunamaması durumunda, hastanın tedavi görmedeki yararı öne geçecek ve hekim rıza olmaksızın tıbbi müdahalede bulunacaktır. Bu durumda, varsayılan rızasının olduğu kabul edilerek hekim tıbbi müdahalede bulunacak olup varsayılan rızanın tespitinde ölçüt, normal, makul ve ortalama bir hastanın tavrı olacaktır.[37] Umumi Hıfsızsıha Kanunu gereği, kamu sağlığının korunması amacıyla müdahalelerde rıza aranmayacağı gibi, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82/3. m. gereğince, diğer hükümlü ve tutukluların sağlıklarının korunması bakımından ve hayatları ciddi tehlikede olup tedaviyi reddeden hükümlü ve tutuklulara da zorla tıbbî müdahale mümkündür. Akıl hastaları, alkol ve uyuşturucu bağımlıları için de rıza aranmadan tıbbî müdahalede bulunmak mümkündür. Kendi geleceğini belirleme hakkının bir uzantısı olarak verilen rızadan müdahaleden önce veya en geç müdahale anında cayılması ve rızanın geri alınması mümkündür.[38] Ancak müdahaleye başlanmışsa ve bunun yarıda bırakılması hastanın ölümü veya ağır sağlık zararlarına yol açacaksa rızanın geri alınamayacağı, çünkü rızanın geri alınmasında tıbben bir sakınca bulunmaması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.[39]

Yargıtay tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda doktrindeki görüşlere atıf yapmak suretiyle şu hususları aramıştır.

"A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması,

B) Hastanın rızası bulunması,

C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır".[40]

---

37 Özcan, Burcu. G/ Özel, Çağlar, *"Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler"*, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Ankara-2007, C.10, S.1, s.70; Şenocak, s.43; İpekyüz, s.29.

38 Şenocak, s.43.

39 Şenocak, s. 44; Özcan/Özel, s. 70; Özdemir, s.122-123 .

40 4.HD. 07.03.1977, 6297/2541.

III. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Aydınlatma yükümlülüğü, tıp biliminin konusu olarak müdahalenin başlaması ve yönlendirilmesinde etkin olduğu gibi, hukukun konusu olarak hekimin tıbbî müdahalesinin hukuka uygunluğu ve hekimin sorumluluğunun sınırını belirlemektedir. Aydınlatma yükümlülüğü ayrıca tıp etiğinin de konusu olup hekim hasta arasındaki ilişkide, hastalığı nedeniyle bedensel veya ruhsal yapısında bozulma olan hastaların her durumda gözetilmesi gereken haklarını, hekime sorumluluklar yükleyerek güvence altına alan tıp etiği[41] bakımından, hekimin mutlak yol göstericisidir. Aydınlatma yükümlülüğü ile ilgilenen bir başka dal ise iletişimdir. Torrey, aydınlatma yükümlülüğüne etik ve hasta hekim arasındaki iletişimdeki rolü perspektifinden bakar ve hasta ile hekim arasında etkin bir iletişimin kurulmasında aydınlatma yükümlülüğünün önemli bir yere sahip olduğunu belirtir.[42]

Aydınlatma yükümlülüğü kavramının daha iyi anlaşılması için, hasta ve hekim yönünden konunun iki yönünü oluşturan, "*aydınlatma*" ve "*aydınlatılma*" kavramlarının tanımlanması gerekir. Hekimin yükümlülüklerinden olan aydınlatma, hekimin vereceği(gerçekte planlanan tıbbî müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir müdahalenin gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkması muhtemel olumsuz bir takım sonuçları anlatarak) bilgilerle donatılması ve hastanın, uygulanması düşünülen tıbbî teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir.[43]

Aydınlatılma ise, "*kişinin tıbbî girişim öncesi hastalığına ait tıbbî bulgular ile konulan tanı, uygulanacak tedavi türü, bu tedavinin başarı şansı,*

---

41 Çobanoğlu, Nesrin, "*Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam*",*Sağlık Hukuku Digestası,* Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009, s.73.

42 Torrey, Trishia,"Effective Patient-Doctor communications-http:// patients.about.com/ od/therightdoctorforyou / a/docpatientcomm.htm,s. 1 (09.04.2011).

43 Köprülü, Ömer, "*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.LVIII, sayı 10-11, İstanbul-1994, s. 594; Doğan, Cahid, "*Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması*",*Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyum* , 2-3 Mart Girne, Ankara-2010, s.125; Ayan, s.71; Özdemir, Hayrünnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara-2004, s.97; Boran, Bedia, "*Aydınlatılmış Rıza*", *Sağlık Hukuku Kurultayı*,1-3 Kasım Ankara, Ankara 2009, s.97; Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbî Müdahaleye Rıza,* İstanbul-1993, s.59.

tedavi sonrasıyla ilgili sorunlar ve varsa alternatif tedaviler, tıbbî girişimin boyutu ve sınırları, tedavinin muhtemel olumlu ve olumsuz sonuçları, neden olabileceği komplikasyonlar, tıbbî girişimin yapılmaması veya geciktirilmesi durumunda ortaya çıkabilecek olumsuzluklar hakkında yeterli ölçüde ve anlaşılabilir bir dille bilgi edinmesi durumudur".[44]

Kişinin yeterince bilgi sahibi olmadan, tedaviye serbest iradesiyle rıza göstermesi beklenemez.[45] Rızanın alınması, hasta ile hekim arası ilişkide hekimin yükümlülüklerinden biri olup, hastanın geçerli rızanın alınmasında, hastanın vereceği kararın önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gereklidir.[46] Aydınlatma yükümlülüğü, hekim açısından tedavi ve teşhis sözleşmesi gereği bir edim olarak karşımıza çıktığı gibi hasta açısından da gerek kendi geleceğini belirleme hakkını gerek yaşam, sağlık ve bedensel bütünlük üzerindeki müdahalelere rıza göstererek eylemin hukuka uygunluğunun sağlanmasının bir aşamasıdır. Bazen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinden sonra hasta ile hekim arasında sözleşme kurulabildiğinden, aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki ilişkiler içerisinde de değerlendirilebilir. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, hastalığın tanımlanması, uygulanacak tedavi ve başarı şanslarının ortaya konulması, oluşabilecek risklerin ve tedavi sonrası alınacak önlemlerin açıklanması, hastanın var olan tereddütlerinin giderilmesi ve tedavinin mali boyutlarına yönelik aydınlatmada bulunulması, çoğu zaman hasta ile hekim arasındaki tedavi ve teşhis sözleşmesinin kurulmasında önemli bir rol oynayabilmektedir.[47]

Aydınlatma yükümlülüğü hukukumuzda, Yargıtay kararlarında da irdelenmiştir. Bunlardan bilinen en eski ve kapsamlı karar, Yargıtay 4. HD.'nin 07.03.1977 gün, 6297/2541 sayılı kararıdır. Anılan kararda, davacının davalı hekimin muayenesi sırasında kızlığını bozması üzerine manevi tazminat davası açması ve yerel mahkemece davanın reddi üzerine, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat

---

44 Tüzün, Birgül/Elmas, İmdat/Akkay, Erdem, "*Çocuklara Yönelik Tıbbî Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam" III. Tıbbî Etik Sempozyumu Bildirileri,* Ankara-1998, s.189-190: Doğan, s.125.

45 Bayraktar, s.124.

46 Şenocak, s.37;Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk,* Ankara-1993, s.27.

47 Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "*Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü*", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.52, Sayı:3, Ankara-2003, s.64.

yükünün hekime ait olduğu ve tıp bilimine uygun olarak tüm veri ve sonuçların hastaya anlayacağı biçimde anlatılmasının gerekli olduğuna vurgu yapılmıştır.[48]

---

[48] Bu önemli kararda Yargıtay şöyle demiştir: "*13.7.1972 günü 1948 doğumlu (Y) karnındaki bir rahatsızlığı nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu Buca Hastanesi Kadın Dahiliye servisine yatmıştır. Tedavisi sırasında davacı 19.7.1972 günü yine hastalanmış ve nisaiye mütehassısının ilgili olması nedeniyle, acele, olarak ambulans ile aynı kurumun Tepecik Doğum Evine sevk edilmiş ve davalı hekim tarafından muayene edilmek üzere odaya alınmış ve Jinekolojik muayenesi sırasında davalı hekim tarafından rektal tuşe yapılmış bu sırada baş parmağı ile hymene tazyik etmek suretiyle annüler olan kızlık zarının saat 6 hizasında yırtılmasına sebep olmuştur. Bu yönde taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmadığı gibi ayrıca dosyalar münderecatından, dinlenen tanıkların beyanından, davalının ikrarından, raporlardan ve özellikle Yüksek Sağlık şurasının 26 Kasım 1973 gün 6663 sayılı raporundan anlaşılmaktadır.*

Davalı aleyhine açılan ceza davası, yüksek sağlık şurasının anılan raporundaki (hekim kusurunun bulunmadığı) görüşüne dayanılarak beraatle sonuçlanmış ve müdahilin temyizi üzerine dava Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince 1803 sayılı Af Yasası hükümlerince ortadan kaldırılmıştır.

Hukuk Hakimi de, aynı rapordaki görüşe dayanarak, tazminat davasını reddetmiş bulunmaktadır.

O halde, bu davada öncelikle çözümlenmesi gereken sorun;

1) Tıbbı müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli şartların nelerden ibaret bulunduğunun,

2) Hukuka uygunluğu sınırlarının,

3) Olayda, davalı hekimin taksirli davranışının bulunup bulunmadığının,

4) Yüksek Sağlık Şurası Raporunun her halükarda hukuk hakimini bağlayıp bağlayamayacağının saptanması olmalıdır. Bu itibarla anılan yönler üzerinde kısaca da olsa durulmasında yarar vardır.

Doktrinde Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bunlar sırasıyla;

A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması,

B) Hastanın rızası bulunması,

C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır.

İlk koşul olayımızda mevcuttur.

Hastanın rızasının bulunması koşuluna gelince;

Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispati davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir değimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar - age - 127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır.

Nihayet, HUMK. hükümlerine göre hakim ancak, olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bunun dışında bazı

Yargıtay 13. HD ise,18.09.2008 gün, 4519/10750 sayılı ilamında, aydınlatma yükümlülüğünü hekimin vekâlet sözleşmesi kapsamındaki özen borcu içerisinde değerlendirmiştir.[49]

---

ayrık durumlar hariç hangi merci ve makam tarafından verilirse verilsin, anılan nitelikleri haiz olmayan bilirkişi raporları bağlayıcı sayılmaz. Yüksek Sağlık şurası raporu da bu niteliktedir. Çünkü rapor, gerekçeli ve inandırıcı değildir. Hekimin, muayenenin muhtemel sonuçlarını hastaya bildirip bildirmediği konusu üzerinde durulmamıştır. Kaldı ki ceza davasında kast bulunmadığından beraat kararı verilmiştir. Hukuk Hakimi Borçlar Kanununun 53. maddesine göre, bu beraat kararı ile bağlı değildir. İhmali davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Bu ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır.

*O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır. Aksi düşüncelerle verilen karar anılan nedenlerle bozulmalıdır..."*şeklinde karar vermiştir 4.HD.07.03.1977, 6297/2541, Naklen, Kıcalıoğlu, Mustafa, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara-2011, s.333-334).

49 Sözü edilen kararda Yargıtay,"*Davacı, yüzündeki kırışıkların giderilmesi için davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olması nedeniyle kalıcı zararlara yol açtığı iddiası ile manevi tazminat istemişlerdir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1 md.) O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor ve Hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK. nun 394/1.maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor ve hastane sorumlu tutulmamalıdır.*

Somut olaya bakıldığında, davacının yüzündeki kırışıkları gidermek için davalı klinik ve doktora başvurduğu, davalı doktorun davacının yüzüne fill-new adlı dolgu malzemesi enjekte ettiği, sonuçta davacının yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluştuğu taraflar arasında ihtilaflı değildir. Çözümlenmesi gereken husus, davalının üstlendiği tedaviyi yaparken özen borcunu yerine getirip getirmediğidir. Dosya içersinde bulunan raporlarda davacının yüzünde oluşan hasarın nedeni, yabancı cisim reaksiyonu olarak bildirilmiştir. 22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin

Yargıtay 15. HD. estetik ameliyatlar, diş protezleri, saç ekimi gibi durumlardaki tıbbî müdahaleleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirdiğinden hekimin aydınlatma yükümlülüğünü de yüklenicinin(hekim) özen borcu içerisinde yerine getirmesi gerektiğini belirtmiştir.[50]

---

muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulunda verdiği 23.9.2005 tarihli ifadesinde davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon oluşursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz. O halde mahkemece yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak varsa taraf delillerini topladıktan sonra davalının aydınlatılmış onam alma yükümlüğünü yerine getirip getirmediği, giderek kusuru bulunup bulunmadığı yönünde, inceleme yapılmak üzere dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi ile taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir" demiştir.

50 15. HD. 4800/5945 sayılı kararının metni şöyledir: "*Diş tedavisinde, hasta ile doktoru arasındaki hukukî ilişki vekâlet sözleşmesi (BK'nın 386 vs.); diş protezinde ise eser sözleşmesi (BK'nın 355 vd) dir.*

Diş tedavisinde, doktorun yükümlülüğü, tıp dünyasında kabul edilen yöntemi uygulayarak, hastasını tedavi etmektir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinde, sonucun taahhüdü yoktur. Başka bir anlatımla tüm tedaviye rağmen hasta iyileşmese dahi, doktor yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve ücrete hak kazanır.

Oysa, eser sözleşmesinde, doktor (yüklenici) belli bir sonucu (eser) taahhüt etmektedir. Sonuç gerçekleşirse, yani hastanın kullanabileceği amaca uygun bir protez gerçekleşirse yüklenici sayılan doktor, borcunu ifa etmiş sayılır ve ücrete hak kazanır.

Somut olayda, davacı hasta (iş sahibi), davalı doktorun yaptığı protezi kullanamamış ve iddiaya göre birtakım rahatsızlıklar meydana gelmiştir. Bu husus doğru ise, davalı, sözleşmenin amacına uygun bir sonucu gerçekleştirememiştir. Başka bir anlatımla, davalının yaptığı protez, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı sayılır (BK m.360/1)

Protez işinin yapımı sırasında, hastadan kaynaklanan bir durum, özellikle diş eti hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık proteze engel ise öncelikle doktorun bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü hâlinde de önce diş eti tedavisi yapması gerekirdi. Bu bildirimin doktor tarafından yapılıp yapılmadığı ve hastadaki mevcut hastalığın o hali ile proteze uygun olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Doktor, ancak bu bildirimden sonra sorumluluktan kurtulur (BK.md.357/son).

O halde mahkemece yapılması gereken iş; Üniversitenin Diş Hekimliği Fakültesinden se-

Aydınlatma yükümlülüğünün en fazla irdelendiği ve yargı kararlarında tartışıldığı[51] ülkelerden biri Amerika Birleşik Devletleri'dir. Amerikan hukukunda aydınlatılmış rıza kendi geleceğini belirleme hakkı içerisinde değerlendirilir. Kendi geleceğini belirleme hakkının temelinde, kişinin kendi bedeninin efendisi olarak görülmesi yatar.[52] Bu nedenle, kendi geleceğini belirleme hakkı ve aydınlatılmış rıza doktrininin gelişmesinde Amerikan hukukunun payı yadsınamaz. Makalemizde, Amerikan yargı kararlarına ve örnek davalara yer verilerek, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin yargı deneyimlerinin çeşitlendirilmesi amaçlanmıştır.

Amerikan hukukunda, hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünün tartışıldığı en eski ve örnek dava 1905'te görülen Mohr – Williams davasıdır.[53] Davaya konu olan olayda, davacı hasta sağ kulağında yapılacak cerrahi müdahaleye rıza göstermiş, ancak davalı hekim müdahale sırasında sağ kulaktan çok sol kulağın tedaviye gereksinim duyduğunu fark ederek müdahaleyi sol kulak üzerinde gerçekleştirmiştir. Müdahale başarılı olmuşsa da, davacı hasta sol kulakta müdahaleye ihtiyaç olduğu konusunda bilgilendirilmediğini ve sadece sağ kulak üzerinde müdahale için izin verdiğini ileri sürerek dava açmıştır. Mahkeme sol kulak ameliyatı konusunda hasta aydınlatılmadığından ve rızası alınmadığından aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini ve hastanın bedensel bütünlüğüne saldırıldığını kabul etmiştir.[54]

çilecek üç kişilik bilirkişi heyetinden önceki bilirkişi raporları incelettirilmek ve gerekirse hasta üzerinde muayene yaptırılmak suretiyle rapor alınmasından, hastadaki mevcut diş eti hastalığının tedavi edilmeden, o hâli ile protez işleminin yapılmasının uygun olup olmadığının tesbitinden ve ayrıca, BK'nın 357/son maddesine uygun yapılmış bir ikaz var ise, bu hususun kanıtlanması için davalı tarafa bu imkânın sağlanmasından ve hâsıl olacak sonuca göre bir hüküm kurulmasından ibarettir."

51 Bu davaların sayısının çok olması,hastanın aydınlatılmış rızanın alınmasının ihlal edildiği savunmasında bulunulması halinde, davanın juri tarafından görülmesinin garanti olmasıdır.(Boland,Gary.L., The Doctrine of Lack of Consent and Lack of Informed Consent in Medical Procedure in Louisiana",*Louisiana Law Review-September-1984(Westlaw.com-10.04.2011).*

52 Moldoff,W.M., "*Malpractce: Physician's Duty to Inform Patient of Nature and Hazard of Disease or Treatment*", *American Law Report ALR2d,s.22(*westlaw.com-*10.04.2011).*

53 Boland, s.2.

54 Naklen: Bolland, s.2.

B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İCRASI

1. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜ

Kural olarak aydınlatma yükümlüsü teşhis ve tedavi sözleşmesinin tarafı olan ve hastaya tıbbî müdahaleyi uygulayacak olan hekimdir.[55] Teşhis ile müdahalenin ayrı hekimlerce yapılacağı ya da işbölümü ile yerine getirileceği durumlarda birden fazla hekimin bulunması halinde her bir hekim hastayı aydınlatmakla yükümlüdür.[56] Aydınlatma yükümlülüğü altında olan hekim bu görevi başka bir hekime bırakabilir.[57] Hekimlerin bir grup halinde müdahalede bulunmaları halinde bu görev için bir hekimin sorumlu olarak tayini mümkün olabileceği gibi[58], ideal olan her bir hekimin kendi ihtisas alanında aydınlatma yapmasıdır. Aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı hallerde hekimin aydınlatmanın yükümlüsü olduğu söylenemezse de, bu hususun ispatı hekime aittir.[59]

Yargıtay da aydınlatma yükümlüsünün, tıbbî müdahalede bulunan hekim olduğunu birçok kararında vurgulamıştır.[60]

Amerikan hukukunda, aydınlatma yükümlüsü müdahalede bulunacak hekim ise de, hekimin bu yükümlülüğü başka birisine devredip devredemeyeceği tartışılmıştır. Veith- O'brien davasında(2007), mide ameliyatı yapacak hekimin aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünü hastane personeline devrettiği ve aleyhine açılan davada yükümlülüğün devredildiği savunması karşısında, hekim için hastayı tam olarak aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı ve bu durumun hekimi bu yükümlülüklerden kurtar-

---

55 Ayan, s.81; Ozanoğlu, s.72; Şenocak, s.58; Aşçıoğlu, s.81; Hakeri, s.128.
56 Ayan, s.82; Şenocak, s.58-59; Aşçıoğlu, s.39.
57 Ayan, s.82; Aşçıoğlu, s.39; Hakeri, s.128.
58 Ayan, s.82; Aşçıoğlu, s.39.
59 Ayan, s.81-82.
60 Yargıtay 13.HD.'nin 05.04.1993 gün, 131/2741 sayılı ilamında " *Gerçekte de; doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektiği bütün önlemleri almalı. bu tip sonuçlar nadir de görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatın rizikoları; muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanılmamıştır",* Naklen, Savaş, s.292.

madığı sonucuna varılmıştır.[61] Salandry-Bryk (2008) davasında ise, hastanenin hastaya özel olarak bir hekim atayarak hizmet vermesi durumunda, aydınlatma yükümlülüğünü hastanenin değil, bu hekimin yerine getireceğine ve aydınlatılmış rızanın onun tarafından alınacağına karar verilmiştir.[62]

2. AYDINLATMA ALACAKLISI

Aydınlatma alacaklısı kural olarak hastanın kendisidir.[63] Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesinde de bizzat hastanın aydınlatılacağı kuralı kabul edilmiştir. Hastanın sürekli olarak ayırtım gücüne sahip olmaması durumunda veli veya vasinin aydınlatılması gerekir. Ancak ayırtım gücünün geçici olarak ve özellikle müdahaleyi gerektiren olay nedeniyle(trafik kazası vb.) kaybı hallerinde zaruret hali söz konusu olacağından aydınlatma gerekmeyebilir.[64] Hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin aydınlatılması yanında, tıbbî müdahaleye rıza gösterilmesi münhasıran şahsa bağlı bir hak olduğundan tıbbî müdahalenin mahiyeti ve önemini, yarar veya zararlarını serbestçe tartıp karar verme yetisine sahip hasta, küçük veya kısıtlı da olsa bizzat aydınlatılmalıdır.[65] Kanuni temsilcinin müdahale anında bulunamaması veya olmaması halinde rıza aranmayacağından, zaruret hali nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçilebilecektir.[66] Hastanın aydınlatılma konusunda vekil ataması da Hasta Hakları Yönetmeliği 15/2.m. gereğince mümkündür.[67] Organ ve doku naklinde hekimin, vericinin evli olması durumunda eşinin bu karardan haberi olup olmadığını öğrenmesi ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmesi gerekir. Bu durumda hekimin, vericinin müdahale kararı konusunda, vericinin eşine bir bilgi verme ve geri dönüşüm alma yükümlülüğü doğmaktadır. Gebelikte rahim tahliyesinde, tüzük gereği alınması gereken izin belgesinde eşin de izninin alınması zorunluluğu getirilmiştir.

---

61 Moldoff, s.78.
62 Moldoff, s.53.
63 Ayan, s.82; Aşçıoğlu, s.40; Hakeri, s.127;Ozanoğlu, s.72.
64 Ayan, s.83.
65 Ayan, s.82; Aşçıoğlu, s.41; Ozanoğlu, s.72.
66 Ayan, s.83.
67 Hakeri, s.127.

Lester-Aetna Casualty & Surety Co. Davasında (1957), şok tedavisi gören psikiyatri hastasının aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle açtığı davada jüri, hastanın zihinsel yeteneklerini kullanabildiği normal durumlarda kendisinin aydınlatılması ve rızasının alınması gerekirse de somut olaydaki gibi bunun mümkün olmadığı durumlarda hastanın eşinin aydınlatılmasında ve onun için rıza beyanında bulunmasında bir usulsüzlük olmadığına karar vermiştir.[68]

3. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ZAMANI

Aydınlatmada amaç, aydınlatma sonrasında hastanın müdahaleye rızasının alınması olduğundan, doğal olarak aydınlatma yükümlülüğünün müdahaleden önce yerine getirilmesi gerekir.[69] Müdahale öncesi yapılacak bu aydınlatmanın zamanı ise, müdahalenin niteliğine göre değişeceğinden genel bir kural konulamaz. Somut olayın özelliği ve hastanın müdahaleyi kabul edip etmeme konusunda mantıklı olarak düşünebileceği zaman dilimine göre bu belirleme yapılmalıdır.[70] Müdahalenin ivediliği ve ağırlığı aydınlatma zamanını belirlenmesinde etkili olacak diğer unsurlardandır.[71] Ayakta tedaviyi gerektiren müdahalelerde, müdahaleden kısa bir süre önce aydınlatma yapılması uygun olursa da, ağır bir ameliyatı gerektiren ve bünyesinde ağır tehlike ve zararı barındıran müdahalelerde, müdahaleden hemen önce yapılan aydınlatma geçerli bir aydınlatma kabul edilemez.[72] Acil müdahaleyi gerektiren, zaman geçirilmesinin hastanın hayatı ve sağlığı üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracağı durumlarda ise, aydınlatma yükümlülüğünün hemen müdahale öncesi yapılması mümkündür.[73]

Amerikan mahkemesince, Corrigan- Methodist Hospital davasında (1994), aydınlatma yükümlülüğünün mutlaka müdahale veya operasyondan önce yerine getirilip aydınlatılmış rızanın alınması gerektiğine karar verilmiştir.[74]

---

68 Moldoff, s.72.
69 Ayan, s.83;Ozanoğlu, s.73; Doğan, s.151.
70 Ayan, s.83; Doğan, s.151; Şenocak, s.59-60.
71 Ayan, s.83; Ozanoğlu, s.73; Hakeri, s.129.
72 Ayan, s.83; Hakeri, s.129.
73 Ayan, s.83; Hakeri, s.129.
74 Moldoff, s.59.

4. AYDINLATMANIN ŞEKLİ

Aydınlatmanın şekli hususunda, mevzuatımızda genel bir kural olmadığından şekil serbestisinin varlığı kabul edilmelidir[75] O halde aydınlatma, yazılı, sözlü ya da hem yazılı hem sözlü olabilir.

Yazılı aydınlatma uygulamada, hastaya verilen, müdahaleye ilişkin bilgileri, hastanın bu bilgileri edindiğine ve müdahaleye rıza gösterdiğine dair rızasını dile getirdiği ve imzasının bulunduğu bölümlerden oluşan formüler aracılığı ile yerine getirilebildiği gibi hastanın hastalığı ve uygulanacak müdahaleye, alternatif müdahalelere, muhtemel risk ve tehlikelere, hekimin neden bu yöntemi tercih ettiğine ilişkin genel bilgilerin bulunduğu broşürün verilmesi biçiminde de yerine getirilebilmektedir[76]. Yazılı aydınlatmaya ilişkin bu uygulamalar, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatında faydalı ise de, aydınlatma yükümlülüğü kağıt üzerinde kalmamalı ve sözlü olarak da yerine getirilmelidir. Zaten hekimle hasta arasındaki güven ilişkisine uygun düşeni de budur.[77] Hekim-hasta ilişkisinin niteliğine göre somut olay ve hasta gerçeğinden yola çıktığımızda, yeterliliği ve anlaşılırlığı tartışmalı olan ve genel ve standart bilgileri ortaya koyan bu yazılı formların, hastanın yaşı,eğitim durumu, sosyal ve kültürel yapısı, uygulanacak müdahalenin o olaya özgü farkını dikkate almadan hazırlanması nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmesi söz konusu olamaz.[78] İdeal olanı ise, aydınlatmanın sözlü olarak yapılması, daha sonra sözle ifade edilen durumun yazılı belgelere geçirilmesidir.[79]

Yargıtay, sezeryan yerine normal doğum yaptırılması ve bu doğum sırasında oksijensiz kalarak bebekte zeka geriliği oluşması nedeniyle açılan davada, yazılı onay belgesini davacılar lehine değerlendirmiştir. Hastanın cerrahi ameliyat yapılma suretiyle tedavisine muvafakat ettiğine dair belgeye rağmen normal doğum yaptıran ve hastanın sezeryan teklifi ve vakum önerisini reddettiğini savunan hekimlerin, yazılı onay belgesinin aksini ancak yazılı bir belge ile ispatlamaları gerektiği ve tanık dinlenemeyeceğine karar vermiştir.[80]

---

75 Ayan, s.84; Hakeri, s.132.
76 Ayan, s.84; Şenocak, s.60.
77 Ayan, s.85.
78 Ayan, s.85; Ozanoğlu, s.72-73, Özcan/ Özel, s.61.
79 Şenocak, s.60.
80 Kararda "*Davacıların artık bu belge ile cerrahi ve ameliyatta dahil olmak üzere tüm*

5. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSPATI

Aydınlatma yükümlülüğünün kim tarafından ispatlanacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, aydınlatma yükümlülüğünün niteliğine göre ispat yükü sorunu çözümlenebilir. Hekimin tıbbî müdahalesi, kural olarak hukuka aykırı olup- hastanın aydınlatılması ve devamında -aydınlatılmış rızasının alınmasından sonra hukuka uygun hale gelecektir. Bu nedenle hukuka uygunluk nedeninin varlığını ispat hekime düşer. MK.'nın 24. maddesi gereğince kişinin müdahaleye rızası bulunmadığı karinesinden yola çıkılarak ispat yükünün ters çevrildiğini söylemek yanlış olmaz.[81] Bir kısım hukukçular ise, müdahaledeki hukuka uygunluk sebebinden, hekim yararlanacağından ispat yükünün onda olduğunu savunmaktadır.[82]

Tedavi aydınlatmasının söz konusu olduğu durumlarda, hekimle hastası arasında vekâlet sözleşmesi bulunduğu kabul edilerek, BK.'nun 96. maddesi gereğince, borçlunun(hekimin) kusurlu olduğu karinesinden hareketle, kusuru olmadığını ispatı yine hekime düşecektir. Sözleşmenin ihlal edildiği(özen yükümlülüğünün ihlali) ve illiyet bağının bulunduğunun ispatı ise hastaya ait olacaktır.[83]

Tıbbi belgelere hekimin daha kolay ulaşabileceği, müdahalenin hekimce yerine getirilmesi ve aralarındaki ilişkide daha aciz durumda olan tarafın hasta olması nedeniyle ispat yükünün hekimde olması gerektiği görüşü de kabul görmektedir.[84] Yargıtay da, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin hekim tarafından ispatlanması gerektiğini birçok kararında vurgulamıştır.[85]

---

cerrahi ve tıbbî müdahaleler hususunda muvafakatlarının olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca bu durumun tersine tezahür eden davacının sezeryan ve vakum önerisini kabul etmediğinin de davalılar tarafından yazılı belgeyle ispatlanması gerekir. Davalılar böyle bir yazılı belge sunamadıkları gibi, savunmalarını kanıtlayıcı yasal bir delil de ibraz etmiş değillerdir. Her ne kadar davalıların tanıkları davalıları doğrular şekilde beyanda bulunmuş iseler de, bu konuda tanık dinlenemeyeceğinden beyanlarına itibar edilemez" denilmiştir. 13.HD. 05.02.2007,16810/1248.

81 Ozanoğlu, s.75.

82 Ayan, s.86; Hakeri, s.146.

83 Ozanoğlu, s.74; Şenocak, s.88.

84 Hakeri, s.146; Doğan, s.153

85 *"...Hastanın aydınlatıldığının ayrıca doktor tarafından kanıtlanması gerekmekte olup davalı doktor, davacı hastasını muhtemel rizikolara karşı aydınlattığını kanıtlayamamıştır..."*13. HD.16.09.2008 gün,4219/10660, *"...Davalı hekim aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları ile tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bilgilendirdiğini ispat edemediğine göre..."*.4.HD. 07.03.1977,6297/2541.

Aydınlatma yükümlülüğü bir hukuki işlem olmadığından her türlü delille ispatlanabilir.[86] Organ ve doku nakli ve rahim tahliyesi gibi bazı özel müdahalelerde, rızanın ispatına ilişkin *"izin belgesi"* gibi yazılı belge alınması gerekirse de, bu aydınlatma yükümlülüğünün de yazılı olarak yapılması zorunluluğunu ifade etmez. Ancak bu rıza belgelerinde genellikle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin ifadeler de yer almaktadır. Bu yazılı belgelerin, aydınlatma yükümlülüğünün ispatında güçlü birer delil olduğu inkar edilemez. Yine de burada ölçü, somut müdahale ve hasta olmalıdır. Çünkü, bu yazılı belgelerde bazen aydınlatmaya ilişkin çok genel ve yüzeysel bilgilere yer verilip aydınlatma yükümlülüğü tam olarak yerine getirilemediği gibi, bazen de fazla detaylı ve teknik terimlerle aydınlatma yapılarak hastanın anlayamayacağı biçimde ifadelere yer verilebilmektedir.[87] Kanaatimizce yazılı belge dahi olsa, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tayininde müdahalenin özelliği, metinde yazılı olanların bu müdahaleye uygun aydınlatmayı sağlayıp sağlamayacağı, hastanın bu belgeden somut olarak ne anladığı gibi hususların birlikte irdelenmesi gerekir. Bir müdahalede yazılı rıza belgesi alınmasının mutad olduğu durumlarda bu belgenin alınmaması veya hastaca imzalanmamış olması durumunda, hasta aydınlatılmadığını ileri sürerse, Yargıtay'ın bu durumu hekim aleyhine delil olarak kabul ettiği görülmektedir.[88] Yazılı izin belgesinin alınmasına karşın dudak-damak yarığı sorunu olan hasta, estetik ameliyat sonrası görüntüsünün düzelmemesi nedeniyle hekim aleyhine dava açmış ve birden fazla müdahalede bulunulacağı konusunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ileri sürmüştür. Dava konusu somut olayın gelişimini değerlendiren Yargıtay, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine ve hastanın hukuka uygun şekilde rızasının alındığına karar vermiştir.[89]

---

86 Hakeri, s.134.

87 Ozanoğlu, s.73.

88 *Yüzündeki kırışıklıkları gidermek için dolgu malzemesi enjekte ettiren ve fakat bunun sonrasında yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluşan davacının hekim aleyhine açtığı davada Yargıtay, davalı hekimin onama belgesi almadığına yönelik savunmasını da esas alarak, hastasını müdahalenin komplikasyonları konusunda yazılı belge ile aydınlattığını ispat edemediği kanaatine varmıştır.*13.HD.18.09.2008,4519/10750.

89 Yargıtay 15. HD. 25.02.2011 gün , 589/263 sayılı kararında, "*24.09.2001 tarihli ve "Ameliyat ve Diğer Müdahaleler için Muvafakatname" başlıklı ve davacı tarafından imzalanan belge kapsamı incelendiğinde; doğuştan rahatsız ve daha önce üç aylıkken*

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği tanık beyanı ile de ispatlanabilir. Bu durumda, tanık delilinin takdiri delil niteliği gözden kaçırılmaması, her iki taraf tanıklarının beyanlarının karşılaştırılması, müdahalenin niteliği ve olayların gelişim biçimi ile genel hayat tecrübelerinden yararlanılmak suretiyle, bu tanık beyanları irdelenerek hangi tanık beyanına üstünlük tanınacağı belirlenmelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatında bazen genel yaşam tecrübelerinden de yararlanıldığı ve böyle bir konuda aydınlatma yapılan hastanın davranış biçiminin bu olup olmayacağına göre sübut sorununun çözüldüğü görülmektedir. İdrar tahlili sonucu iltihap ya da taş teşhisi konularak on günlük ilaç tedavisine başlayan ve aldığı bu ilaç nedeniyle tedavinin dokuzuncu gününde mide kanaması geçiren hastanın,aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim aleyhine açtığı davanın reddi üzerine Yargıtay, midesinden rahatsız olan davacının yan etkiler konusunda uyarılmasına rağmen o ilacı almasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirtmek suretiyle hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[90]

---

dudak, 1,5 yaşındayken damak ve 19 yaşındayken de burun ameliyatı olmuş olan davacıya; mahkemenin kabulünün aksine, mevcut durumun mümkün olduğu kadar ameliyatla düzeltilebileceğinin ve bu kapsamda ileride de gerek görüldüğü takdirde ilave ve farklı şekilde müdahalelerin yapılabileceğinin doktor tarafından anlatıldığı ve bu koşullarla ameliyat yapılmasına davacının rıza gösterdiği anlaşılmaktadır. Nitekim dosya kapsamındaki hasta muayene belgelerinden 09.07.2001, 26.03.2003, 27.08.2003 tarihli olanlarda açıklandığı üzere; davalı tarafça davacıya ilave müdahaleler yapılmış ve yapılacak yeni müdahaleler de davacıya bildirilmiştir. Bu nedenlerle, davacının, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntılarıyla bildiğinin, bu konuda yeteri kadar aydınlatıldığının ve ameliyata onay vermesinin hukuka uygun şekilde yapılan irade bildirimi olduğunun kabulü gerekmektedir" demiştir.

90 Yargıtay, "*...davalı, davacıya verilen ilaçlar arasında bulunan ''E... tablet'' adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceğini ancak davacıya sorulmasına rağmen böyle bir hassasiyeti olduğunu bildirilmediğini savunmuştur. Davacı, davalı tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir. Diğer yandan hükme esas alınan Üroloji Uzmanı operatör tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan E... tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır. Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca tedavi öncesi, mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla*

Amerikan hukukunda, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline dayanan davalarda, kapsam konusunda hangi standart benimsenirse benimsensin, hastanın, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı olduğunu ispatlaması gerekir. Bunun için delil olarak sunulacak şeyler, zararlı sonucun aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile bildirilmeyen nedenlerden kaynaklanması ve hastanın bu nedenleri bilse idi müdahaleye rıza göstermeyeceği konularını içermelidir.[91]

III. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNDE TAZMİNAT DAVALARI

A. GENEL OLARAK

Aydınlatma yükümlülüğünü ihlali nedeniyle hastanın yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğüne zarar vermesi hallerinde bu zararın tazmini yükümlülüğü ortaya çıkar.[92]Zarar tazmin sorumluluğunun olmazsa olmaz şartı olup kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir.[93] Kişinin malvarlığında meydana gelen zarar maddi zarar, kişinin maddi ve maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarını içeren şahıs varlığında meydana gelen zarar manevi zarar olarak adlandırılır.[94] Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünü ihlali kimi zaman kişinin yaşam, sağlık, bedensel bütünlük gibi kişilik değerlerinde istenmeyen değişikliklere, bu değişiklikler ise kişinin malvarlığı ya da kişisel değerlerinde eksilmeye neden olur. İlkinde maddi, ikincisinde ise manevi zarar oluşur.[95] Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde, hastanın rızası sağlıklı bir şekilde alınamayacağından ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı elinden alındığından, yapılan tıbbî müdahale hukuka aykırıdır. Bu durumda amaç iyileştirme de olsa, kişilik hakkı ihlal edilmiş, hastanın bedensel

---

bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor dosya içeriği ile uyuşmamaktadır. " demek suretiyle kararı bozmuştur. 13.HD. 19.10.2006,10057/13842.

91 Boland, s.8;Molldof, s.71.

92 Ayan, s.121; Aşçıoğlu, s.100; Hakeri, s.316; Özpınar, s.90.

93 Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,10.* Bası, İstanbul-2008, s. 287; Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm,* İstanbul-2011,s.123; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Ankara-2012,s. 287.

94 Eren, s. 474; Kılıçoğlu,s. 288.

95 Aşçıoğlu, s.99.

bütünlüğüne el atılmış ve hasta da buna katlanmış olmakla maddi ve manevi zararı oluşur.[96] Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle gerek haksız fiil hükümlerine gerekse sözleşme hükümlerine aykırılık[97] (kötü ifa) nedeniyle tazminat davaları açılabilecektir.[98] Borçlar Kanunu 98/2. madde(TBK.114/2) gereği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağından kanunun haksız fiil hükümleri arasında yer alan maddi ve manevi tazminatlar ve bunların belirlenmesine ilişkin hükümlerine göre bu davalar açılacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan zararlar ve bu durumlarda istenebilecek tazminat davaları aşağıda daha yakından incelenecektir.

B. MADDİ TAZMİNAT DAVASI

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan maddi nitelikteki kişilik hakkını oluşturan yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğe saldırı nedeniyle, kişinin malvarlığında bir azalma söz konusu olduğu hallerde, rıza dışı bu azalma (zarar), hekimin kusurlu, hukuka veya sözleşmeye aykırı eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmakta ise, bu azalmanın tazmini gerekir.[99] Bu gibi durumlarda zarar genellikle yaşamın kaybı, sağlığın bozulması veya beden bütünlüğünün zarar görmesi(yaralanma) şeklinde ortaya çıkmaktadır.[100]

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hastanın ölümüne neden olmuş ise, BK. 'nın 45. maddesi gereğince, defin giderleri, varsa tedavi ve çalışma gücü kaybı giderleri ve ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradığı destekten yoksun kalma zararı tazmin edilecektir. Yeni Türk Borçlar Kanunu 53. maddesi de aynı hükümlere yer vermiştir.

---

96 Aşçıoğlu, s.100.

97 Aydınlatma yükümlülüğü hekimin sözleşmede yan yükümlerindendir. Bu nedenle ifası değil, kötü ifası halinde gerekli koşullar varsa tazminat davası açma hakkı sağlarlar. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bakınız: Demir, Mehmet, "*Hekimin Tazmin Yükümü Bağlamında Tıbbî Aydınlatma Türleri*", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi,* Y.2011, C. 19,S. 2, s. 145.

98 Doğan, s.205.

99 Öztan, Bilge, *Medeni Hukuk*, Ankara-2007, s.271; Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul-1995, 4. Bası. s.154; Helvacı, Serap, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar,* İstanbul- 2001, s.177; Oğuzman / Öz, s.497.

100 Gökcan, Hasan Tahsin, *Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları,* Ankara-2008, s.539; Aşçıoğlu, s.100.

Ölüm halinde, ölenin gömülmesi için yapılan giderler(yıkama, mezar kazma, mezar taşı, ilan, cenaze nakil ücreti, dini ve adet gereği yapılan merasimler, vb. ücreti defin gideri olarak istenebilir.[101]

Ölüm olayı hemen gerçekleşmedi ise, gerçekleşinceye kadar yapılan tedavi giderleri ile çalışma gücünün geçici ve kalıcı kaybından doğan zararlar da istenebilir. Çalışma gücü, kişinin bedensel, ruhsal veya zihinsel yeteneklerine bağlı olan ekonomik verimliliğidir.[102] Çalışma gücünün geçici kaybında, hastanın sağlığı veya bedensel bütünlüğünün ihlali nedeniyle eski sağlığına kavuşacağı ve fiilen çalışacak hale geleceği süre yönünden kazanç kaybı zararı söz konusudur. Hastanın gelirine ve fiilen çalışacak hale gelmesine kadar geçen süreye göre geçici iş gücü kaybı zararı hesaplanır. Sağlık ve bedensel bütünlükteki ihlalin, devamlı biçimde kişinin sakatlığına neden olması durumu, çalışma gücünün (tamamen veya kısmen)kalıcı kaybı olarak adlandırılır.[103] Çalışma gücünün kalıcı kaybı söz konusu olduğunda, hastanın geliri, yaşam süresi ve kalıcı iş gücü kayıp oranına göre maddi tazminat belirlenir.[104]

Ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalanlar destekten yoksun kalmaları nedeniyle uğradıkları zararın hüküm altına alınmasını isteyebilirler.[105] Ölen ile destekten yoksun kaldığını iddia eden kimseler arasında, sürekli, eylemli ve düzenli bir destek ilişkisi olması, desteğin destekten yoksun kalana bakım gücü, destekten yoksun kalanın da bakım ihtiyacı bulunması hallerinde, ölenin geliri, yaşam süresi ve destek payı ile sınırlı olmak üzere destekten yoksun kalma zararı belirlenip tazmin edilmelidir.[106]

Bedensel bütünlüğün veya sağlığın bozulması durumlarında hasta, sağlığına kavuşması için gerekli olan tedavi giderlerini, kazanç kaybını, çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan zararları ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplarını BK.' nın 46.maddesi(TBK.54) gereği isteyebilecektir.

---

101 Kılıçoğlu, s.407; Gökcan, s.585; Aşçıoğlu, 101.
102 Aşçıoğlu, s. 100.
103 Kılıçoğlu,s. 405; Güleç, Sema (Uçakhan), *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 5.Bası*, Ankara-2008, s.270.
104 Gökcan, s.560; Güleç, s.272.
105 Aşçıoğlu, s.101; Gökcan, s.585.
106 Kılıçoğlu,s. 408; Gökcan, s.587-590.

Tedavi giderleri, hastanın sağlığına kavuşması için yaptığı tüm giderleri kapsamakta olup muayene, tahlil, teşhis, tedavi, ameliyat, estetik ameliyat, hastane, röntgen, ilaç, korse, protez, yürüme araçları, ulaşım, bakıcı ücreti, refakatçi gideri, pansuman, fizik tedavi vb. giderlerdir.[107] Bu giderlerin belgeli olması şart değildir. Meydana gelen zararın gerektirdiği ve fakat belgelenemeyen paramedikal giderlerin de istenilmesi mümkündür.[108]

Çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi zararları konusunda ölüm halindeki zararlara ilişkin açıklamalar geçerlidir.

Hastanın ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle zararı da oluşabilir. Hastanın bedensel zararı çalışma gücüne olumsuz etkide bulunmasa da iş piyasasında, ekonomik piyasada yeni iş bulma veya eski işini koruma güçlüğü yaşayabilir. Özellikle hastanın fiziğinin ön planda olduğu ve fiziksel şeklin bozulmasına ilişkin zararlar bakımından bu durum gündeme gelecektir. Bu durumda, hastanın zarar vereci olay meydana gelmese idi elde edeceği kazanç ile gelecekte bu zarar nedeniyle elde edeceği kazanç arasındaki fark tazmin olunur.[109]

Maddi zararın miktarını ve kapsamını ispat davacıya düşer. BK. 42. maddesindeki bu düzenleme yeni TBK. 50. maddesinde de benimsenmiştir. Hakim burada, zarar miktarının kesin olarak ispatının mümkün olmadığı hallerde olayların normal akışına, zarar görenin sosyo - ekonomik durumuna ve almış olduğu tedbirlere göre bu saldırının böyle bir zararı doğurmaya elverişli olup olmadığını ve miktarını belirleyecektir.[110] Ancak hiçbir durumda ödenecek maddi tazminat, zararın azami miktarını geçemez.[111] Maddi zararın hesaplanacağı an, kişilik hakkına saldırı biçimindeki eylemin işlendiği andırır.[112]

---

107 Kılıçoğlu, s. 404;Gökcan, s.539; Aşçıoğlu, s.100; Güleç, s.243.
108 Gökcan, s.542.
109 Eren, s.717-718; Gökcan, s.579; Güleç, s.291-292.
110 Kılıçoğlu, s. 401; Eren, s. 693.
111 Eren, s.729.
112 Kılıçoğlu, s. 402-403: Y.4. HD. 03.07.2002 , 4173-8403 ve 05.06.2002 , 2682-6880; Aksi görüşler için bakınız: Eren, s.694-695.

C. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle, kişinin şahıs varlığında (kişisel değerler) bir azalma söz konusu olduğu hallerde, rıza dışı bu azalma (zarar), zarar verenin kusurlu, sözleşmeye(kötü ifa) veya hukuka aykırı eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmakta ise, bu azalmanın tazmini gerekir.[113] Türk Medeni Kanunu'nun (TMK.) 25. maddesinde kişilik hakkına saldırı halinde manevi tazminat davası açılabileceği hüküm altına alınmıştır. TMK 24. ve 25. maddesinde manevî tazminat davası açılabilmesinin şartları düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla manevî tazminat davası açılabilmesi için Borçlar Kanunu'ndaki genel normlara bakılacaktır. Kanunda maddi kişisel değerlere saldırıdan kaynaklanan manevi tazminatlar ile maddi nitelikte olmayan kişisel değerlere yönelik saldırılardan kaynaklanan tazminat davaları farklı maddelerde(BK. 47 ve 49) düzenlenmiştir. Sağlık kaybı, ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlalinde maddi kişisel değerler saldırıya uğradığından manevî tazminatın özel olarak düzenlediği BK 47. (TBK. 56) maddesindeki şartlar aranacaktır.[114]

Manevi tazminatın hukukî niteliği ve işlevi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre manevi tazminat cezalandırıcı ve önleyici nitelik taşır. Ceza görüşü olarak adlandırılan bu görüş taraftarlarına göre[115] manevî tazminat adı altında ödenen para ile zarar veren zarar gören lehine cezalandırılmakta; zarar görenin intikam duygusu tatmin edilmektedir. Bu görüşe yönelik en büyük eleştiri, manevî tazminat cezaî nitelik taşısa, zarar verenin mutlaka kusurunun aranması gerektiği; oysa sebep sorumluluğu hallerinde de manevî tazminata hükmedilebilmesidir.[116]

Tatmin görüşü, manevî tazminatın; zarar görende meydana gelen acı ve üzüntüleri dindirip azaltacak bir tatmin aracı olarak görür.[117] Manevi tazminat olarak ödenen para rahatlama ve tatmin fonksiyonuna sahiptir. Bu teori, ayırt etme gücünden yoksunlar ve tüzel kişilerin tatmin duygusuna sahip olmadıkları gerçeğini izah edemez.[118]

---

113 Eren, s.745 vd.; Aşçıoğlu, s.101.
114 Eren, s.754; Kılıçoğlu, s. Öztan, s.272; Oğuzman/Öz, s.640; Dural, s.155.
115 Dural, s.154.
116 Eren, s.750.
117 Oğuzman/Öz, s.641.
118 Eren, s.779-750.

Bir diğer görüş ise telafi görüşüdür. Bu görüşe göre manevi tazminatın işlevi manevî zararı telafi etmektir. Telafi görüşüne göre, zarar görene ödenecek manevi tazminat, onun acı ve elem şeklinde zararı hissetmesine göre değil, zararı karşılığında ödenir. Bu yönüyle de objektiftir.[119]

Yargıtay'a göre ise manevi tazminat; zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmez. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmak ve aynı zamanda ruhi ızdırabını dindirmeyi amaç edinmiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir.[120]

Manevi tazminat davasında, hastanın, üzüntü, elem ve ızdırap nedeniyle zararı vardır.[121] Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu kişinin sağlığını kaybetmesi veya bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle BK. 47. maddesi gereğince manevi tazminat isteme hakkı doğar. Bu durumda kişinin yakınlarının manevi tazminat isteyebileceğine dair yasada açık hüküm yoktur. Ancak, bir kişinin sağlığı veya bedensel bütünlüğünün ihlali halinde yakınlarının bundan etkilenmemeleri ve üzüntü duymamaları hayatın olağan akışına aykırıdır. Yasanın bu düzenleme tarzı nedeniyle Yargıtay 4. HD., zararın ağır olması durumunda zarar görenin yakınlarının da, BK. 'nın 49. maddesi gereğince duygusal kişilik değerlerinin ihlal edilmiş olması nedeniyle manevi tazminat isteme hakkı doğacağını kabul etmektedir.[122] Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yargıtay'ın bu uygulaması yasa maddesi haline

---

119 Eren, s.750-751.

120 Y. 4.HD. 28.4.1986, 2829- 3659; 4.HD. 03.04.2006, 4746/3573.

121 Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay -Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku Dersleri* İstanbul-2009, s.179; Eren, s.745.

122 Kararda Daire, " *Kişinin yakınının (karı-koca, ana-baba ve çocuklar... gibi) yaralanması durumu da onun BK.'nın 49. maddesinin koruduğu duygusal kişisel değerlerine saldırı teşkil eder. Böyle bir eylem sonucu aile birliği içinde gelişen gönül bağlılıklarının oluşturduğu mutlu yaşamın zarar görmesi kaçınılmazdır. Çünkü aile bütünlüğü içinde yer alan çocuğun ailenin bir ferdi olarak ağır yaralanması sonucu bütünlüğün manevi yönden zedelendiği tartışmasızdır. Bu nedenle mahkemenin sorunu çözmede BK.'nın 47. maddeyi aşarak aynı yasanın 49. maddesine göre uygulama yapması gerekirken aksi düünce ile davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*" demektedir Y.4.HD.16.10.2007,2243/12329.

getirilmiş ve ağır bedensel zarar nedeniyle zarar görenin yakınlarının da BK. 'nın 47. maddesine karşılık gelen 56. madde gereğince manevi tazminat isteyebileceği belirtilmiştir. Yaşam hakkının ihlali halinde de ölenin yakınları BK. 'nın 47. maddesi gereğince manevi tazminat isteyebilirler.

Tıbbî müdahalede aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı veya rızanın aranmadığı haller dışında, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ve rızanın alınmaması ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı elinden alınacağından, tıbbî müdahale tıp kurallarına uygun olsa ve fiziki bir zarar doğmasa da BK.'nın 49. maddesi (TBK. 58) gereğince manevi tazminat istenebilir.[123]

Hekim ile hasta arasında eser sözleşmesine konu bir müdahalede, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle istenmeyen veya sözleşmeye uygun şekilde gerçekleşmeyen sonuçların meydana gelmesi nedeniyle hastanın BK. 49. maddesine göre manevi tazminat isteyebileceği 15. HD. tarafından belirtilmiştir.[124]

Manevi tazminatın miktarı konusunda da hakime takdir hakkı tanınmış olup, BK. 43-44 (TBK. 51-52) ve TMK. 4. maddeleri de kıyas yolu ile uygulanmalıdır.[125] Tıbbî müdahale sonucu verilen zararın derecesi, kullanılan araç, müdahale ile güdülen amaç, sonucun süreklili-

123 Aşçıoğlu, s.42; *Yılmaz,* Battal, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu,* Ankara-2010, s.79.

124 Karar şöyledir: "*Kural olarak yanlar arasındaki sözleşmeye aykırılık manevi tazminat ödetilmesini gerektirmez. Ancak, Türk Medeni Kanununun 23 ve 24. maddeleri hükümleriyle, Borçlar Kanununun 49. maddesi hükümlerinde öngörülen koşulların oluşması durumunda da sözleşmeye aykırılık sebebiyle manevi tazminat istenebilir. TMK 'nın 24. maddesi gereğince, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Borçlar Kanununun 98. maddesinin yollamasıyla, aynı Kanunun 41. maddesi uyarınca haksız eylem sayılan akde aykırılık sebebiyle koşulları oluşmuş ise, 49. maddesi hükmü gereğince de, kişilik yararlarında zarara uğratılan kimse, manevi zararın tazminini sorumlularından isteyebilir. Bedensel ve ruhsal bütünlük, korunması gereken kişilik hakları kapsamındadır. Yüklenicilerin yapımını yüklendikleri diş yapımı işini ifa ederken, gerekli dikkat ve özeni göstermedikleri bilirkişi incelemeleri sonucu saptanmış olmakla, iş-eser sahibine karşı "özen borçlarına" aykırı davrandıkları da sabit bulunmaktadır . (BK. 'nın 356/I.md.) Raporlarda açıklanan kusurların derecesi itibarıyla iş sahibinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne etkisi değerlendirildiğinde, akde aykırılığın onun ruhsal yapısının bozulması sonucunu doğuracağı sonucuna varılmaktadır. Bu sebeplerle, BK. 'nın 49. maddesi hükmünde öngörülen yasal sorumluluk koşulları gerçekleştiğinden mahkemece, R.K.r yararına uygun miktarda manevi tazminat takdiriyle hükmedilmesi gerekirken, manevi tazminat davasının reddine karar verilmesi de doğru olmamıştır.*"

125 *E*ren, s.762; Kılıçoğlu, s. 412.

ği, müdahalenin şekli, zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenin yaşı, işi, sosyal konumu, sabit iz kalması, zarar görenin kusuru, tarafların sosyo-ekonomik durumları belirlenecek tazminatın miktarını tayinde etkili olacaktır.

D. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali nedeniyle doğan maddi ve manevi tazminat davalarına uygulanacak zamanaşımı süresi uyuşmazlığın hukuki dayanağının(borcun kaynağının) sözleşme veya haksız fiil olmasına göre değişir. Zira Borçlar Kanunu'nda borcun kaynağına göre zamanaşımı süreleri farklı maddelerde düzenlenmiştir. Ancak zamanaşımı süresine ilişkin bu özel düzenlemeler zamanaşımı süresine ilişkin olduğundan zamanaşımını durduran veya kesen sebepler, zamanaşımının hesaplanması gibi konularda genel hüküm olan ve borcun sona ermesi nedenleri arasında düzenlenen BK. 125-141. (TBK. 146-161) maddelerinin uygulanması gerekir.[126]

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin haksız fiile dayalı olması halinde maddi ve manevi tazminat davalarına haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi gereğince bu davalar için kısa, uzun ve uzamış zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Kısa zamanaşımı süresi tazminat yükümlüsünü ve zararı öğrenmeden itibaren bir yıldır.[127] Yeni Türk Borçlar Kanunu 72. maddesi kısa zamanaşımı süresini iki yıla çıkarmıştır. Uzun zamanaşımı süresi haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl olup TBK. da aynı süreyi benimsemiştir. Bu davalara konu haksız fiillerin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda (yaralama vb.), fiil için öngörülen ceza zamanaşımı süresi, BK.60 (TBK. 72). maddesinde öngörülen zamanaşımı süresinden fazla ise, bu durumda ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır.[128]

Hekimin sorumluluğu ve tazminat davaları borç ilişkisine (sözleşme) dayanıyorsa zamanaşımı süresinin bu borç ilişkisinin niteliğine göre belirlemek gerekir. Doktrinde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin

126 Kılıçoğlu, s.467.
127 Kılıçoğlu, s. 469; Hatemi/ Gökyayla, s. 184.
128 Kılıçoğlu, s. 476-477.

vekâlet sözleşmesine uygun olduğu çoğunlukla kabul görmüştür.[129] Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayalı olduğuna ilişkin görüş, Yargıtay tarafından da kabul görmüştür. Sezeryan ameliyatı sırasında bağırsağında kesi meydana geldiğini, bu nedenle ikinci ameliyat olduğunu, zor günler geçirdiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunan kişinin açtığı dava sonucu verilen kararda, hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığı vurgulanmıştır.[130] Ayrıca Yargıtay burada vekâlet sözleşmesine ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanacağını belirtmiştir.[131] BK. 126 (TBK. 147).maddesi gereği vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabidir.[132] Hukuk Genel Kurulu'na göre bu sürenin başlangıcı zararın öğrenildiği tarihtir. Hekimin hasta ile arasında, özellikle estetik amaçlı müdahalelerde veya diş protezi gibi sonucun üstlenildiği durumlarda taraflar arasındaki sözleşmenin

129 Ayan, s.54; Şenocak,s.25; Aşçıoğlu,s.25.

130 Karar metni şöyledir: " *Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK m. 386-390). Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK m. 321/1). O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Az yukarıda açıklandığı üzere, doktor tedavi nedeniyle yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Keza en hafif kusurundan dahi hukuken sorumluluk altındadır. Bu nedenle de bilirkişi raporu önem kazanmakta ve taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli bulunmalıdır. Bilirkişi doktorun seçilen tedavi yöntemi ve tedavi aşamalarında gerekli titizliği gösterip göstermediğini uygulanacak tedavi yöntemi ve aşamalarda gerekli titizliği gösterip göstermediğini, uygulanması gereken tedavinin ne olması gerektiğini, doktor tarafından uygulanan tedavinin ne olduğunu, ayrıntılı ve gerekçeli açıklamalı ve sonuca ulaşmalıdır"*, 13.HD.21.02.2011,7840/2465.

131 Karar metni şöyledir: "*Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı ile davalıların arasındaki ilişki, taraflarca yargılama sırasında ileri sürüldüğü gibi haksız fiil veya hizmet sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi ile ilgilidir. Borçlar Kanunu 386/2. maddesi hükmü uyarınca diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde vekâlet hükümler geçerlidir. Somut olayda da davacı ile davalılar arasında vekil- müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin (doktorların) vekâlet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekâlet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak zamanaşımı süresi ile bunun hangi tarihten itibaren başlayacağı sorunu da bu çerçevede değerlendirilmelidir*" demiştir, 13. HD. 20.02.2004,8721/1901,Naklen, Kıcalıoğlu, s. 474-476; HGK. 15.12.2002, 13-1011/1047.

132 Kılıçoğlu, s. 855.

eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.[133] Yargıtay, diş hekiminin protez yapmayı üstlendiği sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu kabul ettiği gibi[134] estetik amaçlı olarak koldaki dövmenin silinmesinin üstlenildiği müdahale[135] ile burun estetik ameliyatı bakımından da hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.[136] Koldaki dövmenin silinmesine ilişkin Yargıtay kararında, müdahale bakımından, hekimin normal olarak hastasına tıbbî yardımda bulunmayı taahhüt etmesi ve fakat hastayı iyileştirme gibi bir sonucun taahhüdünün söz konusu olmadığı vekâlet sözleşmesinden fark bulunduğu vurgulanmış ve uyuşmazlıkta eser sözleşmesine göre hekimin yükümlülüklerin belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.[137] BK. 127 (TBK. 146). maddesi gereğince eser sözleşmesinden doğan yükümlülüğün hekimce kasten veya ağır kusurlu olarak yerine gerilmemesi halinde sözleşmeden doğan alacaklar on, diğer durumlarda beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.[138]

SONUÇ

Sorumluluk hukuku bakımından tıbbî müdahale, kural olarak hastanın yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir eylemdir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için, yetkili kişiler tarafından uygulanması, bu uygulamada tıp mesleğinin gereklerine ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekir.

---

133 Ayan, s.51; İpekyüz, s.61; Özpınar,s.71.

134 Yargıtay 15.HD.14.02.2005, 3331/698.

135 Yargıtay 15.HD.03.11.1999, 4007/3868, Naklen Yılmaz, s. 27.

136 Yargıtay 13.HD.05.04.1993, 131/2741, Naklen Yılmaz, s.27-28.

137 Sözü edilen kararda, "*Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de takma diş yapması(protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesi işi, BK.nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna(eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbî müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması gerekir. Davacının kolundaki dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına, sağlıksız ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, BK.nın 360.maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir.*" denilmiştir. Yargıtay 15.HD. 03.11.1999, 4007/3868,Naklen Yılmaz, s.27.

138 Kılıçoğlu, s. 855.

Aydınlatma yükümlülüğü, tıbbî müdahalenin başlaması, yönlendirilmesi, hukuka uygunluğu ve hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Tıbbî müdahale öncesi aydınlatma yükümlülüğü hekimce hastaya, uygulanacak tedavinin türü, başarısı şansı, muhtemel sonuçları, alternatif yöntemler ve tedaviyi reddetmenin sonuçları gibi konularda, zorunlu bir şekle bağlı olmadan yerine getirilmelidir.

Hekim ile hasta arasında ister vekâlet veya eser sözleşmesi bulunsun ister uyuşmazlık haksız fiile dayansın aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde şartları varsa tazminat sorumluluğu gündeme gelir. Her iki sorumluluk türünde de aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde kişinin yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğünün ihlali ve buna bağlı olarak maddi ve manevi zararlar meydana gelebilir. Bu yükümlülüğün ihlali ölüme neden olmuşsa, ölenin defin giderleri, varsa ölüm anına kadarki tedavi giderleri, çalışma gücünün geçici veya daimi kaybından doğan zararları ile ölenin desteğinden yoksun kalanlar bu kalem zararlarını maddi tazminat davası ile isteyebilirler. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali kişinin sağlığı ve bedensel bütünlüğünün ihlaline neden olmuş ise tedavi giderleri, çalışma gücünün geçici veya daimi kaybı nedeniyle uğranılan zararlar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar maddi tazminat davası ile istenebilir. Ölüm, sağlık ve bedensel bütünlüğünün ihlali kişinin aynı zamanda şahıs varlığı değerlerinde bir azalmaya sebep olduğundan, bu nedenle uğranılan manevi zarar ise manevi tazminat davası ile istenebilecektir. Bu tazminat davalarının zamanaşımı süreleri hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkiye göre farklılık gösterecektir.

KAYNAKLAR

AŞÇIOĞLU, ÇETİN. Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara-1993

AYAN, MEHMET. Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara-1991

BAYRAKTAR, KÖKSAL. Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul-1972

BOLAND,GARY.L. The Doctrine of Lack of Consent and Lack of

Informed Consent in Medical Procedure in Louisiana",Louisiana Law Review-September-1984(Westlaw.com-10.04.2011)

BORAN, BEDİA. "*Aydınlatılmış Rıza*", Sağlık Hukuku Kurultayı,1-3 Kasım Ankara, Ankara 2009

ÇAKMUT, ÖZLEM YENERER. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul-2003

ÇİLİNGİROĞLU, CÜNEYT. Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul-1993

ÇOBANOĞLU, NESRİN. "*Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam*",Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009

DEMİR, MEHMET, "*Hekimin Tazmin Yükümü Bağlamında Tıbbî Aydınlatma Türleri*", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Y.2011, C. 19,S. 2,

DOĞAN, CAHİD. "*Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması*",Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu,2-3 Mart Girne, Ankara-2010

DURAL, MUSTAFA. Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul-1995, 4. Bası

EREN, FİKRET. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I,10. Bası, İstanbul-2008

ERMAN, BARIŞ. Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara-2003

GÖKCAN, HASAN TAHSİN. Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Ankara-2008

GÜLEÇ, SEMA (UÇAKHAN). Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 5.Bası, Ankara-2008

HAKERİ, HAKAN. Tıp Hukuku, Ankara-2010

HATEMİ, HÜSEYİN/ GÖKYAYLA, EMRE, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul-2011

HELVACI, SERAP. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul- 2001

İPEKYÜZ, FİLİZ YAVUZ. Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Ankara-2006

KICALIOĞLU, MUSTAFA: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara-2011

KILIÇOĞLU, AHMET M. Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara-2012

KÖPRÜLÜ, ÖMER. "*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*", İstanbul Barosu Dergisi, C. LVIII, sayı 10-11, İstanbul-1994

MOLDOFF,W.M. "*Malpractce: Physician's Duty to Inform Patient of Nature and Hazard of Disease or Treatment*", American Law Report ALR2d,s.22(westlaw.com-10.04.2011)

OĞUZMAN KEMAL/SELİÇİ ÖZER/OKTAY -ÖZDEMİR, SAİBE. Kişiler Hukuku Dersleri İstanbul-2009

OĞUZMAN, M.KEMAL/ ÖZ, M. TURGUT. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul- 2006

OZANOĞLU, HASAN SEÇKİN. "*Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, Sayı:3, Ankara-2003

ÖZAY, MERTER. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2006

ÖZCAN, BURCU. G/ÖZEL, ÇAĞLAR. "*Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Ankara-2007, C.10, S.1

ÖZDEMİR, HAYRÜNNİSA. Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara-2004

ÖZPINAR, BERNA. Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2007

ÖZTAN BİLGE. Medeni Hukuk, Ankara-2007

SAVAŞ, HALİDE. Tıbbî Müdahale Hataları, Ankara-2009

ŞENOCAK, ZARİFE. Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara-1998

TANDOĞAN, HALÛK. Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri),Ankara, 1987,3.bası, C.II, S.1

TORREY, TRİSHİA. "Effective Patient-Doctor communications-http://patients.about.com/od/therightdoctorforyou/a/docpatient-comm.htm (09.04.2011)

TÜZÜN, BİRGÜL/ELMAS, İMDAT/AKKAY, ERDEM. "*Çocuklara Yönelik Tıbbî Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam,* "III. Tıbbî Etik Sempozyumu Bildirileri, Ankara-1998

ÜSTÜN, ÇAĞATAY. "*Tıp'ta Etiğin Yerini Belirlemek*", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009

YILMAZ, BATTAL. Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2010

5982 SAYILI ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KANUNU'NUN 1982 ANAYASASI'NIN "HUKUK DEVLETİ" ANLAYIŞINA ETKİSİ

THE AFFECTION OF LAW NO. 5982 CONSTITUTIONAL AMENDMENT ON THE CONCEPT OF "RULE OF LAW" OF 1982 CONSTITUTION

Bülent YÜCEL*

Özet: Siyasî iktidarın sınırlandırılmasına dayanan hukuk devletinin, biçimsel ve maddî olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. 1982 Anayasası biçimsel hukuk devletinin temel koşullarını öngörse de hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayan eksikliklere sahiptir. Yapılan anayasa değişiklikleri bu sıkıntıyı belli ölçüde giderilebilmiştir. Ancak 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu da bu eksiklikleri bütünüyle ortadan kaldıramamıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, yürütme işlemleri, anayasa değişiklikleri

Abstract: The rule of law has procedural and substantive dimensions. The procedural dimension takes place in the 1982 Constitution which has serious deficiencies. Even though these deficiencies has partly removed by Law no. 5982, it cannot be claimed that the deficiencies have been completely overcome by the amendment.

Key words: The rule of law, independence of judicial, tenure of judges, executive acts, constitutional amendments

HUKUK DEVLETİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Günümüz dünyasında demokrasi, yaygınlaşan ve giderek tercih edilen bir siyasî sistem hâline gelmiştir. Bu eğilimin sonucu olarak, ortaya çıkmaya başlayan demokratik siyasî yapılanmaların kökleşmesinde ve gereği gibi işlemesinde ön plana çıkan olgulardan birini de *"hukuk devleti"* oluşturmaktadır.

* Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD öğretim üyesi

Siyasî iktidarın hukuk kurallarıyla bağlanarak sınırlandırılmasını ifade eden hukuk devleti kavramı, özgürlüklerin iktidarın müdahalesinden korunması esasına dayanmaktadır.[1] Birbiriyle ilintili üç aşamanın sonucunda vücut bulan hukuk devleti düşüncesinin ilk ayağını, hukukun kodifiye edilmesi oluşturmuştur. Zaman içinde polis devleti anlayışının karşıtı olarak hak ve özgürlükleri güvenceye alan kanunların meydana getirdiği kanun devleti noktasına gelinmişse de bir süre sonra bunun yetersizliği, uygulamada kendisini göstermiştir. Kanun devletinden bugünkü anlamıyla hukuk devletine geçişte başta anayasal devlet kurgusunun oluşturulması ve onu izleyen süreçte de hukuk yapımında halkı sadece muhatap olmaktan çıkarıp, aynı zamanda kural koyucu bir konuma taşıyan siyasal katılım haklarının kurumsallaştırılarak güvence altına alınması noktasına gelinmiştir.[2] Devletin sınırlılığına dayanan hukuk devleti anlayışı, bir anlamda anayasal devletle özdeş bir anlama bürünmektedir. Öyle ki; anayasallık, devlete hukuk kurallarına uyma yükümlülüğünü getirmekte ve devletin başta anayasa olmak üzere hukuk kurallarıyla yönetileceği zorunluluğunu öngörmektedir. Böylece, devletin keyfî işlemlerinin önüne geçilmek suretiyle bireyler açısından bir hukukî güvence oluşturulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede, "*genellik*", "*öngörülebilirlik*" ve "*adalet*" hukuk devletinin temel ilkelerini oluşturmaktadır.[3]

Temelinde devlet işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu ve yargısal denetime bağlı olması yatan hukuk devletinin öncelikle biçimsel boyutu geliştirilmiştir. Buna göre; devletin biçimsel anlamda hukukla bağlılığının sağlanması yönünde beş unsurun kabulü gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu unsurları, devlet örgütlenmesinin erkler ayrılığı esasına dayanması, mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması, idarenin kanuna bağlılığı, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması ve devletin her türlü işlem ve eyleminden kaynaklanan zararın idare tarafından karşılanması olarak sıralamak mümkündür.[4]

---

1 Mithat Sancar, "*Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve*", *Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti,* İletişim Yayınları. 3. baskı, İstanbul 2004, s. 34.

2 Mithat Sancar, "*Hukuk Devleti: Cumhuriyetin Temel Niteliklerinden Biri (Mi?)*", *Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti,* İletişim Yayınları. 3. baskı, İstanbul 2004, s. 77.,79 – 81.

3 Zühtü Arslan, "*Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı*", *Doğu Batı,* Ankara 2000 – 01, S. 13, s. 66, 77.

4 Hayrettin Ökçesiz, "*Hukuk Devleti Olgusu*", *Hukuk Devleti,* Hazırlayan: Hayrettin

Nazi Almanyası uygulamaları ve sonrasında yaşanan II. Dünya Savaşı deneyimi, biçimsel hukuk devletinin yetersizliğini ortaya koymuş ve 1949 Bonn Anayasası maddî hukuk devleti anlayışının somut örneklerinden biri olarak hazırlanmıştır. Alman anayasa düzeni özelinde temel haklar vurgusu yapılarak, bu haklar demetinin yasama, yürütme ve yargı erklerini bağladığı kabul edilmiştir. Böylece, maddî hukuk devleti demokratik sistemle yargıçlar devletinin bir sentezi olarak biçimlendirilmiştir. Bu çerçevede temel hakların siyasî iktidara karşı korunması için anayasa mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür.[5]

Hukuk devletinin biçimsel koşullarının yanında, ona asıl anlam kazandıranın maddî hakkaniyetin gerçekleştirilmesi olduğunu savunan Huber'e göre; gerçek bir hukuk devleti, kuruluşunda ve işleyişinde insanın insan olmaktan kaynaklanan yüksek değerini ifade eden *"kişiliği"* zedelememelidir. Huber'in altını çizdiği ve anayasanın insanlık onuru olarak tanımladığı bu yüksek değerin sağlanması ve korunması noktasında maddî hukuk devleti, bireylerin *"yaşam"*, *"mülkiyet"* ve *"özgürlük"* haklarını güvence altına almalıdır.[6] Hatemi'nin ise âdil devlet olarak nitelendirdiği maddî hukuk devletinin esas amacı, adaleti gerçekleştirmektir. Aksi hâlde, herkese hakkını teslim edemeyen bir devlet, kanun devleti olmaktan öteye geçemeyecektir. Hatemi, biçimsel hukuk devleti için söz konusu olan koşulların gerekli olmakla birlikte yeterli olmadığını belirterek, bu koşulların araç olarak asıl amaca ulaşmakta kullanıldığını; araçların amacın önüne geçmesi durumunda, maddî hukuk devletine ulaşılamayacağını vurgulamaktadır.[7]

Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul 1998, s. 45. Gözler, hukuk devletinin biçimsel yapılanmasını *"genel ve özel gerekler"* olarak farklı bir şema ile açıklamaktadır. Buna göre, devletin hukuka bağlılığını ifade eden genel gerekler icabınca, yasama, yürütme ve yargı organlarının hukukla bağlılığı gerekmektedir. İdarenin hukukla bağlılığını anlatan özel gereklerin yaşama geçebilmesi için beş koşulun varlığı gerekmektedir. Buna göre: 1) İdare yargısal denetime bağlı olmalı, 2) Hâkimler bağımsız ve güvenceli bir konumda bulunmalı, 3) İdarî faaliyetlerin önceden bilinebilirliği sağlanmalı, 4) Hukukî güvenlik ilkesi kabul edilmeli ve 5) İdarenin malî sorumluluğu var olmalıdır (Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri,* Ekin Basım Yayım Dağıtım, 7. baskı, Bursa 2009, s. 93.).

5 Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi, Bir Çalışma Taslağı,* BFS Yayınları, İstanbul 1989, s. 170 – 171.

6 Ernst Rudolf Huber, *"Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet"*, Çeviren: Tuğrul Ansay. *Hukuk Devleti,* Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul 1998, s. 61 – 62.

7 Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi,* İşaret Yayınları, İstanbul 1989, s. 42 – 45.

Birey açısından, devletin ölçülemeyecek ya da kestirilemeyecek iktidarına / gücüne karşı bir güvence olarak düşünülen hukuk devleti olgusu, özünde devleti belli hukukî sınırlılıklar içine alan ve bunun sağladığı belirlilik sayesinde bireyi koruyan / korumaya çalışan bir yönetim tarzını ifade etmektedir. Bu kollama kaygısı beraberinde uyulması ya da oluşturulması zorunlu birtakım kuralların ve usûllerin kabulünü gerektirmiştir. Biçimsel hukuk devletini meydana getiren bu esasları, zaman içinde, "*hakkaniyet*" ve "*adalet*" olgularının da gözetildiği bir devlet anlayışına kayılmasını gerektiren maddî hukuk devleti kurgusu tamamlamıştır.

1961 Anayasası'yla Türk hukuk sistemine dâhil olan Anayasa Mahkemesi de siyasî iktidara karşı bireyin hak ve özgürlüklerini koruyan maddî hukuk devletinin doğal uzantısı biçiminde kurulmuştur. Bu çerçevede çeşitli kararlarıyla cumhuriyetin bir niteliği olarak öngörülen hukuk devletinin bir tanımını ve kavramsal belirliliğini yapmaya çalışmıştır.

Anayasa Mahkemesi ilk kez 1963 yılında, CHP'nin, Haksız İktisapların İadesi Hakkındaki 14.12.1953 Tarih ve 6195 Sayılı Kanunun anayasaya aykırılığını ileri sürdüğü ve iptalini istediği davada, karar gerekçesinde hukuk devletini, insan haklarına saygı göstererek onu korumaya çalışan; böylece süreklilik arz eden âdil bir hukuk düzeni oluşturmaya kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde başta hukuk olmak üzere anayasaya bağlı kalan devlet olarak tanımlanmıştır. Kararda, yasama da dâhil olmak üzere devletin bütün organlarının üzerinde hukukun mutlak bir egemenliğinin olması gerekliliği vurgulanarak, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde anayasaya ve hukukun ilkelerine bağlı olması zorunluluğu belirtilmiştir. Özellikle belli bir dönem için sahip olunan sayısal çoğunluğa dayanılarak, hukukun ana ilkelerini zedeleyecek biçimde kanun çıkarılmasının hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir.[8] Anayasa Mahkemesi

[8] Hukuk devletinin tanımına ilişkin benzer Anayasa Mahkemesi kararları için yazarın aynı çalışmasına bakılmalıdır (Adnan Küçük, "*Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti*", *Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal,* Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, Liberte Yayınları, Ankara 2008, s. 369 – 370). 6195 Sayılı Kanunun yürürlük tarihinden on sene sonra 1963 yılında iptal davasına konu olabilmesine 1961 Anayasası'nın Geçici 9. maddesi imkân vermiştir. Geçici madde gereğince;
c) Eski kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası

bu kararda oluşturduğu tanımla biçimsel olduğu kadar maddî hukuk devletine ilişkin öğelere bir arada yer vermiştir.

Erkler ayrılığı esasına dayanan devlet örgütlenmesinin bir hukuk devletine dönüşümünde varlığı zorunlu/gerekli olan biçimsel hukuk devleti koşullarının aynı zamanda maddî hukuk devleti anlayışına ulaşabilmesi, yargı organının anayasal konumuna ve içinde bulunduğu durumla sıkı sıkıya ilgilidir. Öyle ki, özü devlet iktidarının hukuka uygunluğuna ve bu yolla keyfîliğinin önlemesine dayanan hukuk devleti, bireyler için hukukî belirginliği sağlarken; onların özgürlüklerini de anayasal güvence altına almak durumundadır. Ancak bunun kâğıt üzerinde birer "*temenni*" ya da sadece birer "*ifade*" olmaktan çıkarılması ancak bağımsızlığı[9], önemli hukukî teminatlarla sağlanmış yargı organının / hâkimlerin varlığına bağlıdır.

1982 ANAYASASI'NIN İLK HÂLİYLE ÖNGÖRÜLEN HUKUK DEVLETİ ŞEMASI ya da KABULÜ

1982 Anayasa yapıcılarının temel hedefi bozulan devlet otoritesini yeniden kurmak ve bunun devamlılığını sağlamak üzere gerekli önlemleri anayasal sisteme yerleştirmek olmuştur. Bu yüzden 1982 Anayasası'nın hukuk devletine bakışı, özgürlükler karşısında otoriteyi

---

"…
Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan herhangi bir kanun hakkında, bu Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptâl davası açılabilir. Bu halde iptâl davası açma hakkı, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının Resmî Gazeteyle yayınlandığı tarihten itibaren altı ay sonra düşer."

9 Bağımsızlığın, sadece devlet organlarından ve dış ortamdan etkilenmemenin ötesinde daha geniş kapsamlı bir kavram olduğu açıktır. Bu kapsam içinde hâkimin "*nesnelliği*" ve "*özerkliği*" olgularının da önemli bir yeri vardır. Nesnelliğin bir yönünü bireylerin kanun önünde eşitliğini öngören yansızlık; diğer yönünü ise hukuk kuralının herkese eşit uygulanmasını gerektiren kişisellikten arınma ilkesi oluşturmaktadır. Bu çerçevede her insan gibi çeşitli düşüncelere ve inanışlara sahip olan hâkimin yargılama yetkisini, her türlü etkiden uzaklaşarak ve herkes için geçerli kabul edilen bir mantıkla oluşturduğu nesnel iradesiyle kullanabilmesi gereklidir. Somut bir olayın çözüme kavuşturulmasında başkalarına ve kendisine karşı yabancı kalması bu nesnelliğin bir gereğidir. Ayrıca hâkimin önüne gelmiş olduğu bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturması noktasında düşünsel ve kendine karşı bağımsızlığını sağlaması, yargılamanın sıhhati için çok yaşamsaldır. Başlı başına psikolojik bir süreci ifade eden özerklik olgusu, hâkimin kendi içinde barışık olmasını, düşün dünyasında özerk bir alan yaratmak suretiyle kararlarını içgüdüsel olarak hareket etmeden oluşturmasını gerektirir. Böylece, somut olayı bir tarafa meyletmeyerek, kişisel izlenim ve yorumlar oluşturmadan; öznel ve genelleyici olmayan kararlarla coşkudan uzak biçimde çözmek durumundadır (Sami Selçuk, "*Yargılamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi*", *Yargıtay Dergisi,* Ankara 1996, C. 22, S. 3, s. 213).

güçlendiren bir eğilimi bünyesinde barındırmak biçiminde olmuştur. Yasama ve yargı karşısında yürütme organı, özellikle devlet başkanı eliyle güçlendirilmiştir.[10] Bu güçlendirme yasama organının giderek yürütme ile bütünleşmesi ve yargının işlevsizleştirilmeye çalışılmasıyla pekiştirilmiştir. Özellikle yargı erkinin zayıflatılması[11] noktasında atılan anayasal adımlar yürütmenin 1961 Anayasası döneminden daha rahat hareket edebilmesi için gayet bilinçli olarak öngörülmüştür.

Anayasal sistem çerçevesinde yürütmenin parlâmenter sistemin sınırlarını zorlayacak derecede yetkilendirilmesi / yetkinleştirilmesi cumhuriyetin hukuk devleti niteliğini biçimsel[12] olmaktan öteye taşı-

---

10 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 11. baskı, Ankara 2010, s. 59,62, 64. Gözler, otorite – özgürlükler dengesi bakımından farklı bir yaklaşıma sahiptir. Yazara göre, yürütme güçlendirilmekle birlikte, anayasa koyucu otorite ve özgürlük arasında hassas bir dengeyi kurmayı başarabilmişlerdir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut bir *"sınırlandırma"* sistemi öngörerek bu çabayı göstermiştir. Dolayısıyla özgürlükler devlet otoritesine feda edilmemiştir (Gözler, *a.g.e.,* s. 133).

11 Bu zayıflatma yargı açısından kilit konumdaki Yüksek Hâkimler Kurulu'nun, HSYK adıyla yeniden yapılandırılması yoluyla gerçekleştirilmiştir. Kurul, Adalet Bakanı ve müsteşarı doğal üye olacak biçimde yeniden oluşturulmuş, bütçesi ve sekretaryası oluşturulmadığı için bütün çalışmalarını bakanlık binalarında ve personeli eliyle yapmak zorunda bırakılmak yoluyla yürütmenin ciddî anlamda denetimine sokulmuştur. Ayrıca hâkimlerin denetimi ve haklarında açılan soruşturmaların Bakanlığa bağlı adalet müfettişlerince yapılacağı öngörülerek bu kontrol daha da perçinleştirilmiştir (Fazıl Sağlam, *"Hukuk Devleti Yolunda Türkiye – Bulunulan Nokta – Reformların Uygulamaya Geçirilmesi"*, *Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı*, Hazırlayan: Mehmet Ö. Alkan, Oğlak Yayıncılık, İstanbul 2006, s.254 – 255). Bu yeniden düzenleme, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden 1,5 yıl önce gerçekleştirilmiştir. Bu, aslında anayasanın genel yapısına yansımış bir yöntem olarak benimsenmiştir. Öyle ki, anayasanın birçok hükmü Millî Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanunlara koşut olarak yazılmıştır. Böylece anayasa uygun kanun anlayışından kanunlara uygun anayasa yapımı gibi oldukça *"yaratıcı"* bir usûl takip edilmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. (Zafer Üskül, *Türkiye'nin Anayasa Sorunu,* Afa Yayınları, İstanbul 1991, s. 23 – 29).

12 Gerçekten de 1982 Anayasası ana hatlarıyla bir hukuk devletinde olması gereken koşulları öngören bir yapıda oluşturulmuştur. Erkler ayrılığı temelinde bir devlet örgütlenmesi içinde *"eşitlik ilkesi"* (1982 AY. md. 10), *"anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı"* (1982 AY. md. 11); *"hak arama özgürlüğü"* (1982 AY. md. 36) ve tartışmaya açık da olsa *"kanuni hâkim güvencesi"* (1982 AY. md. 37) kabul edilmiştir. Ayrıca *"suç ve cezalara ilişkin esaslar"* (1982 AY. md. 38), *"temel hak ve özgürlüklerin korunması çerçevesinde devletin tazminat yükümlülüğü"* (1982 AY. md. 40) ile idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması" (1982 AY. md. 125) öngörülmüştür. Anayasa koyucu bir hukuk devletinde mutlaka olması gereken bu şemayı *"yargı organının bağımsızlığına"* ve *"teminatlı olmasına"* (1982 AY. md. 138 - 140) yer vererek tamamlamaya çalışmıştır. Hukuk devleti için en kritik makamı ifade eden yargının bağımsızlığının bir güvencesi olarak HSYK'yi (1982 AY. md. 159) düzen-

mamıştır. Çünkü anayasal yapı içine yerleştirilen çeşitli *"dokunulamaz alanlar"*[13] hukuk devletinin tam manasıyla yapılandırılmasının ve işletilmesinin önüne geçmiştir. Öyle ki, bu alanların önemli bir çoğunluğunu yürütme eylem ve işlemleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla 1982 Anayasa yapıcıları, bir yandan biçimsel hukuk devletinin temel gerekliliklerini öngörürken; öte yandan aynı kurucu metin içine sayıca azımsanmayacak ve doğurduğu etkiler bakımından küçümsenmeyecek ölçekte yargı denetimi dışında bırakılmış devlet işlemi öngörmüştür. Bu *"dokunulmazların"* anayasal sistem içine yerleştirilmesi, gerek çıkış garantisi sağlamak[14] gerekse de devlet otoritesini güçlü kılmak[15] için düşünüldüğü aşikârdır.

---

lemiştir. Ancak HSYK'nin oluşturuluş tarzı, hâlâ, yargı bağımsızlığını sağlamak noktasında, onu çok güvenceli bir kurul yapmamaktadır. Özellikle oluşumunda yürütme organının etkin ve belirleyici olması bu kaygıları güçlendirmektedir.

13 Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaması (AY. md. 79/II); Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı karar ve emirler hakkında yargı yolunun kapatılması (AY. md 105/II, 125/II); Yüksek Askerî Şûra kararları (AY. md. 125/II); Uyarma ve kınama cezalarına yargı yolunun kapatılabilmesi (AY. md 129/III); Olağanüstü hâlde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin yargı denetimi dışında tutulması (AY. md. 148/I); Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (AY. md. 159/IV); Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında idarî yargı yoluna başvurulamaması (AY. md. 160/I); 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesini izleyen ilk genel seçimler sonucunda oluşturulacak TBMM Başkanlık Divanı'na kadar yapılan her türlü yasama işleminin yargısal denetim dışında tutulması (AY. Geçici md. 15/son).

14 Bütün askerî müdahalelerin doğal hukukî sonucu olan çıkış garantileri, yönetime el koyan askerî iktidar mensuplarının siyasal olağanlaşmanın yaşanmasıyla kendilerini ve yaptıkları tasarrufları her türlü yargılamadan uzak tutmak ve bir süre daha sisteme nüfuz edebilmek için hukuk sistemi içine yerleştirdikleri düzenlemeler bütününü ifade etmektedir (Serap Yazıcı, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri,* Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 25). 1982 Anayasası'nın Geçici 15. maddesiyle oluşturulan yargı bağışıklığı buna yönelik olup, çok sayıda hukukî düzenlemeyi anayasaya uygunluk denetimi dışında tutmuştur. 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun da bu kapsamda olması tarihsel bir ironi gibidir. Anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulan bu normlar için öngörülmüş anayasal kalkan, 2001 yılındaki 4709 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 34. maddesiyle kaldırılmıştır. Böylece hukuk devleti açısından 1982 Anayasası'nın çok önemli bir eksikliği daha giderilmiştir.

15 Anayasa içinde yer almamakla birlikte yargı denetimi dışında bırakılan "sıkıyönetim komutanlarının yetkilerini kullanırken yaptıkları idarî işlemler hakkında iptal davası açılamaması ve kişisel kusurlarından dolayı hukuken sorumlu olmamaları hükmü 14.11.1980 tarih ve 2342 sayılı kanunla, Sıkıyönetim Kanunu'na *"Ek Madde 3"* olarak eklenmiştir (Sağlam, *a.g.m.,* s. 254.). Başta yürütme erki organı olmak üzere devlet otoritesini güçlendirmek amacıyla öngörülmüş olan bu idarî işlemler, özellikle özgürlüklerin anayasal olarak daraltıldığı sıkıyönetim dönemlerini etkisi ve sonuçları bakımından daha da ağırlaştırmıştır. Anayasa değişikliğine gereksinim duymadan, anayasanın 96. maddesinin öngördüğü kabul çokluğu ile değiştirilecek bir hükmün hâlâ varlığını koruması düşündürücüdür.

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği günden bu yana, hukuk devleti şemamız açısından önemli sıkıntılar olduğu bir gerçekliktir. Bu sorun, 1980'li yılların sonlarında başlayan anayasa değişiklikleri ile kısmen de olsa anayasal düzlemde giderilmeye çalışılmıştır. Yapılan anayasa değişikliklerinin tümü hukuk devletinin gerekliklerine ilişkin olmasa da bugün gelinen yer, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği günden çok farklıdır. Ancak mevcut anayasal yapı, yine de, hukuk devleti açısından istenilen noktada olmadığımızı bütün açıklığı ile ortaya koymaktadır. Bunun ardındaki en önemli neden yasama organındaki siyasî çoğunlukların tümüyle olmasa da ciddî ölçüde anayasayı kendi partisel/ideolojik pencerelerinden bakarak ve gereksinimlerine uygun olarak değiştirmelerinde yatmaktadır.

5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'na gelininceye değin geçen süreçte, çeşitli partilerin katılımıyla kabul edilen bu anayasa değişikliği paketlerinin[16] ortaya çıkardığı manzarayı, git gide sivilleşen siyasetin "*yetersiz*" ve "*gerekli görüldüğü kadar*" yapılan girişimleri olarak yorumlamak yanlış olmayacaktır.

5982 SAYILI ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KANUNUNU İLE HUKUK DEVLETİ BAKIMINDAN ULAŞILAN SON NOKTA

Yasallığı kuşku götürmeyen "*5982 Anayasa Değişikliği Kanunu*" hazırlanışı, tanıtılması ve kabulü bakımlarından belli ölçüde meşruiyet sıkıntısını bünyesinde barındırmaktadır.[17] 2010 Halkoylaması'yla yürürlüğe girmek suretiyle 1982 Anayasal düzeninde önemli değişiklik-

---

16 Özellikle 1999, 2001 ve 2004 yıllarında yapılan anayasa değişikliklerinde, hukuk devletinin geliştirilmesine yönelik kısmî iyileştirmeler sağlayan düzenlemeler öngörülmüştür.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. (Bülent Yücel, "*Anayasayı Değiştirmenin Anlamı, Biçim – İçerik İlişkisi Bakımından Meşruluk Sorunu*", *Güncel Hukuk*, İstanbul 2010, S. 9 – 81, s. 26 – 29). YSK Sonuç Tutanağına göre 2010 Halkoylaması'na 52.051.828 seçmenden sadece 38.369.099'u katılmıştır. Ülke genelindeki geçerli oy sayısı ise 37.644.037 olmuş ve bunun sadece 21.787.244'ü 2010 Anayasa Değişikliği Kanunu'na *"evet"* oyu vermiştir. Oran olarak değerlendirdiğimizde, oylamaya katılım %73.71 olmuş, geçerli oyların %57.88'i evet oyu verirken; %42.12'si hayır yönünde oy kullanmıştır (*http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2010Referandum/KesinSonuc/Sonuc. pdf* E.T.: 08.08.2011). Gerek katılım oranının çok yüksek olmaması gerekse de geçerli oyların ancak %57.88'nin alınabilmesi 2010 Anayasa Değişikliği Kanunu'nun arkasında, büyük bir halk desteği olmadığını bize göstermektedir.

lere yol açan kanunun, anayasanın hukuk devleti şemasına getirdiği katkı istenilen ölçüde olmamıştır. Anayasanın yapılışı sırasındaki *"yasama çoğunluğu"* göz önüne alındığında neden yapılan değişikliklerde bu kadar *"ürkek"* ya da *"bilinçli"* davranıldığı tartışmaya açıktır.

Son anayasa değişikliğini hukuk devleti açısından *"olumlulukları"* ve *"yetersizlikleri"* dikkate alınarak değerlendirmek gereklidir. Böylece sadece bardağın dolu tarafına takılmadan, kanunun yetersizliklerini de vurgulayarak, yeni hazırlanacak anayasada özen gösterilmesi gereken bazı noktalara dikkat çekilebilecektir.

5982 sayılı Kanunla, anayasanın öngördüğü hukuk devleti anlayışında olumlu bir yenilik olarak idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemek üzere *"kamu denetçiliği kurumu"* anayasal sisteme dâhil edilmiş (AY. md. 74/IV); keza, uyarma ve kınama cezaları için yargı yolunu kapatan hüküm kaldırılarak, disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı öngörülmüştür (AY. 129/III). Yine, Anayasa Mahkemesi'ne *"bireysel başvuru"*[18] imkânı düzenlenmiş (AY. md. 148/III – V) ve Askerî Yargıtay ile AYİM'in kuruluş, işleyiş ve mensuplarının disiplin ve özlük işlerinin sadece mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esasına göre düzenleneceği belirtilerek, *"askerlik hizmetinin gerekleri"* ifadesi çıkartılmıştır (AY. md. 156/son, 157/son). Son olarak, 1980 Askerî Müdahalesi'ni yapan dönemin iktidar mensuplarını koruyan geçici 15. maddenin kalan kısmı da ilga edilerek sembolik önemi fazla olan bir adım daha atılmıştır.

Değişiklik kanununu kabul eden siyasî iktidar, YAŞ ile HSYK kararlarının yargı denetimine açılması noktasında, sayısal gücüne ve siyasal etkinliğine rağmen, her iki kurulun bütün kararları için yargı yolunu açmak yerine bunu kısmen gerçekleştirmiştir. YAŞ'ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararları için yargı denetimi öngörülürken (AY. md 125/II); HSYK'nin yargı mensuplarını ciddî ölçüde etkileyecek işlemle-

[18] Anayasa şikâyeti olarak da adlandırılan *"bireysel başvuru"* olanağı kurumsal olarak olumlu bir düzenleme olmakla birlikte, Türk yargı sisteminin *"iş yükü"* sorunu dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin ciddî bir zorlukla karşılaşma olasılığı yüksek gözükmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı eleştiri için bkz. (Selin Esen Arnwine, *"İspanya'da Amparo Başvurusu ve Türkiye"*, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, 26 Kasım 2010.* Eds.: Bülent Yücel – İlker Gökhan Şen, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2011, s. 112 – 114).

rinden[19] sadece *"meslekten çıkarma cezasına"* ilişkin kararları için yargı denetiminin önü açılmıştır (AY. md 159/X). Ayrıca kurulun oluşumu bakımından da yürütme erkinin ağırlığı varlığını korumaktadır. Yargı organının bağımsızlığı ve güvencesi bakımından kritik bir konuma sahip olan HSYK'da Adalet bakan ve müsteşarı yerini koruduğu gibi kurul üyelerinin seçimi bakımından cumhurbaşkanının dört asıl üyeyi doğrudan seçmesi öngörülmüştür. Keza, Türkiye Adalet Akademisi içinde bakanlar kurulunun sahip olduğu belirleyicilik düşünüldüğünde, akademinin de kurula üye göndermesi yürütmenin HSYK üzerindeki etkinliğini göstermesi bakımından önemlidir.

5982 sayılı Kanun memurların toplu sözleşme hakkına ilişkin olarak getirmiş olduğu düzenleme de *"anlaşılmaz"* biçimde hukuk devleti anlayışıyla pek de bağdaşmayan bir *"dokunulamaz"* alanı anayasal sisteme sokmuştur. Şöyle ki; Anayasanın 53. maddesine yapılan ekle toplu sözleşmenin yapılması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlığı gidermek üzere kuruluşu kanuna bırakılmış olan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararlarının kesin olacağı[20] hükme bağlanmıştır. Böylece kurulun kararları için yargı yoluna gitme olanağı anayasayla peşinen kapatılmıştır.

---

19 159/VIII. maddede belirtilen mesleğe kabul etme; atama ve nakletme; geçici yetki verme; yükselme ve birinci sınıfa ayırma; kadro dağıtma; disiplin cezası verme; görevden uzaklaştırma, HSYK'nin yargı denetimi dışında bırakılmaya devam eden ve hukuk devletinin yaşama geçmesinde en kritik noktada bulunan yargı organı mensuplarını yakından etkileyen işlemleridir.

20 Anayasa Mahkemesi 06.01.2011 tarihli E.2010/61, K.2011/7 kararında, 5894 Sayılı Kanunun 6. maddesine yönelik iptal istemini değerlendirmiştir. Mahkeme, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun verdiği kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağını düzenleyen ilgili maddenin (4) numaralı fıkrasının iptaline karar vermiştir. Karar gerekçesini anayasanın 9. ve 36. maddelerine dayandıran Anayasa Mahkemesi, bu hükmün tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmalarını engellediği belirterek bu yolla anayasanın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale olarak nitelendirmiştir (*hhtp://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=karar&id=2923* E.T.: 11.08.2011). Anayasa Mahkemesi'nin bu çok yeni tarihli kararını düşündüğümüzde Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun konumunu hukuk devleti açısından nasıl değerlendirmek gereklidir. 2010 Anayasa değişikliği ile bir mecburî tahkim olarak öngörülen bu hakem kurulu kararları için yargı yoluna gitmek mümkün olmayacağından, anayasa koyucu eliyle yargı denetimine kapatılmış yeni bir alan yaratılmış olmaktadır. Böylelikle aynı zamanda 36. maddenin sağladığı *"hak arama özgürlüğüne"* ciddî bir müdahalede bulunularak hukuk devleti için büyük önem taşıyan *"herkesin meşrû araçları ve yolları kullanmak suretiyle yargı makamları önünde bir davanın tarafı olarak gerekli iddia ve savunmayı yapma imkânı ve bu biçimde adil yargılanma hakkı"* elinden alınmış olmaktadır.

2010 Değişiklik paketi içine hiç sokulmayan ve fakat 1982 Anayasal düzeninin hukuk devleti açısından sıkıntılı bazı hükümleri hâlen varlığını korumaktadır. YSK kararlarının kesin olması, OHAL KHK'lerinin yargı denetimi dışında bırakılması[21], cumhurbaşkanının anayasadan ve kanunlardan kaynaklanan[22] tek başına yaptığı idarî işlemler bunlardan bazılarıdır. Ayrıca bir hukuk devleti için olmazsa olmazlardan biri olan *"doğal yargı(ç) ilkesi"* bakımından da anayasanın tercih ettiği kanunî hâkim güvencesi teriminden de vazgeçilmiş değildir. İlk bakışta iki terim arasında bir fark gözükmüyorsa da pek âlâ kişiye ve olaya özgü olarak sonradan *"kanunla"* mahkeme kurulması olasılığı varlığını korumaktadır.

SONUÇ

1982 Anayasası en baştan itibaren kelimenin tam anlamıyla liberal dünya görüşünün gerektirdiği ölçüyü aşmayan biçimsel hukuk devleti şablonuna sahip kılınmıştır. Ancak anayasanın içyapısı ve öngörülen

---

21 Anayasa Mahkemesi 1991 yılında verdiği kritik bir kararla, anayasal sistemin hukuk devleti şemasındaki bu ciddi boşluğu belli ölçüde de olsa doldurmayı başarmıştır. Mahkeme, anayasanın olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi niteliğine sahip işlemleri denetleyemeyeceğini belirtmekle birlikte; bir kanun hükmünde kararnamenin bu nitelikte sayılabilmesi için bazı koşullara sahip olması gerektiğini vurgulayarak, ifade ettiği koşulları haiz olmayan işlemlerin olağanüstü hal kanun hükmünde kararname olmayacağını ve dolayısıyla anayasa yargısı denetimine tâbi tutulacağını hükme bağlamıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, bir OHAL KHK'sinin ancak cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunca çıkarılabileceğini ve söz konusu KHK'nin olağanüstü hâlin amacına uygun olarak, belirlenen *"yer"* ve *"zaman"*la sınırlı olabileceğini belirtmiştir. Bu koşul ve sınırlamalara aykırılık içeren bir KHK olağanüstü hâl KHK'si olma vasfına sahip olamayacağından yargısal denetime pek tabiî ki açık olacaktır (Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1990/25, K. 1991/1, Karar Günü: 10.1.1991*http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=926&content=Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri* E.T.: 09.08.2011). Benzer yönde kararları sonraki tarihlerde de verilmiş olup Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı müstakar hâle gelmiştir. E. 1991/6, K. 1991/ 20, Karar Günü: 3.7.1991 ve E. 2003/28, K. 2003/ 42, Karar Günü: 22.5.2003 künyeli kararlar buna örnek olarak gösterilebilir.

22 Danıştay üyelerinin dörtte birinin doğrudan seçilmesi (AY. md. 104/II.c, 155/III); Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği personelinin atanması (AY. md. 107); Devlet Denetleme Kurulu üyeleri ile bu üyeler içinden başkanın seçilmesi (AY. md. 108/III); Yüksek Öğretim Kurulu üyelerinden yedisinin doğrudan seçilmesi (AY. md. 131/II; 2547 SK md. 6/b.1.); Anayasa Mahkemesi üyelerinden dördünün doğrudan seçilmesi (AY. md. 146/III); Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumunun Yönetim Kuruluna üç üyenin seçilmesi (2876 SK md. 10).

dokunulmaz alanlar yüzünden, maddî boyutuyla hukuk devleti uygulamasına bir türlü işlevsellik kazandırılamamıştır. Bu yolla, sadece, cumhuriyetin bir niteliği olarak görünürde hukuk devleti iddiası korunmuş ve asıl siyasî hedef olarak belirlenen devlet otoritesinin güçlendirilmesi, yürütme erki ön plana çıkarılarak hukuken hayata geçirilmiştir.

Özgün hâlini beş yıl koruyabilen mevcut anayasa, siyasetin de giderek sivilleşmesi sonucunda gerçekleştirilen değişiklikler sonucunda kısmen ve fakat yetersiz olarak demokratikleştirilmiştir. 2010 yılındaki son değişiklik belli maddeleri itibarıyla hukuk devletine ilişkindir. Ancak siyasî iktidar, çok rahat gerçekleştirebileceği ve hatta ciddî anlamda diğer siyasî partiler ile sivil toplum kuruluşlarından destek bulabileceği birçok düzenlemeyi 5982 sayılı Kanun'a dâhil etmediği gibi kanunla gerçekleştirilebilecek düzenlemelerden bazıları açısından da oldukça *"çekingen"* davranmıştır. Ayrıca 53. madde örneğinde olduğu gibi yargı denetimine kapalı yeni bir alanı daha anayasal sistemimize yerleştirmiştir.

Birey özgürlüklerini güvence altına almak için özünde hukukî güvenliği ve siyasî iktidarın hukuka uygunluğunun sağlanarak, bütün faaliyetleri açısından yargısal denetimin öngörüldüğü hukuk devletinin anayasal sistemimiz açısından yeniden ve bu sefer eksiksiz olarak yapılandırılması gerekmektedir. 1982 Anayasası'nın dengesini yitirmiş kurgusu içinde bunu gerçekleştirmek, değişiklik hızı açısından kolay bir yöntem gibi gözükse de siyasî maliyet bakımından Türkiye için oldukça pahalı olabilecektir. Bu yüzden bütünüyle en baştan, demokratik ve özgürlükçü bir ruhu bünyesinde barındıran yeni anayasayla yoluyla hukuk devleti şemamızın değiştirilmesi zorunlu gözükmektedir. Hazırlanış süreci daha uzun olabilecek / olması gereken bu yolun çoğulcu ve katılımcı bir yöntemle inşâ edilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde, sadece sayısal çoğunluğa dayanan ve toplumun geniş kesimlerince desteklenmeyerek, anlaşılamayan/anlaşılmayan ve içselleştirilemeyen bir *"kurucu belge"* gündelik yaşamımıza girmiş olacaktır.

Meşruluk bunalımı riskinin varlığı, demokratik bir siyasal sistemin en önemli güvencelerinden birini oluşturan hukuk devleti örgütlenmesini de zedeleyecek bir etki yaratacaktır. Bu yüzden 5982 Sayılı kanunun hazırlanış usûlünden ve içeriğinden farklı bir yol izlenerek ve biçimsel olmanın ötesine geçecek yapıda bir hukuk devleti şeması oluşturulmalıdır.

KAYNAKLAR

Arnwine, Selin Esen, "*İspanya'da Amparo Başvurusu ve Türkiye*", *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, 26 Kasım 2010.* Editörler: Bülent Yücel – İlker Gökhan Şen, Anadolu Üniversitesi Yayını: Eskişehir, 2011, s.99 – 115.

Arslan, Zühtü, "*Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı*", *Doğu Batı,* Sayı:13, 2000 – 01, **s.** 65 – 85.

Çağlar, Bakır, *Anayasa Bilimi, Bir Çalışma Taslağı,* BFS Yayınları: İstanbul, 1989.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri,*7. baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım: Bursa 2009.

Hatemi, Hüseyin, *Hukuk Devleti Öğretisi,* İşaret Yayınları: İstanbul, 1989.

hhtp://www.anayasa.gov.tr/index.php?I=karar&id=2923 E.T.: 11.08.2011

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?I=manage_karar&ref=show&action=karar&id=926&content=Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri E.T.: 09.08.2011

http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2010Referandum/KesinSonuc/Sonuc. pdf E.T.: 08.08.2011

Huber, Ernst Rudolf, "*Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet*", Çeviren: Tuğrul Ansay, *Hukuk Devleti,* Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları: İstanbul, 1998.

Küçük, Adnan, "*Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti," Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal.* Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, Liberte Yayınları: Ankara, 2008, s. 351 – 454.

Ökçesiz, Hayrettin, "*Hukuk Devleti Olgusu*", *Hukuk Devleti,* Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları: İstanbul, 1998.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku,* Gözden Geçirilmiş 11. baskı, Yetkin Yayınları: Ankara, 2010.

Sağlam, Fazıl, "*Hukuk Devleti Yolunda Türkiye – Bulunulan Nokta – Reformların Uygulamaya Geçirilmesi*", *Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı,*

Hazırlayan: Mehmet Ö. Alkan, Oğlak Yayıncılık: İstanbul, 2006, s. 241 – 267.

Sancar, Mithat, "*Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve*", *Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti,* 3. baskı, İletişim Yayınları: İstanbul, 2004, s. 29 – 46.

"*Hukuk Devleti: Cumhuriyetin Temel Niteliklerinden Biri (Mi?)*", *Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti,*3.baskı, İletişim Yayınları: İstanbul, 2004, s. 69 – 84.

Selçuk, Sami, "*Yargılamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi*", *Yargıtay Dergisi,* Cilt: 22, Sayı: 3, 1996, s. 213 – 219.

Üskül, Zafer, *Türkiye'nin Anayasa Sorunu,* Afa Yayınları: İstanbul, 1991.

Yazıcı, Serap, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri,* Yetkin Yayınları: Ankara, 1997.

Yücel, Bülent, "*Anayasayı Değiştirmenin Anlamı, Biçim – İçerik İlişkisi Bakımından Meşruluk Sorunu*", *Güncel Hukuk,* Sayı: 9 – 81, 2010, s. 26 – 29.

KUZEY KIBRIS (KKTC) MERKEZİ CEZAEVİ ÜZERİNDE YAPILAN ALAN ÇALIŞMASINDAN ELDE EDİLEN VERİLERİN SUÇLA MÜCADELE BAĞLAMINDA ANALİZİ

ANALYSIS OF THE DATA OBTAINED FROM THE FIELD STUDY CONDUCTED IN THE CENTRAL PRISON IN THE TURKISH REPUBLIC OF NORTHERN CYPRUS (TRNC) WITHIN THE CONTEXT OF FIGHTING CRIME

Fatma KARAKAŞ DOĞAN*

Özet: Bu çalışmada, KKTC Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlülere yöneltilen sorulardan ve cezaevi kayıtlarının geçmişe dönük olarak incelenmesinden elde edilen veriler, suçla mücadele bağlamında çeşitli kriterlere göre sınıflandırılmak suretiyle analiz edilmektedir. Elde edilen verilerle, suçu engellemede kullanılması mümkün sonuçlara ulaşılmaya ve KKTC'de suç ve suçluluk oranlarının artış göstermesine yol açan nedenlerin, çağdaş kriminolojinin ilkeleri ışığında yorumlanmasına çalışılmaktadır. Suç işlemenin önlenmesi bağlamında, KKTC'nin kendisine özgü koşulları ortaya konulmakta ve suça yol açan ekonomik, politik ve sosyal sorunlara vurgu yapılmaktadır. Suç ve suçluluk oranlarında yaşanan yükselişin nedenleri karşılaştırmalı olarak araştırılmakta, bir yandan önleyici politikalarla bir azalmaya yol açılıp açılamayacağı tartışılırken öte yandan ceza hukukuna, suçun önlenmesinde son çare olarak başvurulması gerektiği irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ceza hukuku, kriminoloji, suç, suçun nedenleri, suçla mücadele, yeniden suç işleme, kadın ve çocuk suçluluğu, suçun önlenmesi.

Abstract: In this study the data obtained from the questions directed to the inmates of the TRNC prison and the analysis of the retroactive records in the prison are analyzed within the context of fighting crime. Effort is made to reach results which can be utilized to prevent crime with the data obtained and to interpret the reasons causing the increase of crime and the ratio of criminality in the TRNC within the light of the principles of contemporary criminology. The conditions peculiar to the TRNC are determined within the context of the prevention of crime and the economic, politic, and social

* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

problems causing crime are underlined. The reasons of the increase in crime and the ratio of criminality are comparatively investigated; on the one hand, whether preventive measures will lead to decrease are discussed and on the other hand it is argued that preventive measures should only be resorted to as a last option in the penal law.

Key Words: Criminal law, criminology, crime, the reason of the crime, fighting crime, repeated criminality, commit crime, woman criminality and child criminality, prevention of the crime.

I. GİRİŞ

Suç, başkasının hakkını ihlal eden ve ceza normu tarafından yasaklanan hukuka aykırı bir eylemdir. Bir eylemin suç sayılarak yasaklanması ve ihlali halinde yaptırım uygulanmasının nedeni bir hakkın korunmasıdır.[1] Ceza hukuku, ceza normuna uyulmasını, onları ihlal edenleri yaptırım ve ceza tehdidi altında bulundurmak suretiyle sağlamaktadır. Bu bağlamda ceza hukuku daima varolmuş, asli haklara ve esaslı kanunlara aykırılık oluşturan eylemler suç olarak adlandırılmış ve yasaklanmıştır.[2]

Sosyolojik açıdan suç, kollektif vicdanın ancak belli bir nitelikte ihlali halinde ortaya çıkmaktadır. Kollektif vicdanın her türlü ihlali değil ancak ihlal edilen duygu ve inancın belirli şiddet derecesine varması ve toplumun tamamına rahatsızlık vermesi halinde suç oluşmaktadır. Toplum tarafından hissedilen bu rahatsızlık belirli bir güçte olmalı ki ceza yaptırımını davet edebilsin.[3]

Suçun yaptırımı olarak ceza, insanlık tarihinin her döneminde var olmuştur. Devlet kavramının varolmadığı dönemlerde ceza hukuku kuralları ve yaptırım uygulanması, suç mağduru veya ailesi yahut kabilesi tarafından izlenmiştir. Devlet örgütünün ortaya çıkması ile birlikte bu yetki devlet tarafından kullanılmaya başlanmıştır.[4]

---

1 Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, 89-90.

2 Vidal Magnol, Ceza Hukuku (Çev. Şinasi Z. Devrin), Ankara 1946, 3.

3 Emile Durkheim, aktaran; Ethem Çalık, Suç ve Cezaların Şahsileştirilmesi ve Cemiyet Tipi Münasebeti Üzerine Bir İnceleme, İstanbul 1996, 3.

4 Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2010, 7.

Sosyologlar cezanın, suçun toplum hayatında yarattığı tepkiye karşılık olarak, toplum tarafından belirlenen bir bedel olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık filozoflar cezanın koruduğu hukuksal değeri ön planda tutmaktadırlar.[5] Ceza hukukunda ceza, suç karşılığında devlet tarafından uygulanan yaptırım olarak tanımlanmaktadır.[6] Ceza faile uygulanır ve onun özgürlüğü veya malvarlığı değerleri üzerinde bazı kısıtlamalara yol açar.[7] Suçluya bir kötülük olarak yüklenen ceza ile ileride yeniden suç işlenmesinin engellenmesi amaçlanır.[8]

İnsanlık tarihi boyunca suçlar olduğu kadar cezalar da tür ve şiddet yönünden değişikliğe uğramıştır.[9] Ölüm cezasının kaldırılması ile birlikte, bedensel cezanın izleri, yaptırım türü olarak ceza hukukundan çıkartılmıştır. Bu gelişme ile hapis cezası, cezalar sisteminin belkemiği halini almıştır.[10] Uygar toplumlarda hapis cezası ile birlikte kabul edilen diğer temel ceza türü, para cezasıdır.[11]

Çalışmamızın yapıldığı Kuzey Kıbrıs (KKTC/TRNC)'da çağdaş hukuk sistemlerine paralel olarak hapis ve para cezası temel ceza hukuku yaptırımları olarak benimsenmiştir. KKTC Ceza Yasası m. 26'ya göre, mahkemeler suç karşılığında, ölüm; hapislik; para cezası; tazminat ödenmesi; sulh ve sukunu koruma ve iyi ahlak sahibi olma veya yargılama sırasında mahkemede hazır bulunmak için kefalet veya nakdi teminat yatırma; gözetim altında bulundurma cezalarını verebilirler.[12] KKTC'de ölüm cezası 1985 yılında yapılan değişiklik ile bazı suçlar dışında kaldırılmıştır.[13] Çalışmamızı yürüttüğümüz dönemde cezaevinde bulunup da ölüm cezası almış hükümlü bulunmamaktaydı.

---

5 Çalık, 3-4.

6 Centel/Zafer/Çakmut, 523.

7 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, 471.

8 Sulhi Dönmezer, "*Suç Siyaseti*", İÜHFM, C:LII, S:1-4, İstanbul 1987, 1.

9 "*Cemiyet ne kadar az gelişmişse ve merkezi iktidar ne kadar mutlak bir karakterde ise cezanın şiddeti o kadar yüksek olur.*", Emile Durkheim, "*Ceza Evriminin İlki Kanunu(1)*" (çev.Hamide Topçu), Ankara Üniversitesi 40.Yıl Armağanı, Ankara 1966, 117, 143; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, 445

10 Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul, 2010, 151.

11 Koca/Üzülmez, 475.

12 http://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/f_154.doc (12 Eylül 2011)

13 1975 Anayasası'na göre 1985 Anayasası, temel hak ve özgürlükleri daha ayrıntılı korumaktadır. Teammüden adam öldürme suçu için idam cezası, geçici m.13 ile kaldırılmıştır. Madde 15'e göre, idam cezası sadece savaş halinde vatana ihanet, devletlerarası hukuka göre korsanlık ve tedhiş suçları için uygulanabilir. İdam cezası, Yasama Meclisinin kararı olmadan icra edilemez., http://www.trncinfo.com/tanitma/tr/index.asp?sayfa=cms&dmid=0&cmsid=186&ssid=42642686 (12 Eylül 2011)

KKTC Ceza Yasası m. 29'a göre, ömür boyu veya başka herhangi bir süre için hapis cezası ile cezalandırılabilen bir kişi, daha kısa süreli bir hapis cezasına mahkûm edilebilir veya böyle bir kişiyi yargılayan Mahkeme, hapis cezası yerine, vermeye yetkili olduğu para cezası miktarını aşmayan bir para cezası verebilir.[14]

Cezanın infazı gerçekleşinceye kadar failin elde tutulmasını sağlayan bir araç olarak yararlanılan hapsetme, XVIII. yüzyıldan itibaren bağımsız bir ceza türü haline gelmiştir. Öyle ki günümüzde dünya ölçeğinde önemli sayıda insanı etkilemektedir.[15] Bu gelişmeler, hukukçuların olduğu kadar sosyologların ve kriminologların da dikkatini cezaevleri ve hapis cezası üzerinde yoğunlaştırmıştır. Temel ceza türü olması, hapis cezasının yaygınlaşmasını olduğu kadar tartışmalı hale gelmesini de tahrik etmiştir. Hapis cezasının infaz biçimi ve cezaevinde tutma süreleri üzerinde uzlaşma sağlanmış değildir.[16] Özellikle suçu önlemede hapis cezasına başvurmanın ne ölçüde işlevsel ve meşru olduğu sorularına yanıt aranmaktadır. Suçu önleme aracı olarak başvurulan fiziken hapsetmenin, suçu sadece geciktirdiği düşünülürse, suça yol açan etkenlerin tespiti ve ortadan kaldırılması daha önemli hale gelmektedir.

Suç olgusu, toplumsal düzeni, rahatı ve dirliği tehdit etmek noktasında etkili olabilmektedir. Suç, maddi zararların yanında, toplumsal sarsıntıya, korku ve güvensizliğe de yol açmaktadır. Suç işlenmesi ile oluşan toplumsal güvensizlik ortamı halkın birbirine yabancılaşma-

---

14 http://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/f_154.doc (12 Eylül 2011)

15 Önleyici hapis ve hapis cezası hakkında bkz. Durkheim, 133 vd.; Karakaş Doğan, 99 vd.

16 Ülkelerin yasal düzenlemelerinin farklı olması, bazen aynı suça karşılık faillerin birbirinden farklı süreler cezaevinde kalmasına yol açabilmektedir., "*Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtimaı Kurumunun Düzenlemesi Gerektiği Üzerine*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:69, S:2011/3, Ankara 2001, 85 vd.; Hapis cezasına seçenekler arayışında süreç devam etmektedir., Öznur Sevdiren, Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey, Springer Heidelberg Dordrecht London New York, 2011, http://books.google.com.tr/books?id=gGhVyCKw_I8C&printsec=frontcover&dq=%C3%B6znur+sevdiren&hl=tr&sa=X&ei=OyXzToLjMu6Q4gSqksiNCA&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=%C3%B6znur%20sevdiren&f=false (22 Aralık 2011); 2005 Yılı itibari ile Avrupa Konseyine üye 46 ülkenin neredeyse tamamı, çalışma cezasını bir şekilde bir cezai yaptırım çeşidi olarak kabul etmiştir., Anton M. Van Kalmthout, "*Kamu Yararına Çalışmadan 'Toplumsal Yaptırımlara': Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısı*" (Çev. Burhan Alıcı), Küresel Bakış, Y:2011, C:1, S:1, 6, http://asosindex.com/journal-article-fulltext?id=15816&part=1 (26 Aralık 2011)

sına yol açmakta ve bu ortam suçun işlenmesini giderek kolaylaştırmaktadır.[17] Her an bir suçun mağduru olunabileceği kanısı yerleşmekte ve insanlar günlük yaşamlarını planlarken bu riski dikkate almak zorunda kalmaktadır.[18] Suça doğrudan ya da dolaylı olarak ilk defa veya yeniden maruz kalmak düşüncesi, korku, endişe ve paniğe yol açmaktadır.[19]

Suç işleme oranları dünya genelinde hızla artmaktadır. İşlenen suçların bir bölümü hırsızlık, gasp ve şiddet suçları gibi klasik suçlar iken bir kısmı yeni suçlar olarak ifade edilen, uyuşturucu suçları, insan ticareti ve sömürüsü, terörizm, organize suçlar ile bilişim ve çevre suçlarıdır.[20]

İnsanların suç işlemesini önlemek, öncelikle suça iten nedenlerin tespitini gerektirmektedir. Bu tespit, suçun önlenmesi için en uygun ve amaca en çok yarayacak tedbirleri almaya olanak verecektir.[21] Suça yol açan etkenlerle sosyal, ekonomik veya siyasal düzlemde mücadele edilmesinde hangi bağlamda yoğunlaşmak gerektiği konusunda ipuçları elde edilmelidir.[22] Suç, ceza normuna aykırılıktır ancak bu aykırılıkların yoğunlaştığı zamanlardaki toplumsal gelişmeleri ve bir bütün olarak suçun işlendiği zemini iyi analiz etmek, suçun meydana gelmeden önlenmesine katkı sunacaktır. Bu yaklaşım ceza hukukunun son çare olma özelliğini korumamızı sağlayarak, sosyal, ekonomik ya da politik sorunların çözümünde bir araç olarak kullanılmasını engelleyecektir.

---

17 Osman Dolu/Şener Ulutaş/Cemil Doğutaş, *"Suç Korkusu: Nedenleri, Sonuçları ve Güvenlik Politikaları İlişkisi"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S:65-1, Ocak-Mart 2010, 61.

18 *"...suç korkusunun kişilerin gece vakti evlerinde bile yalnız kalamamalarına neden olduğunu ve diğer şahıslarla olan sosyal ilişkilerini kesmelerine sebebiyet verdiğini...'suç korkusu' sebep olduğu endişe ve korku ile bireylerin kendilerini korumak için silah satın almak...koruma tedbirleri almak...yaşadıkları çevrelerden taşınarak...evlerini değiştirmelerine neden olmakta ve yaşam kalitesini alt üst edebildiği..."* Dolu/Ulutaş/Doğutaş, 62.

19 Dolu/Ulutaş/Doğutaş, 65.

20 Van Kalmthout, 4.

21 Cumali Ataseven, Suça Etki Eden Sosyal Faktörler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitütüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2006, 2.

22 Yapılan araştırmalar, KKTC'de yaşamdan memnun olanların oranı %57 olarak tespit edilmiştir. Bu hali ile KKTC 33 Avrupa ülkesi içinde 27. sıraya düşmüştür. Yaşamdan memnuniyet sıralamasında Güney Kıbrıs %82 ile 14. sırada yer almıştır. Bu sonuçlar insanların gelece dair umutsuzluğunu göstermesi nedeniyle kaygı vericidir., Kıbrıs Gazetesi, 4, 7 Mart 2010.

II. YÖNTEM

Suç ve suçluluk meselesinde KKTC'nin durumunu değerlendirebilmek üzere, 1 Aralık 2010-1 Aralık 2011 tarihleri arasında, KKTC İçişleri ve Yerel Yönetimler Bakanlığı Lefkoşa Merkezi Cezaevi üzerinde alan çalışması yapılmıştır.

İlk aşamada, KKTC İçişleri ve Yerel Yönetimler Bakanlığı ile iletişime geçilmesi, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi aracılığı ile sağlanmış ve KKTC İçişleri ve Yerel Yönetimler Bakanlığı Merkezi Cezaevi'ne[23] giriş izinleri elde edilmiş ve tutuklu ve hükümlüler[24]'e soru yöneltilmesinin koşulları sağlanmıştır.

Anket uygulamasından elde edilen verilerin bilimsel bir nitelik taşıyabilmesi için dünya ölçeğinde kabul gören bir bilgisayar programına aktarılması ve sonuçlar elde edilmesi önem taşımaktadır. Bu amaçla, tutuklu ve hükümlülere anket kapsamında yöneltilen sorular ile çoktan seçmeli yanıtları ve ankette yer alan sorulara verilen yanıtlar, optik okuyucu yardımı ile çalışmanın son aşamasında, uzman kişiler[25] tarafından bilgisayar ortamına aktarılarak SPSS 16.0 istatistik programına uyarlanmış ve net sayısal veriler elde edilerek, yanılgı paylarını dikkate almamızı sağlayacak standart sapma oranları, yüzde oranlarının yanında gösterilmiştir. Bilimsel bir istatistik programına uyarlama sonucu elde edilen veriler, çalışmanın izleyen bölümlerinde karşılaştırmalı olarak analiz ve yoruma tabi tutulmuştur.

---

23 Kıbrıs'ta 1996 yılında yürürlüğe giren mevzuata göre faaliyet gösteren tek ceza infaz kurumu, Lefkoşa Cezaevi olup, her iki cinsiyetteki 16 yaş üzeri hükümlü ve tutuklulara hitap etmektedir., http://www.cyprusnet.com/article_cyprus-prisons-department (13 Aralık 2011)

24 *"Tutukluluk"* veya *"hükümlülük"* kişilerin ceza hukuku yönünden statüsünü ifade etmeye yarar terimlerdir. İngilizce'de *"prisoner"* olan sözcüğün dilimizdeki karşılığı olarak *"tutuklu veya hükümlü"* olarak ifadesi yaygındır. Oysa *"prisoner"* sözcüğünün dilimizdeki karşılığı *"mahpus"* sözcüğüdür. *"Hapis"* sözcüğü Arapça bir sözcük olan *"hapese"* sözcüğünden gelmekte olup, men etmek, bırakmamak anlamına gelmektedir. Metin Hülagü, İslam Hukukunda Hapis Cezası, Kayseri 1996, 5; *"Mahpus"* ise, TDK Sözlüğünde kapatılmış, hapsedilmiş kimse olarak ifade edilmektedir. http://www.tdksozluk.com/s/mahpus/ (10 Ağustos 2011); Bu çalışmada cezaevinde bulunup da *"tutuklu"* veya *"hükümlü"* statüsünde bulunan herkesi kapsamak üzere, *"mahpus"* sözcüğünün kullanılması, teknik bir terim olarak yaygın olmayışı nedeniyle tercih edilmemiştir.

25 Emre BALKAN, Uzman Psikolog, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi.

Çalışmanın ikinci aşamasında, cezaevi kayıtları geriye dönük olarak taranmış ve dokuman elde edilmiştir. KKTC'nin tek ceza ve tutukevi olan Lefkoşa Merkezi Cezaevi kayıtları 2006-2011 yılları arası 5 yıl 5 aylık dönemi kapsayacak biçimde incelenmiştir. Bu yıllara ait kayıtlar, mahkumiyet süreleri, yaş grupları, eğitim durumları, medeni hal, cinsiyet ve işlenen suç tipine göre sayısal olarak elde edilmiştir. Kayıtların incelenmesinde, incelenmesinde 2006-2011 yılları arasını kapsayan dönem esas alınarak, KKTC'de suç ve suçluluk oranlarının hangi etkenlere bağlı olarak değiştiğinin anlaşılması hedeflenmiştir. Objektif olarak bilgisayar ortamında tutulan ve yıllık olarak gruplandırılan bu kayıtlar, anket uygulanması ile elde edilen verileri tamamlamaktadır.

III. KAPSAM

Projenin hazırlık aşamasında 68 adet soru oluşturulmuştur. Soruların yanıtları çoktan seçmeli olarak hazırlanmış böylelikle tutuklu ve hükümlülerin kendilerine en yakın buldukları yanıtı ikilemde kalmadan kısa zamanda bulmaları sağlanmak istenmiştir. Yanıtların hazırlanmasında, gerçekçi davranılmaya özen gösterilmiştir. Sorulan soruların hazırlanmasında, literatürden ve başka cezaevleri üzerinde yapılmış çalışmalardan yararlanılmıştır. KKTC'nin öteden beri göç alan[26] bir ada ülkesi olması gibi özgün koşulları üzerinde durulmuştur. KKTC'nin Türkiye ve Güney Kıbrıs ile olan ilişkileri gözardı edilmemiş, varolan sosyal ve siyasal gerginlik veya hassasiyet alanlarının suç işleme oranlarına ve işlenen suçların türüne etkisi bulunup bulunmadığı soruların hazırlanması sürecinde gözönüne alınmıştır.

---

[26] Osmanlı Devleti zamanında Kıbrıs Adası, hakkında sürgün cezası verilenlerin gönderildiği başlıca yerlerden birisi olmuştur., bkz., Abdullah Acehan, "*Osmanlı Devleti'nin Sürgün Politikası Ve Sürgün Yerleri*", http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt1/sayi5/sayi5pdf/acehan_abdullah.pdf (13 Eylül 2011); Kıbrıs, XVI-II. Yüzyılda aşiretlerin iskan yöntemi ile sürgün edildiği bir yer olmuştur. Yazara göre, iddia edildiği gibi suça karışan ya da huzursuzluk çıkaran aşiretlerin Kıbrıs'a sügün edildiğine ilişkin yeterli bilgi bulunmamaktadır. Yazar çalışmasının bir başka yerinde ise, Osmanlı Devleti döneminde Kıbrıs Adası'na, çeşitli adi suçluların veya görevlerinde usulsüzlük yapan devlet görevlilerinin yalnız veya aileleri ile birlikte sürgün edildiği görüşünün Kıbrıs'ta okutulan ders kitaplarında yer almasına karşı çıkmaktadır., Celal Erdönmez, "*Kıbrıs Tarihi Ders Kitaplarında Osmanlı Devrinde Kıbrıs'a Yapılan Sürgünlerle İlgili Bazı Tespitler*", http://sablon.sdu.edu.tr/dergi/sosbilder/dosyalar/15/15_4.pdf (13 Eylül 2011)

Ankette yer verilen 68 soru üç farklı bağlam düşünülerek hazırlanmıştır. İlk 34 soru, hükümlü ve tutukluların yaş, cinsiyet, cezaevinde bulunma süresi, eğitim düzeyi, mesleği, medeni hali, varsa geçmiş yaşama dair olumsuz deneyimleri, KKTC ülkesi ile bağları, sosyal çevresi, sosyal statüsü, gelir durumu, alkol ve sigara kullanma sıklığını anlamaya yöneliktir.

35-55 arasındaki sorular, hükümlü ve tutukluların, cezaevi veya cezaevinde kalma süresi ile yeniden suç işleme veya suç işlemekten caydırma arasında bir bağ olup olmadığı konusundaki görüşlerini anlamaya yöneliktir. Cezaevinde kalmanın veya kalınan sürenin uzun veya kısa oluşunun toplumsal yaşama yeniden uyumu nasıl etkilediği, güçleştirip güçleştirmediği anlaşılmak istenmiştir. Böylelikle hapis cezasının doğrudan etkilerinin yanında, dolaylı olarak tutuklu ve hükümlülerde yarattığı olumlu veya olumsuz izleri tespit etmek amaçlanmıştır.

Çalışmanın bağlamı suçla mücadele olmakla birlikte, aynı zamanda suç faillerinin mağdurlar hakkındaki düşünce ve duygularını anlama olanağı olarak düşünülmüştür. Bu amaçla, 56-68 arasındaki sorular yöneltilerek faillerin suç mağduruna ve suçtan doğan zarara bakış açısı anlaşılmak istenmiş, mağdur ile fail arasındaki ilişkinin, faili yeniden suç işlemekten caydırmada nasıl kullanılabileceği öğrenilmek istenmiştir. Böylece son yıllarda ceza hukukunda tartışılan onarıcı adalet düşüncesine ilişkin veri toplanmıştır.

Soruların ve seçenek olabilecek yanıtların hazırlanmasında tutuklu ve hükümlüleri incitecek yahut kendilerinde, bir kategori olarak statülerinden kaynaklı ayrımcılığa uğrama duygusu yaratacak her türlü ibareden kaçınılmıştır. Suç işleme nedenlerini anlamaya yönelik soru ve seçeneklerin düzenlenmesinde dahi belirli grup davranış ve kişisel geçmişlerin mutlaka kriminal özellik taşıdığı[27] ve suça zemin hazırladığı ön yargısının etkisinde kalmaktan kaçınılmıştır. Suçun bir ya da birkaç nedenle değil yaşam boyu örülen çok sayıda bileşenin etkisi ile

[27] İlk suç teorilerinde suçlu davranışın nedenleri bireysel farklılıklarda aranmış, suçlunun diğer insanlardan farklı olduğuna inanılmıştır. Hatta suçun biyolojik ya da psikolojik yozlaşmanın bir ürünü olduğu savunulmuştur. Tarihi gelişim içinde bu görüşler taraftar kaybetmiş, suçluluğa toplumsal koşulların neden olduğu savunulmaya ve suçlu yaşadığı toplumla birlikte ele alınmaya başlanmıştır., Füsun Sokullu Akıncı, Kriminoloji, İstanbul 2007, 148.

işlenebileceği düşüncesinden hareket edilmiştir. Sosyal bir varlık olan insan tarafından meydana getirilen herhangi bir davranışa olduğu gibi suça da *"olağanüstü"* ya da *"garip"* olduğu önyargısı ile yaklaşılmamıştır. Suçu *"olağandışı"* veya *"garip"* olarak nitelendiren bakış açısı kaçınılmaz olarak suçluyu da *"olağandışı"* veya *"garip varlık"* olarak nitelendirecektir. Oysa ceza hukukunda insancıllık ilkesi, suçun *"normaldışı"* bir olay olarak ele alınmasına engel olduğu gibi, suçlunun da *"normaldışı varlık"* olarak ele alınmasına engeldir.

Çalışmanın yapıldığı dönemde Lefkoşa Merkezi Cezaevinde 257 tutuklu ve hükümlü bulunmaktaydı. Gönüllülük temelinde uygulanan ankete katılanların her türlü endişesini gidermek üzere, kimlik bilgisi yahut herhangi bir yolla kendilerini dışa vuracak kişisel bilgi kaydından kaçınılmıştır. Kriminolojik açıdan değerli olacağı düşünülerek, ankete yanıt veren kişilerin cinsiyeti ve yaşını belirlemeye yarar soru sorulmakla yetinilmiştir.

IV. ELDE EDİLEN VERİLER VE VERİLERİN ANALİZİ

A. GENEL OLARAK

Alan çalışmasının uygulanmasından elde edilen verilerin analizi iki temel başlık altında yapılmıştır.

İlk temel başlık altında, hükümlü ve tutuklulara yöneltilen sorulara verilen yanıtlar, hazırlık aşamasındaki yöntem dikkate alınarak beş başlık altında aktarılmış ve yorumlanmıştır.

İkinci temel başlık altında ise Lefkoşa Merkezi Cezaevi kayıtlarının incelenmesi ile elde edilen veriler çeşitli kriterlere göre gruplandırılarak analiz ve yoruma tabi tutulmuştur.

B. ANKET ÇALIŞMASINDAN ELDE EDİLEN VERİLERİN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ

Bölümün ilk alt başlığı, tutuklu ve hükümlülerin, kişisel ve özgeçmiş yaşantılarının suç işleme üzerinde etkili olup olmadığını anlamaya yöneliktir. İkinci başlık altında, yeniden suç işleme oranlarını tespite yönelik sorular, üçüncü alt başlıkta, hapis cezasının yeniden suç işlemede caydırıcı olup olmadığı, dördüncü alt başlıkta, cezaevi

yaşantısının hükümlü ve tutuklular üzerindeki etkisi ele alınmıştır. Bu bölümün son başlığı altında, suç faillerinin suçtan doğan mağduriyete ve suç mağdurlarına bakış açıları, faillerin suç mağduru veya suçtan doğan zararla yüzleşme konusundaki düşünceleri bağlamında ele alınmak istenmiş ve mağdur ile fail arasında, faili yeniden suç işlemekten caydıracak bir iletişimin kurulması olanağı araştırılmak istenmiştir.

1. Kişisel ve Özgeçmiş Yaşantısına Dair Veri Toplamaya Yönelik Sorulara Verilen Yanıtlar ve Analizi

Bu bölümde tutuklu ve hükümlülere toplam 34 soru yöneltilmiştir.

a. Yaş Durumunun Suç İşleme Oranlarına Etkisi

Verilen yanıtlardan, tutuklu ve hükümlülerin %4'ünün 18 yaş veya altında, %19.7'sinin 19-26, %42.8'inin 26-35, %22'sinin 36-45 yaş aralığında ve %11.6'sının ise 56 yaş ve üzerinde olduğu anlaşılmıştır. Olgunluk yaşı olarak adlandırılan 26-35 yaş aralığında yer alan kişilerin cezaevindeki oranının %42.8 olması dikkate değerdir. Bu veriler 2011 yılı Türkiye cezaevlerinde bulunanlar ile karşılaştırıldığında aralarında bir paralellik olduğu kolayca gözlenecektir. 2011 Yılı itibarı ile Türkiye cezaevlerinde bulunan 122.404 tutuklu veya hükümlünün 76.498'i 21-39 yaş aralığında bulunmaktadır.[28]

KKTC Cezaevine 2006 yılı Ocak ayı-2011 Mayıs ayı arasında giren tutuklu ve hükümlülerin yaşları bağlamında cezaevi kayıtları incelenmiştir. Yaşı 16'nın altında olan çocuklardan, 2006 yılında 1 erkek çocuk, 2007 yılında biri kız diğeri erkek iki çocuk, 2008 yılında 2 kız çocuk, 2009 yılında 2 erkek çocuk, 2010 yılında 1 kız ve 2 erkek çocuk cezaevine girmiştir. Türkiye'de 2011 yılı Ocak ayı itibari ile, 12-17 yaş grubundan toplam 2.168 çocuk cezaevinde bulunmaktadır. Sayısal verilere göre, bu yaş grubunda olan tutuklu veya hükümlüler, tüm Türkiye cezaevleri mevcudunun %2'sini oluşturmaktadır.[29] Sonuçlardan, bugünkü hali ile KKTC ülkesinde cezaevinde olan çocuk sayısının, toplam mevcuda bir oran oluşturmayacak kadar az olduğunu söylemek mümkündür.

---

28 http://www.cte.adalet.gov.tr/ (14 Eylül 2011)

29 http://www.cte.adalet.gov.tr/kaynaklar/istatistikler/yas_cins_ogrenim/kad_cocuk/cocuk.htm (4 Kasım 2011)

KKTC'de 2006-2011 yılları arasındaki 5 yıl 5 aylık dönem içinde, 16 yaş ve altında 10 kişi, 16-21 yaş aralığında 1001, 22-25 yaş aralığında 1829, 26-50 yaş aralığında 5626[30] ve 50 yaş veya üstünde 584 kişi tutuklu veya hükümlü olarak cezaevine girmiştir. Bu sayısal verilerin değerlendirilmesinden, 26-50 yaş aralığında olanların sayısının oldukça yüksek olması dikkat çekmektedir.[31] Kuşkusuz 16-21 yaş aralığında olup da uluslararası belgelere göre henüz çocuk kategorisinde olan kişilerden suç faili olanların sayısının 1001 olması dikkate değerdir. Bu veriler yeniden sosyalleştirme programlarının uygulanmasında bu yaş grubunun ihtiyaçlarının atlanmaması gerektiğini olduğu kadar yeniden suç işleme tehlikesine işaret etmesi açısından da anlamlıdır.

KKTC'de cezaevinde olan suç faili çocuk sayısı çok yüksek değildir. Böyle olmakla beraber, çocuk suçluluk oranlarının artış gösterme olasılığının bir tehlike olarak varlığını koruduğu gözardı edilmemelidir. Nitekim 16-21 yaş aralığında olup da cezaevine giren kişi sayısı yüksektir.

Çocuk suçluluğunda, sanayileşme ve kentleşmenin etkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Yüzeysel ve denetimsiz ilişkiler, gerek ailenin gerekse yakın çevrenin çocuk üzerinde kontrolünü kaybetmesi ile sonuçlanmaktadır.[32] Gevşeyen aile bağları ile azalan mahalle bas-

---

30 Türkiye üzerinde yapılan çalışmalar, 1994-2003 yılları arasında işlenen tüm suçların yaklaşık %57-63'ünün, 22-39 yaş aralığında bulunanlar tarafından işlendiğini ortaya koymaktadır., Ataseven, 78.

31 16 Yaş ve Altı: 2006 Yılında 1 E.; 2007 yılında 2 E.; 2008 yılında 2 E.; 2009 yılında 2 E.; 2010 yılında 3 E. cezaevine girmiştir.
16-21 Yaş Arası: 2006 yılında 170 E. ve 6 K., toplam 176; 2007 yılında 229 E., 12 K., toplam 241; 2008 yılında 197 E. ve 9 K., toplam 206; 2009 yılında 164 E. ve 14 K., toplam 178; 2010 yılında 135 E. ve 7 K., toplam 142; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 58 E. cezaevine girmiştir.
22-25 Yaş Arası: 2006 yılında 379 E. ve 10 K., toplam 389; 2007 yılında 381 E., 23 K., toplam 404; 2008 yılında 301 E. ve 21 K., toplam 322; 2009 yılında 314 E. ve 10 K., toplam 324; 2010 yılında 259 E. ve 16 K., toplam 275; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 110 E. ve 5 K., toplam 115 kişi cezaevine girmiştir.
26-50 Yaş Arası: 2006 yılında 1023 E. ve 38 K., toplam 1061; 2007 yılında 1029 E., 40 K., toplam 1069; 2008 yılında 994 E. ve 74 K., toplam 1068; 2009 yılında 875 E. ve 71 K., toplam 946; 2010 yılında 955 E. ve 63 K., toplam 1018; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 426 E. ve 38 K., toplam 464 kişi cezaevine girmiştir.
50 Yaş Ve Üzeri: 2006 yılında 91 E. ve 6 K., toplam 97; 2007 yılında 76 E., 6 K., toplam 82; 2008 yılında 95 E. ve 14 K., toplam 109; 2009 yılında 97 E. ve 8 K., toplam 105; 2010 yılında 126 E. ve 10 K., toplam 136; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 55 E. cezaevine girmiştir. (E:Erkek, K:Kadın)

32 M.Gökbakar, "*Sosyal ve Kriminal Boyutları ile Çocuk Suçluluğu*", TBB Dergisi,

kısı, çocukların suç işleme oranlarını tırmandırmaktadır. Bireyin aile ya da çevreye karşı sorumluluğu, suç işlemekten alıkoyamayacak kadar azalmakta ve hatta önemsizleşmektedir.[33] Örneğin Türkiye'de, hızlı kentleşmenin etkisi ile çocuk suçluluk oranları giderek yükselmektedir.[34] Çocuk suçluluğu ile kentleşme arasında doğrudan bir ilişki bulunduğu, kolluk tarafından hakkında bir suçtan dolayı işlem yapılan çocukların %93'ünün kentlerde yaşadığı, kırsal alanda suça karışan çocuk oranının ancak %7 dolayında olduğu ifade edilmektedir.[35]

Gelir düzeyi ile çocuk suçluluğu arasında da doğrudan bağ bulunmaktadır. Ekonomik zorluklar nedeniyle ailelerin bölünmesi de çocuk suçluluğu nedenleri arasında görülmektedir.[36] Bunların yanında akran grupları ile ilişkiler çocuk suçluluğunda özellikle ergenlik döneminde en üst düzeye çıkmaktadır.[37] Türkiye üzerine yapılan araştırma sonuçları, çocukların işledikleri suç türlerinin kentleşme ile birlikte değiştiğini, mala karşı işlenen suçların giderek yükseldiğini ve toplam suçlar arasında çoğunluğu oluşturduğunu göstermektedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların oranı çok fazla değişmezken, kişilere karşı işlenen suçlarda, kentleşme ile birlikte önemli bir azalma olduğu izlenmektedir.[38]

Y:2007, S:72, 224 vd.

33 Yakup Coşar, "*Kentleşen Türkiye'de Çocuk Suçluluğu*", TBB Dergisi, Y:2005, S: 291.

34 Türkiye'de, 12-15 yaş grubunda suç işleyenlerin oranı 1994 yılında %0.21, 2001 yılında %0.06 ve 2003 yılında %0.23 olmuştur. 16-18 yaş grubunda olanlarda ise bu oran sürekli artmış ve 1994 yılında 1.54, 2003 yılında %2.41 olmuştur., Ataseven, 77.

35 *"...Aynı yıl Türkiye nüfusunun %65'i şehirlerde, %35'i köylerde oturmaktadır...şehirde oturan gençlerin suç işleme oranları köylerde oturanlara göre çok yüksektir..."*, Yakup Coşar, "*Kentleşen Türkiye'de Çocuk Suçluluğu*", TBB Dergisi, Y:2005, S:56, 285; Almanya'da yapılan bir araştırmaya göre, 14-16 yaş arasındaki tüm gençlerin %10'u, Alman şehirlerindeki şiddet fiilleri ile düzeni bozan gruplara katılmaktadır., Hans-Dieter Schwind, "*Yaş ve Cinsiyete Göre Suçluluk*" (çev.Özlem Yenerer Çakmut), in:Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Ankara 2005, 366.

36 Yasemin Işıktaç, "*Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu ve Bir Hukuk Devleti Olan Türkiye'de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi-Uygulama Esasları*", in: Hukuksal Olgular ve Hukuk Devleti (Ed.Hayrettin Ökçesiz), HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul 1996, 203.

37 Işıktaç, 204.

38 Gökbakar, "*Sosyal ve Kriminal Boyutları ile Çocuk Suçluluğu*", TBB Dergisi, Y:2007, S:72, 209.

Türkiye cezaevleri üzerinde yapılan araştırmalar, hükümlü veya tutukluların çocukluk çağlarında %72 oranında ekonomik problemlerle mücadele ettiğini göstermektedir. Bunu izleyen en yaygın sorunlar, aile içi şiddet ve geçimsizlik olmaktadır.[39] Göç ile ekonomik durum ve aile bağlarının zayıflaması arasında çok baskın bir geçiş olduğu dikkate alındığında, çocukluk çağında yaşanan göç olgusunun suça sürükleyici etkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

Göç ve ona eşlik eden kent yaşamı ile ekonomik zorlukların suç işlemeyi tetiklediği dikkate alınırsa, KKTC ülkesinde çocuk suçluluğunda artış yaşanmasının yüksek olasılık olduğu ve geleceğe dair önlem almayı gerektirdiği[40] kabul edilmelidir.

b. Cinsiyetin Suç İşleme Oranlarına Etkisi

KKTC ülkesi cezaevinde bulunanların %93.1'inin erkek hükümlü veya tutuklulardan oluştuğu, buna karşılık kadın tutuklu veya hükümlü oranının %5.8 olduğu görülmüştür. Bu oran dünyadaki genel durum ile paralellik göstermektedir.

Dünya geneline bakıldığında, cezaevi nüfusu içinde kadınların oranı %2-9 arasında değişmekte ancak bu oran son yıllarda artış göstermektedir.[41] 2008 yılı Mart ayı itibarı ile İngiltere ve Wales'te toplam 4.568 kadının cezaevinde olduğu ve bunun da cezaevi nüfusunun %5.5'ini oluşturduğu rapor edilmiştir.[42] İngiltere ve Wales'te işlenen tüm suçlarda faillerin ancak %19'u kadındır.[43] Kanada'da ce-

---

39 Veysel Dinler/Tülin İçli, "*Suç Ve Yoksulluk Etkiselliği (Isparta Cezaevi Örneği)*", http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi48.pdf (19 Ekim 2011),10.

40 "*Üye Devletler, küçüğün sapkın davranışa en açık bulunduğu yaşamının bu döneminde, mümkün olduğunca suç ve kabahatten arınmış/(uzak) bir kişisel gelişim ve eğitim sürecini de kapsayacak şekilde, toplum içinde anlamlı bir yaşama sahip olmasını temin edecek koşulları geliştirmeye çaba göstereceklerdir.*", Mehmet Semih Gemalmaz, "*40/33. Küçükler Bakımından Adaletin Yürütümü Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)*", in:Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Ankara 2005, 49.

41 Cezaevi Müdürleri Ve Politika Yapıcılar İçin Kadınlar Ve Hapsedilme Üzerine El Kitabı, 2, http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/UNODC_Women_and_Imprisonment_Turkish.pdf (1 Aralık 2011).

42 Esmee Fairbairn Foundation, Rethinking Crime & Punishment: The Manifesto, 2008 A Report of the First 18 Months of the Programme, UK 2008, 17.

43 Antony Giddens, Sociology, 2008 UK, 815.

zaevi mevcudunun %95 oranında erkeklerden oluştuğu, kadınların oranın yalnızca %5 olduğu ifade edilmekte ve bu durumun kadınlar açısından bir dezavantaj oluşturduğu, rehabilitasyon çalışmalarından adilce yararlanmalarını engellediği belirtilmektedir.[44] Türkiye Ceza ve Tevkif İşleri Genel Müdürlüğü'nün 2011 yılı Ocak ayı verilerine göre, Türkiye cezaevlerinde bulunan kadın tutuklu ve hükümlülerin sayısı 4.337 olup, toplam cezaevleri mevcudunun %4'ünü oluşturmaktadır.[45] 1994-2003 yılları arasını kapsayan araştırma sonuçlarına göre, Türkiye'de işlenen tüm suçların yaklaşık %97.50'si erkekler tarafından, %2.50'si kadınlar tarafından işlenmiştir.[46] Buna karşılık son yıllarda özellikle uyuşturucu suçlarından dolayı cezaevine giren kadın tutuklu veya hükümlü sayısı, erkeklere oranla daha hızlı artmaktadır.[47]

Genel olarak kadın suçluluk oranı, erkek suçluluk oranına göre hayli düşüktür. Yapılan araştırmalar, tarihin her döneminde erkeklerin kadınlara oranla daha fazla suç işlediğini göstermektedir. Geleneksel rollerle donatılan kadınların toplumsal hayatta neredeyse hiç yer almaması, suç işleme oranlarının çok düşük olması ile sonuçlanmıştır. Doğumdan itibaren erkek çocukların kurallara aykırı davranışları cesaretlendirilmekte, kız çocukları ise belirgin biçimde baskı altına alınmaktadır. Bu davranış kalıpları erkeklerin suç işleme konusunda daha fazla risk altında olması ile sonuçlanmaktadır.[48] Çalışma hayatında daha fazla yer alması ve toplumsal eşitlik taleplerinin yaşama geçirilmeye başlanması ile birlikte, kadınların

---

44 Debra Parkes/Kim Pate, "*Time for Accountability: Effective Oversight of Women's Prisons*", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*", Vol:48, No:2, April 2006, 251-252.

45 http://www.cte.adalet.gov.tr/ (4 Kasım 2011)

46 Ataseven, 78.

47 Andrew Coyle, Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Gözönüna Alan Bir Yaklaşım, International Centre For Prison Studies, London 2002, 131.

48 Osman Dolu/Hasan Büker, "*Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Dünden Bugüne Klasik Okul Fikirleri, Rasyonel Tercih ve Caydırıcılık Teorileri*" in: Osman Dolu, Suç Teorileri, Ankara 2010, 107-108; Kadınların daha az suç işlemesi yahut cezaevine girmesine yol açacak nitelikteki suçlara daha az karışması olumlu gibi görünse de, esasen kamusal hayata müdahale etmede veya kamusal hayat içindeki karmaşık ilişkilerin tarafı olabilmede fırsat eşitliğine sahip olmmasının da bir sonucudur. Kadın suçluluk oranlarının düşük olması, ataerkil toplumsal düzenin kadına yüklediği rol ile ve kadını çektiği dar ve kapalı alanla birlikte analiz edilmesi daha gerçekçi olacaktır.

suç işleme oranlarında artış olmuştur.[49] Belirtmek gerekir ki, kadınlar tarafından özel/kapalı alanlarda işlenen bazı şiddet suçları da, yine kamusal otoritelerin kadını muhatap görmemesi tercihine bağlı olarak önemsenmemiş ve soruşturma ya da yargılama konusu yapılmamıştır.[50] Bu yaklaşımlar kadın suçluluğuna ilişkin gerçek verilere ulaşmayı güçleştirmektedir.

Kadınların işlediği tüm suçlar içinde şiddet suçlarının oranı yüksek değildir. Kişilere karşı işlenen suçlar ile ilgili olarak Türkiye üzerine yapılan araştırmalar, bu suçların sıklıkla erkekler tarafından işlendiğini ortaya koymaktadır. Türkiye'de 2000-2005 yılları arasında işlenen insan öldürme suçlarının sadece %11'inin faili kadındır. Buna karşılık insan öldürme suçlarının %40'ı kadınlara karşı işlenmektedir.[51] Kadınlar tarafından işlenen insan öldürme suçlarının mağdurlarının %74 oranında erkek oluşu dikkat çekmiştir.[52] Bu suçların %59.60'ında mağdur, failin eşi, %13.13'ünde tanıdık birisi, %15.15'inde akraba ve %12.12'sinde çocuğu olarak kaydedilmiştir.[53]

Bir araştırmaya göre, kadınların işlediği tüm suçlar arasında şiddet suçlarının oranı, %6.98-%8.65 arasında değişmektedir. Kadınların işlediği şiddet suçları içinde, ağır ceza mahkemesinin görev alanına

---

49 Altay İltan Aktürk, Ceza Davalarına Yansımış Kadın Kaynaklı Şiddetin Hukuksal Ve Adli Tıbbi Boyutu, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayımlanmamış Yükseklisans Tezi (2008), 3-4, http://www.belgeler.com/blg/1fem/cezadavalarina-yansimis-kadin-kaynakli-siddetin-hukuksal-ve-adli-tibbi-boyutufemale-violent-crime-offenders-on-the-basis-of-law-and-forensic-sciences (20 Ekim 2011)

50 *"...kadın suçlulara erkek suçlular kadar saygı duyulmadığını, kadınların sırf kadın oldukları için suçlular arasında bile küçümsenmekte olduğunu..."*, Klein ve Kress (1976), aktaran Aktürk, 20; kadın suçluların yargılama aşamasında hoşgörü ile karşılandığı ve mahkumiyetten kurtulduğu hakkında bkz., Serkan Gölbaşı, Kentleşme ve Suç: İstanbul'un Kentleşme Süreci İle Suçluluk Arasındaki İlişkinin Kuramsal Analizi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, 197; Türkiye'de İstanbul ilinde üç ayrı yargı çevresinde, ağır ceza, asliye ceza ve sulh ceza mahkemesi önünde görülen dava dosyaları üzerinde yapılan araştırmaya göre, kadın sanık sayısının, toplam sanık sayısına oranı %10.58, %10.86 ve %11.27 olarak tespit edilmiştir., Aktürk, 32.

51 Öldürülen kadınların %10'u 18 yaş ve altında, %20'si ise 19-25 yaş aralığındadır. Öldürülen erkeklerin ise, %6'ı 18 yaş ve altında, %14'ü 19-25 yaş aralığındadır., Taner Başpınar, Türkiye'de Öldürme ve Yaralama Suçundan Hüküm Giyenlerin Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Özellikleri, Yüksek Lisans Tezi, TC Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2008, 62 vd.

52 Aktürk, 99.

53 Aktürk, 104.

girenlerin oranı %2.02-%3.28 arasında değişmektedir. Öte yandan, kadınların işlediği şiddet suçlarının tüm şiddet suçlarına oranı %3.83-6.20 arasında değiştiği gözlemlenmiştir.[54] Kadınların işlediği şiddet suçları içinde ağır ceza mahkemesinin görev alanına girenlerin içinde %78.81 ile ilk sırada insan öldürme suçu yer almaktadır. Asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar arasında da ilk sırada %84.06 ile kasten insan yaralama suçu bulunmaktadır.[55] İnsan öldürme suçu işleyen kadınların medeni hallerinin %76.34 oranında evli, %6.45 oranında dul, %4.30 oranında boşanmış olması dikkat çekicidir. Kasten yaralama suçlarının faili kadınların medeni hallerine bakıldığında, %55 oranında evli, %11 oranında dul ve %5 oranında boşanmış olduğu görülmektedir.[56]

Dünyada kadın tutuklu ve hüklümlülerin tüm cezaevi nüfusuna oranının düşük olması, kadın suçluluk oranının azlığına işaret ederek olumlu gibi görünse de, cezaevi rehabilitasyon programlarının ve hatta cezaevi içi tüm düzenlemelerin erkek hükümlü ve tutuklulara göre yapılandırılmasına yol açarak dezavantaja dönüşmektedir.[57] Kadınların cezaevlerinde küçük bir azınlık olması nedeniyle, cezaevi mimarisi ve güvenlik koşullarının yanında, cezaevinde sunulan olanaklar da erkeklere göre düzenlenmekte, kadınlar ek olarak bu uygulamalardan yararlandırılmaktadır.[58] Kadınların gebelik veya çocuk sahibi olmaktan kaynaklanan özel sorunlarının çözümü konusunda kurumsal bir yaklaşım izlenmemekte, eylemsel çözüm yolları üzerinde durulmaktadır.

KKTC'de kadın suçluluk oranları ve nedenleri konusunda yeterli çalışma yapılmış değildir. Bu konu üzerinde ayrıca çalışılmayı gerektirmektedir.

---

54 Aktürk, 51

55 Aktürk, 55-56.

56 Aktürk, 74.

57 Esmee Fairbairn Foundation, 17; *"...kadın hükümlü oranı birçok ülkede %4-6 arasındadır. Portekiz ve İspanya'da bu oran %9-10'dur. Avrupa dışındaki ülkelerde...%2-3'tür..."*, Karakaş Doğan, 232-233; Cezaevi nüfusunun küçük bir azınlığını oluşturmaları nedeni ile kadınların hakları ve ihtiyaçları ihmal edilmektedir. Bu nedenlerle, insan haklarının sağlanması ve korunması bağlamında kadınlar özel kategori olarak kabul edilmektedir., Human Rigths And Prison, Professional Tranining Series No.11, United Nations, New York and Genova, 2005, 140.

58 Coyle, 131.

c. Göç ve Ekonomik Durumun Suç İşleme Oranlarına Etkisi

KKTC ülkesinde tutuklu veya hükümlü olarak bulunan ve anketimize katılarak yanıt verenlerin %38'inin 1 aydır, %22.3'ünün 6 aydır ve %19.3'ünün 1 yıldan daha az süredir cezaevinde oldukları ve toplamda 1 yıl veya daha az süredir cezaevinde olanların oranının %79.6 olduğu izlenmiştir. Diğer kişiler yaklaşık 5 yıl veya yukarısı süredir cezaevindedir. Kısa bir süredir bulunanların toplam cezaevi mevcuduna oranı oldukça yüksektir. Bu verilere göre cezaevi mevcudu, kısa süreli tutukluluk veya mahkumiyetler nedeniyle sıklıkla değişmektedir.

KKTC ülkesinde cezaevinde olanların %45.7'lik kısmı Türkiye Cumhuriyeti (TC) vatandaşlığında bulunan kişilerden oluşmaktadır. KKTC ve TC vatandaşlığını birlikte taşıyan %22'lik oran ile birlikte değerlendirildiğinde, TC vatandaşlığını taşıyanların oranı %67.7 olarak izlenmektedir. Cezaevinde olanlardan sadece KKTC vatandaşlığını taşıyanların oranı %26'da kalmaktadır. Bir başka sorudan elde edilen verilere göre ise cezaevi mevcudunu oluşturanların %60.1'i Türkiye doğumludur. Doğum yeri KKTC olanların oranı %31.8'dir. Yine tutuklu ve hükümlülerin %40.7'si 18 yaşına kadar Türkiye'de yaşamıştır.

Cezaevinde olanların, KKTC ülkesinde ne kadar zamandır yaşadığını tespite yönelik sorulara verilen yanıtlar da çarpıcı olmuştur. Ankete katılarak soruları yanıtlayan tutuklu ve hükümlülerden KKTC vatandaşı olmayanların %21'i, 1 gün ile 1 ay arasında bir süredir KKTC'de bulunmaktadır. KKTC vatandaşı olmayıp da cezaevinde olanların %37'sinin KKTC ülkesinde yaşadığı toplam süre 1 yılın altındadır. Tutuklu ve hükümlülerin %40.7'si 18 yaşına kadar Türkiye'de, %13.2'si KKTC ve Türkiye'de ve %34.7'si KKTC'de yaşadığını ifade etmiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %62'si çalışmak amacıyla Kuzey Kıbrıs ülkesine geldiğini ifade etmiştir. Bu orana, %18.2'lik, turizm amacıyla gelenlerin de ilave edilmesi halinde, ekonomik nedenlerle gelenlerin oranı %80.2 'ye yükselecektir.

KKTC vatandaşı olmamakla birlikte, halen KKTC ülkesi cezaevinde tutuklu veya hükümlü olarak bulunan kişilerin yabancı tutuklu veya hükümlü statüsünde olmalarından kaynaklanan sorunlar ile başetme becerilerini ölçmek bağlamında sorulan, *"bir başka cezaevinde kalmak isteyip istemediği"* sorusuna karşılık, *"evet"* yanıtını verenlerin oranı %28.1 olmuştur. Buna karşılık %33.8 oranındaki kişi *"hayır"* ve

%37.5 oranındaki kişi *"farketmez"* yanıtını vermiştir. Bu durum KKTC cezaevlerinin diğer ülke cezaevlerinden yahut en azından suç failinin ülkesi cezaevlerinden daha dezavantajlı olmadığını göstermektedir.

Elde edilen verilere göre, Türkiye'den göçle yahut geçici olarak gelen kişiler KKTC ülkesinde suç oranlarını arttırmaktadır. Nitekim Türkiye'den KKTC'ye gelişin pasaportsuz yani kimlik ibraz edilerek kolaylıkla yapılabilmesinin bu sonuçta pay sahibi olduğu belirtilmekte ve evvelden olduğu gibi pasaport ile girişe dönülmesi, ülkeye girişte güvenlik önlemlerinin arttırılması ve göçmenliğe ilişkin yasaların etkin biçimde uygulanması önerilmektedir.[59]

KKTC ülkesindeki suç ve suçluluk oranlarının artışını, dünyadaki genel gelişmelere dair ulaşılan sonuçlardan ayrı tutmak doğru olmayacaktır. Bu bağlamda, ceza hukuku ile kriminolojinin üzerinde durduğu, "*suça neyin yol açtığı*" sorusu üzerindeki çalışma ve tartışmalara değinmek yararlı olacaktır.

Suçun kaynağı açısından, bireysel mi yoksa sosyal mi sorusuna verdikleri yanıta göre, çeşitli ekoller gelişmiştir. Sosyolojik ekoller, suçun, bireyin biyolojik ve psikolojik özellikleri ile değil, dış çevrenin etkisi ile işlendiği görüşünü savunmaktadır.[60] 1892 Yılında Şikago Üniversitesinde sosyoloji bölümü kurulmuş ve aralarında göç olgusunun da bulunduğu bazı etkenler ile suç işleme oranları arasındaki ilişki incelenmeye başlanmıştır.[61] Göçmenlerin yaşadığı bölgeler ile suçluluk arasındaki ilişkinin inceleme konusu edilmesinin nedeni, Amerika'da yükselen suçluluk oranlarından, güney ve doğu Avrupa'dan göç edenlerin sorumlu olduğunun düşünülmesiydi. Göç ile yüzeyselleşen insan ilişkileri ve zayıflayan aile bağları, göçmenlerin suça daha fazla karışmasında etkili olmaktaydı.[62] Şikago Okulu, suç oranlarının yükselmesi ile göç nedeniyle organize olamama ve sosyal ilişkilerdeki zayıflama arasında paralellik kurmuştur. Suça yol açan sorunları doğrudan ve ağır biçimde yaşayan bir sosyal kategori olarak göçmenler, bir yandan kendi kültürlerini sürdürmekte güçlük çekerken, öte yandan geldikleri ülkenin kültürü ile çatışmaya girmektedir. Bu durum özel-

59 http://www.siyasiforum.net/viewtopic.php?f=4&t=12932 (24.08.2011)
60 Osman Dolu, Suç Teorileri, Ankara 2010, 67.
61 Sokullu Akıncı, 131.
62 Sokullu-Akıncı, 133-134.

likle göçmen çocuklarında tepkiye neden olmakta ve onları geldikleri ülkenin yerleşik kurallarına aykırı davranmaya itmektedir. Göçmenler bir yandan ekonomik yoksullukla öte yandan geldiği ülkenin yerleşik sosyal dokusuna göre, kolay kınanabilirlik başta olmak üzere karşılaştığı diğer dezavantajlarla mücadele etmektedir.

Dünyanın her ülkesinde, yabancı uyruklu suçlu oranı artış göstermektedir.[63] Avrupa ülkeleri üzerinde yapılan araştırmalar, genel olarak yabancıların işlediği suç oranlarında artış olduğunu desteklemektedir.[64] Amerika Birleşik Devletleri'nde giderek artan suç oranları ve halkta gelişen suç korkusundan, yasal ya da yasadışı göçmenlik ile etnik azınlık gruplar sorumlu tutulmaktadır. Kamuoyunun göçe ilişkin algısının olumsuz olması başta olmak üzere, uyum eksikliği ve toplumdan kopuk davranışları nedeniyle göçmenler kolaylıkla suç ile ilişkilenebilmektedir. Ayrıldıkları ülkede kalifiye olsalar bile, göçmenler gittikleri ülkede çoğunlukla kayıtsız işlerde ve kötü koşullarda çalışmakta, ekonomik sorunlarla mücadele etmektedir. İtalya'da yapılan bir araştırma, göçmenlerin şiddet suçlarından çok mala karşı suç işlediklerini ortaya koymaktadır. Bu sonuç, göçmenlerin sosyo-ekonomik statülerinden ayrı düşünülemez.[65] Göçmenlerin suç işlemelerinin ya da hukuka aykırı davranışlar içine girmelerinin başlıca itici nedeninin ekonomik gerekçeler olduğu tespit edilmektedir. Yasal yolların kapalı olması, yasadışı çalışmak ve yasadışı yollarla para kazanmak seçeneğini onlara dayatmaktadır.[66]

Türkiye'de göç olgusunun suç işleme oranlarını nasıl etkilediği üzerine yapılan çalışmalar, sıklıkla Avrupa ülkelerine göç etmek üzere Asya ülkelerinden gelen göçmenlerin Türkiye topraklarını geçiş yeri olarak kullandığını ortaya koymaktadır. Bu kategoride yer alan kişilerin kendi ülkelerinden ayrılma nedenlerinin çoğunlukla politik nedenler olduğu dikkat çekmektedir. Türkiye'de suça karıştığı için hakkında sınırdışı etme tedbiri uygulanan yabancıların sayısının her yıl artış gösterdiği, 2000 yılında 31.399 olan sayının, 2007 yılında 54.692 ve 2008

63 Coyle, 97.
64 Oğuzhan Ömer Demir/Ali Duman, "*Uluslararası Göç ve Suç Kesişiminde Karşılaştırmalı Örnekler ve Türkiye*", 6, http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/goc/goc3.pdf 820 Ekim 2011).
65 Demir/Duman, 5-6.
66 Demir/Duman, 14.

yılında 50.758 olduğu, kayıtlardan anlaşılmıştır. Yabancıların işlediği suçlar sıklıkla, Pasaport Kanununu ihlal, kaçak çalışma, fuhuş yapma, sahtecilik ve kaçakçılık yapma olarak belirlenmektedir.[67]

Kriminoloji alanında yapılan çalışmalar, suç ile ekonomik durum arasında önemli bir etkileşim bulunduğunu göstermektedir. Faillerin yoksulluk durumu ile işlenen suç türleri arasında dahi ilişki tespit edilmektedir. Örneğin hırsızlık ve yağma suçları %77.3 oranında yoksullar tarafından işlenirken, dolandırıcılık suçu %71.4, kalpazanlık suçu %66.7 oranında yoksul olmayan kişilerce işlenmektedir. İnsan öldürme ve yaralama suçları sıklıkla yoksullar tarafından işlenirken, cinsel saldırı suçlarında yoksulluğun ayırıcı bir kriter olmadığı araştırma sonuçlarından anlaşılmaktadır.[68] Türkiye içinde yaşanan iç göçlerin de suç işleme oranları ile, özellikle ekonomik zorluklar bağlamında yakın bir ilişki içinde olduğu anlaşılmaktadır. Suç işleme oranlarının, göç alan kentlerde belirgin biçimde artış gösterdiği saptanmaktadır.[69] Isparta Cezaevi üzerinde yapılan bir çalışmanın sonuçlarına göre, hükümlülerin %62.5'i hayatlarının herhangi bir döneminde göç etmiş olan kişilerden oluşmaktadır. Göç sonrası yaşanan sıkınların içinde, %69.9 ile ekonomik sıkıntılar ilk sırada yer almaktadır.[70]

Göç sonucu yaşanan sosyal ortam değişikliğinin suç işleme üzerinde itici bir etkisi bulunduğu, yaptığımız çalışma ile desteklenmektedir. Gerçekten de, KKTC Cezaevi'nde bulunan tutuklu ya da hükümlülerin %83.1'i yaşamları boyunca en az bir defa yer değiştirmiştir. Tutuklu veya hükümlülerin %46'sı, yer değişikliğine dair kararın oluşturulması sürecinde kendi rızalarının alınması gerektiğini ifade ederken, %38.8'lik kısım bu konuda kararsız kalmıştır. Tutuklu ve hükümlülerin sadece %16.5'lik kısmı kendi görüşlerinin alınmasının gerekli olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Yapılan yer değişikliğinin nedeni olarak, tutuklu ve hükümlülerin %68.9'u "*iş nedeniyle*", %20.7'si ise "*aile sorunları nedeniyle*" yanıtını vermiştir. Elde edilen verilere göre yer değişikliği, %68.9 oranında ekonomik sıkıntılar nedeniyle yapılmıştır.

---

67 Demir/Duman, 8-10.

68 Dinler/İçli,

69 İsmail Fert, Sosyal Politika ve Suç İlişkisi Ülkemiz Suç Profili Açısından Bir Değerlendirme, Dokuzeylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Lisans Tezi, İzmir 2007, 184 vd.

70 Dinler/İçli, 11.

Tutuklu ve hükümlülerin %62'si çalışmak için, %18.2'i ise turizm amacıyla KKTC'ye geldiğini ifade etmiştir. Bu oranın içinde de büyük bir kısım, ekonomik kaygı içindeki kişilerden oluşmaktadır. Göç olgusu ile birlikte ele alınması gereken bir başka başlığın, suç ile işsizlik ve ekonomik durum arasındaki etkileşim olduğu kabul edilmektedir. KKTC Cezaevi'nde bulunan tutuklu ve hükümlülerin iş yaşamındaki istikrarı tespit etmek üzere hazırlanan sorulara verilen yanıtlar, suç işleme ile ekonomik durum ve işsizlik arasında ilişki olduğunu ortaya koymaktadır. Kamu sektöründe çalışmaktayken cezaevine girenlerin oranı %2.3[71] iken, özel sektörde çalışmaktayken suç işleyenlerin oranı %32.2 ve serbest meslek sahibi olup da suç işleyenlerin oranı %44.4 olarak belirlenmiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %5.8'i öğrenci ve %15.2'si işsizdir. Tutuklu ve hükümlülerin %33.6'sı, suç işlediği sırada çalışmadığını, %7.2'si ise öğrenci olduğunu belirtmiştir.

Bir başka sorudan elde edilen veriler göstermiştir ki, işsiz olduğu halde kendisini özel sektörde yahut serbest çalışan kategorisinde gösteren önemli bir kesim olmuştur. Nitekim suç işlediği sırada işsiz olduğunu beyan edenlerin oranı %33.6'ya kadar çıkmıştır. Çalıştığı işi kendi isteği ile seçip seçmediği sorulan tutuklu ve hükümlülerin %10'u kendi isteği ile seçmediğini, %11.2'si ise zorunlu olarak seçtiğini ifade etmiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %78.8'i işini kendi isteği ile seçtiğini belirtmiştir.

Elde edilen veriler, iş yaşamındaki istikrar ve geleceğe dair güven ile suç işleme arasında ters orantı olduğunu desteklemektedir. Göç ve göçten kaynaklanan sorunlar insanların suça sürüklenmesinde rol oynamaktadır. KKTC'nin göç alan bir ülke olduğu ve bunun da ekonomik sorunları olan insanların özellikle kentlerdeki sayısını arttırdığı düşünülerek, yakın gelecekte çözüm olabilecek önlemler üzerinde çalışılmalıdır.

d. Eğitim Durumun Suç İşleme Oranlarına Etkisi

Ankete katılan tutuklu veya hükümlülerin eğitim durumuna ilişkin olarak ulaşılan veriler, eğitim seviyesi düştükçe suçluluk oranlarının yükseldiği genel kanısına paraleldir.

---

71 Türkiye'de Isparta Cezaevi üzerinde yapılan çalışmadan elde edilen verilere göre, kamu sektöründe çalışmakta iken cezaevine girenlerin oranı sadece %1'dir., Dinler/İçli, 9.

KKTC Cezaevinde bulunan tutuklu veya hükümlülerin %40'ı ortaöğretim mezunu iken, %30.2'si ilköğretim ve %20.9'u üniversite mezunlarından oluşmuştur.[72] Lisansüstü eğitim alanların cezaevi nüfusuna oranı %4.1 olarak tespit edilmiştir. Okuma yazma bilmeyenlerin oranı %4.7'dir.[73] Esasen bu verilerin daha gerçekçi biçimde yorumlanabilmesi, cezaevinin aynası konumunda olduğu toplumsal yapının tamamında eğitim düzeylerine dair oranların bilinmesi ile mümkün olabilecektir.

KKTC ülkesinde 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında cezaevine giren tutuklu ve hükümlülere ilişkin istatistikler bağlamında ayrıca bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre, 2006 yılı-2011 yılı Mayıs ayı arasında cezaevine giren ve okur yazar olmayan tutuklu veya hükümlülerin sayısı 588 olmuştur. İlokul mezunu olanların sayısı 3141, ortaokul mezunu olanların sayısı 1983, lise ve dengi bir okul mezunu olanların sayısı 2403 ve yüksekokul veya üniversite mezunu olanların sayısı 544 olarak kaydedilmiştir.

Sayısal verilerden de anlaşıldığı üzere, KKTC'de cezaevi mevcudunun ezici çoğunluğu ilkokul mezunlarından oluşmaktadır. Buna karşılık yüksekokul veya üniversite mezunu olanların sayısı azımsanmayacak kadar yüksek olup, üstelik her yıl en çok kendi misline katlanan kategoriyi oluşturmuştur.[74] Okur-yazar olmayanların sayısı 5 yıl 5 aylık süre içinde belirgin bir azalma kaydetmezken, ilkokul mezunu olanların sayısı her yıl azalma göstermiştir. Lise veya dengi bir okul mezunu olanların sayısı da bu süre içinde ciddi bir artış ya da azalış göstermemiştir.[75]

---

72 Türkiye'de Isparta Cezaevi üzerinde 2005 yılı Aralık ayında yapılan bir çalışmada, en büyük yüzdeyi, %45.8'lik oran ile ilkokul mezunları almıştır. Yüksekokul veya üzeri eğitim alanların cezaevi mevcuduna oranı sadece %2.3 olmuştur., Dinler/İçli, 7.

73 Türkiye Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevfikevleri Genel Müdürlüğünün 2011 yılı Ocak ayı verilerine göre, cezaevinde bulunan 122.404 hükümlü ve tutukludan 3.298'i yüksekokul veya fakülte mezunudur. Yükseklisans mezunlarının sayısı 43 ve doktora mezunlarının sayısı 7'dir., http://www.cte.adalet.gov.tr/(19 Ekim 2011); KKTC cezaevinde bulunan tutuklu veya hükümlülerin eğitim düzeylerinin belirgin biçimde yüksek olduğu dikkat çekmektedir.

74 KKTC'de *"...halkın üniversite mezunu oranında dünya rekoru kırdığını..."*, http://www.kibris.net/basin/gazeteler/kibristanhaberler/gunlukhaber_files/yargidan_meclise_elestiri_yagmuru.htm (3Kasım 2011)

75 Okur yazar olmayan: 2006 yılında 104 E. ve 8 K., toplam 112; 2007 yılında 73 E., 8 K., toplam 81; 2008 yılında 106 E. ve 13 K., toplam 129; 2009 yılında 105 E. ve 21 K.,

e. Medeni Durumun Suç İşleme Oranlarına Etkisi

KKTC Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin %38.2'si evli ve %37.6'sı bekardır ve %50.3 çocuk sahibidir.[76] Esasen kriminoloji alanında yapılan araştırmalar, evli kişilerin, bekar kişilere oranla daha az suç işlediklerini göstermektedir.[77] Çocuk sahibi olmaları dikkate alınarak, KKTC Cezaevinde bulunanların en az %50.3'ü evlilik deneyimi yaşayanlardan oluşmaktadır. Bu hali ile elde ettiğimiz veriler, başka ülkelerin aksine, KKTC'de evli olanların veya evlilik deneyimi yaşayanların daha sık suç işlediğini göstermektedir.

Cezaevine giren hükümlü ve tutukluların medeni durumları bağlamında 2006 yılı Ocak ayı ve 2011 yılı Mayıs ayı arasındaki dağılımı cezaevi kayıtları izlenerek incelenmiştir. Bu dönem boyunca 4484 bekar kişi cezaevine girmişken, evli olanların sayısı 3912 ve dul olanların sayısı 644 olmuştur. Bekar olanların sayısının diğer kategorilere göre yüksek olduğu anlaşılmakla birlikte, suçla mücadele bağlamında önemli sayılabilecek bir veriye ulaşıldığı iddia edilemez.

---

toplam 126; 2010 yılında 73 E. ve 20 K., toplam 93; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 42 E. ve 5 K., toplam 47 kişi cezaevine girmiştir. İlkokul mezunu: 2006 yılında 779 E. ve 9 K., toplam 788; 2007 yılında 447 E., 8 K., toplam 455; 2008 yılında 600 E. ve 25 K., toplam 625; 2009 yılında 503 E. ve 22 K., toplam 525; 2010 yılında 498 E. ve 18 K., toplam 516; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 226 E. ve 6 K., toplam 232 kişi cezaevine girmiştir. Ortaokul mezunu: 2006 yılında 345 E. ve 9 K., toplam 354; 2007 yılında 365 E., 5 K., toplam 370; 2008 yılında 383 E. ve 14 K., toplam 397; 2009 yılında 344 E. ve 15 K., toplam 359; 2010 yılında 333 E. ve 13 K., toplam 346; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 150 E. ve 7 K., toplam 157 kişi cezaevine girmiştir. Lise ve dengi okul mezunu: 2006 yılında 402 E. ve 23 K., toplam 425; 2007 yılında 416 E., 41 K., toplam 457; 2008 yılında 401 E. ve 50 K., toplam 451; 2009 yılında 404 E. ve 36 K., toplam 440; 2010 yılında 420 E. ve 28 K., toplam 448; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 168 E. ve 14 K., toplam 182 kişi cezaevine girmiştir. Yüksekokul mezunu: 2006 yılında 34 E. ve 1 K., toplam 35; 2007 yılında 46 E., 6 K., toplam 52; 2008 yılında 91 E. ve 16 K., toplam 107; 2009 yılında 96 E. ve 9 K., toplam 105; 2010 yılında 154 E. ve 17 K., toplam 171; 2011 Mayıs'a kadar 63 E. ve 11 K., toplam 74 kişi cezaevine girmiştir. (K:Kadın, E:Erkek)

76 Bekar olanlar: 2006 yılında 781 E. ve 18 K., toplam 799; 2007 yılında 958 E., 29 K., toplam 987; 2008 yılında 841 E. ve 37 K., toplam 878; 2009 yılında 701 E. ve 26 K., toplam 727; 2010 yılında 744 E. ve 22 K., toplam 766; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 315 E. ve 12 K., toplam 327 kişi cezaevine girmiştir. Evli olanlar: 2006 yılında 808 E. ve 34 K., toplam 842; 2007 yılında 648 E., 36 K., toplam 684; 2008 yılında 669 E. ve 48 K., toplam 717; 2009 yılında 667 E. ve 36 K., toplam 703; 2010 yılında 615 E. ve 45 K., toplam 660; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 285 E. ve 21 K., toplam 306 kişi cezaevine girmiştir. Dul olanlar: 2006 yılında 75 E. ve 8 K., toplam 83; 2007 yılında 109 E., 16 K., toplam 125; 2008 yılında 79 E. ve 33 K., toplam 112; 2009 yılında 84 E. ve 41 K., toplam 125; 2010 yılında 119 E. ve 29 K., toplam 148; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 49 E. ve 10 K., toplam 59 kişi cezaevine girmiştir.

77 Zahir Kızmaz, "*Cezaevine Girme Sıklığına Göre Suçlular: Karşılaştırmalı Bir Araştırma*", 579, http://perweb.firat.edu.tr/personel/yayinlar/fua_297/297_61473.pdf (21.10.2011)

f. Olumsuz Yaşam Deneyimlerinin Suç İşleme Oranlarına Etkisi

Tutuklu ve hükümlülerin geçmiş yaşama dair olumsuz deneyimlerinin, suç işleme üzerinde etkili olup olmadığını anlamak üzere hazırlanan sorulara verilen yanıtlar, bugüne kadar yapılan çalışmalarla paralellik arz etmiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %31.2'si, geçmiş yaşamlarında aile şiddete maruz kaldıklarını, %32.3'ü ise aileden birisinin şiddetine uzun bir süre boyunca maruz kaldığını ifade etmiştir. Ankete katılanların %21.7'si, geçmiş yaşamlarında aile üye veya üyelerine şiddet uyguladığını ifade etmiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %28'i psikolojik tedavi görmüştür.

Parçalanmış aile yaşantısının suç işleme oranına etkisi bağlamında sorulan sorulara verilen yanıtlara göre, tutuklu ve hükümlülerin %37.3'ü, anne-babasının ayrı yaşadığını, %47.4'ü, 0-18 yaş aralığında iken annesinden, babasından veya her ikisinden ayrı yaşadığını ifade etmiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %3'ü bir bakıcı tarafından ve %4.2'si sosyal hizmet kurumunda yetiştirilmiştir.

Başka ülke deneyimlerine paralel olarak, KKTC Cezaevi'nde bulunan tutuklu ve hükümlülerin geçmiş yaşama ilişkin olumsuz deneyimleri suç işleme olasılığını güçlendirebilmektedir. Bu veriler, suçun etkin biçimde önlenebilmesi için, çocukluk çağından itibaren alınması gereken önlemleri göstermesi bakımından değer taşımaktadır. Erken dönemde yaşanan travmalar insanların kişiliklerini derinden etkilemekte ve bir gruba dahil olmak veya topluma tepkisini göstermek için suç işlemesine yol açabilmektedir.

g. Alkol ve Sigara Kullanımının Suç İşlemeye Etkisi

Kriminoloji alanında yapılan çalışmalar, alkol ile suç işleme arasında önemli bir ilişki bulunduğunu göstermektedir. Şiddet suçlarını tetikleyen alkolün trafik suçlarının işlenmesine etkisi %50 olarak ifade edilmektedir.[78] Türkiye'de yapılan çalışmalar aile içi şiddet suçlarının işlenmesine de alkolün önemli bir etkisi bulunduğunu ortaya koymaktadır.[79]

---

78 Sulhi Dönmezer, Kriminoloji, İstanbul 1994, 335.

79 Aile içi şiddet failleri üzerinde yapılan bir çalışmaya göre, faillerin %26.7'si kötü

KKTC Cezaevi'nde bulunanlar üzerinde yapılan araştırmadan elde edilen veriler, sanıldığının aksine alkol ile suç işleme sıklığı arasında sıkı bir bağ olduğunu desteklememektedir. Trafik ve aile içi şiddet suçlarından dolayı tutuklama veya hapis cezasına mahkum edilme olasılığının düşük oluşu dikkate alındığında, cezaevinde bulunan tutuklu veya hükümlülerin geçmiş yaşam deneyimlerinden yola çıkılarak alkol ile suç işleme arasında hatırı sayılır bir bağ tespit edilememiş olması olağan karşılanmalıdır. Soruşturma aşamasına ilişkin kayıtların incelenmesi halinde, alkol ile suç işleme arasında ciddi bir etkileşim bulunduğu tespit edilecektir.

KKTC Cezaevi'nde bulunarak ankete katılanların %17.4'ü henüz 15 yaşın altındayken alkol almaya başlamıştır. Tutuklu ve hükümlülerin %41.3'ü 18-20 yaş aralığında ve %41.3'ü 21 yaşını geçtikten sonra alkol kullanmaya başlamıştır. Bu soruya verilen yanıtlar, 15 yaşın altında alkol almaya başlayanların oranının yüksek olduğunu göstermektedir. Alkol alma sıklığını tespite yönelik soruya ise, %5.9 oranında kişi haftada 3-4 gün, %5.2 oranındaki kişi, haftanın her günü ve %21.2 oranındaki kişi haftada bir-iki gün yanıtını vermiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %34.7'si sadece özel günlerde alkol aldığını, 32.9'u ise hiç alkol almadığını ifade etmiştir. Ailesinde sık alkol alan kişiler olup olmadığı yönündeki soruya ise %80 oranında kişi hayır demiştir.

KKTC Cezaevi'nde bulunan tutuklu veya hükümlülerin %34.7'sinin sigara kullanmaya başlama yaşı 15 ve altı olarak tespit edilmiştir. Faillerin %40.3'ünün sigara kullanımına başlama yaşı 18-20 yaş aralığı olmuştur. Ailesinde sigara içicisi bir rol model bulunanların oranı %80 olarak tespit edilmiştir. Bu veriler ışığında sigara kullanımı ile suç işleme eğilimi arasında dikkate değer bir ilişki bulunduğunu kabul etmek gerekir.

2. Yeniden Suç İşleme Oranlarını Tespite Yönelik Sorulardan Elde Edilen Veriler ve Analizi

Çağdaş suç politikasında cezanın meşru amacı, suçlunun iyileştirilmesini ve yeniden topluma dönmesini sağlamaktır. Nitekim infaz

bir alışkanlık olarak alkol kullandığını beyan etmiştir., Yener Ünver, "*Türkiye'de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri*", in: Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2004, 41.

hukukunun, sosyalleştirme ve yeniden suç işlemenin önlenmesi olmak üzere, iki temel ilkesi vardır.[80] Hapis cezasının cezaevinde infaz edilmesi, infaz süresi boyunca failin yeniden suç işlemesini engeller. İnfaz süresinin doğru değerlendirilip değerlendirilmediği, failin tahliye sonrası toplumsal yaşama dönmesini takiben suç işlemesini önlemedeki başarısı ile ölçülür.[81] Buna karşılık yeniden suç işlemenin önlenmesi konusunda dünya çapında sorunlar bulunduğunu belirtmek gerekir.

KKTC Cezaevi üzerinde yaptığımız çalışmanın bu bölümünde tutuklu ve hükümlülere sorulan sorularla, cezaevinde kalma ile yeniden suç işlemenin önlenmesi arasında bir ilişki olup olmadığı öğrenilmek istenmiştir. Daha önce bir suçtan gözaltına alınıp alınmadığı sorulan tutuklu ve hükümlülerin %28.9'u *"evet"*, %71.1'i *"hayır"* demiştir. Daha önce bir suçtan mahkum olup olmadığı sorulan tutuklu ve hükümlülerin %78.8'i *"hayır"*, %21.2'si *"evet"* yanıtını vermiştir. Öyle ise suç işleme kuşkusu ile adli makamlarla karşı karşıya gelmek veya suç işlediğinden bahisle mahkum edilmek, gelecekte yeniden suç işleneceğine dair hatırı sayılır bir karine oluşturabilmektedir.

Yeniden suç işleme davranışının nedenleri üzerine yapılan çok sayıda çalışma bulunmaktadır. İşledikleri ilk suç nedeni ile mahkum olan insanlar üzerinde cezanın özel önleme etkisinin gerçekleşmeme nedenleri araştırılmaktadır. Suç işleyen kişilerin, zaman içinde suç işlemeyi yaşam biçimi haline getirdiği görülmektedir. Hiç suç işlememiş olan kişilerin suç işleme olasılıkları ile daha önceden bir ya da birden çok kez suç işleyen kişilerin suç işleme olasılıkları çeşitli araştırmalara konu edilmiştir. Kişilerin benlik gelişimi çocukluk döneminde gerçekleştiğinden, suç işlemeyi alışkanlık haline getirmede aile kurumu belirleyici olabilmektedir. Nitekim çok küçük yaşlarda aile içerisinde olumsuz davranışlara maruz kalan kişiler kolaylıkla suç işleme eğilimine girebilmektedir.[82]

Yeniden suç işlemenin nedenlerine ilişkin birkaç önemli saptamadan hareket edilmektedir. Öncelikle yeniden suç işleyenlerin tamamına yakını erkeklerden oluşmaktadır. Mükerrer suçluluk kadınlar

---

80 Karakaş Doğan, 55, 226 vd.
81 Karakaş Doğan, 235-236.
82 Zahir Kızmaz, "*Cezaevine Girme Sıklığına Göre Suçlular: Karşılaştırmalı Bir Araştırma*", 575-576.

arasında son derece azdır.[83] Suçların işlendiği yer konusunda yapılan araştırmalar, kentsel alanların insanları suç işlemeye itecek çok sayıda etken barındırdığını göstermektedir. Suç alt kültürünün varlığı başta olmak üzere, yoksulluk, işsizlik, ekonomik sıkıntılar, denetleyici aile bağlarının zayıflaması, suça zemin hazırlayan önemli etkenlerdir.[84] Yapılan çalışmalar ilk kez 18 ve altı bir yaşta suç işleyen kişilerde mükerrer suçluluk gelişme olasılığının yüksek olduğunu göstermektedir.[85]

KKTC'de yeniden suç işlemenin engellenmesi için cezaevi içinde ve tahliye sonrası yürütülecek programlarla cezanın özel önleme amacına ulaşılmaya çalışılması gerekmektedir. Halen KKTC'de bu konuda yeterli donanım bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Oysa yeniden soruşturmaya uğrama oranının %28.9, yeniden mahkum edilme oranının %21.2 ve yeniden cezaevine girme oranının %22 olması, geleceğe dair önlem alınmasını gerektirmektedir.

3. Hapis Cezasının Yeniden Suç İşlemede Caydırıcı Olup Olmadığını Tespite Yönelik Sorulara Verilen Yanıtlar ve Değerlendirmesi

Hapis cezasının olumlu ve olumsuz yanlarına yönelik tartışmalar öteden beri yapılmaktadır. Failleri toplumdan kopartarak yeniden suç işlemeye zemin hazırlaması, hapis cezasına yöneltilen en ciddi eleştirilerden birisidir. Bu bölümde sorulan sorular ile, tutuklu ve hükümlülerin hapis cezasının yeniden suç işlemede caydırıcılığı konusundaki görüşleri öğrenilmek istenmiştir.

Anketimize katılan hükümlü veya tutukluların tahliye sonrası yeniden suç işleyip işlemediği konusunda yöneltilen soruya, sadece %11.1 oranındaki tutuklu ve hükümlü evet yanıtı vermiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %33.9'u cezaevinden tahliye olanların suç işlemediğini belirtmiştir. Bu konuda kararsız kalanların oranı %53.8'dir. Karar-

---

83 *"...erkek olmanın mükerrer veya yeniden suçluluğun değişmeyen bir habercisi olduğu..."*, Zahir Kızmaz, "*Cezaevine Girme Sıklığına Göre Suçlular: Karşılaştırmalı Bir Araştırma*", 579.

84 Zahir Kızmaz, "*Cezaevine Girme Sıklığına Göre Suçlular: Karşılaştırmalı Bir Araştırma*", 580.

85 18 Yaş veya altı bir yaşta ilk kez suç işleyenlerde mükerrer suçluluk oranı %65.2 iken, 19-21 yaş aralığında suç işleyenlerde %44.4, 22-24 yaş aralığındaki kişilerde %50, 25-27 yaş aralığında %25 ve 28 yaş üstünde %7.7'dir., Kızmaz, "*Cezaevine Girme Sıklığına Göre Suçlular: Karşılaştırmalı Bir Araştırma*", 582.

sız kalanların oranının yüksek oluşu, yanıtların sağlıklı olarak değerlendirilmesini ve sonuç çıkarılmasını engeller niteliktedir.

Hükümlü ya da tutuklu olarak cezaevinde kalındıktan sonra yeniden suç işlemenin ya da suç işlemeyi istemenin nedeninin ne olabileceği sorulan tutuklu ve hükümlülerin %29.6'sı *"aileden dışlanmak"*, %14.2'si *"parasız kalmak"*, %8'i *"intikam almak"*, %22.2'si *"hepsi"* ve %25.9'u *"hiçbiri"* olarak yanıtlamıştır. Bu oranlar, tutuklu veya hükümlülerin %74'ünün, cezaevinden tahliye olan kişilerin, aileden dışlanmak, parasız kalmak veya intikam almak nedenlerinin bir ya da birkaçının etkisi ile yeniden suç işlediğini göstermektedir. Hapis cezasının infazı ile elde edilmek istenen amaç bağlamında düşünüldüğünde, verilen yanıtların üzerinde düşünülmeye değer olduğu açıktır. Cezaevinde kalmanın suç işlenmesine engel olup olmadığı sorulan tutuklu ve hükümlülerin %45'i *"hayır"* demiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %21.1'i kararsız kalırken, %31.3'i hapis cezasının yeniden suç işlemeyi engellediğini belirtmiştir. Bu bölüm ile ilgili olarak sorulan *"daha önce cezaevinde kaldınız mı?"* sorusuna, *"evet"* diyenlerin oranı %22, *"hayır"* diyenlerin oranı %78 olmuştur.

Cezaevinde kalmanın yeniden suç işlemeye neden engel olabileceğinin sorulması karşısında, tutuklu ve hükümlülerin %18.5'i *"bir daha cezaevine girmemek için"*, %24.8'i *"pişman olduğum için"*, %22.3'ü *"ailemi üzmemek için"*, *"kimseyi mağdur etmemek için"* ve %28.7'si *"hepsi"* seçeneğini işaretlemiştir. Esasen bu veriler de hapis cezasının infazı ile ulaşılmak istenen amacı destekler nitelikte değildir.

Cezaevinde kalmanın suç işlemeye itip itmediğinin sorulmasına ise, tutuklu ve hükümlülerin %39.1'i *"evet"*, %19.3'ü *"olabilir"* yanıtını vermiştir. Toplamda %58.4'e isabet eden bu oran oldukça yüksek görünmektedir. Cezaevinde kalmanın suça itmediğini düşünenlerin oranı %41'de kalmıştır.

Çağdaş dönem ceza ve infaz hukuku anlayışının en önemli özelliği, kefaret ve korkutma amacının gerilemesi olmuştur. Bunların yerine yeniden sosyalleştirme amacı öne çıkmıştır. Bu amaçla, hapis cezasının infazının olabildiğince hükümlünün kişiliğine uygun hale getirilmesine çalışılmaktadır.[86] Nitekim hapis cezası yaptırımını, diğer ceza

[86] Karakaş Doğan, 225.

hukuku yaptırımları arasında öne çıkartan özellik de, infaz boyunca bireyin yeniden sosyalleştirmeye yarar faaliyetlere tabi tutulmasına olanak sağlayabilmesi olmuştur. Bu olumlu yanlarına rağmen hapis cezası infaz edilen kişiler arasında yeniden suç işleme oranının yüksek olması dünya genelinde bir sorun olarak kabule edilmektedir.

Hapis cezasının infaz yerleri olan cezaevleri, suçun engellenmesi ve kontrol altına alınmasında en önemli seçenektir.[87] Cezaevlerinin bireyleri yeniden suç işlemekten caydırmak ve suç işleme eğilimine sahip olan bireyleri suç işlemekten alıkoymak biçimindeki temel fonksiyonlarını neden yerine getirmediği tartışma konusu edilmektedir. Cezaevlerinin ceza çekme yeri değil, suçluların yeniden topluma kazandırılması yeri olarak düşünülmeye başlanmasının geçmişi ancak geçtiğimiz yüzyıl ortalarına dayanmaktadır. Bu düşüncelerin yaşama geçirilmesi ise ancak yüzyılın sonlarında mümkün olmuştur. Cezaevlerinin fonksiyonunu yeniden sosyalleştirme olarak gören görüşün dünya çapında egemen olduğunu söylemek mümkün olmayıp aksine cezaevi koşullarının ağırlaştırılması suretiyle cezaevlerinin birer cezalandırma yeri olarak görülmesi gerektiği yönündeki görüşlerin de oldukça taraftar topladığını söyleyebiliriz.[88]

Tahliye edilen kişiler arasında yeniden suç işleme oranlarının gelişmiş ülkelerde yüksek olması, cezaevinin suçtan caydırmadaki işlevini tartışmalı hale getirmiştir. Yapılan araştırmalar, İngiltere'de cezaevinden tahliye olan erkeklerin %60'nın ilk dört yıl içinde suç işleyerek yeniden cezaevine döndüğünü göstermektedir. Buna karşılık daha önce suç işlememiş olan kişiler üzerinde hapsetmenin caydırcılık etkisi güçlü bulunmaktadır. Bu istatistiklerden yola çıkan araştırmacılar, cezaevlerinin daha kötü yerler haline getirilmesi halinde, cezaevinde kalan suçluların yeniden suç işleme isteklerinin azalabileceğini belirtmektedirler. Kuşkusuz bu yaklaşım, cezaevlerinin yeniden sosyalleştirmeye sunduğu katkıyı gözden çıkarmaktadır.[89]

Hapis cezasının suçluları yeniden suç işlemekten caydırabilmesinde etkili olan bir başka husus da cezaevinde geçirilen sürenin ne kadar

87 Zahir Kızmaz, "*Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi*", 227, http://perweb.firat.edu.tr/personel/yayinlar/fua_297/297_41760.pdf (21.10.2011)

88 Kızmaz, "*Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi*", 230-231.

89 Kızmaz, "*Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi*", 232.

olduğudur. Bu bağlamda yeniden suç işlenmesine engel olabilmesi için cezaevinde kalma süresinin en fazla ne kadar olması gerektiği ile ilgili olarak sorulan soruya, KKTC Cezaevi'nde bulunan tutuklu ve hükümlülerin %76.2'si *"bir yıl"*, %10.5'i *"5 yıl"* yanıtını vermiştir. Uzun süreli hapis cezasının cezanın amacı ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmalarında verilen yanıtların anlamlı olduğunu düşünmek gerekmektedir. Yeniden suç işlenmesine engel olabilmesi için cezaevinde kalma süresinin en az ne kadar olması gerektiği ile ilgili soruya ise, tutuklu ve hükümlülerin %65.5'i *"bir ay"*, %20.7'si *"bir yıl"*, %2.9'sı *"beş yıl"* ve %9.5'si *"on yıl"* yanıtını vermiştir. Tutuklu ve hükümlülerin sadece %7.6'sı *"yirmi yıl"* seçeneğini işaretlemiştir.

KKTC Cezaevi kayıtlarının incelenmesinden elde edilen veriler, kısa süreli hapis cezasına mahkum edilenlerin oranının yüksek olduğunu göstermektedir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı sonuna kadar olan dönemde, 1189 kişi, 1 aydan az süreli hapis cezasına mahkum edilerek cezaevine konulmuştur. 1 aydan 3 aya kadar süreli hapis cezasına mahkum edilenlerin sayısı 1926 olmuştur. Bu dönemde 3 aydan 6 aya kadar hapis cezasına mahkum edilenelerin sayısı 547'dir. 6 aydan 1 yıla kadar süreli hapis cezasına mahkum olarak cezaevine girenlerin sayısı 479 iken, 1 yıldan 3 yıla kadar süreli hapis cezasına mahkum edilenlerin sayısı 344 olarak kaydedilmiştir. 3 yıldan 6 yıla kadar süreli hapis cezasına mahkum edilenlerin sayısı 115'tir. 6-9 yıl arası süreli hapis cezasına mahkum edilerek cezaevine konulanların sayısı 25, 9-12 yıl arası hapis cezasına mahkum edilenlerin sayısı 11, 12-20 yıl arası hapis cezasına mahkum edilenlerin sayısı 10, 20-25 yıl arası süreli hapis cezasına mahkum edilenlerin sayısı 7 ve 25 yıl ve üzeri süreli hapis cezasına mahkum edilenlerin sayısı 3 olmuştur.[90]

[90] 1 ay ve aşağısı hapis ceza alanlar; 2006 Yılında: 203; 2007 Yılında: 238; 2008 Yılında: 271; 2009 Yılında: 248; 2010 Yılında: 143; 2011 Mayıs'a kadar: 86. 1-3 ay arası hapis cezası alanlar; 2006 Yılında: 370; 2007 Yılında: 265; 2008 Yılında: 270; 2009 Yılında: 338; 2010 Yılında: 484; 2011 Mayıs'a kadar: 199. 3-6 ay arası hapis cezası alanlar; 2006 Yılında: 114; 2007 Yılında: 96; 2008 Yılında: 137; 2009 Yılında: 93; 2010 Yılında: 71; 2011 Mayıs'a kadar: 36. 6 ay-1 yıl arası hapis cezası alanlar; 2006 Yılında: 102; 2007 Yılında: 143; 2008 Yılında: 94; 2009 Yılında: 64; 2010 Yılında: 46; 2011 Mayıs'a kadar: 30. 1-3 yıl arası hapis cezası alanlar; 2006 Yılında: 70; 2007 Yılında: 96; 2008 Yılında: 82; 2009 Yılında: 42; 2010 Yılında: 44; 2011 Mayıs'a kadar: 10. 3-6 yıl arası hapis cezası alanlar; 2006 Yılında: 21; 2007 Yılında: 23; 2008 Yılında: 22; 2009 Yılında: 29; 2010 Yılında: 18; 2011 Yılı Mayıs'a: 2. 6-9 yıl arası hapis cezası alanlar; 2006 Yılında: 2; 2007 Yılında: 3; 2008 Yılında: 6; 2009 Yılında: 7; 2010 Yılında: 4; 2011 Yılı

Sayısal veriler KKTC'de en sık başvurulan hapis cezasının 1-3 ay ve herhalde 1 yıl veya daha az süreli hapis cezası olduğunu göstermektedir. Üç yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına mahkum edilme sıklığı belirgin biçimde düşüktür. Esasen kısa süreli hapsetme yerine seçenek yaptırımlar uygulanması gerektiği konusunda uluslararası alanda ciddi bir uzlaşma sağlanmıştır. Özgürlükten yoksun bırakmayan kamu hizmeti, tazminat ve telafi, mağdur-fail arabuluculuğu, sosyal arabuluculuk, bir kısım hakların sınırlanması seçeneklerin bazılarıdır.[91] "*Toplumsal cezalar*" olarak adlandırılan seçeneklerin en önemli özelliği, hapis cezası gibi suç failinin toplumdan dışlanmasına değil, toplum içerisinde kazanılmasına hizmet etmeleridir.[92]

Yapılan bazı çalışmalar, uzun süreli hapsetmenin yeniden suç işleme olasılığını arttırdığını göstermektedir. Bunun gerekçesi, daha uzun süre hapsetmenin, kişileri daha uzun bir süre boyunca suça iten zemin ile temas ettirdiği olarak gösterilmektedir. Cezaevi koşulları ve cezaevinde yaygınca etkisi görülen suç alt kültürü[93], suçluların ıslah edilmesi çalışmalarının etkisini azaltmakta ve yeniden suç işlemeye yönlendirmektedir. Cezaevinde tutmanın tek iyi yanı, en azından cezaevinde olduğu sürece, toplum içinde yeniden suç işleme olanağını fiziksel olarak ortadan kaldırmasıdır.[94] Kabul etmek gerekir ki, salt suç işlemeyi önlemek için hapsetmek, cezanın amacı ile bağdaşır görünmemektedir.

Çalışmamıza katılan tutuklu veya hükümlülerin önemli bir kısmı, cezaevinde kalma süresinin uzun olmasını, yeniden suçluluğu arttıran bir neden olarak görmektedir. Tutuklu veya hükümlülerin büyük kısmı, uzun süreli hapis cezasının suçtan caydırmadığını düşünmektedir.

Mayıs'a kadar: 3. 9-20 yıl arası hapis cezası alanlar; 2006 Yılında: 2; 2007 Yılında: 6; 2008 Yılında: 9; 2009 Yılında: 2; 2010 Yılında: 2. 20 Yıl ve Üzeri hapis cezası alanlar; 2006 Yılında: 1; 2007 Yılında: -; 2008 Yılında: 1; 2009 Yılında: 3; 2010 Yılında: 4.

91 Van Kalmthout, 10-11.

92 Van Kalmthout, 12; Hapis cezasına seçenek olarak gelişen ve bazı ülkelerde iki hatta üç yıla kadar olan hapis cezalasının yerine ikame edilen çalışma cezası, para cezası ile şartlı cezadan sonraki en önemli yaptırım olmuştur. Çalışma cezası, İngiltere, Fransa ve Hollanda'da ayakları yere basan bir ceza türü olarak yaygınca uygulanmaktadır., Van Kalmthout, 18.

93 Mahkumlaşma süreci, mahkumun cezaevindeki alt kültüre uyum sağlama ve asimile olmasını ifade etmektedir. Cezaevine giren kişi, bir süre sonra cezaevinde varolan kültüre uyum sağlamakta, dilini ve kodlarını benimsemektedir. Bu benimseyiş, kişilerin tahliye sonrası toplumsal yaşama uyum sağlama olasılığını çeşitli derecelerde güçleştirmektedir., Donald Clemmer, aktaran Kızmaz, "*Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi*", 236.

94 Kızmaz, "*Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi*", 233-234.

KKTC bağlamında yaptığımız çalışmada görüş bildiren tutuklu veya hükümlülerin %74'ü, cezaevinden tahliye olan kişilerin, aileden dışlanmak, parasız kalmak veya intikam almak nedenlerinin bir ya da birkaçının etkisi ile yeniden suç işlediğini göstermektedir. Cezaevinde kalmanın yol açtığı sorunlar, yeniden sosyalleştirme programlarının başarısını gölgelemekte ve tahliye sonrası yeniden suç işleme konusunda caydırıcı etki yaratmasını engellemektedir. Başka çalışmalardan elde edilen bulgular da göstermektedir ki, uzun yıllara yayılan tutukluluk süresi ve cezaevi alt kültürüne dahil olma süreci ile toplumsal yaşamdan kopma ve varolan ilişkileri yitirme, cezaevi sonrası uyum sürecini olumsuz etkileyerek yeniden suç işlemeyi tetiklemektedir.[95] Hapis cezasının infazı sırasında ve sonrasında alınacak önlemlerle cezaevi hayatının olumsuz etkilerinin en aza indirgenmesi, yeniden suç işleme oranlarında azalmaya yol açabilecektir.

4. Cezaevi Yaşantısının Hükümlü ve Tutuklular Üzerindeki Etkisini Tespite Yönelik Sorulardan Elde Edilen Verilerin Değerlendirilmesi

Herhangi bir adalet anlayışı yahut siyasi tercihle sınırlı olmaksızın, dünyanın bir ucundan diğer ucuna, cezaevlerinde tutuklu veya hükümlü sayısı artmaktadır. Örneğin ABD'de 1980 yılında yarım milyon olan cezaevi nüfusu 2002 yılında iki milyona ulaşmıştır. Ülkelerin cezaevlerindeki bu artış ile mücadele edecek yeterli kaynakları olmayınca, cezaevi koşulları giderek kötüleşmekte[96] ve en önemlisi hapis cezasının yeniden topluma kazandırma işlevinin hayata geçirilmesi mümkün olamamaktdadır.[97] Hapis cezasının kendisinden beklenen yararı ve işlevi yerine getirememesi bunun da ötesinde tutuklu veya hükümlüler üzerindeki olumsuz etkilerinin giderek artması karşısında, hapis cezasına seçenek kurumların önemine vurgu yapılmaktadır. Buna karşılık hapis cezasının yerine geçirilebilecek

---

95 Kızmaz, "*Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi*", 236 vd.

96 Cezaevlerinin kalabalık olması tutuklu ve hükümlülere hastalıkların bulaşmasını kolaylaştırmakta ve sağlıklarını tehdit etmektedir., Vivien Stern, "*Introduction: an overview and some issues*", in: Sentenced to die? The Problem of TB in Prisons in Easren Europe and Asia (Ed.Vivien Stern), International Centre for Prison Studies King's College London, UK 1999, 9.

97 Coyle, 151.

seçeneklerin kısıtlı olması, cezaevlerinin geniş kapasitelere hitap etmesini[98] zorunlu kılmaktadır.

Yapılan araştırmalara göre, cezaevi yaşantısı beş temel ihtiyaçtan yoksun kalmaya yol açmaktadır. Bunlar, özgürlükten, eşya ve hizmetlerden, karşı cins ile cinsel ilişkiden[99], kişisel özerklikten ve kişisel güvenlikten yoksun olmak biçiminde sıralanmaktır. Maruz kalınan bu yoksunluklar, tutuklu ve hükümlülerde bazı tepkilere yol açarak tahliye sonrası yaşamı güçleştirmektedir.[100]

Cezaevinde kendilerini en çok nelerin etkilediğinin sorulması üzerine KKTC Cezaevi'nde bulunan tutuklu ve hükümlülerin %46'sı, tanımadıkları insanlarla birarada olmak, dışarıya çıkamamak ve cezaevi koşulları seçeneklerin tümünün etkili olduğunu belirtmiştir. Cezaevi yerine toplum içinde denetim altında tutulmanın suç işleme isteğini azaltıp azaltmayacağını içeren soruya, tutuklu ve hükümlülerin %74.7'si *"evet"*, %16.7'si *"olabilir"* yanıtını vermiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %96'3'ü cezaevinden çıkmak istediğini, %56.7'si tahliye sonrası sadece ailesi ile yaşamak istediğini belirtmiştir.

Hapis cezasının cezaevinde infazının yol açtığı, toplumsal yaşama yabancılaşma sorunu konusunda KKTC Cezaevi'nde bulunan tutuklu ve hükümlülerin verdiği yanıtlar, başka ülkelerde yapılan araştırma sonuçlarını destekler niteliktedir. Hapis cezasının yaygın bir ceza türü haline gelmesinin, cezanın amacını en iyi biçimde gerçekleştiren ceza türü olduğuna yorumlanması mümkün değildir. Gerçekten cezaevinde infazın yol açtığı sorunlar katlanarak büyümektedir. Hükümlülük statüsü ile birleşen cezaevi yaşantısı, tahliye sonrası pekçok soruna yol açmaktadır. Tahliye sonrası toplumsal ilişkilere kabul edilip saygı görmenin en önemli belirtisi istakrarlı bir

---

98 *"...Ceza infaz kurumları...belirli kategorideki sanık ve hükümlüler için toplama merkezi olmaktadır..."*, Van Kalmthout, 33.

99 *"...Danimarka, İsveç, Hollanda ve İspanya gibi bazı Batı Avrupa ülkelerinde izin verilen cinsel ilişki ziyaretleri...Bu ziyaretlerde uzunluğu üç saate kadar varabilecek bir süre boyunca mahkumun tek kimse tarafından ziyaret edilmesine izin verilir. Bu kimse genelde mahkumun nikahlı ya da nikahsız uzun süreli nikahsız eşi olur. Çift bu ziyareti, içinde yatak, duş ve tuvalet bulunan küçük bir ünitede geçirir. Bu ziyaretlerin daha gayriresmi bir şekli de erkek mahkumları haftasonlarında ailelerinin ziyaret edebildiği Güney Amerika ülkelerinde uygulanır. Bazı cezaevlerinde kadın mahkumlar da ziyaret edilebilir..."*, Coyle, 98.

100 Kızmaz, *"Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi"*, 239.

iş yaşamı olarak ifade edilmektedir. Tahliye sonrası iş bulup bulmama olasılığı bağlamında sorulan soruya, KKTC Cezaevi'nde bulunan tutuklu ve hükümlülerin %64.6'sının *"evet"* yanıtını vermesi dikkat çekicidir. Bu soruya *"belki"* yanıtını verenlerin oranı %18.3 ve *"hayır"* yanıtını verenlerin oranı %17.1 olarak belirlenmiştir. Tahliye sonrası iyi bir iş bulup bulamayacakları konusunda görüşü sorulanların %61.1'i *"evet"* yanıtını vermiştir. Bu soruya *"hayır"* demek suretiyle umutsuzluğunu belirtenlerin oranı %38.9 olmuştur. Tutuklu ve hükümlülerin %45.6'sı, tahliye sonrası eski işine devam edebileceğini düşünmektedir. Bu konuda kararsız kalanların oranı %25.6 ve *"hayır"* diyenlerin oranı %28.8 olarak belirlenmiştir. Tahliye sonrası yaşanan işsizlik ve ekonomik sorunlar aile içi huzursuzluğa ve giderek yeniden suç işlemeye yol açabilmektedir.

Cezaevinde kalmanın kendilerine bir yarar sağlayıp sağlamadığının sorulması üzerine, tutuklu ve hükümlülerin %50'si olumlu, %50'si olumsuz yanıt vermiştir. Cezaevinde kalınan süre içinde ne hissettikleri sorulan tutuklu ve hükümlülerin %64.2'si *"bana haksızlık yapıldığını düşündüm"*[101] yanıtını vermiştir. Bu soruya *"hak ettiğim cezayı çektiğimi düşündüm"* yanıtını verenlerin oranı sadece %25.4 olmuştur.

Cezaevinde kalmanın sosyal ilişkiler üzerindeki etkisi bağlamında sorulan soruya, tutuklu ve hükümlülerin %43.2'si ilişkilerinin bozulmadığı yanıtını vermiştir. Eşi ile ilişkisi bozulduğunu belirtenlerin oranı %18.7, çocukları ile bozulduğunu belirtenlerin oranı %2.6, annebabasıyla bozulduğunu belirtenlerin oranı %10.3 ve akraba çevresi ile bozulduğunu belirtenlerin oranı %25.2 olarak tespit edilmiştir. Yapılan araştırmalar, cezaevine giren kişilerin çekirdek aileleri tarafından düzenli olarak ziyaret edildiğini ve her türlü ihtiyaçlarının giderildiğini göstermektedir. Tahliye sonrası yeniden sosyalleştirmeyi sağlama bağlamında, cezaevinde düzenli olarak ziyaretçi kabulünün önemli bir işlevi bulunmaktadır. Tutuklu ve hükümlülerin ziyaret olanaklarını kolaylaştırıcı uygulamalar ve olabildiğince ailelerine yakın cezaevlerinde tutulması bu nedenle önem taşımaktadır.[102]

---

101 Özellikle uzun süreli hapis cezasına mahkum edilen kişilerin, aradan geçen zaman içinde yaptıkları haksızlığı unuttuklarına ve giderek kendilerine haksızlık yapıldığı duygusuna odaklandıklarına sıklıkla rastlanmaktadır.

102 Karakaş Doğan, 263.

Tahliye sonrası tutuklu ve hükümlülerin %63.2'si devlet tarafından denetlenmek istemediğini belirtmiştir. Denetlenmeyi isteyenlerin oranı %36.87 olarak belirlenmiştir. Devlet tarafından denetlendikleri takdirde suç işleme isteklerinin azalıp azalmayacağının sorulması üzerine, tutuklu ve hükümlülerin %38.9'u *"hayır"* demiştir. Kararsız kalanların oranı %27.8 olurken, %33.3 oranındaki kişi denetlendikleri takdirde suç işleme isteklerinin azalacağını belirtmiştir. Tahliye sonrası devletçe yapılacak denetlemenin süresi konusunda görüşleri sorulan tutuklu ve hükümlülerin %38'i *"süresiz"* yanıtını vermiştir. Denetim süresinin 1 ay olmasını isteyenlerin oranı %35 olurken, 6 ay olmasını isteyenlerin oranı %17, 1 yıl olmasını isteyenlerin oranı %8 ve 5 yıl isteyenlerin oranı sadece %2 olmuştur.

Geçtiğimiz yüzyıldan beri, özgürlükten yoksunluğu ifade eden yaptırımların sınırlandırılması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Yapılan araştırmalar cezanın ağır oluşundan çok, kaçınılmaz oluşunun potansiyel suçluları suç işlemekten alıkoyduğunu göstermektedir. Bu bağlamda hapis cezasının yerine başkaca yaptırımların geçirilmesi gerekmektedir. Suç işleyen kişilerin yeniden sosyalleşmesinin sağlanması için cezaevi dışında infazı mümkün yaptırımların uygulanması gerekmektedir.[103]

KKTC'de hapis cezasının infaz aşamasının verimli olabilmesi için bazı koşulların sağlanması gerekmektedir. Halen koğus sisteminin uygulanıyor olması nedeniyle, tutuklu ve hükümlüler 30-40 kişilik koğuşlarda tutulmaktadır. Bu sistem infaz aşamasının doğru rehabilitasyon programları ile değerlendirilmesini engellemekte ve hapis cezasının olumsuz etkilerinin öne çıkmasına yol açmaktadır. Ülkede cezaevi üzerinde bir reform yapılması ve şimdiden alınacak önlemlerle sorunların ileride ağırlaşmasının engellenmesi gerekmektedir.

5. Suç Mağduru ile Suçtan Doğan Zarar ve Failin Bunlarla Yüzleşmesi Bağlamında Sorulan Sorulara Verilen Yanıtlar ve Elde Edilen Veriler

Günümüzde ceza adalet anlayışının, suç adı verilen eylemi gerçekleştiren faile tepkisi üç farklı temelde şekillenebilmektedir. İlk olasılıkta, en bilinen tepki olan ve haksızlığın ceza ile karşılanmasına dayanan

103 Sulhi Dönmezer, *"Suç Siyaseti"*, 27.

cezalandırıcı adalet anlayışı vardır. İkinci olasılık mağdurun zararının karşılanmasına dayanan tazmin edici adalet anlayışı ve son olasılık da, gerçekleştirilen haksızlığın karşılığı olarak onarıcı bir tepki verilmesi anlamına gelen, onarıcı adalet anlayışıdır.[104]

Cezanın faili ıslah etmede ve yeniden suç işlemesini engellemede beklenen yararı sağlayamamış olması, özellikle 1970'li yıllardan itibaren onarıcı adalet anlayışının taraftar bulmasında etkili olmuştur. Üstelik geleneksel cezalandırıcı sistem mağduru ihmal etmiş ve bozulan toplumsal düzenin yeniden sağlanmasına katkı sunamamıştır.[105] Bu bağlamda bir çözüm yolu olarak düşünülen onarıcı adalet anlayışı, bozulan toplumsal ilişkileri onarmayı hedefler. Cezalandırıcı adalet anlayışında, bireyler arasında ilişki kurulması engellenerek birinin diğerinden korunması amaçlanırken, anarıcı adalet anlayışında bunun tam aksine taraflar arasında ilişki kurulmaya çalışılır. Ayırma ve yabancılaştırma yerine, birleştirme amaçlanır.[106] Suçun işlenmesi ile doğan uyuşmazlık, mağdura verilen zararın giderilmesi ile çözülmeye çalışılır. Suç oluşturan davranış hukuk kurallarını ihlal etmekle kalmaz aynı zamanda topluma ve mağdura zarar verir.[107] Bu nedenledir ki, suç faili, suçtan doğan zararın giderilmesi sürecine doğrudan katılır ve meydana getirdiği haksızlık ile yüzleşir. İşte bu süreç, failin doğrudan sorumluluk üstlendiği, meydana getirdiği zarar ile yüzleştiği ve onun etkilerini ortadan kaldırmak için çaba gösterdiği bir süreç olarak cereyan eder.

Çalışmamızın bu bölümünde sorulan sorular ile suç faillerinin mağdura ve meydana gelen zarara yaklaşımı anlaşılmak istenmiştir. Bu bölümde yer alan sorulara yanıt veren tutuklu ve hükümlü sayısında belirgin bir azalma olduğu gözlemlenmektedir. Anketin diğer bölümlerinde yer alan sorulara tutuklu ve hükümlülerin çoğu zaman tamamı veya tamamına yakını yanıt vermişken, bu bölümde sorulan sorulara yanıt vermeyenlerin oranı %10 ile %30 arasında değişmiştir.

---

104 Ekrem Çetintürk, "*Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)*", Ceza Hukuku Dergisi, Y:4, S:9, Nisan 2009, 193-194.

105 Fatma Karakaş Doğan, "*Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı*", TBB Dergisi, Y:24, S:95, Temmuz-Ağustos 2011, 206 vd.

106 Çetintürk, 215.

107 Karakaş Doğan, 64.

Onarıcı adalet düşüncesinde, faili cezalandırmaktan çok, fail ile mağdur arasında bir iletişim ve uzlaşma ile beraber yüzleşme sağlanmak istenir. Kuşkusuz bu iletişim ancak tarafların istekli olması sayesinde başlatılabilir. Buna karşılık anketimize katılan tutuklu veya hükümlülerden işlediği suçun mağdur veya mağdurları tarafından cezaevinde ziyaret edilmeyi isteyenlerin oranı %54.2 olarak belirlenmiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %45.8'i işledikleri suçun mağduru tarafından ziyaret edilmeyi istediklerini belirtmiştir. Cezaevine girmek yerine, mağdurun zararını karşılamayı tercih edip etmeyecekleri sorulanların %86.7'si *"evet"* yanıtını vermiştir. Bu soruya *"hayır"* yanıtını verenlerin oranı sadece %13.3 olmuştur. Cezaevine girmek yerine mağdurun zararını bizzat bir işte çalışarak gidermeyi tercih edip etmeyeceklerinin sorulması üzerine, aynı oranda yani %86.7 oranındaki tutuklu ve hükümlü *"evet"* yanıtını vermiştir.

Yukarıdaki açıklamalar, cezaevinde bulunan tutuklu veya hükümlülerin büyük çoğunluğunun, işledikleri suçun mağduru ile karşılaşmayı yahut en azından meydana getirdikleri zararı gidermeyi istediklerini göstermektedir. Üstelik suç faillerinin tamamına yakını, cezaevinde kalmak yerine, bir işte çalışarak meydana getirdikleri zararı gidermek istediğini belirtmektedir. Uzlaşma ve sorumluk alma iradesini göstermesi bakımından, kamu otoritelerinin bu sonuçları önemsemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Tahliye olduktan sonra mağdur kişi ya da kişilerle görüşmeyi isteyip istemedikleri yönündeki soruya, tutuklu ve hükümlülerin %39.9'u *"evet"* yanıtını vermiştir. Tutuklu ve hükümlülerin %30.4'ü kararsız kalırken, %29.7'si *"hayır"* demek suretiyle görüşmek istemediğini belirtmiştir. Cezaevinde bulundukları süre içinde mağdurla görüşmek veya zararını gidermek konusunda istekli olan bazı suç faillerinin, tahliye sonrası böyle bir sürece girme konusunda daha az istekli oldukları anlaşılmaktadır.

Suç mağduru ile hangi konuda konuşmayı tercih edebilecekleri yönündeki soruya, tutuklu ve hükümlülerin %34.9'u *"zararını nasıl giderebileceği hakkında"* yanıtını vermiştir. Yanıt verenlerin %25.4'ü *"işlenilen suç"* hakkında yanıtını verirken, %26.2'i konuşmak istemediğini ifade etmiştir. Kendisinden nefret edip etmediği hakkında konuşmak istediğini belirtenlerin oranı %9.5 iken, şikayetinden vazgeçmesi hak-

kında konuşmak istediğini ifade edenlerin oranı %4 olmuştur. Suç faillerinin büyük çoğunluğunun, meydana getirdikleri zarar konusunda sorumluluk almaya gönüllü oldukları anlaşılmaktadır.

Suçun işlenmesinde mağdurun payı olduğunu düşünenlerin oranı %51.9 olarak tespit edilmiştir. Kısmen payı olduğunu düşünenlerin oranı %18.6 iken, mağdurun payı bulunmadığını ifade edenlerin oranı %29.5 olmuştur.

Ankete katılanların %89.7'sinin işlediği suçun mağduru yetişkindir. Ankete katılanların %6.3'ünde suç mağduru 18 yaş altında bir çocukken, %4'ünde 60 yaş üzeri bir kişidir. Ankete katılanlardan, 15 yaş altında bir çocuğa karşı suç işleyenlerin oranı %5'tir. Buna benzer olarak sorulan bir başka soruya verilen yanıtlardan anlaşılmaktadır ki, ankete katılananların %76.3'ü 19 yaş üzeri bir erkeğe karşı suç işlemiştir. 19 Yaş üzeri bir kadına karşı suç işleyenlerin oranı %14.9 iken, 18 yaş altındaki kız çocuğuna karşı suç işleyenlerin oranı %2.6, 18 yaş altındaki bir erkek çocuğuna karşı suç işleyenlerin oranı %3.5 olmuştur. Anketimize katılıp da bu soruya yanıt verenlerin %2.6'sının işlediği suçun mağduru, cinsel yönelimi travesti/transeksüel/gay/lezbiyen olan bir kişidir.

Mağdurun eğitim durumunu bilip bilmedikleri bağlamında sorulan soruya yanıt verenlerin %65.1'i *"hayır"* demiştir. Mağdurun eğitim durumunu bildiğini ifade edenlerin oranı *"34.1"* olmuştur. Anketimize katılarak yanıt verenlerin %44.3'ü mağdurun mesleğini bilmediğini, %55.7'si bildiğini belirtmiştir. Mağduru önceden tanıdığını belirtenlerin oranı %48.5 iken, tanımadığı yanıtını verenlerin oranı %51.5 olmuştur.

Suçun işlenmesinde mağdur ile fail arasındaki ilişki kadar bazı tesadüflerin de rol oynadığını belirtmek gerekir. Günümüzün karmaşık ilişkileri içinde, suça yol açan etkenler arasında, mağdura ve faile ait nedenler giderek azalmakta, kentsel ve teknik etkenler ile ekonomik ilişkilerin rolü artmaktadır. Nitekim anketimize katılan suç faillerinin yanıtları göstermektedir ki, işlenen suçların yarısından çoğunda fail mağduru büyük ölçüde tanımamaktadır.

"Mağdur size zarar vermek ister mi?", sorusuna %36.4 oranında kişi *"evet"* yanıtını vermiştir. Yanıt verenlerin %63.6'sı aksi görüşte olup, mağdurun kendisine zarar vermek istemeyeceği seçeneğini işaretlemiştir.

"Kendinizi kontrol edebilseydiniz suç işlemekten vazgeçer miydiniz?" sorusuna %84.6 oranındaki kişi *"evet"* yanıtını vermiştir. Yanıt verenlerin %15.4'ü *"hayır"* seçeneğini işaretleyerek, kendini kontrol edebilse idi de suç işlemekten vazgeçmeyeceğini ifade etmiştir.

Ceza hukukunun onarıcı adalet anlayışına, adli yargının iş yükünü azaltma veya davaları hızlandırma aracı olarak bakması, kurumun sağlayabileceği daha esaslı katkıların görülememesine yol açmaktadır.[108] Fail ile mağdur ve hatta fail ile toplum arasındaki gerilimi azaltma aracı olarak değerlendirilmesi halinde, onarıcı adalet anlayışı ilkelerinin ceza adalet sistemine önemli katkılar sunabileceği gözardı edilmemelidir.

C. CEZAEVİ KAYITLARININ ANALİZİ

1. Genel Olarak

Dünyanın her ülkesinde aynı suç tiplerinin aynı oranda işlendiğini savunmak mümkün değildir. Nitekim her ülkenin kendisine özgü koşulları ve sorunları bulunmakta ve bunlar o ülkede işlenen suçların türü ve sıklığı üzerinde etkili olmaktadır. Bu bölümde cezaevine hükümlü veya tutuklu olarak giren kişilerin işlediği suçlar kategorize edilmek suretiyle suçların işlenme sıklığı saptanmaya ve yetkililere alınacak önlemlerin doğrultusu konusunda katkı sunulmaya çalışılmaktadır.

Türkiye üzerinde yapılan araştırma sonuçları, şehirleşmenin suç işleme oranını arttırdığını, bu nedenle Marmara Bölgesininin suç işleme oranlarının yüksek oluşu bakımından en başta geldiğini ortaya koymaktadır. Takip eden bölgeler olarak Ege ve İç Anadolu gelmekte, her üç bölgenin ortak noktası olarak şehirleşmenin yoğun olduğu, İstanbul, Ankara ve İzmir illeri gösterilmektedir.[109] Bir başka açıdan bakıldığında, Türkiye'de asayişe ilişkin suç oranlarının artış gösterdiği dönemlerin, ekonomik krizler nedeniyle yüzbinlerce insanın işsiz kaldığı dönemler olduğu ifade edilmektedir. Yine göç alan illerde mala karşı işlenen suçların oranı belirgin biçimde yüksektir. Buna karşılık şehirleşme oranı düşük, göç veren ve fazla gelişmemiş illerde suç işle-

108 Çetintürk, 237.
109 Dönmezer, Kriminoloji, 165.

me oranları düşüktür. Şahsa karşı işlenen suçların oranlarına bakıldığında, şehirleşme ve sosyo-ekonomik gelişmişlik oranları düşük, göç veren merkezlerin öne çıktığı görülmektedir. Mala karşı işlenen suçlar ise aksine, şehirleşme ve sosyo-ekonomik yönden gelişmişlik gösteren kıyı kesimlerinde son derece yüksektir.[110] Suçla mücadele etme bakımından bu verilerin değerli olduğu su götürmezdir.

Çalışmanın giriş kısmında da belirttiğimiz gibi, KKTC Cezaevi'ne 2006 yılı Ocak ayı-2011 yılı Mayıs ayı arasında giren kişilerin işlemiş oldukları suçlara ilişkin veriler bazı kriterlere göre kategorize edilmiştir. [111] Bu çalışma ile KKTC'de suçla mücadelede yararlanılması mümkün bazı sonuçların elde edilmesi amaçlanmaktadır. Sosyal, siyasal ya da ekonomik sorunlar, o ülkede işlenen suçlar üzerinde azaltıcı ya da tırmandırıcı yönde etkili olabilmektedir. KKTC ülkesinde de bu verilerden yararlanılarak, suça yol açan nedenler üzerinde durulabilir ve böylelikle suçun önlenmesi, henüz ceza hukuku alanına girilmeden sağlanabilir.

KKTC'de, nüfusa göre suç işleme oranlarının yüksek olmasından yakınılmaktadır. Yasalarda öngörülen cezaların caydırıcı olamadığı neredeyse suç işlemeyi teşvik ettiği sıklıkla dile getirilmektedir.[112] Bu bağlamda KKTC ülkesinin kendisine özgü koşulları bulunduğunu ve bazı suç tiplerinin özellikle öne çıktığını görmek, suçla mücadelede yol gösterici olabilecektir.

2. İşlenen Suç Türlerinin Yıllara Göre Dağılımı

a. Adam öldürme türünden suçlar:

2006 yılında 23 kişi; 2007 yılında 36 kişi; 2008 yılında 37 kişi; 2009 yılında 22 kişi; 2010 yılında 15 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 19 kişi hükümlü veya tutuklu cezaevine girmiştir. 2006 Yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 152 olarak belirlenmiştir.

---

110 http://www.elestiriyoruz.com/bilimsel-paylasimlar/turkiye-suc-oranlari-istatistikleri-hakkinda-ayrintili-makale/ (3 Kasım 2011)

111 2011 itibari ile suçların dört gruba ayrılması temelinde, 113.000 kişi adli suçtan, 6.850 kişi terör suçundan, 2.426 kişi çıkar amaçlı suç örgütüne mensup olma suçundan ve 1.688 kişi de diğer suçlardan Türkiye cezaevlerinde bulunmaktadır., http://www.cte.adalet.gov.tr/ (4 Kasım 2011)

112 http://www.kibris.net/basin/gazeteler/kibristanhaberler/gunlukhaber_files/yargidan_meclise_elestiri_yagmuru.htm (3 Kasım 2011)

b. Ülkeye izinsiz girmek ve izinsiz çalışmak türünden suçlar

2006 yılında 394 kişi; 2007 yılında 206 kişi; 2008 yılında 134; 2009 yılında 139 kişi; 2010 yılında 110 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 50 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 1.033 olmuştur.

c. Sahte evrak, çek, poliçe, banknot ve kimlik düzenlemek ve dolandırıcılık türünden suçlar

2006 yılında 184 kişi; 2007 yılında 224 kişi; 2008 yılında 233 kişi; 2009 yılında 190 kişi; 2010 yılında 197 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 87 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 1071 olmuştur.

d. Hırsızlık (sirkat[113]) ve soygun türü suçlar

2006 yılında 213 kişi; 2007 yılında 296 kişi; 2008 yılında 302 kişi; 2009 yılında 254 kişi; 2010 yılında 264 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 132 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 1462 olmuştur.

e. Askeri yasak bölgeyi ihlal suçları

2006 yılında 167 kişi; 2007 yılında 88 kişi; 2008 yılında 101 kişi; 2009 yılında 96 kişi; 2010 yılında 120 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 34 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 606 olmuştur.

f. Çocukların cinsel istismarı, alıkonulması, ırza geçme ve diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar

2006 yılında 16 kişi; 2007 yılında 26 kişi; 2008 yılında 43 kişi; 2009 yılında 20 kişi; 2010 yılında 34 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 14 kişi

113 Çalma, hırsızlık, http://tdkterim.gov.tr/bts/ (23 Ağustos 2011)

hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 129 olmuştur.

g. Ehliyetsiz araç sürmek, trafik kazası yapmak, alkollü araç kullanmak ve trafikte ölüme neden olmak türünden suçlar

2006 yılında 113 kişi; 2007 yılında 94 kişi; 2008 yılında 115 kişi; 2009 yılında 112 kişi; 2010 yılında 138 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 67 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 639 olmuştur.

h. İnsan yaralama türünden suçlar

2006 yılında 66 kişi; 2007 yılında 72 kişi; 2008 yılında 94 kişi; 2009 yılında 94 kişi; 2010 yılında 85 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 45 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 456 olmuştur.

ı. Fuhuş yapmak veya yaptırmak türünden suçlar

2006 yılında 7 kişi; 2007 yılında 8 kişi; 2008 yılında 16 kişi; 2009 yılında 25 kişi; 2010 yılında 3 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 10 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 69 olmuştur.

i. İzinsiz Güney Kıbrıs'a gitmek türünden suçlar

2006 yılında 12 kişi; 2007 yılında 6 kişi; 2008 yılında 1 kişi; 2010 yılında 1 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 38 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 58 olmuştur.

j. Ateşli silah, patlayıcı madde ve bıçak taşımak ve kullanmak suçları

2006 yılında 34 kişi; 2007 yılında 69 kişi; 2008 yılında 61 kişi; 2009 yılında 56 kişi; 2010 yılında 29 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 10 kişi

hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 259 olmuştur.

k. Kasti hasar ve kundaklama suçları

2006 yılında 14 kişi; 2007 yılında 15 kişi; 2008 yılında 18 kişi; 2009 yılında 11 kişi; 2010 yılında 22 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 29 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 109 olmuştur.

l. Uyuşturucu madde suçları

2006 yılında 342 kişi; 2007 yılında 456 kişi; 2008 yılında 321 kişi; 2009 yılında 303 kişi; 2010 yılında 248 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 75 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 1737 olmuştur.

m. Mahkeme emrine uymamak ve saygısızlık etmek suçları

2006 yılında 95 kişi; 2007 yılında 101 kişi; 2008 yılında 138 kişi; 2009 yılında 134 kişi; 2010 yılında 191 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 90 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 749 olmuştur.

n. Gümrüksüz veya gümrük izinsiz mal tasarrufu suçları:

2006 yılında 1 kişi; 2007 yılında 5 kişi; 2008 yılında 4 kişi; 2009 yılında 6 kişi; 2010 yılında 11 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 2 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 29 olmuştur.

o. Kumar oynamak suçu:

2006 yılında 4 kişi; 2007 yılında 6 kişi; 2008 yılında 2 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 12 olmuştur.

p. İzinsiz eski eser tasarrufu suçları:

2006 yılında 2 kişi; 2007 yılında 25 kişi; 2008 yılında 8 kişi; 2009 yılında 34 kişi; 2010 yılında 29 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 7 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 105 olmuştur.

r. Suç örgütü kurmak ve suça teşebbüs türünden suçlar

2006 yılında 10 kişi; 2007 yılında 21 kişi; 2008 yılında 32 kişi; 2009 yılında 17 kişi; 2010 yılında 11 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 9 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 100 olmuştur.

s. Kavgaya karışmak, sarhoşluk, itale-i lisan[114] türünden suçlar

2006 yılında 17 kişi; 2008 yılında 6 kişi; 2009 yılında 7 kişi; 2010 yılında 15 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 1 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 46 olmuştur.

t. Rüşvet önermek, rüşvet almak/vermek ve zimmet suçları

2007 yılında 5 kişi; 2010 yılında 1 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 2 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 8 olmuştur.

v. Yangın çıkarmak türünden suçlar

2006 yılında 3 kişi; 2008 yılında 1 kişi; 2010 yılında 6 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 1 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 11 olmuştur.

y. Seferberlik ve askeri kurallara uymama türünden suçlar

2006 yılında 4 kişi; 2008 yılında 5 kişi; 2009 yılında 3 kişi; 2010 yılında 14 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 6 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 32 olmuştur.

---

[114] Dil uzatma, kötü şeyler söyleme, http://sozluk.ihya.org/osmanlica-turkce-sozluk/itale-i-lisan.html (22 Ağustos 2011)

z. Kaçakçılık türünden suçlar

2006 yılında 3 kişi; 2007 yılında 5 kişi; 2008 yılında 7 kişi; 2010 yılında 5 kişi; 2011 yılı Mayıs ayına kadar 8 kişi hükümlü veya tutuklu olarak cezaevine girmiştir. 2006 yılı Ocak ayı ile 2011 yılı Mayıs ayı arasında bu suçlardan cezaevine giren fail sayısı 28 olmuştur.

Yukarıda sınıflandırılmak suretiyle aktarılan temel suç gruplarının dışında kalan ve daha az işlenen suç türleri de bulunmaktadır. Bu suçların arasında, çocuklara eziyet, intihara teşebbüs[115], izinsiz balık avlamak, nafaka ödememek, hayali şikayet, izinsiz iane[116] toplamak, muhasım[117] tanık olmak, amme fesatçılığı, cezaevine yasak eşya sokmak, dilencilik yapmak, genel ahlaka uymayan video filmi göstermek, hayvanlarla cinsel münasebette bulunmak, sadaka toplamak, tehlikeye karşı önleyici tedbir almamak, firar, 22/88 sayılı Yasa[118]'ya aykırılık, çevreyi kirletmek, devleti vergiden mahrum etmek, dedektör kullanmak, polise yalan bilgi vermek, suç gelirlerini aklamak, aylaklık, kuru sıkı tabanca ithali, terör örgütü üyesi olmak gibi suçlar bulunmaktadır.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yaptırımlarının ağır ve insana müdahalede sınırının geniş olması nedeniyle, toplumsal yaşamın rahat ve huzurlu olarak devamı için ceza hukukuna son çare olarak başvurulmalıdır. Suçun önlenmesinde ilk akla gelen tedbirlerin ceza hukukuna dahil olması bu nedenle isabetli değildir. Gerçekten de sosyal olayların ve etkilerin dışında göremeyeceğimiz suç ve suçluluk meselesinin, salt ceza hukuku araçları ile halline gidilmesi kesin bir çözüm olmayacaktır. Suça zemin hazırlayan sosyal, ekonomik ve politik sorunlar çözülmediği sürece, bunlara bağlı işsizlik, ekonomik zorluklar, fırsat eşitsizliği, göç, cinsiyete, etnik kimliğe ya da statüye dayalı ayrımcılık ile gelecek kaygısı, insanları suça sürüklemeye devam edecektir.

---

115 KKTC Ceza Yasası Fasıl 154 m.219, İntihara Teşebbüs, "*İntihara teşebbüs eden herhangi bir kişi hafif bir suç işlemiş olur.*", http://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/f_154.doc (30 Aralık 2011)

116 Yardım, *http://tdkterim.gov.tr/bts/* (23 Ağustos 2011)

117 Birbirine düşman olanlardan herbiri, *http://tdkterim.gov.tr/bts/* (23 Ağustos 2011)

118 Mahkeme kararlarının karşılıklı tanıma ve tenfizine olanak sağlayan 22/88 sayılı "*KKTC ile Türkiye arasında 25.12.1987 tarihinde imzalanan Hukuki, Ticari ve Cezai konularda Adli Yardımlaşma, Tanıma ve Tenfiz, Suçluların Geri verilmesi ve Hükümlülerin Nakli Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin Yasa*", *http://www.mahkemeler.net/Kararlar/Yargitay/Aile/dno/2006/1-2006.doc* (22 Ağustos 2011)

Şikago Okulu düşünürlerine göre, insanın diğer davranışları olduğu gibi, suç adı verilen davranışı da içinde yaşadığı çevre ve sosyal değişkenlerle açıklanabilir.[119] Bu bağlamda, KKTC'de suçla mücadelede, çağdaş kriminolojinin ilkelerinden yararlanmak ve birbiri ile tutarlı suç ve ceza politikaları belirlemek bir zorunluluktur. Bazı suç ya da suçlu kategorilerine ceza normu eksiksiz uygulanırken, diğerlerine hoşgörü ile yaklaşılması, ceza normuna saygı duyulmasını azaltır. Oysa suç olarak düzenlenmiş olan eylemden kaçınma bir kesim için değil, statüsü ve gücü ne olursa olsun herkes için ödevdir.

Kriminoloji alanında yapılan çalışmalar, suç ile ekonomik durum arasında önemli bir etkileşim bulunduğunu göstermektedir. Faillerin yoksulluk durumu, işlenen suçun türünü dahi belirlemektedir. KKTC'de suçların önemli bir kısmı, ülkeye gelen yabancı kişilerce işlenmektedir. Nitekim cezaevindeki suç faillerinin %45.7'si Türkiye Cumhuriyeti, %26'sı KKTC ve %67.7'si KKTC ve Türkiye Cumhuriyeti ortak vatandaşıdır. Cezaevindeki suç faillerinin %60.1'i Türkiye, %31.8'i KKTC doğumludur. Cezaevinde bulunan yabancı suç faillerinin %62'si çalışmak, %18.2'i ise turizm amacıyla ülkeye giriş yapmıştır. Sayısal oranlar, göçün ve göçe bağlı ekonomik sorunların suç işleme üzerindeki etkisini göstermektedir. Bu veriler aynı zamanda, KKTC'de işlenen, izinsiz giriş, izinsiz çalışmak, izinsiz kalmak, izinsiz ayrılmak ile benzeri türden göçmenlik mevzuatına aykırılık suçlarının işlenme oranını yükseltmektedir. Araştırma sonuçları, göçle yahut geçici nedenlerle gelen kişilerin ülke girişinde yasaların öngördüğü biçimde denetlenmesi, suça karışmalarının engellenmesi ve ülke kapasitesinin üzerinde göç alınmasının politik düzeyde izlenmesi gerektiğine işaret etmektedir.

KKTC Cezaevi kayıtları, ülkede sıklıkla mala karşı suçların işlendiğini göstermektedir. 2006-2011 yılları arasında 1462 kişi, hırsızlık ve soygun türünden suçların faili olarak cezaevine girmiştir. Bu sayılar, mala karşı suçlarda faillerin yakalanma oranının, şahsa karşı suçlara oranla dört kat daha düşük olduğu tespiti ışığında yorumlanmalıdır. Ülkede mala karşı işlenen suçların oranı düzenli olarak artmaktadır. Mala karşı suçları işleyen failerin ekonomik açıdan yoksul olması, suçla mücadelede gözetilmesi gereken önemli bir veridir. Göç, yoksulluk, işsizlik ve

119 Dolu, 204.

kentleşme bu suç tiplerinin işlenmesini tetiklemektedir.[120] Dolayısıyla bu gruptaki suçlarla mücadelede, toplumsal sistemin ve koşulların, sorunun kaynağı olarak kabulü ve sorgulanması gerekmektedir.[121] KKTC nüfusunun %40'ı kentlerde yaşamakta olup dünyadaki genel gelişmelere paralel olarak suç işleme oranları kentlerde yüksek seyretmektedir. Kentlerin sorunlarını ağırlaştırmada göç ve göçe bağlı ekonomik ve sosyal zorlukların payı bulunmaktadır. KKTC'ye göçle gelen kişiler sıklıkla kentlere yerleşmektedir. Sosyal statüsü düşük ve ekonomik açıdan sorunlu olan bu kitlenin suç işleme sıklığını arttırdığı izlenmektedir.

KKTC'de evrakta sahtecilik türünden suçların işlenme oranının yüksek oluşu dikat çekmektedir. 2006-2011 yılları arasında 1071 kişi evrakta sahtecilik türünden bir suç işlemekten cezaevine girmiştir.

Nüfusu[122] ile karşılaştırıldığında, KKTC'de izinsiz kalmak veya çalışmak türünden suçların yüksek oranda işlendiği anlaşılmaktadır. 2006-2011 Yılları arasındaki dönemde 1033 kişi bu türden suçları işlemekten tutuklu veya hükümlü olarak cezaevine girmiştir. Ülkeye izinsiz giriş veya izinsiz olarak ülkede kalmaya veya çalışmaya devam etmek türünden suçların sıklıkla işlenmesinde, özellikle ülkeye girişte denetimin gereği gibi yapılmamasının etkisi bulunmaktadır. Nitekim KKTC'de muhacerete ilişkin hukuk normlarının yeterince uygulanmadığı ve hatta normların yeniden düzenlenmesi gerektiği dile getirilmektedir.

---

120 Tülin Günşen İçli, Kriminoloji, Ankara 2007, 197; Kentleşmenin suç oranlarına etkisi üzerine yapılan araştırmalara göre, Türkiye'de 2000 yılında 137.852 olan mala karşı işlenen suç sayısı, 2006 yılında 463.834'e yükselmiştir., Gölbaşı, 200; 2005-2006 Yılları arasında işlenen tüm suçların %57'sini mala karşı işlenen suçlar oluşturmaktadır., Ataseven, 82.

121 Bkz., Gölbaşı, 206-207; *"...Sınıf, ülke ve suç...' Zengin sınıfın hangi durumda hangi suçları işleyebileceğini...' inceleyen teori, üç başlık altında sonuca ulaşmıştır...birincisi, rekabetçi fiyat oluştırma suçları...ikincisi 'resmi kurum ve kuruluşlar ile zenginin bir araya gelerek menfaat temin etmesidir'...üçüncüsü 'devlet kolluk güçlerinin konrtol altına alınması için her türlü ortamın sağlanması'dır..."*, Fert, 116.

122 KKTC'nin nüfusu, 9 Aralık 2011 tarihinde yapılan resmi sayımda 294.906 olarak tespit edilmiştir., http://dunya.milliyet.com.tr/kktc-nin-nufusu-294-bin-906/dunya/dunyadetay/09.12.2011/1473436/default.htm(30 Ocak 2012), Buna karşılık ülke nüfusunun bu sayının çok daha üstünde, 352.000 ile 363.000 arasında olduğunu savunanlar bulunmaktadır., http://www.yeniduzen.com/detay_ars.asp?a=31218(30 Ocak 2012), *"...Uzun yıllardır tartışılan bir konudur KKTC nüfusunun sayısı, kimine göre 400 bin kimine göre bir milyon; ne ilginç bir durum bugün hala KKTC'nin nüfusu fırınların sattığı ekmek sayısı ile hesaplanıyor..."*, http://www.seffafgazete.com/yazarlar/Mutlu-Demirdelen/6713/kktc-nufusu-ne-kadar(30 Ocak 2012)

Ülke uygulamalarının farklı olabilmesine karşılık, insan öldürme veya öldürmeye teşebbüs ile insan yaralama suçlarına her hukuk düzeninde yer verilmektedir. Üstelik insan öldürme suçu, tüm suçlar arasında en dramatik suç olarak kabul edilebilir.[123] Yapılan araştırmalar insan öldürme suçları ile kentleşme arasında ters orantı bulunduğunu göstermektedir. Kırsal kesimde, aralarında insan yaralama ve öldürme suçlarının da bulunduğu kişilere karşı suçlar sıklıkla işlenmekte iken, kentsel alanda ekonomik çıkar elde etmeye dayalı suçların oranı artmaktadır.[124] Bu araştırmalar KKTC ülkesinde işlenen suçların dağılımı ile paralellik oluşturmaktadır. Gerçekten de 2006-2011 yılları arasında bu suçlardan dolayı cezaevine giren kişi sayısı 152 olarak saptanmıştır. Ortalama her yıl 22-37 arası kişi bu suçların faili olarak cezaevine girmiştir.

Yaralama ve tehdit türünden suçların işlenme sıklığının daha yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim 2006-2011 yılları arasında bu suçları işlemekten 456 kişi cezaevine girmiştir. Şiddetli biçimde artış göstermemesine rağmen bu gruptaki suçların işlenmesindeki sıklığın, toplumdaki huzursuzluk ve tahammülsüzlüğün göstergesi olarak kabulü ve suçun önlemesine yönelik çalışmalarda dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır.

KKTC ülkesinde işlenen suçlar arasında, ülkenin özgün koşullarından doğrudan etkilenen bir başka katagori de *"askeri yasak bölgeyi ihlal etme"* türünden suçlardır. 2006-2011 yılları arasında 606 kişinin cezaevine girmesine yol açan bu suçların işlenme sıklığını arttırmada, askeri yasak bölgelerin, ülke toprağına oranla geniş bir alana yayılmış olmasının payı bulunmaktadır. Nitekim KKTC topraklarının tamamı, ilgili kanunda sayılan yerler dışında, üçüncü askeri yasak bölge[125] olarak tanımlanmaktadır.

---

123 İçli, Kriminoloji, 143.

124 İçli, Kriminoloji, 146. vd.

125 5/1979 Sayılı Askeri Yasak Bölgeler Yasasına göre, üç türlü askeri yasak bölge bulunmaktadır. Birinci askeri yasak bölge, *"...Hudut ile hududun 500 metre gerisinden geçirilen noktaların birleştirilmesi suretiyle meydana gelen hat arasında kalan bölge."* olarak, İkinci askeri yasak bölge, *"1'inci askeri yasak bölgenin hududdundan itibaren arazinin haline göre 6 kilometre mesafeye kadar tespit edilecek noktalardan geçirilecek hat ile 1'inci askeri yasak bölge arasında kalan saha veya KKTC topraklarında münferiden belirlenecek bölge veya KKTC topraklarında 3'üncü devlet uyruklu şahısların KKTC güvenlik makalmalrından izin almak koşulu ile girebilecekleri yer, yol veya bölgelerdir..."*, olarak ve üçüncü askeri yasak bölge ise, *"...1'inci veya 2'inci askeri yasak bölgeler, askeri amniyet bölgeleri kontrollü yol ve serbest turizm bölgeleri dışında kalan tüm KKTC topraklarıdır..."* http://mevzuat.kamunet.net/mmd/kararnameler_htm/askeri_yasak_bolgeler_kararnamesi.html (9 Aralık 2011)

Kıbrıs Adasının, kuzey ve güney olarak ikiye bölünmüş ve iki ayrı devlet olarak yapılandırılmış olmasından etkilenen bir başka suç türü de izinsiz olarak Güney Kıbrıs'a gitmektir. Farklı etnik ve dini kökenlere sahip olmakla birlikte, geçmişte tek siyasal merkezden yönetilen ada toprakları, bugün iki ayrı devlet eli ile yönetilmektedir. İzinsiz olarak Güney Kıbrıs'a gitmek suçundan dolayı 2006-2011 yılları arasında 58 kişi cezaevine girmiştir.

KKTC'de 2006-2011 yılları arasında 69 kişi fuhuş yolu ile para temin etmek veya fuhuşa teşvik etmek suçlarından cezaevine girmiştir. Bu suçlardan dolayı cezaevine girme oranının düşük olduğu, çoğunlukla hapsedilmeyi gerektirmeyen bir yaptırıma tabi tutulduğu[126] da gözetilmelidir. Kıbrıs'ta gerek Kuzey ve gerekse Güney kesimde fuhuş ve zorla fuhuşa sürüklemeye giderek daha sık rastlandığına ilişkin haberlere basında yer verilmektedir.[127] Yetkililerin, KKTC ülkesinin görüntüsüne zarar vermesi ve hatta ülkenin bu haberlerle anılmasını engelemek bağlamında, bu suçlarla mücedele etmesi zorunludur.

Kuzey Kıbrıs'da önceki yıllar ile karşılaştırıldığında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile çocukların cinsel istismarı suçlarında artış olduğu görülmektedir. 2006 Yılında bu suçlardan 12 kişi cezaevine girmişken, bu sayı 2008 yılında 38 ve 2011 yılının ilk 5 ayında Mayıs ayına kadar 10 olarak belirlenmiştir.

KKTC'de son yıllarda ciddi biçimde tırmanış gösteren suç türleri içinde, uyuşturucu madde suçları öne çıkmaktadır. 2006-2011 yılları arasında 1737 kişinin, uyuşturucu madde nedeni ile cezaevine girmiş olması, yetkililerin bu konuda acil olarak önlem alması gerektiğini ortaya koymaktadır.[128] Uyuşturucu suçunun özellikle gençler arasında

---

126 *"...hafif bir suç işlemiş sayılır..."*, Fasıl 154, KKTC Ceza Yasası m.157 vd, http://www.mahkemeler.net/birlestirilmis/f_154.doc (9 Aralık 2011)

127 Kıbrıs'ta seks ticaretinin zirve yaptığı...Bir tarafı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne (KKTC) bir tarafı Rum kesimine ait olan Lefkoşa…onlarca gece kulübü ve casino...kayıtdışı genelev olarak da işletiliyor...sahte bir Playboy Club…yer alıyor... AFP haber ajansının...Doğu Avrupa ülkelerinden getirilen yabancı uyruklu kadınlar…fuhuşa zorlanıyor..."*...Ada'nın Türk tarafında da…fuhuş yükselen bir tehlike ..."*, http://www.kadinmedya.com/haber/kibrista-zorla-fuhus.php#ixzz1g1snJkmf (9 Aralık 2011)

128 *"...yargıçlar...uyuşturucunun çok ciddi bir sorun olduğuna dikkat çekti....uyuşturucu suçlarının çok ciddi ve vahim olduğunu belirterek...önüne geçilememesinden yakındı... uyuşturucu suçlarının gittikçe yaygınlaştığını..."*, Kıbrıs Gazetesi, Y:22, S:8102, 24 Kasım 2011.

çok hızlı yayılabileceği ve ceza hukuku açısından soruşturmaya yol açmanın ötesinde toplumun fiziksel ve ruhsal sağlığını tehdit ettiği gözden uzak tutulmamalıdır.

Dünya çapında yeniden suç işleme oranları endişe ile izlenmektedir. KKTC Cezaevinde olan kişilerin yanıtlarından, yeniden suç işleme oranlarının %21.2 ile %28.9 arasında değiştiği anlaşılmaktadır. Cezaevinden tahliye olan ya da daha evvel suç işlemiş kişiler, hiç suç işlememiş kişilere oranla daha sık suça karışmaktadır. Bu sonuçlar yeniden suç işlemenin engellenmesi için önlemler alınmasını gerektirmektedir. İşte hapis cezasının infazı sırasında uygulanan programlar ile tahliye sonrası sağlanacak destekler, kişilerin suçtan uzak kalmasına katkı sunabilecektir. KKTC'de cezaevi mimarisinin gözden geçirilmesi ve hapis cezasının olumsuz etkilerinden tutuklu ve hükümlülerin korunması zorunlu görünmektedir. Özellikle çocukluk çağında suç işleyenler, yeniden suç işlemede en riskli grubu oluşturmaktadır. Hapis cezasının infazının, suç faillerinin topluma sorumluluk sahibi bireyler olarak dönmelerine katkı sunacak programlara tabi tutulmaları için bir fırsat olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

Acehan, Abdullah, "*Osmanlı Devleti'nin Sürgün Politikası Ve Sürgün Yerleri*", *Uluslararası Sosyal Arastırmalar Dergisi The Journal of International Social Research Volume 1/5 Fall 2008, s.12-29,* http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt1/sayi5/sayi5pdf/acehan_abdullah.pdf (13 Eylül 2011)

Aktürk, Altay İltan, Ceza Davalarına Yansımış Kadın Kaynaklı Şiddetin Hukuksal Ve Adli Tıbbi Boyutu, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayımlanmamış Yükseklisans Tezi (2008), http://www.belgeler.com/blg/1fem/ceza-davalarina-yansimis-kadin-kaynakli-siddetin-hukuksal-ve-adli-tibbi-boyutu-female-violent-crime-offenders-on-the-basis-of-law-and-forensic-sciences (20 Ekim 2011)

Ataseven, Cumali, Suça Etki Eden Sosyal Faktörler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitütüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2006.

Başpınar, Taner, Türkiye'de Öldürme ve Yaralama Suçundan Hüküm Giyenlerin Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Özellikleri, Yüksek Lisans Tezi, TC Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2008.

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

Cezaevi Müdürleri Ve Politika Yapıcılar İçin Kadınlar Ve Hapsedilme Üzerine El Kitabı, Http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/UNODC_Women_and_Imprisonment_Turkish.pdf (1 Aralık 2011)

Coşar, Yakup, "*Kentleşen Türkiye'de Çocuk Suçluluğu*", TBB Dergisi, Y:2005, S:56, 281-327.

Coyle, Andrew, Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Gözönüna Alan Bir Yaklaşım, International Centre For Prison Studies, London 2002.

Çalık, Ethem, Suç ve Cezaların Şahsileştirilmesi ve Cemiyet Tipi Münasebeti Üzerine Bir İnceleme, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları: 2832, İstanbul 1996.

Çetintürk, Ekrem, "*Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)*", Ceza Hukuku Dergisi, Y:4, S:9, Nisan 2009, 191-245.

Demir, Oğuzhan Ömer/Duman, Ali, "*Uluslararası Göç ve Suç Kesişiminde Karşılaştırmalı Örnekler ve Türkiye*", http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/goc/goc3.pdf 820 Ekim 2011).

Dinler, Veysel/İçli, Tülin, "*Suç Ve Yoksulluk Etkiselliği (Isparta Cezaevi Örneği)*", http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi48.pdf (19 Ekim 2011).

Dolu, Osman, Suç Teorileri, Seçkin Yay., Ankara 2010.

DOLU, Osman/Uludağ, Şener/Doğutaş, Cemil, "*Suç Korkusu: Nedenleri, Sonuçları ve Güvenlik Politikaları İlişkisi*", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S:65-1, Ocak-Mart 2010, 57-81.

Dolu, Osman, Büker, Hasan, "*Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Dünden Bugüne Klasik Okul Fikirleri, Rasyonel Tercih ve Caydırıcılık Teorileri*" in: Osman Dolu, Suç Teorileri, Seçkin Yay., Ankara 2010.

Dönmezer, Sulhi, "*Suç Siyaseti*", İÜHFM, Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer'e Armağan, C:LII, S:1-4, Gür-Ay Matbaası, İstanbul 1987, 1-33.

Dönmezer, Sulhi, Kriminoloji, 8. B., Beta Yay., İstanbul 1994.

Durkheim, Emile, "*Ceza Evriminin İki Kanunu (1)*" (Çev.Hamide Topçu), Ankara Üniversitesi 40.Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. 210, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1966, 117-148.

Erdönmez, Celal, "*Kıbrıs Tarihi Ders Kitaplarında Osmanlı Devrinde Kıbrıs'a Yapılan Sürgünlerle İlgili Bazı Tespitler*", http://sablon.sdu.edu.tr/dergi/sosbilder/dosyalar/15/15_4.pdf (13 Eylül 2011)

Esmee Fairbairn Foundation, Rethinking Crime & Punishment: The Manifesto, 2008 A Report of the First 18 Months of the Programme, UK 2008.

Fert, İsmail, Sosyal Politika ve Suç İlişkisi Ülkemiz Suç Profili Açısından Bir Değerlendirme, Dokuzeylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Lisans Tezi, İzmir 2007.

Gemalmaz, Mehmet Semih, "*40/33. Küçükler Bakımından Adaletin Yürütümü Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)*", in:Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Seçkin Yay., Ankara 2005.

Giddens, Antony, Sociology, Polity Press, 5th Edition, 2008 UK.

Gökbakar, M., "*Sosyal ve Kriminal Boyutları ile Çocuk Suçluluğu*", TBB Dergisi, Y:2007, S:72, Ankara 2007, 205-233.

Gölbaşı, Serkan, Kentleşme ve Suç: İstanbul'un Kentleşme Süreci İle Suçluluk Arasındaki İlişkinin Kuramsal Analizi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitütüsü, İstanbul 2007.

Human Rıgths And Prıson, Professional Tranining Series No.11, United Nations, New York and Genova, 2005.

Hülagü, Metin, İslam Hukukunda Hapis Cezası, Rey Yayın., Kayseri 1996.

Işıktaç, Yasemin, "*Sosyolojik Açıdan Çocuk Suçluluğu ve Bir Hukuk Devleti Olan Türkiye'de Devletin Cezalandırma Yetkisini Kullanış Biçimi-Uygulama Esasları*", in: Hukuksal Olgular ve Hukuk Devleti (Ed. Hayrettin Ökçesiz), HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Alkım Yay., İstanbul 1996.

İçli, Tülin Günşen, Kriminoloji, Seçkin Yay., Ankara 2007.

Karakaş Doğan, Fatma, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yay., İstanbul 2010.

Karakaş Doğan, Fatma, "*Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı*", TBB Dergisi, Y:24, S:95, Temmuz-Ağustos 2011, 197-234.

Karakaş Doğan, Fatma, "*Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtimaı Kurumunun Düzenlemesi Gerektiği Üzerine*", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:69, S:2011/3, Ankara 2001, 85-104.

Kıbrıs Gazetesi, Y:22, S:8102, 24 Kasım 2011

Kızmaz, Zahir, "*Cezaevine Girme Sıklığına Göre Suçlular: Karşılaştırmalı Bir Araştırma*", 571-607, http://perweb.firat.edu.tr/personel/yayinlar/fua_297/297_61473.pdf (21.10.2011)

Kızmaz, Zahir, "*Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi*", 227-251, http://perweb.firat.edu.tr/personel/yayinlar/fua_297/297_41760.pdf(21.10.2011)

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.B., Seçkin Yay., Ankara 2009.

Magnol, Vidal, Ceza Hukuku (Çev.Şinasi Z. Devrin), Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1946.

Parkes, Debra/Pate, Kim, "*Time for Accountability: Effective Oversight of Women's Prisons*", Canadian Journal of Crimilogy and Criminal Justice, Vol:48, No:2, April 2006, 251-284.

Schwind, Hans-Dieter, "*Yaş ve Cinsiyete Göre Suçluluk*" (çev.Özlem Yenerer Çakmut), in:Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 (Ed.Yener Ünver), Seçkin Yay., Ankara 2005.

Sevdiren, Öznur, Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Gernay and Turkey, Springer Heidelberg Dordrecht London New York, 2011, http://books.google.com.tr/books?id=gGhVyCKw_I8C&printsec=frontcover&dq=%C3%B6znur+sevdiren&hl=tr&sa=X&ei=OyXzToLjMu6Q4gSqksiNCA&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=%C3%B6znur%20sevdiren&f=false (22 Aralık 2011)

Stern, Vivien, "*Introduction: an overview and some issues*", in: Sentenced to die? The Problem of TB in Prisons in Easren Europe and Asia (Ed.Vivien Stern), International Centre for Prison Studies King's College London, UK 1999.

Sokullu-Akıncı, Füsun, Kriminoloji, 5. B., Beta Yay., İstanbul 2007

Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

Ünver, Yener, "*Türkiye'de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri*", in: Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet, 2. B., Beta Yay., İstanbul 2004.

Ünver, Yener (Ed.), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Seçkin Yay., Ankara 2005.

Van Kalmthout, Anton M., "*Kamu Yararına Çalışmadan 'Toplumsal Yaptırımlara': Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısı*" (Çev.Burhan Alıcı), Küresel Bakış, Y:2011, C:1, S:1, http://asosindex.com/journal-article-fulltext?id=15816&part=1 (26 Aralık 2011)

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. B., Beta Yay., İstanbul 2011.

GENEL SAĞLIK SİGORTASINDAN YARARLANMA ŞARTLARI VE ESASLARI

THE CONDITIONS AND THE PRINCIPLES OF UTILIZATION OF GENERAL HEALTH INSURANCE

Ali EKİN*

Özet: Genel sağlık sigortası günümüzde herkes tarafından kullanılan sigortalardandır. Çalışmamızı yaparken genel sağlık sigortasının herkes tarafından kullanıldığı fakat çoğu kimsenin bu sigortadan ne kadar faydalanabileceğini veya faydalanabilmesi için gereken koşulları bilmediği gerçeğini de göz önünde bulundurduk. Kişilerin haklarını ve devletin kendilerine sağlayacağı imkanları da göz önünde tutarak genel sağlık sigortasından yararlanmanın nasıl olacağına yönelik olarak çalışmamızı tamamladık.

Anahtar Kelimeler: Genel sağlık sigortası, Yararlanma.

Abstract: General Health Insurance used by everyone today. When writing the article, we considered that this reality, general health insurance used by everyone but many people does not know, how much of this insurance utilization and people did not know the conditions necessary to utilization this insurance. So we finish our article, with having regard to, the right of the people about this insurance, the state occasions for this insurance and how can the people utilization the general health insurance.

Key Words : General Health Insurance; Utilization

GİRİŞ

5510 sayılı Kanun çerçevesinde öngörülen genel sağlık sigortası sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve onun bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir haktır. Bu hakkın karşılığı olarak söz konusu hizmetleri sağlamak Sosyal Güvenlik Kurumu için de bir yükümlülüktür.

[1] Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlandırılır. Kapsamdaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primlerin tutarı arasında ilişki kurulamaz (Kanun m.62). Kanunda aranan şartları taşıyan herkes sağlık hizmetlerinden ihtiyacı kadar yararlanacaktır. Verilen hizmetin kalitesi ve süresi kişinin statüsüne ve kendisi adına ödenen primin miktarına bağlı değildir.

Genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmak için öncelikle genel sağlık sigortalısı olma veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişilerden olma şartı gerekmektedir. Daha sonra ise bekleme süresi, prim ödenmesi, kimlik belgesinin gösterilmesi, katılım payı ödenmesi gibi şartlarının da yerine getirilmesi gerekmektedir.

1.GENEL SAĞLIK SİGORTALISI OLMA

Genel sağlık sigortası, kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigortayı anlatır (Kanun, m.3/8).[1] Genel sağlık sigortalısı da, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 60'ıncı maddesinde sayılan kişileri ifade eder (Kanun, m.3/9). Bununla birlikte Kanun geçici madde 13, Türkiye İş Kurumundan iş kaybı tazminatı alanların da genel sağlık sigortalısı sayılacaklarını öngörmüştür. Bu arada sosyal güvenlik sözleşmesi imzalamayan ülkelere götürülen Türk işçileri, kamu kuruluşlarında çalışan iş sözleşmesi askıda kalanların askı süresi içinde ve nihayet evlenme ödeneği alan kız çocuklarından eşleri tarafından bakmakla yükümlü olunmayanlar ile iki yıllık süre içinde eşlerinden boşanan kız çocukları, gelir/aylıklarının kesildiği tarihten itibaren iki yıllık sürenin sonuna kadar genel sağlık sigortalısı sayılmıştır (Kanun, m.6/2-5).

5510 sayılı Kanunun tanımlarla ilgili 3. maddesi madde 60'da sayılan kişileri genel sağlık sigortalısı olarak tanımlamıştır. 60. madde ise sayma yoluyla genel sağlık sigortasının kapsamına giren kişiler göste-

---

1 Bkz. 5510 Sayılı Kanun Gereğince Genel Sağlık Sigortalısı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi Hakkında Tebliğ, 28.09.2008 tarih ve 27611 sayılı Resmi Gazete.

rilmiştir.[2] Hemen belirtmek gerekir ki birazdan tek tek belirteceğimiz kişilerin, 5510 sayılı Kanun'un 60. maddesine göre, öncelikle Kanun kapsamında yer alabilmeleri için ikametgahlarının Türkiye'de bulunması gerekir.[3]

Genel sağlık sigortalısı sayılan kişiler şunlardır:

*Bağımlı (4/a;4/c'liler) ve bağımsız çalışanlar (4/b'liler). Kanun madde 4 gereği sigortalı sayılan herkes aynı zamanda genel sağlık sigortalısı olarak da kabul edilir. *İsteğe bağlı sigortalı olan kişiler. *Bağımlı ve bağımsız çalışan olarak kabul edilmeyip, aynı zamanda isteğe bağlı sigortalı olarak da nitelendirilmeyenlerden; *Aile içindeki aylık kişi başına düşen geliri, asgari ücretin 1/3'ünden az olan vatandaşlar. Bunlar için harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilir.[4] Buradaki aile kavramı, aynı hane içerisinde yaşayan eş, evli olmayan çocuk, büyük ana ve büyük babadan

---

2 Konuyla ilgili, doktrinden *"herkesin tek tek sayılması yerine, sadece kapsam dışında kalanların sayılmış olması daha basit ve anlaşılır olurdu" yönünde bir eleştiri gelmiştir. Okur Ali Rıza, "Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası", Legal İSGHD*, 2006/12, s.1291.

3 Uşan M.Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2009, s.270; Tuncay A. Can/ Ekmekçi Ömer, *Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, Legal Yayınevi, 2.Baskı, İstanbul 2009, s.381.

4 Bu arada kişinin bu bent kapsamına girme talebine rağmen yapılan inceleme neticesi gelirin daha yüksek çıkması halinde, yine de gelir seviyesine bağlı olarak bir korumada mevcuttur. Bir başka ifade ile aile içi gelir durumuna bağlı genel sağlık sigortası primine esas kazanç ona göre değerlendirilmektedir. Gerçekten ilgili tebliğ'e göre, "5510 sayılı Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılmak için müracaat etmekle birlikte, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilen aile içindeki gelirin kişi başına düşen aylık tutarı; 1) Asgari ücretin üçte birinden asgari ücrete kadar olduğu tespit edilenler, 5510 sayılı Kanunun 82'nci maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının üçte biri, 2)Asgari ücretten asgari ücretin iki katına kadar olduğu tespit edilenler, 5510 sayılı Kanunun 82'nci maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarı, 3)Asgari ücretin iki katından fazla olduğu tespit edilenler, 5510 sayılı Kanunun 82'nci maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının iki katı, prime esas kazanç tutarı olarak esas alınıp tescil edileceklerdir.
Bunların genel sağlık sigortalılıkları, primleri kendileri tarafından ödenmek üzere Kurumca tescil edildikleri tarihten başlar", (5510 Sayılı Kanun Gereğince Genel Sağlık Sigortalısı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi Hakkında Tebliğ, m.C b). Uşan, s.270.

oluşur (Kanun m. 60/son). Böylece, Kanun'un aradığı anlamda aile olarak bulunanlar için gelir tek tek ele alınıp miktar bulunur. Doğaldır ki, gelir açsından da bu kimselerin katkıları esas alınacaktır.[5] *Vatansız ve sığınmacılar. *65 yaş veya özürlü aylığı alanlar. *Şeref aylığı bağlananlar. *Vatani hizmet tertibinden aylık alanlar. *Devlet tarafından korunan, bakılan ve rehabilite edilenler. *Harp malullüğü veya terör mağduru aylığı alanlar. *Geçici köy korucuları ile, bunlardan on beş yıl veya daha fazla hizmeti olmaları nedeniyle kendilerine aylık bağlananlar. *Dünya, Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu kazanmış sporcular. *Mütekabiliyet ilkesi de dikkate alınmak şartıyla oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler. *İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği alanlar. *Sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir ve aylık alanlar. *Yine, Kanun m. 60'da sayılmayıp da başka bir ülke mevzuatına göre de sağlık sigortası hakkından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar genel sağlık sigortalısı sayılır (Kanun m. 60/1).

Bu arada Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğinde Kanun m. 60'da belirtilmeyip diğer hükümler çerçevesinde genel sağlık sigortalısı sayılanlarda açıklanmıştır.[6] Buna göre;

*Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalılardan iş sözleşmesi askıda kalanların askı dönemi içerisinde, *Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelere götürülen Türk işçileri, *Evlenme ödeneği alan kız çocuklardan (Kanun m. 37);[7] eşleri tarafından bakmakla yükümlü olunmayanlar ile iki yıllık süre içinde eşlerinden boşanan kız çocukları, gelir/aylıklarının kesildiği tarihten itibaren iki yıllık sürenin sonuna kadar Kanun m. 60/1 f kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar.

*Son olarak da, iş kaybı tazminatı alanlar genel sağlık sigortalısı sayılırlar.

---

5 Uşan, s.271.

6 Uşan, s.272.

7 Kanun m.37/1'e göre, *"Evlenmeleri nedeniyle, gelir veya aylıklarının kesilmesi gereken kız çocuklarına evlenmeleri ve talepte bulunmaları halinde almakta oldukları aylık veya gelirlerinin iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenir. Evlenme ödeneği alan hak sahibinin aylığının kesildiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde yeniden hak sahibi olması halinde, iki yıllık sürenin sonuna kadar gelir veya aylık bağlanmaz, bu durumda olanlar 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır"*.

2. GENEL SAĞLIK SİGORTALISININ BAKMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU KİŞİLERDEN OLMA

Yukarıda saydığımız kişiler doğrudan doğruya genel sağlık sigortalısı sayılmıştır. Bunun yanı sıra bu kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kişiler bağımlı sigortalı olarak genel sağlık sigortalısı sayılmıştır.[8] Özetle bu kişilerin kendileri için herhangi bir prim ödenmesine gerek olmadan doğrudan genel sağlık sigortalısı sayılırlar.[9] Genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişiler de sağlık hizmetleri ve diğer haklardan yararlandırılırlar.[10]

5510 sayılı Kanun madde 3/10'a göre, "Bakmakla yükümlü olduğu kişi: Genel sağlık sigortalısının, sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı sayılmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan;

a) Eşini,

b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını,

c) Geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babasını", ifade eder.

Hemen belirtmek gerekir ki, bakmakla yükümlü olunan kişi sayılabilmek için, zorunlu ya da isteğe bağlı sigortalı sayılmamak ve kendi sigortalılığı nedeniyle gelir ya da aylık bağlanmamış olması gerekir.[11]

3. GENEL SAĞLIK SİGORTASI PRİMİ ÖDEMİŞ OLMA

Genel olarak sosyal sigorta yardımlarına ve sağlık hizmetlerine ulaşmada bekleme süresi bulunmaktadır.[12] Geçmiş dönemde, sağlık

---

8 Tuncay/Ekmekçi, s.383.

9 Sözer Ali Nazım, "*Genel Sağlık Sigortası Kimin Yararına?*" *Mercek Dergisi*, Ocak 2005, s.25; Akın Levent, "*Sosyal Güvenlik Sisteminin Kişiler Açısından Kapsamı*", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006/1, s.33.

10 Uşan, s.273; Tuncay/Ekmekçi, s.384.

11 Şakar Müjdat, *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, Beta Yayınevi, 9.Baskı, s.368; Uşan, s.273.

12 Bilgili Özkan, *Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması*, İzmir SMMMO-Ankara SMMMO,

hizmetlerine ulaşmada, devlet memurları için bekleme süresi bulunmamakla birlikte, iş sözleşmesi ile çalışanlar için 120 gün, bağımsız çalışanlar için ise 4 ay ve 8 ay gibi bekleme süreleri bulunmaktaydı. Genel sağlık sigortası uygulamasında bu sürenin 30 gün olarak tespit edildiğini görüyoruz.[13] Yani genel sağlık sigortasından yararlanabilmek için sağlık hizmeti sunucusuna başvurma tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemek gereklidir (Kanun m.67).

Kanunun 67. maddesinde temel kuralın yanında prim ödeme yükümlülüğü aranmayacak kişi ve durumlar[14] da belirtilmiştir.[15] Buna göre, a)18 yaşından küçük olan kişiler, b) Tıbbi açıdan başkasının bakımına muhtaç durumda olanlar, c)Durumu acil olanlar, d)İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle sağlık yardımı isteyenler, e) Bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalığa yakalanmış olanlar[16] f)Koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanacak olanlar, g)Analık halinde sağlık hizmeti alacak olanlar, h) Doğal afet ve savaş hallerinde sağlık hizmeti alacak olanlar, ı) Grev ve lokavt hallerinde sağlık yardımı alacak olanlar Kanundaki 30 gün genel sağlık sigortası primi ödeme koşulundan muaftır (Kanun m. 67/1).

Yukarıda belirttiğimiz istisnalar dışında genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlanan yardımlardan yararlanabilmeleri için sigortalının, sağlık hizmet sunucusuna başvurudan önceki bir yıl içinde 30 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının bulunması yeterlidir. Bunun dışında Kuruma prim borcu olmama gibi bir şart aranmamaktadır.[17] Ancak Kanunun 67/I-b hükmünde, belirtilen bazı sigortalı grupları için prim borcu olmama şartı da aranmaktadır. Buna göre ise; a) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar, b)İsteğe bağlı sigortalılar, c)Oturma izni almış yabancı ülke vatandaş-

---

İzmir 2008, s.439.

13 Uşan, s.284; Tuncay/Ekmekçi, s.395; Bilgili, s.439; Şakar, 357.

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer Ali Nazım, *"Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu"*, *Sicil Dergisi*, S: 13, Mart 2009, s.159.

15 Bostancı Yalçın, *Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Genel Sağlık Sigortası*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2007, s.217.

16 Bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklar için bakınız Bulaşıcı ve Salgın Hastalık Çıktığında Alınacak Tedbirlere Uyulmaması Halinde Uygulanacak Ceza Yönetmeliği, RG., 13.06.1973, 14563.

17 Uşan, s.286; Bostancı, s.217; Bilgili, s.440.

larından, yabancı bir ülke mevzuatına göre sigortalı olmayanlar, d)Genel sağlık sigortası kapsamında sayılmamakla birlikte başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı olmayan vatandaşların sağlık yardımlarından yararlanmaları, hem 30 günlük prim ödeme hem de kısa vadeli, uzun vadeli ve genel sağlık sigortası prim borcu bulunmama şartına bağlıdır.

4. SAĞLIK KURULUŞUNA BAŞVURU

Genel sağlık sigortalısının veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin genel sağlık sigortasından yararlanabilmeleri için prim ödeme ve prim borcu bulunmama şartından başka bir de kuruma başvuru şartı vardır. Kanun, acil haller dışında sağlık hizmeti sunucularına başvurma anında kimlik bildiriminde bulunmalarını da zorunlu tutmuştur. Acil hallerde ise kimlik bildirimi acil halin sona ermesinden sonra yapılır.[18] Başvuru için, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunludur (Kanun m. 67/2). Yani buradan çıkan sonuç diğer resmi ve özel belgeler bu hususta geçerli olmayacaktır.[19] Sağlık hizmet sunucularına yapılacak tüm başvurular ve işlemlerde genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin T.C. kimlik No.su kullanılır (Kanun m. 92/4).

5. KATILIM PAYI ÖDENMESİ

Kanunun sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları başlıklı 67. maddesinde katılım payı[20]düzenlenmemiştir. Kanunun 68 ve 69. maddelerinde düzenlenen katılım payı diğer şartlardan farklı olarak hizmet alımı için başvururken değil, hizmet gerçekleştikten sonra yerine

---

18 Acil hâller; ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbî müdahale gerektiren durumlar ile ivedilikle tıbbî müdahale yapılmadığı veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli hâlinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen durumlardır. Bu nedenle sağlanan sağlık hizmetleri acil sağlık hizmeti olarak kabul edilir(GSSİY. m.42).

19 Tuncay/Ekmekçi, s.396.

20 Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği madde 3/s'ye göre katılım payı, sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenecek tutarı ifade eder.

getirilecek bir yükümlülüktür.[21] Sağlık hizmetlerinden yararlananların ödemekle yükümlü oldukları katılım payları, özel sigorta şirketleri tarafından teminat veya ödeme konusu yapılamaz (Kanun m. 98/2).[22]

I-Katılım Payı Alınacak Durumlar

Kanun, genel sağlık sigortası yardımlarından yararlanabilmek için katılım payı ödenmesini de esas itibariyle zorunlu kılmaktadır.[23] Katılım payı alınmasına ilişkin hususlar Kanun'un 68. maddesinde öngörülmüştür.[24] Bunlara ilişkin katılım payları şu şekildedir:

A) Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi

Katılım payı 68. maddede muayene başına 2 TL olarak belirlenmiştir. Bu tutar her yıl, Vergi Usul Kanunu[25] gereğince belirlenecek yeniden değerleme oranı kadar artırılacaktır (Kanun m. 68/2). Kurum, belirlenen katılım payını, birinci basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye yetkilidir. Kurum bir süre sonra bu indirimden vazgeçebilir. İkinci ve üçüncü basamak hizmet sunumlarında ise muayene ücreti, sigortalının sevkli olarak başvurup başvurmadığı dikkate alınarak yarıya kadar indirilebilir veya beş katına artırılabilir (GSSİY. m. 33/2). Bu konu Kanunda daha ayrıntılı düzenlenmiştir.[26] Yönetmeliğin bu konu-

---

21 Bostancı, s.218.

22 Kanundaki bu düzenleme karşısında özel sağlık sigortası kapsamına alınabilecek kısıtlı bir alan kalmaktadır. Buna göre özel sağlık yaptırılabilecek durumlar şunlardır: a)otelcilik hizmetleri farkları, b)Öğretim üyesi, servis şefi veya Kurum ile sözleşme yapmayan doktor ve sağlık birimlerinin fiyat farkları, c)Kullanılan malzemede, ameliyat tekniklerinde tanımlanmış standardın dışındaki talepler, d) Kurum tarafından açıklanacak negatif listedeki ilaçlar, e)Sevk zincirine uyulmaması durumları. Zakaryan Kapsar, "*Genel Sağlık Sigortası Yasa Taslağına Özel Sağlık Sigortaları Açısından Bir Bakış*", *Toprak İşveren Dergisi,* Mart 2005, s.16; Bostancı, s.219.

23 Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Beta Yayınevi, 12.Baskı, İstanbul 2008, s.747; Uşan, s.287; Tuncay/Ekmekçi, s.397;Bilgili, s.443.

24 Hemen belirtmek gerekir ki, Kanunun 68. maddesinde düzenlenen katılım payına ilişkin hüküm, memur ve diğer kamu görevlileri yönünden Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiş, diğer kişi grupları yönünden ise Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir. AYM., 15.12.2006 111E./112K., Resmi Gazete 30.12.2006 26392, 5.Mükerrer.

25 04.01.1961 tarih, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, RG. 10.01.1961, 10705.

26 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.748.

ya tek katkısı bu hükmün sözleşmeli ülke sigortalılarına da uygulanacağını belirlemekten ibarettir (GSSİY. m.33/3).

B) Ortez, Protez, İyileştirme Araç ve Gereçleri

Bu sağlık hizmetleri için alınacak katılım payı Kurumca belirlenir.[27] Burada Kurum, gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütleri 72. maddeye göre tespit edilen tutarın %10 ila %20 oranları arasında olmak üzere katılım payını tespit eder.[28] Buna göre, Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için %10, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için %20 olarak uygulanır (GSSİY. m.34/2). Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için ödeyecekleri katılım payının tutarı, sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin[29] %75'ini geçemez (GSSİY. m.34/3s).

C) Ayakta Tedavide Sağlanan İlaçlar

Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için katılım payı, Kurum tarafından, gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütler dikkate alınarak %10 ila %20 oranları arasında olmak üzere belirlenir. Buna göre, Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için %10, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için %20 olarak uygulanır (GSSİY. m.35/1). Yatarak tedavi sonrasında hasta taburcu edilirken tedavisinin devamı için düzenlenen reçeteler için katılım payı, ayakta tedavi kabul edilerek birinci fıkrada belirtilen oranlarda uygulanır (GSSİY. m. 35/2).

---

27 Uşan, s.289; Bostancı, s.221; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.748.

28 Bostancı, s.221.

29 Maddede "*asgari ücretten*" söz edilmekte, net veya brüt olduğu belirtilmemektedir. Burada "*brüt asgari ücret*" dikkate alınmalıdır. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.748; Bostancı, s.221.

D) Yardımcı Üreme Yöntemi Uygulaması

Yardımcı üreme yöntemi tedavisinde kullanılan ilaçlar için katılım payı, Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için %10, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için %20 olarak uygulanır (GSSİY. m. 36/1). Hemen belirtelim ki Kanunda yardımcı üreme yöntemleri ilaç tedavisi için katılım payı öngörülmemişken, GSSİY.'de belirttiğimiz şekilde katılım payı öngörülmüştür.

Yardımcı üreme yöntemleri işlem ücretleri için alınacak katılım payı, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu'nca belirlenen işlem ücretleri üzerinden ilk denemede %30, ikinci denemede %25 olarak uygulanır[30] (GSSİY. m. 36/2).

Yine Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğinin 36. maddesinin son fıkrasına göre, yardımcı üreme yöntemleri işlem ücretleri için ödenecek katılım payında üst sınır söz konusu olmaz. Yani, GSSİY. m. 34/3s'de belirttiğimiz, ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçlerinde söz konusu olan, sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin %75'ini geçmeme şeklindeki sınır uygulanmaz. Özetle, hesaplanan katkı payı asgari ücretin %75'ini aşabilecektir ve sigortalı bunu ödemek zorundadır.[31]

II. Katılım Payı Alınmayacak Durumlar

5510 sayılı Kanun'un 69. maddesinde katılım payı alınmayacak hususlar belirtilmiştir. Buna göre, katılım payı almama durumu, katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetleri ve kişiler olarak belirlenmiştir. Saydığımız maddeler şu şekildedir:

Katılım payı alınmayacak haller; *iş kazası ve meslek hastalığı hallerinde, *Askeri tatbikat ve manevralarda, *afet ve savaş hali nedeniyle sağlanan sağlık hizmetlerinde muayene, ortez, protez araç ve gereç ile ilaç katılım payı alınmaz.

---

30 Oldukça pahallı olan bu yöntemin kabulü sosyal güvenlik sistemimiz açısından bir yenilik olmakla birlikte şartlar oldukça ağır ve katılım payı da oldukça yüksektir. Ortez ve protez de %10 ila%20 olan katılım, burada %25 ve %30' a çıkarılmıştır. Ayrıca uygulama açısından sadece iki deneme ile sınırlandırılmıştır. Okur Ali Rıza, *Sağlık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri*, Ankara 2007, s.155.

31 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.749.

Katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri; *Kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri, *Aile hekimi muayeneleri, *Organ, doku ve kök hücre nakli, *Hayati önemdeki ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri, *Kronik hastalıklar, *Kontrol muayenelerinden de katılım payı alınmaz.

Katılım payı alınmayacak kişiler; *Şeref aylığı bağlananlar, *Vatani hizmet tertibinden aylık bağlananlar, *Nakdi tazminat ve aylık alanlar, *Korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalananlar, *Harp malullüğü aylığı alanlar, * Terörle Mücadele Kanunu gereğince aylık alanlar da sağlık hizmetlerinden katılım payı vermeden yararlanacaklardır.

III. Kamu Görevlileri İçin Katılım Payı

Kamu görevlileri için genel sağlık sigortası uygulaması devir tarihine kadar eski mevzuat hükümleri çerçevesinde yapılacaktır. Devir işleminin üç yıl içinde tamamlanması da gereklidir (Kanun geç. 12/2).[32]

Kamu görevlileri için, 25.06.2009 tarih ve 5917 sayılı Kanunla, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici madde 9[33] ile muayene katılım payı alınması hüküm altına alınmıştır. Yapılan bu düzenlemenin esas itibariyle 4/a ve 4/b'liler ile aynı özellikleri taşıdığını belirtmekte yarar vardır. Nitekim ilgili düzenlemede, 5510 sayılı Kanun m. 69'da sayılan hizmetlerden ve kişilerden katılım payı alınmayacağı da belirlenmiştir. Yine, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa tabi olanlar için 15.10.2010 tarihine kadar herhangi bir katılım payı alınmayacaktır (5917 sayılı KHK. geç. m. 9/3).[34]

Maliye Bakanlığınca da geçici madde 9 düzenlemelerini ortaya çıkarmak maksadı ile 04.09.2009 tarihli Tedavi Katılım Payı Genelgesi yürürlüğe konmuştur. Bu genelgede katılım payı oranları, Danıştay

---

32 25.06.2009 tarih ve 5917 sayılı Kanunla, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici madde 8'de bu üç yıllık geçiş süreci içerisinde uygulama esaslarının Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Maliye Bakanlığınca belirleneceği esasa bağlanmıştır. 10.07.2009 tarih ve 27284 sayılı Resmi Gazete.

33 10.07.2009 tarih ve 27284 sayılı Resmi Gazete.

34 Uşan, s.293.

tarafından yürürlüğü durdurulan Tebliğ Sıra No.7- m. 62da belirlenen oranlar olarak tespit edilmişti. Bununla birlikte, Tedavi Katılım Payının Uygulanması Hakkında Tebliğ (Sıra No.12)[35] ile 1 Ekim 2009 tarihinden itibaren muayene katılım payları yeniden belirlenmiştir. Bu belirleme de 4/a ve 4/b'liler ile aynı şekilde yapılmıştır. Buna göre, birinci basamak sağlık kuruluşları ve aile hekimliği muayenelerinde, 2 TL., ikinci ve üçüncü basamak resmi sağlık kurumlarında 8 TL., özel sağlık kurumlarında ise 15 TL., olarak muayene katılım payı alınır (Tebliğ m.6).

IV. Katılım Paylarının Tahsili

Katılım paylarını, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin başvurusunda sağlık hizmet sunucuları Kurum adına tahsil edeceklerdir.[36] Katılım paylarını, gelir veya aylık alan kişilerin gelir veya aylıklarından, çalışanların ücret veya maaşlarından mahsup edilmek suretiyle tahsile ve katılım paylarının ödenme usûlünü belirlemeye Kurum yetkilidir. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına, tahsil ettikleri katılım payı düşüldükten sonra kalan tutar ödenir (Kanun 68/7). Katılım paylarının hesaplanmasında Kanunun 72. maddesi gereğince Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından tespit edilen sağlık hizmeti tutarları esas alınır (Kanun m. 68/8).

Hemen belirtmek gerekir ki, katılım payı ödemek zorunda olan ilgililerin ödeyecekleri katılım paylarının özel sigorta şirketleri tarafından teminat ve ödeme konusu yapılması yasaklanmıştır (Kanun m. 98/2).

6. HİZMET BASAMAKLARI VE SEVK ZİNCİRİNE UYULMASI

5510 sayılı Kanun'un 70.maddesinde, genel sağlık sigortasının uygulanması açısından bazı temel ilkelere işaret edilmiş, örgütlenme ve ayrıntılar Sağlık Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumuna bırakılmıştır.[37]

---

35 18.09.2009 tarih ve 27353 sayılı Resmi Gazete.
36 Tuncay/Ekmekçi, s.398; Bilgili, s.444.
37 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.751.

Kanun, Sağlık Bakanlığı tarafından sağlık hizmet sunucularının birinci[38], ikinci[39] ve üçüncü[40] basamak olarak basamaklandırılmasını öngörmüştür. Bu basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasındaki sevk zinciri ise, tanı, ön tanı, hekimlerin ve diş hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınarak yurt çapında, il veya ilçe çapında Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenecek[41], aile hekimleri[42] 1. basamak hizmet sunucuları arasında yer alacaktır. (Kanun, m. 70/1). Kanun, sigortalının ve bakmakla yükümlü olduğu kişinin sevk zincirine uymasını zorunlu tutmuştur (Kanun, m.70/2). Sevk zincirinin zorunlu olduğu yerlerde, İş kazası ile meslek hastalığı, afet ve

38 Resmi sağlık kuruluşları: Kamu idaresi bünyesindeki kurum hekimlikleri, sağlık ocağı, verem savaş dispanseri, ana çocuk sağlığı ve aile planlaması merkezi, sağlık merkezi, toplum sağlık merkezi, Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapmış aile hekimleri, 112 acil sağlık hizmeti birimi, üniversitelerin mediko-sosyal birimleri, Türk Silahlı Kuvvetlerinin hastaneleridir. Özel sağlık kuruluşları: Özel polikliniker ile ağız ve diş sağlığı hizmeti veren özel sağlık kuruluşlarıdır (Sağlık Uygulama Tebliği, m.2.1, a-b).

39 Resmi sağlık kurumları: Eğitim ve araştırma hastanesi olmayan devlet hastaneleri, özel dal hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri, entegre ilçe hastaneleri, Sağlık Bakanlığına bağlı ağız ve diş sağlığı merkezleri, tıp fakültelerinin bulunduğu ilin dışında yer alan uygulama ve araştırma merkezleri (üniversite hastaneleri) ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin eğitim ve araştırma hastanesi olmayan hastaneleridir. Özel sağlık kurumları: Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre ruhsat almış hastaneler ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan tıp merkezleri, özel dal merkezleri ikinci basamak özel sağlık kurumları olarak kabul edilir (Sağlık Uygulama Tebliği, m.2.2, a-b).

40 Eğitim ve araştırma hastaneleri, özel dal eğitim ve araştırma hastaneleri, üniversite tıp fakültelerinin bulunduğu ilde kurulu sağlık uygulama ve araştırma merkezleri (üniversite hastaneleri) ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri ve üniversitelerin diş hekimliği fakülteleri, Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı tıp fakültesi hastanesi ile eğitim ve araştırma hastaneleri, üçüncü basamak sağlık kurumları olarak kabul edilir(Sağlık Uygulama Tebliği, m.2.2, c).

41 Sağlık Hizmeti Sunucularının denetimi ile ilgili 06.07.2009 tarih ve Sağlık Hizmeti Sunucularının Denetim Usul Esasları, 2009/89 sayılı Genelge yürürlüğe konmuştur.

42 Her ne kadar 5510 sayılı Kanunun 70/2'ye göre; Kurumca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorundadır dese de, yine Kanunda Sağlık Bakanlığının sevk zinciri zorunluluğunu erteleme hakkı da bulunmaktadır. Kanun geçici madde 12/7'ye göre, Bakanlık sevk zincirini erteleme yetkisine sahiptir. Bakanlık uygulama tebliğinde değişiklik yaparak, uygulama başlangıcını, önce 1 Temmuz 2009'a sonra da 30.06.2009 tarih ve Aile Hekimliği Uygulamaları, 2009/85 sayılı Genelge ile belirsiz bir tarihe ertelemiştir. Böylece aile hekimliği uygulamasına geçilen illerde 1 Temmuz 2009 tarihinden itibaren ilk müracaatın aile hekimliğine veya aile hekimliği dışında kalan diğer birinci basamak resmi sağlık kuruluşlarına yapılması zorunluluğu uygulaması ve dolayısıyla sevk zinciri uygulanacak illerin duyurulması hususları ertelenmiştir. Uşan, s.294.

savaş hâli ile acil haller dışında, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin Kurumca belirlenen sevk zincirine uymaları zorunludur[43]. Sevk zincirine uyulmaması halinde sağlık hizmetleri bedelleri ve yol gideri, gündelik ve refakatçi giderleri Kurumca karşılanmaz (GSSİY. m. 40/4).

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için sevk zinciri kurallarının il ya da ilçe bazında farklı belirlenmesi hâlinde, kişinin sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu ildeki sevk zinciri kuralları geçerlidir. Ancak, belli bir program çerçevesinde tedavi gören ve bu durumları sağlık kurulu raporu ile belgelendirilen genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, bu tedaviyle ilgili sağlık hizmeti sunucusuna gidişlerinde sevk zincirine uyma zorunluluğu aranmaz (GSSİY. m. 40/5-6).

Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği bir başka sevk durumuna da yer vermiştir. Buna göre; 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa tabi personel için sağlık hizmeti sunucularına müracaat ve sevk işlemlerinin usul ve esasları Milli Savunma Bakanlığının görüşü alınarak Kurumca düzenlenir (Kanun, m. 40/7).

SONUÇ

Genel sağlık sigortasının, kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan bir sigorta olduğunu gördük. Genel sağlık sigortasından yararlanmanın Kanunla getirilen bir takım şartları olduğunu belirttik ve gördük ki; öncelikle kişinin genel sağlık sigortalısı veya sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişilerden biri olması gerekmektedir. Genel sağlık sigortalısını ve bakmakla yükümlü olduğu kişileri ayrıntılı olarak çalışmamızda belirttik.

Yine genel sağlık sigortasından yararlanmak isteyenlerin bekleme süresi ve belli miktarda prim ödeme şartı vardır ki, bu durum 5510

[43] İş kazası ile meslek hastalığı, afet ve savaş hali ile acil haller dışında, sevk zincirine uyulmadan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına yapılan başvurular sonucu alınan sağlık hizmetlerinin 72 nci madde gereği belirlenen tutarının % 70'i Kurumca ödenir. Aradaki fark, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenir (Kanun, m.70/3).

sayılı Kanun'la eskiye oranla bir teklik ifade eder. Örneğin, geçmiş dönemde, sağlık hizmetlerine ulaşmada, devlet memurları için bekleme süresi bulunmamakla birlikte, iş sözleşmesi ile çalışanlar için 120 gün, bağımsız çalışanlar için ise 4 ay ve 8 ay gibi bekleme süreleri bulunmaktaydı. Genel sağlık sigortası uygulamasında bu sürenin son bir yıl içinde 30 gün olarak tespit edildiğini görüyoruz. Bu durum da 5510 sayılı Kanun'un sağlık hizmetlerinden yararlanmayı daha pratik bir hale dönüşmesini amaçladığını göstermektedir. Bir diğer şart ise, kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri için Kuruma başvuruda bulunmaları gerektiğini göstermektedir. Burada da dikkat çeken bir husus, Kanun, acil haller dışında sağlık hizmeti sunucularına başvurma anında kimlik bildiriminde bulunulmasını zorunlu tutmuştur. Acil hallerde ise kimlik bildiriminin acil halin sona ermesinden sonra yapılabileceğini ön görmüştür. Genel sağlık sigortasından yararlanmanın bir diğer şartı ise katılım payı ödenmesidir. Kanun, bazı durumlarda ise katılım payının ödenmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Çalışmamızda bu durumlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Son olarak da kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri için Kanunun ön gördüğü sevk zincirine uymaları gerekmektedir. Hizmet basamakları ve sevk zincirinin neyi ifade ettiği çalışmamızda ayrıntılı olarak değerlendirdik.

KAYNAKLAR

AKIN Levent, Sosyal Güvenlik Sisteminin Kişiler Açısından Kapsamı, Çalışma ve Toplum, 2006/1.

BİLGİLİ Özkan, Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması, İzmir 2008.

BOSTANCI Yalçın, Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Genel Sağlık Sigortası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2007.

GÜZEL Ali/OKUR Ali Rıza/CANİKLİOĞLU Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12.Baskı.

OKUR Ali Rıza, Sağlık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, Ankara 2007.

OKUR Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Legal İSGHD, 2006/12.

SÖZER Ali Nazım, Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu, Sicil Dergisi, Sayı 13, Mart 2009.

SÖZER Ali Nazım, Genel Sağlık Sigortası Kimin Yararına? Mercek, Ocak 2005.

ŞAKAR Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9.Baskı.

TUNCAY A. Can/ EKMEKÇİ Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2.Baskı, İstanbul 2009.

UŞAN M.Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.Baskı, Ankra 2009.

ZAKARYAN Kapsar, Genel Sağlık Sigortası Yasa Taslağına Özel Sağlık Sigortaları Açısından Bir Bakış, Toprak İşveren, Mart 2005.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİNE ETKİSİ

THE EFFECT OF NEW CIVIL PROCEDURE LAW ON THE INTERNATIONAL JURISDICTION OF TURKISH COURTS

Ceyda SÜRAL*

Özet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun md. 40, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atıf yapmaktadır. Bir davada HMK uyarınca yer itibariyle yetkili bir mahkeme mevcut değilse, Türk mahkemelerinin o dava için milletlerarası yetkisi de yoktur. Bu çalışmada, HMK'nın yetkiye ilişkin hükümlerinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından doğuracağı sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Milletlerarası Yetki, Genel Yetki, Özel Yetki, Yetki Sözleşmesi, Derdestlik, İhtiyati Tedbir, İhtiyati Haciz

Abstract: The Civil Procedure Law entered into force on October 1, 2011. Article 40 of the Private International and Procedural Law, which governs the international jurisdiction of the Turkish courts, refers to domestic jurisdiction rules. If there is no competent court for a case according to domestic jurisdiction rules, then the Turkish courts do not have international jurisdiction in that case. In this study, the consequences of the jurisdiction rules of the Civil Procedure Law on the international jurisdiction of Turkish courts are examined.

Keywords: Civil Procedure Law, International Private and Procedural Law, International Jurisdiction, General Jurisdiction, Special Jurisdiction, Choice of Forum Agreements, Lis Pendens, Provisional Measures, Provisional Attachment

* Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Giriş

4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu[1] (HUMK), İsviçre'nin Neuchatel Kantonu'na ait 1925 tarihli Medeni Usul Kanunu'ndan tercüme edilerek alınmıştır. HUMK, yürürlüğe girmesinden itibaren belirli maddelerinin ve belirli kurumların değiştirilmesi biçiminde yaklaşık otuz kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler sonucu ortaya çıkan farklı kavram kullanımları, 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu[2] (MTK) ile 2004 tarihli Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun[3]'un yürürlüğe girmesi, ülkemizde adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi ihtiyacı, Neuchatel Medeni Usul Kanunu'nun değişmesi sebepleriyle yeni bir kanun hazırlama gereği doğmuştur[4]. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), 4.2.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

HMK ile iç hukukta yetki konusunda daha sistematik, daha açık bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır[5].

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde görülmesi için uyuşmazlık ile Türkiye arasında bir bağlantı kurabilmek gerekir. Aksi takdirde, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğmayacak ve dava Türkiye'de görülemeyecektir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun[6] (MÖHUK) md. 40, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atıf yapmaktadır. Dolayısıyla, bir davada HMK uyarınca yer itibariyle yetkili bir mahkeme mevcut değilse, Türk mahkemelerinin o dava için milletlerarası yetkisi de yoktur[7]. Bir başka

---

1 Bu çalışmaya başlamam konusunda beni teşvik eden Sayın Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e; çalışmanın taslaklarını okuyarak görüşlerini benimle paylaşan Yrd. Doç. Dr. Ali YEŞİLIRMAK'a ve bu çalışma esnasındaki kıymetli yardımlarından dolayı Arş. Gör. Ekin HACIBEKİROĞLU'na teşekkür ederim. Metnin içeriğinin sorumluluğu elbette yazarına aittir.

R.G. 2/3/4.7.1927 – 622, 623, 624.

2 R.G. 5.7.2001 – 24453.

3 R.G. 7.10.2004 – 25606.

4 Genel Gerekçe, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

5 Genel Gerekçe, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

6 R.G. 12.12.2007 – 26728.

7 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2011, s. 440; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku,* Beta, İstanbul 2009, s. 87 (Usul); Baki

deyişle, HMK'da düzenlenen yetki kuralları Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini de tayin etmektedir. Bu sebeple, HMK hükümleri Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, HMK'nın yetkiye ilişkin HUMK'tan farklı düzenlenen hükümlerinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından doğuracağı sonuçlar incelenmiştir.

1- Genel Yetki

a. Genel Yetkili Mahkeme

Genel yetkili mahkeme, genel yetki kuralına göre, kesin yetkili olarak belirlenmiş mahkemeler dışında bütün davalar için yetkili kılınan mahkemedir[8]. HUMK düzenlemesindeki genel yetki kuralına göre genel yetkili mahkeme, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her davanın açıldığı tarihte Türk Medeni Kanunu[9] (MK) gereğince davalının yerleşim yeri sayılan yer mahkemesi olarak belirlenmişti (HUMK md. 9). HMK'da, genel yetkili mahkemenin davalının, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğunu kabul etmiştir. Genel yetkili mahkemenin belirlenmesinde davanın açıldığı tarihteki davalının yerleşim yerinin esas alınması ile davalının daha sonra yerleşim yerini değiştirmesi mahkemenin yetkisini etkilemeyecektir[10].

Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.I, Demir Demir, İstanbul 2001, s. 633.

8 Kuru, s. 381; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 196. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler bakımından yabancılık unsuru içeren hukuki ve ticari konularda üye devletlerin milletlerarası yetkisi 44/2001 nolu 22 Aralık 2000 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanıma ve Tenfizine İlişkin Tüzük (Brüksel I Tüzüğü) ile düzenlenmektedir. Tüzük md. 2 uyarınca, herhangi bir üye ülkede ikamet eden kişilere karşı, vatandaşlıkları ne olursa olsun, bu üye devletin mahkemelerinde dava açılır. Brüksel I Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ata Sakmar/Nuray Ekşi, "*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü*", *Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB*, Y. 22, 2002; Bahadır Erdem, "*Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü*", *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. II, 2003; Burkhard Hess/Thomas Pfeıffer,/ Peter Schlosser, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001*, Verlag C.H. Beck, 2008.

9 R.G. 8.12.2001 – 24607.

10 İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975, s. 150-151; Kuru, s. 384; Yavuz Alangoya/ Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Beta, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 89; Hakan Pekcanıtes/ Oğuz Atalay/

Genel yetkili mahkemenin, davalının yerleşim yeri mahkemesi olarak kabul edilmesinin sebebi, mahkemeden kendi lehine karar verilmesini talep eden davacının talebinin haklılığı kesin olarak belirlenmediği için davalının yerleşim yerinde davayı açması gerekliliğidir[11].

HMK md. 6 düzenlemesinde, MK ile paralellik sağlanması bakımından "*ikametgâh*" yerine "*yerleşim yeri*" kavramı kullanılmıştır. Yerleşim yeri, MK md. 19/I'de, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak belirtilmiştir. MK'da yer alan düzenleme uyarınca yerleşim yerinin belirlenmesi için objektif unsur olan oturmak fiilinin ve sübjektif unsur olan yerleşme niyetinin bulunması gerekmektedir[12].

Bir kimsenin birden fazla yerleşim yeri olamayacağı gibi yerleşim yerinin değiştirilmesi de MK tarafından yenisinin edinilmesine bağlı tutulmuştur (MK md. 19/II ve md. 20/I). Söz konusu düzenlemeler yerleşim yerinin gerekliliği ilkesi ve yerleşim yerinin tekliği ilkesi olarak adlandırılmaktadır[13].

Yerleşim yerine hâkim olan ilkelerden bir diğeri de yerleşim yerinin zorunluluğu ilkesidir. Bu ilkeye göre herkesin bir yerleşim yeri bulunması gerektiği için, önceki yerleşim yeri belli olmayan ya da yabancı ülkedeki yerleşim yerini terk etmiş fakat henüz Türkiye'de bir yerleşim yeri edinmemiş kişinin yerleşim yeri, halen oturduğu yer olarak kabul edilmiştir (MK md. 20/II)[14]. Bu hüküm, yabancı ülkedeki ikametgâhı tayin edilemeyen veya oradaki ikametgâhını terk etmiş ve çoğunlukla da yabancı olan Türkiye'de oturan kişiler açısından geçer-

---

Muhammet Özekes, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara 2011 (HMK), s. 117.

11 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 86-87; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 116-117.

12 Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 9. Bası, İstanbul 2009, s. 114-115; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku*, C:II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 184; Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Beta, 2. Bası, İstanbul 2000 (Yetki), s.84; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta, İstanbul 2006, s. 8; Bülent Çiçekli, "*Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*", *ABD*, 2004/1, s. 76.

13 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 113; Dural/Öğüz, s. 182; Jale Akipek/Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2002, s. 467; Ekşi, Yetki, s. 86.

14 Dural/Öğüz, s. 183; Uyanık Çavuşoğlu, s. 8.

lidir. Bu kişiler, Türkiye'de ikametgâh tesis etmemişlerse, oturdukları yer ikametgâhları olarak kabul edilir[15].

Genel yetkili mahkeme düzenlemesi açısından HMK ayrıca HUMK'tan farklı olarak davalı gerçek ve tüzel kişinin demek suretiyle, yerleşim yeri kavramının gerçek kişiler dışında tüzel kişiler için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Tüzel kişinin yerleşim yeri ise MK md. 51'de düzenlenmiştir. Buna göre, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça tüzel kişinin yerleşim yeri, işlerinin yönetildiği yerdir.

HMK md. 7 uyarınca, davalının birden fazla olması halinde, dava davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. O halde, davalılardan birinin Türkiye'de ikametgâhının bulunması halinde, diğer davalılar bakımından da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğacaktır[16].

Ancak, dava sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme varsa davaya o yer mahkemesinde bakılır. Ortak yetkili mahkeme varsa bu mahkemenin yetkisi kesindir ve davanın davalılardan birinin yerleşim yerinde açılması mümkün değildir[17]. Örneğin, bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin olarak sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde dava açmak gerekecektir. Şu halde, sözleşmenin ifa yeri Türkiye'de değilse ve davalılardan sadece birinin ikametgâhı Türkiye'de ise, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira, iç hukukun yetki kuralları başka bir ülkenin mahkemesine yetki atfetmek için değil Türk mahkemesiyle uyuşmazlık arasında bağ kurmak için kullanılır ve davalılardan birinin ikametgahının Türkiye'de bulunması Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesisi bakımından yeterli sayılmalıdır. Öte yandan, davacı sırf Türkiye'de dava açabilmek için Türkiye'de ikametgâhı bulunan bir kişiyi davalı göstermişse ve bu durum belirtiler veya başka delillerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili (Türkiye'de ikametgahı bulunmayan) davalının itirazı üzerine yetkisizlik kararı vermelidir (HMK. md. 7/II).

---

15 Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2010, s. 491.

16 Nomer, s. 436; Nomer, Usul, s. 89.

17 Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2011, s. 139; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 118.

b. Türkiye'de Yerleşim Yerinin Bulunmaması Halinde Yetki

i. Türkiye'de Mutad Meskeni Bulunan Yabancı Gerçek Kişiler

Davalının yerleşim yeri belli değilse, HUMK hükümlerine göre davaya davalının Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılacaktı (HUMK md. 9/II). HMK sisteminde ise Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi olarak kabul edilmiştir (HMK md. 9).

Belirtmek gerekir ki, anılan yetki kuralı sadece gerçek kişilere karşı açılacak davalar bakımından geçerlidir. Zira, tüzel kişinin oturduğu bir yerden ya da mutad meskeninden söz edilemez.

Son defa oturulan yer kavramı fiili bir kavram olduğundan bunun tespit edilmesinde herhangi bir zorlukla karşılaşılmayacaktır. Ayrıca, davalının dava açıldığı anda Türkiye'de oturması da gerekmez; daha önceki herhangi bir dönemde Türkiye'de oturmuş olması yeterlidir[18]. HMK ile getirilen mutad mesken kavramı ise hukuki bir kavramdır. Mutad mesken kavramı HMK'da tanımlanmamıştır. Son defa oturulan yer yerine mutad mesken kavramının tercih edilmesinin sebebi de kanun gerekçesinde açıklanmamıştır.

Mutad mesken kavramı devletler özel hukukunda ikametgâhın tespitinin yarattığı sorunları ortadan kaldırmak için ortaya atılmış bir kavramdır[19]. İkametgâhtan farkı subjektif unsur olan yerleşmek niyetinin aranmaması[20] ve sakin olunan yerden farkı[21] da bir yerde bulunmanın makul bir süreyi içermesidir. Bu makul süre, ilgilinin sosyal ve

---

18 Kuru, s. 409.

19 Thalia Kruger, *Civil Jurisdiction Rules of The EU and Their Impact on Third States*, Oxford University Press, 2008, s. 73. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md.20/1/b'de de mutad mesken kavramı, başlangıçta bu süre sınırlı olsa bile, kişinin belirli bir süre için yaşamakta olduğu yer olarak tanımlanmıştır.

20 Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, Ankara 2003, s. 34.

21 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2007/2-331 K.2007/332 sayılı 6.6.2007 tarihli kararında, MK md. 168 ve HUMK md. 9/III anlamında yetkili mahkemenin belirlenmesinde kullanılan ikametgah kavramının anlamına ilişkin olarak "*Yerleşim yeri kendine özgü hukuki bir kavramdır. Kanun koyucu isteseydi, bunun yerine mutad mesken, sakin olunan yer, oturulan yer gibi yerlerde de dava açılmasına izin verirdi*" ifadelerini kullanmıştır. Bu ifadelerden Yargıtay'ın da bu kavramlar arasında fark gördüğü sonucuna varmak mümkündür. (Hukuktürk)

ekonomik ilişkilerini orada gerçekleştirmesine yetecek uzunlukta olmalıdır[22]. O halde, mutad mesken kavramı, kişinin yerleşmek niyetiyle olmasa da sosyal ve ekonomik ilişkilerinin ağırlık merkezini teşkil etmesine[23] yetecek belirli bir süredir oturduğu yeri ifade etmektedir.

HMK sisteminde, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan yabancı bir gerçek kişiye karşı açılacak davalarda yabancının dava açıldığı esnada Türkiye'de bir mutad meskeni olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Bu tespit Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini tayin edeceğinden mutad mesken kavramının iç hukuk bakımından ne anlama geldiğinin önemi yoktur. Burada, devletler özel hukuku bakımından kabul edilen mutad mesken tanımı kullanılmalıdır. O halde, örneğin buraya birkaç günlüğüne gelen bir turiste ya da bir dönem için gelmiş bir Erasmus öğrencisine karşı Türkiye'de dava açılamaz. Ancak, Türk kültürünü tanımak amacıyla üniversite eğitimini Türkiye'de yapmaya karar verip burada en az 3 yıl kalmayı planlayan bir yabancının Türkiye'de mutad meskeni vardır diyebiliriz.

Elbette HUMK sisteminde kullanılan son oturulan yer kavramı daha geniş bir kavramdır; zira, daha kısa süreli oturmaları da kapsadığı gibi, dava açıldığı esnada halen Türkiye'de oturmayı da gerektirmez. Ancak, aşağıda açıklandığı üzere, gerçek kişi yabancıya karşı açılacak malvarlığına ilişkin davaların uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde; Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaların da Türkiye'de açılması mümkündür. O halde, HMK değişikliği ile "*son oturulan yer*" yerine "*mutad mesken*" kavramının kullanılması neticesinde kime karşı dava açılamayacaktır? Belli bir süre Türkiye'de oturmuş olup artık ülkeyi terk etmiş olan yabancılara karşı mal davası açılamayacak ya da artık Türkiye'de oturmayan yabancı çiftin boşanma davası da Türkiye'de görülemeyecektir. İlk halde, ortaya çıkabilecek tebligat sorunlarının yanı sıra ülkede kısa süre için kalan ve/veya artık terk etmiş olan yabancıya karşı malvarlığına ilişkin bir dava açılması halinde, bu kişinin Türkiye'de malvarlığı bulunması ihtimalinin düşüklüğü dikkate alınarak kendisine karşı elde edilen kararın icrası mümkün olmayacaktır. İkinci hal Türk

22 Cheshire, North&Fawcett, *Private International Law*, Oxford Universtiy Press, 14th Edition, 2008, s. 187-188; Ekşi, Yetki, s. 91-92.

23 Nomer, s. 118.

mahkemesini ilgilendirmemektedir. O halde, HMK değişikliğinin Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini her halde daralttığını ve Türk vatandaşları açısından olumsuz bir sonuca yol açtığını söylemek mümkün değildir.

ii. Malvarlığı Haklarına İlişkin Davalar

HUMK md. 16, Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlara karşı açılacak mal davalarının Türkiye'de sakin oldukları yerde ve bunlar Türkiye'de sakin değilse malının, ihtilaflı şeyin veya varsa teminatının bulunduğu yerde açılabileceğini düzenlemişti.

Malvarlığının türü veya değeri konusunda bir belirleme olmadığından, her türlü taşınır mallar ile üçüncü kişilerdeki alacaklar da malvarlığının kapsamında sayılmaktadır. Üçüncü kişilerdeki alacakların bulunması halinde yetkili mahkeme üçüncü kişinin yerleşim yeri mahkemesidir[24]. Davalının üçüncü kişideki alacağı için Türkiye'de bir teminatının bulunması durumunda da, davalıya karşı teminatın bulunduğu yer mahkemesinde dava açma imkânı HUMK md. 16 ile kabul edilmişti.

Tarafların vatandaşlığını ve yabancı ülkede bulunan davalının ikametgâhını dikkate almaksızın doğrudan doğruya malvarlığına bağlı olarak tesis edilen milletlerarası yetki, aşkın yetki[25] oluşturmaktadır. Kanunun malvarlığının değeri yönünden bir alt sınır çizmemiş olması karşısında HUMK md. 16 da bir aşkın yetki kuralı olarak kabul edilebilir[26]. Mahkemenin yetkisinin aşkın yetkiye dayanması, ilgili mahkeme kararının yabancı ülkelerde tanınmasına engel teşkil edebilir[27].

---

24 Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 196; Kuru, s. 408; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 39; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 9. Bası, Ankara 2010 (Medeni Usul), s. 121.

25 Aşkın yetki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *"Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları"*, *Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan*, İstanbul 1999; Ekşi, Yetki, s. 50-59; Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.

26 Nomer, s. 438-439; Nomer, Usul, s. 91.

27 Brüksel I Tüzüğü md. 3/2, belirli aşkın yetki kurallarını akit devletler arasında yürürlükten kaldırmıştır. Tüzük md. 35/1 ve 72 uyarınca, akit devletlerin aralarında daha önceden aksi yönde yapılmış bir antlaşma olmadıkça, mahkemenin aşkın yetki kuralına dayanarak yetkisini tesis etmiş olması bir tenfiz engelidir. Ayrıntılı

HMK, Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması halinde yetki konusunda getirdiği yeni düzenleme ile HUMK'ta, davalının Türkiye'de son oturduğu yer ve Türkiye'de herhangi bir malı veya teminatı bulunmuyorsa, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin de yetkili olacağına dair olan hükme yer vermemiştir. Kanun gerekçesinde bunun sebebi, Türk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, yabancı ülkelerde tanınması ve tenfizi gerektiğinde, aşkın yetki gerekçesiyle tanıma veya tenfiz talebinin reddinin engellenmesi olarak ifade edilmiştir[28].

Bununla birlikte, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin davalar, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde açılabilecektir (HMK md. 9). Dolayısıyla, bundan böyle yabancının Türkiye'de herhangi bir malvarlığının bulunması kendisine karşı dava açılabilmesi için yeterli olmayacak, yetkiye esas teşkil eden malvarlığının uyuşmazlık konusu ile ilgili olması gerekecektir[29]. O halde, örneğin, akreditif ile yapılan bir satım sözleşmesinde davanın konusunu oluşturan münazaalı şey (mal bedeli) Türkiye'de bir banka nezdinde açılan akreditif tutarı olacağından[30] Türk mahkemesi yetkili olacak; ancak davalının sözleşmesel ilişkiden bağımsız olarak T.C. Merkez Bankası'nda bloke edilmiş parasının olması[31] Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesisi için yeterli olmayacaktır.

Kanunda da açıkça ifade edildiği üzere, malvarlığına ilişkin davalar bakımından özel yetki kurallarından faydalanma imkânı bulunmakla birlikte, HMK değişikliği ile Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi kısıtlanmıştır. HUMK md. 16 hükmünün aşkın yetki kuralı oluşturduğu doktrinde kabul edilmemiştir. Çünkü bu hüküm ilamın icra edileceği yerde davayı açtırmaya yöneliktir. Yetkiyi tesis eden malın değerinin ileride davacıyı tatmin edecek şekilde dava konusunun değeri ile bağlantılı olması aranarak hükmün aşkın yetki kuralı oluş-

bilgi için bkz. Ceyda Süral, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007, s. 126-128.

28 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

29 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta, 4. Bası, İstanbul 2011 (Ticari Akitler), s. 130.

30 Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 24.3.1995, E. 1994/6589, K. 1995/2726.

31 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.7.4.1978, E. 1977/2-587, K. 1978/308.

turacak şekilde uygulanmasının önüne geçilebilir[32]. Ayrıca, hüküm sadece yabancılar için düzenlenmemiş olduğundan, hem Türk hem yabancı davalılara karşı kullanılabilecektir ve bir ülkede malvarlığı edinen kişiler o ülkenin milletlerarası yetkisi ile ilişki içine girmiş olacaktır[33]. Burada, malvarlığının bulunduğu yerde dava açılması imkanını tamamen ortadan kaldırmak yerine, malvarlığının değeri yönünden bir sınır çizilerek aşkın yetki endişesini bertaraf etmek daha uygun bir çözüm olacaktı[34].

2- Özel Yetki

a. Boşanma ve Ayrılık Davalarında Yetki

i. Genel Olarak

HUMK, boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkemeyi md. 9/III hükmünde, davacının ikametgâhı veya eşlerin davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi olarak belirlemişti. Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme HUMK'da yer aldığı gibi MK'da da bulunmaktaydı. MK md. 168 düzenlemesine göre ise, boşanma davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri ya da davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Böylece HUMK sisteminde boşanma ve ayrılık davalarında yetki konusunda her iki kanunda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirdiğinde, MK'da yer alan yetki kuralının daha yeni ve özel bir hüküm olmasından dolayı boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme MK md. 168'e göre belirlenmekteydi[35].

Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkemenin MK'da düzenlenmiş olması sebebiyle HMK tekrar bu konuya ilişkin bir hükme kanun içinde yer vermemiştir[36]. Buna göre, boşanma ve ayrılık davalarında, dava açmak isteyen eşin bağımsız bir yerleşim yerine sahip olması halinde, davayı kendisinin veya eşinin yerleşim yerinde ya da

32 Ekşi, Yetki, s. 58.
33 Nomer, Usul, s. 91.
34 Nomer, s. 445.
35 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul, s. 123.
36 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

son defa altı aydan beri eşi ile ortak bir konutta oturmaktaysa o yer mahkemesinde açabilecektir. Eşlerin boşanma davasının açılmasından önce son defa altı aydır birlikte oturdukları yerin, eşlerin fiilen birlikte oturdukları yer olması yeterli sayılmış, yerleşim yeri olma gerekliliği aranmamıştır[37].

O halde, eşlerden birinin yerleşim yeri ya da eşlerin son defa altı aydan beri oturdukları ortak konut Türkiye'de ise eşlerin boşanma ve ayrılık davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi mevcuttur.

ii. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalar

Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar bakımından milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesini daima hazır bulundurmak gayesiyle, MÖHUK, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına bağlı kalmaksızın, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bizzat düzenlemiştir[38].

MÖHUK md. 41 uyarınca, Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılamadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye'de sakin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

---

37 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*, C:III, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul 2011, s. 123. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler bakımından boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme 2201/2003 nolu ve 27 Kasım 2003 tarihli Nafaka ve Velayet Davalarında Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanıma ve Tenfizi Hakkında Konsey Tüzüğü ile düzenlenmektedir. Buna göre, boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali davalarında eşlerin mutad meskenlerinin bulunduğu, veya eşlerden birinin hala daha orda oturması şartıyla eşlerin son mutad meskenlerinin bulunduğu, veya davalının mutad meskeninin bulunduğu, veya birlikte başvuru halinde, eşlerden birinin mutad meskeninin bulunduğu, veya başvuru tarihinden hemen önce orada en az bir sene oturması şartıyla davacının mutad meskeninin bulunduğu, veya o ülkenin vatandaşı olmak (veya Birleşik Krallık veya İrlanda bakımından buralarda ikamet etmek) ve başvuru tarihinden hemen önce orada en az altı ay oturmak kaydıyla davacının mutad meskeninin bulunduğu; veya her iki eşin de vatandaşı olduğu (Birleşik Krallık veya İrlanda bakımından burada ikametgahlarının bulunması) üye ülke mahkemeleri yetkilidir (Md. 3/1).

38 Nomer, s. 443; Çelikel/Erdem, s. 522; Ekşi, Yetki, s. 153; Çiçekli, s. 68; Uyanık Çavuşoğlu, s. 10; Nuray Ekşi, "*Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl:3, Sayı:20, Temmuz 2011, Ankara, s. 17 (Boşanma).

Kişi halleri, özellikle evlilik, boşanma, vesayet, nesebe ilişkin şahsın hukuku ve aile hukuku meselelerini kapsar[39]. Dolayısıyla, MÖHUK md. 41 boşanma ve ayrılık davalarında yetkiyi kapsamaktadır.

MÖHUK md. 41, taraflardan sadece birinin Türk vatandaşı olması halinde de uygulama alanı bulacaktır[40]. Ayrıca, ilgili Türk vatandaşının Türkiye'de ya da yurtdışında ikamet etmesi de önem taşımaz[41].

Yabancı ülkede ikamet etmekte olan veya yabancı bir kişiyle evli bulunan Türk vatandaşlarının alacakları boşanma kararlarının yabancı bir ülkede geçerliliği bakımından boşanma davalarını yabancı bir ülke mahkemesinde açmaları da doğaldır. MÖHUK md. 41, Türkiye'de kişi hallerine ilişkin bir davanın görülebilmesini aynı davanın daha önce yabancı bir mahkemede açılmamış olması şartına bağlamıştır. Bir başka deyişle, MÖHUK, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar bakımından milletlerarası derdestliği kabul etmiştir[42]. Dolayısıyla, eşlerden birinin yabancı mahkemede boşanma davası açmasının ardından, diğer eşin Türkiye'de boşanma davası açması halinde, yabancı mahkemede dava açan eşin derdestlik itirazında bulunması mümkündür[43].

Derdestlik itirazının niteliği ve hangi şekilde ileri sürüleceği usul hukukuna ilişkin bir konudur ve usul hukuku meselelerine hâkimin hukuku uygulanır[44]. HUMK md. 187/4'te derdestlik itirazı ilk itirazlar arasında sayılmıştır. HUMK uyarınca ilk itirazlar, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren 10 gün içinde ileri sürülecektir (md. 195/I). Bu süre hak düşürücü bir süredir, kanunda belirtilen süre geçtikten sonra ilk itirazlar mahkeme tarafından incelenemeyecektir[45]. Dolayısıyla, HUMK sisteminde ilgili taraf, dava süresinde derdestlik itirazında bulunmadıysa, daha sonra derdestlik itirazında bulunama-

39 Nomer, s. 443; Çelikel/Erdem, s. 518.
40 Nomer, s. 443; Çelikel/Erdem, s. 523; Ekşi, Yetki, s. 154; Çiçekli, s. 69; Uyanık Çavuşoğlu, s. 10.
41 Nomer, s. 443.
42 Nomer, s. 445; Çelikel/Erdem, s. 523; Ekşi, Yetki, s. 156; Ekşi, Boşanma, s. 18.
43 Yabancı ülkede açılan davanın kesin olarak karara bağlanmasından sonra Türkiye'de yeniden bir boşanma davası açılması halinde, derdestlik itirazında bulunmak mümkün değildir. Bu durumda ancak yabancı mahkeme kararının tanınması talep edilebilir (Ekşi, Yetki, s. 156; Uyanık Çavuşoğlu, s. 15).
44 Nomer, s. 372; Çelikel/Erdem, s. 425; Şanlı, Ticari Akitler, s. 148.
45 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 269; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 100.

yacak; hâkim de davanın yabancı mahkemede de görülmekte olduğunu resen dikkate alamayacaktır[46]. Uygulamada Yargıtay da yabancı derdestlik itirazının ilk itiraz teşkil ettiğine ve davanın başında esasa girişilmeden önce ileri sürülmesi gerektiğine[47] karar vermiştir[48].

HMK md. 114/1/ı maddesi ile derdestlik itirazı dava şartları arasında sayılmıştır. Dava şartları, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için mutlaka gerekli olan şartlardır. Bu nedenle dava şartları, taraflarca her zaman ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından resen gözetilirler[49]. Dolayısıyla, Türk mahkemesinde dava açılmasından önce yabancı mahkemede dava açılmış ise, taraflar bunu her zaman ileri sürebilirler ve hâkim de bu durumu her zaman resen dikkate alabilir. Hâkimin yabancı bir davanın varlığından resen haberdar olması pek rastlanabilecek bir durum değildir. Ancak, taraf derdestlik itirazını davanın ilerleyen aşamalarında ve yabancı mahkemede aynı konuda dava görülmeye devam ederken öne sürerse, Türk mahkemesinin bu itirazı kabul etmesi ve dava şartları oluşmadığından davayı reddetmesi gerekir. Acaba, bu imkân, taraflarca kötü niyetle kullanılabilir mi? Bir başka deyişle, önce Türk mahkemesinin yetkisine itiraz etmeyen tarafın, daha sonra burada olumsuz bir sonuç çıkacağını düşünmesi nedeniyle ya da sırf yargılamayı uzatmak amacıyla ileri sürdüğü derdestlik itirazı dikkate alınacak mıdır? Öncelikle, HMK md. 29/1 ile MK'daki dürüstlük kuralı ilkesi açıkça

---

46 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin, Ankara 2002, s. 39.

47 Doktrinde, HUMK md. 187/4'ün yabancı derdestlik itirazları açısından uygulanmasının mümkün olmadığı öne sürülmüştür. Zira, HUMK'da derdestlik itirazı öncelik prensibine bağlı olarak kabul edilmiştir ve iç hukukta böyle bir düzenlemenin yapılmasını haklı kılan sebepler yabancı derdestlik açısından aynen geçerli değildir. Yabancı derdestlik, milletlerarası usul hukukunun ihtiyaçlarına uygun bir sistem içerisinde kabul edilmelidir. Buna göre, Türk mahkemeleri, yabancı derdestlik itirazını ancak yabancı mahkemenin davayla yakından bağlantılı olması ve yabancı mahkemenin vereceği kararın Türkiye'de tenfizinin mümkün bulunması şartlarına bağlı olarak kabul etmelidir. Bu aşamada tenfiz şartlarından sadece karşılıklılık ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olup olmadığı incelenebilir. Ekşi, Yetki, s. 203-204; Vahit Doğan, *"Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması", MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, C.22, S.2, İstanbul 2002, s. 145. Bir başka görüşe göre de, tenfiz şartlarının sadece bir kısmı incelenebileceğinden yabancı mahkeme kararının tenfiz edilebilirliğini derdestliğin bir koşulu olarak aramak gerçekçi olmayacaktır. Akıncı, s. 41, 139.

48 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T.11.11.1997, E. 1997/8719, K. 1997/12159.

49 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 256; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 293.

medeni usul hukukuna da dâhil edilmiş ve tarafların dürüstlük kuralına uygun davranma zorunlulukları açıkça düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, dürüstlük kuralına aykırı olması halinde işlemin hukuki sonuç doğurmasının mahkemece önleneceği ifade edilmiştir[50]. O halde, dürüstlük kuralına aykırı olarak derdestlik itirazının davanın ilerleyen aşamalarında ileri sürüldüğünü tespit eden hâkimin, derdestlik itirazını dikkate almama imkânı vardır. Ayrıca, hâkim derdestlik itirazını kabul edip incelese dahi, derdestlik itirazının bilerek zamanında yapılmaması durumunda HMK md. 327 (HUMK md. 418) uyarınca, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafı, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edebilir.

b. Sözleşmeden Doğan Davalarda Yetki

Genel yetki kuralının yanında genel yetki kuralını kaldırmayan özel yetki kuralları bulunmaktadır. Sözleşmeden doğan davalarda yetki kuralı da özel yetki kurallarından biridir. Sözleşmeden anlaşılması gereken borçlar hukuku kaynaklı sözleşmelerdir; kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku kaynaklı sözleşmeler söz konusu düzenlemeye dâhil değildir[51].

HUMK düzenlemesinde, sözleşmeden doğan davalarda yetkiye ilişkin iki özel yetkili mahkeme kabul edilmişti. Bunlardan birincisi, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi, ikincisi ise davanın açıldığı sırada davalı ya da vekilinin o yerde bulunması şartı ile sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesiydi (HUMK md. 10).

HMK ise, HUMK'dan farklı olarak sözleşmeden doğan davalarda özel yetkili mahkemenin sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi olabileceğini kabul etmiş ve davanın açıldığı sırada davalı ya da vekilinin o yerde bulunması şartı ile sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde de dava açılabileceğine ilişkin düzenlemeye yer vermemiştir[52] (HMK md. 10). Bunun nedeni, dava açılmadan önce davalı ya da vekilinin

50 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.
51 Bilge/Önen, s. 191; Kuru, s. 433-434; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 120.
52 Brüksel I Tüzüğü md. 5/1/a uyarınca, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, söz konusu borcun ifa yeri mahkemesi yetkilidir.

sözleşmenin kurulduğu yerde bulunup bulunmadığına ilişkin tespitin davacı açısından zor olmasıdır[53].

Sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesinde, ifası talep edilen edim esas alınacaktır. Sözleşmede her iki tarafın da ifada bulunması durumunda ise davacının ifasını talep ettiği edime göre yetkili mahkeme belirlenecektir[54]. Bu edimin ifa yeri, sözleşmeye uygulanması gereken maddi hukuka göre tayin edilecektir. Sözleşmeye uygulanması gereken maddi hukuk MÖHUK md. 24 uyarınca tespit edilecektir[55].

Sözleşmeye uygulanması gereken maddi hukukun Türk hukuku olarak tespit edilmesi halinde, sözleşmenin ifa yerinin taraflarca belirlenmesi mümkündür. Bu durumda dava, kararlaştırılan ifa yerinde açılabilecektir. Tarafların sözleşmenin ifa yeri hakkında bir seçim yapmadıkları takdirde, sözleşmenin ifa yeri Borçlar Kanunu[56] (BK) md. 73/I[57] düzenlemesine göre belirlenecektir. BK md. 73/I uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, sözleşmeden doğan para borcu, alacaklının ödeme zamanındaki ikametgâhında ödenecektir. Sözleşmeden doğan borcun aranacak borç olması olasılığında ise, yetkili mahkeme borçlunun yerleşim yeri mahkemesi olacaktır.

Sonuç olarak, sözleşmenin ifa yerinin Türkiye'de olması durumunda sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık hakkındaki davada Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi mevcuttur.

c. Şubeler ve Tüzel Kişilerle İlgili Davalarda Yetki

Şubeler, bir merkeze bağlı olmakla birlikte kendi başlarına işlem yapabilirler. Ancak bu işlemlerden doğan hak ve borçlar merkeze ait olmaktadır. Bu nedenle, genel yetki kuralı uyarınca, şubenin yaptığı işlemlerden dolayı merkezin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilecektir. Bununla birlikte, HUMK düzenlemesinde şube ile iş

---

53 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

54 Postacıoğlu, s. 164-165; Kuru, s. 435-445; Umar, s. 41; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 95-96; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 120-121.

55 Nomer, 19. Bası, s. 445. İfa yerinin neresi olduğunun *lex fori*ye göre tespit edileceği hakkında bkz. Çelikel/Erdem, s. 498.

56 R.G. 29.4.1926 – 359.

57 04.02.2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan ve 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun *"ifa yeri"* kenar başlıklı 89'uncu maddesi, 818 sayılı BK'nın md. 73 düzenlemesini karşılamaktadır.

yapanlara kolaylık sağlamak amacıyla[58], bir gerçek veya tüzel kişinin başka bir yerde şubesi varsa, o şubenin işlemlerinden dolayı şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabileceği kabul edilmişti (HUMK md. 17).

HMK düzenlemesinde de, şubenin işlemlerinden doğan davalarda o şubenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağı hükmüne yer verilmiştir[59] (HMK md. 14/I)[60]. Söz konusu yetki kuralı, şubenin bağlı bulunduğu merkeze karşı açılacak davalar açısındandır, bu nedenle bu kural şubenin bağlı bulunduğu merkezin açacağı davalar açısından uygulanmayacaktır[61]. Şubenin bulunduğu yer mahkemesi sadece şubenin hukuksal işlemlerinden doğan davalarda değil, aynı zamanda haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan davalar açısından da yetkilidir[62].

Şubenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren HMK md. 14 düzenlemesi, Türkiye'de şubeleri aracılığıyla faaliyette bulunan yabancı şirketler açısından da uygulanacaktır. Ancak, HMK md. 14 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için dava konusu uyuşmazlığın yabancı şirketin Türkiye'deki şubesinin işlemlerinden doğmuş olması gerekmektedir[63].

Öte yandan, Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat[64] md. 10 uyarınca, yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirket-

58 Kuru, s. 468-469.

59 Şubenin bulunduğu yer mahkemesini de yetkili kabul eden HUMK düzenlemesinde bu kurala ilişkin bazı istisnalar da bulunmaktaydı. HUMK md. 17'de açıkça iflas davası dışında şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı belirtilerek, iflas davasında yalnızca şubenin bağlı bulunduğu gerçek veya tüzel kişinin muamele merkezinin yetkili olacağı kabul edilmişti. HUMK'da söz konusu hükmün istisnası olarak belirtilen iflas davasına ilişkin düzenlemeye HMK'da yer verilmemiştir. Bunun nedeni ise, iflas davasında yetkili mahkemeye ilişkin düzenlemenin İcra İflas Kanunu'nda (İİK) yer alıyor olmasıdır. İİK md. 154/III uyarınca, iflas davaları sadece şubenin bağlı bulunduğu gerçek veya tüzel kişinin muamele merkezinin olduğu yerde açılabilecektir.

60 Brüksel I Tüzüğü md. 5/5 uyarınca, bir şubenin, acentenin veya bu nitelikteki başka bir müessesenin işletilmesinden doğan uyuşmazlıklarda bu şube, acente veya müessesenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilir.

61 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 144.

62 Umar, s. 56; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 99.

63 Şanlı, Ticari Akitler, s. 124.

64 Takvimi Vakayi 4 Kanunuevvel 1330 - 2025.

lerin Türkiye'deki şube ve acentelikleri onların kanuni ikametgâhları sayılır[65]. Dolayısıyla, yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlere karşı açılan davalarda, bu şirketlerin şube veya acentelerinin bulunduğu yer mahkemesi milletlerarası yetkiye sahiptir[66]. Buna göre, yabancı anonim veya sermayesi paylara bölünmüş şirketlere karşı, bunların Türkiye'de bir şubesi ya da acentesi bulunması halinde, Türkiye'de bu şube veya acentenin bulunduğu yerde her türlü davayı açmak mümkündür. Açılacak davanın şube veya acentenin işlemlerinden kaynaklanması da aranmaz. Ancak, bu Kanun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun[67] md. 41/1 uyarınca yürürlükten kalkacaktır.

Dolayısıyla, 1 Temmuz 2012 itibariyle, Türkiye'de şubesi bulunan yabancı şirketlere karşı, sadece şubenin işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında Türkiye'de dava açılabilecektir.

d. Haksız Fiilden Doğan Davalarda Yetki

Haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkeme HUMK düzenlemesine göre, haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesi olarak belirlenmişti (HUMK md. 21). HUMK md. 21'de yer alan "*haksız fiilin vuku bulduğu yer*" ifadesinden, haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı yerin anlaşılması gerekmektedir[68].

HMK ise haksız fiilden doğan davalarda yetkiye ilişkin kuralı, HUMK md. 21'e göre kapsamını genişleterek, yeniden düzenlemiştir. HMK md. 16'ya göre; "*haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği*

---

65 Yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlere ilişkin yetki kuralının amacının, yabancı şirketlerin Türkiye'deki müşterilerini korumak olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu kural Türk mahkemelerinin diğer yetki kurallarına göre belirlenen yetkisini bertaraf etmemesi nedeniyle münhasır yetki niteliği taşımamaktadır. Ata Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 101-102; Emre Esen, "*Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı*", *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, C. 22, S. 2, İstanbul 2002 (Münhasır Yetki), s. 194-195. Aksi görüş için bkz. Vedat Raşit Seviğ, "*Türkiye'nin Devletler Hususi Hukuku Kuralları Bakımından Mahkemenin Akitle Tayin Edilmesi Usulü*", *İÜHF Mecmuası*, C. XXXI, S. 1-4, 1965, s. 144-145.

66 Çelikel/Erdem, s. 491.

67 R.G. 4.2.2011 – 27836.

68 Kuru, s. 483; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul, s. 125.

veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir."[69]

Söz konusu kurala göre öncelikle haksız fiilin işlendiği yerde dava açılabilecektir. Bunun yanında haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı olması olasılığına karşılık zararın gerçekleştiği yerde de dava açılabileceği kabul edilmiştir[70].

Ayrıca, zarar meydana gelmeden oluşabilecek zararı önleme amacı ile zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Bu husus özellikle haksız fiilin işlendiği yerin Türkiye dışında olduğu hallerde önem taşıyacaktır[71]. Basın yayın yoluyla veya internet üzerinden yapılan haksız fiiller bakımından zararın Türkiye'de meydana gelme ihtimali bulunabilir[72]. Kanımızca, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkilendirilmesinin asıl önemi ihtiyati tedbirler bakımındandır. Zira, aşağıda görüleceği üzere, dava açılmadan önce talep edilecek ihtiyati tedbirler bakımından artık sadece asıl davada yetkili olan mahkemeler yetkilidir. Basın yoluyla bir kişilik hakkının ihlalinin önlenmesi için ilgili yayının toplatılması ya da haksız rekabet teşkil eden bir reklamın durdurulması gibi tedbir örneklerinde zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili kılınması ortaya çıkabilecek yetki problemlerini önlemek bakımından isabetli olmuştur. Zira, aksi takdirde, ihtiyati tedbir bakımından yetkili bir mahkeme olup olmadığı tartışma konusu olabilir; yetkili bir mahkeme bulunmadığı yönünde bir uygulama oluşabilir ve bu da hak kayıplarına yol açabilirdi.

HUMK md. 9/II ve HMK md. 7/I düzenlemelerinde, dava sebebine göre kanunda davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, haksız fiilin birden fazla kişi tarafından

---

69 Brüksel I Tüzüğü md. 5/3 uyarınca, bir haksız fiilin veya aynı nitelikte sayılan bir fiilin veya böyle fiillerden doğan taleplerin dava konusu olduğu durumlarda zarar veren olayın gerçekleştiği veya gerçekleşeceği yer mahkemesinde dava açılabilir.

70 MK md. 25/V kuralı, kişilik haklarına saldırı nedeniyle açılacak olan maddi ve manevi tazminat davasına ilişkin ayrı bir yetki kuralı öngörmüştür. Buna göre davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilecektir.

71 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

72 Nomer, s. 447.

işlenmesi ve hepsinin yerleşim yerinin farklı olması olasılığında dava, ortak yetkili mahkeme olan haksız fiilin işlendiği, zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu veya zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde açılacaktır[73]. Belirtmek gerekir ki, tüm bu yerlerin yabancı ülkede bulunması, ancak haksız fiili işleyenlerden birinin yerleşim yerinin Türkiye'de bulunması durumunda da Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini kabul etmek gerekir. Zira, iç hukukun yetki kuralları başka bir ülkenin mahkemesine yetki atfetmek için değil Türk mahkemesiyle uyuşmazlık arasında bağ kurmak için kullanılır ve davalılardan birinin ikametgahının Türkiye'de bulunması Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesisi bakımından yeterli sayılmalıdır.

3- Kesin Yetki

Genel yetki ve özel yetkili mahkemeler yanında kanunda bazı durumlara ilişkin kesin yetki kuralları da öngörülmüştür. Kesin yetkinin varlığı halinde, dava sadece kanunda öngörülen mahkemede açılabilecektir[74].

Kesin yetki kuralları deyince öncelikle taşınmazın aynından doğan davalara[75] ilişkin yetki kuralı gelmektedir. Taşınmazın aynından doğan davalarda yetkili mahkeme hem HUMK md. 13 hem de HMK md. 12 tarafından taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olarak belirlenmiştir[76]. Dolayısıyla, Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından Türk mahkemeleri münhasır yetkilidir[77].

HUMK md. 17'de şirket, kooperatif, dernek ve vakıfların kendi işlerine ilişkin olmak üzere üyelerine karşı ve üyelerin bu sıfatla birbirlerine karşı açacakları davalara şirket, kooperatif, dernek veya

---

73 Kuru, s. 486; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 118.

74 Üstündağ, s. 201; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 123.

75 HMK md. 12'de taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin davalar, ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar, taşınmazın zilyetliğine ilişkin davalar ve taşınmazın alıkoyma hakkına ilişkin davalar taşınmazın aynına ilişkin davalar olarak açıklanmıştır.

76 Brüksel I Tüzüğü md. 22/1 uyarınca, kira ve hasılat kirası da dahil olmak üzere konusu, taşınmazlar üzerindeki ayni haklar olan davalarda, taşınmazın bulunduğu üye devlet mahkemeleri münhasır yetkiye sahiptir.

77 Sakmar, s. 100; Nomer, s. 457; Şanlı, Ticari Akitler, s. 90; Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin, Ankara 1996, s. 161-162.

vakfın yerleşim yeri sayılan yer mahkemesinde bakılacağı belirtilmişti. HMK düzenlemesinde de, HUMK md. 17'ye paralel olarak, özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak üzere, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu açıkça düzenlenmiştir[78].

Mirastan doğan davalarda, HUMK md. 11/1 uyarınca, terekenin taksimine, taksimin butlanı ve feshine, mirasçılar arasında terekenin idaresine ve terekenin kesin taksimine kadar tereke aleyhine açılacak davalarda miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. HMK, HUMK'un mirastan doğan davalarda yetkiye ilişkin düzenlemesini esasen benimsemiştir. HMK, terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar ve terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak[79] tüm davaların yanında, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisi ile miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalarda da yetkili mahkemenin ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi olduğunu kabul etmiştir. HMK md. 11, mirastan doğan davalarda yetkinin kesin olduğunu madde düzenlemesinde tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıkça belirtmiştir. Öte yandan, yabancılık unsuru taşıyan miras davalarında yetkili mahkemeye ilişkin MÖHUK'da ayrı bir düzenleme yer almaktadır. MÖHUK'ta yer alan bu yetki kuralı Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde öncelikle uygulanacaktır. MÖHUK md. 43 uyarınca, mirasa ilişkin davalarda ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesi, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması halinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Dolayısıyla, ölenin Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması

---

78 Brüksel I Tüzüğü md. 22/2 uyarınca, konusu, şirketlerin veya diğer tüzel kişilerin veya gerçek veya tüzel kişilerden oluşan birliklerin kuruluşunun geçerliliği, butlanı veya feshi olan davalarda veya bunların organlarının verdiği kararların geçerliliğine ilişkin davalarda, şirketin, tüzel kişinin veya birliğin yerleşik bulunduğu üye devletin mahkemeleri münhasıran yetkilidir.

79 HUMK'da yer alan *"tereke aleyhine ikame olunan davalar"* deyimi yerine HMK'da, terekenin tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle *"mirasçılara karşı açılacak tüm davalar"* deyimi kullanılmıştır. Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

ya da terekeye dahil malvarlığının Türkiye'de bulunmaması halinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmayacaktır. Yabancılık unsuru taşıyan miras davalarına ilişkin bu yetki kuralının münhasır yetki kuralı niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Münhasır yetki, milletlerarası usul hukukunda söz konusu davanın sadece Türk mahkemelerinde görülebileceği hallerde ortaya çıkmakta ve yabancı mahkemenin verdiği kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi bakımından engel oluşturmaktadır[80]. Bir görüşe göre, MÖHUK md. 43'te yer alan bu kural, son yerleşim yeri Türkiye'de bulunmayan fakat terekesi Türkiye'de bulunanlar bakımından milletlerarası alanda münhasır yetki esası getirmektedir[81]. Diğer görüşe göre ise, MÖHUK md. 43 yabancılık unsuru taşıyan miras davaları bakımından alternatif bir özel yetki kuralı olarak düzenlenmiştir[82]. Bununla birlikte, yabancılık unsuru taşıyan miras davasında terekeye dâhil bir taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağına dair kural münhasır yetki niteliğini taşıyacaktır[83].

HMK, HUMK'dan farklı olarak can sigortalarında da sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesinin kesin yetkili olacağını kabul etmiştir[84]. Söz konusu HMK md. 15/2 düzenlemesi ile sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın sigorta şirketlerine karşı korunması amaçlanmıştır[85]. Bu nedenle sigorta sözleşmelerine HMK md. 15/2 düzenlemesine aykırı bir şekilde yetki şartı konulamayacaktır[86]. Öte yandan, MÖHUK yabancılık unsuru taşıyan sigorta sözleşmelerine ilişkin

80 Nomer, s. 486; Çelikel/Erdem, s. 527.

81 Aysel Çelikel, "*Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları*", *MHB*, Y. 2, S. 2, 1982, s. 10; Cemal Şanlı, "*Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde 'Tanınması' veya 'Delil' Olarak Kullanılması*", *Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan*, İstanbul 1990, s. 300-301.

82 Nomer, s. 455; Çelikel/Erdem, s. 527; Esen, Münhasır Yetki, s. 190.

83 Nomer, s. 494; Çelikel/Erdem, s. 527-528, 607; Esen, Münhasır Yetki, s. 190-191.

84 HMK'da sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetki, HUMK'dan farklı olarak yalnızca sigorta sözleşmelerinden doğan tazminat davaları ile sınırlandırılmamıştır. Buna göre, sigorta sözleşmesinden doğan her türlü davada HMK md. 15'teki yetki kuralı uygulanır. Ejder Yılmaz, "*Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri*", ABD, 2011/2, s. 223.

85 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

86 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 145.

davalar açısından da yetki kuralına sahiptir. MÖHUK md. 46 uyarınca, sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye'deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir. MÖHUK md. 46 düzenlemesi sigorta ettiren, sigortalı veya lehdarı korumak amacıyla getirilen bir yetki kuralıdır[87]. HMK'da sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda kesin yetki kuralı sadece can sigortaları bakımından düzenlenmişken, MÖHUK md. 46, tüm sigorta sözleşmelerini kapsamaktadır. Milletlerarası yetkiyi düzenleyen kurallardan biri olan MÖHUK md. 46, HMK düzenlemesini tamamlayıcı niteliktedir[88].

HMK ile yukarıda anılan düzenlemelerde yetkinin kesin olduğunun açıkça belirtilmesinin milletlerarası usul hukuku bakımından bir etkisi yoktur. Zira, devletler özel hukuku kapsamındaki ilişkilerin niteliği ve güttüğü amaçların farklı olması nedeniyle, Türk mahkemelerine iç hukuk yönünden kesin yetki veren yetki kurallarının tümünün, aynı etkiyi milletlerarası yetki alanında da göstermeyeceği ve iç hukukun kesin nitelikteki yetki kurallarıyla milletlerarası yetki anlamındaki münhasır yetkinin farklı amaçlar taşıdıkları kabul edilmektedir[89].

---

87 Yabancılık unsuru taşıyan sigorta davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, zayıf olan tarafı korumak amacını taşımasıyla münhasır yetki niteliğine sahiptir. Böylece bu konuda verilen yabancı mahkeme ve hakem kararlarının da tanınması ve tenfizi açısından bir engel teşkil etmektedir. Çelikel/Erdem, s. 535. Sigorta ettirenin, sigortalının veya lehdarın, kendi lehlerine yabancı mahkemelerden alınan ilamların Türk mahkemelerinde tanınması ve tenfizini sağlamaları açısından bir engel bulunmamaktadır. Nomer, s. 494; Çelikel/Erdem, s. 547; Şanlı, Ticari Akitler, s. 81.

88 Nomer, s. 452; Bahadır Erdem, *"22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi"*, *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, C. 22, S. 2, İstanbul 2002, s. 153. Sigortaya ilişkin davalarda mahkemelerin yetkisi Brüksel I Tüzüğü II. Bölüm 3. Kısım'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde davanın sigortacı ve zarar gören tarafından açılması halleri ile sorumluluk sigortası ve taşınmazlara ilişkin sigorta davaları ayrı ayrı düzenlenmiş ve yetki sözleşmesi yapılması da belirli şartlara bağlanmıştır.

89 Nomer, s. 495; Çelikel/Erdem, s. 607; Çelikel, s. 9; Ekşi, Yetki, s. 214, 222; Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi,* AÜHF Yayınları, Ankara 1996, s. 65; Sargın, s. 151-152; Esen, Münhasır Yetki, s. 186.

4- Yetki Sözleşmesi

Tarafların, belirli bir uyuşmazlık hakkında kanun tarafından yetkili kılınmamış olan mahkemeyi yetkili kılmak için yaptıkları sözleşmeye yetki sözleşmesi denmektedir. Usul hukukuna ilişkin olan yetki sözleşmesi ile tarafların yetkisiz bir mahkemeyi yetkili hale getirmeleri mümkün iken, yetkili bir mahkemeyi yetkisiz kılmaları mümkün değildir[90].

Yetki sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi tarafların aralarında yaptıkları maddi hukuk sözleşmesine *"yetki şartı"* koymaları yoluyla da yapılabilecektir[91].

---

90 Kuru, s. 555; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 106-107; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul, s. 129; Ayfer Uyanık, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 1994, s. 33.

91 Kuru, s. 556; Üstündağ, s. 212; Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta, İstanbul 2009, s. 52-54. Yetki sözleşmeleri Brüksel I Tüzüğü md. 23'te düzenlenmiştir. Md. 23, taraflardan birinin üye ülkelerden birinde mukim olması ve yetki sözleşmesi ile üye ülke mahkemelerinin yetkilendirilmesi durumunda uygulanacaktır. Ancak, her iki tarafın da aynı üye ülkede mukim olması ve taraflarca bu ülke mahkemelerinin yetkilendirilmesi durumunda Brüksel I Tüzüğü uygulanmaz (Kruger, s. 215, 218). Yetki sözleşmeleri hakkında, ayrıca, 30 Haziran 2005 tarihli Mahkeme Seçimine İlişkin Anlaşmalar Hakkında Lahey Konvansiyonu ("Lahey Konvansiyonu") hazırlanmıştır. Konvansiyon, 2007'de Meksika tarafından onaylanmış; 2009'da Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Topluluğu tarafından imzalanmış olmakla birlikte henüz yürürlüğe girmemiştir. Konvansiyon, tarafların yetki anlaşması yaparak belirli bir mahkemeyi yetkili kılmaları halinde bu anlaşmanın geçerliliği ve seçilen mahkeme tarafından verilen kararların diğer akit devletlerde tanıma ve tenfizini düzenlemektedir. Konvansiyon, uluslararası medeni ve ticari anlaşmaları kapsamaktadır. Bir başka deyişle, taraflar arasındaki anlaşmanın Konvansiyon kapsamında değerlendirilebilmesi için taraflardan birinin tüketici olmaması gerekmektedir ve taraflar arasındaki ilişki tek bir ulusal hukuku ilgilendirmemelidir. Bununla birlikte, devletlerin egemenlik yetkileri konusunda hassas olduğu bazı konular da Konvansiyon'un kapsamı dışında bırakılmıştır. Örneğin, iş sözleşmeleri, aile hukuku meseleleri, iflas, nükleer zararlar kapsam dışında bırakılan konular arasındadır. Lahey Konvansiyonu'nun Türkçe metni için bkz. Ceyda Süral, "Mahkeme Seçimine İlişkin Anlaşmalar Hakkında Lahey Konvansiyonu", *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan*, Beta, İstanbul 2010, s. 1507 vd. Lahey Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, *"30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi"*, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XI, S. 1-2, 2007; Ronald A. Brand/Paul M. Herrup, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Cambridge University Press, 2008. Brüksel I Tüzüğü ve Lahey Konvansiyonu hakkında karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Arzu Alibaba, "'*Yetki Sözleşmelerine İlişkin Lahey Konvansiyonu' ve 'Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü'nde Yetki Sözleşmesi*", *MHB*, Y. 29, S. 1-2, 2009, s. 1 vd.

a. Yetki Sözleşmesi ile Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Kabulü

Yetki sözleşmesi ile taraflar bir Türk mahkemesinin yetkili olacağını kararlaştırabilir. Türk mahkemesine yetki veren bir yetki anlaşmasının geçerlilik şartları Türk usul hukukuna tabidir[92].

Yetki sözleşmesinin geçerliliği için birtakım koşullar getirilmiştir. HUMK düzenlemesine göre, kesin yetkinin bulunduğu durumlarda yetki sözleşmesi yapılamayacaktı. Bunun yanında yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı bir şekilde yapılması gerekliliği aranmaktaydı. Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için aynı zamanda uyuşmazlığın ve mahkemenin de belirli olması koşulları da gerekmekteydi (HUMK md. 22).

HMK ise daha zayıf durumda olan tarafı güçlü tarafa karşı korumak amacıyla yetki sözleşmesinin sadece tacirler veya kamu tüzel kişilerinin aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında yapılabileceğini düzenlemiştir. Tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki kimseler, kendi aralarında yetki sözleşmesi akdedemeyeceklerdir. Böylece HMK, yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri sınırlamıştır[93].

HMK, ayrı bir madde halinde yetki sözleşmesinin geçerlilik şartlarını belirlemiştir. Buna göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. Örneğin, boşanma ve ayrılık davalarında, babalık davası ve nesebin reddi davasında yetki sözleşmesi yapılamayacaktır[94]. Bunun yanında, yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemenin gösterilmesi şartları aranmıştır (HMK md. 18).

---

92 Nomer, s. 454; Çelikel/Erdem, s. 552; Şanlı, Ticari Akitler, s.76; Sargın, s. 211; Ekşi, Yetki, s. 125.

93 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf; Kuru, s. 159; Umar, s. 61; Şanlı, Ticari Akitler, s. 77; Hakan Pekcanıtez, "*Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı*", *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi*, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 19; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 126.

94 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

HUMK düzenlemesinde yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkeme, genel ve özel yetki kurallarına göre yetkili olan mahkemelerin yetkisini kaldırmayacak, söz konusu mahkemelerin yanında yetkili kılınan mahkeme de yetkili olacaktır[95]. HMK ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, davanın sadece yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemelerde açılacağını kabul etmiştir (HMK md. 17). Böylece, taraflar aksini kararlaştırmadıkça yaptıkları yetki sözleşmesi münhasır yetki sözleşmesi olacaktır[96].

Taraflar arasında daha önce yetki sözleşmesi yapılmamış olsa bile, davanın yetkisiz mahkemede açılması üzerine davalı, ilk itiraz[97] olarak ileri sürmez ise, yetkisiz mahkemenin yetkisini kabul etmiş olacaktır. Bu durumda ise zımni yetki sözleşmesinin yapıldığı kabul edilmektedir[98]. HMK md. 19/4 düzenlemesinde de açıkça, yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalının süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmaması halinde, davanın açıldığı mahkemenin yetkili olacağı belirtilerek zımni yetki sözleşmesinin kurulabileceği kabul edilmiştir.

b. Yetki Sözleşmesi ile Yabancı Mahkemelerin Yetkisinin Kabulü

Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkisinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, tarafların aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan ihtilaflarının yabancı bir ülke mahkemesinde görülmesini kararlaştırmaları mümkündür (MÖHUK md. 47).

Yabancı bir mahkemenin yetkili kılınmasının ilk şartı, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır yetki esasına göre tayin

---

95 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul, s. 130.

96 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf. HMK ile yetki sözleşmelerinin uygulama alanı daraltılmış, fakat etkileri güçlendirilmiştir. Baki Kuru/Ali Cem Budak, "*Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler*", *İBD*, C. 85, S. 2011/5, s. 11.

97 HMK md. 19/2 uyarınca, yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının cevap dilekçesi içinde ileri sürülmesi gerekmektedir. HMK md. 127, cevap dilekçesinin verilme süresini dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki hafta olarak düzenlemiştir.

98 Umar, s. 67; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 127; Bolayır, s. 143.

edilmemiş olmasıdır. Türk hukukunda, Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu kabul edilmektedir[99]. Ayrıca, iş sözleşmelerinden, tüketici sözleşmelerinden ve sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, işçi, tüketici, sigorta ettiren, sigortacı veya lehdar lehine Türk mahkemeleri münhasır yetkili kabul edilmiştir[100]. Zira, MÖHUK'ta bu mahkemelerin yetkisinin tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir (MÖHUK 47/2).

Yabancı bir mahkemenin yetkili kılınmasının diğer bir şartı taraflar arasında borç ilişkisinden doğan bir uyuşmazlığın söz konusu olmasıdır. Sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borç ilişkisinin çözümü için yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi mümkünken; kişi hallerine, aile veya miras hukukuna ilişkin konulardan doğan uyuşmazlıklar hakkında yetki anlaşması yapılamaz[101].

Yabancı bir mahkemenin yetkili kılınmasının diğer şartı da borç ilişkisinin yabancılık unsuruna sahip olmasıdır. Dolayısıyla, taraflardan en az birinin yabancı olması veya sözleşmenin yapıldığı veya icra edileceği yerin yabancı ülkede olması veya uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması gibi bir yabancılık unsuru bulunmalıdır[102].

Yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan yetki anlaşmasının yazılı delille ispat edilmesi gerekmektedir. Burada yazılılık bir sıhhat şartı değil; ispat şartıdır. Dolayısıyla, yetki anlaşmasının varlığı ve geçerliliği her türlü yazılı delille ispat edilebilir. İspat, yetki anlaşmasının içeriğinin tespitine imkân verecek herhangi bir iletişim aracıyla yapılabilir[103].

---

99 Sakmar, s. 100; Nomer, s. 457; Şanlı, Ticari Akitler, s. 90; Sargın, s. 161-162.

100 Nomer, s. 457; Çelikel/Erdem, s. 547; Sargın, s. 155-159.

101 Nomer, s. 459; Çelikel/Erdem, s. 541; Akıncı, s. 63; Sargın, s. 152-155.

102 Nomer, s. 459; Sargın, s. 149-150.

103 Nomer, s. 458-459; Çelikel/Erdem, s. 542; Şanlı, Ticari Akitler, s. 93. Brüksel I Tüzüğü md. 23 uyarınca, yetkiyi tesis eden yetki sözleşmesi şu üç şekilden birinde yapılmalıdır: (a) yazılı olarak yapılmış veya onanmış olmalıdır veya (b) tarafların aralarında olan adete uygun bir biçimde veya (c) milletlerarası ticarette örf ve adete uygun olan ve tarafların bildiği veya bileceği veya bu tür akdi ilişkilerde genel olarak tanınan ve göz önüne alınan bir şekilde. Bir nüshasının sürekli olarak temininin mümkün olduğu elektronik anlamdaki her türlü iletişim "*yazı*" ile eşdeğerdedir. Lahey Konvansiyonu md. 3/c uyarınca, Münhasır mahkeme seçimine yönelik anlaşmalar aşağıdaki şekilde akdedilmeli veya belgelenmelidir: (i)Yazılı olarak; veya (ii) Daha sonra kullanılabilecek şekilde bilgiye ulaşmayı sağlayan

Yabancı bir mahkemenin yetkili kılındığı yetki sözleşmelerinin geçerliliği bakımından başkaca bir şart aranmaz. Bir başka deyişle, HMK md. 17'de yer alan tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması şartı yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesi hallerinde aranmaz. O halde, HMK düzenlemesiyle yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık söz konusu ise, tacir olmayan gerçek kişilerin yetki anlaşması yaparak Türk mahkemelerini yetkili kılamayacakları, fakat yabancı mahkemeleri yetkili kılabilecekleri sonucu ortaya çıkmıştır[104]. Kanımızca, bu sonuç, kabul edilemeyecek bir sonuç değildir. Türk hukukunda tacir bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişidir (TTK md. 14/I; Yeni TTK md. 12/1). O halde, merkezi Türkiye'de bulunan tüzel kişiler ile ticari işletmesi için sözleşmesel ilişkiye giren Türk vatandaşları yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların halli için hem Türk hem yabancı mahkemeleri yetkili kılabilir. Herhangi bir ticari işletme işletmeyen ya da iktisadi faaliyette bulunmayan bir Türk vatandaşı, yabancı bir tacir ile özel amaçlarla bir sözleşme ilişkisine girdiğinde tüketici sayılacaktır. Bu durumda, Türk mahkemelerinin yetkili kılınması mümkün değildir. Ancak, yabancı mahkemelerin yetkili kılınması bakımından da MÖHUK md. 47'nin yanı sıra MÖHUK md. 45 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, Türk tüketiciler kendi yerleşim yeri veya mutad meskeninde dava açabilir ve bunlara karşı da ancak Türkiye'deki mutad meskenlerinde dava açılabilir. Tüketici sözleşmesinde yabancı bir mahkeme yetkili kılınmış olsa da, belirtilen Türkiye'deki bu mahkemelerin yetkisi bertaraf edilemez (MÖHUK md. 47/2). Ancak, yabancılık unsuru içeren ve her iki tarafının da tacir olmadığı bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda taraflar Türk mahkemelerini yetkili kılamazken yabancı mahkemeleri yetkili kılabileceklerdir. Örneğin, bir yabancının Türkiye'de ev kiralaması, sokağındaki esnaftan alışveriş etmesi, Türk arkadaşından ödünç para alması durumunda Türk mahkemelerini yetkili kılan bir yetki anlaşması yapması mümkün olmayacaktır. Hukuken yabancı mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşması yapması mümkündür ancak fiilen böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi olasılığı oldukça düşüktür.

---

herhangi başka bir iletişim aracıyla.

104 Nomer, s. 461.

Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması, uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğduğunun belirlenmesi, yabancı bir mahkeme seçmek konusunda karşılıklı taraf iradelerinin mevcudiyetinin belirlenmesi[105] ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi ise bir yabancı mahkemenin yetkili kılındığının belirlenmesi açısından zaten gerekli şartlardır. Ancak, seçilen yabancı mahkemenin ismen zikredilmesi gerekli değildir; genel olarak yabancı bir devletin mahkemelerini yetkili kılan bir yetki anlaşması belirli olma şartını karşılayacaktır[106].

Geçerli bir yetki anlaşması ile yabancı bir mahkemenin yetkili kılınmasının kanunen yetkili Türk mahkemelerinin yetkisine etkisi ne olacaktır? MÖHUK md. 47 bu soruya cevap vermiştir. Buna göre, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde Türk mahkemesi yetkili olur[107].

---

105 Sargın, s. 175. Brüksel I Tüzüğü md. 23 uyarınca da, uyuşmazlığın belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanmış ya da kaynaklanacak olması gerekmektedir. Trevor Hartley, *International Commercial Litigation*, Cambridge University Press, 2009, s. 165.

106 Nomer, s. 459-460; Sargın, s. 171; Akıncı, s. 66. Brüksel I Tüzüğü md. 23 uyarınca da, yetki anlaşması ile belirli bir mahkemenin ya da belirli bir ülkenin mahkemelerinin yetkili olacağının kararlaştırılması mümkündür. Hartley, s. 165.

107 Brüksel I Tüzüğü md. 23 uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkeme münhasır yetkilidir. Öte yandan, her iki tarafın da üye ülkeler dışında mukim olması halinde, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmeyen mahkemeler ancak yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde yetkili olur. Ayrıca, Brüksel I Tüzüğü md. 27/1 uyarınca, hukuki sebebi ve tarafları aynı olan davaların iki farklı üye devlette açılmış olması durumunda daha sonra başvurulan mahkeme ilk başvurulan mahkeme yetkisini tespit edene kadar davaya resen arar verir. Buna göre, taraflardan birinin yetki sözleşmesinde yetkilendirilmeyen bir mahkemeye başvurması halinde, diğer taraf sonradan yetki sözleşmesinde kararlaştırılan mahkemeye başvurursa, ikinci mahkeme, md. 27 uyarınca, ilk mahkemenin yetki konusundaki kararını beklemek zorundadır. Kruger, s. 230-231. Lahey Konvansiyonu md. 3/b uyarınca, bir Akit Devlet mahkemelerini veya bir Akit Devletin bir veya daha fazla sayıda belirli mahkemelerini yetkili mahkeme olarak belirleyen mahkeme seçimine yönelik anlaşmalar, taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkça, münhasır olarak kabul edilecektir. Lahey Konvansiyonu md. 5/1 uyarınca, münhasır mahkeme seçimine yönelik anlaşma uyarınca seçilen Akit Devlet mahkemesi veya mahkemeleri, anlaşma o Akit Devlet hukuku uyarınca hükümsüz sayılmadıkça, anlaşmanın uygulandığı uyuşmazlıkları çözmeye yetkilidir.

Yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşmasının varlığına ve buna istinaden yabancı mahkemede dava açılmış olmasına rağmen, sonradan aynı konuda Türk mahkemesinde dava açıldığında ise bir derdestlik itirazı söz konusu olacaktır[108]. Doktrinde, bunun derdestlik değil, yetki itirazı olacağı ifade edilmiştir[109]. Bu görüşe göre, yabancı mahkeme davaya bakmayı reddetmedikçe Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi sona ermiş sayılacak; dolayısıyla, yetki anlaşmasının varlığı Türk mahkemesinde dava açılmasını önleyecektir. Bu nedenle, davalı, yetki anlaşmasına dayanarak yetki itirazında bulunacaktır. Derdestlik itirazı, ancak tarafların Türk mahkemelerinin yanında alternatif olarak yabancı mahkemeleri seçmiş olmaları halinde söz konusu olabilir[110].

HUMK sisteminde, derdestlik itirazı bir ilk itirazdır. Dolayısıyla, esasa girişilmezden önce ileri sürülmemesi halinde Türk mahkemesi, yabancı ülkede de aynı konuda bir davanın devam etmesine rağmen yetkili hale gelebilecektir. Oysa, HMK sisteminde derdestlik itirazı dava şartıdır. Bu sebeple, davanın her aşamasında hâkim tarafından resen dikkate alınabileceği gibi, taraflarca da her zaman ileri sürülebilir. O halde, burada bir derdestlik itirazının mı yoksa yetki itirazının mı söz konusu olduğu tartışması önem kazanmıştır.

Yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı mahkemede henüz dava açılmamışsa, burada bir derdestliğin söz konusu olamayacağı ve ancak yetki itirazı yapılabileceği aşikârdır[111]. Bu durumda, davanın başında yetki itirazında bulunulacak ve geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı halinde Türk mahkemesi davayı usulden reddedecektir. O halde sorun esasen yabancı mahkemede dava açıldıktan sonra Türk mahkemesinde aynı konuda ikinci bir davanın açılması bakımındandır.

---

108 Nomer, s. 461; Çelikel/Erdem, s. 545.

109 Sargın, s. 189-190; Doğan, s. 142; Emre Esen, *"Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi"*, *MHB*, Y. 31, S. 1, 2011, s. 201.

110 Sargın, s. 189-190; Doğan, s. 142.

111 Nomer, s. 461; Çelikel/Erdem, s. 545.

2675 sayılı önceki MÖHUK md. 31'de yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde davanın Türk mahkemesinde görüleceği düzenlenmişti. Maddenin bu düzenlemesi uygulamada değişik yorumlara sebebiyet vermişti. Doktrinde yabancı mahkemenin yetkisinin münhasır yetki olduğu kabul edilmiş olmasına rağmen[112], Yargıtay bazı kararlarında taraflarca seçilen yabancı mahkemenin münhasır yetkisini kabul etmiş; fakat bazı kararlarında yetki anlaşmasıyla esasen yetkili bulunan Türk mahkemesinin yetkisinin kaldırılamayacağına, bunun Türk mahkemelerine güvensizlik beslenmesi anlamına geleceğine ve kamu düzenine aykırı olacağına karar vermiştir[113]. Uygulamadaki bu farklılık, yeni MÖHUK ile taraflarca seçilen mahkemenin münhasır bir yetki tesis edeceği hükmünü daha net ve kesin olarak ifade etmek gereğini doğurmuştur[114]. MÖHUK md. 47 uyarınca, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde Türk mahkemesi yetkili olur. Gerekçede, bu yeni ifade şeklinin sebebi aynen şöyle açıklanmıştır: *"Bu yeni ifade şekliyle, mevcut bir yetki anlaşması varsa, seçilen yabancı mahkeme kendisini yetkisiz görmedikçe veya davayı görmekten kaçınmadıkça, yetkili Türk mahkemesinde dava açılamayacağı, açıldığı takdirde yetkisizlik itirazı ile karşılaşılabileceğinin ifade edildiği hükmün artık farklı bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca, yetki sözleşmesinin varlığına rağmen, Türk mahkemesinde açılan bir davada, davalı tarafın yetki itirazında bulunmaması halinde Türk mahkemesinin davayı görebileceği de, doğabilecek tereddütleri önlemek amacıyla, cümleye eklenmiştir."*[115] Görüldüğü üzere, madde gerekçesinde yetki anlaşmasının varlığının yetki itirazına konu olacağı açıkça ifade edilmiştir. Gerçekten, yabancı mahkemenin münhasır yetkili olduğunun kabul edilmesi karşısında, yetki anlaşmasının varlığı halinde, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz saymasına kadar, Türk mahkemesinin yetkisi doğmayacaktır. O halde burada derdestlik değil, yetki itirazı söz konusu olmalıdır.

---

112 Yılmaz Altuğ, *Türk Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul 1983, s. 66; Baki Kuru, *"Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması"*, *MHB*, Yıl:6, S:1, 1986, s. 142-143; H. Krüger/E. Nomer, *"Türk Hukukunda Yetki Sözleşmeleri"*, *İBD*, 1990, C. LXIV, S. 1-2-3, s. 161; Sargın, S. 201.

113 İlgili kararlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Sargın, s. 195-200; Akıncı, s. 72-93.

114 Günseli Öztekin Gelgel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Beta, İstanbul 2010, s. 127.

115 Öztekin Gelgel/Erdem, s. 127-128.

Yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşmasının varlığına ve bu yabancı ülkede dava açılmış olmasına rağmen, Türk mahkemesinde yeniden dava açılması durumunda da davalı yetki itirazında bulunabilir. Yetki itirazı bir ilk itirazdır (HMK md. 116/1/a). İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi halde dinlenmez (HMK md. 117/1).

Sonuç olarak, yabancı mahkemede dava açılmadan önce veya sonra, davalının yetki anlaşmasının varlığını davanın esasına girişilmeden önce cevap süresi içerisinde ileri sürmesi gerekmektedir. Geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı yetki itirazında bulunmak için yeterlidir. Süresinde itiraz edilmemesi halinde ise, Türk mahkemesi yetkili hale gelecektir[116].

Davalının yetki itirazının süresini kaçırması ve bu nedenle aynı davanın hem Türkiye'de hem yabancı bir ülkede devam etmesi halinde ise iki durum söz konusu olabilir. Türkiye'de görülmekte olan davanın öncelikle sona ermesi halinde, yabancı mahkemeden alınan çelişik bir kararın Türkiye'de bir etkisi olamaz. Zira, Türk mahkemesi kararıyla çelişen bir yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınması ya da tenfizi mümkün değildir. Yabancı mahkemede dava daha önce sonuçlanırsa, bu mahkemenin kararından fayda elde etmeyi uman tarafın, Türkiye'de görülmekte olan dava içerisinde, yabancı mahkeme kararının tanınmasını talep etmesi beklenir. İlgili yabancı karar tanıma şartlarını sağlıyorsa, Türk mahkemesinden de çelişik bir karar çıkması söz konusu olmaz.

---

116 Nomer, s. 461; Çelikel/Erdem, s. 545. Burada, bir tarafın Türk mahkemesinde dava açması üzerine, diğer tarafın (özellikle bu taraf yabancı ise) Türk usul hukukunu bilmemesi ve süresinde yetki itirazında bulunmaması üzerine Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğmaktadır. Belirtmek gerekir ki, buradaki yetki itirazı HMK md 19'da (HUMK md. 23) düzenlenen yetki itirazından farklıdır. MÖHUK md. 47 uyarınca, yetki itirazı yapılmadığı takdirde yetkili hale gelecek olan Türk mahkemesi, tarafların arasında yabancı mahkemeyi yetkili kılan bir anlaşma olmasaydı yetkili olacak olan Türk mahkemesidir. Bir başka deyişle, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin hiç olmadığı bir durum MÖHUK md. 47'de düzenlenmemiştir. O halde, burada, taraflar bakımından *forum shopping* imkanı söz konusudur. Davacının, başvurduğu mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarından faydalanarak uyuşmazlığının belli bir maddi hukuk uyarınca çözümlenmesini sağlaması, bu ülkede kararın davalıya karşı daha kolay icra edilebilecek olması, davanın hızlı görülmesi, mahkemenin tarafsızlığı, ispat külfetinin daha kolay yerine getirilebilmesi gibi faktörler *forum shopping* için sebep olabilir. Davacının, kendisi için en uygun mahkemeye başvurması, dürüstlük kuralını açıkça ihlal etmediği sürece, en doğal hakkıdır. O halde, *forum shopping* hukuki ve kanunidir. Nomer, s. 463; Ekşi, Yetki, s. 270; Akıncı, s. 33.

5- Geçici Hukuki Koruma Yollarına İlişkin Yetki Kuralları

a. İhtiyati Haciz

İhtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki korumadır[117].

İhtiyati haciz, İcra İflas Kanunu[118] md. 257 vd. düzenlemelerinde yer almaktadır. İİK md. 257/I-II uyarınca, rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklarıyla diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir. Vadesi gelmemiş borçtan dolayı da borçlunun muayyen yerleşim yeri yoksa veya borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla mallarını gizlemeğe, kaçırmağa veya kendisi kaçmağa hazırlanır yahut kaçar ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunursa ihtiyati haciz talep etmek mümkündür.

Alacaklının ihtiyati haciz kararı alınması için başvuracağı yetkili mahkeme ise İİK md. 258'de düzenlenmiştir. Buna göre, ihtiyati hacze karar verecek olan yetkili mahkeme İİK md. 50 düzenlemesi ışığında belirlenecektir. İİK md. 50 düzenlemesine göre ise, para veya teminat borcu için takip hususunda HUMK'un yetkiye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır.

O halde, genel yetkili mahkeme olan borçlunun ikametgahı mahkemesinin yanı sıra özel yetkili mahkemeler de ihtiyati haciz kararı vermeye yetkili olacaktır. Taraflar bir yetki sözleşmesi yapmışlarsa, bu yetki sözleşmesi ile kararlaştırılan mahkemeden de ihtiyati haciz talep edilebilir[119].

İİK md. 265/I uyarınca, borçlu, kendisi dinlenilmeden verilen ihtiyati haciz kararına karşı, huzuriyle yapılan hacizlerde haczin tatbiki, aksi halde, haciz tutanağının kendisine tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde mahkemeye müracaat ederek yetki itirazında bulunabilir.

---

117 Muhammet Özekes, *İhtiyati Haciz*, Seçkin, Ankara 1999, s. 12.
118 R.G. 19.6.1932 – 2128.
119 Özekes, s. 184.

Borçlu, yetkisiz olduğunu düşündüğü mahkemenin yetkisine süresinde itiraz etmezse, mahkemenin yetkisi kesinleşmiş olur. Bunun sonucu olarak da, HUMK sisteminde, alacaklı bu mahkemenin bulunduğu yerde asıl davasını açabilir[120]. Zira, HUMK md. 12'de ihtiyati hacizden sonra, haciz kararının dayanağı olan alacağa ilişkin davanın, ihtiyati haciz kararını veren mahkemede de açılabileceği düzenlenmişti.

Milletlerarası yetki bakımından ele alırsak, ihtiyati haciz talebinde bulunmanın davacı bakımından bir koruma sağlayabilmesi için yabancı davalının Türkiye'de bir malvarlığı olması gerekir ki, HUMK sisteminde yabancının Türkiye'de herhangi bir malvarlığının bulunması Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesisi bakımından yeterlidir. Ancak, tarafların aralarında yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan geçerli bir yetki anlaşması olmasına rağmen Türk taraf yabancı tarafın Türkiye'de bulunan malvarlığı üzerinde ihtiyati haciz talep eder ve yabancı taraf buna karşı süresinde yetki itirazında bulunmazsa, normalde Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğmayacak olduğu halde, sırf ihtiyati hacze karşı süresinde yetki itirazında bulunulmadığı için Türk mahkemesi yetkili hale gelebilecekti.

HMK, ihtiyati hacizden sonra haciz kararının dayanağı olan alacağa ilişkin davada yetkili mahkeme açısından özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bir başka deyişle, HUMK md. 12 hükmü kaldırılmıştır. Dolayısıyla, Türk mahkemesinin yetkili olmadığı bir davada, Türk taraf yabancının malvarlığı üzerinde ihtiyati haciz talep ederse, diğer taraf yetki itirazında bulunabilir. Bulunmazsa da, yetkisiz mahkeme sadece ihtiyati haciz kararı verebilir; asıl dava bakımından Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olmaz.

Öte yandan, yabancının Türkiye'de malvarlığı bulunmasına rağmen, taraflar arasındaki uyuşmazlık bakımından Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi yoksa veya taraflarca yabancı bir mahkemenin yetkili olduğu kararlaştırılarak Türk mahkemelerinin yetkisi ortadan kaldırılmışsa (MÖHUK md. 47), yabancı tarafın Türkiye'de bulunan malvarlığı üzerinde ihtiyati haciz talep edilememesi Türk tarafı zarara uğratacak mıdır? Kanımızca, burada, en azından ihtiyati haciz talebiyle sınırlı olmak üzere uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunu ihtiyati

120 Özekes, s. 319.

haciz talep edilen malvarlığı olarak anlamak ve HMK md. 9 gereğince Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini kabul etmek pratik bir çözüm olabilir. Aynı şekilde, yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesi ile esas hakkında yetkili Türk mahkemelerinin yetkisinin ihtiyati hacizle sınırlı olmak üzere ortadan kaldırılmadığını da kabul etmek gerekecektir. HUMK md. 12 hükmünün olmaması ve bunun asıl dava bakımından da yetki tesisine yol açmayacak olması, bu çözümün kabulünü kolaylaştırmıştır.

Ancak, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin olmaması, bir başka ifadeyle, asıl davanın Türkiye'de görülemeyecek olması, ihtiyati haczi tamamlayıcı merasim bakımından bir takım sorunlara yol açacaktır. İİK md. 264/I uyarınca, dava açmadan önce ihtiyati haciz kararı almış ve uygulatmış olan alacaklı, yedi gün içinde borçluya karşı dava açmalıdır. Alacaklının süresi içinde borçluya karşı dava açması ile bu davanın sonuna kadar ihtiyati haciz devam edecektir (İİK md. 264/III). Asıl dava, yedi gün içinde yetkili yabancı mahkemede açılmalı ve orada dava açıldığına dair bir belge ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye tevdi edilmelidir. İlgili belgenin temini, ilgili resmi makamca onaylanması ve tercümesi için geçecek süre de dikkate alındığında yedi gün oldukça kısa kalmaktadır.

Davacı, davada haksız çıkar ve davayı kaybederse, ihtiyati haciz hükümsüz kalır (İİK md. 264/IV). Davacı, davayı kazanırsa, ihtiyati haciz devam eder. Ancak, ihtiyati haczin devamı için davacının kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde takip talebinde bulunması gerekir (İİK md. 264/III). Doktrinde, burada, alacaklı lehine verilen hükmün ne zaman icrasının istenebileceğine bakmak, ona göre bir aylık süreyi başlatmak gerektiği ifade edilmiştir[121]. Davacının yabancı ülkede açtığı davayı kazanması durumunda, lehine olan yabancı kararın Türkiye'de bir hüküm ifade edebilmesi ve icrası ancak yabancı kararın Türkiye'de tenfiz edilmesinden sonra mümkündür. O halde, bir aylık süre de tenfiz kararının kesinleşmesinden itibaren başlamalıdır. Aksi halde, dava sonuna kadar devam eden ihtiyati haczin davacının alacağını elde etmesini garanti etmesi mümkün olmayacaktır. Ancak, davalının uzun süre tenfiz davası açmaması ve ihtiyati haczin devamı süresinin aşırı uzaması da ihtimal

121 Özekes, s. 369.

dahilindedir. Bu sorunların çözüme kavuşturulması için, İİK veya MÖHUK'ta, en azından Türk vatandaşlarını ve/veya tacirlerini koruyacak ve onlara yabancı tarafın Türkiye'de malvarlığı bulunması halinde malvarlığının bulunduğu yer mahkemesini ihtiyati haciz talepleri bakımından yetkili kılan ve tamamlayıcı merasimin gerçekleşmesi bakımından da menfaatler dengesini gözeten bir düzenleme getirilmesi uygun olacaktır.

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanunu[122] (TTK), gemiler üzerinde ihtiyati haciz[123] kararı bakımından yetki meselesini ayrıca ve özel olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeler, yukarıda belirttiğimiz sorunların çözümüne hizmet edecek bir düzenlemeye örnek oluşturabilir. TTK md. 1354 uyarınca, Türk bayraklı gemiler hakkında ihtiyati haciz kararı sadece, geminin demir attığı, şamandıraya veya tonoza bağlandığı, yanaştığı veya kızağa alındığı yer mahkemesi ya da bir Türk gemi siciline kayıtlı gemilerde, sicil yeri mahkemesi; sicile kayıtlı olmayan gemilerde malikin yerleşim yeri mahkemesi; ve Türk gemisi olmayan ancak Türk Bayrağı çekebilecek kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılan gemiler için Denizcilik Müsteşarlığınca tutulan özel sicile kayıtlı gemilerde kiracının yerleşim yeri mahkemesi tarafından verilebilir. Türkiye'de yabancı bayraklı gemiler hakkında ihtiyati haciz kararı, sadece, geminin demir attığı, şamandıraya veya tonoza bağlandığı, yanaştığı ya da kızağa alındığı yer mahkemesi tarafından verilir (md. 1355). Yetkiye, tahkime ve esasa uygulanacak hukuka ilişkin bir anlaşmanın varlığı hâlinde Türk mahkemesinin yetkisi de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili sözleşmeye konulmuş bir yetki veya tahkim kaydına ya da ayrıca yapılmış olan bir yetki yahut tahkim sözleşmesine göre, hakkında ihtiyati haciz kararı uygulanacak olan deniz alacağının esası hakkında hüküm vermeye bir hakem kurulu veya yabancı mahkeme yetkili olsa ya da deniz alacağının esasına yabancı bir devletin hukuku uygulansa bile, md. 1354 ve 1355'ye göre yetkili olan mahkemeler, bir deniz alacağı için teminat elde edilmesini sağlamak üzere ihtiyati haciz kararı vermeye yetkilidir. TTK md. 1376 uyarınca da, İİK md. 264/I ve 264/II'de yer alan yedi günlük süreler, gemi-

122 R.G. 14.2.2011 – 27846.

123 Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi*, Beta, 2. Bası, İstanbul 2004.

lerin ihtiyati haczinde bir ay olarak uygulanır. Madde gerekçesinde, deniz alacağının esası hakkında yapılacak yargılama için yurtdışında mahkemeye veya tahkime gidilecekse İİK'da öngörülen yedi günlük sürelerin kısa kaldığı ifade edilmiştir[124].

b. İhtiyati Tedbir

İhtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının dava konusu ile ilgili olarak hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır[125].

Para alacakları konusunda, özel ve istisnai durumlar dışında, asıl geçici hukuki koruma ihtiyati hacizdir. Para alacağı söz konusu değilse, yargılamanın konusunu oluşturan hak, mal veya şeyler ihtiyati tedbirin konusunu oluşturur[126]. Örneğin, dava konusu malvarlığının dava sırasında başkasına devredilmesinin önlenmesi; boşanma davası devam ederken kocanın karısının ve çocuklarının geçimlerini sağlamak için onlara nafaka ödemesi; dava konusunun bozulmaya elverişli bir mal olup malın satılması ve bedelinin dava sonuna kadar saklanması gibi, dava konusuyla ilişkili tedbirlere karar verilebilir[127].

Davanın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçecek olan yargılama sürecinde dava konusuna ilişkin doğabilecek zararların önlenmesi amacıyla öngörülmüş olan ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce istenebileceği gibi dava açıldıktan sonra da istenebilecektir[128].

HUMK düzenlemesine göre, dava açılmadan önce ihtiyati tedbirin istenmesi halinde, ihtiyati tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilmesi mümkün ise o yer ya da asıl dava nerede açılacaksa o yer mahkemesinden istenmesi gerekmekteydi (HUMK md. 104/I). Bu durumda HUMK md. 109 uyarınca, ihtiyati tedbir isteyenin, ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde esas hakkındaki davayı açması gerekmekteydi. Davanın açılmasından sonra ise

124 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf.
125 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 661.
126 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 663.
127 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 582.
128 Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C: I, Yetkin Yayınları, Ankara 2001 (Geçici Tedbirler), s. 878; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul, s. 67; Süleyman Özkök, *İhtiyati Tedbirler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 1.

her türlü ihtiyati tedbirlere davaya bakan mahkeme tarafından karar verilecekti. Bununla birlikte, hâkim ihtiyati tedbirin başka bir yerde daha az masrafla ve daha çabuk yerine getirileceğini düşünüyorsa, bu konuda karar vermek üzere o yer hâkimini istinabe edebilecekti (HUMK md. 104/II)[129].

HMK, dava ile ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyati tedbir istenmesinin önüne geçmek amacıyla ihtiyati tedbirin dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden istenebileceğini düzenlemiştir. İhtiyati tedbir kararının dava açılmadan önce verilmesi halinde, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açacak ve dava açtığına ilişkin belgeyi kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtacak ve karşılığında bir belge alacaktır (HMK md. 397/1). İhtiyati tedbirin dava açıldıktan sonra da istenmesi mümkündür. HMK, böyle bir durumda asıl davanın görüldüğü mahkemeden ihtiyati tedbirin istenebileceğini belirtmiştir (HMK md. 390/1)[130]. Bu düzenleme ile HMK, ihtiyati tedbirde yetkiye ilişkin kötüye kullanıma yol verecek HUMK hükmünü ortadan kaldırmıştır[131].

İhtiyati tedbire karşı tedbirin uygulanmasından itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak kararı veren mahkemeye itiraz edilebilir (HMK md. 394/2).

İhtiyati tedbir genellikle dava konusuyla ilişkili olacağından ve dava konusunu teşkil eden malvarlığı üzerinde tatbik edileceğinden asıl dava konusunda Türk mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olması halinde, ihtiyati tedbir bakımından da yetki problemi olmayacaktır. Örneğin, bir boşanma davasında tarafların son altı aydır yaşamakta oldukları yerin Türkiye'de olması; kişilik hakkını ihlal eden bir yayının durdurulması isteminde zarara uğrayan kişinin Türkiye'de

---

129 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, Demir Demir, İstanbul 2001, s. 4321-4323; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 409; Yılmaz, Geçici Tedbirler, s. 878-886; Özkök, s. 35-36.

130 Brüksel I Tüzüğü md. 31 uyarınca, bir üye devletin mahkemelerine, koruyucu kararlar da dahil olmak üzere bu üye devletin hukukunda öngörülen ihtiyati tedbirlerin alınması için, söz konusu davada Tüzük hükümleri uyarınca bir başka üye devletin mahkemesinin yetkili olması durumunda dahi başvuruda bulunulabilir.

131 Madde Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

ikamet etmesi; ya da bir sözleşme uyarınca teslim edilen bozulabilecek türden ayıplı malların sattırılması durumunda sözleşmenin ifa yerinin Türkiye olması hallerinde Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi söz konusu olacak; asıl dava açılmadan önce Türkiye'de yetkili mahkemeden ilgili tedbirin talep edilmesi mümkün olacaktır.

Ancak, bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık söz konusu olduğunda, davalının Türkiye'de bulunması veya sözleşmenin ifa yeri Türkiye'de olmasına rağmen, tarafların arasında bir yetki sözleşmesiyle yabancı bir mahkemenin yetkisini kabul etmesi mümkündür. Böyle bir durumda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yoktur. Zira, yukarıda açıklandığı üzere, MÖHUK md. 47 uyarınca, tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmaları halinde Türk mahkemelerinin yetkisi ortadan kalkar. O halde, kendisine karşı tedbir talep edilen kişinin ihtiyati tedbire hükmeden mahkemenin yetkisine itiraz etmesi mümkündür. Bu durumda, ortaya çıkan sonuç, yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi halinde Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı alma imkanının bulunmamasıdır. Bu nedenle, HMK'da dava açılmadan önce talep edilecek ihtiyati tedbir kararlarında yetkiye ilişkin hükmün milletlerarası usul hukukunun işleyiş ve gereklerine uygun olarak değiştirilmesi[132] veya yabancılık unsuru içeren davalar bakımından en azından Türk tacirlerin menfaatlerini koruyacak şekilde bir düzenlemenin MÖHUK'un yetkiye ilişkin hükümlerine eklenmesinin uygun olacağı görüşündeyiz. Böyle bir düzenleme yapılana kadar, yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesi ile esas hakkında yetkili Türk mahkemelerinin yetkisinin ihtiyati tedbirlerle sınırlı olmak üzere ortadan kaldırılmadığını[133] ve esas hakkında yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı ancak tedbir konusu mal ve alacakların Türkiye'de bulunduğu hallerde de ihtiyati tedbir talebiyle sınırlı olmak üzere uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunu hakkında ihtiyati tedbir talep edilen malvarlığı olarak anlamak ve HMK md. 9 gereğince Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini kabul etmek pratik bir çözüm olabilir.

Öte yandan, bu çözüm ihtiyati tedbirler bakımından yeterli olmayabilir. Zira, ihtiyati tedbiri tamamlayıcı işlemler bakımından, yuka-

132 Şanlı, Ticari Akitler, s. 186-187.
133 Şanlı, Ticari Akitler, s. 188.

rıda açıkladığımız üzere ihtiyati haczi tamamlayan işlemler hakkında çıkabilecek benzer sorunlar ortaya çıkacaktır. HMK md. 397/1 uyarınca, ihtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren[134] iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak durumundadır. Bu iki haftalık süre, asıl davanın yabancı bir mahkemede açılacak olması durumunda kısa kalabilir. HMK md. 397/2 uyarınca, ihtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder[135]. Asıl davanın yurtdışında açılması durumunda, yurtdışındaki dava, davacı lehine veya aleyhine olarak sona erdiğinde, Türkiye'de ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme açısından yabancı mahkeme kararının bir etkisi olmayacaktır. Bu durumda, eğer dava reddedildiyse, aleyhine ihtiyati tedbir talep edilen davalının ihtiyati tedbirin kaldırılması için red kararını tanıtması gerekecektir. Dava kabul edildiyse, davacının ihtiyati tedbirin devamını sağlamak ve kararın gereğini yerine getirmek için yine yabancı mahkeme kararının tanınmasını talep etmesi gerekecektir. Yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanıma şartlarını sağlamaması halinde, ihtiyati tedbir kararı kalkmalıdır.

c. Delil Tespiti

Delil tespiti, ilerde açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur[136]. Delil tespitinde, ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunmasını sağlamak, kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır.

---

134 HMK md. 393/1 uyarınca, ihtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi halde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

135 MTK md. 6/V uyarınca, tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar. Bu hüküm tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır (MTK md. 1/III). Yabancı ülkede verilen hakem kararının icra edilebilir hale gelip gelmediği ilgili tahkim kuralları ve/veya tahkim yeri hukukuna göre belirlenir.

136 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 593; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 676.

HMK md. 400 keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınmasını delil tespitine konu işlemler olarak saymıştır. Kiracı çıktıktan sonra ileride kiracıya karşı açılacak tazminat davasında kullanılmak üzere taşınmazdaki zararların tespiti için keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması; ağır hasta olan bir tanığın gecikmeksizin dinlenilmesi delil tespitine örnek verilebilir[137].

HUMK md. 370 uyarınca, delil tespiti için yetkili mahkeme asıl davanın görüldüğü veya asıl dava henüz açılmamışsa, en seri ve en az masrafla delilin tespitinin mümkün olduğu mahkemeydi. HMK md. 401/1 uyarınca, henüz dava açılmamış olan hallerde esas hakkında davaya bakacak olan mahkeme veya üzerinde keşif veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesi yetkilidir. Esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez (md. 401/3). Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir (md. 401/4).

En seri ve en az masrafla delilin tespitinin mümkün olduğu mahkeme, üzerinde keşif veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu ya da tanığın oturduğu yerdeki mahkeme olacağından HMK değişikliğinin pratik bir etkisi olmayacaktır.

O halde, üzerinde keşif veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan şey Türkiye'de bulunuyorsa veya tanık Türkiye'de oturuyorsa, asıl davada Türk mahkemeleri yetkili olmasa bile, Türkiye'de delil tespiti istenmesi mümkün olacaktır. Türk mahkemesinde yaptırılan delil tespitinin yabancı mahkemede açılan davadaki etkisi ilgili yabancı hukuka göre belirlenecektir.

Sonuç

Şüphesiz, HMK ile yetki konusunda getirilen değişiklikler, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini etkileyecektir. Bu değişikliklerin bazıları sınırlı bir etki yapacakken, bazıları önemli değişikliklere ve hatta sorunlara yol açacaktır. Bu çalışmada tüm değişikliklerin etkileri incelenmeye çalışılmış; bunlardan en önemli görülenler aşağıda özetlenmiştir:

137 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, HMK, s. 677.

- *Genel yetkili mahkemenin belirlenmesinde kullanılan "mutad mesken" kavramı.* Davalının yerleşim yeri belli değilse, HUMK hükümlerine göre davaya davalının Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılacaktı (HUMK md. 9/I). HMK sisteminde ise Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi olarak kabul edilmiştir (HMK md. 9). Anılan yetki kuralı sadece gerçek kişilere karşı açılacak davalar bakımından geçerlidir. Zira, tüzel kişinin oturduğu bir yerden ya da mutad meskeninden söz edilemez. Mutad mesken kavramının ikametgâh kavramından farkı subjektif unsur olan yerleşmek niyetinin aranmaması ve sakin olunan yerden farkı da bir yerde bulunmanın makul bir süreyi içermesidir. Bu makul süre, ilgilinin sosyal ve ekonomik ilişkilerini orada gerçekleştirmesine yetecek uzunlukta olmalıdır. HMK sisteminde, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan yabancı bir gerçek kişiye karşı açılacak davalarda yabancının dava açıldığı esnada Türkiye'de bir mutad meskeni olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Elbette HUMK sisteminde kullanılan son oturulan yer kavramı daha geniş bir kavramdır; zira, daha kısa süreli oturmaları da kapsadığı gibi, dava açıldığı esnada halen Türkiye'de oturmayı da gerektirmez. Ancak, gerçek kişi yabancıya karşı açılacak malvarlığına ilişkin davaların uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde; Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaların da Türkiye'de açılması mümkündür. O halde, HMK değişikliği ile *"son oturulan yer"* yerine *"mutad mesken"* kavramının kullanılması neticesinde kime karşı dava açılamayacaktır? Belli bir süre Türkiye'de oturmuş olup artık ülkeyi terk etmiş olan yabancılara karşı mal davası açılamayacak ya da artık Türkiye'de oturmayan yabancı çiftin boşanma davası da Türkiye'de görülemeyecektir. İlk halde, ortaya çıkabilecek tebligat sorunlarının yanı sıra ülkede kısa süre için kalan ve/veya artık terk etmiş olan yabancıya karşı malvarlığına ilişkin bir dava açılması halinde bu kişinin Türkiye'de malvarlığı bulunması ihtimalinin de düşük olduğu dikkate alınarak kendisine karşı elde edilen kararın icrası mümkün olmayacaktır. İkinci hal Türk mahkemesini ilgilendirmemektedir. O halde, HMK değişikliğinin Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini her halde daralttığını ve Türk vatandaşları açısından olumsuz bir sonuca yol açtığını söylemek mümkün değildir.

- *Malvarlığına ilişkin davaların "uyuşmazlık konusu malvarlığı" unsurunun bulunduğu yerde açılabilmesi.* HUMK md. 16, Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlara karşı açılacak mal davalarının Türkiye'de sakin oldukları yerde ve bunlar Türkiye'de sakin değilse malının, ihtilaflı şeyin veya varsa teminatının bulunduğu yerde açılabileceğini düzenlemişti. HMK md. 9 uyarınca ise, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin davalar, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde açılabilecektir. Dolayısıyla, bundan böyle yabancının Türkiye'de herhangi bir malvarlığının bulunması kendisine karşı dava açılabilmesi için yeterli olmayacak, yetkiye esas teşkil eden malvarlığının uyuşmazlık konusu ile ilgili olması gerekecektir. Kanunda da açıkça ifade edildiği üzere, malvarlığına ilişkin davalar bakımından özel yetki kurallarından faydalanma imkânı bulunmakla birlikte, HMK değişikliği ile Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi kısıtlanmıştır. Burada, malvarlığının bulunduğu yerde dava açılması imkanını tamamen ortadan kaldırmak yerine, malvarlığının değeri yönünden bir sınır çizilerek aşkın yetki endişesini bertaraf etmek daha uygun bir çözüm olacaktı.
- *Haksız fiilden doğan davalarda zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili kılınması.* HMK md. 16 ile haksız fiilden doğan davalarda zarar meydana gelmeden oluşabilecek zararı önleme amacı ile zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Kanımızca, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkilendirilmesinin asıl önemi ihtiyati tedbirler bakımındandır. Zira, dava açılmadan önce talep edilecek ihtiyati tedbirler bakımından artık sadece asıl davada yetkili olan mahkemeler yetkilidir. Basın yoluyla bir kişilik hakkının ihlalinin önlenmesi için ilgili yayının toplatılması ya da haksız rekabet teşkil eden bir reklamın durdurulması gibi tedbir örneklerinde zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili kılınması ortaya çıkabilecek yetki problemlerini önlemek bakımından isabetli olmuştur. Zira, aksi takdirde, ihtiyati tedbir bakımından yetkili bir mahkeme olup olmadığı tartışma konusu olabilir; yetkili bir mahkeme bulunmadığı yönünde bir uygulama oluşabilir ve bu da hak kayıplarına yol açabilirdi.

- *Yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan geçerli bir yetki anlaşmasının yetki itirazına (ilk itiraz) konu olduğu.* Yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşmasının varlığına ve buna istinaden yabancı mahkemede dava açılmış olmasına rağmen, sonradan aynı konuda Türk mahkemesinde dava açıldığında, derdestlik itirazının mı yoksa yetki itirazının mı söz konusu olacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. HUMK sisteminde, derdestlik itirazı da yetki itirazı da ilk itirazdır. Oysa, HMK sisteminde derdestlik itirazı dava şartıdır. Bu sebeple, davanın her aşamasında hâkim tarafından resen dikkate alınabileceği gibi, taraflarca da her zaman ileri sürülebilir. O halde, burada bir derdestlik itirazının mı yoksa yetki itirazının mı söz konusu olduğu tartışması önem kazanmıştır. Sorun esasen yabancı mahkemede dava açıldıktan sonra Türk mahkemesinde aynı konuda ikinci bir davanın açılması bakımındandır. Gerek MÖHUK md. 47'nin gerekçesinde yetki anlaşmasının varlığının yetki itirazına konu olacağının açıkça ifade edilmesi ve gerek yabancı mahkemenin münhasır yetkili olduğunun kabul edilmesi karşısında, yetki anlaşmasının varlığı halinde, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz saymasına kadar, Türk mahkemesinin yetkisi doğmayacak olması dikkate alındığında burada derdestlik değil, yetki itirazı söz konusu olmalıdır. Sonuç olarak, yabancı mahkemede dava açılmadan önce veya sonra, davalının yetki anlaşmasının varlığını davanın esasına girişilmeden önce cevap süresi içerisinde ileri sürmesi gerekmektedir. Geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı yetki itirazında bulunmak için yeterlidir. Süresinde itiraz edilmemesi halinde ise, Türk mahkemesi yetkili hale gelecektir.
- *İhtiyati hacizde yetkili mahkeme ve tamamlayıcı merasimden kaynaklanabilecek sorunlar.* Yabancının Türkiye'de malvarlığı bulunmasına rağmen, taraflar arasındaki uyuşmazlık bakımından Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi yoksa veya taraflarca yabancı bir mahkemenin yetkili olduğu kararlaştırılarak Türk mahkemelerinin yetkisi ortadan kaldırılmışsa (MÖHUK md. 47), yabancı tarafın Türkiye'de bulunan malvarlığı üzerinde ihtiyati haciz talep edilememesi Türk tarafı zarara uğratacak mıdır? Kanımızca, burada, en azından ihtiyati haciz talebiyle sınırlı olmak üzere uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunu ihtiyati haciz talep edilen malvarlığı olarak anlamak ve HMK md. 9 gereğince Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini kabul etmek pratik bir çözüm olabilir. Aynı şe-

kilde, yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesi ile esas hakkında yetkili Türk mahkemelerinin yetkisinin ihtiyati hacizle sınırlı olmak üzere ortadan kaldırılmadığını da kabul etmek gerekecektir. İhtiyati hacizden sonra haciz kararının dayanağı olan alacağa ilişkin davada yetkili mahkeme açısından özel bir düzenlemeye yer veren HUMK md. 12 hükmünün kaldırılması ve bunun asıl dava bakımından da yetki tesisine yol açmayacak olması, bu çözümün kabulünü kolaylaştırmıştır. Ancak, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin olmaması, bir başka ifadeyle, asıl davanın Türkiye'de görülemeyecek olması, ihtiyati haczi tamamlayıcı merasim bakımından bir takım sorunlara yol açacaktır. İİK md. 264/I uyarınca, dava açmadan önce ihtiyati haciz kararı almış ve uygulatmış olan alacaklı, yedi gün içinde borçluya karşı dava açmalıdır. Alacaklının süresi içinde borçluya karşı dava açması ile bu davanın sonuna kadar ihtiyati haciz devam edecektir (İİK md. 264/III). Asıl dava, yedi gün içinde yetkili yabancı mahkemede açılmalı ve orada dava açıldığına dair bir belge ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye tevdi edilmelidir. İlgili belgenin temini, ilgili resmi makamca onaylanması ve tercümesi için geçecek süre de dikkate alındığında yedi gün oldukça kısa kalmaktadır. Davacı, davada haksız çıkar ve davayı kaybederse, ihtiyati haciz hükümsüz kalır (İİK md. 264/IV). Davacı, davayı kazanırsa, ihtiyati haciz devam eder. Ancak, ihtiyati haczin devamı için davacının kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde takip talebinde bulunması gerekir (İİK md. 264/III). Burada, alacaklı lehine verilen hükmün ne zaman icrasının istenebileceğine bakmak, ona göre bir aylık süreyi başlatmak gerekir. Davacının yabancı ülkede açtığı davayı kazanması durumunda, lehine olan yabancı kararın Türkiye'de bir hüküm ifade edebilmesi ve icrası ancak yabancı kararın Türkiye'de tenfiz edilmesinden sonra mümkündür. O halde, bir aylık süre de tenfiz kararının kesinleşmesinden itibaren başlamalıdır. Aksi halde, dava sonuna kadar devam eden ihtiyati haczin davacının alacağını elde etmesini garanti etmesi mümkün olmayacaktır. Ancak, davalının uzun süre tenfiz davası açmaması ve ihtiyati haczin devamı süresinin aşırı uzaması da ihtimal dahilindedir. Bu sorunların çözüme kavuşturulması için, İİK veya MÖHUK'ta, en azından Türk vatandaşlarını ve/veya tacirlerini koruyacak ve onlara yabancı tarafın Türkiye'de malvarlığı bulunması halinde

malvarlığının bulunduğu yer mahkemesini ihtiyati haciz talepleri bakımından yetkili kılan ve tamamlayıcı merasimin gerçekleşmesi bakımından da menfaatler dengesini gözeten bir düzenleme getirilmesi uygun olacaktır.

- *İhtiyati tedbirde yetkili mahkeme ve tamamlayıcı merasimden kaynaklanabilecek sorunlar.* HUMK düzenlemesine göre, dava açılmadan önce ihtiyati tedbirin istenmesi halinde, ihtiyati tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilmesi mümkün ise o yer ya da asıl dava nerede açılacaksa o yer mahkemesinden istenmesi gerekmekteydi (HUMK md. 104/I). HMK, dava ile ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyati tedbir istenmesinin önüne geçmek amacıyla ihtiyati tedbirin dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden istenebileceğini düzenlemiştir. İhtiyati tedbir kararının dava açılmadan önce verilmesi halinde, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açacak ve dava açtığına ilişkin belgeyi kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtacak ve karşılığında bir belge alacaktır (HMK md. 397/1). İhtiyati tedbir genellikle dava konusuyla ilişkili olacağından ve dava konusunu teşkil eden malvarlığı üzerinde tatbik edileceğinden asıl dava konusunda Türk mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olması halinde, ihtiyati tedbir bakımından da yetki problemi olmayacaktır. Ancak, bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık söz konusu olduğunda, davalının Türkiye'de bulunması veya sözleşmenin ifa yeri Türkiye'de olmasına rağmen, tarafların arasında bir yetki sözleşmesiyle yabancı bir mahkemenin yetkisini kabul etmesi mümkündür. Böyle bir durumda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yoktur. Zira, MÖHUK md. 47 uyarınca, tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmaları halinde Türk mahkemelerinin yetkisi ortadan kalkar. O halde, kendisine karşı tedbir talep edilen kişinin ihtiyati tedbire hükmeden mahkemenin yetkisine itiraz etmesi mümkündür. Bu durumda, ortaya çıkan sonuç, yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi halinde Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı alma imkanının bulunmamasıdır. Bu nedenle, HMK'da dava açılmadan önce talep edilecek ihtiyati tedbir kararlarında yetkiye ilişkin hükmün milletlerarası usul hukukunun işleyiş ve gereklerine uygun olarak değiştirilmesi veya yabancılık unsuru içeren davalar bakımından en azından Türk tacirlerin

menfaatlerini koruyacak şekilde bir düzenlemenin MÖHUK'un yetkiye ilişkin hükümlerine eklenmesinin uygun olacağı görüşündeyiz. Böyle bir düzenleme yapılana kadar, yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan yetki sözleşmesi ile esas hakkında yetkili Türk mahkemelerinin yetkisinin ihtiyati tedbirlerle sınırlı olmak üzere ortadan kaldırılmadığını ve esas hakkında yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı ancak tedbir konusu mal ve alacakların Türkiye'de bulunduğu hallerde de ihtiyati tedbir talebiyle sınırlı olmak üzere uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunu hakkında ihtiyati tedbir talep edilen malvarlığı olarak anlamak ve HMK md. 9 gereğince Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini kabul etmek pratik bir çözüm olabilir. Öte yandan, bu pratik çözüm yeterli olmayabilir. Zira, ihtiyati tedbiri tamamlayıcı işlemler bakımından önemli sorunlar ortaya çıkacaktır. HMK md. 397/1 uyarınca, ihtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak durumundadır. Bu iki haftalık süre, asıl davanın yabancı bir mahkemede açılacak olması durumunda kısa kalabilir. HMK md. 397/2 uyarınca, ihtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder. Asıl davanın yurtdışında açılması durumunda, yurtdışındaki dava, davacı lehine veya aleyhine olarak sona erdiğinde, Türkiye'de ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme açısından yabancı mahkeme kararının bir etkisi olmayacaktır. Bu durumda, eğer dava reddedildiyse, aleyhine ihtiyati tedbir talep edilen davalının ihtiyati tedbirin kaldırılması için red kararını tanıtması gerekecektir. Dava kabul edildiyse, davacının ihtiyati tedbirin devamını sağlamak ve kararın gereğini yerine getirmek için yine yabancı mahkeme kararının tanınmasını talep etmesi gerekecektir. Yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanıma şartlarını sağlamaması halinde, ihtiyati tedbir kararı kalkmalıdır.

KAYNAKLAR

Ziya Akıncı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin, Ankara 2002

Jale Akipek/Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2002

Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Beta, 7. Bası, İstanbul 2009

Arzu Alibaba, "*'Yetki Sözleşmelerine İlişkin Lahey Konvansiyonu' ve 'Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü'nde Yetki Sözleşmesi*", *MHB*, Y. 29, S. 1-2, 2009

Yılmaz Altuğ, *Türk Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul 1983

Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara 1978

Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta, İstanbul 2009

Ronald A. Brand/Paul M. Herrup, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Cambridge University Press, 2008

Cheshıre, North&Fawcett, *Private International Law,* Oxford University Press, 14th Edition, 2008

Aysel Çelikel, "*Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları*", MHB, Y. 2, S. 2, 1982

Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2010

Bülent Çiçekli, "*Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*", *ABD*, 2004/1

Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005

Vahit Doğan, "*Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*", *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, C. 22, S. 2, İstanbul 2002

Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku*, C. II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010

Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*, C. III, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul 2011

Nuray Ekşi, "*Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları*", *Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan*, İstanbul 1999

Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Beta, 2. Bası, İstanbul 2000 (Yetki)

Nuray Ekşi, *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi*, Beta, 2. Bası, İstanbul 2004

Nuray Ekşi, *"Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi"*, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl. 3, S. 20, Temmuz 2011, Ankara (Boşanma)

Bahadır Erdem, *"22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi"*, *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, C:22, S:2, İstanbul 2002

Bahadır Erdem, *"Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü"*, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. II, 2003

Emre Esen, *"Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı"*, *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, C. 22, S. 2, İstanbul 2002 (Münhasır Yetki)

Emre Esen, *"Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi"*, *MHB*, Y. 31, S. 1, 2011

Trevor Hartley, International Commercial Litigation, Cambridge University Press, 2009

Burkhard Hess/ Thomas Pfeiffer/Peter Schlosser, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001*, Verlag C.H. Beck, 2008

Thalia Kruger, *Civil Jurisdiction Rules of The EU and Their Impact on Third States*, Oxford University Press, 2008

H. Krüger/E. Nomer, *"Türk Hukukunda Yetki Sözleşmeleri"*, *İBD*, 1990, C. LXIV, S. 1-2-3

Baki Kuru, *"Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması"*, *MHB*, Yıl:6, S:1, 1986

Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, Demir Demir, İstanbul 2001

Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, Demir Demir, İstanbul 2001

Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2011

Baki Kuru/Ali Cem Budak, "*Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler*", *İBD*, C. 85, S. 2011/5

Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2011

Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, Beta, İstanbul 2009 (Usul)

Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 9. Bası, İstanbul 2009

Muhammet Özekes, *İhtiyati Haciz*, Seçkin, Ankara 1999

Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, Ankara 2003

Süleyman Özkök, *İhtiyati Tedbirler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002

Günseli Öztekin Gelgel/Bahadır Erdem, Milletlerarası *Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Beta, İstanbul 2010

Hakan Pekcanıtez, "*Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı*", *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi*, Ankara 8-9 Eylül 2006

Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 9. Bası, Ankara 2010 (Medeni Usul)

Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara 2011 (HMK)

İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975

Ata Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982

Ata Sakmar/Nuray Ekşi, "*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü*", Prof. *Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB*, Y. 22, 2002

Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin, Ankara 1996

Vedat Raşit Seviğ, "*Türkiye'nin Devletler Hususi Hukuku Kuralları Bakımından Mahkemenin Akitle Tayin Edilmesi Usulü*", *İÜHF Mecmuası*, C. XXXI, S. 1-4, 1965

Ceyda Süral, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007

Ceyda Süral, "*Mahkeme Seçimine İlişkin Anlaşmalar Hakkında Lahey Konvansiyonu*", *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan*, Beta, İstanbul 2010

Cemal Şanlı, "*Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde 'Tanınması' veya 'Delil' Olarak Kullanılması*", *Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan*, İstanbul 1990

Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta, 4. Bası, İstanbul 2011 (Ticari Akitler)

Feriha Bilge Tanrıbilir, "*30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi*", *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XI, S. 1-2, 2007

Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007

Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, AÜHF Yayınları, Ankara 1996

Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011

Ayfer Uyanık, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 1994

Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta, İstanbul 2006

Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2000

Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2001 (Geçici Tedbirler)

Ejder Yılmaz, "*Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri*", *ABD*, 2011/2

SINAVSIZ YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİR OLMA HAKKININ KALDIRILMASININ HUKUK GÜVENLİĞİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUTION OF THE RIGHT TO BE SWORN-IN CERTIFIED PUBLIC ACCOUNTANT WITHOUT EXAMINATION IN THE SCOPE OF CERTAINTY AND PREDICTABILITY OF THE LAW

Abdullah KARABOYACI*

Özet: Vergi inceleme elemanlarından 10 yıllık çalışma süresini dolduranların sınavsız yeminli mali müşavir olma hakları yapılan değişiklik ile kaldırılmış ancak yapılan düzenlemede değişikliğin yürürlük tarihi itibariyle henüz 10 yıllık süreyi doldurmayanların hukuk güvenliği ilkesi gereği sahip oldukları beklentileri dikkate alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi ise, yakın tarihli içtihatlarının aksine söz konusu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Anahtar Kelimeler: Kazanılmış hak, hukuk güvenliği ilkesi, haklı beklenti, yeminli mali müşavir.

Abstract: The right to be sworn-in certified public accountant without examination for tax audit officials who has worked for at least 10-years, has been abolished by an amendment. However, in the amendment, the justifiable expectations on the basis of law security principle of tax audit officials, who had not yet fulfilled 10-years working period by the date of entry into force of the amendment, have not been taken into account. In contrast to recent judgement, the Constitutional Court has not judged the amendment unconstitutional.

Keywords: Vested right, principle of law security, justifiable expectation, sworn-in certified public accountant

1. Giriş

Muhasebecilik ve mali müşavirlik mesleğinin yasal çerçevesi 01/06/1989 tarih ve 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirlik ve Yeminli Malî Müşavirlik Kanunu[1] ile çizil-

* Vergi Müfettişi (Eski Maliye Müfettişi)

1 Anılan Kanun'un ismi, 10/07/2008 tarih ve 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik,

miştir. İşletme faaliyet ve işlemlerinin doğru ve güvenilir olmasını sağlamak, faaliyet sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde denetlemek ile mükelleflerin mali tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ile standartlarına uygunluğunu ve denetim standartlarına göre denetlendiğini tasdik etmek şeklindeki görevleri yerine getiren yeminli mali müşavirler (YMM), 3568 sayılı Kanun'a göre faaliyet göstermektedirler.

Anılan Kanun'da meslek mensubu[2] olabilmenin genel şartlarının yanı sıra YMM olabilmenin özel şartları da belirlenmiştir. Esas olarak söz konusu Kanun'da belirtilen sınav komisyonu tarafından yapılan sınav ile kazanılan YMM unvanını, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile anılan Kanun'da belirtilen konularda profesörlük unvanını almış bulunanlar, 10/07/2008 tarih ve 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun[3] ile yapılan değişiklik öncesinde, sınav şartı olmaksızın kazanmakta idiler. Yapılan değişiklik sonrasında ise, YMM unvanı sınavla[4] kazanılır hale getirilmiştir.

Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1'inci maddesi ile "*Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu*" olarak değiştirilmiştir.

2 Meslek mensubu ibaresi, serbest muhasebeci mali müşavirler ile yeminli mali müşavirleri kapsayan bir kavram olarak kullanılmaktadır.

3 3568 sayılı Kanun'da yapılacak değişikliklere ilişkin kanun tasarısı 13/03/2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) sunulmuş, 1/549 esas numarası ile kayda alınmış ve 5760 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ismi ile kanunlaşmıştır. Ancak söz konusu Kanun'un Cumhurbaşkanı tarafından bir kez daha görüşülmek üzere 07/05/2008 tarihinde TBMM'ye geri gönderilmesinin ardından, TBMM tarafından Cumhurbaşkanının iade gerekçeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenme yapılmış ve 5786 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanı tarafından bir kez daha görüşülmesi istenen konular arasında sınav muafiyetine ilişkin düzenlemeler yer almamaktadır.

4 5786 sayılı Kanun ile değişik 3568 sayılı Kanun'da iki farklı YMM sınavı öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, söz konusu Kanun'un 10'uncu maddesi uyarınca Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB) tarafından yapılan sınav iken, ikinci sınav 3568 sayılı Kanun'a 5786 sayılı Kanun ile eklenen geçici 9'uncu maddede yer alan, usul ve esasları Maliye Bakanlığı tarafından belirlenerek yine bu Bakanlık tarafından yapılacak olan ve sadece söz konusu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 9'uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen 10 yıllık süreyi tamamlamamış bulunanların girebileceği özel yeminli mali müşavirlik sınavıdır.

5786 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin bir kısmı hakkında Anayasa Mahkemesine (AYM) iptal başvurusunda bulunulmuş ise de, AYM konumuzla ilgili olarak sadece Maliye Bakanlığı tarafından yapılacak *"özel yeminli mali müşavirlik sınavı"*na ilişkin hükümlerin iptaline karar vermiştir.[5]

Bu çalışmada, 3568 sayılı Kanun'da 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, sınav şartı aranmaksızın YMM olma hakkı bulunan kamu görevlilerine[6] sınav şartı getiren düzenlemeye ilişkin olarak 3568 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9'uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan düzenlemenin[7] AYM'nin çeşitli tarihlerde verilen kararları ile yakın tarihli iki kararındaki içtihadından farklı olarak Anayasa'ya aykırı bulunmaması *"kazanılmış hak"*, *"hukuki güvenlik"* ve *"haklı beklenti"* kavramları ile değerlendirilecek ve AYM'nin bu konuya ilişkin kararı yorumlanmaya çalışılacaktır. [8]

---

5 18/05/2011 tarih, 2008/80 esas ve 2011/81 karar numaralı AYM Kararı'nda *"5786 sayılı Kanun'un: … 2- 5. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 9. maddesinin değiştirilen son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE… 8- 20. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'a Geçici 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen; a- Geçici 9. maddenin, aa- Birinci fıkrasının (b) bendinin, "Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi doldurmamış olanlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE, bb- Son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE …18.5.2011 gününde karar verildi"* ifadelerine yer verilmiştir., www.anayasa.gov.tr, (Erişim tarihi: 12/01/2012)

6 5786 sayılı Kanun öncesinde YMM unvanını kazanmada sınav muafiyeti hakkına sahip olan 2 grup söz konusudur. Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 10 yıllık çalışma süresini tamamlamış olanlar ilk grupta yer alırken; hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler konularında profesörlük unvanını almış bulunanlar ikinci grupta yer almaktadır. Bu kapsamda değerlendirmeler, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış kamu görevlileri üzerinden yapılacaktır. Ancak bu değerlendirmelerin ikinci grup içerisinde yer alanlar açısından da yapılabileceği açıktır.

7 *"Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen süreyi tamamlamış olanlar ile aynı maddenin ikinci fıkrasında sayılan konularda profesörlük unvanını almış olanlar için yeminli mali müşavirlik, sınav şartı aranmaz."*

8 Çalışma ile amaçlanan, değişiklik öncesinde sınav şartı aranmaksızın YMM olma hakkı bulunanların bu haklarının ellerinden alınmasına yönelik olarak yapılan düzenlemenin farklı AYM kararlarındaki içtihatlar ile benzer bir konuya ilişkin olarak çok yakın tarihlerde verilmiş olan AYM kararlarının aksine AYM tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmamasının irdelenmesidir. Bu nedenle, çalışmada bu değişikliğe ilişkin hususlar üzerinde durulacak, 5786 sayılı Kanun ile 3568 sayılı Kanun'da yapılan diğer değişiklikler değerlendirmeye alınmayacaktır.

2. 5786 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikler ile Bu Değişikliklerden Etkilenen Kamu Görevlileri Durumu

2.1 5786 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Öncesindeki Durum

Meslek mensubu olmanın genel şartları 3568 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde sayılmış iken, 9'uncu maddede YMM olmanın özel şartları hüküm altın alınmıştır. Değişiklik öncesinde YMM unvanı 2 farklı şekilde kazanılmakta idi. Bunlardan birincisi, 3568 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi kapsamında Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB) tarafından yapılan sınav iken, ikincisi kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler konularında profesörlük unvanını almış bulunanların sınav şartı olmaksızın YMM olmalarıdır.[9] Nitekim bu ikinci husus, Yeminli Mali Müşavirlik ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Sınav Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde[10] de açık olarak belirtilmiştir. Buna göre 3568 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca YMM olabilmek için, en az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapmış olmak, YMM'lik sınavını vermiş olmak ve YMM ruhsatını almış olmak gerekirken; kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış ve meslekî yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile maddede sayılan konularda profesörlük unvanı almış bulunanlar için sınav şartı aranmamaktadır. Bu kişilerin 10 yıllık süreyi[11] doldurup YMM ruhsatı almaları ile YMM olabilecekleri öngörülmüştür. Değişiklik öncesinde YMM sınavı, 3568 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi uyarınca TÜRMOB tarafından yapılmaktaydı.

---

9 3568 sayılı Kanun'un 5786 sayılı Kanunla değiştirilen 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrası değişiklik öncesinde; *"Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler konularında profesörlük unvanını almış bulunanlar için sınav şartı aranmaz."* şeklinde idi.

10 *"Kanun'un 9'uncu maddesinin son fıkrasındaki Yeminli Mali Müşavir adayları sınava tabi olmazlar."*

11 3568 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış olanların, bu yetkiyi aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri ile hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyeliği veya görevliliği yapmış olanların bu hizmetlerinde geçen süreleri serbest muhasebeci malî müşavirlikte geçmiş süre olarak kabul edilmektedir.

2.2 5786 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasındaki Durum

3568 sayılı Kanun'da 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile söz konusu Kanun'da sayılan konularda profesörlük unvanı almış bulunanlar için öngörülmüş olan sınav muafiyeti kaldırılmış ve YMM unvanının iki farklı sınav ile kazanılması öngörülmüştür. Bu sınavlardan birincisine ilişkin hususlar 3568 sayılı Kanun'un 5786 sayılı Kanun ile değiştirilen 10'uncu maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, YMM'lik sınavı TÜRMOB tarafından yazılı olarak yapılacak ve Maliye Bakanlığı bu sınavın adil, tarafsız ve mevzuatına uygun bir şekilde yapılması için gerekli tedbirleri almaya yetkili olacaktır.

Bu değişiklik ile kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış ve mesleki yeterlilik sınavı vermiş olanların da TÜRMOB tarafından yapılan sınav ile YMM olabileceği öngörülmüş ancak sınava giriş zamanına ilişkin olarak özel bir belirleme yapılmıştır. Buna göre, 5786 sayılı Kanun ile anılan Kanun'un 9'uncu maddesine üçüncü fıkra olarak eklenen *"Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar, yeterlilik sınavını kazandıkları tarihten itibaren açılacak yeminli mali müşavirlik sınavlarına genel hükümlere göre katılabilirler. Ancak, bunların yeminli mali müşavir ruhsatını alabilmeleri için birinci fıkranın (a) bendindeki*[12] *süreyi tamamlamaları şarttır."* hükümleri ile kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanların 10 yıllık süreyi beklemeden YMM'lik sınavına girebilmelerine imkân tanınmış ancak bu kişilerin YMM'lik ruhsatını alabilmeleri için söz konusu 10 yıllık süreyi tamamlamaları gerektiği belirtilmiştir.

5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında öngörülen ikinci sınav ise, 3568 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9'uncu maddede yer alan, usul ve esasları Maliye Bakanlığı tarafından belirlenerek yine bu Bakanlık tarafından yapılacak olan ve sadece söz konusu madde-

12 3568 sayılı Kanun Md.9/1-a: *"En az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapmış olmak"*

nin yürürlüğe girdiği tarihten önce kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 9'uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen 10 yıllık süreyi tamamlamamış bulunanların girebileceği özel YMM'lik sınavıdır.

2.3 5786 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerden Etkilenen Kamu Görevlilerinin Durumu

5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, söz konusu Kanun'un yayım tarihi olan 26/07/2008 itibariyle kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış kamu görevlileri açısından aşağıdaki gibi 3 farklı sınıflandırma yapılabilir:

a) Birinci grup: Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olup 10 yıllık süreyi tamamlamış olanlar.

b) İkinci grup: Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi tamamlamamış olanlar.

c) Üçüncü grup: Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ancak mesleki yeterlilik sınavını henüz vermemiş olanlar.

3568 sayılı Kanun'a 5786 sayılı Kanun ile eklenen geçici 9'uncu maddenin birinci fıkrasının (b) alt bendinde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 9'uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen süreyi[13] tamamlamış olanlar ile aynı maddenin ikinci fıkrasında sayılan konularda profesörlük unvanını almış olanlar için YMM'lik sınav şartının aranmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile *"birinci grup"* içerisinde yer alan söz konusu kişilerin *"kazanılmış haklarının"*[14] korunması amaçlanmıştır. Bir anlamda bu kişilerin söz konusu düzenlemeden etkilenmemeleri sağlanmıştır.

---

13 10 yıl

14 AYM yakın tarihli bir kararında kazanılmış hakkı şu şekilde tanımlamıştır: *"Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır."*, 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı AYM Kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

3568 sayılı Kanun'a 5786 sayılı Kanun ile eklenen geçici 9'uncu maddenin ikinci fıkrası ile de *"ikinci grup"* içerisinde yer alan kamu görevlilerinin YMM olabilmelerine yönelik genel uygulamadan ayrı özel bir düzenleme yapılmış ve bu kişilerin usul ve esasları Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen ve yine bu Bakanlık tarafından yapılacak *"özel YMM'lik sınavı"*nda başarılı olmaları kaydıyla YMM unvanını almaya hak kazanmaları öngörülmüştür.

Nitekim Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen usul ve esaslara göre sadece bir kez yapılması öngörülen *"özel YMM'lik sınavı"* 5786 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 26/07/2008 tarihinden yaklaşık 3 yıl sonra ancak AYM'nin söz konusu düzenlemeyi iptal ettiğini açıkladığı 18/05/2011 tarihinden kısa bir süre önce 09/04/2011 tarihinde, genel usullere göre 10 farklı oturumda ve klasik usulde yapılan YMM'lik sınavından[15] farklı olarak 100 soruluk test usulü ile yapılmıştır.

5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında sınav şartı olmaksızın YMM unvanını alma hakkını kaybeden ve *"ikinci grup"* içerisinde yer alan kamu görevlilerinin önemli bir kısmı Maliye Bakanlığı tarafından yapılan özel YMM'lik sınavına katılma imkânı bulmuş ve sınava katılanların çok büyük bir kısmı bu unvanı almaya hak kazanmıştır.[16]

Diğer taraftan, *"üçüncü grup"* içerisinde yer alan, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ancak henüz mesleki yeterlilik sınavını vermemiş olan kamu görevlileri için ise, 5786 sayılı Kanun ile herhangi bir özel düzenleme veya geçiş hükmü öngörülmemiştir. *"Üçüncü grup"* içerisinde yer alan bu kişilerin YMM unvanını kazanabilmek için *"ikinci grupta"* yer alanlardan farklı olarak genel usullere göre yapılan YMM'lik sınavında başarılı olmaları gerekmektedir. Bu noktada yeni bir düzenleme olarak değerlendirilebilecek tek husus, 3568 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrada yer alan *"… yeterlilik sınavını kazandıkları tarihten itibaren açılacak yeminli mali müşavirlik sınavlarına genel hükümlere göre katılabilirler…"* ifadesidir. Buna

---

15 Genel usullere göre yapılan YMM'lik sınavı ifadesinden kasıt, TÜRMOB tarafından yılda iki kez 10 ayrı oturumda ve klasik yazılı usulde gerçekleştirilen YMM'lik sınavıdır.

16 http://finanskariyer.blogspot.com/2011/08/ozel-ymm-snav.html, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

göre, *"üçüncü grup"*ta yer alanlar mesleki yeterlilik sınavını kazandıkları tarihten itibaren 10 yıllık süreyi beklemeksizin açılacak YMM'lik sınavlarına genel hükümlere göre katılabilecekler, ancak bunlar, YMM ruhsatlarını 10 yıllık sürenin dolmasının ardından alabileceklerdir.

3. Kazanılmış Hak, Hukuki Güvenlik ve Haklı Beklenti Kavramları

5786 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler ile bu değişikliklere ilişkin AYM tarafından verilen 18/05/2011 tarih, 2008/80 ve 2011/81 karar numaralı karar, T.C. Anayasası'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından olan kazanılmış hak, hukuki güvenlik ve haklı beklenti kavramları kapsamında değerlendirileceğinden öncelikli olarak bu kavramların neyi ifade ettiği tartışılacaktır.

3.1 Kazanılmış Hak Kavramı

"Kazanılmış hak" hukukun en sık kullanılan kavramlarından birisi olmasına rağmen doktrinde üzerinde uzlaşılan net bir tanım bulunmamaktadır. Bununla birlikte kazanılmış hakka yönelik olarak *"doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen hukuk düzenince korunması gereken hak"* şeklinde bir tanım yapılabilir.[17]

Kazanılmış hak Danıştay'ın bir kararında[18], *"Eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklardır."* şeklinde tanımlamış iken; AYM'nin yakın tarihli bir kararında[19] ise, *"Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır."* şeklinde tanımlanmıştır.

---

17 Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003, s:28

18 Danıştay Birinci Dairesinin 13/07/1992 tarih,1992/224 esas ve 1992/238 karar numaralı kararı, Danıştay Dergisi, Ankara, 1993, Sayı:87, s:62

19 AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararı

AYM'nin bir başka kararında[20] ise kazanılmış hak, *"Gerek öğretide ve gerek uygulamalarda tanımı çeşitli görüşe ve kabule elverişli bir kavram olan (kazanılmış hak), özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında bireyler açısından önemli bir konudur ve genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilebilir."* şeklinde ifade edilmiştir.

AYM'nin 3568 sayılı Kanun'a ilişkin 2011/81 karar numaralı Kararı'nda ise *"Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır."* ifadelerine yer verilmek suretiyle kazanılmış hak kavramı açıklanmıştır.

Kazanılmış bir hakkın varlığından bahsedilmek için; birel işlem ile düzenleyici işlemin somutlaştırılması, hakkın yürürlükteki kanunlara uygun olarak tüm sonuçları ile fiilen elde edilmiş olması ve işlemin hukuka uygun olması gerekir.

3.2 Hukuki Güvenlik Kavramı

Hukuki güvenlik ilkesi, temel haklarda korunan ortak bir değerdir. Bu ilke, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Hukuk devleti ilkesi, *"vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır."*[21] AYM'ye göre *"hukuk devleti"*, hukuk normlarının öngörülebilir olduğu, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabildiği, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçındığı devlettir.[22] Hukuki güvenlik ilkesi ise hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından birisidir ve hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.[23]

---

20 AYM'nin 10/03/1977 tarih, 1976/51 esas ve 1977/16 karar numaralı kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/11/2011)

21 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, 2004, s:113

22 AYM'nin 04/05/2006 tarih, 2006/64 esas ve 2006/54 karar numaralı kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

23 AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararı

Hukuki güvenlik ilkesi, devlet faaliyetlerinin önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Bu kapsamda bu ilke vatandaşların devlet faaliyetlerine duyduğu güveni ifade ettiği gibi aynı zamanda vatandaşların yürürlükteki mevzuatın devam edeceğine olan inancını da ifade eder. Hukuk devletinde, devletin bu ilke doğrultusunda işlem tesis etmesi beklenir.[24]

AYM'nin yakın tarihli bir kararında[25] hukuki güvenlik kavramı, "*Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*" ifadeleri ile açıklanmıştır.

Hukuki güvenlik kavramına ilişkin olarak AYM'nin son dönemde vermiş olduğu kararlardan bir diğerinde[26] ise, "*… Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. … Öte yandan, hukuk devletinin hukuk güvenliği ilkesi belirliliği de gerektirir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar.*" şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur.

AYM kararlarında da ifade edildiği gibi, yasama faaliyetlerinin gayesi kamu yararının gerçekleştirilmesidir.[27] 2011/81 karar numaralı

---

24 Mehmet Altundiş, "*Hukuki Güvenlik İlkesi*", Yasama Dergisi, Ankara, 2008, Sayı:10, s:62

25 AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararı

26 AYM'nin 22/12/2011 tarih, 2010/7 esas ve 2011/172 karar numaralı kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15/02/2012)

27 AYM'nin 12/05/2011 tarih, 2009/24 esas ve 2011/75 karar numaralı kararı, www.

AYM Kararı'nda belirtildiği üzere genel, objektif ve adil kurallar içermesi gereken kanunların; kamu yararının sağlanmasını amaç edinmesi, hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlal etmemesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

Bu kapsamda kanun koyucu kamu yararını gerçekleştirmek gayesiyle mevcut kuralları günün değişen koşullarına göre değiştirebilir veya kaldırabilir. Buna göre yeni düzenlemeler tüm olay ve kişileri kapsayacak şekilde uygulanır. Ancak kimi durumlarda getirilen düzenlemelerin yürürlük tarihleri ileriki bir tarih olarak belirlenebildiği gibi kimi durumlarda da geçici maddeler yoluyla kazanılmış hakların/hukuki güvenlik ilkesinin dikkate alınması söz konusu olabilmektedir.

AYM, 12/12/1989 tarih, 1989/11 esas ve 1989/48 karar numaralı kararında[28] yapılan yeni düzenlemenin devam etmekte olan işlemlere etkisini şu şekilde açıklamıştır: "*Temelde aslî bir yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan yasa ile bağlı bir yetkiyle çıkarılan tüzük, yönetmelik, kararname gibi yürütmenin genel düzenleyici işlemlerini içeren kural işlemler, nesnel ve genel hukuksal durumlar yaratırken düzenledikleri konularda statü oluştururlar. Kişilerin bu statülere alınmaları özel ve kişisel bir işlemle (şart işlemle) olanaklıdır. Nesnel ve genel hukuksal durumun bu şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Nitekim bir kişinin memur ya da emeklilik statüsüne sokulması, bu statüde hiç bir halde değişiklik yapılmayacağı anlamına gelmez. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya yasaya aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez. Ancak kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan (maaş gibi), tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklar için söz konusudur.*"

AYM'nin 28/09/1988 tarih, 1988/12 esas ve 1988/32 karar numaralı kararındaki[29], "*Öbür yandan, Kanun Koyucunun bir kamu hizmetinde*

---

anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

28 AYM'nin 12/12/1989 tarih, 1989/11 esas ve 1989/48 karar numaralı kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

29 AYM'nin 28/09/1988 tarih, 1988/12 esas ve 1988/32 karar numaralı kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

görevin gerektirdiği niteliklerin saptanmasını ve saptanmış niteliklerin değiştirilmesini, Anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyla, görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebileceğini kabul etmek yerinde olur. Çünkü bu gerek ve zorunlulukları en iyi bilecek durumda olan Kanun Koyucudur. Burada değişikliğin tarihinden önce kazanılmış hakların korunup korunmamış olduğunun önemi vardır." ifadeleri ile 10/03/1977 tarih, 1976/51 esas ve 1977/16 karar numaralı kararındaki, "*Diğer hukuk alanlarında olduğu gibi kamu hukuku alanında da Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici tasarruflarla konmuş kurallar, kamu hizmetinin gerekleri, gereksinmeleri gibi nedenlerle ve kondukları yöntemlere uyulmak, Anayasa'ya ve yasalara uygun düşmek kaydıyle her zaman değiştirilebilirler veya kaldırılabilirler. Tersine bir kural getirilmedikçe bu değiştirme ve kaldırışlarla doğan yeni duruma uyulmak, o statü içindeki herkes, her kamu hizmetlisi için zorunludur.*" ifadeleri yürürlükteki kanunların daha sonra yürürlüğe girecek kanunlar ile kısmen veya tamamen değiştirilebileceğine işaret etmektedir.

Bu noktada cevabı aranması gereken soru, kanun koyucunun mevcut durumu değiştirebilme yetkisinin bir sınırının olup olmadığıdır. Bu sınır Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli koşullarından birisi olan hukuki güvenliğin zedelenmemesidir. Kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerektiği ifade eden AYM'ye göre, kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelemediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemeyecektir.[30]

AYM, hukuki güvenlik ilkesine yönelik olarak, emeklilik yaşını kademeli olarak altmış beşten altmış bire indiren 08/07/2003 tarih ve 4919 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a ilişkin olarak verdiği, 08/10/2003 tarih, 2003/67 esas ve 2003/88 karar numaralı kararında[31] şu değerlendirmede bulunmuştur: "*Öte yandan, 61 ilâ 65 yaş arasında olup, devlet bürokrasisinin üst kademelerinde yer alan ve kamu hizmetinin başarı ile sürdü-*

30 AYM'nin 18/05/2011 tarih, 2008/80 esas ve 2011/81 karar numaralı kararı

31 AYM'nin 08/10/2003 tarih, 2003/67 esas ve 2003/88 karar numaralı kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

rülebilmesi için gerekli bilgi, birikim ve deneyime sahip çok sayıdaki kişinin görevine, hukuk güvenliğini sarsmayacak biçimde makûl ve ölçülü bir geçiş süreci öngörülmeksizin yasa ile son verilmesinin kamu hizmetinin görülmesini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır.

Geçici 215. maddenin birinci fıkrasıyla yeni uygulamaya intibak için basamaklar saptanırken daha uzun bir zaman dilimi yerine 1 ilâ 6 ay arasında değişen kısa bir geçiş sürecinin benimsenmesi, kişilerin yarınlarından kaygı duymamaları, bu bağlamda istikrarlı bir çalışma yaşamı sürdürebilmeleri için gerekli olan hukuk güvenliği ilkesini sarsıcı niteliktedir."

Diğer taraftan, kazanılmış hak söz konusu olmamasına rağmen, hukuki güvenlik ilkesi gereği iptal kararı verilmesi gerektiğini düşündüğümüz olayda AYM, yarbaylıktan albaylığa terfi etmesine bir buçuk ay kala terfiye ilişkin koşulların çıkarılan bir kanun ile ağırlaştırılması sonucu terfi edemeyen bir subayın durumuna ilişkin olarak verdiği 1977/16 karar numaralı kararında, "*Yasa koyucunun, bir kamu hizmetinde söz gelimi askerlik alanında görevin gerektirdiği nitelikleri ve koşulları saptamasını ya da saptanmış olanları değiştirmesini, Anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyle, görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluklarına göre serbestçe takdir edebileceğini kabul etmek yerinde olur. Çünkü bu gerek ve zorunlukları en iyi bilecek durumda olan yasa koyucudur, itiraz konusu kural ile de yapılmış olan budur. Burada değişiklik tarihinden önce bir kazanılmış hak bulunup bulunmadığı önem kazanmaktadır…. Buna karşılık Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla, yürürlükteki yasaların günün gereksinmelerine göre değiştirilmesi veya kaldırılması ve koyduğu yasa kurallarının, kamu hizmetinin gerektirdiği biçimde belli tarihlerde yürürlüğe konulması yasa koyucunun Anayasal görevleri ve yetkileri içindedir. Bu bakımdan itiraz konusu yasa kuralının idarî istikrarı bozduğu savı da yersizdir."* ifadelerine yer vermiştir.

AYM, iptal davasına konu kanunun yürürlüğünden önce kısmi yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlarla, emekliliklerine 2 yıl veya daha az kalmış olanların hakları saklı tutularak kayıpları önleyen; emeklilik sürelerine 2 yıldan fazla kalanların ise 15 yıllık prim ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeleri koşuluyla, emeklilik için kalan sürelerinin dikkate alınarak yaş sınırlarının kademelendirilmesi esasını getiren düzenlemenin *hukuk devletinde gözetilmesi gereken adil ve makul ölçüler aşılmadığından* Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.[32]

[32] AYM'nin 27/02/2001 tarih, 1999/43 esas ve 2001/46 karar numaralı kararı, www.

AYM bir başka kararında[33] ise, "*Sigortalı olarak çalışanların yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için, sigortalılık süresi, yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda (B) bendinde yapılan kademeli geçişe ilişkin düzenleme, makul, adil ve ölçülü olmadığından Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırıdır.*" ifadelerine yer vermek suretiyle beklenen haklar konusunda yapılacak düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının, düzenlemenin *makul, adil ve ölçülü* olup olmadığına bakılarak belirleneceğini ifade etmiştir.

Diğer taraftan AYM, yakın tarihli bir kararında[34] 3568 sayılı Kanun'da 5786 sayılı Kanun'la getirilen değişikliğe çok benzer bir hususa ilişkin olarak yapılan değişikliği *"hukuki güvenlik"* ilkesi kapsamında değerlendirerek Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararında, karara ilişkin itirazın konusu, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na 06/04/2001 tarih ve 4638 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile eklenen geçici 20'nci maddesinde yer alan "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile...*" ibaresinin Anayasa'nın 2 ve 10'uncu maddelerine aykırılığı savıdır.[35]

---

anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

33 AYM'nin 23/02/2001 tarih, 1999/42 esas ve 2001/41 karar numaralı kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

34 AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararı

35 İptal talebine ilişkin başvuruda, komiser yardımcılığı kursuna başladığı tarihte geçerli olan kurallara göre (A) grubu polis amiri olması gereken davacının itiraz konusu kural ile kazanılmış haklarının ihlal edildiği, kuralın davacının aleyhine olarak geçmişe yürütüldüğü ve hukuk devleti ilkelerinden belirlilik, devlete güven ve devlette istikrar kavramlarını ihlal ettiği, hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu, davacıdan bir dönem önce dört yıllık bir yükseköğretim kurumundan mezun olan ve komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubu polis amiri olarak atanmalarına rağmen itiraz konusu kural nedeniyle davacının (B) grubu polis amiri olarak atanmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, kamu görevlilerinin hakları ve yetiştirilmelerine ilişkin statü hukuku kurallarının düzenlenirken kazanılmış hak, beklenen hak ve kazanılmış avantaj ilkelerine uygun hareket edilmesinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu, kazanılmış hakları korumak ve hukuksal güvenliği sağlamak amacıyla getirilen itiraz konusu kuralın davacılar bakımından hukuki bir koruma içermediği ve bu nedenle de Anayasa'nın 2 ve 10'uncu maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na 4638 sayılı Kanun ile eklenen geçici 20'nci maddede[36], 4638 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirlerinin, (A) grubunda değerlendirileceği hükme bağlanmıştır.

AYM'nin söz konusu kararında *"kanun önünde eşitlik"* kavramı *"Yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu-*

---

36 AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararında konuya ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmiştir: "Polis amiri rütbelerine yapılacak atama ve terfilere ilişkin usul ve esaslar, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55'nci maddesinde düzenlenmiştir.
25/09/2000 tarihinde yürürlüğe giren 611 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 1'nci maddesiyle 3201 sayılı Kanun'un 55'nci maddesi değiştirilmiş ve *"Polis amirlerinden Polis Akademisi mezunları, Polis Akademisi mezunu sayılanlar ile Emniyet Genel Müdürlüğüne eleman yetiştirmek üzere Polis Akademisi bünyesinde en az 4 yıllık fakülte ve yüksek okullarından mezun olanlar (A), komiser yardımcılığı kursunu başarıyla bitirmiş olanlar (B) grubunu oluşturur."* hükmü getirilmiştir.
Söz konusu değişiklikten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olan polis memurlarından en az altı aylık komiser yardımcılığı kursunu başarıyla tamamlamış olanların da (A) grubu polis amiri olmaları öngörüldüğünden, bu kişilerin kazanılmış haklarının korunmasına yönelik olarak 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 3201 sayılı Kanun'a geçici 20'nci madde eklenmiş ve bu maddede *"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 4 yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede 4 yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir." hükümlerine yer verilmiştir.*
611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, dayanağı olan 4588 sayılı Yetki Kanunu'nun iptal edilmiş olması nedeniyle yasal ve anayasal dayanaktan yoksun kaldığı gerekçesiyle AYM'nin 31/10/2000 tarihli, 2000/69 esas ve 2000/42 karar sayılı kararıyla iptal edilmiş ve 3201 sayılı Kanun'un değişik 55'nci maddesi ile geçici 20'nci maddesinin de aralarında yer aldığı 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddelerine yönelik iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. AYM'nin kararı 07/11/2000 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.
4638 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 21/04/2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 4638 sayılı Kanun'un, 1'nci maddesiyle değiştirilen 3201 sayılı Kanun'un 55'nci maddesinde, (A) ve (B) polis amiri gruplarının kapsamını belirleyen 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'deki hükme aynen yer verilmiş, 4'üncü maddesiyle 3201 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20'nci madde ile de bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce (A) grubu olarak atanan veya (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirlerinin kazanılmış hakları korunmuştur."

dur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez." ifadeleri ile açıklanmıştır.

Bu noktadan hareketle AYM'ye göre, 4638 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirmiş olanlar ile söz konusu tarihte henüz komiser yardımcılığı kursunu tamamlamamış olanlar aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Diğer taraftan, kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır.[37]

Bu kapsamda AYM, bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar kazanılmış hak niteliği taşımadığından, 4638 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce (A) grubu polis amiri unvanını kazanmamış olan kişilerin (A) grubu polis amirliği yönünden kazanılmış haklarından söz edilebilmesine imkân bulunmadığını ifade etmiştir. AYM'ye göre hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

AYM söz konusu kararında, *"3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55'inci maddesini değiştiren 611 sayılı Kanun Hükmünde*

37 AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararı

Kararname'nin Anayasa Mahkemesi'nce iptaline rağmen, Emniyet Genel Müdürlüğü'nce açılan komiser yardımcılığı kursu sınavına sadece dört yıllık yüksek öğretim kurumu mezunu polis memurlarının başvurabileceği belirtildiğinden, bu sınavda başarılı olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayan kişilerde söz konusu kursun sonunda (A) grubu polis amiri olma beklentisi yaratılmıştır. Bu durumda, komiser yardımcılığı kursu devam etmekte iken çıkarılan 4638 sayılı Kanun ile Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 20'nci maddede, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubunda değerlendirileceği yolundaki düzenlemenin kapsamına anılan Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin alınmamış olması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenle, dava konusu kural Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır. İptali gerekir." ifadelerine yer vermek suretiyle, yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı sınavına devam edenlerin kazanılmış bir haklarının olmamasına rağmen, bu kişilerin *"hukuk güvenliği"* ilkesi gereğince yapılan düzenlemeden ayrık tutulmaları gerekirken bu yönde bir düzenleme yapılmaması nedeniyle kanun değişikliğini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

3.3 Haklı Beklenti Kavramı

Haklı beklenti kavramı, hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda AYM'nin 17/03/2011 tarih, 2010/106 esas ve 2011/55 karar numaralı kararında[38] haklı beklenti ve hukuki güvenlik ilkesi kavramlarına vurgu yapılarak bir iptal kararı verilmiştir.

AYM'nin, 2011/55 karar numaralı kararında iptali istenen düzenleme, çalışmanın bir önceki bölümünde ayrıntılı olarak bahsedilen 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı AYM kararında belirtilen 4683 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe ilişkin olarak 3201 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20'nci maddede yer alan *"…bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup..."* ifadesidir. 2008 yılında verilen kararda, değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihte dört yıllık yük-

[38] AYM'nin 17/03/2011 tarih, 2010/106 esas ve 2011/55 karar numaralı kararı, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

seköğretim kurumlarından mezun olmuş ancak komiser yardımcılığı kursunu henüz bitirmemiş olanların hukuki güvenliklerinin dikkate alınmamış olması Anayasa'ya aykırı bulunmuş iken; 2011 yılında verilen karara konu başvuruda 4638 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursunu bitiren ancak, dört yıllık yükseköğretimine devam eden polislere yönelik bir düzenleme yapılmamasının hukuki güvenlik ve eşitlik ilkeleri kapsamında Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir.[39]

---

[39] Diyarbakır Birinci İdare Mahkemesi tarafından yapılan başvuruda;
4638 sayılı Kanun öncesinde, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olan polis memurlarından en az altı aylık komiser yardımcılığı kursunu başarıyla tamamlamış olanların (A) grubu polis amiri olmaları mümkün iken, 4638 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu yolun kapatıldığı,
4638 sayılı Kanun öncesinde (A) grubu polis amiri olabilmek için gerekli koşulları yerine getirmek üzere olan kişilerin kazanılmış haklarının korunmasına yönelik olarak da 3201 sayılı Kanun'a geçici 20'nci maddenin eklendiği, ancak geçici 20'nci maddenin yürürlüğe girdiği 21/04/2001 tarihinden önce 1999 yılında komiser yardımcılığı kursunu bitirmiş olmakla birlikte bu tarihte dört yıllık yüksek öğretimine devam eden davacının, 4638 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden yaklaşık 45 gün sonra dört yıllık okuldan mezun olduğu, 4638 sayılı Kanun yürürlüğe girmeseydi, davacının 45 gün sonra 3201 sayılı Kanun'un o tarihte yürürlükte olan 55'nci maddesi uyarınca (A) grubu polis amiri olarak atanacağı konusunda her hangi bir ihtilaf bulunmadığı, zira davacının (A) grubu polis amiri olabilmek için gerekli koşullardan ilkini 1999 yılında komiser yardımcığı kursunu bitirmek suretiyle yerine getirdiği, ikinci koşul olan dört yıllık yüksek öğretim kurumundan mezun olma koşulunu ise bitirme aşamasına geldiği, nitekim 45 gün sonrada bu koşulu tamamlandığı, davacının kendiliğinden değil, 3201 sayılı Kanun'un o tarihte geçerli olan 55'nci maddesi hükmüne dayanarak bu yola girdiğinin açık olduğu, mevcut Kanun maddesine güvenerek bu yola girmiş ve belli bir aşamaya gelmiş olan davacının 4638 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanun'un 55'nci maddesinde yapılan değişiklik ile (A) grubu polis amiri olmak imkanının kalmadığı, bir başka anlatımla davacı ve davacıyla aynı pozisyonda olanlara (A) grubu polis amiri olma yolunun kapatıldığı,
AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararında belirtildiği üzere "*...yasanın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcığı kursuna devam edenlerin yasa kapsamına alınmamış olması ...*" nasıl hukuki güvenlik ilkesine aykırılık taşıyor ise, aynı şekilde "*yasanın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcığı kursunu bitiren ve dört yıllık yüksek öğretime devam edenlerin...*" *kanun kapsamına alınmamasının da bir eksiklik olduğu, iptale konu edilen geçici 20'nci maddede yer alan; "bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup"* şeklindeki ibarenin, o tarihte henüz mezun olmamış olan davacıyı kapsamadığından, bir başka anlatımla geçici 20'nci maddedeki bu ibarelerin (A) grubu polis amiri olmak için gerekli koşulları yerine getirme sürecine giren ve mevcut yasal düzenlemeye güvenerek haklı bir beklenti içerisinde bulunan davacının hakkını koruyucu olacak şekilde düzenlenmediğinden ya da gelinen noktada davacının (A) grubu polis amiri olarak atanmasına engelin geçici 20'nci maddede yer alan ibareler olduğundan, anılan ibarelerin Anayasanın 2 ve l0'ncu maddelerine aykırılığı olduğu ifade edilmiştir.

AYM'nin gerekçeli kararında;

Eşitlik ilkesinin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu, bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlalinin yasaklandığı, yasa önünde eşitliğin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmediği, durumlarındaki özelliklerin kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebileceği ve aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesinin zedelenmeyeceği belirtilerek 4638 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bu tarihte anılan kursu bitirmekle birlikte henüz dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olmayanların aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından eşitlik karşılaştırmasına esas alınamayacağı,

Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımadığından 4638 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce (A) grubu polis amiri unvanını kazanmamış olan kişilerin (A) grubu polis amirliği yönünden kazanılmış haklarından söz edilebilmesinin olanaklı olmadığı; diğer taraftan hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığı, hukuk güvenliği ilkesinin hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kıldığı,

3201 sayılı Kanun'un terfi ve atamaları düzenleyen 55'inci maddesinin 4638 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki hükümlerine göre, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olan polislerden komiser yardımcılığı kursunu başarıyla tamamlamış olanların da (A) grubu polis amiri olma hakkının bulunması nedeniyle, anılan mevzuat hükümlerine güvenerek (A) grubu polis amiri olma beklentisiyle bir kısım polislerin yükseköğretim mezunu iken, Polis Akademisinde komiser yardımcılığı kursuna katıldığı, diğer bir

kısmının ise komiser yardımcılığı kursunu bitirdikten sonra, yükseköğretime girdiği ve her iki grupta bulunan kişilerin bir süre sonra komiser yardımcılığı kursunu veya yükseköğrenimi bitireceğinin açık olduğu,

İtiraz konusu kuralla (A) grubu polis amiri olarak atanmak için gerekli olan her iki şartı taşıyan kişilerin kazanılmış haklarının korunması amaçlanmakta iken, (A) grubu polis amiri olmak için gerekli koşullardan birini tamamlayıp diğerini yerine getirme sürecine giren ve mevcut yasal düzenlemeye güvenerek haklı bir beklenti içerisinde bulunanların (A) grubu polis amiri olma beklentilerinin engellendiğinin görüldüğü, nitekim itiraz konusu kuralın ilk halinde yer alan ve komiser yardımcılığı kursunu bitirmemiş olanları etkileyen kısmının da AYM'nin anılan kararıyla hukuk güvenliği ilkesinden bahisle iptal edildiği, 4638 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursunu bitirerek dört yıllık yükseköğretime devam eden kişilerin de hukuk güvenliği ilkesinden yararlandırılmaları gerektiği,

ifade edilerek, komiser yardımcılığı kursunu tamamlayarak yüksek öğrenime devam etmekte iken çıkarılan 4638 sayılı Kanun ile Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 20'nci maddede, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubunda değerlendirileceği yolundaki düzenlemenin kapsamına anılan Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yüksek öğrenime devam edenlerin alınmamış olmasının, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı olduğu ve iptalinin gerektiği ifade edilmiştir.[40]

AYM söz konusu kararında, haklı beklenti kavramını *"hukuki güvenlik ilkesi"* kapsamında değerlendirmiş ve mevcut yasal düzenlemelere güvenerek hareket eden kişilerin beklentilerinin korunması gerektiğini belirtmiştir. Kanun koyucunun bir hakkın elde edilmesine yönelik şartları değiştirebileceği kuşkusuzdur. Ancak bunun sınırı, kazanılmış hakların korunması ve hukuki güvenliğin bertaraf edilmemesidir.

---

40 AYM'nin 17/03/2011 tarih, 2010/106 esas ve 2011/55 karar numaralı kararı

4. 5786 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ile AYM'nin 2011/81 Karar Numaralı Kararı'nın Değerlendirilmesi

5786 sayılı Kanun ile YMM unvanının alınmasına ilişkin olarak 3568 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılarak, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış olanlardan mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile hukuk, iktisat, işletme, maliye, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler dallarında profesörlük unvanını almış olanlar için öngörülmüş olan sınav muafiyeti kaldırılmıştır.

Ancak bu düzenleme yapılırken, 5786 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 26/07/2008 tarihinde kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış olanlardan; mesleki yeterlilik sınavını vermiş ve 10 yıllık çalışma süresini tamamlamış olanların kazanılmış hakları 3586 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9'uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile korunmuş, mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yıllık çalışma süresini tamamlamamış olanların Maliye Bakanlığı tarafından yapılacak özel YMM'lik sınavına katılmaları öngörülmüş iken, henüz mesleki yeterlilik sınavını almamış olanlara yönelik bir düzenleme yapılmamış ve bunların genel usullere göre yapılacak olan YMM'lik sınavı ile YMM unvanını alabilecekleri belirtilmiştir.

5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklere ilişkin olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) sunulan kanun tasarısında[41] değişikliklerin gerekçelerine sadece "*genel gerekçe*" kısmında yer verilmiştir. Maddede yapılan değişikliğe neden gereksinim duyulduğunu ve hangi amaçla bu değişikliğin yapıldığını belirten "*madde gerekçeleri*"nde ise bu yönde bir bilgiye yer verilmemiştir.[42] Yapılan değişiklikler genel

---

41 3568 sayılı Kanun'da yapılacak değişikliklere ilişkin kanun tasarısı 13/03/2008 tarihinde TBMM'ye sunulmuş ve 1/549 esas numarası ile kayda alınmıştır. Söz konusu tasarı, 5760 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ismi ile kanunlaşmış ancak bu Kanun Cumhurbaşkanı tarafından bir daha görüşülmek üzere 07/05/2008 tarihinde TBMM'ye geri gönderilmiştir.

42 Madde gerekçesinde, *"Öte yandan bazı meslek mensuplarına sağlanan yeminli mali müşavirlik sınav muafiyeti kaldırılmaktadır. Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile maddenin ikinci fıkrasında sayılan konularda profesörlük unvanı almış olanların da yeminli mali müşavir olabilmeleri için, yeminli mali müşavirlik sınavını kazanmış olmaları şartı getirilmektedir."* ifadelerine yer verilmiştir. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss216.pdf, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

gerekçe kısmında, , *"… meslek mensuplarının uluslararası kabul edilebilirlik konusunda yaşadıkları sorunların aşılması ve meslek mensuplarının kalitesinin ve standartlarının yükseltilmesi amacıyla, "serbest muhasebeci mali müşavir" ve "yeminli mali müşavir" olmak için bazı meslek gruplarına daha önce getirilmiş olan sınav muafiyeti kaldırılarak, prensip itibariyle bu unvanların sınavla kazanılması esası getirilmektedir. …"* ifadeleri ile açıklanmıştır.[43]

Görüldüğü üzere, genel gerekçe ya da madde gerekçelerinde, uluslararası kabul edilebilirlik sorunlarının neler olduğuna ilişkin net bir bilgi bulunmadığı gibi sınav muafiyetinin kaldırılmasının meslek mensuplarının kalitesinin ve standartlarının artırılmasına nasıl bir katkı yapacağı ya da yapmış olduğu da bir tartışma konusudur.

Bu noktada akla; *"Eğer bunlar sağlanmak isteniyor ise, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış olanlar arasında mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yıllık çalışma süresini henüz tamamlamamış olanlara neden özel YMM'lik sınavına katılma imkânı verilmiştir?"*, *"Eğer bu tür sorunlar var ise, halihazırda görev yapmakta olan meslek mensuplarından sınav muafiyeti ile YMM unvanını kazananların uluslararası kabul edilebilirlik sorunlarının aşılması ile kalite ve standartlarının artırılmasına yönelik olarak hangi çalışmalar yapılmıştır/yapılacaktır?"* soruları gelmektedir. Zira, kanun tasarısında bu soruların cevaplarına ilişkin bilgiler yer almadığı gibi düzenlemenin kanunlaştığı tarihten bugüne kadar da bu hususlara yönelik bilinen bir gelişme de yaşanmamıştır.

Diğer taraftan, 5786 sayılı Kanun'un ilk hali olan ve Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderilen 5760 sayılı Kanun'un TBMM'de gerçekleştirilen görüşmelerinde de, yapılan değişikliklerin gerekçesine yönelik ayrıntı bilgiler yer almamaktadır.[44] Ancak düzenlemenin lehinde yapılan konuşmalarda,

---

43 Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/549), www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss216.pdf, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

44 5780 sayılı Kanun'una ilişkin tasarı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu 216 numaralı sıra sayısı olarak bastırılmış ve TBMM Genel Kurul'unda TBMM İçtüzüğü'nün 91'inci maddesi gereğince *"temel kanun"* olarak görüşülmüştür. Buna göre komisyon tarafından oluşturulan metin, bölümler halinde görüşülmüştür. Tasarının geneli ile bölümlere ilişkin olarak yapılan görüşmelerde ise, çoğunlukla TÜRMOB ve bağlı odalarda gerçekleştirilecek seçimlerde uygulana-

3568 sayılı Kanun ile vergi mevzuatına göre vergi inceleme yetkisine sahip olan kişilere geçici maddeler ile tanınan sınav muafiyetinin yargı kararları ile başka meslekleri de kapsayacak şekilde genişletildiği, bu durumun meslek mensubu sayısını büyük oranda hatta meslek mensuplarına olan talebin kaldırabileceğinin çok üzerinde artırdığı, bu durum neticesinde meslek mensuplarının kendi aralarında haksız rekabet ortamına girmelerinin söz konusu olduğu, bir anlamda sayı fazlalığından dolayı piyasada *"vahşi"* bir rekabet olduğu, bunun tek ve kesin yönteminin sınavsız bütün sistemin ortadan kaldırılması olduğu, bir başka ifadeyle sisteme hiç kimsenin sınavsız girmemesinin gerektiği ifade edilmiştir.[45]

YMM unvanının kazanılmasına yönelik olarak 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin iptal edilmesine ilişkin olarak AYM'ye başvuru yapılmıştır. Söz konusu başvuruda[46];

Bilgi ve becerisinden şüphe duyulan kişilerin sınava tabi tutulması uygun bir davranış olmakla birlikte Devlet tarafından yapılan yeterlik sınavları ile yeterli düzeyde bilgi ve beceriye sahip olduğu belirlenen ve bu kapsamda yürüttükleri işlemler asıl fonksiyonu teşkil eden ve Devlet adına yetki kullanan vergi inceleme elemanlarının hâlihazırda yaptıkları ve kendilerine kanunla verilen tali bir yetkiyi kullanmakta olan YMM'lerce gerçekleştirilen işlemleri yapabilmek için kendileri vasıtasıyla denetlenmekte olan TÜRMOB tarafından yapılacak bir sınava girmelerinin haklı bir nedeninin bulunmadığı,

Değişiklik öncesinde vergi inceleme yetkisine sahip ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 10 yıllık kamu hizmeti süresini henüz doldurmamış olanların bu sürenin tamamlanmasının ardından YMM unvanını kazanabilecek olmalarına rağmen iptali istenen kural ile önceki mevzuat çerçevesinde oluşturulan beklentilerinin ve haklarının ellerinden alınmış olmasının *"hukuk güvenliği ilkesi"* ile bağdaşmadığı,

---

cak seçim usulüne ilişkin tartışmalara yer verildiğinden, sınav muafiyetine ilişkin görüşler verilen önergeler üzerine yapılan konuşmalar hariç çok fazla dile getirilememiştir. Söz konusu konuşmalarda, sınav muafiyetini kaldıran düzenlemenin hâlihazırda görev yapmakta olan ancak henüz 10 yıl doldurmamış vergi inceleme elemanlarını kapsamamasının hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir.

45 TBMM Tutanak Dergisi, 97'nci Birleşim, 30/04/2008, www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil2/bas/b097m.htm, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

46 18/05/2011 tarih, 2008/80 ve 2011/81 sayılı AYM Kararı

"Uluslararası kabul edilebilirlik" hususunun, kurumsal olarak uygulama birliği ve akreditasyon sağlayan Uluslararası Muhasebeciler Federasyonu (IFAC) ve Avrupa Birliği (AB) kurumlarına işaret ettiği, TÜRMOB'un hâlihazırda IFAC'a üye olduğu ve IFAC'ın, vergi inceleme elemanlarının sertifikasyonunu kabul edilebilirlik açısından bir engel olarak görmediği, AB'nin konuyla ilgili 8'nci Direktifinin 9/2'nci maddesinde yer alan *"Aynı şekilde, üye ülkeler, 8 inci maddede sayılan konuların birinden ya da birkaçından üniversite seviyesinde bir diploma ya da buna eşdeğerde bir dereceye sahip olan bir adayı, bu sınav ya da diploma ile ilgili alanlarda pratik eğitime sahip olduğunu da kanıtlaması durumunda, pratik becerilere ilişkin sınavdan da muaf tutabilecektir."* ifadesinin belli durumlarda olan kişiler için muafiyetler getirebilmesine imkân verdiği,

ifadelerine yer verilmiştir.

AYM, 18/05/2011 tarihinde yaptığı toplantısında, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 10 yıllık çalışma süresini tamamlamayanların sınav muafiyetini kaldıran düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmemiş ancak, Maliye Bakanlığı tarafından yapılması öngörülen özel YMM'lik sınavının[47] Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

AYM, gerekçesi 15/12/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2011/81 karar numaralı Karar'da, sınav muafiyetini kaldıran düzenlemeye ilişkin olarak Kanun'a eklenen geçici 9'uncu maddede kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi henüz doldurmamış olanlara yer verilmemesini, bu kişilerin *"kazanılmış haklarının bulunmadığı"* gerekçesi ile Anayasa'ya uygun bulmuştur.[48] Ancak zaten yapılan iptal başvuru-

---

47 Değişikliğin yapıldığı dönemde, Maliye Bakanlığı tarafından yapılması öngörülen özel YMM'lik sınavının, bir meslek odasının üyelerinin idari vesayet makamınca belirlenmesinin, mesleki birliklerini düzenleyen Anayasa'nın 135'nci maddesi dikkate alındığında Anayasa'ya aykırılık açısından tartışabileceği ifade edilmiştir. Bumin Doğrusöz, SMMM-YMM Kanunundaki Değişiklikler-2,www.radikal-referansarsivi.com/haber.aspx?HBR_KOD=104151, (Erişim Tarihi: 21/10/2011) Nitekim AYM tarafından verilen iptal kararında da, öngörülen düzenlemenin Anayasa'nın 135'inci maddesinde düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının idari ve mali denetiminin kanunla düzenleneceği hususunun kapsamına girmediği ifade edilerek, yapılan düzenlemenin merkezi idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun yerine geçerek faaliyet göstermesi anlamında geldiği belirtilmiştir.

48 Anayasanın 153'üncü maddesinin birinci fıkrasında, AYM'nin kararlarının kesin

sunda da belirtildiği gibi söz konusu kişiler açısından, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, bir kazanılmış haktan bahsetmek mümkün değildir. Bu kişilerin kazanılmış hakları değil, hukuk güvenliği ilkesi sahip oldukları sınav muafiyeti imkânı ellerinden alınmıştır.

AYM'nin bu kararında, YMM unvanının kazanılmasına ilişkin olarak 3568 sayılı Kanun'da yapılan değişikliğe çok benzer olan ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nda yapılan değişikliklere ilişkin olarak 2008/53 ile 2011/55 karar numaralı kararlarındaki içtihatlarından tamamen farklı bir karar verdiği anlaşılmaktadır.

Çalışmanın 2.3. numaralı bölümünde belirtildiği gibi, 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten etkilenen kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış kamu görevlileri 3 farklı grupta sınıflandırılabilir. İçinde bulunulan koşullar farklı olduğundan her bir gruba ilişkin değerlendirme ayrı ayrı yapılacaktır.

4.1 Kanunları Uyarınca Vergi İnceleme Yetkisini Almış ve Mesleki Yeterlilik Sınavını Vermiş Olup 10 Yıllık Süreyi Tamamlamış Olanların Durumu

5786 sayılı Kanun ile yapılan değişik neticesinde kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanların sınav muafiyeti kaldırılırken, bu kişilerden 10 yıllık çalışma süresini tamamlayanlar için 3568 sayılı Kanun'a özel bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, 5786 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 26/07/2008 tarihinde söz konusu sınav muafiyeti kapsamında olanların bu *"kazanılmış hakları"* 3568 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi[49] ile korunmuştur. Bu düzenleme ile değişikliğin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 10

olduğu ve iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı hükümlerine yer verilmiş olmakla birlikte AYM, 18/05/2011 tarihinde yapılan toplantıda alınan iptal kararının hüküm fıkrasını internet sitesinde yayımlamıştır.

49 3568 sayılı Kanun'un Geçici 9/1-b maddesi, *"Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen süreyi tamamlamış olanlar ile aynı maddenin ikinci fıkrasında sayılan konularda profesörlük unvanını almış olanlar için yeminli mali müşavirlik sınav şartı aranmaz."* şeklindedir.

yıllık çalışma süresini[50] tamamlamış olanlar ile söz konusu Kanun'da belirtilen konularda profesörlük unvanını almış olanların sınava girmeksizin YMM unvanını alabilmeleri mümkün kılınmıştır.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden bir tanesidir.[51] Buna göre, 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sırasında kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 10 yıllık çalışma süresini tamamlayanların YMM unvanını kazanmalarında sınav şartının aranmayacağına yönelik olarak yapılan düzenleme evrensel hukuk normlarına uygun nitelikte bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Nitekim AYM'de 2011/81 karar numaralı Kararı'nda, yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihte vergi inceleme yetkisini alarak mesleki yeterlik sınavını vermiş ve 10 yıllık süreyi tamamlamış olanlar için YMM'lik sınav şartının aranmadığını ve bu kişilerin kazanılmış haklarının korunduğunu belirtmiştir.

4.2 Vergi İnceleme Yetkisini Almış ve Mesleki Yeterlilik Sınavını Vermiş Ancak 10 Yıllık Süreyi Tamamlamamış Olanların Durumu

5786 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda, vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak henüz 10 yıllık çalışma süresini tamamlamamış olan kamu görevlilerinin hukuki güvenlik ilkesi gereği sahip oldukları sınav muafiyeti kaldırılmış, ancak, bu kişilerin genel uygulamadan farklı olarak özel YMM'lik sınavı ile YMM olmaları öngörülmüştür. Söz konusu kamu görevlileri ile AYM'nin 2008/53 karar numaralı kararında bahsedilen komiser yardımcıları içinde bulundukları hukuksal durumlar açısından birbirlerine çok benzer bir konumdadırlar.

Zira dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu devam eden kamu görevlileri, değişiklikten önce (A) grubu polis amiri olmak için gereken 2 şarttan birisi olan

---

50 Her ne kadar değişiklik öncesinde 3568 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında 10 yıllık bir süre belirtilmemişse de, sınav muafiyetine sahip olanların YMM unvanını alabilmeleri için 10 yıllık çalışma süresinin doldurulmuş olması gerekiyordu. Zira YMM olabilmenin şartlarından birisi de, en az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapmış olmaktır.

51 AYM'nin 07/02/2008 tarih, 2005/38 esas ve 2008/53 karar numaralı kararı

dört yıllık yükseköğretim şartını yerine getirmişler ancak ikinci şart olan komiser yardımcılığı kursuna devam etmekte iken (A) grubu polis amiri olmanın şartları 4638 sayılı Kanun ile bu kişilerin aleyhine değiştirilmiştir. Benzer şekilde, 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde sınav muafiyetine hak kazanabilmek için 10 yıllık çalışma süresini tamamlaması gereken kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olan kamu görevlileri, değişikliğin yapıldığı tarihte vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavlarını vermiş olmalarına rağmen 10 yıllık çalışma sürelerini henüz tamamlamamışlardır. Bir diğer ifadeyle, bu kişiler sınav muafiyetine hak kazanılabilmesi için gereken 3 şarttan ikisini sağlamış ancak diğer şartı henüz sağlayamadan 3568 sayılı Kanun'da aleyhlerine bir düzenleme yapılarak sınav muafiyetlerine son verilmiştir.

AYM'nin 2008/53 karar numaralı Kararı'nda da belirtildiği gibi, bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımadığından 5786 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 26/07/2008 tarihinde 10 yıllık çalışma süresini tamamlamamış olan kamu görevlileri açısından bir kazanılmış haktan bahsedilmesi mümkün olmamakla birlikte, AYM'nin 2008/53 karar numaralı Kararı'ndaki iptale ilişkin referans noktası olan *"hukuk güvenliği"* ilkesi gereği, yapılan yeni düzenlemeden ayrık tutulmaları gereken bu kişilere 3568 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9'uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer verilmemesi nedeniyle söz konusu düzenlemenin, AYM'nin 2008/53 karar numaralı kararındaki içtihat da dikkate alındığında Anayasa'ya aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak, AYM 2011/81 karar numaralı Kararı'nda *"İptali istenilen kural Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin son fıkrasına ilişkin belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir."* ifadelerine yer vermek suretiyle yapılan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. AYM'nin 3568 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin son fıkrasına ilişkin gerekçesi, vergi inceleme yetkisini almış olmakla birlikte mesleğinde 10 yılını doldurmamış olanlar için kazanılmış herhangi bir haktan söz edilemeyeceğinden kuralın hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamasıdır.

AYM'nin vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yıllık çalışma süresini tamamlamamış olanlar için herhangi bir kazanılmış haktan bahsedilmeyeceği tespiti doğrudur, an-

cak zaten bunun aksi de iddia edilmemektir. AYM, 2008/53 karar numaralı Kararı'ndaki görüşünün aksine bu kişiler için hukuk güvenliği ilkesinin göz ardı edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir yargıda bulunmamıştır. Diğer taraftan iptal davasına ilişkin başvuruda da bu kişilerin kazanılmış haklarının değil hukuk güvenliği ilkelerinin göz ardı edildiği vurgulanmıştır. AYM verdiği iptal kararlarında, iptal başvurusundaki taleple bağlı fakat gerekçe ile bağlı değildir. Bir diğer ifadeyle iptal başvurusunda belirtilmeyen farklı bir gerekçe ile de iptal kararı verebilir. Ancak kuşkusuz ki, bu gerekçenin de hukuki olması gerekir.

2011/81 karar numaralı Karar'da AYM, söz konusu kişilerin kazanılmış bir hakkın olmadığı açık olmasına rağmen, kazanılmış bir haktan söz edilemeyeceği gerekçesi ile yapılan düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur. Ancak işin özü ve Anayasa'ya aykırılığın esas nedeni olan hukuk güvenliği ilkesinin bu kişiler açısından zedelenip zedelenmediğine ilişkin hiç bir ifadeye yer vermemiştir. Söz konusu Karar'da *"Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelemediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez."* ifadelerine yer veren AYM'nin somut olayda hukuk güvenliği ilkesinin neden zedelenmediğini, bir diğer ifadeyle vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yıllık çalışma süresini tamamlamamış olan kamu görevlilerinin hukuk güvenliği ilkesinden neden yararlanamadıkları konusuna hiç değinmemesi verilen kararını hukukiliğini de tartışma konusu yapmaktadır.

Bu noktada kanaatimizce, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41'inci maddesinde yer alan, AYM'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusunda bulunulamayacağı hususunun da mevcut olay açısından nasıl anlaşılacağı tartışmalıdır. Zira her ne kadar, AYM tarafından işin esasına girilerek karar verilmiş olsa da kararın gerekçesinin, Anayasa hukuku ve idare hukukunun temel düzenlemeleri kapsamında bahse konu kişilerin zaten sahip olmadıkları kazanılmış hak kavramına referans verilmesi nedeniyle hukuken tartışmalı olduğu düşünülmektedir. Bir diğer ifadeyle, Anayasa'ya aykırılık yoktur kararının hatalı gerekçe ile verildiği düşünülmektedir.

4. 2. 1. Özel YMM'lik Sınavı

5760 sayılı Kanun'a ilişkin olarak TBMM'ye sunulan kanun tasarısında ve TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından kabul edilen metinde yer almayan *"özel YMM'lik sınavı"*na ilişkin düzenleme, kanun metnine tasarının TBMM Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeleri sırasında verilen bir önerge ile eklenmiştir. Önergenin gerekçesi şu şekildedir:

"Kanunun yürürlük tarihinden önce 10 yılını doldurmuş olanların müktesep hakları korunurken, mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yılını doldurmamış olanlar yönünden herhangi bir düzenleme yapılmadığı takdirde uygulamada birçok hukuki ihtilafın yaratılması kaçınılmaz olacaktır. Bu durumda olanlar için daha yumuşak bir geçiş dönemini teminen özel bir sınava tabi olmalarına yönelik hükümlere yer verilmektedir."[52]

Kanun koyucu söz konusu kamu görevlilerinin *"hukuki güvenlik"* ilkesi gereğince sahip olduğu sınav muafiyetini göz ardı etmiş ancak, bu kişilerin kimi yazarlarca objektifliğinin tartışmalı olabileceği belirtilen[53] özel YMM'lik sınavına girmelerine yönelik düzenleme yapmak suretiyle bu konuda genel usulden farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Bunu da, uygulamada hukuki ihtilaflarla karşılaşmamak ve yumuşak bir geçiş dönemi sağlamak amacıyla yapmıştır.

3568 sayılı Kanun'un geçici 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükümlere göre yapılacak özel YMM'lik sınavına ilişkin olarak Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan usul ve esaslar[54] 02/03/2011 tarihinde Gelir İdaresi Başkanlığı'nın (GİB) internet sitesinden yayımlanarak ilan edilmiştir. Buna göre sınava başvuru şartları 3568 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesindeki genel şartlara haiz olmak ve geçici 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, 26/07/2008[55] tarihinden önce kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olmak şeklinde belirlenmiştir.

---

52 TBMM Tutanak Dergisi, 98'inci Birleşim, 01/05/2008, www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil2/bas/b098m.htm, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

53 Bumin Doğrusöz, SMMM-YMM kanunundaki değişiklikler-2

54 Özel Yeminli Mali Müşavirlik Sınavına İlişkin Usul ve Esaslar, www.gib.gov.tr/fileadmin/duyurular/ozelymmusulesas.html (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

55 5786 sayılı Kanun'un Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihtir.

02/03/2011 tarihinde yayımlanan usul ve esaslara göre yapılacak olan sınava ilişkin olarak aynı tarihte yapılan duyuruda, başvuruların 07/03/2011 tarihinde başlayıp 18/03/2011 tarihinde sona ereceği belirtilmiş ve sınav tarihi de 09/04/2011 olarak duyurulmuştur. Sınav komisyonunun, Maliye Bakanının belirleyeceği bir Gelir İdaresi Başkan Yardımcısı başkanlığında, bir Maliye Müfettişi, bir Hesap Uzmanı, bir Gelirler Kontrolörü ve bir Vergi Denetmeninden oluşması öngörülmüştür. Başarılı sayılmak için sınavdan 100 tam puan üzerinden 65 ve üzeri puan alınması gerekmektedir. Söz konusu Usul ve Esasların 5'inci maddesinde GİB'in sınavı bir defa yapacağı belirtilmiştir.

GİB tarafından 09/04/2011 tarihinde 100 soruluk test sınavı şeklinde yapılan ve yaklaşık 1000 kişinin katıldığı sınavdaki başarı oranının %90'nın üzerinde olduğu tahmin edilmektedir.[56] 5786 sayılı Kanun'un yayımlanmasının hemen ardından, bu sınava ilişkin düzenleme, meslek mensuplarına yönelik yapılan tüm sınavların TÜRMOB tarafından veya onun katılımı ile yapılmasına karşın Maliye Bakanlığı tarafından yapılacak sınavın ileride ayrıcalıklı veya göstermelik bir sınav gibi de yorumlanabilecek olması gerekçesiyle eleştirilmiştir.[57]

Diğer taraftan, Maliye Bakanlığı tarafından 09/04/2011 tarihinde gerçekleştirilen özel YMM'lik sınavının dayanağı olan 3568 sayılı Kanun'un geçici 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiş ve bu husus AYM tarafından, sınavın yapılış tarihinden kısa bir süre sonra 18/05/2011 tarihinde kamuoyuna açıklanmıştır.[58]

Anayasa'nın 153'üncü maddesinin birinci fıkrasında, AYM'nin kararlarının kesin olduğu ve iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, AYM tarafından verilen iptal kararının gerekçesi 15/12/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. AYM'nin söz konusu Kararı'nda " … *Anayasa'nın 135. maddesinin beşinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde Devletin "idari ve mali denetiminden" söz edilmektedir. Bu durumda, merkezi idarenin, kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu*

56 http://finanskariyer.blogspot.com/2011/08/ozel-ymm-snav.html, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)
57 Bumin Doğrusöz, SMMM-YMM Kanunundaki Değişiklikler-2
58 www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=326, (Erişim Tarihi: 19/10/2011)

olan TÜRMOB'un yerine geçerek, vergi inceleme yetkisini almış ancak 10 yıllık süreyi tamamlamamış olan kişiler için yeminli mali müşavirlik sınavı yapması, idari ve mali denetim kapsamına girmemektedir. Bu durum, denetimin ötesinde, merkezi idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun yerine geçerek faaliyet göstermesi anlamına gelmektedir. Bu nedenlerle bazı kişilerin gireceği yeminli mali müşavirlik sınavının idari ve mali denetim yetkisini aşacak biçimde merkezi idare içerisinde yer alan Maliye Bakanlığı'na verilmesi Anayasa'nın 135. maddesine aykırı düşer." ifadelerine yer vermiştir.

Maliye Bakanlığı'nın TÜRMOB'un yerine geçerek belirli şartları sağlayan kamu görevlilerinin gireceği YMM'lik sınavını düzenlemesinin öngörülmesini merkezi idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki idari ve mali denetim yetkisinin aşılması olarak yorumlayan AYM'nin verdiği iptal kararının hüküm kısmı 18/05/2011 tarihinde kamuoyuna duyurulmakla birlikte gerekçesi 15/12/2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Her ne kadar Maliye Bakanlığına özel YMM'lik sınavını yapma yetkisi veren düzenleme AYM tarafından iptal edilmiş olsa da, açıklanan usul ve esaslara göre sadece bir kez yapılması öngörülen sınav, iptal kararının hüküm kısmının açıklanmasından kısa bir süre önce gerçekleştirilmiştir. AYM kararlarının geriye yürümediği ve AYM kararının gerekçesinin de 15/12/2011 tarihinde yayımlandığı dikkate alındığında özel YMM'lik sınavının, aksi yönde görüşler mevcut olsa da, hukuken geçerli ancak etik açıdan tartışmalı durumda olduğu söylenebilir.

Kanunları Uyarınca Vergi İnceleme Yetkisini Almış Ancak Mesleki Yeterlilik Sınavını Henüz Vermemiş Olanların Durumu

5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sırasında, 3568 sayılı Kanun'un geçici 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde kanunları uyarınca vergi incelemesi yetkisini almış olmasına rağmen henüz kanun değişikliğinin yayımlandığı tarihte mesleki yeterlilik sınavını vermemiş olanlara yönelik bir düzenlemeye yer verilmeyerek, bu kişilerin de Kanun'un yayım tarihinden sonra bu mesleklere girecek olanlar gibi genel usullere göre yapılan YMM'lik sınavı ile YMM olmaları öngörülmüştür.

AYM, söz konusu düzenlemelere ilişkin olarak açıkladığı kararında, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ancak mesleki yeterlilik sınavını kanun değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihte henüz vermemiş olanların *"haklı beklentilerinin"* dikkate alınmamış olmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Aynı AYM'nin söz konusu kararın açıklandığı tarihten çok kısa bir süre önce verdiği 2011/55 karar numaralı kararında, haklı beklentilerinin göz ardı edildiğini ifade ettiği komiser yardımcıları ile 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten etkilenen kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ancak 5786 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle henüz mesleki yeterlilik sınavlarını vermemiş olanlar sahip oldukları hukuksal durumlar açısından birbirlerine çok benzer bir konumdadırlar.

Nitekim, komiser yardımcılığı kursunu bitirmiş olmakla birlikte değişikliğin yapıldığı tarihte yükseköğrenime devam edenler, değişiklik öncesinde (A) grubu polis amiri olmak için gereken 2 şarttan birisini yerine getirmişler, diğerini yerine getirmek aşamasında iken Kanun değişikliği ile (A) grubu polisi amiri olmanın şartları değişmiş ancak bu kişilerin hukuk güvenliği ilkesi kapsamında sahip oldukları haklı beklentileri karşılanmamıştır.

Benzer şekilde, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ancak 5786 sayılı Kanun'un yayım tarihi itibariyle henüz mesleki yeterlilik sınavlarını vermemiş olanlar değişiklik öncesi durumda sahip olunan sınav muafiyeti için gereken şartlardan birisini yerini getirmiş, diğer iki şartı yerine getirme aşamasında iken sahip olunan bu hak yapılan kanun değişikliği ile ortadan kaldırılmıştır.

AYM kararında ifade edilen hususa benzer şekilde, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış olanların bir süre sonra mesleki yeterlilik sınavlarını verecekleri açıktır. Zira bu mesleklerde mesleki yeterlilik sınavının alınması asıl, alınamaması ise istisnadır.[59] Ayrıca zaten mesleki yeterlilik sınavında başarılı olunamaması halinde bir haklı beklentiden bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan, 26/07/2008 tarihi itibariyle henüz mesleki yeterlilik sınavını vermemiş olanların tamamına yakını sonraki süreçte bu sınavlarını vermişlerdir. Buna göre, yapılan değişiklik neticesinde sınav muafiyeti

[59] Maliye Müfettişliği, Hesap Uzmanlığı, Gelirler Kontrolörlüğü, vb. denetim birimlerinin mesleki yeterlilik sınavlarındaki başarı oranının yüksek olduğu bilinmektedir.

ile YMM olmak için gerekli koşullardan birini tamamlayıp diğerlerini yerine getirme sürecine giren ve mevcut yasal düzenlemeye güvenerek haklı bir beklenti içerisinde bulunanların YMM unvanını kazanma beklentileri engellenmiştir.

Bu kişiler ile 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesinden sonra kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisine sahip olunan bir mesleğe girenlerin arasında bir fark olmadığı kabul edilerek, bunların her ikisinin de aynı hukuksal durumda oldukları varsayımı altında aynı sınavla YMM olmaları öngörülmüştür. Hâlbuki bu kişilerin aynı hukuksal haklara sahip olmadıkları ortadadır. Bunlardan birinci kısımda yer alanlar Kanun'un yayım tarihi itibariyle bu mesleklerde bulunup görev ifa etmekte iken, diğerlerinin bu mesleklerle hiçbir ilgisi bulunmaktadır. Bu yönüyle de yapılan düzenlemenin AYM içtihatlarında yer verilen makul, adil ve ölçülü olma niteliklerini taşımadığı görülmektedir.

Söz konusu düzenlemenin yerine, YMM'lik unvanının genel usullere göre yapılan sınav ile alınması kural olmakla birlikte, memuriyetleri süresince ehil oldukları kabul edilerek görev yapan ve değişikliğin yapıldığı tarihte bu mesleklerde bulunan kamu görevlilerinin kendi mesleki yeterlilik sınavlarında başarılı oldukları sınavlardan muaf olup diğer sınav konularından sınava girmelerine yönelik bir düzenleme yapılmış olsa idi, haklı beklentileri gözeten makul, adil ve ölçülü bir düzenlemeden bahsedilebilirdi.

AYM içtihatları kapsamında değerlendirme yapıldığında da, 2011/55 karar numaralı AYM Kararı'ndaki hükümlere benzer şekilde, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavı verme ile 10 yıllık çalışma süresini tamamlama aşamasında olanların hukuk güvenliği ilkesinden yararlandırılmaları gerektiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu kişiler, mevcut yasal düzenlemelere güvenerek söz konusu mesleklere girmişlerdir. Bu mesleklerin tercih edilmesinde, sahip olunan diğer imkânların yanı sıra sınav muafiyeti ile YMM unvanını kazanmak da etkilidir. Bu şekilde, geçerli olan hukuk kurallarına göre kariyer planlamasını yaparak bu meslekleri seçen kişilerin haklı beklentilerinin engellenmiş olmasının, konuya ilişkin AYM kararlarındaki içtihatlar da dikkate alındığında, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte AYM, 2011/81 karar numaralı Kararı'nda söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Buna karşın anılan Karar'da, vergi inceleme yetkisini almış ancak henüz mesleki yeterlik sınavını vermemiş olanların *"haklı beklentilerinin"* olup olmadığı, 2011/55 karar numaralı Karar'ın aksine, hiç tartışılmamıştır. (A) grubu polis amiri olmak için gerekli koşullardan birini tamamlayıp diğerini yerine getirme sürecine giren ve mevcut yasal düzenlemeye güvenerek haklı bir beklenti içerisinde bulunanların (A) grubu polis amiri olma beklentilerinin engellendiğinin görüldüğü tespitini yapan AYM, vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi doldurmamış ve vergi inceleme yetkisini almış ancak henüz mesleki yeterlilik sınavını vermemiş olanların hukuki güvenliğe/haklı beklentiye sahip olup olmadıklarına hiç değinmemiştir.

AYM, zaten hukuken mevcut olmayan ve Anayasa'ya aykırılığın da hiçbir şekilde dayanağı olmayan kazanılmış hak hususunun bu kişiler açısından mevcut olmadığını belirterek yapılan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığını ifade etmiştir. Ancak zaten Anayasa'ya aykırılık nedeni olarak iddia edilen husus, bu kişilerin kazanılmış haklarının yok sayılması değil; söz konusu kişilerin hukuk güvenliği ilkesi gereği sahip oldukları beklentilerinin ellerinden alınmış olmasıdır. Verdiği kararda, kanunlarda yapılan değişikliklerin, kazanılmış hakları etkilediği ve hukuk güvenliğini zedelediği durumlarda bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı olacağını belirten AYM; mevcut durumu bunlardan sadece kazanılmış hak açısından incelemiş, hukuk güvenliğinin zedelenmesi hususuna ilişkin hiçbir yorum veya tespitte bulunmamıştır. Bu haliyle de AYM tarafından verilen kararın gerekçesi hukuken tartışmalı bir niteliğe bürünmüştür.

5. Sonuç

3568 sayılı Kanun'da 5786 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik neticesinde kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavı vermiş olanlar ile hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler konularında profesörlük unvanını almış bulunanların sınav şartı olmaksızın YMM olmalarına ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmış ve bu kişilerin de genel usullere göre yapılan YMM'lik sınavı ile YMM olmaları öngörülmüştür.

Kanun tasarısında yapılan değişikliklerin gerekçesi meslek mensuplarının uluslararası kabul edilebilirlik sorunlarının aşılması ile kalite ve standartlarının artırılması olarak belirtilmiş iken, TBMM Genel Kurul'unda meslek mensubu sayısındaki artışın haksız rekabete yol açtığı ve bu durumun ancak ve kesin olarak sınav muafiyetinin kaldırılması ile önlenebileceği ifade edilmiştir.

Yapılan değişiklikler, uygulamada sadece kanunları uyarınca vergi incelemesi yetkisini almış ancak mesleki yeterlilik sınavlarını vermemiş yani mesleklerinde sadece 1-3 yıl arasında kıdeme sahip olan kamu görevlilerini etkilemiştir. Zira yapılan özel düzenlemeler ile bunlardan 10 yılın üzerinde çalışma süresi olanların sınav muafiyetine ilişkin kazanılmış hakları korunurken, 10 yıllık çalışma süresini henüz doldurmayanların Maliye Bakanlığı tarafından yapılacak *"özel YMM'lik sınavı"*na girmeleri öngörülmüştür.

AYM 18/05/2011 tarihinde açıkladığı kararında, özel YMM'lik sınavı yapılmasına ilişkin düzenlemeyi iptal ederek, 5786 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 26/07/2008 tarihi itibariyle henüz 10 yıllık çalışma süresini tamamlamamış kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanların da genel usullere göre yapılan YMM'lik sınavı ile YMM olmaları gerektiğine karar vermiş; ancak, bu kişilerin tamamına yakını Maliye Bakanlığı tarafından 09/04/2011 tarihinde yapılan özel YMM'lik sınavı ile YMM unvanını almaya hak kazanmıştır. Dolayısıyla, yapılan özel YMM'lik sınavının idari yargıda iptal edilmesi durumu hariç, AYM kararının pratikte bir anlamı bulunmamaktadır. Zira, Maliye Bakanlığı tarafından açıklanan usul ve esaslara göre bu sınav sadece bir kez yapılabilecektir ve sınav zaten AYM kararının açıklanmasından önce gerçekleştirilmiştir.

Devlet faaliyetlerinin önceden öngörülebilir olmasını ifade eden hukuk güvenlik ilkesi gereği, mevcut yasal düzenlemelere güvenerek hareket edenlerin sahip oldukları hakların veya haklı beklentilerinin korunması hukuk devletinin en önemli koşullarından birisidir. Aksi durum, kişiler için hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldıracağı gibi devletin de kişilerin sahip oldukları hakları dikkate almaksızın işlem tesis etmesi sonucunu doğuracaktır.

Nitekim AYM, (A) grubu polis amiri olabilmenin koşullarını değiştiren düzenlemeye ilişkin olarak verdiği iki farklı kararında, hukuk

devleti ilkesinden hareketle hukuki güvenlik ile haklı beklenti kavramlarına vurgu yaparak düzenlemeden etkilenen kişilerin haklarının göz ardı edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Ancak aynı AYM, 3568 sayılı Kanun'da 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, değişiklik öncesinde sınav muafiyeti ile YMM unvanı kazanabilenlerin bu hakların ellerinden alınmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Yapılan bu düzenlemeden etkilenenlerin, AYM'nin Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği (A) grubu polis amiri olabilmeye ilişkin hususta etkilenenlerden bir farkı bulunmamaktadır. Çünkü bu kişiler, mevcut yasal düzenlemelere güvenerek belirli mesleklere girmişler ve yürürlükte bulunan mevzuat gereği sahip oldukları hakları temin etmek üzere çeşitli işlemlerde/eylemlerde bulunmuşlardır. Bu hakları elde edebilmek için yerine getirmeleri gereken şartlarının bir kısmını yerine getirmiş, diğerlerini yerine getirme aşamasında iken yapılan değişiklikler ile söz konusu haklar ortadan kaldırılmıştır.

Ancak AYM, değişikliğin yapıldığı tarihte dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup komiser yardımcılığı kursuna devam edenler ile komiser yardımcılığını tamamlayıp dört yıllık yükseköğretime devam edenlerin; hukuk güvenliği ilkesi gereği mevcut yasal düzenlemelere güvenmekten kaynaklanan haklı beklentilerinin olduğuna, yapılan düzenlemeden ayrık tutulmayarak (A) grubu polis amiri olabilmeleri önlenen bu kişilerin beklentilerinin önlendiğine ve hukuk güvenliği ilkesinden yararlanmaları gerektiğine işaret ederek aksi yöndeki düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulurken; kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış olanlardan mesleki yeterliliklerini vermiş ancak 10 yıllık çalışma süresini henüz doldurmamış olanlar ile henüz mesleki yeterlilik sınavını vermemiş olanların hukuk güvenliği ilkesi kapsamında mevcut yasal düzenlemelere güvenmekten kaynaklanan haklı beklentilerini görmezden gelerek, aksi yönde yapılan düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur.

AYM Kararı'nın dikkat çeken bir yönü, Karar'da bu kişilerin hukuki güvenliklerinin/haklı beklentilerinin olup olmadığına veya neden olmadığına hiç değinilmemiş olmasıdır. Benzer başka bir konuda bu kavramları uzun uzun tartışan AYM'nin, söz konusu Karar'ında bu konuya hiç değinmemesi verilen kararın hukukiliğini tartışma konusu

haline getirmektedir. Zira aynı Karar'da, yapılan kanun değişikliklerinin hukuk güvenliğini zedelemediği müddetçe hukuk devleti ilkesine uygun olacağını belirten AYM, somut olayı bu açıdan hiç irdelememiştir. Bu haliyle de AYM, mevcut yasal düzenlemelere güvenerek kariyer planlamasını yapan ve bu doğrultuda belirli meslekleri seçen kişilerin hukuki güvenliklerini/haklı beklentilerini yok saymıştır.

KAYNAKLAR

Anayasa Mahkemesi, 10/03/1977 Tarih, 1976/51 Esas ve 1977/16 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 28/09/1988 Tarih, 1988/12 Esas ve 1988/32 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 12/12/1989 Tarih, 1989/11 Esas ve 1989/48 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 23/02/2001 Tarih, 1999/42 Esas ve 2001/41 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 27/02/2001 Tarih, 1999/43 Esas ve 2001/46 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 08/10/2003 Tarih, 2003/67 Esas ve 2003/88 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 04/05/2006 Tarih, 2006/64 Esas ve 2006/54 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 07/02/2008 Tarih, 2005/38 Esas ve 2008/53 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 17/03/2011 Tarih, 2010/106 Esas ve 2011/55 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 12/05/2011 Tarih, 2009/24 Esas ve 2011/75 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 18/05/2011 Tarih, 2008/80 Esas ve 2011/81 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesi, 22/12/2011 Tarih, 2010/7 Esas ve 2011/172 Karar Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr

Bumin Doğrusöz, SMMM-YMM Kanunundaki Değişiklikler-2, www.radikalreferansarsivi.com

Danıştay Birinci Dairesi, 13/07/1992 tarih,1992/224 Esas ve 1992/238 Karar Numaralı Karar, Danıştay Dergisi, Ankara, 1993, Sayı:87

Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, 2004

Mehmet Altundiş, *"Hukuki Güvenlik İlkesi"*, Yasama Dergisi, Ankara, 2008, Sayı:10

Özel Yeminli Mali Müşavirlik Sınavına İlişkin Usul ve Esaslar, www.gib.gov.tr

Özel Yeminli Mali Müşavirlik Sınavı, http://finanskariyer.blogspot.com/2011/08/ozel-ymm-snav.html

Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, www.tbmm.gov.tr

TBMM Tutanak Dergisi, 97'nci Birleşim, 30/04/2008, www.tbmm.gov.tr

TBMM Tutanak Dergisi, 98'inci Birleşim, 01/05/2008, www.tbmm.gov.tr

Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003

TÜRK VERGİ SİSTEMİNDE YOKLAMA VE YAYGIN VE YOĞUN VERGİ DENETİMİ

TURKISH TAX SYSTEM POLLING AND COMMON TAX AND INTENSIVE SUPERVISION

İsmet YURTERİ*

Özet: Yoklama ve yaygın ve yoğun vergi denetimi, henüz mükellefiyetini tesis ettirmemiş kişilerin ve vergilendirilmeyen kaynakların ortaya çıkarılması yönü ile vergi gelirlerini arttırıcı etki yapar. Vergi kaçıranları saptayıp vergilendirilmelerini sağlaması nedeniyle de vergi ödeyenler nezdinde ticari rekabeti daha adil hale getirmektedir. Bu sonuçta mükelleflerin vergi dışı kalmasını önleme görevi üstelenerek kayıt dışılığı azaltarak vergi adaleti ve sosyal adaleti sağlamaktadır. Bu müesseselerin vergi gelirlerini artırma, rekabeti düzenleme ve sosyal adalete hizmet etmek gibi vergi hukuku açısından önemli amaçları ve hedefleri bulunmaktadır. Bu hedeflerin gerçekleşmesi mali amaçların gerçekleşmesinin yanı sıra yüksek amaçlardan olan sosyal adalete de hizmet etmesi açısından son derecede önemi yüksek ve devamlı olan bir kurum olarak nitelendirmek mümkündür.

Son dönemde yapılan düzenlemelerin merkezi boyuta dönüştürme faaliyeti kapsamında yer alması, nitekim bu kurumun da öneminin artmasını sağlamıştır. Zira bu genel adıyla yoklama kurumu, denetim faaliyetlerinin en temel noktasını teşkil etmektedir. Buna istinaden oluşturulan sistemin yoklama kurumuna etkileri teknik boyutta uzman sayısının denetimdeki rolü ile aynı etkiye sahip olacağı bir gerçektir.

Anahtar kelimeler: Yoklama, Yaygın Vergi Denetimi, Yoğun Vergi Denetimi, Yoklama Fişi, Toplu Yoklama

Abstract: Polling and the widespread and intensive tax audit, yet the obligation of persons and property not opened liaison not taxable aspect of the discovery of resources and tax revenue-enhancing effect. Detect tax evaders they taxation the tax payers because it provides more than just make it before the commercial competition. This is ultimately the tax payers by reducing downtime prevention task undertaking informal economy provides tax fairness and social justice. These institutions to increase tax revenues, such as competition, regulation, and social justice, to serve the goals and objectives are important in terms of tax law. The realization of these

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi, 2010 Yılı TUSİAD En İyi Genç Hukukçusu

goals, financial goals, as well as the realization of social justice which is high in relation to the objectives of high and sustained level of importance that may be considered as an institution. Recently, the central dimension into the arrangements made within the scope of activity to take place, thus the importance of this institution has led to increases. Because the general name of the polling institute, audit activities constitute the most fundamental point. This institution, created to probe the effects of system control, the role of the number of specialists with a technical dimension will have the same effect as a fact.

Key Words: Polling, Common Tax Audit, Intensive Tax Audit, Polling Plug, Public Polling

I. YOKLAMA

Vergi kanunlarının, vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki bir durumun tekemmülü ile doğan, ancak henüz mücerret halde bulunan vergi alacağının ödenebilir safhaya gelmesi, tarh ve tahakkuk işlemlerinin yapılmasına bağlıdır. Tarh ve tahakkuk işlemi ise beyana dayalı işlemlerde mükellef bildirimi üzerine gerçekleşmektedir. Bu bildirim ödevinin mükellefler tarafından yerine getirilmemesi sebebiyle, mükellefiyet veya mükellefiyetle alakalı bazı hususların gizlenmesi mümkün hale gelmektedir[1]. İşte bu gizli mükellefiyet ve işlemlerin ortaya çıkarılması için ve vergiyi doğuran olayın yahut hukuki durumun tekemmülünü sekteye uğratan maddi olayların tespiti yoklama mekanizması ile yapılmaktadır[2]. VUK' un 127. maddesinde[3]

---

1 Örneğin, bir ticaret erbabının ilk defa veya mevcut duruma ilave olarak yeni bir işyerini açması, personel çalıştırması, henüz vergiyi doğuran olayı teşkil eden gelirin elde edilmiş olduğunu ifade etmez. Fakat bu durum, gelirin elde edilmesine takaddüm eden ve onu oluşturan olaylar olması bakımından önem arz etmektedir. Yoklama tüm bu olaylar ve ona bağlı mükellefiyet durumlarının zamanında tespit ini sağlamaktadır. Bkz: ÖZBALCI Yılmaz, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara 2002, s. 403

2 ÖZBALCI, s. 403

3 VUK m. 127
Maksat ve yetki:
(Değişik : 4/12/1985 - 3239/12 md.)
Yoklamadan maksat, mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmektir. Yoklamaya yetkili memurlar, ayrıca vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili olarak:

a) Maliye ve Gümrük Bakanlığınca belirlenmiş usuller dahilinde özel yetki verilmiş olmak kaydıyla günlük hasılatı tespit etmek,

yoklamanın amacı belirtilmiştir[4]. Yoklamadan maksat, mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddî olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmektir. Yoklama sadece mükelleflerin işe başlama, işi bırakma ve iş değişikliği ile sınırlı olmayıp yoklamada esas amaç vergiyi doğuran olay ile ilgili birçok hususu tespit etmek[5] olduğu açıktır[6]. Bir

b) 3100 Sayılı Kanun kapsamına girip ödeme kaydedici cihaz kullanmak mecburiyetinde olanların bu mecburiyete uyup uymadıklarını, bu cihazları belli edilmiş esaslara göre kullanıp kullanmadıklarını ve günlük hasılatı tespit etmek,

c) Günü gününe kayıt yapılması zorunlu defterlerin iş yerlerinde bulundurulup bulundurulmadığını, tasdikli olup olmadığını usulüne göre kayıt yapılıp yapılmadığını, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi icap eden belgelerin usulüne göre düzenlenip düzenlenmediği ile kullanılıp kullanılmadığını, faturasız mal bulunup bulunmadığını, levha asma veya kullanma mecburiyetine uyulup uyulmadığını tespit etmek, kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğuna emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak,

d) Nakil vasıtalarını, Maliye ve Gümrük Bakanlığının belirliyeceği özel işaretle durdurmak ve taşıtta bulundurulması icap eden taşıt pulu, yolcu listesi, fatura veya sevk irsaliyesi, yolcu bileti ile taşıma irsaliyelerinin muhtevası ile taşınan yolcu ve malların miktar ve mahiyetlerini ölçmek, tartmak, saymak suretiyle tespit etmek,

e) Taşıma irsaliyesi, sevk irsaliyesi ve faturanın taşıtta bulunmaması, halinde bu belgelerin ibrazına kadar nakil vasıtalarını trafikten alıkoymak, taşınan malın sahibi belli değilse tespitine kadar malı bekletmek ve muhafaza altına almak, (Beklemeye ve muhafazaya alınan malların bozulmaya ve çürümeye maruz mallar olması halinde derhal, diğer mallar ise üç ay sonra Maliye ve Gümrük Bakanlığının belli edeceği esaslar dahilinde tasfiye olunur.)
Yetkisini haizdirler.
Yukarıda sayılan yetkilerin hangilerinin ne şekilde ve hangi hallerde kullanılacağını belirlemeye, yoklamaya yetkili olanların bu hususta görev ve yetkilerini sınırlamaya Maliye ve Gümrük Bakanlığı yetkilidir.
Yoklama ve denetimde görevli memurların görevlerini ifa sırasında, güvenliklerinin sağlanmasına ilişkin esaslar Bakanlar Kurulunca belirlenir.

4 VUK' un 127' nci maddesinde 3239 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yoklama memurlarına büyük yetkiler tahsis edilmiştir. Getirilen esasların ilgili hükümde öngörülen genişlik ve sertlikte uygulanması güçtür. Bu çerçeve ile hükmün işlerliği de sınırlı kalmak durumundadır. 3239 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1986 yılından itibaren geçen sürede de bu durum görülmüştür. Bkz: ÖZBALCI, s. 404

5 Yoklama ile esasen mükelleflerin vergi dairesi içerisinde kağıt üzerinde gözüken faaliyetlerinin fotoğrafının çekilmesidir. Buna istinaden çekilen fotoğrafların çok net olması, fotoğrafçının da işinin ehli olması gerekir. Zira aksi takdirde, kötü çekilen fotoğraf gerek idare gerekse mükellef açısından hukuksal dayanaktan yoksun işlemlerin icrasına yol açabilecektir. Yoklama gerek mükelleflerin ve durumlarının, gerekse mükellefiyetle ilgili maddi olayların, kayıtların ve konuların araştırılmasına ve belirlenmesine yönelik bir uygulama olarak vergi dairesi için önemli bir bilgi toplama faaliyeti olduğunu da söyleyebiliriz. Bkz: BİLEN İnan Cumhur, "*Türk vergi Hukukunda Bilgi Toplama Müessesesi*", Vergi Dünyası Dergisi, Şubat 2009, S. 330, s. 115; İLHAN Asena, Türk Vergi Hukukunda Bilgi Toplama (Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2007, s. 8

6 GÜRBOĞA Erkan, *Kayıt Dışı Ekonomi ile Mücadelede Yoklamanın Önemi*, Vergi Sorunları Dergisi, Ağustos 2004, S. 191, s. 7

başka husus ise, bu amaçlara uygun yapılan yoklama işlemi, yoklama anında bulunması gerekenlerin olup olmadığının tespitine yöneliktir[7]. Bunların bulunmaması ile ilgili yapılan tespit vergi idaresinin ileride yapacağı tarh işlemine hazırlık mahiyetinde ön işlemi delil tespiti yoluyla oluşturmaktadır. Yoklama yapısı gereği, bir zaman dilimine ait tespit olup (işçi sayısı, işçi ücreti vs gibi) sadece o andaki bilgilerin doğruluğu söz konusu olacaktır[8].

Yoklama; Vergi dairesi müdürleri, yoklama memurları, yetkili makamlar tarafından yoklama işi ile görevlendirilenler, vergi incelemesine yetkili olanlar ve gelir uzmanları tarafından yapılır[9]. Ancak uygulamada vergi dairesi müdürleri daire içerisindeki yoğun işleri nedeniyle pek fazla yoklama işi ile ilgilenememektedirler. Vergi inceleme elemanları ise kariyer olarak yoklama yetkisini en etkin kullanabilecek kişiler olmalarına karşın onlar da daha çok bilgi ve uzmanlaştırma gerektiren vergi incelemesi ile uğraşmaktadırlar. Dolayısıyla yoklama görevi daha çok yoklama memurları tarafından yürütülmektedir. Yoklama yapanların elinde yoklama yetkilerini gösteren fotoğraflı resmi bir belge bulunur. Yoklama yapanlar bu belgeyi, kendilerinden sorulmasa bile, nezdinde yoklama yapılan kimseye göstermek zorundadırlar. Toplu yoklamalarda kolbaşının belgeyi ibraz etmesi yeterlidir. Yoklama her zaman yapılabilmektedir. Yoklamanın ne zaman yapılacağı ilgiliye haber verilmez. Buna göre yoklamaya yetkili olanlar geçici olarak ve belirli zamanlarda değil, bütün yıl içinde ve her zaman (günün 24 saati) yoklama yapabilmektedirler. Yoklama sonuçlarının hukuki nitelik kazanabilmesi için bunların belgelenmesi gerekmektedir. Yoklama neticeleri tutanak mahiyetinde olan "***yoklama fişine***" geçirilir[10]. Bu fişler yoklama

---

7 "*Yoklama tutanağının uyuşmazlıkla ilgili dönemlere ilişkin olarak tarhiyat yapılmasına imkan verecek tespitleri içermediğinden bu tespitlerin yoklama tarihinden önceki dönemlere uygulanması mümkün değildir*", D4D, T: 24.06.1997, E: 1996/1705, K: 1997/2108 Sayılı Kararı (KIZILOT Şükrü, Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili Danıştay Kararları ve Özelgeler (Müktezalar), Ankara 1998, C.4, s. 904)

8 SABAN Nihal, Vergi Hukuku, İstanbul 2008, s. 185, 186

9 TECİM Burak Ali Han, Kayıt Dışı Ekonomide Vergi ve Vergi Denetiminin Önemi (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2008, s. 103 vd.; ÖZBALCI, s. 404

10 Usulüne uygun düzenlenmiş yoklama fişlerinin hukuken tutanak mahiyetinde olması bu belgelerin vergi incelemeleri ve takdir komisyonları tarafından matrah takdiri yapılırken geçerli bir belge olarak kullanılabilmesi ve böylece yoklama fişinin VUK m. 30 uyarınca idare tarafından re' sen vergi tarh edilmesine dayanak oluşturması anlamına gelecektir. (FURTUN İdris Hakan, "*Türk Hukuku' nda Vergi*

yerinde iki nüsha düzenlenerek tarihlenir, bulunursa nezdinde yoklama yapılana veya yetkili adamına[11] imza ettirilir; bunlar bulunmaz veya imzadan çekinirlerse keyfiyet (durum) fişe yazılır[12] ve yoklama fişi polis, jandarma, muhtar[13] ve ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılır[14]. Yoklama fişlerinin birinci nüshası yoklaması yapılan şahıs veya yetkili adamına bırakılır. Bunlar bulunmazsa bilinen adresine 7 gün içinde posta ile gönderilir[15]. *Bireysel yoklama*; vergilendirme ile ilgili olarak yükümlü veya sorumluların vergi idaresinin bilgisi dışında bırakılan maddi olayları, yükümlülük ve sorumlulukla ilgili bulguların yoklama yetkisine sahip memurlarca yükümlü, sorumlu veya yetkilisi ile birlikte yoklama fişi ismi verilen tutanağa

---

Mükellefini Denetleme Araçları", Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı, İstanbul 2010, s. 305)

11 Yetkili Adam: Nezdinde yoklama yapılan kimsenin faaliyetini yürüten kişidir. Bu kişi nezdinde yoklama yapılanın eşi, çocuğu, personeli veya vekili olabilir. (TECİM s. 103 vd.); Ancak bir Danıştay kararında; "*Mükellefin kardeşinin verdiği bilgiler ışığında düzenlenen yoklama fişine itibar edilmesinde ve bu fiş esas alınarak yapılan tarhiyatta isabet yoktur*", D4D, T: 15.11.1996, E: 1995/4343, K: 1996/4235 Sayılı Kararı (KIZILOT, C.4, s. 909)

12 "*Yoklama fişinde, şirket yetkilisi olarak belirtilen kişinin kim olduğun ve imzadan niçin imtina ettiğinin belirtilmesi gerekir*", D9D, T: 09.03.1999, E: 1998/495, K: 1999/976 Sayılı Kararı (KIZILOT Şükrü, Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili Danıştay Kararları ve Özelgeler (Müktezalar), Ankara 2000, C.5, s. 803)

13 "*Yoklama fişinin muhtara imzalatılmasıyla şekil şartı yerine getirilmiş ise de tutanağı imzalayan muhtarın olay yerinde hazır bulunduğuna ilişkin herhangi bir tespite yer verilmediği gibi, ayrıca imzadan imtina eden kişinin kimliğinin açıkça belirlenmemesi karşısında 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu' nun 131. maddesinde öngörülen unsurları taşımayan tutanak esas alınarak kesilen özel usulsüzlük cezasında ve bu cezaya karşı açılan davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir*", D4D, T: 14.01.1999, E: 1998/4026, K: 1999/36 Sayılı Kararı (KIZILOT, C.5, s. 802)

14 "*Nezdinde yoklama yapılan tarafın imzadan imtina edilen yoklama tutanağının, polis, jandarma, muhtar ve ihtiyar heyeti üyelerinden biri imzalamadıkça, bağlayıcı olmayacağı…*", D9D, T: 10.03.1993, E: 1992/3334, K: 1993/1106 Sayılı Kararı (KIZILOT Şükrü, Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili Danıştay Kararları ve Özelgeler (Müktezalar), Ankara 1996, C. 3 s. 902)

15 Danıştay 4. Daire 1979/1412 Esas ve 1979/2871 Sayılı Kararı ile de; "*Yoklama sonucuna göre karar ve işlem için yoklamanın vergi kanunlarında belirtilen şartlara uygun olması gerektiği*" (ERDAĞ Nevzat, Vergi İdaremiz ve Denetim Müessesesi El Kitabı, İstanbul 2006, s. 83); Aynı zamanda, "*Mükellefin gıyabında düzenlenen ve mükellefin ya da yetkili adamının ifade ve imzasını taşımayan yoklama fişinin, mükellefin bilinen adresine 7 gün içinde gönderilmesi gerekirken gönderilmemesi halinde, bu fişe dayanılarak re' sen takdire gidilmez*", (D7D, T: 12.10.1995, E: 1993/5450, K: 1995/3838), (KIZILOT, C.3, s. 903) diyerek bu fişin gönderilmesinin önemine riayet eden Danıştay kararları da mevcuttur.

bağlanmasıdır. *Toplu yoklama*; Vergi uygulamalarının gerektirdiği hallerde münferit fiş yerine yoklama cetvellerinin kullanılması ve neticelerin toplu olarak bu cetvellerde gösterilmesi mümkündür. Toplu yoklamada periyodik ve süratli bir biçimde yoklama konusu hususlar toplu yoklamaya alınan mükellef ve iş gruplarının hepsinde istisnasız olarak tespit edilmektedir[16]. Yoklama cetveli kullanılan hallerde ihtilaflı olaylar yoklama fişi mahiyetinde ayrı bir tutanakla tespit edilir[17].

Yoklama mükellefiyetin kurulmasına, değişikliğine ve kaldırılmasına vergi tarhına, rayiç bedel takdirine, düzeltmeye, bazı hallerde vergi incelemesine, alıkonulan bazı malların tasfiyesine ve ceza uygulamasına yol açabilmektedir[18].

Yoklama vergilendirmeyi etkileyen ve vergi idaresinin bilgisi dışında kalan olguları ortaya çıkarmak suretiyle vergi adaletine ve sosyal adalete katkıda bulunmayı ve hazineye ek gelir sağlamayı amaçlar. Yoklama henüz mükellefiyetini tesis ettirmemiş kişilerin ve vergilendirilmeyen kaynakların ortaya çıkarılması yönü ile vergi gelirlerini arttırır. Vergi kaçıranları saptayıp vergilendirilmelerini sağlaması nedeniyle de vergi ödeyenler nezdinde ticari rekabeti daha adil hale getirmektedir. Böylece mükelleflerin vergi dışı kalmasını önleme görevi üstelenerek kayıt dışılığı azaltarak vergi adaleti ve sosyal adaleti sağlamaktadır. Yoklamanın vergi gelirlerini artırma, rekabeti düzenleme ve sosyal adalete hizmet etmek gibi vergi adaleti açısından önemli amaçları ve hedefleri bulunmaktadır[19]. Bu hedeflerin gerçekleşmesi mali amaçların gerçekleşmesinin yanı sıra yüksek amaçlardan olan sosyal adalete de hizmet etmesi açısından önem derecesi yüksek ve devamlı olan bir kurum olarak nitelendirmek mümkündür.

---

16 TECİM, s. 103 vd.

17 ERDAĞ, s. 84; nitekim farklı bir tutanakta düzenlenecek olsa da; "*Yoklama fişi ile faaliyeti olmadığı döneme ilişkin olarak aynı fiş done gösterilerek tespit edilen matraha dayalı tarhiyatın terkini gerekir*", D4D, T: 07.11.1996, E: 1905/4788, K: 1996/3993 Sayılı Kararı (KIZILOT, C.4, s. 906)

18 SÖYLER İlhami, "*Vergi Yoklamasının Hukuki Sonuçları*", Maliye Sigorta Dergisi, Ankara 1995, S. 208, s. 29

19 TECİM, s. 103 vd.

Yoklama her zaman yapılır. İlgiliye önceden haber verilmesi gerekmez. Yoklama sırasında, buna yetkili olduğuna dair kimlik ibrazı zorunludur. Yoklama sonuçları yoklama fişi, yoklama tutanağı ya da toplu yoklama listeleri ile saptanır ve bu belgeler vergi incelemesinde delil[20] olarak kullanılabilmektedir[21].

Gel gelelim, yoklamanın nasıl yapılması ve bunun sonucunda gerekli çıkacak olan belgenin yapımına. Yoklama sonuçları yoklama fişi ile tespit edilmektedir[22]. Yoklama fişi tutanak hükmündedir. Bu fişler yoklama yerinde ve iki örnek olarak düzenlenir. Yoklama muhatabı-

---

20 VUK m. 127/c maddesine göre; yoklama memurları, kanuni defter ve belge dışında kalan ve vergi kaybına delil teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almaya yetkilendirilmişlerdir. Bu yetkinin anlamı, ceza usul hukukunda söz konusu zapt işlemini yapabilmek demektir. Oysa ki, CMK 127. maddeye göre, zapta karar verme yetkisi, hakime tanınmıştır. Sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri el koyma işlemini gerçekleştirecektir. Bu ilke ve kuralar çerçevesinde, VUK uygulamasında da, yoklama memurları belgelere el koyma yetkisinin ancak gecikilmesinde sakınca bulunan durumlarda verilmesi ve bu işleme karşı hakime itiraz edebilme hakkının tanınması gerekmektedir. eğer ki bu tür bir uygulamaya gidilmediği takdirde, kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üzeri, özel eşyaları aranamaz ve bunlara da el konulamaz diye Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20/2 maddesine aykırılık meydana gelecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÜNAL, Abdulkadir, Türkiye' de Vergi Denetimi ve Vergi Denetmenlerinin Denetim İçerisindeki Rolü, Ankara 2007, s. 37, 38; KANETİ Selim, Vergi Hukuku, İstanbul 1989, s. 166; ÖZEN Burak, Vergi İdaresinin yükümlüleri Denetleme Yolları (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996, s. 87

21 DEMİRKAN Uğur, Vergi İncelemesinin Kuralları (Görevler ve Yetkiler), TÜRMOB Yayınları – 127 Sirküler Rapor Serisi Seri No: 2000 – 14, Ankara 2000, s. 50

22 Yoklama bir tespit işlemi olması nedeniyle bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Bunları ise şu şekilde sıralamak mümkün olacaktır:
Mükellefiyetin kurulmasına yol açması,
- Mükellefiyet değişikliğine yol açması,
- Mükellefiyetin kaldırılmasına yol açması,
- Vergi tarhına yol açması,
- Rayiç bedel takdirine yol açması,
- Düzeltmeye yol açması,
- Vergi İncelemesine yol açması,
- Alıkonulan bazı malların tasfiyesine yol açması,
- Ceza uygulamalarına yol açması

Şeklinde sıralanabilir. Ayrıntılı Bilgi için bkz: SÖYLER İlhami, Türk Vergi Hukukunda Yoklama, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Yayın No: 1987/295, Ankara 1987, s. 72-78

nın, orada ise, imzasının alınması asıldır. Muhatapların bulunmaması halinde yoklama fişi yetkili bir kişiye imzalatılır[23]. Bunun sonucunda; yoklama memurlarınca düzenlenen tutanak ve yoklama fişlerine dayanılarak vergi farkı ya da vergi cezası salınabilmektedir[24] [25].

Her şeyi bir kenara bırakırsak; yoklama, aslında en önemli denetim biçimlerindendir ancak önemiyle orantılı bir şekilde üzerine pek de düşülmeyen bir kurum olarak yer almaktadır. Önemlidir, zira vergi denetiminin sadece yükümlülük kaydı olanların üzerine yoğunlaşılmasını sağlar. Bu şekilde vergilendirme alanında bir haksız rekabetin önüne geçilmiş olacaktır. Devletin haberi olmayan mükellef kitlesinin genel belge akışında sebep olacağı kesintinin de önüne geçecektir. Bu durum da, yoklamaya gereken önemin verilmesini ve yoklama yapacak olan memurların sayısının artırılmasını gerekli kılacaktır. Oysaki bu durum ne yazık ki uzun uğraşların sonunda halen gerçekleşmiş değildir. Yoklamayı yetkili kılan memurları belirleyen VUK 128' inci maddesindeki daha önce sayılan kişiler vergi

---

23 ÖZBALCI, s. 404; "*Hakkında yoklama yapılan kimsenin yetkili kıldığı kişi, umumi vekili, muhasebe danışmanı, daimi personeli ve bunlara benzer kimselerdir. Yoklama muhatabının eşi tarafından imzalanan yoklama fişleri de muteber sayılmaktadır*" D4D, T: 27.11.1970, E: 1969/5478, K: 1970/7069 Sayılı Kararı; "*Hem muhatap hem de yetkili bir kişi bulunmaz veya imzadan imtina edilirse, durum fişe yazılır ve yoklama fişi polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar heyeti üyelerinden birine imzalatılır (VUK m. 131). Bunlardan sadece birinin imzası yeterli olmaktadır*", D4D, T: 22.10.1970, E: 1969/5623, K: 1970/5364 Sayılı Kararı (ÖZBALCI, s. 404)

24 DEMİRKAN, s. 49

25 Ancak şu da belirtilmelidir ki, yoklama memurları aracılığıyla, çalıştığı halde mükellefiyetini kurtaramamışlar, kira geliri elde ettiği halde beyan etmemişler, kaçak işçi çalıştıranlar, kayıt düzenine ait yasa hükmüne uymayanlar, vergi levhası almamış ya da asmamış olanlar saptanmaktadır. Bununla birlikte yoklama memurları dolayısıyla;

- İşyerindeki günlük hasılat tespiti,
- Yazar kasa uygulamaları ve günlük hasılat tespiti,
- Defter ve belgelerin kullanımında, kayıt nizamına uyulup uyulmadığının tespiti,
- İşyerinde faturasız mal bulunup bulunmadığının saptanması,
- İşyerinde yasal defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğuna emare (delil değildir) oluşturan defter, belge ve diğer delillerin tespit edilmesi halinde tutanakla bunları almak,
- Taşıma araçlarını durdurup belge düzenini denetlemek ve belgesiz yük ve yolcu taşınıp taşınmadığının saptanması
- Gerekli ise belgesiz taşıtı trafikten men etmek, belgesiz mallara el koymak
- yetki ve görevlerine sahiptir. Bkz: DEMİRKAN, s. 49, 50

incelemesinde de yetkili olan kişilerdir[26]. Bu kişiler yoklama ile ilgili olarak yetkili kılınacak personelin artırılmasın imkan vereceklerdir[27]. Böylece vergiyi doğuran olayların vukuu anda yapılan yoklamalar ile vergi denetimlerinin daha gerçekçi temellere oturtulmasını sağlamaktadır[28].

Bir başka değinilmesi gereken husus ise, vergi inceleme[29] yapmaya yetkili kişiler ile vergi incelemesi yapmaya yetkili kişilerin hazırladığı, yoklama fişlerinin sonuçlarının, münhasıran vergi incelemesi görevi kapsamındaki konular bakımından karıştırılmaması gerekli oluşudur[30].

II. YAYGIN VE YOĞUN VERGİ DENETİMİ

Yaygın ve yoğun vergi denetimi, vergi suçu oluşturacak fiillerin anında tespit edilmesi ve cezanın kesilmesi esasına dayanan maddi bir denetim şeklidir. KDV' nin yürürlüğe girmesi ile birlikte daha fazla önem kazanmış ve devamlılık arz etmeye başlamıştır. Söz konusu müessese, VUK' un 127 ve 128' inci maddeleri gereği 'Yoklama' nın bünyesi içerisinde düzenlemeye tabi tutulmuştur[31].

---

26 Vergi Dairesinde, vergi incelemeye yetkili olan tek kişi, VUK m. 135 gereği, Vergi Dairesi Müdürüdür. Vergi dairesinin yoklama memuru olmayan memurları, ancak yetkilendirilmek suretiyle yoklama yapabileceklerdir (VUK mi 128/3). Bu yetkilendirme yapılıp, gerek görüldükçe, yoklama memurlarının sayısı artırılacaktır. (ÜNAL, s. 39)

27 DEMİRCAN Esra Siverekli, "*Türkiye' de Vergi Politikalarının Siyasi Analizi: Siyasi Değişimin Vergi Kayıp ve Kaçaklarına Etkisi Üzerine Bir İnceleme*", E-Yaklaşım, Haziran 2004, s. 11

28 ORGAN İbrahim, Vergi Denetimi ve Türkiye Uygulaması, Ankara 2008, s. 57

29 "*Yoklama*" ve "*Vergi İncelemesi*", VUK' ta ayrı bölümlerde düzenlenmiş olup iki ayrı faaliyet türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple de yoklamaya ve vergi incelemesine yetkili olanlar da farklı bir biçimde düzenlemeye tabi olması gerekir. Her ne kadar vergi incelemesi kapsamında gerçekleşmiş olsa da; yapılan bir yoklamanın vergi incelemesine başlangıç teşkil edeceğini söylemek mümkün olmayacaktır. Zira D4D, T: 31.03.1986, E: 3090, K: 1337 Sayılı Kararında ve buna benzer birçok kararlarda aynı yönde hüküm icraya konulmuştur. (ASLIHAK Alper, "*Vergi İncelemesine Başlama*", Vergi Sorunları Dergisi, Temmuz 2010, S. 262, s. 124)

30 KALYONCU Rüştü, "*Vergi Sloganları, Vergi, Vergiden Kaçma Konuları Üzerine Düşünceler* ", Vergi Dünyası Dergisi, S. 25, s. 14

31 TEKİN Fazıl/ÇELİKKAYA Ali, Vergi Denetimi, Ankara 2007, s. 117; KILIÇDAROĞLU Kemal, "*Çağdaş Gelir İdaresine Katkısı*", Vergi Dünyası Dergisi, Ağustos 1991, S. 120

Yaygın ve yoğun vergi denetimin amacı[32]; vergi ziyaı ile ilgili delil ve izler ortadan kalkmadan, anında yapılacak denetimlerle, vergiyi doğuran olayın gerçek yönüyle kayıtlar arasında bağlantı kurularak vergi ziyaına neden olacak suçların zamanında önlenmesidir[33]. Bir başka ifadeyle yaygın ve yoğun vergi denetimleri, vergiyle ilgili olayların zamanında kavranması, belge düzeninin yerleşmesi ve sağlıklı bir şekilde işlemesi, vergi kayıp ve kaçağının önlenmesi ve mükellefleri eğiterek yapılabilecek hataların önüne geçilmesi amacıyla yapılmaktadır[34]. Yaygın ve yoğun vergi denetiminin diğer amaçları ise; ekonomik delil sistemine işlerlik kazandırmak, vergi incelemelerini mükellefin defter ve belgeleri ile sınırlı kalmaktan kurtarmak, mal, hizmet ve nakit hareketlerinin tümü için belge düzenlenmesini ve düzenlenen belgelerin yasal defterlere kaydını sağlamak, mükellefiyet ile ilgili olayları, kayıtları ve konuları araştırmak suretiyle vergilendirme ile ilgili olayları anında saptamak, şeklinde sayılabilir[35].

Yaygın ve yoğun vergi denetimi, mükellefleri belge düzenine uymaya zorlayarak, vergi incelemelerinin daha sağlıklı yapılması için son derece önemli bir yöntemdir. Çünkü özellikle belge düzeninin tam olarak yerleşmediği ülkemizde ticari işlemler genellikle kayıt dışı

---

32 Uygulamada 'kayıt nizamı ve belge düzeni', 'kayıt nizamı kontrolü', 'cari denetim', 'anında yapılan denetim', 'vergi kontrolü', 'maddi kontrol' veya 'yüzeysel denetim' olarak da adlandırılan, yaygın ve yoğun vergi denetiminin amacı, vergiyi doğuran olayın gerçek yönü ile kayıtlar arasında bağlantı kurarak vergi kaybına yol açacak suçların zamanında önlenmesi olarak belirtilebilir. Bir diğer anlatımla, yaygın ve yoğun vergi denetimi vergi ile ilgili olayların zamanında kavranması, belge düzeninin yerleşmesi ve sağlıklı bir şekilde işlemesi, vergi kayıp ve kaçağının önlenmesi ve yapılabilecek hataların önüne geçilmesi (bu durum mükellefleri eğiterek mümkün olabilecektir) amacıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla bu denetim şekli bir anlamda vergi idaresinin mükellefe yardım şeklinde algılanmakta ve mükelleflerin ileride daha ağır cezalarla karşı karşıya kalması olasılığı büyük ölçüde bertaraf edilmekte ve asıl amacına da ulaşmayı planlamaktadır. (TEKİN/ÇELİK-KAYA, s. 117; KAYA Ömer, "*Vergilemede Yoklama İşlemleri – 2*", Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi, Kasım 1999, S. 307, s. 75)

33 ŞEKER H. Nezih, , Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi, İstanbul 1994, s. 26; KAZICI Sami, "*Vergi Kaçakçılığına Teorik Yaklaşım Türkiye'de Vergi Denetimi ve Vergi İstihbarat Arşivi Uygulaması*", Vergi Dünyası Dergisi, S. 146, s. 25

34 Bazı yazarlara göre; yaygın ve yoğun vergi denetiminin amaçlarının, vergi incelemesi amaçlarından ayrılan yönü olarak, vergi incelemesinde sonradan, önceki işlem ve olaylara yönelik bir denetimle, beyanların gerçeğe uygun verilmesi için, yükümlüler üzerinde caydırıcı etki sağlamak iken, yaygın ve yoğun vergi denetiminde ise vergi denetimlerindeki amaç, dönem kapanmasını beklemeden bu etkiyi hissettirmektir. (ŞEKER, s. 43)

35 KAZICI, s. 25

olarak belgesiz gerçekleşmekte ve bu tür işlemler vergi kaçakçılığının kaynağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla yaygın ve yoğun vergi denetimlerinin etkinleştirilmesi, belge düzeninin yerleşmesine ve vergi kaçakçılığının alan olarak daralmasına ve kamu gelirlerinin önemli ölçüde artmasına katkı sağlayacak[36] olup ekonomiyi ve mali konumu daha güçlü hale getirecektir.

Yaygın ve yoğun vergi denetimleri yoklama müessesesinin kapsamında gerçekleştirilmektedir. Buna göre yoklamaya yetkili olanların mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve konuları araştırmak ve tespit etmekle birlikte, vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili olarak bazı yetkilere sahiptirler[37]. Bunlar ise;

a) Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nca belirlenmiş usuller dâhilinde özel yetki verilmiş olmak kaydıyla günlük hâsılatı tespit etmek,

b) 3100 Sayılı Kanunun kapsamına girip ödeme kaydedici cihaz kullanmak mecburiyetinde olanların bu mecburiyete uyup uymadıklarını, bu cihazları belli edilmiş esaslara göre kullanıp kullanmadıklarını ve günlük hâsılatı tespit etmek,

c) Günü gününe kayıt yapılması zorunlu defterlerin iş yerlerinde bulundurulup bulundurulmadığını, tasdikli olup olmadığını usulüne göre kayıt yapılıp yapılmadığını, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi icap eden belgelerin usulüne göre düzenlenip düzenlenmediği ile kullanılıp kullanılmadığını, faturasız mal bulunup bulunmadığını, levha asma veya kullanma mecburiyetine uyulup uyulmadığını tespit etmek, kanunî defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğuna emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak,

d) Nakil vasıtalarını, Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın belirleyeceği özel işaretle durdurmak ve taşıtta bulundurulması icap eden taşıt pulu, yolcu listesi, fatura veya sevk irsaliyesi, yolcu bileti ile taşıma irsaliyelerinin muhtevası ile taşınan yolcu ve malların miktar ve mahiyetlerini ölçmek, tartmak, saymak suretiyle tespit etmek,

---

36 KILIÇDAROĞLU Kemal, "*Yaygın Vergi Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar*", Vergi Dünyası Dergisi, 1981, S. 1, s. 17

37 TECİM, s. 89

e) Taşıma irsaliyesi, sevk irsaliyesi ve faturanın taşıtta bulunmaması halinde bu belgelerin ibrazına kadar nakil vasıtalarını trafikten alıkoymak, taşınan malın sahibi belli değilse tespitine kadar malı bekletmek ve muhafaza altına almak, (Beklemeye ve muhafazaya alınan malların bozulmaya ve çürümeye maruz mallar olması halinde derhal, diğer mallar ise üç ay sonra Maliye ve Gümrük Bakanlığının belli edeceği esaslar dahilinde tasfiye olunur) .

Günlük hâsılatı tespit etmek ve nakil vasıtalarını durdurarak belge kontrolü yapabilmek yetkisi sadece özel olarak bu işlerle görevlendirilen memurlar tarafından kullanılır ve bu memurlara fotoğraflarının da yer aldığı özel yoklama yetki belgesi verilmektedir[38].

Özel yetkili yoklama memurlarının günlük hâsılatı tespit etmek ve nakil vasıtalarını durdurup belgelerini kontrol etmek yetkilerinin yanında yukarıda sayılan diğer yetkileri de mevcuttur. Diğer yoklama memurlarının ise günlük hâsılatı tespit etmek ve nakil vasıtalarını durdurup belgelerini kontrol etmek yetkilerinin dışında yukarıda sayılan diğer yetkileri mevcuttur. Özel yetkili yoklama memurları Maliye Bakanlığı'nın belirlediği özel işaretlerle nakil vasıtalarını durdurarak taşıtta bulunması gereken sevk irsaliyesi, fatura, irsaliyeli fatura, taşıma irsaliyesi, vergi levhası, yolcu listesi, yolcu bileti gibi belgelerin taşıtta bulunup bulunulmadığını ve bulunuyorsa mahiyeti itibariyle taşınan yolcu ve malların miktarını saymak, ölçmek ve tartmak suretiyle tespit etmeye yetkilidirler. Bu yetkiyi hem şehir içinde hem de şehirlerarasında kullanılabilmektedir[39].

Yaygın ve yoğun vergi denetimi kapsamında yapılmakta olan yol denetimlerinin amacı özellikle il içinde bulunan üretim merkezlerinde üretilip, il içi veya başka illere dağılımı yapılan ticari, zirai ve sınaî malların taşıma güzergâhları ile başka illerde bulunan üretim merkezlerinde üretilmekle birlikte il içinde dağılımı yapılan veya ilden transit taşıması yapılan malların sevkiyatlarında belge düzeninin yerleştirilmesini sağlamaya yöneliktir. Bu denetimlerde vergiyi doğuran olayın takibi ve tespiti ile olayların belgelere bağlanarak kayıtlara geçirilmesi sağlanmakta ve böylece kısa dönemde KDV, uzun

38 TECİM, s. 90
39 TECİM, s. 90, 91

dönemde ise Gelir ve Kurumlar Vergisi tahakkuklarının yükseltilmesi sağlanmaktadır[40].

Yaygın ve yoğun vergi denetiminin, sonuçta yapılan harcama, vergi dairesindeki görevleri bıraktırıp denetime çıkarılan memurlar nedeniyle, alternatif mesai kaybı gibi etkiler de dikkate alınacak olursa, olumlu sonuçlarının olumsuza oranla üstün geldiği pek söylenemeyecektir. Buna karşın, nicelik ve nitelik bakımından iyi yapılmış vergi incelemeleri ile elde edilebilecek sonuçlar, inceleme elemanları tutum ve davranışları bakımından eğitimli, bilgi birikimli ve deneyimli olduklarından etkili olduğu söylenebilecektir. Zira vergi incelemeleri, önleme ve düzeltme işlevleri bakımından, yaygın ve yoğun vergi denetiminden daha etkili olduğunu belirtilebilecektir. Buna istinaden öneri olarak ise, vergi yönetiminin bu denetimlerden amaçlanan hedeflere yaklaşabilmesi için, bu konuya özgü özel bir örgüt mekanizması geliştirerek, bu örgütü uzun bir eğitimden geçirmesi yolundaki görüşlere de katılmak gerekir[41].

SONUÇ

Ülkemizde denetim oranlarının %3 ü dahi zorlamakta güçlük çekmesi her ne kadar kayıt dışılığın baş faktörü olarak nitelendirilirse de, denetim denildiğinde akla gelen yoklama müessesesi olmadan da denetim olmayacaktır. Zira haberdar olunmayan bir durumun denetimi söz konusu olamaz. Temel amacı denetime imkan sağlamak olan bu müessesenin gel gelelim yapılması icrasında yetkili mercilerin görevlerinde bir atlama tahtası olarak görmemesi ve yeni denetim düzenlemesi ile de bunun tamamen ortadan kaldırılması durumu söz konusudur. Devletin bu konuya getirdiği çözüm olmamakta, karışıklığı ve denetim yoksunluğunun temelini hazırlamaktadır. Her ne kadar bu değişikliklerin ileri vadede yararlı olacağı görüşü benimse de, bu müessesenin anlatıldığı üzere bir merkezi yapılanmadan çok dayanışmadan ve birliktelikten doğacağı da aşikardır. Kanunda verilen yet-

40 ÇİLKOPARAN Yusuf, "*Yol denetimleri*", Vergi Dünyası Dergisi, 2004, S. 278, s. 105

41 ŞEKER, s. 26-44; Görüş için bkz: BULUTOĞLU Kenan, Türk Vergi Sistemi, Son Vergi Kanunları (Açıklama-Yorum-Uygulama), İstanbul 1981, s. 156

kinin sadece uzmanlar ile sınırlı olmayacağı ve diğer müfettişlerin de buna yetkisinin tanınma amacı elbette ki onların sadece uzmanlar eliyle gerçekleştirme olasılıklarının az oluşundandır. Buna ehemmiyetle durulması kanaati güçlenmekle birlikte vergi gelirlerinin arttırılması politikasına katkı sağlayacağı da bir gerçektir. Nitekim öneri de, bu konuya ilişkin özel bir örgüt yapılanması gerektiği günümüz dünyasında geçerliliğini de korumaktadır. Her gün genişleyen bir yapının (mükellefler bazında) kontrolü ancak bu şekilde olacağı ve konunun üzerine ciddiyetle durulması gerektiği belirtilebilir.

KAYNAKLAR

Aslıhak, Alper, "*Vergi İncelemesine Başlama*", Vergi Sorunları Dergisi, Temmuz 2010, S. 262

Bilen, İnan Cumhur, "*Türk vergi Hukukunda Bilgi Toplama Müessesesi*", Vergi Dünyası Dergisi, Şubat 2009, S. 330, s. 115

Bulutoğlu, Kenan, Türk Vergi Sistemi, Son Vergi Kanunları (Açıklama-Yorum-Uygulama), İstanbul 1981

Çilkoparan, Yusuf, "*Yol denetimleri*", Vergi Dünyası Dergisi, 2004, S. 278

Demircan, Esra Siverekli, "*Türkiye' de Vergi Politikalarının Siyasi Analizi: Siyasi Değişimin Vergi Kayıp ve Kaçaklarına Etkisi Üzerine Bir İnceleme*", E-Yaklaşım, Haziran 2004

Demirkan, Uğur, Vergi İncelemesinin Kuralları (Görevler ve Yetkiler), TÜRMOB Yayınları – 127 Sirküler Rapor Serisi Seri No: 2000 – 14, Ankara 2000

Erdağ, Nevzat, Vergi İdaremiz ve Denetim Müessesesi El Kitabı, İstanbul 2006

Furtun, İdris Hakan, "*Türk Hukuku' nda Vergi Mükellefini Denetleme Araçları*", Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı, İstanbul 2010

Gürboğa, Erkan, *Kayıt Dışı Ekonomi ile Mücadelede Yoklamanın Önemi*, Vergi Sorunları Dergisi, Ağustos 2004, S. 191

İlhan, Asena, Türk Vergi Hukukunda Bilgi Toplama (Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2007

Kalyoncu, Rüştü, "*Vergi Sloganları, Vergi, Vergiden Kaçma Konuları Üzerine Düşünceler* ", Vergi Dünyası Dergisi, S. 25

Kaneti, Selim, Vergi Hukuku, İstanbul 1989, s. 166;

Kaya, Ömer, "*Vergilemede Yoklama İşlemleri – 2*", Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi, Kasım 1999, S. 307

Kazıcı, Sami, "*Vergi Kaçakçılığına Teorik Yaklaşım Türkiye'de Vergi Denetimi ve Vergi İstihbarat Arşivi Uygulaması*", Vergi Dünyası Dergisi, S. 146

Kılıçdaroğlu, Kemal, "*Çağdaş Gelir İdaresine Katkısı*", Vergi Dünyası Dergisi, Ağustos 1991, S. 120

Kılıçdaroğlu, Kemal, "*Yaygın Vergi Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar*", Vergi Dünyası Dergisi, 1981, S. 1

Kızılot, Şükrü, Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili Danıştay Kararları ve Özelgeler (Müktezalar), Ankara 2000, C.5

Kızılot, Şükrü, Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili Danıştay Kararları ve Özelgeler (Müktezalar), Ankara 1998, C.4

Kızılot, Şükrü, Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili Danıştay Kararları ve Özelgeler (Müktezalar), Ankara 1996, C. 3

Organ, İbrahim, Vergi Denetimi ve Türkiye Uygulaması, Ankara 2008

Özbalcı, Yılmaz, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara 2002

Özen, Burak, Vergi İdaresinin yükümlüleri Denetleme Yolları (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996

Saban, Nihal, Vergi Hukuku, İstanbul 2008

Söyler, İlhami, "*Vergi Yoklamasının Hukuki Sonuçları*", Maliye Sigorta Dergisi, Ankara 1995, S. 208

Söyler, İlhami, Türk Vergi Hukukunda Yoklama, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Yayın No: 1987/295, Ankara 1987

Şeker, H. Nezih, , Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi, İstanbul 1994

Tecim, Burak Ali Han, Kayıt Dışı Ekonomide Vergi ve Vergi Denetiminin Önemi (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2008

Tekin, Fazıl/Çelikkaya, Ali, Vergi Denetimi, Ankara 2007

Ünal, Abdulkadir, Türkiye' de Vergi Denetimi ve Vergi Denetmenlerinin Denetim İçerisindeki Rolü, Ankara 2007

TARAF BİLİRKİŞİLİĞİ NEDİR?

WHAT IS PARTY EXPERT WITNESSING ?

Oğuz POLAT*

Özet : Adli bilirkişilik her geçen gün önemi daha da algılanmaya başlayan bir çalışma alanı olarak dünyada olduğu gibi ülkemizde de dikkati çeken bir konudur. Özellikle savunmanın da kendi bilirkişisini seçebilme kavramının tüm gelişmiş ülkeler gibi ülkemizde de günbe gün oturmaya başladığı gözlenmektedir. Bugün Amerika Birleşik Devletleri'nde 24.000 taraf bilirkişiliği yapan şirket bulunmaktadır.

Bu yazıda taraf bilirkişiliğinin tanımı ve çalışma alanları tanımlanacak, bu konudaki yapılan çalışmalar başta tarafsız delil tespiti olmak üzere anlatılacak ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki uygulamalar anlatılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adli bilirkişilik , tarafsız delil tespiti ,taraf bilirkişiliği

Abstract: The importance of forensic expert witnessıng has an increasing perception ın the world as well in our country. Especially choosing your own expert witness as defence is a concept that is becoming usual in developed countries and ın our country too. Today there are 24.000 private expert witnessing company ın Unıted States .

In this article ,the definition and working areas of party expert witnessing will be discussed including neutral detection of evidence and the practice at Unıted States will be given with examples.

Keywords: Forensic expert witness , neutral detection of evidence, party witnessing

Toplum olarak birey olma bilincinin geliştiği ve haklar kavramının yaşamın içinde olması gerektiği bilincinin oluşmasıyla her geçen gün adli tıbbın önemi ve prestiji artmaktadır. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte DNA analizi gibi yöntemlerin gelişmesi ile birlikte adli tıp uzmanı hukuksal uygulamalarda bilirkişilik görevini daha detaylı ve doyurucu olarak gerçekleştirmektedir.

* Prof. Dr., Adli Tıp Kurumu Eski Başkanı, Marmara Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

Başka olgularda bireysel olarak şiddete maruz kalmış işkence mağduru kişi, aile içi şiddet kurbanı kadın ya da cinsel veya fiziksel istismar mağduru çocuğun daha sonra hakkını koruyabilmesi, saldırganın cezalandırılabilmesi için vazgeçilmez tek koşul adli raporun detaylı ve doğru olarak verilebilmesidir. Adli tıp uzmanı sokaktaki vatandaşın hakkını koruyabilmesinde bilimsel olarak tespitleri yapan kişi olarak vazgeçilmez konumdadır.

2009'da yayımlanan Dünya Bankası'nın yargılamada bilirkişilik müessesesi hakkında karşılaştırmalı çalışma başlıklı bilirkişiliğin sorunlarının 4 ülke ile yapılan karşılaştırmalı çalışmanın inceleme raporundaki tanıma göre bilirkişi görüşü '*mesleki, bilimsel ya da teknik bir konuyla ilgili olarak yasal kovuşturmada kanıt olarak sunulacak (yazılı veya sözlü) her hangi ifade*' olarak tanımlanmaktadır.[1]

Adli tıp/bilimleri insan vücudunu ve insanla ilgili davranışların yarattığı sonuçları hukukun yargı aşamasında doğru ve bilgilenmiş olarak değerlendirebilmesi için bilirkişilik yapan bilimdir. Adli (Forensic) kelimesinin orijini Latince "Forensis" kelimesinden türetilmiş olup "Pazaryeri malı veya Forum" demektir. Eski Roma'da "forum" denilen yerler adli olayların çözüldüğü ya da dava açıldığı halka açık toplantı yerleriydi. Adli tıbba tarihsel gelişimi sürecinde "Forensic Medicine" deyimi kullanılmadan önce "Medical Jurisprudence" (Tıbbi Hukuk) denilmiştir. Bilirkişilikte incelenen olayları genel olarak *ölüm olguları* ve *canlı kişilerde incelenen olaylar* olmak üzere iki başlıkta toplayabiliriz. Ölüm olaylarında keşif ve otopsi çalışmaları vardır. Canlı kişilerdeki olaylar ise başlıca etkili eyleme bağlı meydana gelen durumların incelenmesi, işkence olguları, çocuk istismarı olguları ile mağdur ve suçlunun ruhsal durumlarının incelenmesidir. Ayrıca tıpla ilgili hukuki prosedürlerin bulunduğu her türlü olayda bilirkişilik adli tıp konusu içindedir.[2]

Bilirkişilik alanlarına baktığımızda konuların çok yaygın bir skalada yer aldığını görmekteyiz. Bugün adli tekstilden adli genetiğe, adli muhasebecilikten adli digital incelemelere kadar çok yaygın bir çalışma alanı olduğu görülmektedir. Ölüm, olay yeri, kriminalistik, hekim

---

1 Yargılamada bilirkişilik müessesesi hakkında karşılaştırmalı çalışma', Dünya Bankası Yayınları, S.4-6, 2009.

2 POLAT, Oğuz, ' Klinik Adli Tıp', Seçkin yayınları, Ankara S.23-28, 2009.

hataları konuları da her gün adli bilimlerin temel konuları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Adli tıp diğer tıp bilim dallarından farklı yapı ve içeriğe sahip bir dal olarak dikkati çekmektedir. Çünkü multidisipliner bir yaklaşımın temel olarak bulunması hukuk, kriminoloji, sosyoloji yanı sıra genetik, biyoloji, biyokimya ve patoloji gibi bir çok alanı da kapsayan bir içeriğe sahiptir.[3]

Adli tıp tedavi edici veya koruyucu tıp dışında bilirkişilik olarak tanımlanabilecek boyutta tıbbın kullanıldığı bir bilim dalıdır. Bu açıdan da hukuka yakındır. Her türlü şiddet olgusunun saptanmasından başlayarak şüpheli ölüm olgularının saptanması, babalık tespitinin yapılması ve kimlik tespitinin yapılmasına kadar çok geniş bir çalışma alanı bulunmaktadır. Bugün çocuk istismarı, kadına yönelik şiddet, aile içi şiddet olguları ve insan haklarının ihlalleri olgularında temel odak görev Adli tıp bilim dalının kapsamı içindedir (3).

Son yıllarda çok gündeme gelmeye başlayan tıbbi uygulama hatalarının saptanmasının yanı sıra DNA analizi ile babalık tespiti başta olmak üzere kimlik tespiti de Adli tıbbın temel konuları arasındadır. Ayrıca uyuşturucu ile ilgili yapılan çalışmalar da Adli tıp konuları içindedir (2).

Ceza Muhakemeleri Kanunu'na göre çapraz sorgulamanın gündeme gelmesiyle artık serbest bilirkişilikte en önemli alanlardan birisi olmuştur. Şu anda Amerika Birleşik Devletleri'nde 24.000 serbest bilirkişilik kurumunun ve kişinin yargıya profesyonel olarak dışarıdan servis verdiği görülmektedir .[4]

Taraf bilirkişiliği olarak tanımlanan ve yeni ceza kanunun uygulamaya geçmesiyle yaşama geçen bilirkişilik uygulaması gelişmiş tüm ülkelerde olan yaygın bir uygulamadır (3).

Adli tıp çalışmalarına baktığımızda ilginç bir süreçle karşılaşmaktayız: Uzun yıllar işin doğasına aykırı olarak sadece adli tıp kurumundan rapor alınması adli bilirkişilik istikrarsız bir süreç yaşamıştır.

Yargıtay'ın uzun yıllar inatla sadece adli tıp kurumu raporları ge-

[3] POLAT Oğuz, 'Adli erişim' ,oguzpolat.blogspot.com , 2012.
[4] www.afss.org

çerlidir görüşü avukatların da başka yerlerden özellikle de üniversite öğretim üyelerinden rapor almalarına büyük bir kısıtlılık getirmiş, mahkemelerde geçerliliği yok görüşü konu hakkında bilimsel açıklamalarla yazılacak raporlarla konunun açıklığa kavuşması sadece Adli Tıp Kurumu'nun kısıtlı kadrosuna bırakılmıştır. Çok büyük iş yükünün yanı sıra kurulların yapısı, kadroların niteliği uzmanlığın ön plana çıktığı günümüzde raporların zamanında yetişmesi ve güncel bilgiler içermesi konusunda problemler yaratmış ve yaratmaktadır.

Halbuki erken dönemde dava konusuyla ilgili uzmandan alınacak görüşün hem savunmayı çok güçlendireceğini hem de mahkeme aşamasında bazı delillerin çok daha doğru yorumlanacağını ancak son dönemde anlaşılmaya başlandı.

Yargının tüm katmanlarında adli tıp bilirkişiliğinin çok önemi olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Özellikle bilimsel yaklaşımların adaletin terazisini her zaman doğru noktaya getirdiği tüm dünyadaki uygulamalarda görülmektedir.

Adli bilirkişilik raporlarının iki bölümlü olarak hazırlanması avukatlara kılavuzluk edebilmesi için önemlidir. Bunlardan ilk bölümü tarafsız delil tespiti, ikinci bölümü de adli bilirkişilik raporu oluşturmalıdır

Tarafsız delil tespiti, savınızın ne kadar kuvvetli veya zayıf olduğunun gösterebilmek için önemlidir. Bazı durumlarda, özellikle kamu ile olan ihtilaflarda, devletin ilgili tüm kurum ve kuruluşları karşı tarafın haksızlığını ispat etmek üzere her türlü araştırma ve delil toplama kaynağına sahiptir.

Buna karşın delil tespitini taraf lehine yapacak ücretsiz bir makam bulunmamaktadır. Taraf kendi hukuksal delillerini bulup yargıya sunmak zorundadır. Olaylara bakıldığında İhtilafların büyük bir kısmının hukuk dışı uzmanlık gerektiren konulardadır. Bu açıdan davaya hizmet edecek düzeyde bir tarafsız delil tespiti adli bilimler kapsamında çalışan ve olaya böyle yaklaşan bilirkişiye bırakılmalı ve bunu yapabilen bilirkişi tercih edilmelidir. Dolayısıyla tarafsız delil tespiti işi uzmana bırakılmalıdır.

Özellikle teknolojinin yaşamın her katmanında ağırlığını hissettirmesi, gündeme gelen ve yargıya yansıyan uyuşmazlık konularının

sayısı kadar niteliği, çeşitliliğini de çoğaltmaktadır. Mahkemelerin hukuk dışı konularda bilirkişiye başvurma sayısı ve olasılığı da buna bağlı olarak artmaktadır.

Avukatlar ve hakimler "uygulamacı" meslek elemanlarıdır. Resmi bilirkişiler, uygulamada hakimlerin yardımcısı uzmanlardır. Avukatların uzmanlık gerektiren ihtilaflarda uzmanlardan görüş alması meslek etiği gereğidir.

Türkiye Barolar Birliği, hazırladığı yeni Avukatlık Yasası çalışmaları kapsamında, "Avukat yardımcılığı statüsü" başlığı altında ülkemizde de tarafsız delil tespiti uygulamasının hukuk alanında yaygınlaştırılmasını gündeme getirmiştir. [5]

Tarafsız delil tespitinin ileri uzmanlığı bulunan taraf bilirkişisi tarafından değerlendirilerek raporlanması gerekir. Taraf bilirkişisi, dava dilekçelerini hazırlarken taraf vekilinin yardımcısıdır. Hukuk dışı konuda, yargılamanın her aşamasında, avukatın adli kılavuzluk ihtiyacı büyüktür.

Hakim, hukuk dışı konudaki dosyayı resmi bilirkişiye gönderirken, hangi konuda bilirkişi değerlendirmesi istediğini belirtmek zorundadır. Resmi bilirkişi sadece bu sorulara cevap verecektir. Hakimin uzmanlık alanı dışındaki bir konuda uzmana doğru soruları sorabilmesi önemlidir. Taraf bilirkişisi, resmi bilirkişiye sorulması gereken soruları vekile raporlar, böylelikle birçok konuda sorular önceden cevaplanmış olacağından aynı dosyanın defalarca bilirkişiye gitmesi önlenir.

Taraf bilirkişi raporu, mahkemenin idaresi, yargılamanın süresi yönünden önemli olduğu kadar, verilecek kararı doğrudan etkileyecek hukuksal bir delil niteliği taşımaktadır.

Adli Rapor Düzenlenmesi Gereken Durumlar

1.Tıbbi Uygulama Hataları

2.Adli Belge İncelemesi

3.Adli Psikiyatri Olguları

---

[5] POLAT Oğuz. 'Tıbbi Uygulama hataları'; 4. Baskı; Seçkin Yayıncılık; S.187-188, 2009.

4.Çocuk İstismarı Olguları

5.Aile içi Şiddet Olguları

6.Ceza Davaları

7.Trafik kazaları

8.Etkili Eylem (darp olguları)

9.İş Kazaları

10.İşkence olguları

Suç sayılan davranışlar ile bunların işlenmesi halinde verilecek ceza, cezayı azaltan ve ağırlaştıran unsurlar yasalarda belirtilmiştir. Hekimlerin düzenleyecekleri ayrıntılı ve doğru raporlar sanığın hangi kanun maddesinden ve hangi fıkrasından yargılanacağına da ışık tutmaktadır.

Amerika Birleşik Devletlerinde Taraf Bilirkişiliği Uygulamaları

Amerika Birleşik devletlerinde bilirkişilik uygulamaları bize göre büyük farklılıklar göstermektedir. En göze çarpan farklılığın bilirkişinin seçiminin prensipte taraflara bırakılmış olmalarıdır.

Taraf bilirkişiliği olarak tanımlanan ceza ve hukuk muhakemelerinin taraflarının kendi bilirkişilerini seçerek görevlendirmeleri ve dava konusu hakkında görüş belirtmek üzere bilirkişi seçebilirler.

Burada bizdekinden farklı olarak bilirkişilerin sözlü ifade vermeleri temel kavramdır. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun yeni uygulamasında 5271 sayılı yasadaki en önemli farklılıklardan birisini de sözlü ifadenin ön plana çıkması olduğunu görmekteyiz (1).

Eğer bilirkişi görüşü istenilen mahiyette gözüküyorsa, taraflar bilirkişi tanıklığını ilgili yasal muhakemeye dahil etme kararını alabilirler. Bu karar, davanın yargılama sürecine girmesi halinde, bilirkişinin davada tanık olarak sözlü ifade vermek üzere çağrılacağı varsayımına dayanır. Tüm davalarda bilirkişinin şahsi olarak mahkemeye gelmek ve jüri huzurunda sözlü olarak ifade vermek zorunda olacağına dikkat edilmelidir.

Resmi koşullarda, Amerika Birleşik Devletlerindeki kural, görüşü kanıt olarak sunulan tüm bilirkişiler keşfe (araştırmaya) konu olurlar. Bu, karşı tarafın bilirkişinin kimliğini bilme ve bilirkişi tarafından hazırlanan rapora erişme hakkı olduğu anlamına gelmektedir.

Bilirkişi raporunun kapsamının da mutlaka bilirkişinin belirteceği görüşlerin hepsinin tam olarak yansıtan ve bu görüşlerin dayanağı ve temellerini içeren özelliklere sahip olmalıdır. Tüm veri ile delillerin kullanılmasının yanı sıra bilirkişinin konuyla ilgili yayınları ve çalışmaları da yer almalıdır. Burada son on yıllık yayınlarının yer almasının yeterli olduğu belirtilmektedir. Ayrıca son 4 yılda yer aldığı davaların listesinin de bulunması gerektiği ayrıca belirtilmektedir.

Ceza kovuşturmalarında, Federal Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu madde 16 uyarınca; devlet (Savcı), Federal İspat Kanunu madde 702, 703, veya 705 kapsamında, kendi kanıtlarını, iddia makamını oluşturacağı duruşma aşamasında kullanmak istediği tüm tanık beyanlarının yazılı özetini sanığa sunmak zorundadır (1).

İfade alma işleminin genellikle avukat ofisinde yapıldığı gözlenmektedir. İfade alma işlemi mahkemede olmamaktadır. Avukat tanığa, ya da yeminli şahide, dava ile ilgili konular hakkında sorular sorarak işlemi gerçekleştirir. Bilirkişi yemin ederek tüm uygun sorulara cevap vermelidir. Soru sorma hakkı yoktur yapacağı iş sadece sorulara cevap vermektir.

Tüm ifade kelimesi kelimesine görüşme boyunca orada olan zabıt katibi tarafından kaydedilir. Daha sonra bir nüshası hazırlanır. İfade sırasında eğer gerekirse bilirkişi kendi avukatını da bulundurabilir ve davanın diğer tarafları da orada olabilir. Çok özel davalar dışında hakimler ifade alma sırasında hazır bulunmazlar.

Görüldüğü üzere bilirkişilikte temel prensip o konuda uzman olduğunu yayınları ve katıldığı bilirkişi olgularının listesiyle ispatlanmış olan bilirkişiden tanık fonksiyonuyla görüşün alınması ve bunu sözel olarak mahkemede yapmasıdır.

Tıbbi Uygulama Hatalarında bilirkişilik

Tıbbi uygulama hataları, Dünya Tabibler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. genel kurulunda 'hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar' olarak tanımlanmıştır (5).

İnsan eylemi, doğası gereği risk teşkil ettiğinden; sıfır risk, ancak eylemsizlikle mümkün olabilir. Kuşkusuz tıbbi uygulamalar için de söz konusu olan bu hakikat, hekimlik mesleğinde de rasyonel bir risk-yarar analizini gerekli kılar. Günümüz hukuk anlayışında yer alan "izin verilen risk" kavramının tıbbi karşılığı "komplikasyon" dur ve tek başına kusur sayılmaz.

Dolayısıyla hekim ve diğer sağlık personelleri, tıbbın kabul ettiği risk alanı çerçevesinde gerçekleşecek kötü sonuçlardan sorumlu tutulamazlar. Ancak, hekim tıbbi yardımını özenle yürütmekle mükelleftir. Hekimin özen borcu adı altında geçen bu yükümlülüğü ile hekim, sanatını icra ederken hastasının durumuna değer verip tıp biliminin kurallarını gözetip uygular. Özetle, hekim, tedavi sonucunda ortaya çıkacak riskten ancak kusur yapması halinde sorumlu tutulabilir. [6]

Kusur ve sorumluluk, tıbbi uygulamalarda karşımıza çıkan iki önemli kavramdır. Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hizmet kusuru, görev kusuru ve şahsi kusur olmak üzere alt kavramlara ayrılırken her bir kavram ayrı bir yaptırımı da beraberinde getirir.[7],[8]

Hastada bir zarar ortaya çıktığında, bu zararın tıbbi uygulamadan kaynaklanıp kaynaklanmadığını, uygulamanın kusurlu olup olmadığını belirleme görevi, tıbbi bilirkişilerindir. Tıbbi bilirkişi ortaya çıkan zararı; uygulamayı yapanın eğitim düzeyini göz önünde bulundurarak, aynı ortam koşullarında, aynı yetkinlik düzeyinde bir hekimin göstermesi gereken özeni gösterip göstermediğine bakarak değerlendirir (2).

Hasta hakları kavramının gelişimiyle birlikte "nitelikli sağlık hizmeti alma hakkı"nın temel bir hak kategorisi olarak tanımlanması, bilimsel tıbbi gelişmelerden ayrımsız yararlanma hakkının evrensel ve ulusal düzenlemelerde dile getirilmesi, hekimlerin yararlılığı kanıtlanmış uygulamaları hastanın sağlık sorunlarını çözmek amacıyla kullanması yükümlülüğünü getirmektedir.[9]

---

6 PAKİŞ Işıl, YAYCI Nesime, KARAPİRLİ Mustafa, POLAT Oğuz.'Ölümle sonuçlanan tıbbi uygulama hatalarına yaklaşımda adli otopsinin rolü'. Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi C.28(1):S.30-39, 2008.

7 AKYILMAZ B, 'Kamu görevlilerinin üçüncü şahıslara vermiş oldukları zararlardan doğan mali sorumluluk'. Yayınlanmış Doktor tezi, Konya; S.207;1991.

8 ÇOLAK M. 'İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru'. Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, Ankara, S.47-96, 1996.

9 KOÇ Sermet, 'İstanbul Tabip Odası'na Başvuran Tıbbi Uygulama Hataları' Yeni

Son yıllarda gelişen teknoloji uygulamalarda bazı yeni alanlarında ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunların içinde digital adli tıp önde gelen konulardan birisidir. Görüntü ve ses kayıtlarının analizi ile gerçekliklerinin saptanması yapılmaktadır (2).

Ayrıca özel hukukun en önemli konularından birisi olan adli belge incelemesinde imza ve yazı analizlerini modern teknoloji kullanarak yapanların bilirkişilik raporları değer kazanmakta, eski demode yöntemlerle çalışma yapanlar artık elimine olmaktadırlar (2).

Zaten adli bilirkişiliğin temelinde de bilimsel yöntemleri kullanarak, gerektiğinde modern teknolojiden yararlanarak ölçülebilir objektif olarak yazılmış bilimsel kriterlere ve referanslara dayanan raporlar önem taşmakta ve değer kazanmaktadır.

Bilirkişi Raporu Neden Önemlidir ?

Bilirkişilik çalışmalarında temelde laboratuarda ölçülen değerlerin ve/veya geçmişte yapılmış uygulamaların raporlarının incelenerek analizi ve değerlendirilmesi yapılmaktadır. Burada çok önemli bir boyutun gözden kaçmaması gerekmektedir. O da adli bilirkişiliğin yoruma dayalı bir sistem olduğu için güvenirliliğinin tartışmalı olduğu görüşüdür. Bu kesinlikle yanılgıdır, çünkü yapılan tüm yorumların mutlaka olaydaki, dosyadaki geçmişte yapılmış çalışmaların değerlendirilmesi, laboratuar sonuçları ve standart uygulamalar kapsamında bakılarak değerlendirildiği ve sonuç yorumunun da bilimsel referanslar verilerek yapıldığının altını çizmek gerekmektedir.

Başka bir deyişle adli raporda yazılan sonuç mutlaka objektif, ölçülebilir ve bilimsel değerlere standartlara dayanmaktadır.

Adli bilirkişi, raporuyla adli kılavuzluk yapmakta, davanın doğru ve çabuk sonuçlanmasını sağlamaktadır. Zaten ana işlevi de yargıya yardımcı olmaktır.

Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi" Kitabı içinde (Editörler: G. Çetin, C. Yorulmaz), İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 48, S.70-81,2006.

KAYNAKLAR

'*Yargılamada bilirkişilik müessesesi hakkında karşılaştırmalı çalışma*', Dünya Bankası Yayınları, S.4-6, 2009.

POLAT, Oğuz, ' *Klinik Adli Tıp*', Seçkin yayınları, Ankara S.23-28, 2009.

POLAT Oğuz, '*Adli erişim*' ,oguzpolat.blogspot.com , 2012.

www.afss.org

POLAT Oğuz. *'Tıbbi Uygulama hataları'*; 4. Baskı; Seçkin Yayıncılık; S.187-188, 2009.

PAKİŞ Işıl, YAYCI Nesime, KARAPİRLİ Mustafa, POLAT Oğuz.'*Ölümle sonuçlanan tıbbi uygulama hatalarına yaklaşımda adli otopsinin rolü'*. Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi C.28(1):S.30-39, 2008.

AKYILMAZ B, '*Kamu görevlilerinin üçüncü şahıslara vermiş oldukları*

zararlardan doğan mali sorumluluk'. Yayınlanmış Doktor tezi, Konya; S.207;1991.

ÇOLAK M. *'İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru'*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, Ankara, S.47-96, 1996.

KOÇ Sermet, '*İstanbul Tabip Odası'na Başvuran Tıbbi Uygulama Hataları'* Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi" Kitabı içinde (Editörler: G. Çetin, C. Yorulmaz), İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 48, S.70-81,2006.

MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA AVUKATIN BİLGİ VE DELİL TOPLAMA YETKİSİ

IN TERMS OF CIVIL PROCEDURE LAW, ADVOCATE'S THE POWER OF GATHERING INFORMATION AND EVIDENCE IN TURKISH LAW

Cengiz Topel ÇELİKOĞLU*

Özet: Anglo-Amerikan yargılama sisteminde taraflar adına avukatlar özellikle hukuk yargılamasında geniş delil toplama araç ve yetkisine sahiptir. Kıta Avrupası yargılama sistemi özellikleri çerçevesinde, bu sistemi kullanan Türk hukukunda, genellikle avukatın delil toplama yetkisi olmadığı kabul edilmektedir. Son zamanlarda, özellikle yeni ihtilaf alanlarında gözlenen yargılamada taraflararası bilgi eşitsizliğini gidermek üzere, Anglo-Amerikan taraf/avukat delil toplama araçlarının mutedil bir versiyonunun Kıta Avrupası sisteminde de devreye sokulması sözkonusu edilmektedir. Bu yaklaşım, yargılamanın başında etkili bir hazırlıkla yoğun tahkikat icrasına imkan sağlamak için yargılamanın bölünmesi fikrinin yanısıra, yargılamada sürat ve kamusal maliyet avantajı sağlamak üzere, delillerin toplanmasında öncelikle tarafların çabasından yararlanılması eğilimiyle de örtüşmektedir. Türk hukuku sözkonusu gelişmelerin etkilerine kapalı değildir. 2001 yılında Av.K m.2/III hükmünün kabulüyle avukatlara dava ve duruşma öncesinde taraf veya üçüncü kişi konumuyla ellerinde mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığa ilişkin bilgi-belge bulunabilecek kamu ve bazı özel kuruluşlar nezdinde bilgi-belge toplama yetkisi tanınmıştır. Yeni kanunlaştırılan 6100 s.HMK'da deliller belirlenip belgesel olanlar toplandıktan sonra tahkikata başlanmak üzere, yargılamada hazırlık ve tahkikat safha ayrımı kabul edilmiştir. Son olarak 60 ve 61. Hükümet 2009-2013 "Yargı Reformu Stratejik Planı" kapsamında avukatların yargılamaya katkısının artırılması ve silahların eşitliğini teminen "avukatın delil toplaması" yaklaşımı benimsenmiş; TBB tarafından, AvK tadili hazırlık çalışmaları kapsamında, avukata bilgi ve delil toplama yetkisi verilmesi yönünde Kanuna yeni hüküm ilavesi önerisinde bulunulmuştur. Sözkonusu gelişmeler karşısında avukatın bilgi ve delil toplama yetkisi hukuk terminolojimize girmiştir. Bu makalede avukatın sözkonusu yetkisinin niteliği, konusu, kapsam ve sınırları, usulü anahatlarıyla incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargılamada Taraflararası Bilgi Eşitsizliğinin Giderilmesi ve Silah Eşitliği Sağlanması; Discovery-Disclosure Kavramları, Avukatın Yargılamaya Katkısının Artırılması; Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi; Avukatın Belgesel ve Beyan Delili Toplaması; Avukatın Bilgi ve Delil Toplamasının Niteliği, Konusu, Kapsam ve Sınırları ile Usulü.

* Avukat, İstanbul Barosu, Özel Hukuk Doktoru.

Abstract: In the proceeding system of Anglo-American, advocates on behalf of parties have a broad measures and power of gathering evidence as to civil proceedings especially. In the frame of features in the proceeding system of Civil Law, In Turkish law used this system, It is generallly admitted that there is no power of gathering evidence for advocate. Recently, for the purposes of solving the problem of asymetric information, seen in fields of new dispute, scholars spoke that it should be introduced soft version of measures and method of discovery into Civil Law. This aproach laps both opinion of bifurcation of the proceeding aimed at providing a chance concentrated evidentiary hearing by means of effective preparation in the begining of proceeding and in order to get an advantage of speed and cost a trend towards benefitting from parties' efor on gathering evidence. Turkish law is not close said developments. In 2001, via enactment of Av.K art 2 para.III legislature provide advocates with power of gathering information from public and some private bodies. In the newly enacted Code of Türkish Civil Procedure number 6100, in the way evidentiary stage only after the evidence have been defined and gathered those of written should be able to commenced, separation of pre-trial/trial has been adobted .In the Strategy of Judiciary Reform Plan[2009-2013], Goverment number 60 and 61 has adopted a concept of advocate's gathering evidence in order for advocate to contribute in proceeding. Finally, in the workings amentmend of Av.K number 6136, an addition of new provision into the Law direction to give a power of gathering evidence for advocates has been offered by Turkish Bar Union. Thus, the consept of advocate's power of gathering information and evidence has entered our legal teminology. In this papper, advocate's power said has been examined generally as to its nature, subject, scope or boundries and pattern.

Key Words : Solving the Problem of Asymetric Information and Providing Equality of Arms among the Parties in Proceeding; Consepts of Discovery-Disclosure, Getting İncrease of advocate's contribution to Proceeding; the Power of Advocate's Gathering Information and Evidence; Advocate's Gathering Written and Statement Evidence ; the Nature, Subject, Scope and Boundries, Patterns of Advacate's Power of Gathering Information and Evidence.

GİRİŞ

Kıta Avrupası sistemine dahil olan hukuk ve adalet sistemimizde, avukatın delil toplama yetkisinden sözetmek bir ölçüde yapay olabilir[1]. Nitekim, avukata kamu kurumları ile bazı özel hukuk tüzel kişileri nezdinde bilgi-belge toplama yetkisi veren Av.K m.2/III hük-

[1] Delillerin toplanmasının taraf veya daha doğrusu taraf avukatı sorumluluğunda olduğu Anglo-Amerikan sisteminin aksine, Kıta Avrupası sisteminde delillerin toplanmasının nihai sorumluluğu tarafa değil mahkemeye ait olup hakimin yetkisindedir; bkz.C.T.ÇELİKOĞLU, Avukatın Delil Toplaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 212, 271,346 dn.181, s.348.

müne ve bazı beyan delillerinin toplanmasına katkıda bulunulması bakımından geniş anlamda delil toplama kavramı içeriğine dahil edilebilecek olan avukata yargılamada şahide ve bilirkişiye doğrudan soru yöneltme imkanı tanıyan düzenlemelere (HMK,m.152; CMK, m. 201) rağmen, doktrinde, avukatın delil toplama yetkisi bulunmadığı ileri sürülmüştür[2].

Son zamanlarda, uluslararası bölgesel birliklerin işlevselleşmesi gibi pratik yararlar veya ideal nedenlerle modernizasyon amacıyla sistemlerin yaklaşması ve hukuki aktarmalarla[3], güncel medeni usulde, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası sistemlerinin eniyi özelliklerini telife yönelen karma özellikli sistemler ortaya çıkmıştır[4]. Bu bağlamda, Anglo-Amerikan hukuk geleneği dışındaki hukuk sistemlerinde, genellikle idari ve cezai düzenlemelerle önlenilmeye çalışılan ürün sorumluluğu veya çevre güvenliği ya da tıbbi müdahale ve rekabet hukuku alanlarındaki ihlaller nedeniyle ortaya çıkan yeni ihtilaflarda rastlanan taraflararası bilgi eşitsizliğini gidermek üzere, Kıta Avrupası sistemine tarafların bilgi ve delil toplayabilecekleri Anglo-Amerikan discovery-disclosure yöntem ve araçlarının monte edilmesi ihtiyacı veya eğiliminden sözedilmektedir[5]. Usul hukuku reform çalışmalarında da, eğer bir hukuk sistemi adaleti sağlamakta ciddi ise, tarafların belgesel ve en azından bazı davalar bakımından da sözel discovery-disclosure araçlarını kullanabilmelerine izin vermesi gerektiği vurgulanmaktadır[6]. Bu yaklaşım Kıta Avrupasında yargılamada maliyet ve gecikme sorunlarının çözümü için, son zamanlarda, delillerin toplanmasında tarafların katkılarının artırılma-

---

2 Bkz.M.S.ÖZKAN, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 3.Baskı, İzmir 2012, s.19. Yazar Av.K m.2/III ve HMK m.152 düzenlemelerine ilişkin görüş beyan etmeye gerek de görmemiştir.

3 K.KERAMEUS, "*Procedural Harmonization in Europe*", American Journal of Comparative Law(1995), Vol.43,N.3, ss.401-416, s.402.

4 GİDİ A./ HAZARD, C.G./ TARUFFO, M. / STÜRNER, R. "*Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*", International Law and Politics(2001), ss.769-784, s.776, 780.

5 Bkz.K-C.HUANG, Introducing Discovery Into Civil Law, Carolina Academic Press, Nort Carolina, 2003, s.299-373 ; O.G.CHASE / J. WALKER, "*Common Law, Civil Law and the Future of Categories:An İntroduction*", NYU School of Law Public Law&Legal Theory Research Paper Series Working Paper, No.10-40, July 2010, ss.19/19, s.2/19.

6 Bkz.GİDİ/HAZARD/TARUFFO/STÜRNER, s.776.

sı ve mahkemenin sadece zorunlu hallerde taraflara yardım etmesi yaklaşımı[7] ile de örtüşmektedir.

Sözkonusu süreçte, hukukumuzda da Av.K 2001 değişiklikleri ile m.2/III hükmü ile nispi bir belgesel discovery prosedürü[8] kabul edilmiş ve TBB Av.K Tadil K.Taslağı(2004) kapsamında avukata genel bir delil toplama yetkisi verilmesi önerilmiştir[9]. Bilahere, 6100 s. HMK 'da, etkin ve verimli bir yargılama için yargılamanın başında kapsamlı bir hazırlık yapılıp yoğun bir tahkikat icrasına imkan sağlamak üzere, yargılamanın hazırlık ve tahkikat aşaması şeklinde bölümlendirilmesi fikri kabul edilmiş; deliller belirlenip belgesel olanlar toplanmadan tahkikata geçilmemesi esası benimsenmiştir. Nihayet, son olarak 60 - 61. Hükümet "*Yargı Reformu Strateji Planı*" nda, adil yargılama hakkı çerçevesinde makul bir yargılama süresi ve taraflar arasında silahların eşitliğini teminen, yargılamanın hızlandırılması ve etkinlik-verimlilik sağlanması bakımından yargılamaya katkısının artırılması amacıyla avukatın delil toplaması fikri gündeme getirilmiştir[10]. Bu meyanda, TBB tarafından, Mart 2012 tarihli olarak kamuoyuna sunulan Av. K Değişiklik Önerisi Çalışma Metninde, Av.K "*Avukatın Hak ve Ödevleri*" başlıklı 6. Kısmında yeralan "*Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler*" başlıklı m. 35 hükmünü takiben, "*Delil ve Bilgi Toplama*" başlıklı m. 35/B hüküm ilavesi önerisinde bulunulmuştur[11].

Gelinen nokta itibarıyla, Av.K gerek m. 2/III hükmünde öngörülen prosedür ve gerek ilave m. 35/B hükmü önerisi çerçevesinde, hukukumuzda avukatın yargılamada bilgi ve delillerin toplanmasındaki rolünün ona bu hususta bir mesleki yetki verilmesini tevlit edip etmediği ve sözkonusu prosedürlerin anahatlarıyla incelenmesi bu tebliğin konusunu teşkil etmektedir.

---

7 A. UZELAC, "*Reforming Mediterranean Civil Procedure*", From Jus Commune to the CEPEJ(Ed.V.Rhee/A.Uzelac), Intersentia Publishing,Antwerpen 2008, ss.71-99,s.86.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz.ÇELİKOĞLU, s.350-428.

9 "*Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Taslağı*", m.9.Metin ve müellif komisyon üyeleri için bkz.ÇELİKOĞLU, s.430, dn.492.

10 Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı, Adalet Bakanlığı Dökümanı[2010], s.31,83,85.

11 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Değişiklik Önerisi Çalışma Metni, Mart 2012, TBB(http//:www.barobirlik.org.tr).

I- Delillerin Toplanması ve Taraf veya Avukatın Delil Toplaması Kavramları

Yargılama bilgiye bağımlıdır[12]. Yargılamada ihtiyaç duyulan bilgi hukuk sisteminde benimsenen yargılama sisteminin esasları doğrultusunda hakim ve taraflarca temin edilir[13]. Bu faaliyet, yargılamaya konu uyuşmazlığın anlaşılması ve üzerinde anlaşmazlık bulunan veya hakime gerçekliği şüpheli görünen ve uyuşmazlığın hallinde önemli olan vakıaların doğru olup olmadığının anlaşılmasına, başka bir ifadeyle hukuk kurallarının uygulanacağı vakıaların tespitine hizmet eder. Her delil kaynağı bilgi sağlamakla birlikte yargılamada her bilgi delil teşkil etmeyebilir. Bu açıdan, tarafların iddia ve savunmalarını temellendiren vakıaları açıklayan veya anlaşılmasını kolaylaştıran ve doğruluğunu ortaya koyan veri unsurları şeklinde bilgi ve delil ayrımından sözedilebilirse de ikisi arasındaki sınır her zaman net değildir. Ayrıca, taraf veya avukatın bilgi ve delil toplama faaliyeti genellikle dava ve duruşma öncesi cereyan etmekle sözkonusu belirsizlik bu aşamada daha belirgindir. Buyüzden, biz delillerin toplanması terimini her ikisine de şamil olmak üzere kullanıyoruz.

Medeni usul hukukunda delillerin toplanması kavramı, genel olarak, delillerin elde edilmesi anlamına gelir. Bu açıdan, sözkonusu kavram hem taraf ve hakimin delil temin etmesi hem de sunulan delillerin mahkemece alınması anlamlarını içermektedir[14].

Delillerin alınması anlamı itibarıyla, delillerin toplanması kavramı örneğin şahidin veya tarafın ya da bilirkişinin dinlenmesi veya sorgulanması, keşif konusu nesne veya mahallin incelenmesi, belge ya da senedin okunması, görsel veya işitsel band kaydının dinlenmesi ya da seyredilmesi suretiyle bu kaynaklardaki delillerin alınmasını ifade etmektedir. Bu açıdan, delillerin toplanması delil kaynağı olan bir ispat aracının delil çıkartma işlemine tabi tutularak ihtiva ettiği kanıtların ondan alınması anlamındadır. Delillerin incelenmesinde hakimin delillerle doğrudan temasına ilişkin tercih ve delillerin değerlendirilmesiyle olan irtibatı nedeniyle, bu anlamıyla delil toplama faaliyeti bir

---

12 G.HUGHES 'den aktaran L.S.HOFFMAN, "*Accss to Information, Access to Justice*", Mich.J.L. Ref[2006-2007], Vol.40:2,s.221.

13 ÇELİKOĞLU, s.21.

14 ÇELİKOĞLU, s.344.

mahkeme fonksiyonu olup, kıta Avrupası sistemi bakımından, bunun hakimin yetkisinde olduğu aşikardır[15].

Delillerin toplanması kavramı ispat faaliyetinde kullanılacak araçların yargılama sürecine dahil edilmesiyle de ilişkilidir; ki, bu açıdan sözkonusu kavram delil ikamesiyle irtibatlıdır[16]. Burada, delillerin toplanması kavramı taraflar ve hakimce müştereken belirlenmek suretiyle yargılamaya getirilmesi kararlaştırılan ispat araçlarının fiziken toplanmasını ifade etmektedir. Kıta Avrupası sisteminde ikame olunan delillerin elde edilmesi faaliyeti de nihai olarak mahkemenin sorumluluğundadır[17].

Nihayet, delillerin toplanması kavramı, tarafın delil ikamesinde mahkemeye teklif edeceği ispat araçlarına ilişkin delil kaynaklarının önceden araştırılarak tespiti anlamında da kullanılmaktadır. Tarafların başlangıç dilekçeleri bakımından vakıa tabanlı dilekçe kuralı[18] ve yargılama masrafları bakımından kaybeden öder[19] kuralının benimsenmesi suretiyle iyi temellendirilmemiş davaların caydırılması nedeniyle, Kıta Avrupası sisteminde de, dava veya yargılama öncesinde ileride ispat aracı olması muhtemel delil kaynaklarının araştırılmasının taraf veya daha doğrusu avukat faaliyeti olduğu belirgindir.

Delil kaynaklarının delil ikamesi öncesinde araştırılıp mahkemeye teklif edilmek üzere tespit edilmesi ve müştereken ikame olunan ispat araçlarının yargılamaya getirilmesi şeklinde, bu iki anlam itibarıyla, delillerin toplanması kavramı ispat araçlarının teminine yönelik bir içeriğe sahiptir. Bu şekliyle, delil temini olağan yargılamada dava malzemesinin taraflarca getirilmesi esasına göre kural olarak taraflara yüklenilen bir külfettir[20]. Bununla birlikte, hem ispat hakkının gereği olarak

---

15 Bkz.M.K.YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s.90,91,108.

16 Delil ikamesi ispat araçlarının yargılamaya sokulmasına ilişkin bir üst kavramdır(ÇELİKOĞLU, s.336 dn.136, s339).

17 ÇELİKOĞLU, s.346 ve orada dn.181 de anılan MURRAY/ STÜRNER, WELSER, HAZARD ve Yargıtay içtihatları.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. Scott, DODSON, "*Comparative Convergences in Pleading Standarts*", Pennsylvania Law Review(2010), Vol.158, 442-471; C.T. ÇELİKOĞLU, "HMK'na Göre Dava ve Cevap Dilekçeleri", Terazi Hukuk dergisi, Kasım 2011, s.48-61.

19 Karşılaştırmalı bilgi için bkz.Joachim ZEKOLL, "*Comparative Civil Procedure*", The Oxford Handbook of Comparative Law(Ed.M.Reimann/R.Zimmerman), Oxford University Press, USA 2006, s.1356,1357.

20 O.CHASE / H. HERSHKOFF, Civil Litigation in Comparative Context, Thomson&West, USA 2007, s.9.

mahkemenin delil temininde taraflara yardım etmesi hem de davanın aydınlatılması bakımından hakimin deliller üzerinde hakimiyeti ve doğrudan teması gerekir. Buyüzden, Kıta Avrupası sistemini benimseyen kanunlarda, bir taraftan ikame olunan ispat araçlarından tarafların iktidar alanında bulunmayan belgesel ve beyani delil unsurlarının gereğinde mahkeme kararıyla celbi (ZPO, 142,421-427, 380) diğer taraftan da dava konusu şey veya mahallin gözlenmesiyle elde edilen durum delillerinin mahkemece toplanması ve bilirkişinin hakim tarafından seçilip görevlendirilmesi (ZPO, 144,372) esası kabul edilmiştir.

Klasik çerçeve bu şekilde olmakla birlikte, Kıta Avrupasında, yargılamada maliyet ve gecikme sorunlarının bertarafı ve adil uyuşmazlık çözümleri için, delillerin toplanmasında tarafların katkı ve imkanlarının artırılması ve mahkemenin sadece zorunlu hallerde taraflara yardım etmesi yaklaşımı öne çıkmaya başlamıştır[21].

Son zamanlarda ortaya çıkan yeni ihtilaflarda, adil yargılama unsuru ve ispat hakkının gereği olarak, taraflar arasındaki bilgi eşitsizliğinin giderilmesi suretiyle silahların eşitliğini teminen tarafların karşı taraf ve üçüncü kişilerdeki bilgi veya delil kaynaklarına önceden ulaşabilmesi önemlidir[22]. Bu, davanın takdimi ve delil ikamesinin tam ve erken cereyanını sağlamak üzere, taraflara duruşma hatta dava öncesinde belge ve beyan formundaki bazı delillerin tespit ve temini için bunları araştırma imkanı tanınmasını ifade etmektedir. Taraflara böyle bir imkanın sağlanması iddia ve savunmaların formülasyonuna ve mahkemenin delillerden haberdar olmasına hizmet edecektir. Bu yaklaşım, artık Kıta Avrupası sistemi bakımından da sözkonusu edilen, giriş ve ara safhada yeterli bir hazırlıkla son safhada yoğun bir duruşma icrasına zemin sağlanarak etkin ve verimli bir yargılama yapılabileceği fikri[23] ve yönelimiyle[24] de desteklenmektedir.

---

21 Bkz. UZELAC, s.86 ; İsviçre Medeni usul Kanunu (sZPO), m. 155/3,160.

22 Bu açıdan, Japon Hukukunda discovery-disclosure alternatifi olarak delilerin korunması prosedürüne başvurunun kolaylaştırılması, belge ibraz mecburiyeti ve ispat külfeti standartlarının gevşetilmesi önlemleri hakkında bkz. HUANG, s. 109-155.

23 Bkz.CHASE / HERSHKOFF, s.8; V.VARANO, "*Some Reflections on Procedure, Comparative Law and Common Core Aproach*", Global Jurist Topics(2003), Vol.3:2, ss.1-9, s.2,7. HMK yargılama modelinde öninceleme kurumunun kabulü bakımından bkz. Genel Gerekçe, Başlık V, para.12(A.C.Budak, Karşılaştırmalı HMK, 4.Baskı, XII Levha Yayınevi, s.13,14).

24 Bkz. CHASE/ WALKER, s.2/19.

Sözkonusu mülahazalar, Anglo-Amerikan discovery-disclosure yönteminin mutedil bir versiyonunun Kıta Avrupası sisteminde de devreye sokulmasını gündeme getirmiştir[25]. Japon hukukunda Medeni Usul Kanunu (1998) ve müteakip tadillerle yapılan reformlarda ve ALI/UNIDROIT *"Ulusötesi Medeni Usul İlke ve Kuralları"*nda da mahkeme yönetim ve denetimli bir discovery-disclosure yaklaşımının benimsendiği belirtilebilir. Bugün, güncel medeni usulde, tarafın ispat hakkı ve mahkemenin doğru bir hükme ulaşmak üzere yargılamayı sevk yetkisi çerçevesinde, taraflar ve mahkemenin uyuşmazlıkla ilgili delillere olabildiğince tam ve zamanında erişebilmesi gerektiği kabul edilmektedir(ALI/UNIDROIT, P.16.1)[26].

Mukayeseli hukuktaki bu gelişmeler, kanımızca, Kıta Avrupası sistemi bakımından nispeten yeni bir eğilim olarak avukatın delil toplama yetkisine temas etmektedir. Klasik teorik çerçeveden başlayarak bu yaklaşım şu şekilde izah edilebilir.

II- Delillerin Toplanmasına Etki Eden Usuli İlkeler ve Delil Temin Yöntemleri

1-Dava Malzemesinin Yargılamaya Getirilmesinde Hakim ve Taraflar Arasındaki İşbölümü Açısından Taraflarca Getirilme İlkesi ve Hakimin Davayı Aydınlatması Ödevi

Yargılamada, süjeler arasındaki rol dağılımı usul hukukunun temel bir meselesidir. Medeni yargıda dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi, modern medeni usulde, genellikle, taraflara ait bir iş olarak kabul edilmiştir. Bu, içinde yer aldığımız, Kıta Avrupası geleneğinde, taraflarca getirilme ilkesiyle ifade ediliyor. Dava malzemesi vakıalar ve delilleri kapsamaktadır. Taraflarca getirilme ilkesine göre, taraflar kural olarak taleplerini dayandırdıkları iddia ve savunma vakıaları ile bunların doğruluğu ihtilaflı olduğunda vakıaları destekleyen delilleri mahkemeye bildirme sorumluluğunu taşır[27].

---

25 Bkz.HUANG, s.219, 381-387.

26 Bkz. M. TARUFFO, "*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure : Av Evidentiary Epistomolgy*", Penn St.L.Rev.(2006-2007), Vol.25:2, ss.509-518, s.513.

27 Bkz.Y.ALANGOYA, Medeni usul Hukukunda Vakıalar ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İÜ Yayını, İstanbul 1979, s.9("*İlkeler*"); E. BECKER-EBERHART, "*Dava*

Diğer taraftan, taraflar ispat hakkına sahiptir ve bu hak yargılamada tarafın usule uygun olarak ileri sürdüğü elverişli delillerin kural olarak tümünün toplanıp incelenmesini gerektirir[28]. Bu, hakimiyet alanlarında olmayan delillerin elde edilebilmesi bakımından, mahkemenin taraflara yardım etmesini de içerir[29]. Böylece, ispat hakkı taraflara yargılamada ileri sürülen vakıaların doğruluğuna karşı çıkmak veya doğruluğunu teyid etmek üzere delillere erişme ve delil sunmanın[30] yanısıra, kabule şayan bulunan delillerin toplanması ve tüketilmesini talep etme imkanı vermektedir.

Taraflarca getirilme ilkesi, Kıta Avrupası sisteminin taşıyıcısı olan hukuk sistemlerinde, hakimin davayı aydınlatma ödeviyle sınırlanmıştır[31]. Buna göre, hakim delil temininde taraflara yardım etmekle yükümlüdür. Bu hakimin taraflara yönelteceği sorular ve sağlayacağı müzakere ortamıyla tarafların delil bildirme hatalarına işaret edilerek delillerin geliştirilmesiyle ve mevcudiyeti dosyaya yansımış bazı delillerin resen ikamesi suretiyle sağlanabilecektir[32].

HMK'da farklı terimlerle ifade edilmekle birlikte (m.31), hakimin sözkonusu işaret etme ve müzakere yükümlülüğü bakımından altta yatan hedef yargılamada hukuken doğru bir karar verilmesidir[33]. Buyüzden, bu sorumluluk doktrinde "*medeni usulün Magna Carta*"sı olarak nitelenmiştir[34]. Hakimin davayı aydınlatma ödevi onun yar-

---

Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin esasları ve Sınırları"(Çev.M.K.Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku,(Ed.M.K.Yıldırım), Alkım Yayınevi, 5. Baskı, s.16-37, s.17 ; P.L.MURRAY / R.STÜRNER, German Civil Justice, Carolina Acedemic Press, USA 2004, s.159.

28 AHRENS(Wieczoreck/Schütze), 284, Rn.90,91(E.Kılıçoğlu, Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Edilmiş Delillerin Kullanılması, MÜSBE Doktora Tezi, s.24 dn.125, 25'den naklen).

29 ÇELİKOĞLU, s.329.

30 HUANG, s.22 ; ALI/UNIDROIT P.5.4, 16.1 ; ÇELİKOĞLU, s.339.

31 Bkz.BECKER-EBERHARD, s.30; E.SCHİLKEN, "Medeni yargılamada Hakimin Rolü"(Çev.N.Deren-Yıldırım), agy, ss.38-58, s.54; E.BECKER-EBERHARD, "Alman Medeni Usul Reformu Hakkında"(Çev.N.Deren-Yıldırım), 21. Yüzylın Usul Hukuku Sorunları(Ed.N.Deren-Yıldırım), 2.Baskı, İstanbul 2003, ss.59-77, s.68; ALANGOYA, "İlkeler", s.163.

32 Bkz.MURRAY / STÜRNER, s.171 dn.89, s.173 dn.100, s.264 dn.55.

33 MURRAY/STÜRNER, s.167 dn.75 ; Y.ALANGOYA / M.K. YILDIRIM / N. DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 284; H.PEKCANITEZ / O.ATALAY / M. ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2011, s.260.

34 ALANGOYA, "*İlkeler*", s.27 dn 100, s.135.

gılamayı sevk yetkisiyle ıspat araçlarının mahkemeyle birlikte belirlenmesine yol açmakta ve yargılamada gereksiz veya elverişsiz ya da eksik malzeme toplanmamasına imkan sağlamaktadır; dolayısıyla, Kıta Avrupası sisteminin karakteristik özelliği olarak, yargılamada doğru bir karar vermek üzere, hakimin vakıa tespitinde hangi delillere ihtiyaç duyulduğunu ve tarafların bildirdiği delillerden hangisinin ilgili veya kabul edilebilir olduğunu belirleme yetkisine de temas etmektedir[35].

Hukukumuzda hakim delil inceleme aracı olarak re'sen bilirkişiye ve keşfe başvurabilir (HMK, m.226,288). Dahil olduğumuz Kıta Avrupası sisteminin karakteristik özellikleri doğrultusunda, hakim HMK dönemi itibarıyla da -m.222/1 hükmüne kıyasen- taraflarca getirilme ilkesine tabi davalar bakımından da belge delili teminine yetkilidir. Bununla birlikte, m. 25/2 ve 31 hükmünün dar içeriği karşısında, tarafı buna teşvik edebilip kayıtsızlığından onun aleyhine kanaat edinebilirse de artık resen beyan(şahit) delili toplayamaz[36]. Ayrıca, doğal olarak, hakim ancak tarafların ileri sürdüğü vakıalar çerçevesinde re'sen belge celbine karar verebilir; dolayısıyla hakimin davayı aydınlatma girişimi delillere erişimde tarafların aynı şansa sahip olmasını sağlamayabilir[37]. Kaldı ki, hukukumuzda hakimin davayı aydınlatma ödevi kurumu etkin biçimde işlememektedir ve yargılamada toplanacak deliller belirlenirken hakim düşüncesini genellikle tarafların bildirdiği delillerle sınırlamaktadır[38].

Belirtilen surette, delil gösterme işleminde, avukat mahkemeye bildirilecek delillerin araştırılıp belirlenmesinde bir hukuk uzmanı olarak belirli bir rol oynayabilir.

---

35 Bkz.SCHİLKEN, s.47,54,56; G.C.HAZARD, *"Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions"*, Notre Dame Law Rev.(1997-1998), Vol.73:4, ss.1017- 1028, s.1019,1022. Kabule şayanlık incelemesi hakkında ayrıca bkz. ÇELİKOĞLU, s.324-327.

36 Aksi görüşte bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s.252;UMAR, *"Şerh"*, s.137(Yazar belge delili bakımından ise hakimin yalnız resmi dairelerdeki belgeleri resen celbedebileceği görüşündedir). Sadece bilirkişi ve keşif deliline başvurabileceği şeklinde bkz. B.KURU/ R.ARSLAN / E.YILMAZ, s.352 ; A.KARSLI , Medeni Muhakeme Hukuku Dersleri, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2011, s.438.

37 HUANG, s.34,35.

38 Alman Hukukunda bu şekilde bkz. MURRAY/ STÜRNER, s. 172, 264.

2- Yargılama veya Duruşma Öncesi Taraf/Avukat Bilgi -Delil Temin Yöntemi

Yargılamaya dava malzemesi yani vakıa ve delil getirirken, avukatın asli bilgi kaynağı müvekkildir. Fakat, müvekkilin elinde geçerli bir dava başlatılabilmesi veya başlatılan bir davaya uygun şekilde mukabelede bulunulması için yeterli bilgi olmayabilir. Bu açıdan, mahkemeden beklenen hukuki korunma isteği veya çözümü haklı gösterebilecek vakıalara ilişkin belirsizlik hallerinde veya bunları desteklemek için yeterli ve elverişli delil bulunup bulunmadığı konusunda bir bilgi eksikliği durumunda, avukat için, müvekkil dışındaki bilgi kaynaklarına zamanında erişebilmek önemlidir.

Hukuk sistemleri vakıaların araştırılması ve delillere ulaşılmasında taraflara yardım etmedikçe, salt mahkemeye erişim imkanıyla, kişilere etkin bir hukuki korunma sağlanması mümkün olmayacaktır[39]. Bu, özellikle, uyuşmazlık tarafları arasında dava öncesi bilgi eşitsizliği bulunması halinde evleviyetle böyledir. Buyüzden, adalete erişim delillere erişimi de ifade eder[40].

Yargılamaya bilgi akışında, tüm sistemler mahkeme ve tarafların karşı taraf veya üçüncü kişilerdeki bilgilere erişebilmesine şu veya bu ölçüde imkan sağlamaktadır. Zira, mahkemelerin verecekleri kararı etkileyebilecek bilgilerden haberdar olmaksızın yargılama yapmaları arzu edilmez[41]. Bu açıdan, güncel medeni usulde, yargılamada uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin toplanmasında tarafların birbiriyle veya üçüncü kişilerin taraflar ve mahkemeyle işbirliği yapması gerektiği kabul ediliyor[42]. Bunun hukuki temeli, bugün genellikle kabul edilen, herkesin adaletin sağlanmasına katkıda bulunma yükümlülüğünde yatmaktadır[43].

---

39 CHASE/HERSHKOFF, s.207.

40 Woter De VOS/ Walter H.RECHBERGER, "*Transnational Litigation and the Evolution of The Law of Evidence*", International Association of Procedural Law, V.World Congress in Taormina, Italy September 17-23 1995, General Report, ss.32/32, s.6.

41 Lord LLOYD' ve WOOLF' tan aktaran CHASE / HERSHKOFF, s.208 dn.7,8.

42 Bkz. N.TROCKER/ V.VARANO, "Concluding Remarks", The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed. N.Trocker/V.Varano), Torino 2005, ss.243-267, s.255-258. İşbirliği ödevinin Müşterek Hukuk dönemindeki Kanonik Usuldeki kökeni ve buradan İngiliz Hukukuna geçmesine rağmen Kıta Avrupasında 19.yy başındaki kanunlaştırmalarda etkili olmadığı yönünde bkz.C.B.MARCHEİS, "Litigant's Duty to Disclose", Columbia University Presentation(13.02.2008), ss.12/12, s.5,8,9/12.

43 Adaletin teminine katkı yükümlülüğü kavramı hakkında bkz. Fransız Medeni

Batı hukuk geleneğinde, taraflar ve üçüncü kişilerin sözkonusu işbirliği ve katkıda bulunma yükümlülükleri Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde oldukça geniş biçimde kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Kıta Avrupası sisteminde ancak hakimle işbirliği içinde ve katı bir ilgililik denetimiyle kullanılabilen oldukça sınırlı imkanlara karşın, Anglo-Amerikan sisteminde avukatların dava malzemesine erişmesi için kapsamlı ve esnek bilgi-delil toplama araçları öngörülmüştür[44]. Bu durum, Anglo-Amerikan sisteminde, özellikle A.B.D yargılama modelinde daha belirgin olarak, hükmün adilliğinin nihai sorumluluğunun taraflara, daha doğrusu taraf avukatlarına bırakılmasıyla[45] açıklanabilir. Sözkonusu delil toplama yöntem ve araçları avukatın bu sistemde deliller bakımından rolünü de ifade eden discovery formları ve disclosure uygulamalarına tekabül etmektedir.

Discovery dava malzemesinin karşı taraf ve üçüncü kişi nezdinde avukatlarca araştırılıp toplandığı, tarafın kendi aleyhine olabilecek olanlar da dahil olmak üzere delil ifşa etmeye zorlanabildiği usuli kurumdur. Taraflararası discovery uygulamaları bakımından, bir başlangıç adımı olarak, tarafların sadece kendilerinden istenilen bilgileri değil, kural olarak, uyuşmazlıkla ilgili ellerindeki tüm bilgileri birbirlerine açıklamaları gerekir. Yasa veya mahkeme emriyle yerine getirilmesi gereken ve taraflararası belgesel discovery olarak da adlandırılan bu süreç disclosure kavramıyla ifade ediliyor[46]. Discovery ve disclosure araçları müvekkilin bilgisi dahilinde olmayan vakıa ve delillere erişim imkanı sağlamaktadır.

Kıta Avrupası sisteminde discovery - disclosure kurumu yoktur. Bu sistemin buna özdeş kurumları usuli belge ibraz mecburiyeti ve delil tespitidir[47]. Mahkeme nezdinde, şahidin ve tarafın beyanda bulunma, bilirkişinin görüş bildirme, yine taraflar ve üçüncü kişilerin keşfe kat-

---

Kanunu m.11(Trocker/Varano, s.255).

44 CHASE/HERSHKOFF, s.207.Ayrıca krş. W.HABSCHEİD / S.V.BERTİ, "*European Summary*", Pre-trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide(Ed.C.Platto), Graham&Trotman, London 1990, ss.46-53, s.49.

45 R.STÜRNER, *"Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States"*, Saggi Conferenze E Seminari, Roma 2001, ss.23/23, s.8/23 ; MURRAY/STÜRNER, s.579,580.

46 R.H.FIELD / B.KAPLAN / K.M.CLERMONT, Material for a Basic Course in Civil Procedure, USA Sixth Edition, USA 1996, s.551; J.JOLOVWICZ, On Civil Procedure, s.41.

47 TROCKER/VARANO, s.258.

lanma mecburiyetleri de sözkonusu işbirliği ve katkıda bulunma yükümlülüğünün bu sistemdeki diğer görünüm biçimleri olarak belirtilebilir. Belge ibraz mecburiyetinde, karşı taraf veya üçüncü kişilerdeki belgelere erişilebilmesi için davanın açılmış olması ve mahkemenin bu yönde bir kararı şarttır[48]. Delil tespiti kurumunda, delillerin dava veya duruşma öncesinde formel olarak belirlenerek korunması onların yok olma tehlikesi içinde olmasına bağlıdır ve bu da ancak mahkeme marifetiyle mümkündür[49]. Ayrıca, yine bu sistemde, doğrudanlık ilkesi gereğince şahit veya taraftan yargılamada ve hakim tarafından delil alınması kuraldır; başvurulabilecek diğer delil kaynakları olarak bilirkişi ve keşif de esasen mahkeme tahkikat aracıdır. Bu yüzden, Kıta Avrupası sisteminde, delillerin toplanmasında avukatın rolü nispeten sınırlıdır.

Dahil olduğumuz Kıta Avrupası sisteminin karakteristik özelliği gereği, hükmün temsil ettiği çözümün adilliğinin nihai sorumluluğu mahkemeye aittir. Bu, davada sözkonusu edilen vakıaların gerçekliğinin mahkemece tahkikini ve doğruluğu tespit olunan vakıalara yürürlükteki hukukun hakim tarafından uygulanmasını ifade eder[50]. Hukukun davaya uygulanmasında veya başka bir ifadeyle yargılama faaliyetinde, hakim, öncelikle uyuşmazlığın hukuki vasfını tayin edecektir. Bu açıdan, o, tarafların taleplerini desteklemek için ileri sürdüğü vakıalara tatbiki mümkün hukuk kurallarını belirleyip taleplerin kabulünü gerektirebilecek bir hukuk normunun koşul unsurlarını karşılayan vakıaları kendisine sunulanlarla karşılaştıracaktır[51].

Yargılamada ileri sürülen ve ihtilafın halline etki eden vakıaların gerçekliği belirsiz olduğunda, bunların ispatında ihtiyaç duyulan delilleri Kıta Avrupası sisteminde hakim belirlemekte ve tarafların mahkemeye bildirdiği delilleri de bu açıdan ele almaktadır[52]. Hukuk

---

48 G.ERDÖNMEZ, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2010, s. 203,204.

49 S.Ş.ANSAY, Hukuk Yargılama Usulleri, 7.Baskı, Ankara 1960, s.308; L.AKYOL ASLAN, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.30 dn.12, 70.

50 MURRAY / STÜRNER, s.5 ; HAZARD, s. 1019.

51 E.HİRSCH, Pratik Hukukta Metot, 4.Tıpkı Baskı, Batıder Yayınevi, Ankara , s.17,22. S.ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, 7.Baskı, İstanbul 2000, s.243.

52 O.G.CHASE, s.62-65(CHASE/HERSHKOFF, s.254'den naklen); H.KÖTZ, "*Civil Justice Systems in Europe and the United States*", Duke Journal of Comparative & International Law(2003), Vol.13:61, ss.61-77, s.68.

yargılamasında, delillerin belirlenmesine ilişkin klasik formülasyon şöyledir. Kanunlar hakları gösteren vakıaları belirlerken vakıalar da onları ıspat edecek delilleri belirler. Yargılamada, delil belirleme analizini inşa etme sırası avukatla ve genellikle de davacı taraf avukatıyla başlamaktadır. Zira, avukat dava malzemesiyle mahkemeden önce karşılaştığından dolayı, bir hukuk uzmanı olarak vakıalar ve delilleri hakimden önce düşünür[53].

Bu formülasyona göre, yargılamada hangi delillere ihtiyaç duyulduğunu ve taraflarca teklif edilen delillerden hangilerinin elverişli olduğunu belirleme yetkisi hakime ait olmakla birlikte, avukat delillerin uygunluğunu belirleyecek olan iddia-savunma vakıalarını ileri sürmek ve mahkemeye ıspat aracı teklif etmek suretiyle bir başlangıç inisiyatifi kullanır. Başka bir ifadeyle, hangi delillere ihtiyaç duyulduğu ve taraflarca mahkemeye bildirilenlerin elverişli olup olmadığı yargılamanın kapsamını teşkil eden vakıalara göre belirlenmekte ve bu da az veya çok avukatların formüle ettiği davanın hukuki temelinden çıkarılmaktadır. Buyüzden, avukatın dava veya yargılama öncesinde dava malzemesi hakkında bilgi toplaması ve delil kaynaklarını araştırması gerekir; işte bu faaliyetler avukatın delillerin toplanmasındaki rolünü ifade eder.

Konuya hukuk sistemimiz özelinde baktığımızda, durum temelde bu doğrultudadır. Bununla birlikte, Av.K 2001 Değişikliği ile hukukumuza giren avukatın bilgi-belge toplama yetkisi, pek kullanılmasa da, bir belgesel delil toplama aracı olarak başvurulabilecek özeliktedir.

III- Av.K m.2/III Prosedürü ile Avukatın Dava ve Duruşma Öncesi Belgesel Delil Toplaması

1-Avukatın Bilgi-Belge Toplama Yetkisi ile Muhatapların İbraz Yükümlülüğünün Niteliği ve Konusu ile İşlevi

Hukukumuza muhtemelen Japon Av.K m.22-3 hükmünden aktarılmış olan[54], Av.K.m.2/III hükmünde, tüm kamu kurum ve kuruluşlarına, banka ve sigorta şirketleri ile vakıflara, kural olarak, avukatın

53 G.C.HAZARD / A.DONDİ, "*Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law : Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*", Cornell International Law Journal(2006), Vol.39,ss. 59-70, s.65.

54 Metin ve genel bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, s.280-282.

müvekkili temsil ve savunma görevi çerçevesinde talep ettiği belgeleri onun incelemesine sunma ve istediklerinden örnek verme yükümlülüğü getirilmiştir.

Av.K m.2/III hükmüne göre, avukat, dava veya duruşma öncesinde, Kanunda sayılan kamu kurumu ve özel kuruluşlardan ilgili bilgi ve belgeleri bizzat toplayabilir. Kanunda, avukatın bilgi ve belge talebi için müvekkilin yükümlüler nezdinde maddi hukuktan kaynaklanan bir hakkının varlığı da aranmamıştır. Buna göre, burada muhatap kurum ve kuruluşlar için kamu hukuku nitelikli usuli bir yükümlülük öngörülmüştür[55].

Bu düzenleme, avukata Kanunda sayılan kurum ve kuruluşların elinde bulunan belgeleri inceleme ve/veya örnek alma imkanı sağlıyor.

Av.K m.2/III prosedürü çerçevesinde incelenilip örnek alınabilecek belgeler, avukatın hukuk sistemindeki asli rolünü yerine getirmesi ve kişi veya kurumların özgürlük alanına müdahelenin kabulü bakımından, ancak müvekkilce avukata tevdii olunan somut bir uyuşmazlık veya meseleyle ilgili olan belgelerdir[56].

Av.K m.2/III hükmünde düzenlenen bilgi-belge toplama yöntemine münhasıran avukatlar tarafından başvurulması esası kabul edilmiştir. Güncel medeni usulde, hukuki korumanın etkinliği için kendi seçtikleri bir avukatla temsil kişiler için temel bir hak olarak kabul edilmiştir(ALI/UNIDROIT, P.4). Bazı hukuk sistemlerinde, usuli işlemler bakımından avukatla temsil zorunluluğu esası da benimsenmiştir. Avukat medeni yargılamada tarafın usuli külfet ve yükümlüklerini yerine getirmesine yardım etmekte ve tarafın usuli hak ve yetkilerini ona muzafen kullanmaktadır(ALI/UNIDROIT, P.11.5)[57]. Bu çerçevede, hukukumuzda Kanunda sayılan kurum veya kuruluşlardan dava veya duruşma öncesinde uyuşmazlıkla ilgili bilgi ve

---

55 Bkz.Danıştay 1.D.10.04.2002/26-52 ; A.C.BUDAK, "Avukatlık Kanunu'nun 2.Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi", YÜHFD,Y.2004, C.1, S.1, ss.363-373, s.365 ; ÇELİKOĞLU, s.351.

56 ÇELİKOĞLU, s. 374,375. Avukatın, en azından, özel kuruluşlar nezdindeki bilgi-belgelere yönelik olarak danışmanlık ve iş takibine ilişkin görevi bakımından Av.K m.2/III prosedürüne başvurması mümkün değildir.

57 R.VERKİJK, "*Beyond Winning: Case Management and the Role of Lawyers in the Principles*", Social Science Research Network, ID:1265209, ss.24/24, s.4/24 ; ÇELİKOĞLU, s.86.

belgelerin toplanmasında avukatla temsil zorunluluğu esasının kabul edildiği belirtilebilir. Dolayısıyla, Av.K m.2/III prosedürüne göre, Kanunda sayılan kurum ve kuruluşlardaki ilgili belgeleri incelemek ve örnek almak avukatla temsil zorunluluğuna tabi bir taraf usuli işlemi niteliğindedir[58].

Kanun'da öngörülen iki imkandan biri olan belge inceleme, avukatın uyuşmazlıkla ilgili bilgileri süzüp eleme işlevinin yanı sıra, iddia ve savunmanın veya taleplerin formülasyonu şeklinde genellikle dava hazırlığına hizmet etmektedir. Bununla birlikte, avukatın incelediği belgelerden uyuşmazlık hakkında bilgisi olan muhtemel şahitleri veya delil teşkil edebilecek başka belgelerin varlığını öğrenmesi de mümkündür. Bu halde, belge inceleme imkanı muhtemel delil kaynaklarının araştırılıp tespit edilmesi suretiyle delil ikamesine de hizmet edebilir.

İkinci olarak belge örneği alma imkanı da genellikle ileride ıspat aracı olabilecek belgelerin avukat tarafından temin edilerek mahkemeye sunulması suretiyle delil ikamesine hizmet etmektedir. Belge örneği alma imkanı, ayrıca, iddia ve savunma vakıaları veya taleplerin izahını kolaylaştırarak davanın sunumuna da hizmet eder[59].

2-Av.K m.2/III Prosedürünün Delil İkamesi İşlevinin Nispiliği ve Avukatın Belgesel Delil Toplama Aracı Özelliği

Av.K m.2/III hükmünde düzenlenen bilgi ve belge toplama aracı, bu şekilde, delil ikamesine yönelik işleviyle, avukatın hukukumuzda delillerin toplanmasındaki rolüne temas ediyor. Bununla birlikte, bu aracın delil ikamesi işlevi mutlak değildir. Zira, yargılamada ancak ihtilaflı ve hükme etki edebilecek olan vakıaların ıspatı için delil gösterilebilir (HMK, m.187); bu açıdan, ıspatın konusu genellikle yargılamanın giriş safhasından sonra belli olmaktadır (HMK, m.137/1)[60].

---

58 ÇELİKOĞLU, s.373. Usuli işlemlerin özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. KARSLI Medeni usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.

59 ÇELİKOĞLU, s.357,360. Kurumun dava hazırlığında avukatın haksız davaları ve yersiz bilgileri eleme işleviyle ilişkisi hakkında ayrıca bkz.356.

60 Yargılamada safhalar ve işlevleri hakkında bkz. R. STÜRNER / C. KERN, Comperative Civil Procedure – Fundementals and Recent Trends", H.Konuralp Armağanı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, ss.997-1031.

Davada ileri sürülen vakıalar, karşı tarafın yargılamanın giriş safhasında aldığı tutuma göre, bazen ihtilafsız kalabilir. Esasen, ara safhada, mahkemenin taraflar ve avukatlarla diyaloğu çerçevesinde, başlangıç dilekçelerinde ileri sürülen vakıalara tarafların yaklaşım farkları daralıp kaybolabilir; ya da taraflar arasında uyuşmazlıklı kalan vakıalardan bazılarının davaya uygulanacak hukuk normu açısından önemli olmadığı anlaşılabilir[61]. Nihayet, avukat dava malzemesi toplarken tavsif hatası yapmış ve elverişsiz bilgi-belge sunmuş da olabilir.

Bu şekilde, avukatların ıspat araçlarına ilişkin bazı teklifleri bakımından dava veya duruşma öncesinde topladığı bilgi ve belgelerin ilgisiz veya elverişsiz kalması muhtemeldir. Fakat, bu durum, özellikle dava öncesi bilgi eşitsizliği hallerinde iddia ve savunmanın temellendirilmesi ve taleplerin formülasyonu bakımından, uyuşmazlıkla ilgili bilgilere taraflar ve avukatların olabildiğince erken bir safhada ulaşmasının önemini azaltmaz. Zira, dava bilgiye bağlıdır.

Ayrıca, bahse konu avukat marifetiyle bilgi-belge toplama aracına, davanın esasına ilişkin vakıaların ıspatı dışında, genellikle yargılamanın başında incelenen, dava şartları veya ilk itiraz sebeplerinin ıspatına yönelik olarak da (HMK, m.138) başvurulabilir. Yine, bu araçtan, davanın esasına girilmezden önce ele alınacak olan, hak düşürücü süre veya zamanaşımına ilişkin meselelerin (HMK, m.142) ıspatı için de yararlanılabilir. Buyüzden, burada, bir miktar gereksiz ya da elverişsiz malzeme toplanması riski göze alınabilir. Nitekim, belirttiğimiz verimsizlik riski, HMK m.121,129/2 ve 140/5 (HUMK m.180 ve 200/II hükmünde) öngörülen dava ve cevap dilekçelerine eklenecek veya dışarıdan getirtilecek belgeler bakımından göze alınmıştır[62].

Yukarıdaki açıklamalar Av.K m.2/III prosedürünün avukatın belgesel delil toplamasına imkan sağlayan bir araç olarak medeni yargıda delil ikamesine hizmet edebileceğini göstermektedir.

---

61 MURRAY / STÜRNER, s.263.

62 Neuchatel Medeni Usul Kanunu(1992) 'nda dava cevap dilekçelerine tarafların ellerindeki belgeleri eklemeleri yönündeki düzenleme gerekçesi bakımından bu şekilde bkz. A. BAUER / S. ÖZTEK, "*Yeni Nöşatel Medeni usul Kanunu*", Facultatis Decima Anniversaria, 10.Yıl Armağanı, İstanbul 1993, ss.403-447, s.431.

3-Av.K m.2/III Prosedürünün Muhatapları ve İbraz Yükümlülüğünün Sınırları

Av.K m.2/III bilgi ve belge toplama aracının Kanunda düzenlenişine baktığımızda, bu araca başvurma usulü ve işlemin icrasında izlenecek prosedür belirgin değildir. Daha önemli olarak, Kanun'da sayılan muhatap kurum veya kuruluşların yükümlülüğünün kapsam ve sınırları da belirlenmeye muhtaçtır. Bu açıdan, Kanunda, bazı hüküm içi düzenleme boşlukları vardır.

Söz konusu araç, diğer bazı işlevlerin yanı sıra, taraflar arasında dava veya duruşma öncesi bilgi eşitsizliğinin giderilmesine katkı yapabilecek şekilde, avukatın dava malzemesi araştırıp toplamasına da hizmet etmekle, Anglo-Amerikan discovery araçlarına benzemektedir[63]. Anglo-Amerikan iddia ve ıspat prosedürü hukukumuzdakinden farklıdır[64]. Bu yüzden, Kanun'daki boşlukların doldurulmasında, bu bilgi toplama aracının dava ve duruşma öncesi usul özelliği ile yükümlülerin tüzel kişi niteliği de dikkate alınmak kaydıyla, belge ibraz mecburiyetine ilişkin hukukumuzda kabul edilen düzenlemelere başvurulabilir. Bu araçla bilgi ve belge toplanması avukatla temsil zorunluluğuna tabi bir taraf usuli işlemi olma niteliği sahiptir. Bu da işlemin icrasında prosedüre ilişkin belirsizliklerin giderilmesinde dikkate alınmalıdır[65]. Bununla birlikte, farklılıklar hatırda tutularak, hukuk sistemimize uygun düştüğü ölçüde, davaöncesi discovery-disclosure(presuit discovery / pre-action conduct) araçlarına ilişkin mukayeseli hukuktaki çözümlerden de yararlanılabilir[66].

Bilgi toplanabilecek yükümlülerin kimliği açısından Kanun'da önemli bir belirsizlik yoktur. Fakat, bu açıdan, Kanun'da yükümlüler arasında sayılan banka ve sigorta şirketleri gibi özel statülü kuruluş mahiyetinde olan sermaye piyasası kurumları ile finansman şirketlerinin de amaca uygun bir yorumla kapsama dahil olduğunu belirtmek mümkündür. Daha önemli olarak, sözkonusu aracın belgesel disco-

63 BUDAK, s.364 ; ÇELİKOĞLU, s. 359, 364,381-385.

64 BUDAK, s.356. Ayrıntılı bilgi için bkz.O.GÜNDÜZ, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009,s.101-153 ; ÇELİKOĞLU, s.191-195.

65 ÇELİKOĞLU, s. 371,388,404.

66 Bkz.ABD hukukunda pre-suit discovery(FRCP, r.27) ve İngiliz Hukukunda pre-action protokol(CPR, r. 2).

very-disclosure özelliğine de işaret eden, Kanun'da sayılan yükümlülerin avukatın müvekkiline nazaran uyuşmazlıktaki sıfatı bakımından ister karşı taraf ve isterse üçüncü kişi konumunda olsun belge inceletme ve örnek vermekle yükümlü olduklarını vurgulamak gerekir[67].

Yükümlülüğün sınırları açısından, Kanun'da, yükümlülerin kamu kurumu ve özel statülü tüzel kişi olarak faaliyetlerinin kanunla düzenlenmesine nazaran, "*Kanunlarındaki (yasaklayıcı) özel hükümler"*in saklı olduğu belirtilmiştir. Bu hükümlerde, yükümlü kurum ve kuruluşun elinde bulunan ve başkasına veya kamuya ait sır niteliğindeki bilgilerin, kural olarak, yasal mercilerden başkasına verilemeyeceği belirtilmektedir. Nitekim Ceza Kanunu da kişisel sır ve devlet sırlarının ifşasını cezalandırmaktadır(TCK, m.134, 136, 239, 258). Fakat, çeşitli genel kanun hükümleriyle ve anayasa ile hatta uluslararası antlaşmalarla da, kişilerin başkalarına ve hatta kendilerine ait bazı bilgi ve belgeleri iradeleri dışında açıklamaktan kaçınabilecekleri kabul edilmiştir[68]. Buyüzden, burada genel bir kategorizasyona ihtiyaç vardır.

Muhatapların kaçınma imkanları bakımından genel bir kategorizasyon, kanımızca, Kıta Avrupasının discovery özdeşi olan belge ibraz mecburiyeti hükümlerine kıyasen yapılabilir. Belge ibraz mecburiyetinde, belge ibrazından kaçınma sebepleri taraflar yönünden yargısal takdire bağlı biçimde "*kabul edilebilir mazeret*" şeklinde ve üçüncü kişiler yönünden de şahitlikten kaçınma sebeplerine atıfla belirlenmiştir (HMK, m.220/3, 221/3). Bununla birlikte, Av.K'da avukata belge ibraz etmekle yükümlü kılınan kuruluşların kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olması nedeniyle, bazı farklılıklar sözkonusudur.

Belirtilen suretle, belgenin, ifşası cezai yaptırım doğuran nitelikte, kamuya veya başkasına ait bir sır içermesi halinde mutlak bir muafiyet ve kaçınma imkanı doğmaktadır (HMK, m.220/3, 242/1, 250/c). Buna karşın, belgenin kanunen koruma ödevi bulunan nitelikte başkasına ait bir sır içermediği fakat diğer bir kaçınma sebebinin mevcut olduğu hallerde durum özellik arzetmektedir. Bu açıdan, belge inceletme veya örnek vermenin, yükümlünün: i) kendisine ait olan bir kişisel

---

67 Bkz.Danıştay, 8.D,12.01.2004/ 2003-2880/2004-32; 10.D, 06.03.2007/ 2004-10375/2007-891(http://danistay.gov.tr).

68 Bkz. AY m.20/II ; Bank. K m.73/III ; Sig.K m.35/8 ; TRIPS m.39/1 ; NK m.54 ; 551 S. KHK m.34/III, 73A,74, 136 ; TTK m.80/I.

veya ticari sırrının açığa çıkmasına, ii) ya da kendini suçlamasına, yol açacak olması halleri bakımından durum onun sıfatına bağlı olarak farklılaşmaktadır. Bu kaçınma sebepleri bakımından, yükümlü karşı taraf konumunda ise, kaçınma imkanı, onun sadece kanunda açıkça tanımlanmış olan kişisel ve ticari sırlarıyla (TTK m.80/I ; 551 s. KHK m.34/III vb) sınırlı olarak mevcut olup nispidir; eğer yükümlü üçüncü kişi konumunda ise, o zaman buna ilaveten haklı bir menfaatini[69] koruma ve kendini suçlamama imtiyazına da sahip olacak şekilde geniş ve mutlaktır (HMK m.250/b).

4- Av.K m.2/III Prosedüründe Yükümlüyü Duruşma Öncesi Belge İbrazına Zorlamak Mümkün müdür? Muhatabın Uyumsuzluğunun Bir Yaptırımı Var mıdır?

Avukat marifetiyle bilgi toplama aracının etkinliği açısından, haklı bir sebep bulunmaksızın avukata belge inceletmeyen veya örnek vermeyen yükümlünün buna zorlanabilmesi de gerekir.

Kanun'da, dava öncesi bir zorlama usulü öngörülmemiştir. Bu açıdan, etkin bir sonuç için, davanın ikame edilmiş olması gerekir. Burada, dava ikamesinden sonra, Kanun'da bağımsız bir imkan olarak da öngörülen *"duruşma öncesi mahkeme müzekkeresi"*nden, muhatabın yükümlülüğünü yerine getirmesine yönelik bir emir içeriğiyle, yararlanılabilir.

Dava ikamesi öncesinde Av.K m.2/III prosedürüne uygun bir ibraz talebinin karşılıksız bırakılmış olması halinde, dava ikamesinden sonra, ilgili tarafça uyumsuz yükümlünün elindeki belgenin yeterli bir tarifiyle birlikte bunun davayla ilgisi açıklanıp yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlanması istenildiğinde, mahkeme böyle bir emir içeriğiyle uyumsuz yükümlüye duruşma öncesi bir müzekkere gönderebilir. Kanun bu müzekkerenin istemi halinde avukata teslimine de imkan vermektedir. Bu halde, mahkeme, yükümlünün menfaatlerini de dikkate alarak, belgenin teslimi bakımından sözkonusu müzekkerede avukatı işleme yetkilendirebilir[70]. Duruşma öncesi müzekkere için,

---

69 Bkz.ÇELİKOĞLU, s.403.

70 HMKY(03.04.2012/28253 RG) m.54/2 hükmü(Eski *"Hukuk Mahkemeleri Yönetmeliği" m.36)' nde düzenlenen "elden müzekkere takip yetkisi"* de amaca uygun

Kanun'un açık düzenlemesi karşısında, delil ikamesine esas olmak üzere davadaki temel meselenin belirlenmiş olması veya yargılama içi belge ibraz prosedürü(HMK, m.220/1,221/1) sürecinin beklenmesi de gerekmez(Av.K, m.2/III son c.).

Kanun'da, belge inceletme ve örnek verme yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanabilecek bir yaptırım tanımlanmış değildir. Burada, sözkonusu bilgi toplama aracının dava ve duruşma öncesi usul özelliği ceza normunda kıyas yasağı nedeniyle, belge ibraz mecburiyeti kurumundaki aleyhe çıkarım ve disiplin para ve hapis cezası yaptırımlarının (HMK, m.220/3,221/3) uygulanması mümkün olmaz. Bu açıdan, HMK m.327 ve 329/1 hükmüne kıyasen, yükümlülüğünü yerine getirmeyen uyumsuz muhatabın uyuşmazlığın karşı tarafı konumuyla davada yer alması halinde, dava sonucundan bağımsız olarak, ihlali ile sebep olduğu gereksiz yargılama masrafı ve avukatlık ücretinden sorumlu tutulabilir veya buna mahkum edilebilir. Uyumsuz yükümlünün üçüncü kişi konumunda olması halinde, şahadet hükümlerine kıyasen (HMK, m.245), duruşma öncesi müzekkereyle ibraza zorlanmış olmak kaydıyla, ihlali ile sebep olduğu celse kaybı giderleri ona ödettirilebilir. Ayrıca, yine, mahkeme müzekkeresiyle zorlanmasına rağmen yükümlülüğünü yerine getirmeyen muhatabın 5236 s. Kabahatler K'na göre,idari para cezasına mahkum edilmesi de mümkündür (m.7,8,24,32).

Uygulanabilecek yaptırımlar konusunda, hakim ihlalin davadaki tüm etkilerini dikkate alarak karar vermelidir[71].

5-Av.K m.2/III Prosedürünün Usulü ve Amaca Uygun ve Etkin Kullanılması

Av.K m.2/III hükmünde bu prosedürün usulü tanımlanmamış ve avukata tanınan yetki ile bu araçla toplanan bilgi-belgenin hukuka uygun kullanılması bakımından Kanunda bir denetim mekanizması da öngörülmemiştir.

Sözkonusu prosedürün usulü bakımından, bu araçla bilgi-belge toplanılması avukatla temsil zorunluluğuna tabi bir taraf usuli işlemi

---

geniş yorumla buna dayanak teşkil eder.

71 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, s.421-426.

niteliğine sahip olmakla, mahkemedışı belge inceleme ve belge ibraz mecburiyeti hükümlerine kıyasen (HMK, m.218/1, 218-221), uyuşmazlığın konusu ve taraflarının yanısıra istekle birlikte istenen bilgi-belgenin ayırt edici özeklikleri itibarıyla genel bir tarifini içeren bir yazılı bildirimle ve örnek alma işlemi bakımından avukatın müvekkilinden sadır vekaletname de ekli olarak mesai saatleri içinde ibraz talebinde bulunulması gerekir (HMK, m.148, 220/1, 221/1)[72]. Ortada henüz derdest bir yargılama da yokken, özellikle 3.kişiler bakımından daha belirgin olarak, muhatapları işbirliği ve adaletin teminine katkıda bulunma ödeviyle telif edilemeyecek bir külfete sokmamak gerekir. Buyüzden, bilgi kaynağının incelenmesi ve örnek alma işleminin muhatabın yönetim merkezinde, onun olağan faaliyet sürecini aksatmayacak bir süre ve şekilde, tutanak tanzimi suretiyle ve çoğaltma masrafı istekte bulunana ait olarak icrası usuli işlemlere de şamil olan iyiniyet kurallarına (TMK, m.2 ; HMK, m.29/1) uygun olur[73].

Belirtmek gerekir ki, avukat Kanunda tanımlanan mesleki yetkisini ve yükümlüden topladığı bilgi veya belgeyi amaç dışı kullanamaz. Avukatın bu araca kendisine veya müvekkiline hukukdışı bir avantaj sağlamak üzere başvurması, yine sözkonusu araçla toplanan bilgi ve belgelerin, yükümlünün izni dışında, uyuşmazlığın çözümü için başvurulabilecek süreçlerden başka bir yerde kullanılması, amaçdışı sayılır. Bu da Av.K m.34 hükmünde öngörülen mesleki doğruluk ve özen yükümlülüğünün ihlalini teşkil eder ve avukatın disiplin sorumluluğunu doğurur. Yükümlünün bilgi-belgesinin kişisel veya ticari menfaat elde etmek ya da hukukdışı amaçlarla kullanılması halinde hukuki sorumluluk da doğacaktır. Bu açıdan, yükümlünün zarar görmesi veya bir kamu zararı doğması halinde, kusurlu avukatın cezai sorumluluğu da sözkonusu olur(TCK, m.257).

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde, hukukumuzda, en azından medeni yargılama bakımından, avukatın belgesel delil toplama yetkisine sahip olduğunun kabulü mümkündür.

Etkin bir hukuki korumaya daha fazla katkı sağlanması bakımından, avukatın belgesel delil toplama yetkisine ilişkin düzenlemede bazı değişikliklere ihtiyaç vardır. Bu açıdan, öncelikle, Av.K m.2/III

72 Bkz. BUDAK, s.369; ÇELİKOĞLU, s.411,413.
73 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, s.405-414.

hükmünün kapsamı, kanımızca, tüm özel hukuk tüzel kişilerine yükümlülük getirecek şekilde genişletilebilir. Daha önemli olarak, dava öncesi bir yaptırım ve denetim usulünün açıkça tanımlanması gerekir. Bu açıdan, kamu kurumları dışındaki özel kurum ve kuruluşlara yönelik belge ibraz talepleri bakımından bir denetim ve sebepsiz kaçınma halinde yaptırım tatbiki bakımından avukatın mensubu olduğu baro vasıtasıyla talepte bulunulması esası yönünde bir düzenleme değişikliği benimsenebilir. Sözkonusu araçla bilgi-belge toplama avukatlık faaliyet tekelinde bulunmakla, bu düzenlemeye ilişkin Av.K m.2/III hükmünün Kanunda avukatın faaliyet hak ve ödevlerinin düzenlendiği m.35 hükmüne aktarılması farkındalık yaratmak bakımından uygun olur. Bu açıdan, yargılamada belge toplanırken, mahkemeden yardım istenmeden önce bu araca başvurulma zorunluluğu getirilmesi de yararlı olacaktır[74].

IV- TBB Av.K İlave m.35/B Hüküm Önerisi Çerçevesinde "Avukatın Delil Toplama Yetkisi" ve Bu Kapsamda Avukatın Dava İkamesi Sonrasında Beyan Delili Toplaması

Avukatın dava veya duruşma öncesi bilgi ve delil toplama faaliyeti, Av.K m.2/III hükmü çerçevesinde sağlanan surette, belgelerle sınırlı kalmamalıdır. Zira, şahit deliliyle ispatlanabilecek konularda, şahidin mahkemede vermesi beklenen bilginin onun hakimce dinlenilmesinden önce öğrenilmesi taraf avukatlarının delil teklifindeki isabeti artırır. Süprizleri ve zaman veya bilgi kayıplarını engeller. Nitekim, HMK delillerin tarafların ilk dilekçelerinden başlayarak vakıa bazında belirtilmesini beklemektedir(m.119/1f,129/1e). Bu açıdan, Av.K m.2/III prosedüründeki belgesel delil toplama imkanına ilaveten, hukukumuzda, mukayeseli hukuktaki gelişmelere uygun olarak, avukatın muhtemel şahitlerden de mahkemedışı yazılı beyan temini veya noterlik marifetiyle yeminli beyan tespiti suretiyle beyan delil toplamasına da ihtiyaç vardır.

TBB Mart 2012 tarihli *"Av.K Değişiklik Önerisi Çalışma Metni"("TBB, 2012 AvK Tadil Teklifi")* dahilindeki bir düzenleme önerisi sözkonusu

74 ÇELİKOĞLU, s.454.

ihtiyacı karşılamaya müsait görünmektedir. Diğer taraftan, bu düzenlemenin yasalaşması halinde, artık hukukumuzda *"avukatın delil toplama yetkisi"* kavramı terminolojide yerini alacaktır. Zira, mevcut öneri hem içerik olarak ve hem de Kanun'da 6. kısımdaki *"Avukatın Hak ve Ödevleri"* babında avukatın faaliyet tekeline ilişkin *"Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler"* başlığı altında *"Delil ve Bilgi Toplama"* alt başlığı ile düzenlenmesi itibarıyla artık hukukumuzda sözkonusu kavramın kullanılmasına cevaz verir.

1-Av.K m.35 Hüküm Revizyonu Kapsamında Avukatın Yargılamada Delil Toplama Yetkisinin Niteliği ile Uygulama Alanı ve Konusu

"TBB, 2012 Av.K Tadil Teklifi" kapsamında Av.K'na ilavesi önerilen m.35/B hükmünün yasalaşması halinde, hukukumuzda avukata genel bir delil toplama yetkisi tanınmış olacaktır. Sözkonusu düzenleme önerisi, derdest davalar bakımından, mahkemece onaylı bir delil listesinde tarif olunan bir delili elinde bulunduran tüm resmi ya da özel kişi ve kurum veya kuruluşları, kural olarak, bu delili avukata vermekle yükümlü kılmaktadır (ilave m.35/B önerisi fık.2)[75].

Önerilen düzenleme avukatın delil toplamasını muhtemel dava veya yargılamaları dışarıda bırakacak şekilde münhasıran derdest dava ya da yargılamalara yönelik olarak düzenlemektedir. Bu husus *"her-*

---

75 TBB tarafından Av.K'na ilavesi önerilen düzenleme şu şekildedir:
"Delil ve bilgi toplama
Madde 35/B- Müvekkiline ait veya ilgisi olup da müvekkil tarafından talep edilmesi mümkün olan tüm bilgi ve belgeler, ilgili kişi ve kurumlarca avukatın incelemesine sunulmak ve istendiğinde vekaletname ibrazı halinde avukata birer örneği verilmek zorundadır.
Herhangi bir yargılama başladıktan sonra, avukatın mahkemeye verdiği dilekçesine ek olarak somut ve açık şekilde sunduğu delil listesinin mahkemece onaylanması halinde, bu listede yer alan ve kendilerinde bulunan delilleri, ilgili tüm resmi veya özel kişi, kurum ve kuruluşlar avukata en kısa sürede temin etmek ve onaylı bir örneğini vermek zorundadır.
Yargılama işlemleri dışındada da, bu Kanunun ikinci maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşlar, avukatın vekaleten takip ettiği iş ve işlemlerde, avukata görevini yerine getirmek hususunda yardım etmek ve gerekli bilgileri vekaletname veya suretini ibraz etmeleri halinde onaylı belge örneklerini vermek zorundadırlar.
Bu kanun hükümlerine göre bilgi veya belge vermekle yükümlü olduğu halde, avukatın talep ettiği bilgiyi veya onaylı belge örneğini vermeyenler hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 257.maddesi hükümleri uygulanır.
Avukat, delil ve bilgi toplama çalışmaları sırasında başka bir avukatı da yetki vermek suretiyle görevlendirebilir."

hangi bir yargılama başladıktan sonra" ibaresiyle ifade edilmiştir(m.35/ B-fık.2). Burada, Av.K m.2/III hükmündeki belgesel delillere ilişkin imkan ve iznin muhtemel dava veya yargılamalara yönelik olarak dava öncesi delil toplama ihtiyacı bakımından yeterli olabileceği düşünülmüş görünmektedir[76]. Buna göre, sözkonusu yetkiye avukatın kural olarak adli, idari ve anayasa yargısına ilişkin derdest[77] bir dava veya yargılama kapsamında başvurabilmesi mümkündür[78].

---

76 Esasen, Av. K m.2/III hükmünün tüm özel hukuk tüzel kişilerine teşmil edilmesi halinde, bu çözüm yeterli olabilir. Zira, şahadet delili bakımından ortada derdest bir dava yokken üçüncü kişileri böyle bir külfete sokmak aşırıdır. Nitekim, delillerin korunması prosedürü bir kenara bırakıldığında, şahadet delili bakımından mukayeseli hukuktaki yaptırım destekli çözümler de dava ikamesi sonrasına münhasırdır. İngiliz Hukukunda gerek mahkemedışı ve gerek mahkeme vasıtalı dava öncesi diclosure(pre-action conduct) belgesel olup dava ikamesi öncesi şahit beyanı temini şahidin rızasıyla mümkündür.Dava sonrası zorlama yaptırımları için İngiliz Hukukunda bkz.CPR, r. 34.10.4 ; ABD Hukukunda bkz.FRCP, r.37a,b.

77 Sözkonusu yetkinin yargılamada gerçeğin bulunmasının kolaylaştırılması ve hızlandırılması amaç ve işlevi gereksiz malzeme toplanmasına engeldir. Yargılamanın tahkikat safhasında ispat aracı olabilecek delil kaynaklarının dava öncesinde araştırılarak tespiti mümkünse de medeni yargılamada bunların davadan önce toplanması her zaman yarar sağlamayabilir. Zira, delil taraflar arasında uyuşmazlıklı olan ve davanın halli için önemli olan meselelerin ıspatına ilişkin olarak gösterilecektir (HMK, m.187/1).

78 Resen araştırma ilkesinin kural olduğu idari yargı ve ceza yargılamasında, avukatın sözkonusu mesleki yetkiye yargılamada ıspata yönelik olarak başvurması ihtimali sınırlı olacaktır. Bu açıdan, TBB "2012 Tadil Teklifi" kapsamında ihdası önerilen yetkiye, avukatın, genellikle, adli yargı yolunda ve özellikle medeni yargıda taraflarca hazırlama esasına tabi davalarda başvurulacağı belirtilebilir. Zira, ceza yargılamasında sanığın kural olarak hakkındaki ceza iddiasına konu suç fiilini işlemediğini ispat etmesi gerekmemekle, sanık aleyhine delillerdeki maddi bir hatanın ortaya konması ve suçun sabit olması halinde muhtemel mazeret veya etki sebeplerine yönelik ispat faaliyeti dışında, sanık müdafii avukatın sözkonusu mesleki yetkiye başvurma ihtiyacının doğması ihtimali sınırlıdır. Mağdur müdahil vekili avukat açısından da, mağdurun şikayet veya ihbarıyla soruşturma açılması için gerekli basit şüphe sebeplerinin bildirilmesiyle, soruşturma açıldıktan sonra fiilin kamu adına ceza iddiasına konu edilmesi için yeterli şüpheyi ortaya koyan delil kaynakları veya yargılamada kullanılabilecek ispat araçları kural olarak savcılık ve kolluk tarafından ortaya konulup mahkemece araştırılmakla (CMK, m.160, 161), durum farklı değildir. İdari yargı ve anayasa yargısı bakımından ise, yargılama usulünün özelliklerinin yanı sıra, uyuşmazlıkların niteliği avukatın delil toplama ihtiyacı ve sözkonusu yetkiye başvurma gereğini sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte, avukatın delil toplama yetkisinden idari yargıda şahit dinlenmesine ilişkin sorunların çözümünde yararlanılabilirİdari yargıda delillerin toplanmasında önemli güçlük bulunmamakla birlikte şahit delilinin temini gereği yönünde bkz. İ.ÖZAY, "Allah ne Hekime ne Hakime", Yeni Türkiye, Y.1996, S.10, ss.186-189, s.189; Y.KARAKOÇ, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, DEÜHF Yayını, İzmir 1997, s.261; Ramazan ÇAĞLAYAN, "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri", SÜHFD, Y.2003, C.11, S.3-4, ss.195-206, s.199.

Av.K m.35/B ilave hüküm önerisi avukatı delil toplamaya ancak derdest davalar bakımından yetkilendirmekle, delil toplama kavramı burada Av.K m.2/III prosedürünün belgesel delil toplama işlevindeki gibi delil kaynaklarının araştırılması anlamında olmayıp ispat araçlarının yargılamaya getirilmesi anlamındadır. Başka bir ifadeyle, burada, delillerin toplanması kavramı ikamesi kabul edilen delillerin temini anlamında bir içeriğe sahiptir. Buna göre, Av.K m.35/B ilave hüküm önerisi kapsamında avukatın delil toplaması bir discovery-disclosure aracı niteliğini haiz değildir. Bu açıdan, *"avukatın delil toplama yetkisi"* yeni bir delil keşfine yönelik olmayıp bilinen delillerin yargılamaya mahkeme marifetiyle değil avukat çabasıyla celbine yöneliktir[79].

Avukatın önerilen delil toplama yetkisinin hukuki niteliğine bakıldığında, onun bir kamu hukuku yetkisi olmadığı açıktır. Zira, avukatın yargılamadaki faaliyetinden kamusal yararlar da hasıl olmakla birlikte, o, hukuk sisteminin müvekkil menfaatlerini hatalı karar ve uygulamalardan korumak üzere faaliyete yetkilendirdiği hukuk uzmanı olup kamu görevlisi değildir[80]. Bu yüzden, ilave m.35/B hükmü önerisinin yasalaşması halinde doğacak yetkinin tarafa ait bir usuli hak teşkil edeceği ve fakat bu hakkın ancak avukat vasıtasıyla kullanılabileceği belirtilebilir. Açıklanan nedenlerle, avukatın delil toplama yetkisi çerçevesinde yapacağı işlemler avukatla temsil zorunluluğuna tabi bir taraf usuli işlemi niteliğindedir.

Önerilen hükümde, avukatın delil toplama yetkisinin konusu veya avukat marifetiyle toplanabilmesi bakımından yükümlünün elinde bulunan delilin türüne ilişkin bir belirtme veya ayrım yapılmamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, taslak metinde, delilin temini ve onaylı bir örneğinin avukata verileceğinin belirtilmesi, bu düzenlemeyle belgesel delillerle sınırlı bir yetki tanımlandığı şeklinde, dar bir yorumu gerektirmez. Zira, o zaman taslak metninde delil listesine atıf yapılması ve mahkeme onayının vurgulanması anlamsız olur. Buna göre, bizzat veya bilirkişi refakatiyle hakim tarafından icra edilebile-

79 Böylece, bu düzenleme 60 ve 61.Hükümet Yargı Reformu Stratejisindeki yargılamanın hızlandırılması bakımından avukatın yargılamaya katkısını artırma yaklaşımına paraleldir, bkz. ÇELİKOĞLU, s.433; Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı, Adalet Bakanlığı Dökümanı, Ankara 2010, s.31.

80 Bkz. ÇELİKOĞLU, s.161-164.

cek keşif[81] ve yine ancak hakim tarafından alınabilecek taraf yemini (HMK, m.228, 233) haricinde, avukatın yetkisinin, listelenen delilin kabule şayanlığının yanı sıra delili elinde bulunduranın menfaatleri de dikkate alınarak, delil listesinin mahkemece kısmen veya tamamen onaylanmasına göre belirleneceği belirtilebilir[82].

Avukatın beyan delili teminini dışlayıcı dar bir yorum yapılması, sözkonusu düzenleme ile avukata tanınmak istenen delil toplama yetkisinin avukatın yargılamaya katkısının artırılması suretiyle yargılamada etkinlik ve verimlilik temini şeklindeki ihdas amacı bakımından da uygun değildir. Kaldı ki, belgesel delillerle sınırlı olarak, Av.K m.2/III hükmü böyle bir imkan ve izni kısmen de olsa zaten vermektedir.

Diğer taraftan, yargılamada mahkemedışı yazılı şahit beyanı kullanılmasına delillerin doğrudanlığı ilkesi çerçevesinde bir muhalefet de[83] etkili olmayacaktır. Zira, uzayan yargılama sürecinde şahidin dinlenmesiyle elde edilen deliller hakkında hakimde oluşan kanaat ve izlenim hükmün verilmesine dek geçen zaman zarfında kaybolmakta ve genellikle tutanak aracılığıyla bilgi edinilmektedir[84]. Esasen, dava malzemesinin toplanmasında hakim ve taraflar arasındaki rol dağılımında kural olarak taraflarca getirilme ilkesinin benimsenmiş olması

---

81 Keşif, Kıta Avrupası sisteminde, münhasıran hakimin kendi duyu organları vasıtasıyla bizzat delil toplamasıdır (MURRAY/STÜRNER, s.270; O.YILMAZ, Hukukta Keşif, Kayseri 1955, s.15). Buyüzden, hakimden başkasının yaptığı mahal veya şey tespitine keşif denmez ve böyle bir tespit yapan başka kişiler şahit veya bilirkişi olarak dinlenebilir; bkz. F.EREM, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1968, s.447, 448. A.B.D. Federal Hukukunda, bina ve arazide taraf avukatının bizzat veya bilirkişi yardımıyla keşif ve tespiti mümkün olup taraf ve üçüncü kişinin katlanma yükümlülüğü kabul edilmiştir; bkz. ÇELİKOĞLU, s.236-238.

82 Hakim görevlendirmesiyle başvurulabilip mahkemeye görüş bildirebilen bilirkişi(HMK, m.269, 280) delili açısından sözkonusu yetkinin "özel bilirkişi" bağlamında mevcudiyeti açık olup konu mahkeme bilirkişisi bakımından tartışılabilir. Bilirkişinin Kıta Avrupası sisteminde taraf delilinden ziyade hakim yardımcısı konumuyla bir tahkikat aracı sayılmakla birlikte aynı zamanda bir ispat aracı olduğu yönünde bkz.M.TANVERDİ, Medeni usul Hukukunda Bilirkişilik, İÜSBE Doktora Tezi, İstanbul 1991, s.113; M.K. YILDIRIM, "Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu", Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, ss.833-841, s.835.

83 Bu ilkeye göre, hakim ve delil arasına giren her bir aracı delilin ispat kuvvetini zayıflatır; ayrıntılı bilgi için bkz.N.KURT, "*Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi*", B.Öztan Armağanı, Ankara 2008, ss.599-625, s.603.

84 Bkz.M. TARUFFO, "*Orality and Writng as Factors of Efficiency in Civil Litigation*", IACP 5-8 November 2008 Colloquium, General Report, ss.19/19,s.10-13/19.

nedeniyle, hukuk yargılamasında doğrudanlık ilkesi mutlak değildir[85]. Şahidin verebileceği delillere daha hızlı ulaşılabilmesi ve mahkemenin harcadığı zamanı kısaltması, şahit açısından masraf ve zahmet avantajı gibi nedenlerle, yazılı şahit beyanı kullanımı Kıta Avrupasında yayılmaktadır[86]. Buna göre, hakimin gereğinde şahidi bilahere dinleme ve sorgulama yetkisi saklı olarak avukatın şahitten yazılı beyan alması hukukumuzda da mümkün(HMK, m.246; NK, m.61) olup bunun TBB ilave madde önerisi kapsamı dahilinde kabul edilmesi mukayeseli hukuktaki gelişmelere uygundur.

2- Av.K m.35/B Prosedüründe Yükümlülerin İşbirliği Ödevlerinin Sınırı ve Avukatla İşbirliğine Zorlanması

TBB önerisi kapsamında, belge ve beyan delillerinin avukat marifetiyle toplanmasında, mahkemece onaylı bir delil listesinde tarif edilen bir delile sahip olan kişilerin yükümlülüğünün sınırlarını HMK belge ibrazından ve şahadetten kaçınma hükümleri çizecektir(m.220/3, 221/3; 242, 247-252).

Diğer taraftan, sözkonusu ispat araçlarının temini için muhatapların avukatla işbirliğine zorlanması da mümkündür. Zira, *"2012 Metni"*nde sözkonusu delili elinde bulunduranlar bakımından açık bir usuli yükümlülük ve delil verme mecburiyeti tanımlanmıştır. Buna göre, belgesel delil kaynağı unsurlarına sahip olan taraf veya üçüncü kişiler belge örneği vermeye ve sözlü delil kaynağı teşkil edebilecek şahitler beyan vermeye zorlanabilir[87].

Bu önerinin yasalaşması halinde, ellerinde mahkeme onaylı delil listesinde tarif edilen bir delili bulunduran kişiler, avukatla işbirliği yapmamaları halinde, mahkemenin belge ibraz emri (HMK, m.220/1, 221/1) ve şahadete davet kararına muhatap olabilecektir(HMK, m.245, 246).

---

85 Bkz.REİCHEL , STADLER ve SCHUMAN'dan aktaran, KURT, s.604 dn.39.

86 CHASE / WALKER, s.2/19. Fransız, İtalyan, İsveç Hukukları ve AB Hukukundaki gelişmeler hakkında bkz.ÇELİKOĞLU, s.444,445.

87 Bazı Kıta Avrupası ülkelerindeki tarafın/avukatın şahit beyanı temini ve ALI/UNIDROIT çözümü (P.16.3) rızaidir. Anglo-Amerikan sisteminde taraf ve üçüncü kişinin sözkonusu beyan yükümlülüğüne ilişkin zorlama imkanları hakkında bkz. ÇELİKOĞLU, s.233 dn.380, s.256.

"2012 Metni" özel bir cezai yaptırım uygulama imkanı da öngörmekle uyumsuz muhatap hakkında suç duyurusunda da bulunulabilecektir(m.35/B-fık.4).

3-Av.K m.35/B Prosedürüne Göre Avukatın Delil Toplama Usulü ve Denetimi

TBB önerisi kapsamında avukatın delil temini işleminin şekline bakıldığında, mevcut Taslak metninde hakimin delil listesini onayı dışında usule ilişkin bir düzenleme yoktur. Buna göre, işlemin usulünün hakimin kararına göre belirleneceği düşünülebilir. Bununla birlikte, burada, belgesel deliller bakımından Av.K m.2/III prosedürünün izlenmesi mümkündür. Beyan delilleri bakımından ise, avukatın muhtemel şahitlerle teması ve onların yazılı beyanlarını temin etmesi imkan dahiline girmektedir[88]. Bu açıdan, şahit sorukağıdı dışında, Anglo-Amerikan kökenli yazılı şahit beyanı delilinin İngiliz Hukukundan bazı Kıta Avrupası ülkeleri hukuk sistemlerine de aktarılan diğer formları hukukumuzda da kullanılabilir.

İngiliz hukukunda kullanılan yazılı şahit beyanının iki formu[89] olan şahidin avukatça tespit edilen yazılı beyanı (witness statement) ve yemin verdirme yetkilisi önünde tanzim olunan mahkemedışı yeminli şahit beyanı (affidavit) temini usullerinin hukukumuzda kullanılabilmesi bakımından durum özellik arzetmektedir. Buna aşağıda biraz sonra değinilecektir.

TBB ilave m.35/B hüküm önerisi *"2012 Metni"*nde kendisinde delil bulunan kişinin onu avukata *"verme"* mecburiyetini onun adı ve bilgisinin bildirildiği delil listesinin mahkemece onaylanmasına bağlanmış olması karşısında, sözkonusu mahkeme yönetim ve denetimine imkan sağlandığı belirtilebilir. Ayrıca, mahkemenin şahidi dinleme yetkisi saklıdır. Buna göre, hakimin elinin işin üzerinde olması karşısında, her iki yazılı şahit beyanı formu hukukumuz bakımından da kabul edilebilir. Mahkeme delil listesinin onayı sırasında onun yazılı beyanının şahitten ne şekilde alınacağını belirleyebilir.

---

88 Hukukumuzda, avukatın zorunlu olmadıkça muhtemel şahitlerle görüşmesi disiplin yaptırımı gerektiren bir uygunsuz davranış olarak tanımlanmıştır; bkz. Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Meslek Kuralları(TBB-AMK), kural 24.

89 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, 257-2560.

Taslak metnin yasalaşması halinde, delil ikamesinde şahit olarak dinlenmesini teklif ettiği kişilerden uyuşmazlıklı vakıalar hakkındaki bilgilerini öğrenmek üzere, avukat usuli işlemlerde doğruluk kuralına (HMK, m.29/1; Av.K, m.34) uygun şekilde onlarla dava veya duruşma öncesinde görüşebilecek; hakimin delil listesini onaylaması üzerine, avukatın onların beyanını tespit ettirmesi ya da hakimin iznine göre bizzat temin etmesi mümkün olabilecektir.

Altta yatan saik delil tespit kurumundakinden farklı olmakla, burada, dava ikamesinden sonra avukatın mahkemedışı yazılı şahit beyanı teminine HMK m.401/4 hükmü de engel teşkil etmez; kaldı ki, esasen, süreç hakimin bilgi ve izni dahilinde cereyan etmektedir.

Mahkemenin avukatın delil listesini onayı sırasında listede adı geçen şahitten avukatın delil toplamasına izin verilmesi halinde, buna ilişkin bir mahkeme teyid notunu havi şahit beyan davetiyesinin (HMK, m.244) avukat marifetiyle HMK m.241/2,3 hükmüne kıyasen şahide gönderilmesi mümkündür. Bu şekilde, mahkeme teyidli beyana davete göre, avukat şahitten onun yazılı beyanını bizzat veya mahkemece belirlenen diğer bir surette tespiten temin edebilir.Yine de, bu, genellikle, muhtemel şahidin rızasıyla mümkün olabilecektir[90]. Davete icabet uyumsuzluğunun sonuçları bakımından -ilave m.35/B hüküm önerisi avukata tebligat yapma yetkisi içermemekle- muhtemel şahidin rızasıyla beyan vermemesi halinde, şahide tebligatın mahkemece yapılması gerekir (HMK, m.245).

Diğer taraftan, avukatın muhtemel şahidin beyanını bizzat kendisinin alması, şahidin tarafın veya avukatın etkisi altında kalması riski nedeniyle, beyanın doğruluğunu ve kendiliğindenliğini garanti etmez; ayrıca, beyanın yeminsiz olması da onun sıhhati etkileyip işlevini sınırlayabilir[91].

---

90 Bu şekilde İngiliz Hukukunda bkz. J. O'HARE / K.BROWNE, Civil Litigation, 14th Edition, Sweet&Maxwell, London 2009,s.243, 515; ALI/UNIDROIT *"İlke ve Kurallar"*, P.16.3 ve R.21.3.Bununla birlikte, burada hakimden izin alınarak avukatın muhtemel şahidi yazılı beyana davet etmesi şeklinde bir ara çözüm benimsenebilir görünmektedir.

91 Yazılı beyanın yeminle teyidi inanılırlık ve güvenilirlik tesis etmektedir; bkz. Y. KARAYALÇIN, *"Affidavit ve Türk Hukuku"*, Batıder, Y.1986, C.XIII, S.3-4, ss.47-56, s.54. Hukukumuzda yemin verdirme yetkisi kural olarak hakim savcı ve sınırlı olarak noterler ile müfettişlere tanınmıştır(HMK, m.258/3 ; CMK, m.54/2; NK.75 ;Adalet Bakanlığı Teftiş kurulu Tüzüğü, m.35 [RG, 10.03.1988/2992]);

Belirtilen bakımdan, mukayeseli hukukta mahkemedışı yazılı şahit beyanı temininde, şahit beyanının yemin verdirmeye yetkili bir görevli huzurunda yemin verdirilerek alınması[92], şahidin kimlik ve beyanının doğruluğunu destekleyici teyid beyan ve belgeleri eklenmesi[93], yanlış beyan vermenin cezai yaptırımla karşılanması gibi usul ve önlemlere başvurulmaktadır. Bu açıdan, Fransız, İtalyan, İsveç hukukları usul kanunlarında yukarıda belirtilen özel hükümler sevkedilmişken, Japon Hukukunda konu Usul Kanunu yerine Noterlik Kanununda (Koshonin-Hö) düzenlenmiştir (art.58-2, 60-5)[94].

Kanımızca, hukukumuzda, avukatın dava ikamesinden sonraki bir şahit beyanını hakimin izniyle noter marifetiyle tespit ettirerek temin etmesi mümkündür. Bu açıdan, davada şahadet deliline dayanan bir tarafın delil listesinin Av.K m.35/B hüküm önerisi çerçevesinde teyidi sırasında hakim avukatın delil listesinde adıgeçen bir şahidin yazılı beyanını tespit ettirmesine izin verebilir. Bu izin HMK m. 401/4 hükmünün lafzi bir yorumuyla sözkonusu edilebilecek engeli de bertaraf eder. Bu şekilde, muhtemel şahidin beyanının noterlik marifetiyle tutanak şeklinde tespit ettirilerek imzası ve kimliğinin noterlikçe tasdik olunması suretiyle, yazılı şahit beyanının emin bir versiyonu elde edilebilir. Noterlik Kanunu m. 61 hükmü buna imkan sağlamaktadır. Bu hükme göre, noterler kişilerin beyan ve kimliklerini tutanak

---

İ.ATAMAN-FİGANMEŞE, Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, İÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2005,s.207. İngiliz Hukukunda avukatın yemin verdirme yetkisi mevcutken, başka bir avukat nezareti ve onun şahide yemin verdirmesiyle affidavit tanzimi yönündeki uygulama değiştirilmiş ve avukatların yemin verdirme yetkisi kaldırılmakla mahkeme görevlisi huzurunda tanzimi onun yemin verdirmesi esasını kabul etmiştir. Buna karşın şahidin kimlik ve doğruluk beyanı teyidiyle affidavit formu dışında avukatlarca tanzim edilen yazılı şahit beyanı (witness statement) da kullanılmaktadır, bkz. O'HARE/ BROWNE, 236.

92 Bu şekilde İngiliz Hukukunda affidavit formu bakımından bkz. PD.32, para.9; Japon Hukukunda bkz Y. TANİGUCHİ /P.C. REICH / H.MİYAKE, Civil Procedure in Japan, Second Edition, Juris Publishing, USA 2009, s.7-114.

93 Bu şekilde Fransız Hukukunda bkz. F.FERRAND, "*The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*", The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed.N.Trocker/V.Varano, Torino 2005, ss.7-30, s.28.

94 TANİGUCHİ/REICH/MİYAKE, s.7-114 (Yazarlar, noterin şahide beyanın doğruluğuna dair yemin verdirmesi ve imzası ve kimliğini tasdik ettiğini ve şahidin yanlış beyan yaptırımının 100.000Yen (yaklaşık 850USD) olduğunu belirtiyor).

şeklinde tespit edebilmekte olup buna adliyeye intikal etmiş özel hukuka ilişkin konular da dahildir[95]. Nitekim, noter tespitleri yargısal işlem niteliğinde olmaksızın aksi sabit olana dek doğru kabul edilen ve mahkemelerce de delil olarak değerlendirmeye esas alınabilecek resmi işlem olarak kabul edilmektedir[96].

Yazılı şahit beyanının diğer bir şekli olan mahkemedışı yeminli şahit beyanı (affidavit) formunda yazılı şahit beyanı tespiti hukukumuzda halihazırda mümkün değildir. Zira, şahide yemin verdirme yetkisi mevzuatta açıkça tanımlanan kişi ve mercilerin yetkisinde olup hakim, savcı ve adalet müfettişleriyle sınırlıdır (CMK,m. 54/2; HMK, m. 258/3; HSK, m.101). Burada, uygun bir çözüm sağlayabilecek olan noterlerin yemin verdirme yetkisi, halihazırda, düzenleme şeklinde tanzim olunan bir hukuki işleme şahit sıfatıyla katılanlarla sınırlıdır (NK, m.75).

4- TBB Av.K m.35/B İlave Hüküm Önerisi Çerçevesinde Avukatın Yazılı Şahit Beyanı Temininin Delil İkamesindeki İşlevi ve İlgili Mevzuatta Revizyon Gereği

Yazılı şahit beyanı formları özellikle ticari davalarda uyuşmazlığın esası bakımından üzerindeki anlaşmazlığın nispi önemde olduğu vakıalara ilişkin meselelerin ispatında kullanılabilir[97]. Bundan başka, genel olarak hakimin şahidi dinlemesi cihetine gidilmeden önce onun verebileceği delilin elverişliliğinin belirlenmesiyle çağırılması bakımından da kullanılmasının yanı sıra, usule ilişkin meselelerin ispatı bakımından da yazılı şahit beyanından yararlanılabilir. Bu açıdan,

---

95 M.ERTANHAN, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.162; A.BAŞÖZEN, "*Noter Tespitlerinin Delil Değeri*", E-Akademi, Temmuz 2007, kenar no 25 ve dn.7; S.TANRIVER, "*Noterlik kurumuna Yeni Bir Vizyon Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler*", S.Üstündağ Armağanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, ss.465-483, s.476, 478 *("Noterlik kurumu")*. Adliyeye intikal etmemiş olan ve hukuki konularla sınırlı olduğu yönündeki uygulama hakkında bkz. agy, dn.14 Noterler Birliği ve Adalet Bakanlığı Genelgeleri.

96 Bkz. Noterlik K. m.61 Hükümet Gerekçesi (TBMM, Tutanak Dergisi, Y.1971, C.18, s.6); NB, 20.05.1975/24 S.Genelge; YHGK, 14.03.1990, 2-31/169 (Başözen, kenar no, 40 ve dn.29); TANRIVER, *"Noterlik kurumu"*, s.476, 477.HMK'da da Noterlerin vakıalar bakımından tespit yetkilerinin saklı olduğu tasrih olunmuştur (m.401).

97 Bu şekilde, bkz. ALI/UNIDROIT , "*Ulusötesi Medeni Usul İlke ve Kuralları*", R.23.4 "*Gerekçesi*"(Resmi Yorumu). İsviçre Hukukunda da hakim şahidin şekli bir sorgusunu gerekli görmüyorsa onun yazılı beyanını isteyebilir(sZPO, art.190/2).

hukukumuzda HMK ile yeni bir yargılama kesiti olarak kabul edilen önînceleme safhasında: i) tahkikatın kapsamı veya ıspatın konusunun ve delillerin belirlenmesinde, ii) önincelemede dava şartları ve engellerine ilişkin meselelerin ispatında, iii) tahkikata başlanmadan karara bağlanacak olan hakdüşürücü süre veya zamanaşımına ilişkin meselelerde, yazılı şahit beyanına ispata yardımcı bir malzeme olarak başvurulabilir. Ayrıca, yargılamanın tahkikat safhasında, hakimin şahidi sorgulamasında ve avukatın hakimden sonra şahide soru sormasında (HMK, m.152), süreci kolaylaştırıp etkin ve verimli bir yargılama yapılmasını destekleyebileceği belirtilebilir.

Özellikle duruşma öncesi geçici hukuki himaye tedbirleri bakımından taleplerin desteklenmesinde veya esasın dışındaki iddia ve savunmalara ilişkin veya mahkemece resen dikkate alınması gereken meselelerin karara bağlanması açısından mahkemenin tahkikat imkanının sınırlı olduğu hallerde (HMK, m.138, 142) taraf avukatınca mahkeme sunulabilecek yeminli bir yazılı şahit beyanı güvenilirliği ve doğruluğuna ilişkin kanaat tesisine tesiri bakımından tercihe şayan olabilir[98]. Şahit yemini şahidin vicdanı ve inancı üzerinde etki eden ve onu doğru söylemeye teşvik etmek üzere başvurulan bir araçtır[99].

Belirtilen bakımdan, hukukumuzda mahkemedışı yeminli şahit beyanı (affidavit) kurumunun işlerlik kazanabilmesi için noterlere kendilerine beyanda bulunana da yemin verdirme yetkisinin verilmesi gerekir[100].

---

98 Şahidin yeminin zorunlu şart olduğu Anglo-Amerikan geleneğinde İngiliz Hukukunda duruşma öncesi (pretrial) safhada, delille desteklenmesi gereken geçici hukuki koruma veya koruyucu emir taleplerinde şart olmakla birlikte, bunun gibi sınırlı durumlar dışında mahkemedışı yeminli beyan usulüne başvurulmasının zorunluluktan çok şahitlerin tercihine bağlı olduğu belirtilmektedir; bkz. CPR, r.32.15/2; O'HARE/BROWNE, s.236.

99 Esasen, şahadetin mahkemece dikkate alınması bakımından, şahit yemininin zorunluluğu mutlak değildir; bkz.ERTANHAN, s.112.İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu hazırlık çalışması metinlerinde de şahidin dinlenmesinde yemin yerine doğru söylemesi hususunda ikaz ve yalan şahitliğin cezasına dikkat çekilmesi esası önerilmiştir; bkz. Öntasarı[2004], m.162 (Atalı, s.157).

100 KARAYALÇIN, s.56; ERTANHAN, s.167; TANRIVER, "*Noterlik Kurumu*", s.479. Bu şekilde bir düzenlemeyle, noter önünde gerçek dışı yazılı beyanda bulunmak, yemin ettirerek şahit dinlemeye kanunen yetkili kişi önünde yalan beyanda bulunmak suçu (TCK, m.272/2) kapsamına gireceğinden, işlem güvenliğine de katkı sağlanabilir.

SONUÇ

Gerek Av.K m.2/III prosedürü ve gerek TBB Av.K ilave 35/B hükmü formülasyonunda, avukatın delil toplaması yetkisinin Usul Kanunları değil Av.K kapsamında ele alınması ve sözkonusu yetki tanımlamasında avukatın derdest davada delil toplama faaliyetinin delil listesinin mahkemece onaylanması şartına bağlanması, belirtilen yargılama sistemi gereklerinin dikkate alındığını göstermektedir. Bu şekilde, Av.K m.2/III prosedürünün avukata belgesel delil temin imkanı sağlaması karşısında, zaten sınırlı olarak mevcut olan ve Av.K m.35/B ilave hüküm önerisinin yasalaşması halinde avukatın yazılı beyan formunda delil toplamasının imkan dahiline girecek olmasıyla "*sözlü deliller*" bakımından da sözkonusu edilebilecek olan surette, hukukumuzda avukatın delil toplama yetkisine sahip olduğu kabul etmek ve bundan endişe etmemek gerekir.

Avukata bu şekilde genel bir delil toplama yetkisi verilmek suretiyle, tarafların ispat hakkının etkinliği sağlanmış olacak ve bu sırada hakimin tahkikat yetkisinin parçası olarak deliller üzerindeki hakimiyeti de gözetilmiş olacaktır. Böylece, avukatın delil toplama yetkisiyle, hem taraflardan birinin veya ikisinin de hakimiyet alanlarında bulunmayan fakat varlığı bilinen deliller erkenden ortaya çıkartılabilecek, hem de toplanmasına karar verilen ispat araçları daha kısa sürede yargılamaya getirtilebilecektir. Bu açıdan, hukukumuzda avukatın delil toplama yetkisi, taraflarla hakimin delillere tam ve zamanında erişimini sağlamak üzere, mahkeme yönetim ve denetiminde avukatların "*çabası*"ndan yararlanılmasını ifade etmektedir.

Kanımızca, iddia veya savunmanın baştan yeterince temellendirilmiş şekilde formülasyonunu engelleyen ve delil gösterme veya ispat külfetleri zafiyetiyle bazı haklı davaların ikamesini zorlaştıran -hatta caydıran- taraflar arasında bilgi eşitsizliği bulunan yeni uyuşmazlık alanlarının ortaya çıkması ve yine yargılamada kamusal zaman ve masraf kaynaklarının verimli kullanımı teşvik etme zorunluluğu yönündeki gelişmeler karşısında, avukatın delil toplama yetkisi hukuk sistemimizde de kurumsallaşma potansiyeline sahiptir.

KAYNAKLAR[101]

Alangoya, Yavuz, Medeni usul Hukukunda Vakıalar ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İÜ Yayını, İstanbul 1979.

Başözen, Ahmet, "*Noter Tespitlerinin Delil Değeri*", E-Akademi, Temmuz 2007.

Becker-Eberhart, E., "*Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin esasları ve Sınırları*"(Çev.M.K.Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku,(Ed.M.K.Yıldırım), Alkım Yayınevi, 5. Baskı, ss.16-37.

Budak, A.Cem, "*Avukatlık Kanunu'nun 2.Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi*", YÜHFD,Y.2004, C.1, S.1, ss.363-373.

Chase, Oscar G. /Hershkoff, H. : Civil Litigation in Comparative Context, Thomson&West, USA 2007.

Chase Oscar.G. / Walker, Janet, "*Common Law, Civil Law and the Future of Categories:An Introduction*", NYU School of Law Public Law&Legal Theory Research Paper Series Working Paper, No.10-40, July 2010, ss.19/19(http://www.ssrn.com/abstract=1641221).

Çelikoğlu, C.T, Avukatın Delil Toplaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

Ertanhan, Mesut: Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Gidi A. / Hazard, C.G./Taruffo, M. / Stürner, R., "Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", International Law and Politics(2001), ss.769-784.

Hazard, G.C., "Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions" , Notre Dame Law Rev.(1997-1998), Vol.73:4, ss.1017-1028.

Huang, K-C, Introducing Discovery Into Civil Law, Carolina Academic Press, North Carolina 2003.

Karayalçın, Yaşar, "*Affidavit ve Türk Hukuku*", Batıder, Y.1986, C.XIII, S.3-4, ss.47-56.

[101] Ayrıntılı bilgi için önerilen kaynaklar ve yazarların künyesi metin içinde belirtilmiş olup Kaynakça'da ayrıca belirtilmemiştir.

Murray P.L./Stürner, R., German Civil Justice, Carolina Acedemic Press, USA 2004.

O'hare J./ Browne, K., Civil Litigation, 14th Edition, Sweet&Maxwell, London 2009.

Schilken, E., "*Medeni yargılamada Hakimin Rolü*" (Çev. N. Deren-Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama(Ed.M.K.Yıldırım), ss.38-58.

Taniguchi Y./ Reıch P.C. / Miyake, H., Civil Procedure in Japan, Second Edition, Juris Publishing, USA 2009.

Tanrıver, S. : "*Noterlik kurumuna Yeni Bir Vizyon Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler*", S.Üstündağ Armağanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, ss.465-483.

Trocker N. /Varano, V. , "*Concluding Remarks*", The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed. N.Trocker/V.Varano), Torino 2005, ss.243-267.

Uzelac, Alan "*Reforming Mediterranean Civil Procedure: Is There a Need for Shock Therapy*", Civil Justice Between Efficiency and Quality from Jus Commune to the CEPEJ(Ed. V.Rhee/A.Uzelac), Intersentia Publishing, Antwerpen 2008.

KURUMSAL KAYNAKLAR

Unıdroıt, Ali/Unidroit, Draft Principles of Transnational Civil Procedure with Comments, Draft Rules of Transnational Civil Procedure with Comments(www.unidroit.org/2004/study76/s-76-11-e.pdf).

TC. Adalet Bakanlığı : Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı, Ankara 2010.

Türkiye Barolar Birliği(TBB): 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Değişiklik Önerisi Çalışma

Metni, Mart 2012, TBB(http//:www.barobirlik.org.tr).

DENETİMLİ SERBESTLİĞİN TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNDEKİ TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ*

HISTORICAL DEVELOPMENT OF PROBATION IN THE TURKISH CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Hakan A. YAVUZ**

Özet: Bu çalışmada, 19. yüzyılda hürriyeti bağlayıcı cezaların olumsuz etkilerinin görülmesinin ardından gelişen; suçluların rehabilitasyonu, iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması şeklindeki cezanın çağdaş amaçlarını gerçekleştirmenin bir aracı olarak ortaya çıkan denetimli serbestlik kurumunun Türk ceza adalet sistemindeki tarihsel gelişim süreci anlatılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Denetimli Serbestlik, Ceza Adalet Sistemi, Ceza Yaptırımı, Ceza İnfaz Hukuku

Abstract: In this study, historical development in the Turkish Criminal Justice System of institution of probation which arised as a mean of carrying out the contemporary aims of the punishment such as rehabilitation, recovery and reintegration in to the society of the convicts and developed after the observation the negative effects of the punishments deprivating the liberty in the 19th century is discussed.

Key Words: Probation, Criminal Justice System, Criminal Sanction, Criminal Enforcement Law

Giriş

Modern anlamda denetimli serbestliğin Türk ceza adalet sistemine dahil edilmesi çok yakın bir tarihe, 2005 yılına rastlamaktadır. Ancak tarihsel süreç içerisinde denetimli serbestliğe benzer düzenlemeler ve uygulamalar, bu isimle anılmamakla birlikte sistem içerisinde yer bulmuştur. Bu çalışmada Osmanlı Devleti döneminden başlayarak,

* Bu çalışma büyük ölçüde yazarın *"Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik"* isimli yayınlanmamış doktora tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

** Dr., Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi

765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve 765 sayılı TCK'nın yürürlükte bulunduğu süre içerisinde hazırlanan 1987, 1989, 1997, 2000 ve 2003 tarihli TCK tasarılarında denetimli serbestlik ve benzeri kurumların ne şekilde düzenlendiği ve 2005 yılında yapılan düzenlemelere kadarki sürecin nasıl geliştiği hususunda bilgi verilecektir.

I. Osmanlı Devleti Döneminde

A. Genel Olarak

Denetimli serbestliğin Türk hukuk tarihindeki gelişimine bakıldığında, kökenlerinin Tanzimat dönemi ceza kanunnamelerine kadar dayandığı görülmektedir. Bununla birlikte bu kanunnamelerde geçen düzenlemelerden bahsetmeden önce, Osmanlı Devleti döneminde yaygın olarak uygulandığı bilinen "*şahsa kefalet*" müessesesine değinmekte fayda görüyoruz.

B. Şahsa Kefalet Müessesesi

Denetimli serbestliğin Anglo-Sakson hukukundaki kökenlerinde önemli bir aşama olarak kabul edilen[1] "*kefalet(bail)*" isimli müessesenin bir benzerinin Cumhuriyet dönemine kadar Osmanlı Devleti'nde de uygulandığı bilinmektedir. Esasen bir İslam Hukuku müessesesi olan şahsa kefalet, şüphelinin veya sanığın mahkemeye veya önceden tayin edilmiş belirli bir yere getirileceğine kefil olmayı ifade eder.[2] Şahsa kefalet günümüzde ceza muhakemesi hukukunda bir koruma tedbiri olan ve tutuklamaya alternatif olarak uygulanan, teminatla-güven-

---

1 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Hakan A. Yavuz, *Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 15.

2 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Abdullah Karaman, "*İslam Hukukunda Şahsa(Nefse) Kefâlet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku'ndaki Teminatla Salıverme Müessesesi İle Mukayesesi*", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cumhuriyet Üniversitesi Yayınları, C. II, Sayı 1, 1998, (Erişim) http://eskiweb.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/234.pdf, 11.01.2011, s. 2vd.*; Osman Uysal, "*XIX. Yüzyılda Osmanlı'da İç güvenlik ve Asayişin Temini Açısından Kefalet Sistemi*", Balıkesir Ünv. F.E.F. Karesi Tarih Kulübü Bülteni, 2007/1, (Erişim) http://karesitarih.balikesir.edu.tr/1_XIX_yuzyil_kefalet.pdf, 11.01.2011, s. 4vd.

ceyle salıverme[3] müessesesine benzemektedir. Şahsa kefalet, *"belli bir adamın şahsını teslime kefilim"*(Mecelle m. 613) şeklinde bir ifadenin kullanılmasıyla yapılabileceği gibi, bir kimsenin onsuz düşünülemeyeceği bir parçasını veya organını irade beyanında zikretmekle(*"…isimli şahsı ihzarı taahhüt ediyorum, falanın yarısını, başını, yüzünü, kalbini, nefsini... ihzara kefilim..."* demek gibi)de meydana gelebilirdi. İfadelerden de anlaşıldığı üzere bu konuda önemli olan, örfte bedeni veya bedeni teslimi taahhüdü ifade eden ve insanların intibak edebileceği sözlerin kullanılmasıdır.[4] İslam hukukçuları had ve kısas gibi cezaların bizzat kendisine kefaleti caiz görmezken, bunların malî bedellerine ve bunların uygulanacağı şahsın mahkemeye ihzarına kefaleti caiz görmekte idiler.[5] Şahsa kefalette kefil, öncelikle şüpheli veya sanığı mahkemeye teslimden sorumluydu. Eğer kefil bu sorumluluğu yerine getirmez ve kusurlu bulunursa hapsedilebilmekteydi.[6] Şahsa kefalet, halen yürürlükte bulunan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen ve bir adli kontrol seçeneği olan güvenceyle salıvermeye benzemekle birlikte, burada mali değil şahsi bir kefalet söz konusu olduğu için CMK'dakinden tamamen farklı bir müessesedir. Ancak şahsa kefalette bir kimseye, şüpheli veya sanığın belirtilen zamanda mahkemede hazır bulundurulması konusunda bir yükümlülük yüklediği ve bu yükümlülüğün zorunlu olarak denetim ve gözetimi içerdiği dikkate alındığında denetimli serbestlik uygulamalarına benzerlik gösterdiği söylenebilir. Ancak şahsa kefalet, resmi bir denetim görevlisi tarafından yürütülen bir denetim faaliyetini içermemesi nedeniyle modern denetimli serbestlik örneklerinden ayrılmaktadır.

C. Tanzimat Dönemi Kanunnameleri'nde

Tanzimat dönemi 1256, 1267 ve 1274 tarihli ceza kanunnamelerinde bugünkü denetimli serbestlik uygulamalarına benzeyen üç ayrı yaptırım bulunduğu görülmektedir. Bunlar nefy cezası, zaptiye nezareti altında bulundurulmak cezası ve kalebentlik cezasıdır.

---

3 2005 yılından önce yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'un 117. maddesinde bu müessese *"teminat"* kelimesi yerine *"kefalet"* kelimesiyle ifade edilmiştir.

4 Karaman, a.g.m., s. 7.

5 Karaman, a.g.m., s. 10.

6 Uysal, a.g.m., s. 4.

Nefy Cezası: Her üç ceza kanunnamesinde de bulunan ve sürgün etme, dışlama, başka bir yerde ikamete mecbur etme anlamına gelen[7] "*nefy*" kelimesiyle ifade edilen bu cezada mahkûmun devlet tarafından tayin edilen bir yere gönderilerek burada ikamet etmesi ve başka bir yere gidememesi öngörülürdü. Söz konusu sürgün yerleri mutlaka devletin sınırları içerisinde olmalıydı. Bu ceza, üç aydan üç yıla kadar süreli olarak verilebileceği gibi, müebbet olarak da öngörülebilmekteydi. Bu cezaya mahkum olanlar kısıtlama altına alınmazlar ve mallarını istedikleri gibi kullanıp tasarruf edebilirlerdi. Nefy cezası ile mahkum edilenler gönderildikleri yerden başka bir yere gidemezler, ancak şahsi hürriyetlerine hiçbir kısıtlama getirilemezdi. İstedikleri işte çalışabilir, aileleriyle birlikte orada yaşayan herkes gibi özgür bir biçimde yaşayabilirlerdi. Ancak söz konusu yerden ayrıldıklarında hapisle cezalandırılırlardı. Nefy ile cezalandırılan suçlular bu esaslar dışında herhangi bir denetime veya yükümlülüğe tabi kılınmazlardı.[8]

Zaptiye Nezareti Altında Bulundurulmak Cezası: 1274 tarihli kanunnamede düzenlenen, fer'i veya mütemmim olarak hükmedilebilen bir cezadır. Tek başına, işlenmiş olan bir suçun asıl müeyyidesi olabileceği gibi, devletin dahilen ve haricen asayişini ihlal edecek nitelikte cünha ve cinayet işlemiş olanlar hakkında, asıl cezanın infazının ardından ömür boyu bu cezaya da hükmedilebilirdi. Cezanın amacı şahısların tekrar suç işlemelerini önlemekti. Bu cezaya çarptırılan şahıs devletçe ikametten men olduğu yerlerde kalamazdı. Ancak yasak olmayan yerlere gidip yerleşebilir ve bu işlemi yaparken, tezkerede belirlenen güzergahı takip etmek, vardığında yerel zabıtaya tezkeresini sunmak gibi bazı yükümlülüklere tabi olurdu. Mahkum, şayet bu şartlara uymazsa bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılırdı.[9]

---

7 D. Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük,* İstanbul 2001, s. 99; ayrıca bkz: Etimolojik Sözlük, (Erişim) http://www.nisanyansozluk.com/search.asp?w=nefy , 19.09.2009.

8 Ahmet Gökcen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri,* Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, s. 66; Konuyla ilgili ayrıca bkz: Osman Köksal, "*Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hattı-ı Hümayunları*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Erişim) http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/26/199.pdf, 03.11.2009, s. 283vd.

9 Gökcen, a.g.e., s. 15.

Kalebentlik Cezası: Bu ceza yalnızca 1274 tarihli kanunnamede mevcuttur. Kalebentlik, devletçe tayin olunan kalelerin birinde hapis olarak kalmak anlamına gelmektedir. Süreli olduğunda üç yıldan beş yıla kadar, müebbet olduğunda ise ölünceye kadar sürmekteydi. Kalebentlik cezasını gerektiren bir suça hükmedildiğinde hüküm temyiz mahkemesince tasdik olunduktan sonra hükümlü, devletçe tayin olunan yerlere gönderilirdi. Bu yerler etrafı kale surlarıyla çevrilmiş emniyetli yerlerdi. Kalebentlik cezasının nerelerde çekileceği kanunlarla belirlenmişti. Devlete fazla masraf olmaması için ceza en yakın yerde infaz edilirdi. Kaleden dışarı firar etmemek kaydıyla bu cezaya çarptırılan kimse, kale içerisinde özgür bir kimsenin sahip olduğu hakların hemen hemen tamamına sahipti. Ancak asayişin sağlanması yahut firarın önlenmesi için kale içinde ve çevresinde bulunan memurlar gerekli tedbirleri alabiliriler, bu doğrultuda mahkumun bazı kimselerle görüşmesini engelleyebilirlerdi.[10]

Yukarıda bahsi geçen her üç ceza türünde de modern denetimli serbestlik uygulamalarında görülen, hapsetmek yerine özgür bırakma, belirli bir yere gitme veya gitmeme, devlet tarafından kontrol altında tutulma gibi özellikler bulunmakla birlikte, denetimli serbestliğin esası olan, bir denetim görevlisi tarafından denetlenme ve bu kapsamda belirli yükümlülükleri yerine getirme gibi özellikleri bulunmamaktadır.

Osmanlı Devletinde birçok vakıf veya hayır kurumunun, mahkûmlara, mahkum ailelerine ve özellikle borç nedeniyle acze düşerek hapsedilmiş kişilere gerek cezanın infazı sürecinde, gerekse tahliye sonrasında ya da cezanın ertelenmesi hâlinde çeşitli sosyal ve ekonomik yardımlarda bulunduğu bilinmektedir.[11]

II. Cumhuriyet Döneminde(1926-2005 yılları arası)

A. Genel Olarak

Osmanlı ceza kanunnamelerinde olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na kadar 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ve 2253 sayılı sayılı Çocuk Mahkemeleri-

10 Gökcen, a.g.e., s. 55.

11 Necati Nursal, *Adalet Bakanlığınca Gerçekleştirilen Denetimli Serbestlik Konulu Seminerde Sunulan Tebliğ*, Gayri Resmi Metin, Aralık 2005, s. 6.

nin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da tam anlamıyla denetimli serbestlik olarak nitelendirilebilecek bir düzenleme bulunmamakla birlikte benzer özelliklere sahip düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.[12] Burada, bu üç kanunla birlikte 2005 yılında 5237 sayılı TCK ve ilgili kanunların yürürlüğe girmesi öncesinde hazırlanan TCK tasarıları da incelenecektir.

B. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda

765 sayılı Türk Ceza Kanunu, bilindiği üzere 1926 yılında yürürlüğe girmiş ve 2005 yılına kadar yürürlükte kalıp uygulanmıştır. Bu kanundaki modern denetimli serbestlikle ilgisi olan düzenlemelere geçmeden önce, söz konusu kanunun yürürlükte olduğu dönemde benimsenen yaptırım sistemin esaslarına değinmekte fayda bulunmaktadır.

765 sayılı kanunda cürüm veya kabahat niteliğindeki suçlar bakımından kanunun 11. maddesi uyarınca yaptırım biçimi olarak sadece *"ceza"*lar öngörülmüştü. Bu cezalar cürümler bakımından: idam, ağır hapis, hapis, sürgün, ağır cezayı nakdi ve hidematı ammeden memnuniyet iken; kabahatler bakımından: hafif hapis, hafif cezayı nakdi ve muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası olarak düzenlenmişti. Kanunun yürürlükte bulunduğu süreçte idam ve sürgün cezaları yürürlükten kaldırılmış idi. 765 sayılı Kanun'daki yaptırım sisteminde,

---

12 Bu dönemde denetimli serbestlik ceza adalet sisteminin içinde yer almamış ancak çeşitli zamanlarda yapılan ulusal çaptaki toplantılarda önerilmiştir. İlki 1959 yılında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Kızılay, Çocuk Esirgeme Kurumu ve ilgili kişilerin katılımı ile yapılan *"Milli Sosyal Hizmetler Konferansı"*nın ikincisi, 1962 yılında Ankara'da yapılmıştır. II. Milli Sosyal Hizmetler Konferansı'nın konusu, *"çocuk hizmetleri, özellikle çalışmaya muhtaç çocuklarla yapılan yardım ve hizmetler"* olarak belirlenmiştir. Konferansın Çalışma Komitelerinden biri olan *"İntibaksız ve Suçlu Çocuklar Komitesi"*; Doç Dr. Feyyaz Gölcüklü (Başkan), Hasan Altürk ve Doç. Dr. Hasan Karan'dan oluşmaktadır. Komisyon tarafından yapılan çalışmaların ardından hazırlanan nihai rapor, ülkemizde çocuk suçluluğuyla ilgili durum, uygulamalar, sorunlar ve çözüm öneriyle ilgili halen güncelliğini koruyan unsurlar içermekte olup, ülkemizde *"probasyon sistemi"(*denetimli serbestlik)nin kurulmasını önermesi bakımından özellikle dikkate değerdir. 1962 yılında yapılan II. Milli Sosyal Hizmetler Konferansı *"İntibaksız ve Suçlu Çocuklar Komisyonu Nihai Raporu"*ndaki ifadeyle *"probasyon sistemi"*, ülkemizde denetimli serbestlik şubelerinin 2006 yılı başında faaliyete başladığı düşünülürse 44 yıllık bir gecikmeyle kurulmuştur. Bu toplantılarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Neşe Şahin, *"Ülkemizde Kırkdört Yıl Önce Yapılan Bir Konferansta Probasyon(Denetimli Serbestlik Sistemi) Tartışıldı"*, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığınca Yayınlanan E. Dergi, S. 4, Nisan 2008, s. 39-43

cezalar yanında, her ne kadar kanunda ceza veya fer'i ceza olarak tabir edilseler de, güvenlik(emniyet) tedbirlerine[13] de yer verilerek *"iki izli"*[14] bir yaptırım sistemi öngörülmüş idi. Bununla birlikte 1965 yılında 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile esasen bir ceza genel hukuku düzenlemesi niteliğinde olan ancak söz konusu İnfaz Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenen ve kanunun yürürlükte olduğu 2005 yılına kadar bir çok değişikliğe uğrayan düzenleme ile *"kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek cezalar ve tedbirler"* başlığı altındaki güvenlik tedbirleri ceza hukukumuza girmiş ve yaptırım sisteminin *"iki izli"* görünümü pekişmiş idi.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda modern anlamda denetimli serbestlik içeren uygulamalar ile benzerlik gösteren yaptırımlar: 1. Sür-

---

13 765 sayılı TCK'da mahiyet itibariyle güvenlik tedbiri niteliğinde olan ancak çoğu zaman *"ceza"* olarak isimlendirilen, bazıları süreç içerisinde yürürlükten kaldırılan güvenlik tedbirleri şunlardır: 1. Emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurma cezası-tedbiri(m. 28, 32, 101), 2. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri(m. 46), 3. Uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri(m.404), 4. Alkol bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri(m. 573) 5. Suçlu çocuklar hakkındaki güvenlik tedbirleri(m.53), 6. Dilenciler için *"boğaz tokluğuna çalışma(m. 544)"* tedbiri.

14 Özellikle Alman ceza hukukçularınca, yaptırım türlerinin sistem içerisindeki düzenlenme biçimlerine ilişkin olarak yapılan tartışmada kullanılan *"izlilik"* kavramı, yaptırım sistemlerinde ceza ve güvenlik tedbiri ayrımını açıklamak amacıyla kullanılmaktadır. Almanya'da Weimar Cumhuriyeti zamanında hazırlanmış bulunan tasarılara dayanılarak hazırlanan 1933 tarihli *"İtiyadî Suçlular Hakkındaki Kanun"*, ceza ile güvenlik tedbirleri arasında ayrım yapılmasının kabul edilmesiyle, iki yaptırımın birlikte uygulanması anlamına gelen *"iki izlilik"*(Almanca: *die Zweispurigkeit* – İngilizce: *two track system)* kavramını ortaya çıkartmıştır. Hans Jescheck, Ulrich Sieber, Alman Ceza Hukuku'na Giriş, İstanbul 2007, s. 4, 62. Yaptırım olarak sadece ceza veya sadece güvenlik tedbirlerine yer verilen sistemlere *"tek izlilik ilkesi"*; ceza ile birlikte güvenlik tedbirlerine de yer verilen sistemlere ise *"iki izlilik ilkesi"*nin hakim olduğu ifade edilmektedir. *"Tek izlilik"* sistemi ceza ve güvenlik tedbirlerinin birleştirilip, bunu tek bir yaptırım olarak kabul eden sistemdir. Tamamen kefaret düşüncesine dayalı ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinin, tamamen özel önleme amacına yönelmiş ceza hukukunda ise cezaların yeri yoktur. *"Tek izlilik"* ilkesi, özellikle toplumsal savunma görüşünün taraftarlarınca savunulmuş, ceza yerine güvenlik tedbirlerinin yaygınlaştırılarak, tek başına ve asıl yaptırım olarak hükmedilebilmesi önerilmiştir. *"İki izlilik"* ise aynı doğrultuda iki iz, yani farklı yollardan aynı sonuca ulaşmaya çalışan iki yaptırımın varlığı anlamına gelmektedir. *"İki izlilik"* ilkesi, kimi yazarlarca aynı hükümde hem güvenlik tedbirine hem de cezaya hükmedilebilmesi hali olarak da kabul edilmekte, kanunun her iki yaptırımı da içermesine karşın, bunların birlikte hükmedilmelerine imkan verilmemesi durumu ise *"kısmi tek izlilik ilkesi"* olarak kabul edilmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Ankara 1997, s. 140-167.

gün cezası, 2. Emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurma cezası ve tedbiri, 3. Uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri, 4. Alkol bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri, 5. Dilenciler için *"boğaz tokluğuna çalışma"* tedbiri, olarak sıralanabilir. Şimdi bunları kısaca inceleyeceğiz.

Sürgün cezası: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, Osmanlı Ceza Kanunnameleri'nde düzenlenen ve yukarıda anlatmaya çalıştığımız nefy cezasının bir biçimi olarak *"sürgün cezası"*nın düzenlendiğini görmekteyiz. Kanunun 11. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde cürümlere verilecek cezalar arasında bağımsız bir ceza biçimi olarak sürgün cezası da öngörülmekteydi. Sürgün cezası, nefy cezası gibi mahkemelerce verilen bir karar uyarınca sanığın belirlenen bir süre boyunca belirli bir yere gönderilerek orada yaşamaya mecbur edilmesi anlamına geliyordu. Sürgün cezası 1965 yılına kadar yürürlükte kaldıktan sonra aynı yıl yürürlüğe giren 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Sürgün cezası, yaptırım anlayışı bakımından denetimli serbestlik uygulamalarına benzemekle birlikte, gerçek anlamda bir görevlinin gözetimi veya denetimini içermediğinden modern denetimli serbestlik düzenlemesi niteliğinde değildir.

Emniyeti umumiyeye idaresinin nezareti altında bulundurma cezası ve tedbiri: 765 sayılı Kanun'da modern denetimli serbestlik uygulamalarına en çok benzeyen bu yaptım biçimi, her ne kadar kanunun cezalar başlığını taşıyan ikinci babında düzenlenmiş ve kanunun muhtelif maddelerinde *"ceza"* tabiriyle ifade edilmişse de özü itibariyle ceza niteliğinde olmayıp, güvenlik tedbiri niteliğinde olan bir kurum olarak kabul edilmekte idi.[15] Bu yaptırım, esas olarak *hapis cezasının infazından sonra* uygulanması öngörülen ancak müebbet veya on seneden fazla hapis cezalarının özel af ile ortadan kaldırıldığı veya azaltıldığı durumlarda bir anlamda *hapis cezasının yerine* olarak uygulanması öngörülen bir tedbir niteliğinde idi. Kanunun 28. maddesinde

---

15 Erem, mehaz İtalyan Ceza Kanunu'nda bu müessese için *"ceza"* tabirinin kullanılmadığını ancak kanunun tercümesi sırasında bu müessesenin mahiyeti iyi anlaşılamadığı için böyle bir karışıklık husule geldiğini, fakat uygulamada mahkemelerin bu tedbire ceza mahiyeti atfetmeyerek emniyet tedbiri olarak kabul edip doğru yolu bulduklarını ifade etmiştir. Faruk Erem, *"Türk Ceza Kanunu'nda Emniyet Tedbirleri"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 3, Yıl 1944, s. 365, (Erişim) http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler /38/218/1822.pdf, 15.06.2010.

feri ceza olarak öngörülen düzenlemede, hapis cezasına ek olarak verilen ve asıl cezası infaz edilen mahkumun bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak kaydıyla kolluk güçlerinin nezareti altında bulundurulması öngörülmüştü.[16] Yaptırım, Kanun'un 32 ve 101. maddelerinde ise bir *tedbir* olarak düzenlenmişti. 32. maddeye göre mahkumiyet kararında belirtilmiş olması aranmaksızın idama bedel 24 sene ağır hapis cezasına mahkumiyetin infazı sonrasında mahkumun on sene süreyle kolluğun nezareti altında bulundurulması gerekmekteydi. 101. maddeye göre ise müebbet veya on seneden fazla süreli ağır hapis cezaları özel af ile azaltıldığı veya ortadan kaldırıldığı takdirde buna dair olan kanun veya kararnamede, buna muhalif açıkça bir hüküm olmadıkça mahkum üç sene kolluğun nezareti altına alınırdı. Tedbir bazı durumlarda (örneğin cezayı azaltan sebeplerle ölüm cezası yerine 30 sene ağır hapse mahkumiyet durumunda olduğu gibi) *cezanın kanuni bir sonucu* şeklinde iken, bazı suçlar bakımından(cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak, hırsızlık, yağma gibi) *asıl cezaya mecburi olarak eklenen*, bazı suçlar(silahla veya birlikte tehdit gibi) bakımından ise *takdiri* olarak uygulanabilen karmaşık bir müessese şeklinde idi.[17] Kanunun 42. maddesine göre söz konusu tedbir, asıl cezanın infazından, kısmen veya tamamen affından itibaren başlar ve buna ilişkin ilam kolluğa tevdi edilerek kolluk tarafından yerine getirilirdi. 28. maddeye göre mahkum, asıl cezası infaz edildikten sonra on beş gün içinde hangi mahalde ikamet etmek istediğini yetkili kolluk makamına bildirmeğe mecburdu. Bununla birlikte mahkum, kendisine yapılan tenbih ve ihtarlara uymakla yükümlüydü.[18] Kolluk makamı, mahkumun nezarete

---

16 28. madde şu şekilde idi: *"Kanun hangi ahvalde mahkemece verilen cezaya feri olarak emniyeti umumiyeye idaresinin nezareti mahsusası altında bulundurulmak cezasını ilave etmek iktiza edeceğini tayin eder. Kanunda yazılı ahvalin maadasında bu nezaret bir seneden eksik ve üç seneden fazla olamaz. Nezaret altında bulunan mahkum 42 nci maddede tayin edilen günden itibaren on beş gün zarfında hangi mahalde ikamet etmek istediğini salahiyattar makama bildirmeğe mecburdur. Bundan başka kanuna tevfikan kendisine verilecek tenbih ve ihtarlar dairesinde hareketle mükelleftir. Aynı makam mahkumun nezarete tabi olduğu müddet zarfında muayyen bazı yerlerde ikametini men edebilir. Ağır hapis cezasına mahkumiyet halinde mahkeme mahkumun cezayı feri olarak bu nezaret altında bulunmasına karar verebilir. Bu halde mahkuma tahmil olunacak mecburiyetlerin müddet ve mahiyeti tahdiden tayin olunur."*

17 Erem, a.g.e., s. 367.

18 1926 tarihli ve 825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanunun 12. maddesine göre: "*Ceza Kanununun 28 ve 42. maddelerinde gösterilen emniyeti umumiye nezareti altında bulunmak cezası münasebetiyle mahkuma mahkemece tahmil ve ledelhace müddet ve keyfiyetçe refi ve tadil olunabilecek mecburiyetler: Mahku-*

tabi olduğu süre zarfında belirli bazı yerlerde ikametini de yasaklayabilmekteydi.[19] Söz konusu yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi başlı başına suç niteliğinde bir eylem olarak kabul edildiğinden, açılan kamu davası uyarınca mahkum, kanunun 307. maddesine göre bir aydan bir seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır, ayrıca daha önce öngörülen nezaret altında bulundurma haline son verilirdi.

Bu müessesenin uygulamada ceza infaz sisteminin ıslaha yönelik amaçlarına hizmet etmediği, aksine ceza infaz kurumunda uygulanan tretman sonucu topluma yeniden kazandırılan veya kazandırıldığı varsayılan hükümlünün daha sonra toplum içinde bir süre uzman görevliler olmayan polis tarafından gözetim altında tutulması ve aleni polis kontrolü altında damgalı olarak yaşamaya çalışması sonucunu doğurması nedeniyle suçluların topluma kazandırılması ilkesinden beklenen sonuçları olumsuz yönde etkilediği, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 173/son ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu'nun 39. maddelerinde olduğu gibi belli yerlerde ikamete mecburiyet nedeniyle damgalanan mahkumların o yerlerde iş bulamama, kiralık ev bulamama gibi son derece güç yaşama şartlarıyla karşılaşmalarına sebep olması gibi olumsuz yönleri nedeniyle uygulamada iyi sonuçlar vermediğine kanaat getirilmişti.[20] Bu nedenle 1987 yılına kadar yürürlükte

---

mun mahalli zabıtasınca gösterilecek mahallerde muayyen müddet zarfında ikamet edememesinden başka ikametgahını her tebdil ettikçe keyfiyeti mahalli zabıta idaresine bildirerek mezuniyet vesikası almak ve ikamet edeceği yere gidinceye kadar geçeceği yerleri azimetinden evvel zabıta idaresine tayin ve beyan etmek ve mahalli ikametine gider gitmez mahalli zabıtasında ispatı vücut eylemekten ibarettir."

19 Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım,* İstanbul 1953, s. 630; Ali Rıza Mengüç, *Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri,* İstanbul 1968, s. 197; NURSAL, Necati Nursal-Selcen Ataç, *Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi(Probation)*, Ankara 2006, s. 281.

20 Bkz. 3352 sayılı kanunun gerekçesi. Sosyal Demokrat Halkçı Parti grubu adına verilen, müesseseye ilişkin düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasına hususundaki kanun teklifine ilişkin gerekçede müessesenin *"probation"* sistemi olmaksızın uygulanmasının olumsuz sonuçlar yaratacağını belirten ve çalışmamız açısından önemli bulduğumuz ifadeleri şu şekildedir: *"Ülkemiz ceza sistemi içerisinde, bazen müstakil bir ceza olarak, bazen, aslî cezaya ek fer'i ceza olarak, bazen de, kanunî netice olarak uygulanmakta olan, emniyeti umumiye nezareti altında tutulmak(güvenlik gözetimi altında tutulmak) şeklindeki cezai tedbir, ülkemizdeki tatbikat açısından, sonuçlan itibariyle, tamamen olumsuz neticeler vermektedir. Zira, aslında, hükümlüyü ıslah ederek, topluma yeniden kazandırma gayesine yönelik olması gereken bu uygulama, ülkemizde, probation sistemi(eski hükümlülere iş temini, yavaş yavaş hayata alıştırılıp topluma yeniden kazandırılma v.s.) henüz tatbik edilmediğinden, tam aksine neticeler doğurmakta, âdeta, yeni suçlu yaratma mekanizması olarak çalışmaktadır. Çünkü, cezaevinden çıkan*

kalan müessese aynı yıl çıkartılan 3352 sayılı "*Emniyeti Umumiyeye İdaresinin Nezareti Altında Bulundurma Cezası ve Tedbirlerinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun*" ile yürürlükten kaldırılmıştır. Gerçekten de yaptırım sistemi bakımından denetimli serbestlik uygulamalarına benzemekle birlikte; denetim, gözetim ve yardım konusunda uzman görevliler eliyle değil kolluk güçleri eliyle yerine getirilmesi öngörülen, hürriyeti bağlayıcı cezaların alternatifi değil, adeta onun devamı niteliğinde olan bu kurumun, ceza ve tedbirlerin çağdaş amaçlarına hizmet etmediği açıktır.

Uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri: Uyuşturucu madde bağımlılarının bir hastanede veya sağlık kuruluşunda muhafaza ve tedavisini düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 404. maddesi, 1926'dan 1991'e kadar bir çok değişikliğe uğramıştır. Madenin ilk yürürlüğe girdiği halinde böyle bir düzenleme bulunmaz iken 1933 yılında yapılan değişiklik ile, bağımlılığın en az 6 ay süreyle bir hastanede tedavi ve tevkif edileceği esası ve 1942 yılında yapılan değişiklik ile tedbire süresiz olarak hükmedilebileceği esası getirilmiştir. 1991 yılında yapılan değişiklik ile uyuşturucu madde kullanan kimse hakkında herhangi bir tahkikata girişilmeden evvel resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi halinde kullanma fiilinden dolayı kovuşturma yapılmayacağı kabul edilmiştir. Bu tedbir hakkındaki

---

bir kimse, şayet ekonomik olanağı yoksa, boş gezecektir, mesleğini yürütme imkânı yoktur, para kazanamadığı için, ailesi para yollayacaktır, kendisi de, sadece her gün karakola gidip imza verecektir. Bu imza işleminden dolayı da bulunduğu yerde, damgalı muamelesi görecek, kiralık ev bulamayacak, büyük bir ihtimalle konuşacak kimse de bulamayacak, âdeta cemiyetten tecrit edilmiş olacaktır. Bugünkü tatbikat böyle. Bu şartlar altındaki bir kimseyi âdeta zorla suça teşvik etmiş olmuyor muyuz? Zaten, cezaevinden ıslah olarak çıkmamış olan bir kimse, bu uygulama sonucunda, halen bünyesinde bulundurduğu kötülükleri, ikamete mecbur olduğu yere de taşıyacak ve oradaki bazı kişilere de aşılayacaktır. Şayet, cezaevinde ıslah olmuşsa, artık bu mecburî ikamet şeklindeki uygulamaya ne lüzum var? Ayrıca, bu hükümlerin yürürlükten kaldırılması, şu anda bu ceza ve tedbirin, meşruten tahliyeden önce veya sonra uygulanması gerektiği şeklindeki hukukî tartışmayı da kökünden halledeceği muhakkaktır. Bu müessesenin yarattığı sakıncaları gidermek üzere ülkemizde de, bazı Avrupa ülkelerinde ve Amerika'da uygulanan "Probation" sistemine benzer, bir sistemin uygulanması için, geçen yıl tarafımızdan verilen bir kanun teklifi henüz komisyonlarda beklemektedir. Yeni hazırlanan ceza kanunu taslağının ise Meclis gündemine gelmesi uzun bir zaman alacaktır. Yukarıda arz ve izah ettiğimiz nedenlerle, hiçbir yararı bulunmayan, hatta yeni sorunlar yarattığı için zararlı olan bu uygulamaya bir an önce son verilmesi gerekmektedir. Bu düşüncelerle bu teklif hazırlanmıştır." Bkz: Kanuna ilişkin Adalet Komisyonu Raporu: TBMM Dönem 17, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı 542.

düzenlemeye bakıldığında, bütün modern denetimli serbestlik uygulamalarında görülen, uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki tedavi esaslı denetimli serbestliğe benzer bir düzenleme olduğunu görmekle birlikte, bu işlemlerin uzman bir denetimli serbestlik görevlisi nezaretinde, belirli aralıklarla test ve kontrollerin yapıldığı, psikolojik yardımla desteklenen "*serbestlik içerisinde bir denetim*" den ziyade, klasik tedavi usullerine uygun olarak sağlık kuruluşlarında yerine getirilmesi öngörülen bir tedbir olduğunu görmekteyiz.

Alkol bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri: 765 sayılı TCK'nın 573. maddesine göre, 572. maddeye göre alkol bağımlıları hakkında verilen hafif hapis cezasının yanında, bağımlılıktan kurtulana kadar bir hastanede kişinin tedavi altına alınması öngörülmüş idi. Bağımsız bir tedbir niteliğinde olan bu düzenleme de uyuşturucu bağımlılığına ilişkin yukarıda açıkladığımız tedbir gibi klasik tedavi usullerine uygun olarak sağlık kuruluşlarında yerine getirilmesi öngörülen bir tedbir niteliğinde olduğu için modern denetimli serbestlik uygulamalarına benzememektedir.

Dilenciler için "boğaz tokluğuna çalışma" tedbiri: 765 sayılı TCK'nın ilk halinde 544. maddede düzenlenen kabahat niteliğindeki "*dilencilik*" fiilinin karşılığı olarak, kişinin 1 haftadan 1 aya kadar özel idare ve belediye işlerinde, boğaz tokluğuna(yani ücretsiz olarak) çalıştırılması, tekerrür halinde ise bu sürenin 15 günden 2 aya kadar uygulanması öngörülmüş idi.[21] Bu yaptırım, 1953 yılında yapılan değişiklik ile 1 haftadan 1 aya kadar hafif hapis cezasına dönüştürülmüştür. Doktrinde bir tür güvenlik tedbiri olarak nitelendirilen[22] bu yaptırım biçimi, aslında günümüzde çok yaygın olarak uygulanmakta olan ve denetimli serbestlik içeren bir yaptırım olarak kabul edilen "*kamu yararına ücretsiz çalıştırma*" yaptırımına çok benzeyen bir yaptırımdır. Hatta hapis cezasının veya para cezasının yerine değil, bağımsız bir yaptırım olarak doğrudan hükmedilebilen bir yaptırım türü olarak düzenlenmesi nedeniyle de günümüzdeki yeni tür yaptırım biçimlerine çok benzemektedir. Ancak yaptırımın uzman bir görevli denetiminde, belirli şartlar altında yerine getirilmesi ve buna uygun olarak yerine

---

21 Maddenin orijinal metni şu şekildedir: "*Her kim iş işlemeye salih olduğu halde dilencilik ederken tutulursa bir haftadan bir aya kadar idare-i hususiye ve belediye işlerinde boğaz tokluğuna çalıştırılır. Tekerrürü halinde çalışma müddeti on beş günden iki aya kadardır.*"

22 Bkz: Erem, a.g.e., s. 377.

getirilmediği takdirde sonucunun ne olacağı hususunda bir düzenleme yapılmadığı için tam anlamıyla modern bir denetimli serbestlik düzenlemesi olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

C. 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da

Yukarıda da değinildiği gibi 765 sayılı TCK'da öngörülen yaptırım sisteminde cezalar dışındaki güvenlik tedbirlerine, "*ceza*" veya "*tedbir*" adı altında çok sınırlı olarak yer verilmiş, kısa süreli hapis cezalarına alternatif olarak hükmedilebilecek yaptırımlara yer verilmemişti. Özellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların, suçluların ıslahına yönelik olumlu katkıları bulunmadığı ve cezaevi nüfusundaki yoğunluğu olumsuz yönde etkiledikleri gerekçesiyle 1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da yapılan bir düzenleme ile 4. madde kapsamında ağır hapis dışındaki kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların mahkemece bazı hapis dışı ceza veya tedbirlere[23] çevrilebilmesi öngörülmüş idi.[24] Madde, yürürlükte olduğu süre içerisinde farklı tarihlerde altı kez değişikliğe uğradıktan sonra 1988 yılında son halini almıştır. Düzenlemede her ne kadar "*ceza ve tedbir*" ifadesi kullanılmış ise de, para cezası dışında sayılanların güvenlik tedbiri niteliğindeki

---

[23] Kanunun metninin ilk halinde 4. maddenin başlığı *"kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek cezalar"* iken 03.05.1973 tarih ve 1712 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile madde başlığı *"kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek cezalar ve tedbirler"* olarak değiştirilmiştir.

[24] Maddenin gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: "Cezaların şahsileştirilmesi prensibinin yeni bir uygulama şekli olmak üzere, bu maddede sevk edilmiş olan hükümlerle; cezaların aynen tatbiki sonucu, ceza evlerinde hapsedilmek suretiyle hükümlülerin ıslahı yoluna gidilmesinden ibaret bulunan eski sistem terk edilerek, onun yerine kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarda suçluyu kendi denetim ve gözetimi altına koymak ve bu hususta hâkimin takdir yetkisini de genişleterek gerekli gördüğü takdirde, bu kabîl hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine, sözü geçen maddede sayılan tedbirlerden birinin uygulaması öngörülmüş, böylece Modern Ceza Hukukunun kabul eylediği ceza ve emniyet tedbirlerinin yekdiğerini tamamlayıcı bir tarzda ve bir birine paralel olarak uygulanması ile, ulaşılmak istenen gayenin daha kolay ve çabuk gerçekleşeceği ve hükümlülerin bir daha suç işlemekten kaçınan ve ıslah edilmiş iyi bir vatandaş olarak, tekrar toplum hayatına karışmalarının sağlanacağı mümkün görülmüştür. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine; mahkeme suçlunun kişiliğine, suçun istenmesindeki suret ve şekil özelliklerine, duruşmadan tahasaul edilen kanaate göre bu maddenin 1 nci bendinde yer alan para cezasının (tâyin olunan ölçüler içerisinde) veya diğer bendlerde gösterilen tedbirlerden birinin uygulanmasına karar verebilecektir." Bkz: TBMM, Dönem 1, Toplantı 4, Sıra Sayısı 982, Adalet Komisyonu Raporu, 18.05.1965, s. 5.

seçenek yaptırımlar olduğu açıktır. Gene düzenlemedeki tedbirler, her ne kadar infaz kanununda yapılmış ise de kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların *infazına yönelik/infazı yerine öngörülen* bir düzenleme olmayıp, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların *yerine* uygulanması öngörülen seçenek tedbirlerdir. Zira düzenleme, hapis cezasının infazına ilişkin, yani mahkemece suç niteliğindeki eyleme karşılık olarak verilen esas ceza olan hapis cezasının infazı aşamasında bir değerlendirmeye tabi tutularak, tedbir şeklinde infaz edilmesine yönelik bir düzenleme olmayıp, doğrudan yargılamayı yapan mahkeme tarafından değerlendirilip hükme bağlanan tedbirlerdir.[25]

Düzenlemeye göre: "*Ağır hapis hariç kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklerine göre mahkemece; 1. Kabahatlerde beher gün karşılığı birmilyon ila ikimilyon lira hafif, cürümlerde ikimilyon ila üçmilyon lira hesabıyla ağır para cezasına, 2. Aynen iade veya tazmine, 3. Altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmeye, 4. Bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men'e, 5. Her nev'i ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınmasına çevrilebilir….*"

Bu düzenlemede kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine öngörülen çok sınırlı sayıdaki bu seçenek yaptırımlar, denetimli serbestlik içeren uygulamalara benzemekle birlikte, hiç birisinde uzman bir denetim görevlisinin gözetimi öngörülmediğinden modern anlamda denetimli serbestlik düzenlemesi niteliğinde değildir. Zira kanunun yürürlükte olduğu dönem içerisinde de bu yaptırımların yerine getirilmesini denetleyecek bir teşkilatlanma bulunmaması nedeniyle pek fazla uygulanmadığı bilinmektedir.

---

[25] Maddenin ilk hali ile özellikle 1973 yılında yapılan değişiklik sonrasındaki hali arasında konumuzla ilgili olarak en dikkat çekici husus, maddenin ilk halinde 2. fıkra olarak düzenlenen "*çalıştırma*" tedbirinin, yapılan değişiklik ile maddeden çıkartılmasıdır. 2. fıkranın ilk hali şu şekilde idi: "*Altı ayı geçmemek üzere Devlet, belediye hizmetlerinde İktisadi Devlet Teşekküllerinde çalıştırmaya*". Buradaki çalıştırma yaptırımı günümüzdeki yaygın denetimli serbestlik uygulamalarından farklı olarak "*ücretsiz*" bir çalıştırma şeklinde olmayıp, ücrete tabi bir çalıştırmadır. Zira fıkranın gerekçesinde de suçlunun anılan müesseselerde "*cari ücret*" üzerinden çalıştırılacağı ifade edilmiştir. Bkz: TBMM, Dönem 1, Toplantı 4, Sıra Sayısı 982, Adalet Komisyonu Raporu, 18.05.1965, s. 6.

D. 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da

1979 tarih ve 2253 sayılı Kanun'un 10. maddesinde *"küçüklere uygulanacak tedbirler"* başlığı altında düzenlenen tedbirler, yaşları nedeniyle kendilerine hapis cezası uygulanamayan çocuklar hakkında uygulanabilen koruyucu ve destekleyici tedbirler mahiyetindedir, yaptırım niteliğinde değildir. Bu düzenlemeye göre çocuklar hakkında uygulanacak tedbirler şunlardır: *"1. Veliye, vasiye veya bakıp gözetmeyi üzerine alan akrabadan birine teslim, 2. Bakıp gözetmeyi üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirme, 3. Bu maksatla kurulmuş çocuk bakım ve yetiştirme yurtlarına veya benzeri resmi yahut özel kurumlara yerleştirme, 4. Genel ve katma bütçeli daireler, mahalli idareler, bankalar, İktisadi Devlet Teşekkülleri ve bunların ortaklıkları tarafından kurulmuş fabrika, müessese veya ziraat işletmeleri veya benzeri teşekküllerle işyerlerine yahut meslek sahibi bir usta yanına yerleştirme, 5. Resmi veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yahut eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirme"*. Gözetim başlığı altında düzenlenen 29. maddeye göre ise: *"İşlediği suçtan dolayı hakkında 10 uncu maddede yazılı tedbir uygulanmış veya hükmedilmiş cezası ertelenmiş olan küçüğün 3 yıla kadar gözetim altında bulundurulmasına karar verilebilir. Bu takdirde küçüğe, veliye, vasiye veya bakıp gözetmeyi üzerine alan kimseye gözetim tedbirinin gayesi ve gerektirdiği yükümlülükler haber verilir.Gözetim süresi kararda gösterilir. Şartlı erteleme halinde gözetim en az deneme devresi sonuna kadar devam eder."* Şartlı erteleme başlıklı 30. maddeye göre ise: *"Para cezasından başka bir ceza ile hükümlü olmayan ve 15 yaşını doldurmayan küçük, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezalardan biriyle mahkum olur ve geçmişteki haliyle ahlaki temayüllerine göre cezasının ertelenmesi ileride cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat getirilirse bu cezanın şartlı olarak ertelenmesine hükmolunabilir. Cezası bu suretle ertelenen küçük bir yıldan üç yıla kadar bir deneme devresine tabi tutulur. Mahkeme deneme devresi zarfında küçüğü, muayyen bir meslek veya sanat öğrenmek, belli bir yerde ikamet etmek alkollü içki kullanmamak veya bunlar gibi bazı şartlara uymaya mecbur edebilir. Küçük deneme devresi içerisinde, yapılan ikaz ve ihtarlara rağmen tabi tutulduğu eğitim ve ıslah şartlarını yerine getirmez veya başka kasti bir cürüm işlerse, mahkeme hükmolunan cezanın aynen çektirilmesine veya vahim görülmeyen hallerde deneme devresinin yarı nispetinde uzatılmasına karar verir."* Bu düzenlemelere göre ek bir tedbir niteliğinde olan iki tür

denetimin uygulanması öngörülmektedir. Bunlardan ilki ceza yerine tedbir niteliğinde olan denetim, diğeri ise hapis cezasının şartlı olarak ertelenmesi ile birlikte deneme süresi içerisinde öngörülen gene tedbir niteliğindeki, kanunun ifadesiyle *"gözetim"*dir.[26] Kanun'un 30. maddesinde ise denetim görevinin, Adalet Bakanlığı'nca çocuk mahkemelerine atanan sosyal hizmet uzmanı veya yardımcısı, pedagog, psikolog, psikiyatrlar tarafından yürütüleceği öngörülmüştür.

Kanunun 17. maddesinde düzenlenen *"gözetici veya bakıp gözetmeyi üzerine alan kimse"*, modern anlamda denetimli serbestlik görevlisi niteliğindedir. 29. maddede düzenlenen *"gözetim"* ise modern anlamıyla denetim ve koruma faaliyeti olup, 30. maddede düzenlenen *"sosyal araştırma"*, yürürlükteki düzenlemede öngörülen *"sosyal araştırma raporu"*na karşılık gelmektedir. Zira bu rapor, sadece çocuğun sosyal durumunu ve geçmişini araştırmakla kalmamakta, aynı zamanda ruhsal ve psikolojik durumu hakkında da bilgi vermektedir.[27]

2253 sayılı kanundaki düzenlemelere genel olarak bakıldığında, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinde 1900'lü yılların başlarında düzenlenip uygulamaya konulan bazı müesseselerin getirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak bu müesseselerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayabilecek bir teşkilatlanmaya gidilmemesi ve çocuklar hakkında öngörülen sınırlı sayıdaki tedbirlerin uygulamada beklenildiği şekilde sonuçlar doğurmaması nedeniyle, modern denetimli serbestlik örneklerine en çok benzeyen bu düzenlemelerin ceza adalet sistemine yeterince katkı sağlamadığı görülmüştür.

E. Türk Ceza Kanunu Tasarılarında

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu süre içerisinde hazırlanan 1987, 1989, 1997, 2000 ve 2003 tarihli TCK tasarılarında çeşitli şekillerde denetimli serbestlikten bahsedilmiş ve bu yönde düzenlemeler öngörülmüştür. 1997, 2000 ve 2003 tarihli tasarılar daha ziyade 1987 ve 1989 tarihli tasarıların geliştirilmiş halleri olan tasarılar olduğundan öncelikle bu iki tasarıyı ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

---

26 Selcen Ataç, *Probasyon Müessesesi*, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2004. s. 65; Handan Yokuş Sevük, *Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım*, İstanbul 1998, s.119.

27 Nursal-Ataç, a.g.e., s. 287.

1987 tarihli tasarı metninin *"cezanın ertelenmesi"* başlığı altında düzenlenen 80. maddesinde erteleme kararında öngörülen deneme süresi içinde uygun *"denetimli serbestlik tedbiri"*nin tatbikine mahkemece karar verilebileceği öngörülmüştür.[28] Madde gerekçeyle birlikte değerlendiğinde, tasarıda denetimli serbestliğin bir tür güvenlik tedbiri, ertelemeye eşlik eden bir kurum olarak öngörüldüğü görülmektedir. Gene tasarının *"güvenlik tedbirleri, nev'ileri"* başlıklı 93. maddesinde denetimli serbestlik, bir eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde ıslah edilme, belli yerlerde ikametin yasaklanması, içki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanma, sağlık kurumunda tedavi altına alınma gibi *"şahsi hürriyeti bağlayıcı"* güvenlik tedbirleri arasında sayılmıştır.[29] 96. maddede ise denetimli serbestlik tedbirinin süresinin üç aydan iki yıla kadar olabileceği öngörülmüştür. Tasarıya göre denetimli serbestliğin de aralarında bulunduğu güvenlik tedbirleri, kural olarak cezanın yerine veya cezaya seçenek olarak değil, cezanın infazından sonra uygulanabilecek tedbirler olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte 95. maddede bazı suçlar bakımından iki yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmiş suçlu hakkında bunun yerine belirli şartlar altında, bir eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde ıslah edilme ve denetimli serbestlik tedbiri altına alınmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. 1987 tarihli tasarıda her ne kadar, doğrudan denetimli serbestlik ifadesi kullanılarak düzenleme öngörülmüş ise de, bunun ne olduğu ve nasıl uygulanacağı konusunda bir düzenleme öngörül-

---

28 Tasarı için bkz: Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987. Maddenin gerekçesinde *"erteleme konusunda maddeyle getirilen bir yenilikte beşinci fıkrada cezası ertelenen mahkumun deneme süresince uygun denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına da karar verilebilmesidir. Böylece güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerekli bir hal de tesbit edilmiş bulunmaktadır"* ifadesi kullanılmıştır. Gerekçe için bkz: Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 1987; Ayrıca bkz: Coşkun Erbaş, *"Tarihi Gelişim İçinde Gözetimle Erteleme(Denetimli Serbestlik-Sursis Avec Mise A Lepreuve) ve Fransa'daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri III(Kısaltma: Erbaş(III))"*, Yargıtay Dergisi, C. 22, Ekim 1996, S. 4, s. 481vd.

29 Maddenin gerekçesinde denetimli serbestliğin tanımı yapılarak şu ifadeler kullanılmıştır. "denetimli serbestlik genel olarak özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşmanın yapılmasının veya cezanın hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasının veya serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yönetme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen tedbirdir. Ancak tasarı bu tedbiri suçtan dolayı asli cezalardan birisine mahkum edilmiş bulunan suçlunun, *cezasını çektikten sonra tabi tutulabileceği bir tedbir olarak kabul etmiş ve bir kısım batı kanunlarından böylece ayrılmıştır*". Tasarı metni ve gerekçesi için bkz: Erbaş(III), a.g.m., s. 483.

memiştir. Tasarıda modern denetimli serbestlik uygulamaları kapsamında değerlendirilebilecek olan bir başka düzenleme ise kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirlerin düzenlendiği 62. maddedir. Maddeye göre kısa süreli hapis cezalarının, bir yılı geçmemek kaydıyla bir ıslah kurumuna devam etmeye, bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatları icradan men'e, altı ayı geçmemek ve hükümlünün muvafakati olmak kaydıyla kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırma *tedbiri*ne çevrilebileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemelere bakıldığında tasarıda, 647 sayılı Kanun'da öngörülen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar ve tedbirlere ilişkin düzenlemenin büyük ölçüde tasarıya aktarıldığını ve bu tedbirlerin güvenlik tedbiri olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Gene tasarının kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların özel infaz şeklerinin öngörüldüğü 65. maddesindeki; evde, kısmen cezaevinde, kısmen dışarıda infazı öngören düzenleme ve şartla salıverilmeye ilişkin 66. maddedeki, deneme süresi içerisinde belli bir yerde ikamet yasağına tabi tutulmayı öngören düzenleme, modern denetimli serbestlik uygulamaları kapsamında mütalaa edilebilecek nitelikte düzenlemelerdir. Ancak tasarıda bu uygulamaların kurumsal alt yapısının nasıl olacağı ve özellikle *"denetimli serbestlik"* adı altındaki tedbirin tam olarak ne anlama geldiği, kim tarafından, nasıl uygulanacağı konusunda bir düzenleme bulunmadığını ve gerekçede bu hususların hazırlanacak tüzükle düzenleneceğinin belirtildiği görülmektedir.

1989 tarihli tasarı metninde öncekine nazaran daha ileri olarak değerlendirebileceğimiz düzenlemeler bulunmaktadır.[30] Tasarının *"cezanın ertelenmesi"* başlığı altında düzenlenen 79. maddesinde *"cezası ertelenen hükümlü hakkında bir yıl ile beş yıl arasında tespit edilecek bir denetim süresi belirlenir ve bu süre içerisinde hükümlü 93. maddenin A/2 bendine göre denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulur. Hakim, hükümlünün özelliklerine göre belirleyeceği bu sürenin tedbire tabi tutulmadan geçirilmesine de karar verebilir. Ceza denetimli serbestlik altında ertelendiğinden, denetim süresi içerisinde özellikle mesleki faaliyetler, ikamet yeri, tıbbi kontrol,*

30 Tasarı metni ve gerekçesi için bkz: Coşkun Erbaş, *"Tarihi Gelişim İçinde Gözetimle Erteleme(Denetimli Serbestlik-Sursis Avec Mise A Lepreuve) ve Fransa'daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri IV(Kısaltma: Erbaş(IV))"*, Yargıtay Dergisi, C. 22, Kasım-Aralık 1996, S. 5, s. 49vd.

alkollü içeceklerden uzak kalma bakımından hükümlüde uygun sosyal davranış biçimlerinin yerleşmesine çalışır. Hakim bu süre içerisinde hükümlüye, denetimli serbestlik tedbiri bakımından tüzüğünde gösterilen diğer bir kısım mecburiyetleri de yükleyebilir ve gerektiğinde bunları kaldırabilir veya değiştirebilir" şeklinde, ertelemeyle birlikte uygulanabilen güvenlik tedbiri niteliğinde bir denetimli serbestlik düzenlemesi öngörülmüştür.[31] Tasarının *"hükmün geri bırakılması"* başlığı altında düzenlenen 80. maddesinde ise *"sanığa isnat olunan suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda fiilin cezası, para cezası veya en çok bir yıla kadar hapis veya hafif hapis cezasından ibaret bulunduğunda hakim, bir yıl ile iki yıl arasında tespit edeceği bir denetim süresi içinde suçluyu denetimli serbestlik tedbirine tabi tutarak, hükmün tefhimi geri bırakabilir."*[32] ifadesi kullanılmış, burada da denetimli serbestlik ihtiyari bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Gene tasarının *"güvenlik tedbirleri, nev'ileri"* başlıklı 93. maddesinde denetimli serbestlik 1987 tarihli ön tasarıdaki şekliyle şahsi hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri arasında sayılmıştır. 96. maddede ise önceki tasarıda olduğu gibi denetimli serbestlik tedbirinin süresinin üç aydan iki yıla kadar olabileceği düzenlenmiştir. Ancak eklenen bir fıkra ile denetimli serbestliğin içeriğine ve uygulanma biçimine ilişkin olarak sınırlı bir açıklama getirilmiştir. Fıkraya göre: *"Denetimli serbestlik tedbirinin amacı, hükümlüyü yeniden suç işlemeye teşvik edici etki ve ilişkilerden uzaklaştırmak ve hükümlünün hayatta suç işlemeden yaşayabilmesi için ona sosyal ve gerektiğinde maddi yardımların sağlanmasıdır. Bu mak-*

---

31 Maddenin gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: *"Maddenin 9 unsu fıkrası denetimli serbestliğin esas amacının, hükümlüde uygun sosyal davranış biçimlerinin yerleştirilmesi olduğunu belirtmek ve bu maksatla mahkumun özellikle mesleki faaliyetleri, ikamet yeri, tıbbi kontrol, alkollü içkilerden uzak kalma gibi hususlarda etkin olmayı gerektireceğini açıklamaktadır. Hakim bu süre içerisinde hükümlüye tüzüğünde gösterilen bir takım mecburiyetler de yükleyebilecektir. Hakim bu yükümlere gerek kalmadığını tespit ettiğinde bunları kaldırabileceği gibi değiştirmek imkanına da sahip bulunmaktadır."* Bkz: Erbaş(IV), a.g.m., s. 49.

32 Maddenin gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: *"Hükmün geri bırakılması kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması "probation" esasına dayanır. Hakim sanığın suçluluk ve kusurluluğunu tespit etmekle beraber cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve onu belirli bir süre içerisinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tabi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu hakkında verilmiş bir yargı kararına muhatap olmamaktadır. Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından birisi olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlamasını gerçekleştirici bir uygulama niteliğindedir."* Bkz: Erbaş(IV), a.g.m., s. 51.

satla hükümlü bir denetim görevlisinin kanun ve nizamlara uygun gözetimi altında tedbir süresini geçirir ve bu surette toplum ile yeniden bütünleşmesine katkıda bulunur."[33] Bu ifadeler, her ne kadar bir kanun maddesinin fıkrası olarak düzenlenmiş ise de daha çok düzenlemenin gerekçesi olabilecek içeriğe sahiptir ve tedbirin ne olduğu ve nasıl uygulanacağı konusunda yeteri kadar aydınlatıcı mahiyette değildir. Bu düzenlemeler dışında 1987 tarihli tasarıdaki gibi kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler ve özel infaz şekilleri hakkında da düzenlemeler öngörülmüş, gene bazı suçlar bakımından iki yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmiş suçlu hakkında bunun yerine belirli şartlar altında, bir eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde ıslah edilme ve denetimli serbestlik tedbiri altına alınmasına karar verilebileceği düzenlenmiş, güvenlik tedbirlerinin infazında uygulanacak rejimin tüzükle düzenleneceği ifade edilmiştir.

1989 tarihli tasarının 102 ila 122. maddeleri arasında çocuklar ve küçükler bakımından ayrı bir yaptırım sistemi öngörülmüştür. 102. maddede çocuklar hakkında uygulanabilecek tedbirler ve cezalar: 1. Çocuğun koruma, tedavi ve eğitim noksanlığını giderici tedbirler (velayet ve vesayetle ilgili tedbirler, beden ve ruh sağlığı tedbirleri, denetimli eğitim tedbiri, yetişkinler için öngörülen uyuşturucu ve akıl hastalığının tedavisi için öngörülen güvenlik tedbirleri), 2. Disiplin tedbirleri(tekdir, yükümlülük yüklenmesi, kamuya yararlı bir işte çalıştırma), 3. Cezalar (para cezası, çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezası) şeklinde düzenlenmiş,[34] Tasarının "*çocuğun yükümlere tabi*

---

[33] Maddenin gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: "Maddenin 4. bendinde yer alan denetimli serbestlik tedbirinin süresi ve amacı belirlenmiştir. Esas amaç hükümlüyü yeniden suça teşvik edecek, suça doğru yönlendirecek etki ve ilişkilerden uzaklaştırmakla beraber ayrıca onun suç işlemeden yaşamasını kolaylaştırıcı yardımlarda bulunmaktır. Bu sebeple denetimli serbestliğin bir *eğitim tedbiri* niteliğini taşıması gereklidir. Maddenin açıkça belirttiği gibi suçluya hem sosyal ve hem de maddi yardım sağlanacaktır. Bütün hizmetlerde bir denetim görevlisi marifetiyle verilecektir. Suçlunun toplum ile bütünleştirilmesini sağlamak üzere bu görevli gereken her şeyi yapacaktır." Bkz: Erbaş(IV), a.g.m., s. 60.

[34] Koruyucu tedbirler arasında *"Ahlak ve beden bakımından tehlike içinde bulunduğu anlaşılan çocuğun eğitim yardımlarına ve denetimli eğitime tabi tutulması"* da sayılmıştır. Eğitici tedbirler başlığı altındaki 105. maddede *"Eğitim bakımından gerekli özenin gösterilmediğinin veya bu hususta uygun şartların mevcut bulunmadığının belirlendiği hallerde çocuğun kendi ailesi içinde veya başka bir aile nezdine verilerek veya bir eğitim veya iş kurumu veya yurdunda veya buralara yerleştirilerek eğitilmesine çocuk mahkemesince karar verilebilir. Gerektiğinde bu yardımlar denetimli olarak da uygulanabilir"* ifadesi kullanılmış, maddenin gerekçesinde söz konusu tedbirlerin *"suç sebebiy-*

tutulması" başlığıyla düzenlenen 107. maddesinde, mahkemece gösterilecek yerde ikamet etmek, belirli bir aile yanında, yuvada yada kurumda yaşamını sürdürmek, belirli bir çıraklık işini veya diğer bir uğraşı kabul etmek, belirli bir hizmeti yerine getirmek, belirli kimselerle görüşmekten ve belirli yerlere gitmekten kaçınmak, suçtan kaynaklanan zararı gidermek, kamu yararına çalışan bir kuruma yardımda bulunmak gibi yükümlülüklerin mahkemece öngörülebileceği belirtilmiştir. 108. maddede ise çocuklar için kamu yararına bir işte çalıştırma, hapis cezası yerine hükmedilebilen seçenek bir yaptırım olarak düzenlenmiştir. 112. maddede çocuklar için öncelikle yukarıda bahsi geçen yükümlülüklerin, kafi gelmediklerinin düşünülmesi durumunda ise çocuklara özgü hapis ve para cezasının uygulanması öngörülmüştür. Devam eden maddelerde benzer düzenlemeler *"küçükler"* bakımından da öngörülmüş, ayrıca yetişkinler için öngörülen *"hükmün geri bırakılması"*, erteleme ve şartla salıverilmeye ilişkin hususlar çocuklar ve küçükler bakımından da düzenlenmiştir. Tasarının çocuk ve küçükler hakkında müşterek hükümlerin düzenlendiği bölümünde bulunan *"denetim"* başlıklı 122. maddesinde, öngörülen denetimin içeriği ve uygulanma yöntemi hakkında esaslar belirlenmiştir. Buna göre: *"…denetimden maksat; çocuk veya küçüğün denetim süresince kendisine nasihat veya tavsiyelerde bulunacak, yardım edecek nitelikli bir denetim görevlisinin gözetim ve idaresine tevdi edilmesidir. Mahkemece bu görev söz konusu hizmeti meslek olarak icra eden kimselere verilir. Mahkeme, gerekli niteliklere sahip olduğunu tespit ettiği gönüllü kişiler de bu hizmetle görevlendirilebilir. Mahkeme üyelerinden birini denetim görevlisi ile temas hususunda görevlendirir. Denetim görevlisi, görevlendirilen mahkeme üyesi ile sürekli olarak temasta bulunur ve onunla mutabakat halinde çocuk veya küçüğün yüküm ve taahhütlerini doyurucu biçimde yerine getirmesi hususunda çaba gösterir. Görevli, bütün imkanları sonuna kadar kullanarak çocuk veya küçüğün kanuni mümessili ve eğitiminden sorumlu olan kişilerle uyuşma halinde, eğitimini destekler. Görevli, bütün kaynaklara başvurarak çocuk veya küçüğün hayat tarzı hakkında bilgi elde eder ve görevli mahkeme üyesince belirlenecek aralıklarla çocuk veya küçüğün gelişmeleri hakkında raporlar verir."*

---

le" değil *"suç vesilesiyle"* uygulanacağı özellikle vurgulanmış, tedbirin amacının bastırma(tenkil) değil, çocukta noksanı tespit edilen sorumluluk duygusunu güçlendirmek olduğu belirtilmiştir. Bkz: Erbaş(IV), a.g.m., s. 62-63.

Bir güvenlik tedbiri olarak denetimli serbestlik ve geniş anlamda denetimli serbestlik içeren yukarıdaki müesseseler 1989 tarihli tasarı esas alınarak hazırlanan ve konumuz bakımından çok farklı hükümler içermeyen 1997, 2000 ve 2003 tarihli tasarılarda da benzer şekilde yer almıştır. Ancak hükmün geri bırakılması müessesesi, bu ifadeyle 2000 ve 2003 tarihli tasarılarda yer almamış, bununla birlikte 1999 ve 2002 tarihli CMUK tasarılarında *"hükmün geri bırakılması ve denetimli serbestlik"* başlığı altında önceki tasarılardaki gerekçelerle birlikte düzenlenmiştir. 2003 tarihli tasarısının 66. maddesinde diğerlerinden farklı olarak hükümlülük süresi altı ayı geçmeyen kadınlar hakkında hükmedilen cezaların "*elektronik alet*"e bağlanması suretiyle oturduğu yerde infazına ilişkin bir düzenleme öngörülerek, bir modern denetimli serbestlik aracı olarak bilinen elektronik izleme(electronic monitoring) yöntemine çok sınırlı olarak da olsa yer verilmiştir.[35]

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız tasarılar genel olarak incelendiğinde, tasarıların tamamında cezalar ve güvenlik tedbirleri şeklinde iki izli bir yaptırım sisteminin esas alındığı görülmektedir. Denetimli serbestlik, her ne kadar bu tasarılarda kavram olarak asıl cezanın infazından sonra(kural olarak) uygulanabilen bir tür güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş ise de, kavramın çalışmamızda esas aldığımız geniş anlamı dikkate alındığında, tasarıların 765 sayılı TCK'dan farklı düzenlemeler içerdiğini görmek mümkündür. Ancak tasarılarda, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine benzeyen klasik ceza hukuku yaptırımlarının yanında toplum içinde infazı ve denetimi amaçlayan yeni yaptırımların ihdas edilmesine ve bu yaptırımların yerine getirilmesini sağlayacak kurumsal bir yapının oluşturulmasına yönelik düzenlemeler bulunmadığı görülmektedir.

F. 2005 Yılında Yürürlüğe Giren Temel Ceza Mevzuatında

2005 yılında, ceza adalet sisteminin esasını teşkil eden temel kanunlar olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGİK)'un yürürlüğe girmesi ile birlikte yeni bir döneme girilmiştir. Osmanlı Devleti döneminde ve 2005

35 Bkz: (Erişim) http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf, 02.02.2009.

yılına kadarki Cumhuriyet döneminde, denetimli serbestlikle benzerlik gösteren yukarıda ayrıntılarını açıkladığımız bir takım kurumlar bulunmakla birlikte, hiçbirisi modern anlamda denetimli serbestlik düzenlemesi niteliğinde değildi. Bu dönemde denetimli serbestlik, bir teşkilatlanma biçimi olarak ortaya çıkmadığından ve kanunlarda bunun yeterli kanuni zemini bulunmadığından, öngörülen benzer düzenlemeler de istenildiği ölçüde uygulanamamıştır. Ancak ceza infaz kurumlarında yaşanan aşırı kalabalıklaşma, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilenlerin sayısındaki fazlalık ve son yıllarda hafif suçlar işlemiş olan suçluların toplum içerisinde rehabilite edilmesinin tercih edilmesine yönelik anlayışın yaygınlaşması, hem suçlulara hem de suç mağdurlarına yardım anlayışının gelişmesi gibi nedenlerle denetimli serbestlik sisteminin kurulması bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu doğrultuda bir ceza adalet kurumu olarak denetimli serbestlik, uzun süren hazırlık çalışmalarından sonra, 2005 yılında yürürlüğe giren temel ceza mevzuatında toplum içinde infazı öngörülen yaptırım ve tedbirlerin yerine getirilmesi ile suç mağdurları ve faillere yardım edilmesi amacıyla 2005 yılında yapılan düzenlemeler sayesinde ceza adalet sistemi içerisindeki yerini almıştır.

2005 yılının Haziran ayında yürürlüğe giren TCK, CMK ve CGİK'da düzenlenen adlî kontrol, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, cezanın koşullara bağlı ve denetimli olarak ertelenmesi, büyüklere, çocuklara, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü güvenlik tedbirleri, koşullu salıverilme, koşullu salıverilenler ile mükerrirler ve özel tehlikeli hükümlüler hakkında denetimli serbestlik tedbiri, cezanın konutta infazına ilişkin düzenlemeler, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile birlikte öngörülen yükümlülükler nedeniyle, bunların etkin bir şekilde uygulanabilmesine ilişkin sistemin kurulması amacıyla denetimli serbestlik hizmetlerinin yapılandırılmasına ilişkin mevzuat çalışmaları yapılmış ve bu doğrultuda hazırlanan tasarı kanunlaşarak 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu adı altında 20 Temmuz 2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sonrasında sisteme ilişkin uygulama esaslarının belirlendiği Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği 20.12.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş, ancak süreç içerisinde, esas kanunlar-

da yapılan değişiklikler nedeniyle yönetmelik yeniden düzenlenerek 18 Nisan 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve ilk yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Sonuç

Günümüzde modern ve insancıl ceza siyasetinin vazgeçilmez bir sütunu konumunda olan denetimli serbestlik,[36] karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinden[37] neredeyse yüz elli yıl gecikmeyle de olsa bir kurum olarak Türk ceza adalet sistemindeki yerini alabilmiştir[38]. Biz bu çalışmada Osmanlı Devleti döneminden başlayıp 2005 yılına kadar devam eden süreçte denetimli serbestliğin mevzuat ve uygulamadaki izlerini sürmeye çalıştık. Görüldüğü üzere denetimli serbestliğe benzer müesseseler bu süreçte hayat bulmuş ancak karşılaştırmalı hukuktaki örneklerindeki gibi bir sistem olarak öngörülüp, düzenlenmediğinden ceza adalet sistemine katkıları sınırlı olmuştur.

KAYNAKLAR

Ataç, Selcen, Probasyon Müessesesi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2004.

Doğan, D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul 2001.

Erbaş, Coşkun, "*Tarihi Gelişim İçinde Gözetimle Erteleme(Denetimli Serbestlik-Sursis Avec Mise A Lepreuve) ve Fransa'daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri III(Kısaltma: Erbaş(III))*", Yargıtay Dergisi, C. 22, Ekim 1996, S. 4, s. 452vd.

Erbaş, Coşkun, "*Tarihi Gelişim İçinde Gözetimle Erteleme(Denetimli Ser-*

36 Heinz, Schöch, "*Denetimli Serbestlik Yardım ve İnsancıl Ceza Yargısı"*(Çeviren: Pınar Bacaksız), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5-Suç Politikası, Claus Roxin'e Armağan, Seçkin Y., Ankara 2005, s. 378.

37 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yavuz, a.g.e., s. 3- 148; Nursal-Ataç, a.g.e., s. 137-277.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yavuz, a.g.e., s. 3- 149-371; Nursal-Ataç, a.g.e., s. 277-445; Vehbi Kadri Kamer, *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı,* Ankara 2007, s. 27vd.

bestlik-Sursis Avec Mise A Lepreuve) ve Fransa'daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri IV(Kısaltma: Erbaş(IV))", Yargıtay Dergisi, C. 22, Kasım-Aralık 1996, S. 5, s. 46vd.

Erem, Faruk, "*Türk Ceza Kanunu'nda Emniyet Tedbirleri*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 3, Yıl 1944, s. 365, (Erişim) http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler /38/218/1822.pdf, 15.06.2010.

Etimolojik Sözlük, (Erişim) http://www.nisanyansozluk.com/search.asp?w =nefy, 19.09.2009.

Gökcen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989.

Jescheck, Hans – SIEBER, Ulrich, Alman Ceza Hukuku'na Giriş, İstanbul 2007.

Kamer, Vehbi Kadri, Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı, Ankara 2007.KARAMAN, Abdullah, "*İslam Hukukunda Şahsa (Nefse) Kefâlet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku'ndaki Teminatla Salıverme Müessesesi İle Mukayesesi*", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. II, Sayı 1, 1998, (Erişim) http://eskiweb.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/ 234.pdf, 11.01.2011, s. 2vd.

Köksal, Osman, "*Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hattı-ı Hümayunları*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Erişim) http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/26/199.pdf, 03.11.2009, s. 283vd.

Mengüç, Ali Rıza, Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri, İstanbul 1968.

Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997.

Nursal, Necati, Adalet Bakanlığınca Gerçekleştirilen Denetimli Serbestlik Konulu Seminerde Sunulan Tebliğ, Gayri Resmi Metin, Aralık 2005.

Nursal, Necati-Ataç, Selcen, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi(Probation), Ankara 2006.

Schöch, Heinz, "*Denetimli Serbestlik Yardım ve İnsancıl Ceza Yargısı*" (Çeviren: Pınar Bacaksız), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku

Serisi 5-Suç Politikası, Claus Roxin'e Armağan, Seçkin Y., Ankara 2005, s. 382vd.

Sevük, Handan Yokuş, Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım, İstanbul 1998.

Şahin, Neşe, "*Ülkemizde Kırkdört Yıl Önce Yapılan Bir Konferansta Probasyon(Denetimli Serbestlik Sistemi) Tartışıldı*", Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığınca Yayınlanan E. Dergi, S. 4, Nisan 2008, s. 39-43.

Taner, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953.

Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 1987.

Uysal, Osman, "*XIX. Yüzyılda Osmanlı'da İç güvenlik ve Asayişin Temini Açısından Kefalet Sistemi*", Balıkesir Ünv. F.E.F. Karesi Tarih Kulübü Bülteni, 2007/1, (Erişim) http://karesitarih.balikesir.edu.tr/1_XIX_yuzyil _kefalet.pdf, 11.01.2011, s. 4vd.

Yavuz, Hakan A., Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011.

MOTORLU ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

DISCHARGE OF RESPONSIBILITY OF MOTOR VEHICLE OPERATOR

Hüseyin ATEŞ*

Özet: Motorlu araç işletenin ve bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulması, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m.86 f.1'de düzenlenmiştir. Adı geçen hükme göre, işletenin, tehlike sorumluluğunu bertaraf edebilmesi için en başta kazanın meydana gelmesinde kendisine veya eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimselere yüklenebilecek bir kusurun bulunmadığını ve araçtaki bozukluğun kazanın oluşumunda rol oynanamadığını ön koşul olarak ispatlamalıdır. Aksi halde zarar görene karşı sorumluluğu devam edecektir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluktan kurtulma, olumsuz şartlar, mücbir sebep, beklenmeyen hal, araçtaki arıza, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru, sorumluluk, tazminat, işleten, trafik kazası.

Abstract: Discharge of responsibility of the motor vehicle operator and the owner of the enterprise to whom the operator is subjected to is regulated in the Highway Traffic Code, Number 2918. According to the mentioned provision, in order to exclude the risk liability the operator is obliged to prove as prerequisite at first that there isn't any negligence that could be encumbered to oneself or to the ones that the operator is held responsible for their acts in the occurence of accident and a failure in the vehicle haven't played any role in the accident. Otherwise the responsibilty for injured would continue.

Keywords: Discharge of responsibilty, negative conditions, force majeure, unexpected case, failure in the vehicle, gross fault of injured, gross fault of third party, responsibility, compensation, operator, traffic accident.

A.GİRİŞ

Motorlu araç işletenin ve bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulması, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m.86 f.1'de şu şekilde düzenlenmiştir, "İşleten veya araç işleticisinin bağlı

* Avukat, Antalya Barosu

olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir *sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur*."

İşleten, KTK m.86 f.1'e göre sadece işletilme halinde olan araçların meydana getirdiği zararlardan doğan sorumluluğunu üzerinden atabilir. İşleten, işletilme halinde olmayan araçların verdiği zararlara veya yardım faaliyetlerinden doğan zararlara ilişkin sorumluluğunu, Kanunun bu hükmüne dayanarak bertaraf edemez.[1]

İşletenin, işletilme halinde olan araçların meydana getirdiği kazadan doğan sorumluluğunu (KTK m.85 f.1-tehlike sorumluluğu) bertaraf edebilmesi için, en başta kazanın meydana gelmesinde kendisine veya eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimselere yüklenebilecek bir kusur bulunmamalı ve araçtaki bozukluk, kazanın oluşumunda rol oynanamamalıdır. Sorumluluktan sıyrılabilmesi için bu hususlar ön koşul olarak aranmaktadır. Ayrıca bu koşullarla beraber, zararla motorlu aracın işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağının, mücbir sebep veya zarar görenin (mağdurun) veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle kesildiğini ispatlaması gerekir. Yani işletenin sorumluluğunu omuzlarından atabilmesi için, sadece illiyet bağını kesen nedenlerden birinin varlığını ispatlaması yeterli değildir. Ayrıca, kusursuzluğunu ve araçtaki bozukluğun kazanın oluşumunda etkili olmadığını ispatlaması gerekir.

Burada, ispat yükü zarar görenin omuzlarına yüklenmemiştir. Kanunda, işletenin kusuru ile araçtaki bozukluk, karine olarak kabul edildiğinden; işleten, kusursuzluğunu ve kazanın araçtaki bozukluktan kaynaklanmadığını ispatlamakla yükümlüdür.[2] İşleten, bu karineyi çürütemezse, uygun illiyet bağını kesen nedenlerden birinin varlığını kanıtlamış olsa bile motorlu aracın işletilmesinden doğan zarar üzerine yıkılır.

---

1 Havutçu&Gökyayla, sh.131.
2 Eren, sh. 670; Bolatoğlu, sh.183; Yılmaz, sh.97; Tunç, sh.170.

B. SORUMLULUKTAN KURTULMANIN ÖN KOŞULLARI:

İşletenin KTK m.86 f.1 bağlamında sorumluluktan kurtulabilmesi için ön koşul olarak; ne kendisinin ne de eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimselerin kazanın meydana gelmesinde kusuru bulunmamalı ve araçtaki bozukluk, kazanın oluşumunda etkili olmamalıdır. Buna göre:

B.a. Kusursuzluk:

İşletenin sorumluluğunu üzerinden atabilmesi için zararın meydana gelmesinde ne kendisine ne de eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimselere yüklenebilecek bir kusur bulunmamalıdır. İşletenin, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimselerin kusurunun varlığı halinde, bu kusur, ek (munzam) kusur[3] sayılır ve KTK m.86 f.1 uyarınca kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan sıyrılmasının önüne geçer.

Burada geçen kusur kavramından trafik kurallarına uymamayı anlamak gerekir.[4] En basit kusur (trafik kuralına uyulmaması) dahi işletenin sorumluluktan sıyrılmasının önüne set çeker.[5] İşletenin KTK m.46 vd. yer alan hız, solama, takip mesafesi vs. ilişkin A'dan Z'ye bütün trafik kurallarına uyduğunu ispatlaması gerekmez. Zarar görenin iddiası, hangi trafik kuralının ihlaline ilişkinse; işletenin, iddia konusu kurala uyduğunu ispatlaması yeterli görülmelidir.[6] Kazanın meydana gelmesinde etkili olmayan trafik kuralının çiğnenmesi, işletenin sorumluluktan kurtulmasına engel değildir.

B.b. Araçtaki Bozukluğun Kazanın Meydana Gelmesinde Rolünün Olmaması:

İşletenin sorumluluktan sıyrılabilmesinin ön koşullarından diğeriyse araçtaki bozukluğun kazayı etkilememiş olmasıdır. Kaza, araçtaki bozukluktan ileri gelmişse artık işleten, kanun koyucunun KTK m.86 f.1'de kendisine tanıdığı imkândan yararlanamayacaktır.

---

3 Ek kusur: Kusursuz sorumlunun, kusurunun varlığı halinde bu kusur 'ek kusur-munzam kusur' olarak adlandırılır.
4 Havutçu&Gökyayla, sh.132.
5 Aşçıoğlu, sh.84; Nomer, sh.75.
6 Kılıçoğlu, sh.288.

İşletenin, araç üzerinde bulunan bütün parçaların sağlam olduğunu kanıtlaması gerekmez. Kazanın oluşumunda rol oynayabilecek parçaların sağlam olduğunu ispatlaması yeterlidir.[7] Mesela araç kaymamışsa lastiklerin aşınmamış olduğunu, yağmursuz havada sileceklerin çalıştığını ispatlaması gerekmez.

Araçtaki bozukluk; direksiyonun veya frenin kilitlenmesi, lastiğin patlaması ya da fırlaması, rot çıkması, far yahut sileceklerin çalışmaması türünden; imalat hatası, aracın düzenli bakım ve onarımının yapılmaması veya özen gösterilmeden yapılması, yıpranma, kötü kullanım gibi nedenlerden kaynaklanan bozukluklardır. Araçtaki bozukluk hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın, işleten sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Araçtaki bozukluk, işletenin, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimselerin kusurundan kaynaklanmasa dahi kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan sıyrılmasının önüne set çeker.[8]

"…Davalı, araç maliki olup araçtaki teknik arızadan sorumludur. Araçtaki teknik arıza davalı araç maliki için tazminattan kurtulmayı gerektiren bir neden sayılamaz. Esasen davalı araç maliki kusursuz sorumluluk (tehlike sorumluluğu) ilkesince zarara uğrayan davacılara karşı tazminat ödemekle yükümlüdür. Tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda kusur aranmadığına göre Karayolları Trafik Kanunu'nun sorumluluğu düzenleyen 85-86 maddeleri uyarınca, cismani ve manevi zarara uğrayan davacıların tazminat istemlerinin reddine karar verilmiş olması yasaya aykırıdır. Mahkemece işin esasının incelenerek karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde hüküm kurulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir…" (Y. 4. H.D. 24.12.2001 gün ve 2001/8410-12787 E.K)

***

"…Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat davasıdır. Davalıya ait aracın karşı yönden gelen davalı M.a ait ve müdahil davalı S. Yönetimindeki kamyondan fırlayan tekerleğin çarpmasıyla hasara uğradığı hususunda yanlar arasında uyuşmazlık bulunmadığı gibi, bu yön mahkemece toplanan delillerle de saptanmıştır. Uyuşmaz-

7 Nomer, sh.75; Çeliktaş, sh.96; Yılmaz, sh.99.
8 Gökcan&Kaymaz, sh.162; Eren, sh.671.

lık, davalıların tekerleğin fırlamasıyla oluşan bu zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasında toplanmaktadır. Aracın tekerleğinin fırlaması şüphesiz araçtaki teknik bir arızadır. Karayoları Trafik Kanununun 85.maddesinde düzenlendiği gibi araç maliki sürücüsünün kusurundan, aracın bakım onarım ve her zaman trafikte emniyetli bir şekilde bulundurulmasından kusursuz olarak sorumludur. Aracı sevk ve idare eden sürücü ise nezaretindeki aracın kontrolünden ve bakımından sorumludur. Bu konularda gerekli dikkati, ilgiyi göstererek araçta oluşabilecek muhtemel arızaları araç sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bu hususlarda herhangi bir araştırma yapılmadan ve bu dikkate alınmadan araç sürücüsünün kusursuz olduğundan bahisle her iki davalı hakkında davanın reddedilmesi doğru değildir. O halde, mahkemece taraf delilleri uzman bilirkişiye incelettirilmeli, açıklanan konularda yeniden rapor alınmalı, sonucuna göre hüküm kurulmalıdır…" (Y. 17. H.D. 13.12.2004 gün ve 2004/11618-13223 E.K)

***

"…Davalılardan G. H.ün temyizine gelince; dava, trafik kazası nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Davalı şirkete ait ve davalı G.H. tarafından sürülen kamyonun sağ arka tekerinin virajda patlaması sonucu kamyonun savrularak karşı şeride geçtiği ve davacı desteğinin sürdüğü araca çarparak ölümüne sebep olduğu, davalı G. H.n teknik arıza nedeniyle sorumsuz olacağını savunduğu anlaşılmaktadır. Ceza yargılamasında alınan Adli Tıp Kurumu raporunda, olayda teknik arızanın 8/8 etken olduğu, sürücülerin kusursuz olduğu açıklanmıştır. Teknik arıza nedeniyle işletenin sorumluluğu belirgindir. Ne var ki, sürücü G. H.ün sorumluluğuna gidilebilmesi için, zararlandırıcı eylem olan teknik arızanın oluşmasında sürücünün bir kusuru olup olmadığı araştırılmalıdır. Kamyonu ne kadar süredir ve hangi sıfatla kullandığı, bakımının ve teknik kapsamlı denetimlerinin yaptırılması görevini üstlenip üstlenmediği, en son teknik bakımın ne zaman yaptırıldığı, kamyonu trafiğe çıkarmadan önce teker kontrolü yapıp yapmadığı gibi ve benzeri yönlerin araştırılarak teknik arızada sürücünün bir kusuru bulunup bulunmadığı gerekirse bilirkişi raporu da alınarak belirlenmelidir. Belirtilen hususlar incelenip varılacak uygun sonuç çevresinde bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece eksik incelemeyle karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir…" (Y. 4. H.D. 10.11.2003 gün ve 2003/7900-13108 E.K)

***

"…Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, TTK.nun 781. maddesine göre taşıyıcının eşyanın kendisine teslim edildiği tarihten gönderilene teslim olunduğu tarihe kadar geçen müddet içinde uğradığı ziya ve hasardan mesul olacağı, hasarın kendi kusurundan doğmadığını ispat etmesi halinde taşıyıcının mesuliyetten kurtulacağı, her ne kadar bilirkişinin lastik patlamasının araç kusurundan olduğu ve davalının bu sebeple kusursuz bulunduğunu bildirmiş ise de, pek çok Yargıtay içtihadında belirtildiği gibi, lastik patlamasının teknik arıza olup, mücbir sebep olmadığı, araç sahibi veya araç sürücüsünün trafiğe çıkmadan önce aracın teknik bakımını yapmak, bu konuda gerekli ihtimamı göstermek zorunda olduğu, dava konusu kazanın, lastik patlamasından meydana geldiğini ve davalının yola çıkmadan önce kontrolü yapmayarak gerekli özeni göstermediği, bu nedenle davalının kusurlu olduğu gerekçesiyle, 3.600.000.000 TL.nin 4.8.2000 ödeme tarihinden itibaren değişen oranlarda reeskont faiziyle birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve yargılama aşamasında ileri sürülmeyen hususların temyiz aşamasında da ileri sürülemeyecek olduğunun anlaşılmasına göre davalının temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir…" (Y. 11. H.D. 13.05.2002 gün ve 2002/912-4614 E.K)

***

"…Davalı C. C, davacı şirkete kasko sigortalı aracın zararına neden olan kamyon sürücüsüdür. Mahkemece hükme esas alınan 13.12.1999 tarihli bilirkişi raporunda "olayın, davalı tarafa ait araçtaki teknik arızadan –şaftın kırılmasından- kaynaklandığı, davalı sürücü C.C.ın kusursuz, fakat araç maliki olan davalı M. K.ın tam sorumlu olduğu" belirtilmektedir. Her ne kadar sürücü, trafiğe çıkmadan önce aracın tüm kontrollerini yapması gerekir ise de, dava konusu olayda araçtaki teknik arızanın basit bir kontrolle anlaşılabilecek nitelikte olmadığı, bu nedenle davalı sürücünün hasardan sorumlu olmayacağı anlaşıldı-

ğından, davalı sürücü hakkındaki davanın reddedilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle sorumluluğuna hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir…" (Y. 11. H.D. 29.01.2000 gün ve 2000/9751 E. 2001/546 K.)

Araçtaki bozukluk, mücbir sebep sayılmaz, beklenmeyen hal niteliğindedir. İşleten, beklenmeyen hallerden de sorumludur. Araçtaki bozukluğa dayanarak sorumluluktan sıyrılamayacağı gibi hâkimden BK m.43 ve MK m.4 uyarınca tazminattan indirime gidilmesini de talep edemez.

"…Genellikle bu nitelikteki teknik arızaları önlemek ve karşı koymak mümkündür. O halde, teknik arızalar, araç sahibinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayan bir neden olduğundan, teknik arıza nedeniyle tazminat isteminin reddi ya da tazminatın indirilmesi düşünülemez…" (4. HD 04.04.1980 gün ve 1980/2101-4428 E. K.)

Araçtaki bozukluk, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklanıyorsa işleten zarardan sorumlu olmaz. İmalatçı üçüncü kişi sayılmaz, işleten, imalatçının ağır kusurundan dahi sorumlu olmalıdır.[9] Tamircinin kusuru, bakım ve onarımdaki dikkatsizlik ve özensizliğine dayanıyorsa işletenin sorumluluğu doğar. Ancak tamirci, aracı kasten bozmuşsa; işleten, üçüncü kişinin eyleminden sorumlu tutulamaz. Bunun gibi tamirci dışında üçüncü bir kişinin, aracı kasten bozması halinde de işleten, meydana gelen zarardan sorumlu tutulmamalıdır.[10] Zarar gören, imalatçı ve tamircinin BK m.41 uyarınca sorumluluğuna gidebilir.[11] Zarar görenin zararını tazmin eden işleten, yaptığı ödemeler için imalatçı ve tamirciye genel hükümlere dayanarak rücu edebilir.[12] Araçtaki bozukluğun ileri gelmesinde, zarar görenin kusurunun varlığı halinde KTK m.86 f.2 uyarınca tazminattan indirime gidilebilir.

"…Ancak araçtaki bozukluk zarar görenin veya 3.şahsın ağır kusurundan meydana gelmiş ise, işleten sorumluluktan kurtuluş sebebine dayanabilir…" (19. HD 30.10.1995 gün ve 1995/2269-9011 E. K.)

9 Tandoğan, İsviçre, sh.213.
10 Havutçu&Gökyayla, sh.79.
11 Nomer, sh.71.
12 Çelik, sh.11, 22, 23.

İşleten, kazadan kısa bir süre önce aracın trafik muayenesini[13] veya serviste bakım ve onarımını yaptırdığını ispat etmiş olsa bile sorumluluğu devam eder.

"…Olayımızda olduğu gibi, davalı, belediyeye ait aracın olaydan 2 gün önce tamir edilmiş ve bakıma sokulmuş olması da sonucu etkilemeyecektir. Çünkü umulmayan haller, Trafik Kanunu'nun 50. maddesi hükmünce sorumluluğu ortadan kaldıran nedenlerden sayılmamıştır. Kaldı ki olayda davacıların hiç kusuru yoktur. Bu bakımdan davacı belediye hakkındaki davanın reddi anılan ilkelere aykırıdır ve bu hüküm bu nedenle bozulmalıdır…." (4. HD 20.01.1977 gün ve 1977/12395-568 E. K.)

C. KURTULUŞ KANITI GETİRMİŞ OLMASI

İşletenin sorumluluğunu omuzlarından atabilmesi için sadece kusursuzluğunu ve araçtaki bozukluğun kazanın oluşumunda etkili olmadığını ispatlaması yeterli değildir. Ayrıca kurtuluş kanıtı getirerek (mücbir sebep veya zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru) illiyet bağının kesildiğini kanıtlaması gerekir. Buna göre:

C.a. Mücbir Sebep:

Mücbir sebep, zararla motorlu aracın işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağını keser. İşletenin, mücbir sebebe dayanarak sorumluluğunu omuzlarından atabilmesi için KTK m.86 f.1 uyarınca, öncelikle kusursuzluğunu ve araçtaki bozukluğun kazanın meydana gelmesinde etkili olmadığını, ayrıca kurtuluş kanıtı getirerek, kazanın bir mücbir sebepten ileri geldiğini ispatlamakla yükümlüdür.

Motorlu aracın işletme tehlikesi dışında gerçekleşen, öngörülmesi ve kaçınılması imkân dâhilinde olmayan olağanüstü olaylara 'mücbir sebep' adı verilir.[14] Tanımda geçen öngörülmezlik kavramından, olayın kendisinin değil sonucunun hesaba katılamaması anlaşılmalıdır. Kaçınılmazlıksa, bilim ve teknolojinin sunduğu bütün imkânlardan yararlanılsa ve her türlü özen gösterilse dahi hiç kimsenin, mutlak surette kazanın meydana gelmesinin önüne geçemeyecek olmasıdır.

---

13 Bolatoğlu, sh.187.

14 Nomer, sh.75-76; Adal, sh.102; Çeliktaş, sh.90; Tandoğan, İsviçre, sh.214; Gürsoy, sh.46; Kılıçoğlu, sh.289; Yılmaz, sh.101.

Mücbir sebep ile beklenmeyen hal kavramları birbirinden farklı olup birbirine karıştırmamak gerekir. Beklenmeyen hal; motorlu aracın işletmesine dâhil olan, önceden hesaba katılabilir ve karşı konulabilir nitelikteki olaylardır. Mücbir sebepteyse olay, aracın işletmesi dışında meydana gelir, önceden öngörülemez, mutlak surette karşı konulamaz ve olağanüstü niteliktedir. Ayrıca mücbir sebepte olay, beklenmeyen hale göre daha şiddetli ve yoğun şekilde karşımıza çıkar.

Mücbir sebep sayılan olaylar; deprem, çığ, yıldırım düşmesi veya çarpması, toprak kayması, yanardağ patlaması, kasırga, meteor yağmuru gibi genellikle doğa olaylarıdır.[15] Savaş, ihtilal ve isyan gibi sosyal olaylar da mücbir sebep teşkil edebilir.[16]

Şiddetli yağan kar, dolu veya yağmur, yoğun sis, don, rüzgâr, yoldaki buzlanma, sürücünün direksiyon başında uyuya kalması, bayılması, kalp krizi geçirmesi veya ölmesi, güneş ışığının veya diğer bir aracın uzun farlarının göz alması, göze toz kaçması, böcek ısırması, yolun yapımı ve bakımındaki bozukluklar (yolun çukur olması gibi), araçtaki bozukluklar (frenin boşalması, direksiyonun kilitlenmesi, lastik patlaması gibi), tekerleğin taş fırlatması, aracın önüne aniden bir çocuğun veya hayvanın fırlaması birer beklenmeyen hal örneğidir.[17] Çünkü bu örnekler; aracın kendisinden gelen, öngörülebilen ve kaçınılabilecek nitelikteki olaylardır.

"…Davalıya sigortalı araçta 5/8 oranında teknik arıza kusuru belirlenmiş olup, bilirkişi tarafından hesaplanan tazminat miktarı bu kusur oranında indirilmiştir. Teknik arıza umulmayan hal ise de mücbir sebep değildir. 2918 sayılı KTK.nun 86/1. maddesinde belirtildiği gibi araç sahibi ve sürücüsünün sorumluluktan kurtulabilmesi için zararın mücbir sebepten veya 3. kişinin ağır kusurundan ileri gelmiş olmalıdır. Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için de o olayın önceden sezilemez, karşı konulamaz ve harici bir etkenden ileri gelmiş olması gerekir. Bu unsurları içermeyen bir olay umulmayan bir hal niteliği taşısa bile mücbir sebep olarak kabul edilemez. Olayımızda

---

15 Havutçu&Gökyayla, sh.135; Tekinay&Akman&Burcuoğlu&Altop, sh.540; Aşçıoğlu, sh.86; Bolatoğlu, sh.188.

16 Aşçıoğlu, sh.86; Çeliktaş, sh.92.

17 Bolatoğlu, sh.189; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.247; Havutçu&Gökyayla, sh.135; Eren, sh.672; Yılmaz, sh.106-107.

teknik arızanın mevcut olduğu kabul edilmiş olmakla beraber bunun önceden sezilemez ve önlenemez bir nitelik taşıdığı tespit edilememiştir. Bilindiği üzere teknik arızalar çoğu kez aracın periyodik bakımının zamanında gereği gibi yapılmamış olmasından ileri gelir ki bu da sahibi için bir kusur teşkil eder. Kusur söz konusu olan hallerde ise mücbir sebepten söz edilemez. Bu nedenle de araç sahibinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. En azından bakım kusuru söz konusudur.

Bu nedenle teknik arızanın bir mücbir sebep gibi illiyet bağını ortadan kaldırmayacağı ve dolayısıyla sürücü ve araç malikini sorumluluktan kurtaramayacağının kabulü ile sonucuna göre bir karar veremek gerekirken yazılı olduğu şekilde teknik arızaya verilen kusur oranının tazminattan indirilerek karar verilmesi doğru görülmemişitr…"(Y. 11. H.D. 23.03.2006 gün ve 2005/2936 E. 2006/3099 K.)

***

"…Çözümlenmesi gereken konu aks kırılmasının teknik arızadan kaynaklandığının kabulü halinde, teknik arızadan doğan zararlardan dolayı davalıların sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin 1. Fıkrasında yer alan "bir motorlu aracın işletilmesi, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracı işleten bu zarardan sorumlu olur" şeklindeki ifadeyle, 86. Madde işletenin sorumluluktan kurtulması veya sorumluluğun azaltılması başlığı altında "işleten kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişinin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın kazanın bir mücbir sebepten ileri geldiğini ispat ederse" sorumluluktan kurtulacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda teknik arızanın mücbir sebep kapsamında olup olmadığının irdelenmesi gerekecektir. Mücbir sebep; doktrin ve uygulamaya göre, sorumlunun veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Mücbir sebepte unsurlardan en önemlisi olayın sorumlu kişinin işletme ve uğraşının dışında yabancı bir dış olay olmasıdır, bu yönden teknik arızalar mücbir sebep değil, ancak umulmayan hal olarak kabul edilebilir. Çünkü genellikle bu nitelikteki teknik arızaları önlemek ve karşı koymak mümkündür, eğer karşı konulamıyorsa

o işletme konusunda bir eksiklik hatta düzensizlik bozukluk var ya da o konuda gerekli dikkat ve özen noksan demektir. İşleten kusurlu bulunmasa da araçtaki bozukluğun neden olduğu kazalardan sorumlu olacaktır. Araçtaki bozukluk kavramı BK. 58. Maddede açıklanan "inşasının fena yapılması ve muhafazasındaki kusur" durumuna benzer niteliktedir. Motorlu araçtaki bozukluğun işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurundan meydana gelip gelmemesi sorumluluğun kurulmasında önemli değildir. Ancak işletenin kusuru varsa bu onun sorumluluğunu artırır. Sürücünün sorumluluğu ise Bk. 41.ve devamı maddelerden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de çalıştırılan kişi olayın meydana gelmesinde ve zararın doğmasında kusursuz ise tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokulamaz. Somut olayda; trafik kazası aks kırılması sonucu meydana gelmiştir. Mahkemece, yukarda açıklanan yasa hükümleri uyarınca aracı sevk ve idare eden davalı şoför ile araç malikinin aks kırılmadan önce aracın mutad bakım, onarım ve kontrollerini yaptırıp yaptırmadıkları, bakım ve kontrollerden kimlerin sorumlu tutulacağı konularında deliller toplanmadan, bilirkişi raporunda tartışılmadan hüküm kurulmuştur. O halde; olayda kusur ve sorumluluk durumunun birlikte değerlendirilebilmesi için tarafların delilleri toplandıktan sonra, konusunda uzman üç kişilik bilirkişi kurulundan rapor alınıp sonucuna göre bir karar vermek gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi isabetli görülmemiştir…"(Y. 17. H.D. 24.05.2004 gün ve 2004/3117-6490 E.K)

***

"…Olayın yol üzerine başka bir araçtan dökülmüş olan sudkostikten meydana gelmiş olması bir mücbir sebep olarak da mütalaa edilemez…

…

…Öte yandan zararlı sonuç doğuran kazanın meydana gelmesinde katkıda bulunan etkenlerin umulmadık nitelikte olması, illiyet bağının uygunluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü, bir federal mahkeme kararında da belirtildiği gibi (Haluk TANDOĞAN- Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, sayfa 245 dipnot 133) her sürücü önceden tahmin edilemeyecek engellerin ortaya çıkacağını hesaba katmalıdır (bir hayvanın ansızın aracın önüne sıçraması, bir taşın düşmesi, yolda bir ceset veya yaralı yahut başka bir

arabadan düşmüş ve henüz kaldırılmamış olan bir iskemle veya diğer bir şeyle karşılaşması gibi). Böyle bir engele çarpmaktan veya ondan kaçınmak için yapılan manevradan doğan kaza, aracın işletilmesine bağlı bir tehlikenin sonucudur. O halde sürücü aracı kullanırken bütün bu ihtimalleri hesaba katmak durumunda, hatta zorundadır…" (4. HD 16.01.1981 gün ve 1980/14082 E. 1981/217 E. K.)

***

"…Davaya konu trafik kazasının, temyiz eden davalıların miras bırakanı S. S.ın kalp krizi geçirmesi sırasında ve bu nedenle meydana geldiği çekişmesizdir. Diğer yandan, temyiz eden davalıların sorumluluklarının dayanağının da, miras bırakanlarının kusuruna (BKm.41 vd.) bağlı olduğu açıktır.

Mahkemece, somut olayın özelliği hiç tartışılmamıştır. Bu bağlamda, kusura dayalı sorumluluk itibariyle, mücbir sebep veya umulmadık halin söz konusu bulunup bulunmadığı ve bunun nedensellik ilişkisine etkisi ile değeri (BK.m.41) ; yine, temyiz kudretinin kaybedilmiş sayılıp sayılamayacağı (BK.m.54) ve son olarak da; durumun özelliği (BK.m.43/1) anlamında hakkaniyetin sorumluluğun kapsamına etkisi irdelenmemiştir. Anılan yönlerin gerekçede değerlendirilmemesi, usul ve yasaya aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir. (HUMK.m.388/b.3, m.428/son)…" (Y. 4. H.D. 16.06.2003 gün ve 2003/406-7768 E.K)

İşleten, beklenmeyen hallerden de sorumludur. Beklenmeyen hal niteliğindeki olaylara dayanarak sorumluluktan sıyrılamaz.

Yolda giden aracın üzerine ağaç devrilmesi, tepeden kaya düşmesi, yolun kayması, üzerinden geçilen köprünün yıkılması gibi olayların niteliği doktrinde tartışmalıdır.

C.b. Zarar Görenin (Mağdurun) Ağır Kusuru:

Zarar görenin ağır kusuru, zararla motorlu aracın işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağını keser. İşletenin, zarar görenin ağır kusuruna yaslanarak sorumluluğunu bertaraf edebilmesi için KTK m.86 f.1 uyarınca, öncelikle kusursuzluğunu ve araçtaki bozukluğun kazanın meydana gelmesinde etkili olmadığını, ayrıca kurtuluş kanıtı getirerek, kazanın münhasıran zarar görenin ağır kusurundan ileri geldiğini ispatlamakla yükümlüdür.

Ancak zarar görenin ağır nitelikteki kusuru, zararla motorlu aracın işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağını keser. Böylelikle kazanın meydana gelmesinde motorlu aracın işletme tehlikesini önemsizleştirir; zararın, asli ve tek sebebini oluşturur. Hafif nitelikteki kusursa, uygun illiyet bağını kesmez. İşletme tehlikesi önemini korur; zarar görenin hafif kusurlu davranışı, zararın asli ve tek sebebini oluşturmaz.

"…Ağır kusur kavramı bir özel hukuk kavramı olup, kast olmamakla birlikte, kasta yakın bir kusurun varlığını ifade eder. Ancak "tam kusur" mutlaka bir "ağır kusur" sayılmayabilir. Somut olayın özelliğine ve delil durumuna göre, bu husus mahkemece tartışılarak ve somut kanıtları gösterilerek takdir edilmelidir…" (11. HD 20.10.2003 gün ve 2003/3093-9548 E. K.)

İşleten, zarar görenin her türlü kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. İşleten, ancak zarar görenin ağır kusurunu mahkemeye taşıyarak sorumluluğunu omuzlarından atabilir. Bunun dışında zarar görenin hafif kusurunu hâkimin önüne getirerek, sorumluluktan sıyrılamaz. Zarar görenin, trafik kazasının meydana gelmesinde hafif kusurunun varlığı halinde, işletenin sorumluluğu devam eder. İşleten, zarar görenin hafif kusuruna dayanarak KTK m.86 f.2 uyarınca tazminattan indirime gidilmesini talep edebilir.

Kusurun niteliği, her somut olayın kendi özelliğine göre belirlenir. Kazanın meydana geliş şekli, bütün hal ve şartlar göz önünde bulundurulur.

- Yaya veya bisikletlinin kontrolsüzce yola fırlaması,[18]
- Seyircinin yarış pistine dalması, [19]
- "*Trafik ışıklarına uymadan bir yayanın karşıdan karşıya geçmesi,*"[20]
- "*Gece karalığında bir yayanın, trafiğin yoğun olduğu bir otoyolda bir taraftan diğer tarafa koşarak geçmek istemesi,*"[21]
- "*Geceleyin içkili bir yayanın yayalara yasak olan caddede dolaşması,*"[22]

---

18 Nomer, 76.
19 Gürsoy, sh.51.
20 Bolatoğlu, sh.192.
21 Tekinay&Akman&Burcuoğlu&Altop, sh.540.
22 Kılıçoğlu, sh.291.

- İntihar etmek isteyen bir kimsenin aracın önüne atlaması,[23]
- Hareket halindeki otobüsten atlama[24] konu başlığımıza örnek teşkil eder.

"…Davacıların miras bırakanı, davalı, bankada yetkili müdür olarak çalışmaktadır. Olay gününde ve çalışma saatinden sonra, bankaya ait motorlu aracı sürücüsüyle birlikte alarak eğlenmek için Gölbaşı'ndan Ankara'ya gelmiş ve dönüşte sarhoş olarak aracı kullanan sürücünün kusuruyla ölümle sonuçlanan trafik kazası gerçekleşmiştir. Davacıların desteğinin, bankaya ait aracı görev dışı, özel amaçla kullanması ve sürücünün de, içki almasına izin vererek sarhoş kişinin kullandığı araçla seyahat etmesi, ağır kusurlu davranıştır. Davalı bankanın, araç işleteni olarak, "ek kusuru" da bulunmamaktadır. O hal de, mahkemenin, zarar görenin ağır kusurunun, illiyet bağını keseceğini gözetmeden tazmin hükmü kurması hatalı olmuştur…" (4. HD 24.03.1992 gün ve 1991/302 E. 1992/4187 K; Aşçıoğlu, sh.89-90.)

***

"…Davacılar, trafik kazası sonucu desteklerini kaybettiklerini belirterek maddi ve manevi tazminat istemişlerdir. Mahkemece, ceza mahkemesinde alınan Adli Tıp Kurumu raporuna göre desteğin %100 kusurlu, davalının ise kusursuz olduğu belirtilerek maddi tazminat istemlerinin reddine, olay nedeniyle davalının kusura dayanmayan illiyet sorumluluğu olduğu gerekçesiyle de manevi tazminat istemlerinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı kazaya neden olan aracın sürücüsü ve aynı zamanda işletenidir. Dosyadaki kanıtlara ve mahkemenin kabulüne göre davalı kusursuz, davacıların desteği ise %100 kusurludur. Davalı araç sürücüsü olarak kusursuz olması nedeniyle zarardan sorumlu tutulamaz. Davalı aynı zamanda araç işleteni olup, araç işleteninin hukuki sorumluluğu ise Karayolları Trafik Yasası´nın 85. maddesine göre kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır. Ancak aynı yasanın 86/1. maddesinde işletenin sorumluluktan kurtulma durumu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; "işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru

[23] Kılıçoğlu, sh.291.
[24] Aşçıoğlu, sh.90.

bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur" biçiminde bir düzenleme getirmiştir.

Yukarıdaki açıklama ve yasal düzenlemeler dikkate alındığında; olayın desteğin tam kusuru sonucu meydana geldiği davalının ise kusursuz olduğu, bu nedenle maddi ve manevi zarardan davalının sorumlu tutulması doğru olmayacağı gibi, mahkemenin maddi tazminat için bu olguyu kabul etmiş olmasına karşın manevi tazminat için kısmen kabul kararı vermiş olması ayrı bir çelişkiyi oluşturmaktadır. Mahkemece, davalının manevi tazminatla sorumlu tutulması yerinde olmadığından kararın bozulması gerekmiştir…."(Y. 4. H.D. 02.04.2001 gün ve 2000/12206 E. 2001/3218 K.)

İşletenin, kusursuzluğunu veya araçtaki bozukluğun kazanın meydana gelmesinde rol almadığını ispatlayamadığı durumlarda, zarar görenin ağır kusuruna karşın sorumluluğu ortadan kalkmaz devam eder. Bu duruma; kırmızı ışıkta geçen yayaya, alkollü sürücünün veya freni bozuk bir aracın çarpması misal olarak verilebilir.[25]

Zarar gören; motorlu aracın işletme tehlikesini üstlenen işleten ve işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi haricinde sürücü, yardımcı kimseler, diğer aracın sürücüsü, yayalar, yolcular, bisikletlilerdir.[26]

Zarar gören, temyiz kudretine sahip değilse kusurundan söz edemeyeceğimizden; illiyet bağı kesilmez, işletenin sorumluluğu devam eder. Ancak işleten, hâkimden BK m.54 f.1 uyarınca tazminattan indirime gidilmesini isteyebilir.[27]

C.c. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru:

Üçüncü kişinin ağır kusuru, zararla motorlu aracın işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağını keser. İşletenin, üçüncü kişinin ağır kusuruna yaslanarak sorumluluğunu bertaraf edebilmesi için KTK m.86 f.1 uyarınca, öncelikle kusursuzluğunu ve araçtaki bozukluğun kazanın meydana gelmesinde etkili olmadığını, ayrıca kurtuluş kanıtı getire-

25 Kılıçoğlu, sh.290.
26 Havutçu&Gökyayla, sh.137-138; Aşçıoğlu, sh.89; Yılmaz, sh.110.
27 Aşçıoğlu, sh.90; Tunç, sh.183-184.

rek, kazanın münhasıran üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispatlamakla yükümlüdür.

Ancak üçüncü kişinin ağır nitelikteki kusuru, zararla motorlu aracın işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağını keser. Böylelikle, kazanın meydana gelmesinde motorlu aracın işletme tehlikesini önemsizleştirir; zararın, asli ve tek sebebini oluşturur. Hafif nitelikteki kusursa, uygun illiyet bağını kesmez. İşletme tehlikesi önemini korur; üçüncü kişinin hafif kusurlu davranışı, zararın asli ve tek sebebini oluşturmaz.

İşleten, üçüncü kişinin her türlü kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. İşleten, ancak üçüncü kişinin ağır kusurunu mahkemeye taşıyarak sorumluluğunu omuzlarından atabilir. Bunun dışında üçüncü kişinin hafif kusurunu hâkimin önüne getirerek, sorumluluktan sıyrılamaz. Üçüncü kişinin, trafik kazasının meydana gelmesinde hafif kusurunun varlığı halinde, işletenin sorumluluğu devam eder. İşleten, üçüncü kişinin hafif kusuruna dayanarak KTK m.86 f.2 uyarınca tazminattan indirime gidilmesini talep edemez. Bu durumda, zarar görene karşı işleten, üçüncü kişi ile birlikte zarardan müteselsilen (BK m.51) sorumlu olur.

Kaldırımda kavga eden kimselerden birinin diğerini yoldan geçen aracın önüne itmesi; üçüncü kişinin (mesela tamircinin) kasten aracı bozması ve bu bozukluğun kazaya sebep olması,[28] konu başlığımıza misal oluşturur.

"…Tam objektif sorumluluklarda kusur aranmaz. Sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Bu illiyet bağı, 3. şahsın veya zarar görenin ağır kusuru ile kesilmedikçe sorumluluk devam eder. Davalının illiyet bağının kesildiğini ileri sürebilmesi içinde olayda kendinin ek kusurunun bulunmamasına bağlıdır. O halde olayımızda ölenin içinde bulunduğu motorlu aracın ağır kusuru bulunduğuna göre davalının kusurunun bulunup bulunmaması önem kazanır. Demiryolu işletmesi ve karayolunda hemzemin geçitte motorlu araç işletmek çok riskli bir faaliyettir. Risk ve tehlikelilik oranı arttıkça özen yükümlülüğü de artar; bu nedenle davalı işletmenin kusuru belirlenirken kendisinden beklenilen objektif özenin yüksek olduğu unutulmamalıdır. DDY.nin kendi yapısında var

28 Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.250.

olan işletme tehlikesi hemzemin geçitte karayoluna karışmakla artmaktadır. Bu nedenle davalı işletmeden beklenen özen yüksek özendir; davalı işletme hemzemin geçitlerde muhtemel tehlikeleri önleyecek üst geçit bariyer gibi teknik önlemleri almak zorundadır. Bunun alınmamış olması ek kusuru oluşturacağından illiyet bağı kesilmez ve davalı işletme de kazaya neden olan ağır kusurlu motorlu araç işleteni ile birlikte doğan zarardan müteselsilen sorumlu olur…" (HGK 13.02.1991, 4-619/70)

***

"…Davaya konu zarar; davacı ve davalı bakanlığa ait araçların karayolunda trafik gereği arka arkaya durdukları sırada, diğer davalıya ait aracın freninin patlaması ve trafik kurallarına aykırı olarak yönetilmesi sonucu davalı bakanlığa ait araca onunda önündeki davacı aracına çarpmasıyla meydana gelmiştir. Mahkemenin kabul ettiği gibi bakanlığın işletme faaliyeti ile zararlı sonuç arasında illiyet bağı vardır.

Tartışılması gereken sorun, kusurlu davranışın illiyet bağını kaldıracak nitelikte olup olmadığıdır; bu da, ağır kusura bağlıdır. Diğer davalıların insanlar ve eşya için, her an son derece tehlikeli bir aracı trafiğe çıkarırken ve çıkardıktan sonra kişilerin can ve malına zarar vermeyecek şekilde önlem ve tedbir almamış olmaları ve olayın başlıca yaratıcısı durumunda bulunmaları ağır kusurlu bir davranıştır. Bu ağır kusurlu davranış ile olaya tesadüfen karışan kusuru bulunmayan davalı bakanlığın sorumluluğu ikinci plana itilmiş ve illiyet bağı kesilmiştir…" (4. HD 04.12.1980 gün ve 1980/11296-14107 E. K; Aşçıoğlu, sh.91-92)

***

"…Dava, trafik kazasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Zararlandırıcı eylem davalı M. Y.ın sürdüğü araçla, davalı A. K.'in sürdüğü ticari taksinin çarpışması sonucu meydana gelmiş, davalı A. K.in sürdüğü ticari takside yolcu olan davacı yaralanmıştır. Dosyadaki kanıtlara göre davalı A. K, olayın meydana gelmesinde kusursuzdur. Kusurun tamamı diğer davalı M. Y.dadır. Davalı A. K. kazaya karışan araçlardan birinin şoförü, işleteni ve aynı zamanda yolcu taşıyanıdır. Olayda kusursuz olması nedeniyle şöfor olarak sorumluluğu yoktur. Karayolları Trafik Yasası'nın 85. Maddesi gereğince işletenin, Türk Ticaret Yasası'nın 806/2 maddesi gereğince yolcu taşıyanın, kusursuz

sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu tutulabilmesi için zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde olduğu gibi, işletenin ve taşıyanın kusursuz sorumluluğu bulunan durumlarda da illiyet bağının, zarar görenin veya üçüncü kişilerin ağır kusuruyla veya beklenmeyen bir halin varlığı durumunda kesileceği teoride ve yargısal kararlarda kabul edilmektedir. Ayrıca Karayolları Trafik Yasası 86/1 maddesi ve Türk Ticaret Yasası 806/2. maddesinde işleten ve taşıyanın veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurları bulunmadığı ve kazanın zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan meydana geldiği durumlarda sorumluluktan kurtulacakları hüküm altına alınmıştır. Bu durumda davalı A. K. şoför, işleten ve taşıyan olarak sorumlu tutulamaz. Yerel mahkemece bu yön gözetilmeksizin onun da tazminatla sorumlu tutulması doğru değildir. Karar bu nedenle bozulmalıdır…"(Y. 4. H.D. 21.10.2003 gün ve 2003/11267-12088 E.K)

Üçüncü kişi; işleten ve işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, bu kimselerin eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimseler ile zarar gören dışında kalan kimselerdir.[29] Bazı durumlarda, diğer aracın işleteni de KTK m. 86 f.1 anlamında üçüncü kişi sayılır.[30] Aracı çalan ve gasp eden kimseler de üçüncü kişidir. Ancak bu kimseler hakkında KTK m.107'de özel düzenleme yer almaktadır.[31]

Üçüncü kişi, temyiz kudretine sahip değilse kusurundan söz edemeyeceğimizden; illiyet bağı kesilmez, işletenin sorumluluğu devam eder. Ancak işleten, hâkimden BK m.54 f.1 uyarınca tazminattan indirime gidilmesini isteyebilir.[32] Ayrıca zarar gören küçükse, işleten, çocuğu gözetimle yükümlü bulunan ana babanın (üçüncü kişi) ağır kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulabilir.[33]

Netice olarak, işletenin, tehlike sorumluluğunu bertaraf edebilmesi için en başta kazanın meydana gelmesinde kendisine veya eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimselere yüklenebilecek bir kusurun bulunmadığını ve araçtaki bozukluğun kazanın oluşumunda rol oy-

29 Bolatoğlu, sh.193.
30 Nomer, 76.
31 Gökcan&Kaymaz, sh.166.
32 Nomer, 77.
33 Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.249-250; Gürsoy, sh.53.

nanamadığını ön koşul olarak ispatlamalıdır. Bununla birlikte zararla motorlu aracın işletilmesi arasındaki uygun illiyet bağının, mücbir sebep veya zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle kesildiğini kanıtlamalıdır. Aksi halde zarar görene karşı sorumluluğu devam edecektir.

KAYNAKLAR

Adal, Erhan: *Trafik Kazalarında Akit - Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1963, Fakülteler Matbaası.*

Aşçıoğlu, Çetin: *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlukları, 2. Bası,*

Ankara 2008, Sözkesen Matbaacılık.

Bolatoğlu, Bolat: *Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1988, Kazancı Hukuk Yayınları.*

Çelik, Ahmet Çelik : *Motorlu Araç İşletenlerin ve Taşımacıların Teknik Arıza Nedeniyle Sorumlulukları, Yargı Dünyası, Mart 2007, s. 135.*

Çeliktaş, Demet: *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, İzmir, Aralık 1987, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.*

Deshenaux, Henri & TERCİER, Fierre: *Sorumluluk Hukuku, (* Çev. *Salih Özdemir), Ankara 1983.*

Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, Ekim 2003, Beta Yayım.*

Gökcan, Hasan Tahsin & KAYMAZ, Seydi: *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Ankara 2000, Seçkin Yayıncılık.*

Gürsoy, Kemal Tahir: İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Ana Hatları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Havutçu, Ayşe & Gökyayla, Emre: *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999, Seçkin Yayınevi.*

Karahasan, Mustafa Reşit : *Sorumluluk Hukuku, 6. Bası.*

Karayalçın, Yaşar: *Sorumluluk (Mesuliyet) Sigortaları, Sigorta Hukuku Dergisi, 1984, c.ll, s.1-2.*

Kaya, Mine: *Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletme Halindeki Araçtan Kaynaklanan Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Şartları, www.yeniforumuzbiz.com (Adalet Dergisi, yıl 95, Ekim 2003, s. 17).*

Kılıçoğlu, Ahmet M: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Mart 2004, Turhan Kitabevi.*

Nomer, Haluk N. : *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, 1992, c.66, s. 1-2-3, sh.36 vd.*

Oğuzman, M. Kemal & Öz, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009,Vedat Kitapçılık.*

Orhunöz, Ergun: *Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk Tazminat Sigorta, Ankara 1998, Seçkin Yayınevi.*

Tandoğan, Haluk: İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları, Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 25 - 28 Nisan 1973, Bildiriler Tartışmalar, *(Kısaltması: İsviçre).*

Tandoğan, Haluk: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, (Kısaltması: Kusura Dayanmayan).*

Tekinay, S. Sulhi & Akman, Sermet & Burcuoğlu, Haluk & Altop, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, Filiz Kitabevi.*

Tunç, Ramazan : *Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (ll), YD, 1992, c.18, s.1-2.*

Yılmaz, Zekeriya: *Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, c.1, Ekim 2007, Adalet Yayınevi.*

Yargıtay kararları için başta Corpus İçtihat Programı olmak üzere muhtelif dergi ve içtihat programlarından yararlanılmıştır.

MALA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDA ETKİN PİŞMANLIK

(5237 sayılı TCK'nın 168. maddesi)

EFFECTIVE REPENTANCE IN CRIMES AGANIST PROPERTY

(168th article of Turkish Criminalcode No. 5237)

Hüseyin EKER*

Özet: Bu makalede, 5237 sayılı TCK'nın 168.maddesinde düzenlenen mala karşı işlenen suçlarda, etkin pişmanlık kavramından ne anlaşılması gerektiği, anılan maddenin uygulanma koşullarının neler olduğu, elektrik hırsızlığında ve suçun kalkışma aşamasında kalması durumunda uygulanıp uygulanmayacağı, Yargıtay'ın konuya ilişkin yorumunun ne olduğu, doktrindeki yazarların bu düzenlemeyle ilgili görüşleri, uygulamada nelere dikkat edilmesi gerektiği, adı geçen hükmün 765 sayılı TCK'nın 523.maddesinde düzenlenen iade veya tazmin hükümleri arasındaki farkları tartışılarak Yargıtay'ın konuyla ilgili verdiği içtihatlar doğrultusunda ayrıntılı bir değerlendirilme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: etkin pişmanlık, iade veya tazmin, kısmi iade, mağdurun zararının giderilmesi, hırsızlık, yağma, dolandırıcılık.

Abstract: In this study, the maening of effective repentance in crimes aganist property which is hold by 168th article of Turkish Criminal Code No. 5237, implementation os disimplementation of this article in cases of electricity theft and attempted theft, revelant comments of supreme court of Appeals, doctrinaire opinions, considerations in implementation are briefly examined by analyzing the differences between restution andcompensation regulations in 523rd article of Turkish Criminal Code No. 765 according to the precedents of Turkish Supreme Court of Appeals.

Keywords: Effective repentance, restution and compensation, pertial restution, compensation for damages of injured party, theft, depredation, Fraud.

* Tetkik Hâkimi - Yargıtay

GİRİŞ

Son zamanlarda ülkemizde mala karşı işlenen suçlarında büyük oranda artış olduğu, bu suçlardan açılan davaların mahkemelerin iş yükünü artırdığı görülmektedir. Mala karşı işlenen suçlar 5237 sayılı TCK'nın 141 ve devamı maddelerinde yer almaktadır. TCK'nın 141-147. maddelerinde hırsızlık; 148-149.maddelerinde yağma; 151-152. maddelerinde mala zarar verme; 155. maddesinde güveni kötüye kullanma; 157-159. maddelerinde dolandırıcılık; 161. maddesinde hileli iflas; 162. maddesinde taksirli iflas ve 163. maddesinde ise karşılıksız yararlanma suçları düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanununa göre, mala karşı işlenen suçların teşebbüs aşamasında kalması halinde verilen cezadan belli oranda indirim yapılmakta, suçun zincirleme biçimde işlenmesi durumunda ise verilen cezada belli oranlarda artırım uygulanmaktadır. Bunun gibi TCK'nın 168.maddesinde de, suça konu eşyanın belli koşullarda mağdura aynen geri verilmesi ya da verilen zararın giderilmesi de yasa koyucu tarafından fail lehine indirim sebebi olarak düzenlenmek suretiyle hem faile daha az ceza verilmesi sağlanmış hem de mağdurun zararının bir an önce giderilmesi amaçlanmıştır.

Bu çalışmada, 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde düzenlenen mala karşı işlenen suçlarda, etkin pişmanlık kavramından ne anlaşılması gerektiği, doktrindeki yazarların bu düzenlemeyle ilgili görüşleri, anılan maddenin uygulanma koşullarının neler olduğu, elektrik hırsızlığında ve suçun kalkışma aşamasında kalması durumunda uygulanıp uygulanmayacağı, Yargıtay'ın konuya ilişkin yorumunun ne olduğu, uygulamada nelere dikkat edilmesi gerektiği, adı geçen hükmün 765 sayılı TCK'nın 523. maddesinde düzenlenen iade veya tazmin hükümleri arasındaki farkları tartışılarak konuyla ilgili ayrıntılı bir değerlendirilme yapılmış, etkin pişmanlık hükümlerine ilişkin Yargıtay'ın ilgili ceza daireleri ve Ceza Genel Kurulu'nun en son verilen kararları titizlikle taranmış emsal oluşturabilecek nitelikteki kararlar özenle seçilmiş ve özet halinde uygulayıcının yararlanmasına sunulmuş, birbirinin aynısı olan kararlara ise yer verilmemiştir.

I. YASAL DÜZENLEME

Mala karşı işlenen belli suçlarla ilgi olarak failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezada belli oranlarda indirim yapılacağına ilişkin hüküm, 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

'Etkin pişmanlık

Madde 168 - (1) (5377/20. md ile değişik) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır'.[1]

---

[1] TCK'nın 168. maddenin 5377 sayılı kanunun 20. maddesiyle yapılan değişiklikten önceki yani 01.06.2005 ile 08.07.2005 tarihleri arasında yürürlükte olan metin:

Etkin pişmanlık

Madde 168 - (1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi hâlinde; cezası üçte birden üçte ikiye kadar indirilir. Yağma suçunda ise, cezada altıda birden üçte bire kadar indirim yapılır.

(2) Kısmen geri verme veya tazmin hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, mağdurun rızası aranır.

Madde gerekçesi ise şöyledir;

'Suç tamamlandıktan sonra kişi pişmanlık gösterebilir. Bu durumda, işlenmiş ve tamamlanmış olan suç işlenmemiş hâle artık döndürülemez. Ancak, suç tamamlandıktan sonra, pişmanlık duyarak, gerçekleştirilen haksızlığın neticeleri mümkün olduğunca ortadan kaldırılabilir.

Bu düşüncelerle, etkin pişmanlık; hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçlarında cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Önce, failin veya suça iştirak eden kişinin bizzat kendisinin pişmanlık göstererek iade veya tazmini gerçekleştirmesi gerekir. Suçun işlenmesiyle kişilerin görmüş bulundukları zararın aynen iade veya mümkün olduğu kadar azaltılmak suretiyle tazmin edilmesi gerekir. Etkin pişmanlığın cezada indirim yapılması sebebi olarak kabul edilebilmesi için, zararın tamamen veya mümkün olduğu kadar aza indirilerek gerçekleştirilmesi gerekir. Kısmen geri verme veya tazminde, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, mağdurun aynen iadeye veya tazmine rıza göstermesi gerekir.

Etkin pişmanlığın kovuşturma başlamadan önce, yani işlenen suçtan dolayı kamu davası açılmadan önce gösterilmesi gerekir.

Etkin pişmanlık durumunda hâkim maddede belirlenen oranda cezada indirim yapabilir. Bu konuda, hâkime etkin pişmanlığın samimiyetine ve zararın tazmin edilen miktarına göre, takdir yetkisi tanınmıştır. Bu hükümle, işlenen suçun yağma olması hâlinde de, cezada belli oranda indirim yapılması yolu açılmıştır.'[2]

5377 sayılı yasa ile yapılan değişikliğin ilgili gerekçesi;

'Yapılan değişiklikle malvarlığı aleyhine işlenen suçlarla ilgili olarak etkin pişmanlık yeniden düzenlenmiştir. Bu değişikliğe göre, cezada indirim yapılmasını gerektiren etkin pişmanlık sadece soruşturma veresiyle sınırlı tutulmamıştır. Kovuşturma evresinde de hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlık gösterilmesi halinde bu nedenle cezada indirim yapılabilecektir.'

---

2 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınevi,Ankara 2005, s.906

II. ETKİN PİŞMANLIK KAVRAMININ AÇIKLAMASI

5237 sayılı TCK'nın 168. maddesiyle mala karşı işlenen bazı suçlar tamamlandıktan ve fakat hüküm verilmeden evvel failin pişmanlık göstererek mağdurun zararını gidermesi durumu, etkin pişmanlık olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sebebi, mağdurun suç nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesidir. Kanun koyucu failin cezalandırılmasını mağdur açısından zararını giderici bir etki doğurmaması nedeniyle ceza ile toplumda oluşan düzensizliğin giderilmesinin yanı sıra aynı zamanda mağdurun kaybının da ortadan kaldırılması durumunu teşvik etmeye çalışmıştır. Suç tamamlandıktan sonra, kişi pişmanlık gösterebilir. Suçtan dönüş olanağı bulunmamaktadır. Ancak, suç tamamlandıktan sonra failin pişmanlık göstererek gerçekleştirilen haksızlığın neticelerinin mümkün olduğunca giderilmesi mümkündür. İşte bu nedenle, maddede sayılan bazı suçlar için etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir[3].

Türk Dil Kurumu'nca yapılan tanıma göre, "etkin" kelimesi; hareketli, işleyen, çalışan, etkili, faal, aktif, dinamik, fiilde bulunan, etkinlik gösteren; "pişmanlık" kelimesi; pişman olma durumu, nedamet; ''pişman kelimesi'' ise, yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülme, nadim olma olarak açıklanmaktadır[4]. Bu açıklamalardan hareketle "etkin pişmanlık" kavramı; kişinin yaptığı kötü bir işten, işlediği hoş karşılanmayan bir fiilinden dolayı hiçbir zorlama ve baskı olmaksızın kendiliğinden nedamet duyması, pişman olması ve bu pişmanlığını iç aleminde muhafaza etmekle iktifa etmemesi, dışa vurması, dış aleme bazı hareketleriyle yansıtması olarak tarif edilebilir[5].

5237 sayılı TCK'nın 168. maddesi, yağma suçu için de bir etkin pişmanlık düzenlemesi getirmiştir. 765 sayılı TCK'nın 523. maddesinin benzeridir fakat farklı bir hükümdür[6].

TCK'nın 168. maddesi, mal aleyhine işlenen bazı suçların yasal indirim nedenidir. Alınan şeyin iadesi veya iadenin olanaklı bulunma-

---

3 Yaşar,Osman/Gökcan,Hasan Tahsin/Artuç,Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, C. 4, s. 4808

4 http://tdkterim.gov.tr/bts/ , E,01.04.2011

5 Cevat Özel, Türk Ceza Kanunu'nda ve Bankacılık Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_430.htm, E: 20.06.2011

6 Malkoç,İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Malkoç Yayınevi, Ankara 2007, C.1, s.1135

dığı hallerde verilen zararın başka yollarla tamamen, mağdurun rızasının olması halinde ise kısmen karşılanması halinde uygulama alanı bulur.

'5237 sayılı TCY'nın 168. maddesinde yer alan "etkin pişmanlık" hükmünün uygulanabilmesi için, maddede sınırlı bir şekilde sayılan suçların işlenmesi halinde, failin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi gerekmektedir.

Anılan madde bu düzenleniş şekliyle, 765 sayılı TCK'nın 523. maddesinden oldukça farklıdır. 765 sayılı TCY'nın 523. maddesi, 29.06.1955 gün ve 10-16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.11.1997 gün ve 248-288 sayılı kararı başta olmak üzere birçok kararında da açıklandığı üzere, "iade ve tazmin esasına" dayalı bir düzenleme iken 5237 sayılı TCY'nın 168. maddesi tazminden çok "pişmanlık" esasına dayanmaktadır. Yasa koyucu da, 5237 sayılı TCY'nın 168. maddesinde, "tek başına iade ve tazmine" değil, "pişmanlık sonucu olan iade ve tazmine" önem vermiştir. Ancak, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulu yerine getirilirken duyulan pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilmesi zorunluluğu bulunmayıp, söz ve/veya davranışlar yoluyla da ifade edilmesi olayın özelliğine göre olanaklı olabilecektir'[7].

Hırsızlık suçlarında suçun işlenmesi sırasında meydana gelen "diğer zararlar" ayrıca "mala zarar verme" suçu kapsamında göz önüne alınacağından, çalınan malın kendisinin iade edilmesi veya tazmin edilmesi halinde fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerini uygulamak suretiyle cezada indiririm yapılması gerekmektedir[8]. Örneğin, evin kapısını kırıp içerden telefon çalan failin, kuşku üzerine telefonu kendiliğinden iade etmesi durumunda hırsızlık suçu yönünden, kapıya verdiği zararı tazmin etmemiş olsa dahi, TCK'nın 168.maddenin uygulanmasına engel değildir, ancak mala zarar verme suçu yönünden engel olacaktır.

---

7 YCGK'nın 27.10.2009 tarih ve 2009/6-132-2009/251 sayılı kararı

8 Esen,Sinan,*Malvarlığına Karşı ve Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanındaki Suçlar*,Adalet Yayınevi,Ankara 2007,s.433

Suça konu olan malın iade veya tazmin edilmesi suçun oluşmasını engellemez, ancak cezadan indirim yapılmasına olanak sağlar. Fail veya suç ortağının yalnızca kendi payına düşen kısmı geri vermiş olması, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için yeterli değildir.

Suçun, teselsülen (zincirleme) işlenmiş olması durumunda, her bir suçu oluşturan malın değeri değil tüm suçtan elde edilen malların hepsinin aynen iadesi veya tüm zararın tazmin edilmesi halinde etkin pişmanlık hükümleriyle uygulama yapılacaktır.

Kullanma hırsızlığında, alınan malın tüm değeri değil yıpranma, yağ, yakıt gibi kullanmadan doğan zarar tutarı esas alınarak tazmin yapılmalıdır.

İade, bizzat fail tarafından eşyanın mağdura verilmesi şeklinde olabileceği gibi, eşyanın iadesinin olanaklı bulunmadığı hallerde mağdurun uğradığı zararın tazmini suretiyle de olabilir[9].

Failin, mağdurun zararını tazmin etmesi, suçunu kabul ettiği anlamına gelmez. Fail, suçu işlediğini kabul etmemekle birlikte her ihtimale karşı mahkûm olması durumunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için zararın tazmini yoluna gidebilir. Bu husus, failin suçu ikrarı anlamına gelmez[10].

İade veya tazmin, doğrudan mağdura yapılabileceği gibi ona ulaştırmasını sağlayacak yakınlarına da yapılabilir. Hatta suça konu eşyanın mağdurun kolaylıkla bulup alabileceği bir yere bırakılması durumunda da iadenin gerçekleştiği kabul edilerek fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanır[11].

Fail veya ortağının, suça konu eşyayı mağdura iade veya zararı tazmin etmek istemesi ancak mağdurun iade ya da tazmini kabul etmemesi durumunda, fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanır[12].

---

9 YCGK'nın 30.9.2003 tarih ve 6-213/235 sayılı kararı

10 Bakıcı, Sedat, *5237 Yasa Kapsamında 'Ceza Hukuku Özel Hükümler-1'*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.940

11 Mağdur P.'nın 22.3.2006 günlü oturumda "olayın olduğu tarihten iki gün sonra çalınan televizyonunun dükkânının önüne bırakıldığını ve kendisinin televizyonu aldığını" belirtmiş olması karşısında; 5237 sayılı TCK.nun 168/4. maddesinin uygulama koşulları tartışılmadan, yazılı biçimde hüküm kurulması, 6.CD, 26.2.2007,2006/15992-2007/2272

12 Parlar,Ali/Hatipoğlu,Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu,* 2.Cilt, Ankara 2007,s.1320, aynı yönde bkz. Malkoç,s.1138, Esen, s.433, Bakıcı, s.941,

Örneğin, fail mağdura ödemeyi teklif etti ancak mağdur almaz ise iade gerçekleşmiş sayılır[13]. Fail veya ortaklarının iade veya tazminini, mağdurun kabul etmemesi durumunda, bu kişilerin görevli mahkemece tayin edilen tevdi mahalline malı teslim etmeleri veya bedelini yatırmaları ya da suça konu eşyanın bedelini mağdurun adresine PTT aracılığıyla göndermeleri durumunda da haklarında etkin pişmanlık hükümleri uygulanır[14].

Yakınana para yerine, senet ya da bono verilmesi halinde geri verme sayılmaz[15], bu durumda bedelin ödenip ödenmediği araştırılmalı, bedeli hangi aşamada ödemişse o aşamaya göre indirim yapılmalıdır[16]. Örneğin, senedi soruşturma aşamasında mağdura veren failin ödemeyi kovuşturma aşamasında yapması halinde TCK'nın168/2.maddesine göre uygulama yapılmalıdır. Hüküm verildikten sonra ödeme ya da icra yoluyla tahsil durumunda ise etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.

III. ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASININ KOŞULLARI

Yargıtay uygulamalarına göre, mala karşı işlenen bazı suçlarda failin mağdurun zararını etkin pişmanlık göstererek iade veya tazmin etmesi nedeniyle, faile verilecek cezada indirim yapılabilmesi için aşağıdaki koşulların bir arada bulunması gerekmektedir;

- 5237 sayılı TCK'nın 168/1.maddesinde tahdidi olarak sayılan suçlardan birisinin işlenmiş olması,
- Suçun tamamlanmış olması,

---

13 Katılan mağaza müdürü Okan'ın emniyette verdiği ifadesinde sanıkların çaldıkları eşyaların bedelini ödemeyi teklif ettiklerini ancak kendisinin kabul etmediğini beyan etmesine, sanık Nevin ile hakkında beraat hükmü kurulan eşi Öcal'ın da yargılamanın tüm aşamalarında ısrarlı ve birbiriyle tutarlı savunmalarında ödeme teklifinde bulunduklarını beyan etmelerine göre sanık lehine TCK'nun 523. maddesinin uygulanmayarak fazla ceza tayini, 11.CD, 14.4.2004, 2003/2036-2004/3188

14 Sanık Niyazi'nin yakalanmasından sonra mağdura ait telefonu sakladığı yerden göstermesi, 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra Niyazi vekilinin yağmaya konu bedelin PTT havalesi ile karşılanmak istenmesi hususlarının 5237 sayılı TCK'nun 168.maddesinin uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin karar yerinde tahlil ve tartışmasının yapılmaması, 1.CD, 10.05.2006, 2005/3996-2006/1904

15 6.CD,18.02.1976, 1163/1175, (Malkoç,s.1138)

16 Bakıcı, s.941

- Failin veya suça iştirak edenin (azmettiren veya yardım eden) bizzat pişmanlık göstererek, aynen iade yada tazmin etmek suretiyle mağdurun zararını gidermesi,
- Failin, aynen iade veya tazmini kendi isteğiyle yapmış olması,
- Aynen iade veya tazminin, kovuşturma başlamadan önce veya kovuşturma başladıktan sonra ancak hüküm verilmeden önce yapılmış olması,

Öğreti ve Yargıtay kararlarına göre, yukarıda belirtilen koşulları açıklamak gerekirse;

1) 5237 sayılı TCK'nın 168/1. Maddesinde Tahdidi Olarak Sayılan Suçlardan Birisinin İşlenmiş Olması;

TCK'nın 168. maddesinde sınırlı olarak sayılan mala karşı işlenen bazı suçlar hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ancak bunların dışındaki bir kısım suçlar ise bu düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre; etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı suçlar; hırsızlık (md.141-147), yağma (md.148-150), mala zarar verme (md.151-152),[17] güveni kötüye kullanma (md.155), dolandırıcılık (md.157-159), hileli iflas (md.161), taksirli iflas (md.162), karşılıksız yararlanma (md.163) ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (md. 245/1) olmak üzere sınırlayıcı olarak belirtilmiştir.

Elektrik hırsızlığı suçu TCK'nın 142/1-f maddesinde düzenlendiğinden idarenin zararının giderilmiş olması halinde etkin pişmanlık hükümleri bu suç için de uygulanır. 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren ve 5560 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 5237 sayılı TCK'nın 245. maddesine eklenen 5. fıkra uyarınca aynı Yasanın 1. fıkrasında belirtilen başkasına ait banka veya kredi kartını ele geçirme, elinde bulundurma, kullanma veya kullandırtma fiilleri ile ilgili olarak malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Bu hüküm uyarınca, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanma suçunda da TCK'nın 168.maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri

[17] Sanığın, hakkında kovuşturma başlamadan önce kırdığı camın bedelini ödeyerek taktırması karşısında; 5237 sayılı TCK.nun 152/1 ve etkin pişmanlığa ilişkin 168. maddelerinin uygulanması gerektiği buna göre de 5237 sayılı TCK.nu hükümlerinin sanık lehine olacağının gözetilmemesi, 9.CD, 28.3.2006, 2006/263-2006/1884

uygulanır hale gelmiştir[18]. Ancak TCK'nın 245/2 ve 3. fıkralarında düzenlenen suçlarla ilgili olarak TCK'nın 168. maddesi uygulanmaz[19].

Yasalarımıza göre, mala karşı işlenen suçlar kapsamında düzenlenmesine rağmen TCK'nın 168. maddesine göre etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayacağı suçlar ise şunlardır; hakkı olmayan yere tecavüz etme (md.154), bedelsiz senedi kullanma (md.156), kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf etme (md.160), şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme (md.164), bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi hakkında[20] (md.165), bilgi vermeme (md.166) ve ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (md.153). Etkin pişmanlık hükümleri uygulanacak suçların TCK'nın168/1. maddesinde tahdidi olarak tek tek sayılmış olması ve anılan Yasanın 153.maddesinde düzenlenen ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunun da TCK'nın 151. maddesinden ayrı ve bağımsız olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, kanaatimizce, bu suç yönünden, failin verdiği zararı tazmin etmesi durumunda dahi TCK'nın168/1. maddesi hükümlerinden faydalanamayacaktır. Doktrindeki görüş de bu yöndedir[21].

2) Suçun Tamamlanmış Olması;

TCK'nın 168. maddesine göre etkin pişmanlık hükümleri suçun tamamlanmasından sonra uygulanacaktır. Suç tamamlandıktan sonra failin pişmanlık göstererek, suçtan elde edilen eşyayı geri vermesi veya mağdurun zararını tazmin etmesi halinde, etkin pişmanlık hükümle-

---

18 Hükümden sonra, 19.12.2006 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5560 Sayalı Yasanın 11. maddesi ile 5237 Sayılı Yasanın 245. maddesine eklenen "Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun mal varlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır" hükmü uyarınca; zararı tazmin suretiyle gideren sanığın hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunması, 11.CD, 07.02.2007, 2006/7920-2007/603

19 Mal varlığına ilişkin suçlarda etkin pişmanlığı düzenleyen TCK. nun 168. maddesinin, anılan yasanın 245/3. maddesinde yazılı sahte oluşturulmuş kredi kartını kullanmak suçunda uygulanmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması, sanıklar aleyhine temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. 11.CD, 30.01.2007, 2006/8667-2007/335

20 TCK'nın 165.maddesi ile yapılan uygulamada aynı Yasanın 168.maddesine göre indirim yapılamayacağının gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. 13.CD, 01.12.2011, 2011/21086-2011/7377

21 Bakıcı, s.937, Parlar/Hatipoğlu, s.1318

ri uygulanabilir[22]. Maddenin açık hükmü karşısında artık 5237 sayılı TCK döneminde, teşebbüs(kalkışma) aşamasında kalan suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma olanağı yoktur[23]. Buna göre örneğin, failin, mağdurdan bir şey alamadan yakalanması veya işyerinden aldığı eşyayı polislerin gelmesiyle atıp kaçması ya da götürebileceği eşyayı bırakıp kaçması gibi durumlarda, suç kalkışma(teşebbüs) aşamasında kaldığından, etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde teşebbüs, 'kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması' şeklinde tanımlanmıştır. İcrasına başlanan ancak elde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçlara, teşebbüs halinde kalmış suçlar denilmektedir[24].

Fail, kendi isteğiyle icra hareketlerini yarıda bırakır veya suçun tamamlanmasını yada neticenin gerçekleşmesini önlerse bu durumda TCK'nın 168. maddesi değil aynı Yasanın 36. maddesinin (gönüllü vazgeçme hükmü) uygulanması gerekir[25].

3) Failin, Suça Azmettiren veya Yardım Edenin Bizzat Pişmanlık Göstererek Mağdurun Uğradığı Zararı Aynen Geri Vermek ya da Tazmin Etmek Suretiyle Gidermesi;

Bizzat pişmanlık göstermek ibaresi yeni bir kavramdır. Maddenin lafzına göre, fail veya ortaklarının iade veya tazmini bizzat pişmanlık göstererek yapmış olmaları gerekir. Ancak bu yorum uygulamada değişik sorunlara yol açacaktır[26]. Kanaatimize göre, iade veya taz-

---

22 Tezcan,Durmuş/Erdem,Mustafa Ruhan/Önok,R.Murat,*Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi,Ankara, 2006, s.587

23 Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda TCK'nın 168. maddesinin uygulamayacağının gözetilmemesi, 13.CD, 09.01.2012, 2011/4456-2012/27; 5237 sayılı TCY.nın 5377 sayılı Yasayla değişik 168.maddesi; bu maddede belirtilen malvarlığına karşı suçların tamamlanmasından sonra gerçekleşen etkin pişmanlık durumunda uygulanabileceğinden ve eylem kalkışma aşamasında kalıp, sanık tarafından henüz istediği paranın alınmamış olması nedeniyle ve sanığın pişmanlık göstererek zararı tazmini söz konusu olmadığından, ayın Yasanın 36. maddesinde tanımlanan gönüllü vazgeçmenin koşulları da bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesi benimsenmemiştir. 6.CD, 08.09.2005, 10071/7166

24 Koca,Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.384

25 Parlar /Hatipoğlu, s.1319

26 Arslan,Çetin/Azizağaoğlu,Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*,Ankara 2004, s.637

minin mutlaka sayılan kişiler tarafından yapılması zorunlu değildir. Failin kendisinin, eşyayı iade veya zararı tazmin edebileceği gibi failin görevlendirdiği bir başkası da tazmin veya iade edebilir[27]. Çeşitli nedenlerle failin bizzat iade olanağı yoksa örneğin, fail, hastalanmış, sakat kalmış ya da tutuklanmış ise bizzat iadesi, kabul edilen anlamıyla olanaksız hale gelecektir. O nedenle kanundaki 'bizzat' ibaresini, failin bizzat irade, izin ve onayı ile onun adına hareket eden kişiler vasıtasıyla iade veya tazmin anlamında da kabul etmeliyiz.[28] Yargıtay da, sanığın ailesi,[29] babası[30] ve amcası[31] tarafından yapılan iade ve ya tazmin hallerinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, bunlardan birisi veya birkaçı iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirirse, diğer suç ortakları bu yerine getirmeye karşı çıkmadıkları takdirde o kimseler de, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanırlar. Etkin pişmanlık kişisel bir ceza indirim nedeni olmakla birlikte, iştirak halinde işlenen suçlarda, fail veya suç ortaklarından birisinin geri verme veya tazmini gerçekleştirmesi, diğerlerinin bu maddeden yararlanma olanağını fiilen kaldırdığından buna engel olmak için pişmanlık gösteren diğer fail veya suç ortakları hakkında da TCK'nın 168. maddesi uygulanmalıdır.[32] Örneğin, faillerden birinin mağdurdan yağmaladıkları telefonu aynen geri vermesi durumunda diğer fail için iade edecek bir mal söz konusu olmayacak, mağdura telefonun bedelini vermesi durumunda ise mağdura iki kez ödemede bulunulmuş olacaktır. Yargıtay'ın son zamanlardaki uygulamalarında 765 sayılı TCK'nın 523. maddesine paralel bir şekilde karar verildiği, ortaklardan birisinin zarar gidermesi halinde diğerlerinin de yararlandığı gözlemlenmektedir[33]. Aksi bir düşünüş tarzında suça iştirak etmiş ortaklardan birisinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandığı durumlarda, diğerlerinin yararlanama-

---

27 Soyaslan,Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler,* Yetkin Yayınevi, Ankara 2005, s.380

28 Malkoç, s.1136, Parlar /Hatipoğlu,s.1320

29 6.CD, 07.06.2007, 2006/920-2007/7136

30 6.CD, 21.02.2007, 2006/1205-2007/2085

31 9.CD, 26.09.2007, 2006/8688-2007/6755

32 Tezcan/Erdem/Önok, s .632

33 Yağma suçu nedeniyle zararın soruşturma aşamasında diğer sanık Osman'ın ailesi tarafından karşılandığının anlaşılması karşısında, sanık Bilal hakkında da TCK 168/3 madde gereğince 1/2 oranında indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde indirim yapılarak fazla ceza tayini, 1.CD, 20.01.2011, 2011/465-2011/19

ması gibi bir durum ortaya çıkar ki, bu hususun da adalet anlayışıyla ve eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.[34] Bazı yazarlar ise aksi görüştedir.[35]

Ödemede bulunan kimsenin yalnızca kendi payına düşeni değil, mağdurun eşyasının tamamını geri vermesi veya tazmin etmesi gerekir.

TCK'nın 37.maddesine göre **fail,** suça ilişkin kanuni tarifteki hareketleri gerçekleştirerek suçu işleyen kimsedir. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Yasalarımıza göre, fail, ancak insan olabilir.

Azmettirme, TCK'nın 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre azmettirme; belirli bir suçu işleme konusunda henüz bir fikri olmayan kişinin, başkası tarafından etkilenerek suç işleme kararı aldırılmasıdır. Azmettiren kişi, fiilen suçun işlenmesine iştirak etmediği halde, kendisinde suç işleme fikri bulunmayan bir kişinin iradesini etkileyerek suç yoluna sokması nedeniyle cezalandırılmaktadır. Azmettirmenin varlığı için, daha önce bir suçu işleme konusunda kararı bulunmayan bir kişide suç işleme kararının oluşması sağlanılmış olunmalıdır.

Yardım etme ise, TCK'nın 39. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre suça yardım eden kişi, suçun icra hareketlerine bizzat katılıp fiil üzerinde etkinlik sağlamaması nedeniyle fail veya müşterek fail durumunda olmadığı halde, suçu kolaylaştırıcı hareketleri dolayısıyla cezalandırılan suç ortağı/şeriktir. Yardım etme, manevi ve maddi yardım olarak yapılabilir. TCK'nın 39. maddesinin 2. fıkrası uyarınca aşağıdaki hâllerde suça yardım mevcuttur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek,

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak,

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

Aynen Geri verme: Alınanın alındığı andaki hali, şekli, değeri ile

34 Tezcan/Erdem/Önok, s.588
35 Soyaslan, s.381

iade edilmesi demektir. Çalınan cep telefonunun kendisinin yakınana geri verilmesi gibi. Çalınan hayvanın kesilmiş hali ile iadesi ise aynen iade sayılmaz.

Tazmin: Aynen geri verme olanağı bulunmayan hallerde, suç konusu malın eşdeğerini, aynı miktarını, bedelini para ya da başka bir eşya ile karşılamak demektir.[36]

Kural olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için alınan şeyin aynen iadesi veya bunun olanaksız olması durumunda ise tazminin tamamen zararı giderecek nitelikte olması gerekir. Örneğin, failin, çaldığı cep telefonu sim kartı olmadan ya da yağmaladığı otomobili hasarlı olarak mağdura iade etmesi durumunda, tam iadeden bahsedilmeyecek[37] ancak kısmi iadeden söz edilebilecektir.

Kısmi iade, bir şeyin tamamının değil bir kısmının iade veya tazmin edilmesidir. TCK'nın 168/4. maddesinde düzenlenen kısmi iade veya tazmin durumunda, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, mağdurun rızasının bulunması gerekir.[38] Mağdur kısmi iadeyi kabul etmez ise, bu durumda fail veya ortağı hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır. Kısmi iadeden ne kastedildiğine ilişkin yasa maddesinde ve gerekçesinde herhangi bir açıklama yoktur. Bu nedenle uygulamada sıkıntı oluşturabilecek yerinde olmayan bir düzenlemedir. Anılan maddede, kısmen iade veya tazmin oranı açıkça yazılmadığı için suçtan sağladığı faydanın binde birini iade edip herhangi bir şekilde mağdurun rızasını alan fail, ceza indirimden faydalanacaktır. Bu da özellikle mala karşı suçlardan geçimini sağla-

---

36 Malkoç, s. 1137

37 Sanığın, hükmü temyiz etmeyen arkadaşı ile birlikte yakınanın otomobilini 11.01.2001 günü İstanbul'dan çalarak ertesi gün Çatalca İlçesinde boş bir arazide jant, lastik ve aküsünü söktükten sonra terk ettikleri, 16.3.2001 günlü Emniyet üst yazısına göre, otomobilin 12.01.2001 günü bu haliyle bulunup yakınana verildiği, olaydan iki ay sonra yakalanan sanık ve arkadaşının yer göstermesi üzerine başka bir otomobile takılmış olan jant, lastik ve akünün kullanılmış biçimde yakınana teslim edilmesi karşısında; 765 sayılı TCY'nın 523/1. maddesinin uygulama koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, iade nedeniyle ceza indiriminde bulunulması, 6.CD,23.2.2006, 2004/1203-2006/1674

38 Sanıkların Antalya ili Manavgat ilçesinde kendiliklerinden kolluk görevlilerine teslim olup suçlarını kabul ederek suça konu teybi sakladıkları yeri açıklayıp, ana parçası hariç iadesini sağladıklarının anlaşılması karşısında, mağdurdan kısmi iade nedeniyle rızası sorularak sonucuna göre TCY'nın 168/1-4. maddesinin uygulanması gerekip gerekmeyeceğinin tartışılmaması. 6.CD, 21.09.2006, 2006/5176-2006/8512

yan, suçu meslek edinen fail ya da yakınlarınca mağdurlara baskı yapılmasına yol açacaktır.[39] Kanaatimizce kısmi iadeden söz edebilmek için, suça konu malın önemli bir kısmının iade veya tazmin edilmesi gerekir. Yargıtay da bir kararında 'mağdurun otomobilini içindeki eşyayla yağmalayan sanığın babasının 50 YTL getirip vermesini TCK'nın 168/4. maddesi anlamında kısmi iade saymamış[40], başka bir kararında da "kısmi iade hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun rızasının yanında, iade edilen kısmın yağmalanan şeyin önemli bir bölümünü oluşturması gerektiği ve yağmalanan malın çok küçük bir kısmının iadesinde "kısmi iade" hükümlerinin uygulanamayacağını" belirtmiştir.[41] Kısmî iadede, etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasında mağdurun rızasının aranmasının yerinde olmadığı, bunun yerine indirim oranının daha düşük tutulmasının daha uygun olabileceği Özbek tarafından ileri sürülmüştür.[42]

Failin yakalandığında, mağdurdan yağmaladığı cep telefonunu ve paradan, cep telefonunu iade etmesi ve mağdurunda kısmi iade nedeniyle failin etkin pişmanlık hükmünden yaralanmasına rıza göstermesi durumunda, fail hakkında 5237 sayılı TCK'nın 168/3-4. maddesinin uygulanması gerekir.[43] Yine suça konu eşyadan bir kısmının fail tarafından giderilmiş olması halinde, kısmi iade nedeniyle mağdurun rızası sorularak 5237 sayılı TCK'nun 168/4. maddesi yollamasıyla aynı Yasanın 168/3. maddesinin fail hakkında uygulanması gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir.[44]

Kısmi iade veya tazminin, yargılamanın hangi aşamasında gerçekleştirildiğine bakıp ona göre uygulama yapılmalıdır. Örneğin, mağdurunda kısmı iadeye rıza göstermesi koşuluyla, fail, soruşturma aşamasında kısmi iade veya tazminde bulundu ise indirim oranı, soruşturma aşamasına, ya da suça konu cep telefonu üst aramasında ele geçti ama parayı kovuşturma aşamasında kendiliğinden teslim ederse, kovuşturma aşamasına göre belirlenmelidir.

---

39 Arslan/Azizağaoğlu, s. 637
40 6.CD, 08.10.2008, 2008/6088- 2008/16583
41 6.CD, 19.03.2009, 2008/12722-2009/5342
42 Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 2, Sonbahar 2004, s.124
43 6.CD, 21.06.2010, 2009/9991-2010/10239
44 6.CD, 07.10.2008, 2007/20941- 2008/1638

Şikayetten vazgeçme ile kısmi iadeye rıza, birbirinden farklıdır. Mağdurun, fail hakkında şikayetçi olmaması kısmi iadeye rıza gösterdiği anlamına gelmez. Fail hakkında şikayetçi olmayan mağdur kısmi iadeye rıza göstermeyebilir.

Tam tazmin veya iadede etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için mağdurun rızasına gerek yoktur ama kısmi iade veya tazmin varsa mutlaka mağdurun açıkça failin etkin pişmanlıktan faydalanması için rıza göstermesi gerekmektedir.[45]

Yargıtay, 765 sayılı Yasa döneminde, iade veya tazmin nedeniyle failin, indirim hükümlerinden yararlanabilmesi için mağdurun zararı ile beraber aynı zamanda suç eşyasını satın alan[46] kimsenin de zararının giderilmesini gerektiğini belirtirken[47] 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasa döneminde mağdurun zararının giderilmesini yeterli görmüştür.[48] Artık bu dönemde falin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için suça konu eşyayı satın alan kimsenin zararını gidermesi gerekmemekte, sadece mağdurun zararını gidermesi yeterli görülmektedir.[49] Yargıtay'ın bu dönemdeki içtihat değişikliğine 765 sayılı TCK'nın 523. maddesinde "mutazarrının" zararının giderilmesi cümlesine karşılık 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde "mağdurun" zararının giderilmesi kelimesinin geçmesi-

---

45 Noyan,Erdal, *Hırsızlık ve Yağma Suçları*,Bilge Yayınevi,Ankara 2005 s.389

46 Sanığın çaldığı bisikleti sattığı ve hakkında cürüm eşyasını satın almak suçundan beraat hükmü kurulan satın alan Zülfikar'ın dava açılmadan önce zararının karşılanıp karşılanmadığı araştırılmadan eksik soruşturma sonucu TCK'nun 523. maddesinin lehe hükümlerinin uygulanması, 11.CD, 11.05.2004, 2003/4490-2004/4118

47 Çalıntı cep telefonlarını satın alan kişilerin zararlarının tam olarak giderilmediği gözetilmeden, sanık hakkında TCK'nın 523/1. maddesiyle uygulama yapılması, 6.CD, 8.2.2005, 2003/11161-2005/1128

48 Sanığın, suça konu cep telefonunu 40.00 TL'ye satın alan ve zararı giderilmeyen tanık Ahmet Hilmi Sancak'ın işyerini göstererek suça konu telefonunun yakınana teslimini sağladığının anlaşılması karşısında; sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 168/3.maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeyerek, satın alanın zararının giderilmediğine ilişkin yerinde olmayan gerekçe ile yazılı biçimde uygulama yapılması, 6.CD,08.04.2010, 2009/3845-2010/3898

49 Sanıkların, suça konu eşyadan cep telefonunu satın alan tanık Kenan Temurcan'ın işyerini göstererek telefonunun yakınana teslimini sağladıklarının anlaşılması karşısında; kısmi iade nedeniyle yakınanın rızası sorularak 5237 sayılı TCK'nun 168/4.maddesi yollamasıyla aynı Yasanın 168/3.maddesinin sanıklar hakkında uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılmaması, 6.CD, 26.05.20010, 2009/15563 -2010/7536

nin etkili olduğunu düşünmekteyiz. Zarar gören kavramına, mağdur ve suça konu eşyayı satın alan girdiği halde mağdur kelimesi daha dar bir anlam içermektedir. Ancak 765 sayılı TCK'nın 523. maddesindeki uygulamanın daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. Zira bu yoruma göre kuşku üzerine yakalanan failin telefonu sattığı yeri göstermesi ve kolluk tarafından da telefonun satın alan kişiden alınıp yakınana geri verilmesi durumunda fail, sattığı kişinin zararını karşılamasa da etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacaktır.

4) Failin, Aynen İade veya Tazmini Kendi İsteğiyle Yapmış Olması;

Failin, geri verme veya tazmini, serbest iradesiyle, isteyerek, kendiliğinden gerçekleştirmiş olması gerekir.[50] Örneğin, failin, suça konu malı kendisinin getirip yakınana vermesi ya da verilmek üzere kolluğa teslim etmesi veya kuşku üzerine yakalandığında ifade verirken suçu ikrar edip suça konu eşyanın yerini göstererek[51] veya sakladığı yeri bildirerek[52] malın sahibine iadesini sağlaması gibi.[53]

Ancak, fail iadeyi isteyerek yapmamış ise, bu durumda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır. Örneğin, iade ve tazminin cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası hilafına veya ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce giderilmesi, failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu eşyanın ele geçirilmesi, kaçarken yakalanan failin üzerinde ele geçmesi gibi hallerde failin gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden 5237 sayılı TCY'nın 168. maddesinin uygulanma koşulları oluşmayacaktır.[54] Yine yakalanan failin üstü aranırken eşyanın ele geçmesi veya kolluk güçlerinin

50 Sanığın yakınanın başvurusu bulunmadan başka bir suç nedeniyle yakalandığında yükletilen suçu ikrar edip çaldığı av tüfeğinin iadesini sağlamış olması karşısında, 5237 sayılı TCK'nun 168.maddesinin uygulanma olanağının karar yerinde tartışılmaması, 6.CD,17.10.2006, 2006/2061-2006/9954

51 Kuşku üzerine yakalanan sanığın suçunu kabul edip, yer gösterme yaparak çalıntı uydu cihazının henüz başvurusu bulunmayan yakınana iadesini sağladığının anlaşılması karşısında; yasal koşulları gerçekleşen 765 sayılı TCK'nun 523.maddesi ile uygulama yapılmaması, 6.CD, 01.11.2007, 2005/17974-2007/11154

52 6.CD, 19.04.2007, 2006/17152-2007/5099

53 Katılan kurumun yazılı şikâyeti olmadan, sanığın yer göstererek çalınan malların iadesini sağlamış olması karşısında; TCK'nun 523. maddesinin uygulama olanağının karar yerinde tartışılmaması. 6.CD, 28.4.2005, 2004/10476-2005/4155

54 YCGK'nın 27.10.2009 tarih ve 2009/6-132-2009/251 sayılı kararı

ya da mağdurun araştırması sonucu eşyanın bulunması durumunda[55] veya sanığın, tanık tarafından yakalanıp suça konu eşyaya elkonulması[56] ya da elkoymanın kaçınılmaz olduğu durumlarda[57] rızai iadeden söz edilemeyecektir.

Fail yada suç ortağının kaçarken eşyayı atması[58] veya düşürmesi veya yakalanması sonucu mala elkonulması hallerinde de failin pişmanlığından söz edilemez.[59] Yine fail, suçüstü yakalanmanın sonucunda malı teslim etmek zorunda kalmış ise iade söz konusu değildir.[60]

5) Aynen İade veya Tazminin Kovuşturma Başlamadan Önce ya da Kovuşturma Başladıktan Sonra Ancak Hüküm Verilmeden Önce Yapılmış Olması;

TCK'nın 168. maddesine göre, etkin pişmanlıkta bulunma zamanı iki aşamada olabilir. Birincisi soruşturma, ikincisi ise kovuşturma aşamasıdır. İade veya tazminin hangi aşamada olup olmadığı faile verilecek cezada etkin pişmanlık nedeniyle yapılacak ceza indiriminde, indirim oranları açısından önemlidir. Soruşturma aşamasında yapılan iade veya tazmin durumunda indirim oranları kovuşturma aşamasına göre daha yüksektir.

5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinin 1. fıkrasında sayılan suçlarda, etkin pişmanlığın soruşturma aşamasında gerçekleşmesi halinde,

---

55 Suça konu cep telefonunun olay yerine gelen kolluk tarafından parkta yapılan arama sonucunda bulunduğunun anlaşılması karşısında; pişmanlık göstererek geri verme bulunmadığı gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde 5237 sayılı TCY.nın 168/1. maddesiyle uygulama yapılması, 6.CD, 16.04.2007, 2006/8792-2007/4805

56 Sanığın, tanık Lokman Aras tarafından yakalanıp suça konu cep telefonuna el konulduğu, isteğe dayalı bir iade olmadığı ve yasal koşulları gerçekleşmediği halde, TCK.nun 168/1. maddesinden yararlandırılması; karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. 6.CD, 19/02/2008, 2007/8592-2008/1696

57 Sanığın, yakınan tarafından yakalandığında el konulmasının kaçınılmaz olduğu bir durumda çaldığı parayı çıkartıp geri vermesinde etkin pişmanlık hükümleri koşullarının gerçekleşmediği gözetilmeden TCK'nun 168/1.maddesi ile indirim yapılması, 6.CD,30.03.2010, 2007/7019-2010/3317

58 Sanığın, yağmaladığı çanta ile kaçarken peşine düşen kolluk güçlerinden kurtulmak için çantayı atması biçimindeki eyleminde 5237 sayılı TCK'nın 168/3. maddesindeki etkin pişmanlıkla iadenin koşulları oluşmadığı gözetilmeden anılan madde ile indirim yapılması, 6.CD, 24.03.2010, 2006/18183- 2010/3090

59 Meran, Necati, *Sahtecilik ,Malvarlığı, Bilişim Suçları*,Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.352

60 Soyaslan, s.381

cezanın cezanın üçte ikisine kadar, kovuşturma aşamasında gerçekleşmesi halinde ise cezanın yarısına kadarının indirileceği, aynı Yasanın 168. maddesinin 3. fıkrasında ise yağma suçlarında, etkin pişmanlığın soruşturma aşamasında gerçekleşmesi halinde cezanın yarısına kadar, kovuşturma aşamasında gerçekleşmesi halinde ise üçte birine kadarının indirileceği belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK'nın 2. maddesine göre, soruşturma aşaması; iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, kovuşturma aşaması ise, iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder. Aynı Yasanın 174.maddesinde onbeş gün içinde iade edilmeyen iddianamenin kabul edilmiş sayılacağı, 175. maddesinde ise iddianamenin kabulü ile kamu davasının açılacağı ve kovuşturma evresinin başlayacağı hükümlerine yer verilmiştir.

TCK'nın 168. maddesine göre etkin pişmanlık hükümlerinden failin yararlanabilmesi için, iade veya tazminin en geç hüküm verilmezden önce gerçekleştirilmesi gerekir.[61] Burada hüküm verilmezden önce ibaresinden kararın kesinleşmesinden önceki son hüküm olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Hüküm verilip kararın temyiz edildikten sonra dosyanın Yargıtay aşamasında olduğu dönemde yapılan iade veya tazmin durumunda sırf bu nedenle bozma yapılamayacağıdır. Dosya, Yargıtay tarafından bozulup döndükten sonra iade veya tazminin yapılması durumunda failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay bozmasından sonra failin pişmanlık göstererek yapmış olduğu iade ve tazminde de TCK'nın 168. maddesi uygulanır.[62] Çünkü ne maddede ne de gerekçesinde hüküm verilmezden ibaresini, ilk hüküm olarak anlamaya yol açacak bir ifade bulunmamaktadır. Bu nedenle, iade veya tazminin "ilk hükmün verilmesinden önce" yapılması gerektiği tarzındaki gibi bir yorum fail aleyhine sonuç doğuracaktır.

---

61 5237 sayılı Yasanın 168. maddesinin 2. fıkrasına göre etkin pişmanlığını kovuşturma başladıktan ancak hüküm verilmezden önce gösterilmesi gerekmesine ve hükümlünün de yakınanın zararını hüküm verildikten sonra temyiz yoluna başvurulması aşamasında giderdiği anlaşıldığından (Reddi), 6.CD, 04.07.2006, 2005/16954-2006/7164

62 Sanık hakkındaki 20.10.2005 tarihli hükmün, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 19.06.2006 tarihli kararıyla bozularak ortadan kalktığı ve yeni hüküm kurulmadan önce de yakınanın zararının giderilerek etkin pişmanlık koşullarının sağlandığının anlaşılması karşısında, tebliğnamedeki eleştiri düşüncesi benimsenmemiştir. 6.CD, 03.11.2008, 2007/24949-2008/18596

Aksi görüşte olan bazı yazarlar[63] TCK'nın 168. maddesinde belirtilen iade veya tazminin "ilk hükmün verilmesinden önce" yapılması gerektiğini, Yargıtay'da dosya bozulup döndükten sonra yapılan iade ve tazmin durumunda bu hükmün uygulanamayacağını, zira artık failin etkin pişmanlığından değil sırf ceza indiriminden faydalanmak amacıyla iade veya tazmin yoluna başvurduklarını belirtmişlerdir.

İadenin veya tazminin gerçekleşip gerçekleşmediği[64] ve hangi aşamada[65] gerçekleştirildiği kuşkuya yer bırakmayacak biçimde netleştirilmeli ve ona göre TCK'nın 168. maddesinin 1 veya 2. fıkrası uyarınca uygulama yapılmalıdır.[66]

Yine Yargıtay uygulamasına göre,[67] fail kesinleşen ilk hükümde suça konu malı iade etmemiş olsa bile, dosyanın Yargıtay incelemesinden geçmek suretiyle ya da geçmeden kesinleşmesinden sonra yürürlüğe giren yeni yasa nedeniyle lehe yasanın tespiti amacıyla yapılan uyarlama yargılaması sırasında iade veya tazmin eder ise, TCK'nın 168 maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanacaktır.[68] Bu husus özellikle önceki yasa döneminde iade ve tazmin

---

63 Malkoç, s.1136, Esen, s. 434

64 Sanığın 29.7.2005 günlü oturumda katılanın zararını 2003 yılında giderdiğini beyan etmesi karşısında; katılanın zararının giderilip giderilmediği, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı araştırılıp, tartışılmadan ve 5237 Sayılı TCK. nun 53. maddesi uygulamasının aleyhe sonuç doğurduğu da gözetilmeden 5237 Sayılı Yasanın lehe olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması, 11.CD, 20.09.2006, 2006/4885-2006/7379

65 Sanığın 20.05.2003 tarihli oturum ile 09.02.2004 havale tarihli temyiz dilekçesinde şikayetçilere olan borçlarının tamamını ödediğini beyan etmesi karşısında, kovuşturma aşamasında zararın kısmen veya tamamen giderilip giderilmediği hususunun, sanığın gösterdiği tanıklar dinlenip, şikayetçilerden de sorulmak suretiyle 5237 sayılı TCK.nın 168. maddesinin uygulanma koşulunun bulunup bulunmadığının araştırılmaması, 11.CD, 13.12.2007, 2007/2137-2007/9271

66 Hükümlü müdafiinin, 22.05.2006 havale tarihli temyiz layihasında mağdurun zararının giderildiğini bildirilip, dilekçesi ekinde buna ilişkin 20.03.2006 günlü 1668 nolu alındı belgesinin fotokopisini ibraz ettiği anlaşıldığından 5237 Sayılı Yasanın 168/2. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılıp sonucuna göre lehe yasanın tespiti ile hükümlünün hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunması,

11.CD, 21.03.2007, 2007/313-2007/1996

67 YCGK, 27.05.2008 2008/11-127, 2008/147, (Şirin,Osman/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç,Gürsel/Özdemir, Muzaffer/Erel, Kemalettin, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu,* Adalet Yayınevi, 2008, s.410)

68 Bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucu, hükümlünün 30.01.2006 havale tarihli dilekçe içeriği ve ekindeki 18.01.2006 günlü bankanın alacağının bulunma-

etmenin önemi olmadığı ancak yeni yasa döneminde önemli olduğu yağma suçu bakımından önemlidir.

IV. 5237 SAYILI TCK'NIN 168.MADDESİNİN 765 SAYILI TCK'NIN 523.MADDESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde düzenlenen bazı mala karşı işlenen suçlarda iade veya tazmin nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceğine ilişkin benzer düzenleme 01.05.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'nın 523.maddesinde yer almaktaydı, ilgili madde şöyle idi; "***Madde 523-****Bu babın birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fasıllarında ve 516 ncı maddenin birinci fıkrasında ve 518 ve 519 ve 521 inci maddelerinde beyan olunan cürümlerden birini işleyen kimse kendi hakkında bir güna takibat icrasına başlanmadan evvel aldığını iade eylerse yahut işlenen fülin mahiyetine ve sair ahvale nazaran red ve iade kabil olmadığı takdirde mutazarrının zararını tamamen tazmin ederse göreceği ceza üçte birden üçte ikiye kadar indirilir.*

Eğer bu red ve iade veya tazmin hususi takibat esnasında fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel vukubulursa failin göreceği ceza altıda birden üçte bire kadar indirilir.

(Ek: 6.6.1991 – 3756/18 md.) 494 üncü maddenin 2,3 ve 4 numaralı bentleri ile 521 a ve 521 b maddelerinde yazılı cürümlerden dolayı da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır."

Bu iki Yasa düzenlemesi arasındaki farklara bakacak olursak, bunlardan birincisi, 765 sayılı TCK'nın 523. maddesinde etkin pişmanlık hükümleri, kullanma hırsızlığı dışında kalan hırsızlık, dolandırıcılık, iflas, emniyeti suistimal, cürüm eşyasını satın almak ve saklamak, nası ızrarın basit hali ve karşılıksız yararlanma suçlarında kabul edilmişken, 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde, hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ve karşılıksız yararlanma suçu ile yağma suçlarında kabul edilmiştir.

---

dığına dair cevabı karşısında; karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 Sayılı Yasanın 168/2. maddeleri ile ilk kez lehe kabul olunan ektin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı araştırılıp, tartışılmadan 5237 Sayılı Yasanın aleyhe olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması,
11.CD, 31.01.2007, 2006/8218-2007/435

765 sayılı TCK'nın 523. maddesinde, yağma suçunda etkin pişmanlığa yer vermemişken 5237 sayılı TCK'nın 168.maddesinde bu suç yönünden de etkin pişmanlığa yer vermiştir. Bu düzenleme yerinde olmuştur.

765 sayılı TCK'nın 523. maddesinde, cürüm eşyasını satın alma ve bedelsiz senedi kullanma suçlarında etkin pişmanlığa yer vermişken, 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde bu suçlar yönünden yer vermemiştir. Bu husus doktrinde eleştirilmiştir[69].

765 sayılı TCK'nın 523. maddesinde, kısmi iade halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanmaz iken, 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde mağdurun rızasının olması koşuluyla, kısmen iade durumlarında da etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir.

765 sayılı TCK'nın 523. maddesinde, sadece soruşturma aşamasında, kamu davası açılmadan önce iade veya tazmin durumunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğini öngörmüşken 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde kovuşturma aşamasında da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği hükme bağlanarak uygulama alanı genişletilmiştir.

29.6.1955 gün 10-16 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere, 765 sayılı TCK'nın 523. maddesi failin pişmanlığına değil, daha ziyade iade veya tazmin esasına ve mağdurun zararının giderilmesini sağlamaya yönelik bir ilkeye dayanmakta iken 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesi, failin pişmanlığına dayalı iade veya tazmin esasına yönelik bir ilkeye dayanmaktadır.[70]

V. ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA SIRASI VE İNDİRİM ORANLARI

5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine göre failin, işlediği mala karşı suçlar nedeniyle ceza hükümlerinin uygulanmasında aşağıdaki sıra takip edilecektir; temel ceza (md.141,142,148,149,151,152, 157,158 vs.), daha ağır cezayı gerektiren hal(md.143), daha az cezayı gerektiren nitelikli haller(md.145/1, 146, 150/1), teşebbüs(md.35), iştirak (md.37,39), zincirleme suç(md.43), yaş küçüklüğü (md.31,33), akıl has-

69 Koca, *5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar*, s.91
70 Esen, s.433

talığı (md.32), cezayı indirici şahsi haller (md.168) ve takdiri indirim nedeni (md.62)[71].

TCK'nın 168. maddesiyle suç tamamlandıktan sonra fail veya ortağının iade veya tazminde bulunması durumunda hangi oranda indirim yapılacağı hususu suçlara göre ve iade veya tazminin yapıldığı zamana göre ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur[72].

Fail, iade veya tazmini suç tamamlandıktan sonra ve fakat hakkında kovuşturma başlamadan önce yaparsa, fail veya ortağı hakkında farklı bir indirim oranı uygulanacak; kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden evvel iade veya tazmin gerçekleştirilirse farklı bir indirim oranı uygulanacaktır.

Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı;[73] aynı suçlarla ilgili etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde ise, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

Failin işlediği suç, yağma suçu ise; failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmini, suçun tamamlanmasından sonra fakat kovuşturma başlamadan önce gerçekleştirmesi halinde, faile verilecek cezanın yarısına kadarı;[74] anılan suçla ilgili iade veya tazmini kovuş-

---

71 Bakıcı, Sedat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 1175

72 Artuç, Mustafa, *Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.737

73 5237 sayılı TCK'nun 168/1.maddesi uyarınca yapılacak indirimin 1/2 oranından fazla olması gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde 1/3 oranında indirim yapılması, 6.CD, 26.10.2010, 2010/1845-2010/16713

74 Yağma suçunda, soruşturma sırasında yapılan iade nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nun 168/3.maddesi uyarınca en fazla ½ oranında indirim yapılabileceği gözetilmeden 2/3 oranında indirim yapmak suretiyle eksik cezaya hükmolunması, 6.CD, 20.01.2009, 2008/ 19925-2009/155; Yağma suçunda, soruşturma sırasında yapılan iade nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nun 168/3-1.maddesinin uygulanması sırasında cezanın 1/3 oranından daha fazla indirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, 6.CD, 01.02.2011,2010/1940-2011/797; Sanıklar hakkında nitelikli insan öl-

turma başladıktan sonra fakat hüküm verilmezden önce yapması halinde ise, verilecek cezanın üçte birine kadarı indirilir.

Kanun yağma sonucu elde edilen malın iade veya tazmini halinde daha az indirim yapmıştır. Bunun sebebi bu suçun aynı zamanda kişi özgürlüğüne karşı işlenmiş olmasıdır[75].

Burada indirim oranı en üst orandır. Bu oranlara kadar hâkimin başka miktarları belirleme yetkisi bulunmaktadır. Hâkim suçun işleniş şekline, failin pişmanlığına ve özellikle kısmi iadede iade edilen kısmın miktarına göre indirim oranını yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle belirleyecektir.

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık müessesesi, mala karşı işlenen bazı suçlar tamamlandıktan ve fakat en geç hüküm verilmeden evvel failin pişmanlığına dayalı iade veya tazmin esasına yönelik bir ilkeye dayanmaktadır. Bu düzenleme ile kanun koyucu, failin pişmanlık göstererek, mağdurdan aldığı malı aynen iade etmesi veya mağdurun zararını tazmin etmesi suretiyle toplumsal barışı sağlamaya çalışmıştır. Yine anılan maddeye göre iade veya tazminde bulunan fail için, hem verilen cezada belli oranlarda indirim yapılarak daha az ceza almasının yolu açılmakta hem de mağdurun uğradığı zarar giderilmek suretiyle karşılıklı barış gerçekleştirilmektedir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasa ile getirilen, mala karşı işlenen bazı suçlar yönünden kovuşturma aşamasında gerçekleştirilen iade veya tazmin halinde de verilen cezadan TCK'nın 168. maddesine göre belli oranda indirim yapılması ve yağma suçları açısından da iade veya tazmin halinde verilen cezadan TCK'nın 168.maddesine göre indirim yapılmasına ilişkin düzenlemeler isabetli olmuştur. Ancak anılan Yasa da, TCK'nın 165. maddesinde yer alan suçlar

---

dürme ve nitelikli yağma suçlarından 26.05.2006 tarihinde kamu davası açıldığı, 30.05.2006 tarihinde de iddianamenin kabulüne karar verildiği, dosyaya sunulan ve müdahiller tarafından da içeriği kabul edilen belgeye göre 20.04.2006 tarihinde yağma suçu nedeniyle meydana gelen zararın karşılandığının anlaşılması karşısında, zararın soruşturma aşamasında karşılandığı kabul edilerek sanık Osman hakkında TCK 168/3 madde gereğince 1/2 oranında indirim yapılmasında bir isabetsizlik görülmemiştir. 1.CD, 20.01.2011, 2011/465-2011/19

75 Soyaslan, s.381

açısından etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmemesi kanaatimizce yerinde olmamıştır. Zira bu düzenlemeyle, suç işlendikten sonra suça konu eşyanın çalıntı olduğunu öğrenen failin pişmanlık göstererek iade veya tazmin etmesi halinde TCK'nın 168. maddesindeki indirimden faydalanama olanağı ortadan kaldırılmış bulunmaktadır.

Yasa metnindeki 'bizzat' pişmanlık göstermek ibaresi de uygulamada sıkıntı yaratacak bir düzenlemedir. Bu nedenle kanundaki bizzat ibaresini, failin bizzat irade, izin ve onayı ile onun adına hareket eden kişiler aracılığıyla iade ya da tazmin anlamında da kabul etmeliyiz. Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, bunlardan birisi veya birkaçı iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirirse, diğer suç ortakları bu yerine getirmeye açıkça karşı çıkmadıkları takdirde o kimseler de, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmaları gerekir.

TCK'nın 168/4. maddesinde düzenlenen, kısmi iade veya tazmin yerine karışıklıkları önleme ve uygulamada kolaylık sağlama bakımından, suça konu eşyanın yarısından fazlasının iade veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması ya da mağdurun rızası aranmadan ama yapılacak indirim oranının daha düşük tutulmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak üzerinde önemle durulması gereken bir husus da, suça konu malın üçüncü kişi tarafından satın alınması ve yakalanan failin de bu kişinin yerini göstererek malın mağdura iadesini sağlaması halinde üçüncü kişinin zararı giderilmediği halde fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması gerektiğidir. Aksi halde hem mal sahibini hem de suça konu eşyayı satın alan kişiyi mağdur eden failin gerçek anlamda pişman olduğuna ilişkin hiçbir eylemde bulunmadığı halde hakkında verilen cezada indirim yapılması etkin pişmanlık müessesesinin düzenleniş amacına aykırı olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKLAR

Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004

Artuç, Mustafa, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011

Bakıcı, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2007

Bakıcı, Sedat, 5237 Yasa Kapsamında 'Ceza Hukuku Özel Hükümler-1', Adalet Yayınevi, Ankara 2008

Esen, Sinan, Malvarlığına Karşı ve Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanındaki Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007

http://tdkterim.gov.tr/bts/

http://www.turkhukuksitesi.com/makale

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010

Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 2, Sonbahar 2004

Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Yayınevi, Ankara 2007

Meran, Necati, Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008

Noyan, Engin, Hırsızlık ve Yağma Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara 2005

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2.Cilt, Ankara 2007

Şirin, Osman/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel/Özdemir, Muzaffer/Erel, Kemalettin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006

Yargıtay Kararlar Dergisi

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

TERÖRİZMİN BASTIRILMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ*

(ETS No. 090)

EUROPEN CONVENTION ON THE SUPPRESSION OF TERRORISM

Ahmet ULUTAŞ
Ömer Serdar ATABEY

Açıklayıcı Rapor:

I. Avrupa Suç Sorunları Komitesi (ECCP) otoritesi altında hükümet uzmanları komitesi tarafından, Avrupa Konseyi (AK) bünyesinde hazırlanan Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 27 Ocak 1977 tarihinde AK üyesi ülkelerin imzasına açılmıştır.

II. Bu Komitenin tartışmalarına dayanarak hazırlanan ve AK Bakanlar Komitesine sunulan Açıklayıcı Rapor metni Sözleşmenin bağlayıcı bir yorumu için bir enstruman oluşturmaz, ancak Sözleşme hükümlerinin anlaşılmasını kolaylaştırabilir.

Explanatory Report:

I. Europen Convention on the Suppression of Terrorism drawn up within the council of Europe by a comittee of governmental experts under the authority of the European Comittee on Crime Prob-

---

* Türkiye tarafından 27.10.1980 tarihli ve 2327 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan *«Terörizmin Bastırılmasına (Önlenmesine) Dair Avrupa Sözleşmesi»*nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 5.1.1981 tarihli ve ÇSİG/ÇSKD: 702-490-10 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre Bakanlar Kurulunca 24.2.1981 tarihinde kararlaştırılmış, Sözleşme metni 26.3.1981 tarihli ve 17291 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, onay belgelerinin Avrupa Konseyi'ne tevdiini müteakip 19.5.1981 tarihi itibarıyla onaylanmış, 20.8.1981 tarihi itibarıyla Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Bu noktada, Sözleşmenin orjinal adı "European Convention on the Suppression of Terrorism" olmasına karşılık, Resmi Gazete'de yayımlanan (s.7) çevirisinde "*suppression*" teriminin "*bastırılma*" yerine "önleme" olarak çevrilmesinden dolayı (*Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*), sözleşmenin adı bu şekilde kanunlaşmıştır. Buna karşılık, 2005 Sözleşmesinin adı ise 23.2.2011 tarihli ve 6135 sayılı onay Kanununda isabetli olarak "*Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi*" olarak çevrildiğinden (R.G.12.3.2011, Sayı:27872), 1977 Sözleşmesi için yapılan bu çeviri tercihinin uygulamada karışıklığa yol açabileceği düşüncesindeyiz. Sözleşme Andorra hariç, 46 Avrupa Konseyi üyesi tarafından onaylanmıştır.Bkz.http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp? NT=090&CM=8&DF=20/02/2012&CL=ENG;Erişim:20.2.2012.

lems (ECCP) was opened to signature by the member states of the Council of Europe on 27 january 1977.

II. The text of the explanatory report prepared on the basis of that committee's discussions and submitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe does not constitute an instrument providing an authoritative interpretation of the text of the Convention although it may facilitate the und estanding of the Convention's provisions.

Giriş

1.Avrupa Konseyi Danışma Meclisi, Mayıs 1973'te yapılan 25 inci oturumunda, uluslararası terörizm hakkındaki "nedenine bakılmaksızın masum insanların hayatlarını tehlikeye atan veya öldüren uluslararası terörist eylemleri kınayarak ciddi cezai suçlar olarak cezalandırılmaları gerektiğini belirten" 703 (1973) sayılı Tavsiye Kararını kabul etti ve buna göre AK Bakanlar Komitesi'ne üye ülkelerin hükümetlerini, diğerlerinin yanı sıra "masum insanların hayatlarını tehlikeye atan bir terör eylemine siyasi haklılığın reddi için "siyasi suç kavramına" ortak bir tanım getirilmesine davet etme çağrısı yaptı.

2.Bu tavsiye kararını inceledikten sonra AK Bakanlar Komitesi 24 Ocak 1974 tarihinde yapılan 53'üncü toplantısında, üye ülke hükümetlerine terörist eylemlerle suçlanan veya mahkum edilmiş şahısların geri verilmesi taleplerini ele alırken belirli prensipleri gözönüne almalarını tavsiye eden uluslararası terörizm hakkındaki (74) 3 sayılı Kararı kabul etti. Bu karar ile altı çizilen fikir, yöntemlerinde veya sonuçlarında nefret uyandıran belirli suçların saiklerine ilişkin olarak, bunları geri vermenin mümkün olmadığı *"siyasi suç"* olarak tasnif etmenin artık haklı olmadığıdır. Terör eylemlerine ilişkin olarak geri verme talebi alan devletlerin, bu eylemlerin mahsus ağırlığını gözönüne almaları tavsiye edilmiştir. Şayet geri verme talebi kabul edilmemişse, devletlerin dosyayı soruşturma amacıyla yetkili makamlarına sunmaları gerekir. Çok sayıda devlet yurtdışında işlenen suçlar hakkında yalnızca sınırlı yargı yetkisine sahip olduğundan, ayrıca bu dosyalarda teröristlerin hem geri verme hem de soruşturmadan kurtulmamalarını temin için yargı yetkisi ihdası olasılığını öngörmeleri tavsiye edilmiştir.

3. 22 Mayıs 1975 tarihli Obernai (Fransa) toplantısında, AK üyesi ülkelerin adalet bakanları bu alanda koordineli ve etkili eylem ihtiyacını vurguladılar. AK üyesi ülkelerde spesifik «*siyasi*» amaçlarla iş-

lenen terör eylemlerinin bugün buraya has olduğuna ve demokratik kurumlarını felç ederek ve hukuk devletine darbe vurarak devletin temelini tehdit edebileceğine dikkat çektiler. Buna göre, hususi bir Avrupa eylemi çağrısı yaptılar.

4. Bu inisiyatifi takiben, Avrupa Suç Sorunları Komitesinin (ECCP) Mayıs 1975'te yapılan 24 üncü Genel Kurulu, AK Bakanlar Komitesine uyumlu şiddet eylemlerinin yeni biçimlerinin meydana getirdiği problemleri incelemek üzere bir hükümet uzmanları komitesi kurmasını önermeye karar verdi.

5. Bakanlar Komitesi, bakan delegelerinin Haziran 1975'te yapılan 246'ncı toplantısında bir hükümet uzmanları komitesinin toplantıya çağırılmasını onayladı.

6. Bayan S. Oschinsky (Belçika) Komite başkanı seçildi. Sekreteryası AK Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından sağlandı.

7. Komite, 6-8 Ekim 1975 ve 2-6 Şubat 1976 tarihleri arasında yapılan ilk iki toplantısında, bir Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi hazırladı.

8. Taslak sözleşme, Komite çalışmasının sonucunu onay için Bakanlar Komitesine iletmeye karar veren AK Suç Sorunları Komitesinin (ECCP) Mayıs 1976'da yapılan 25 inci Genel Kuruluna sunuldu.

9. Avrupa adalet bakanları, 3-4 Haziran 1976 tarihlerinde Brüksel'de yapılan 10 uncu Konferanslarında, taslak Sözleşmeyi not ettiler ve Bakanlar Komitesi tarafından incelenmesinin mümkün olduğunca çabuk tamamlanması umudunu beyan ettiler.

10. Bakanlar Komitesi, delegelerinin Kasım 1976'da yapılan 262 nci toplantısında bu Açıklayıcı Raporun konusu olan metni onayladı ve Sözleşme'yi üye devletlerin imzasına açmaya karar verdi.

Genel Değerlendirmeler

11. Sözleşme'nin amacı, terörizm eylemleri ile suçlanan veya hükümlü bulunan kişiler hakkındaki geri verme ve adli yardımlaşma hallerinde ortaya çıkan sorunların üstesinden gelinmesi arzusuyla, 13 Aralık 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS) ve 20 Nisan 1959 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım

Avrupa Sözleşmesi (CİKAYAS) dahil olmak üzere, AK üyesi ülkeler arasında yapılmış mevcut geri verme ve adlî yardımlaşma düzenlemelerini tamamlayarak ve gerekli hallerde değiştirerek, terörizmin bastırılmasına yardım etmektir.

12. Demokratik mahiyetleri ve insan haklarına saygıları 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca kurulan kurumlarla güvenceye alınmış olan aynı düşünceye sahip AK üyesi ülkeler arasındaki karşılıklı güven ortamının, geri verme amacıyla Sözleşme'nin 1 ve 2'nci maddelerinde bahsedilen mahsus nefret uyandıran suçların siyasi mahiyetini görmezden gelme olanağının açılmasını ve belirli dosyalarda yükümlülüğünün yüklenmesini haklı kıldığı düşüncesi oluştu. Sahip olunması gerektiği kabul edilen insan hakları yalnızca terörizm eylemleri ile suçlanan veya mahkum olanların değil fakat bu eylemlerin mağdurları veya potansiyel mağdurlarının da haklarıdır (Kıyaslayınız Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 17).

13. Bu suçların karakteristiklerinden birisi bunların artan oranda uluslararasılaşmalarıdır; bunların failleri sıklıkla suçun işlendiği ülkeden başka bir ülkede bulunurlar. Bu nedenle bilhassa geri verme terörle mücadelede etkili bir önlemdir.

14. Şayet eylem mevcut geri verme sözleşmelerinin uygulaması kapsamına giren bir suç ise, soruşturma konusunda yargı yetkisine sahip devletten bir geri verme talebinin yerine getirilmesinde, kendi geri verme hukukunun hükümlerine tabi olan talep edilen devletin bir güçlüğü olmayacaktır. Bununla beraber, terör eylemleri *"siyasi suç"* olarak kabul edilebilir ve -SİDAS'ta olduğu gibi (m.3, paragraf 1) bir çok geri verme sözleşmesinde de yer alır- siyasi bir suçtan geri vermenin kabul edilmeyeceği bir prensiptir.

Ayrıca *"siyasi suç"* teriminin genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Bunu yorumlamak talep edilen devlete aittir.

15. Mevcut uluslararası sözleşmelerde, terörizm eylemleriyle suçlanan veya mahkum edilmiş olan şahısların geri verilmesi olanağı bakımından ciddi bir boşluk bulunduğu anlaşılmaktadır.

16. Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, talep edilen devletin bir suçun siyasi mahiyetine başvurarak geri verme talebine karşı çıkması olanağını ortadan kaldırarak veya sınırlayarak bu boşluğu doldurmayı amaçlar. Bu amaç, geri vermenin amacı bakımın-

dan, bunların siyasi içerik veya saikleri olsa da, belirli spesifik suçların asla "*siyasi*" (madde 1) olarak kabul edilmeyeceği ve diğer spesifik suçların ise (madde 2) "*siyasi*" olarak kabul edilmeyebileceği (may not be) düzenlemesiyle elde edilmiştir.

17. Sözleşmenin 1 ve 2 nci maddeleriyle kurulan sistem, Sözleşmenin uygulanması amacı bakımından, belirli suçların siyasi suç olarak kabul edilmemesinin bir taraftan yükümlülük olması lehine, diğer taraftan seçimlik olması lehine ileri sürülen argümanları uzlaştıran bir görüşbirliğini yansıtır.

18. Bir yükümlülük olması lehine olarak, "*siyasi suç*" savunmasının açıkça ortadan kaldırılmasının, tek başına devletlere geri verme için yeni ve gerçekten etkili olanaklar sunacağına, benzer demokratik kurumlara sahip AK üyesi ülkeler arasında hüküm süren karşılıklı güven ortamında kusursuz uygulanabilir bir çözüm olacağına işaret edilmiştir. Bu, teröristlerin soruşturma için yargı yetkisine sahip olan devlete yargılanmak üzere geri verilmesini temin edecektir. Sırf seçimlik olması ise geri vermenin gerçekleşeceğini asla garanti etmez ve ayrıca suçun ağırlığı/ciddiyeti kriteri de somut olmayacaktır.

19. Seçimlik olması lehine olarak, siyasi suçlar için zorunlu geri verme anlamına gelecek olan katı bir çözümün kabulündeki zorluğa atıf yapıldı. Her bir dosya kendi mahiyetine göre incelenmelidir.

20. Çözüm bazı suçlar için bir yükümlülüğü (madde 1) ve diğerleri için de (madde 2) seçme hakkını içerir şekilde benimsendi.

21. Sözleşme yalnızca, sıklıkla arkasında yatan saike yabancı olan kişileri etkileyen, bilhassa nefret uyandıran ve ciddi eylemlere uygulanır. Bu eylemlerin ve bunların sonuçlarının ağırlığı öylesinedir ki, suç unsurları muhtemel siyasi hedeflerine üstün gelmektedir.

22. Daha önce, devlet başkanı veya ailesinin bir ferdinin hayatını almak veya almaya teşebbüsü düzenleyen SİDAS madde 3/3'te olduğu gibi, soykırım, savaş suçları ve 15 Ekim 1975 tarihli SİDAS'a Ek Protokoldeki bunlarla mukayese edilebilen diğer suçlara da tatbik edilen bu yöntem, sonuç olarak yalnızca terörizm eylemleri için suçun siyasi mahiyeti savunması engelinin değil, fakat ayrıca tevarüs eden "*siyasi suç*" teriminin yeknesak bir yorumunun bulunmayışından kaynaklanan zorlukların da üstesinden gelecektir.

23. Sözleşme geri vermenin amaçları bakımından suçun siyasi karakterini gözönüne almamayı açıkça amaçlamışsa da, âkit devleti madde 1'den kaynaklanan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmekten kanuni veya anayasal nedenlerin alıkoyabileceğini kabul eder. Bu nedenle madde 13, âkit devletlerin belirli çekinceler koymasına açıkça izin verir.

24. Şayet talep edilen devletin geri verme talebinin madde 5'te bahsedilen değerlendirmelerden ilham aldığına inanmak için esaslı sebepleri bulunmakta ise veya geri verilmesi talep edilen kişinin durumu bu değerlendirmeler yüzünden ağırlaşabilecekse geri verme yükümlülüğü bulunmadığı kaydedilmelidir.

25. Madde 1'de bahsedilen suçlardan birinde geri vermeyi reddeden bir devlet, bu koşullar altında (madde 6 ve 7) yargı yetkisini ihdas etmek için gerekli önlemleri aldıktan sonra, takibat amacıyla dosyayı yetkili makamlarına sunmakla yükümlüdür.

26. Bu hükümler *"iade et ya da yargıla"* prensibini yansıtır. Bununla beraber, Sözleşmenin âkit devletlere, geri verme ya da yargılama için genel bir seçim hakkını kabul etmediği kaydedilmelidir. Dosyayı soruşturma amacıyla yetkili makamlara iletme yükümlülüğü ikincildir, söz konusu dosyada geri vermenin reddinin öncelemesi koşuluna bağlı olarak sözleşmede veya diğer ilgili anlaşma veya yasal düzenlemelerde yer alan koşullar altında mümkündür.

27. Aslında Sözleşme o türden bir geri verme sözleşmesi değildir. Bir suçun vasfı madde 1 ve 2'nin verdiği yetkiye dayanarak uyarlanabilirken, geri vermenin hukuki dayanağı geri verme sözleşmesi veya diğer ilgili kanun olarak kalır. Bu ise bir teröristi geri vermesi istenen bir devletin, Sözleşmenin hükümlerine rağmen, şayet geri vermenin diğer koşulları yerine getirilmemişse, örneğin, failin talep edilen devletin vatandaşı olması veya zamanaşımı gerçekleşmiş olması halinde, geri vermeyebileceği anlamına gelir.

28. Öte yandan, Sözleşme devletlerin, iç hukukları izin veriyorsa Sözleşmede öngörülenden başka durumlarda geri vermelerini veya ilgili devlette sözleşme uyarınca yapılmış geri verme talebi bulunmadığı spesifik durumlarda veya diğer bir uluslararası sözleşme veya belirli bir düzenlemenin geri vermeden başka bir tedbiri sağladığını

düşündüğü durumlarda, faili sınırdışı etme veya geri gönderme gibi diğer tedbirleri almalarını engelleyecek şekilde sınırlayıcı değildir.

29. Âkit devletlerin Sözleşmeye taraf olmakla yüklendiği yükümlülük, AK üyesi ülkeler arasında hukuk devleti ve AK Statüsünün 3 üncü maddesi ve tüm üyelerin taraf olduğu 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından beyan edilen insan haklarının korunmasını ortak tanımalarına dayalı karşılıklı güven ortamına sıkı sıkıya bağlıdır.

Bu nedenle, terörizmin küresel bir sorun olması olgusuna karşın, Sözleşmeye taraf olmanın AK üyeleri ile sınırlandırılmasının gerekli olduğu düşünülmüştür.

30. Sözleşme siyasi mültecilerin geleneksel haklarını ve üye ülkelerin taraf olduğu uluslararası taahhütleri uyarınca siyasi sığınmadan yararlanan kişileri etkilemez.

Sözleşme Maddeleri Hakkında Açıklamalar

Madde 1

31. Madde 1 geri verme amacıyla siyasi suç veya siyasi suç ile bağlantılı suç veya siyasi saikten ilham alan bir suç olarak kabul edilmeyecek suçları listeler.

Sözleşme böylelikle mevcut geri verme sözleşmelerinin ve düzenlemelerinin sonuçlarını bu suçların mahiyetlerinin değerlendirilmesine ilişkin olarak değiştirir. Talep edilen devletin bir geri verme talebine karşı koymak için suçun siyasi mahiyetine başvurması ihtimalini ortadan kaldırır.

Bununla beraber, Sözleşme klasik bir geri verme sözleşmesi olmadığı için bizatihi bir geri verme yükümlülüğü ihdas etmez. Geri vermenin hukuki dayanağı geri verme sözleşmesi, düzenlemesi veya ilgili kanun olarak kalmaktadır.

32.*"Siyasi suç"* ve *"bir siyasi suç ile bağlantılı suç"* ibareleri, Madde 1'de sayılan suçları *"siyasi suç"* olarak kabul etmeyebilecek olan Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne taraf devletler için sonucu değiştirilmiş olan SİDAS'ın 3.1 maddesinden alınmıştır.

33. *"Siyasi saikten ilham alan suç"* ibaresi suçun siyasi mahiyetine başvurulamayacak olan hallerin listesinin tamamlanması anlamına gelmektedir; bir terörizm eyleminin siyasi saiklerine referans Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 24 Ocak 1974 tarihinde kabul edilen uluslararası terörizm hakkındaki (74) 3 sayılı Karar'da yapılmıştır.

34. Madde 1 talep edilen devletin, belirli nefret uyandıran suçlar bakımından, geri verme taleplerine karşı koymak için suçun siyasi mahiyetine başvurmasına izin verilmemesi eğilimini yansıtır. Bu eğilim, örneğin, SİDAS'ın devlet başkanına veya ailesi üyesine suikast veya suikast teşebbüsüne ilişkin 3.3 maddesinde, belirli insanlığa karşı suçlar ve savaşa ilişkin kanun ve geleneklerin ihlallerinin yanı sıra, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin BM Sözleşmesi madde VII'deki suçlar için SİDAS'a Ek 1 No.lu Protokol madde 1'de olduğu gibi, zaten uluslararası sözleşmelerde uygulamaya konmuştur.

35. Madde 1, iki suç kategorisini listeler: paragraf a, b ve c'de yer alan ilki, zaten uluslararası sözleşmelere dahil edilmiş olan suçları içerir, paragraf d ve e'de yer alan ikincisi ise, ilk kategorideki suçlar içinde eritmeyi hak edecek ölçüde ciddi suçlardan kabul edilmesi gerekli addedilen suçlara ilişkindir.

Paragraf f, madde 1'de listelenen suçlardan birini işlemeye teşebbüs ve bunlara iştirake ilişkindir.

36. Paragraf a ve b'deki suçlar 16 Aralık 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin ve 23 Eylül 1971 tarihli Montreal Sözleşmesi'nin adlarına basit bir referansla tanımlanmışken, paragraf c, sözleşmenin adıyla referans verme yerine 14 Aralık 1973 tarihli *"Diplomatik Ajanlar Dahil Uluslararası Korunan Şahıslara Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki New York Sözleşmesi"*nde yer alan bazı suçları sıralar. Sözleşme taslağı hazırlanırken New York Sözleşmesi henüz yürürlüğe girmediği ve çok sayıda AK üyesi devlet bunu onaylamadığı için böyle yapılmıştır.

Paragraf c'nin uygulanacağı eylemlerin sıralanmasının bir diğer nedeni sadece New York Sözleşmesi'ne gönderme yapmak değil, bu sözleşmenin geniş kapsamlı uygulamasıdır: 1/c maddesinin düzenlemediği, çalışma yerlerine, ikamete ve uluslararası korunan kişilerin ulaşım vasıtalarına saldırıları kapsamaktadır.

"Ciddi suç" ibaresi hükmün uygulanmasının şiddetin mahsus nefret uyandıran biçimiyle sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bu fikir New York Sözleşmesi'nden alınan *"saldırı"* teriminin kullanılmasıyla daha da vurgulanmıştır.

37. Paragraf d, kanunları spesifik adam kaçırma veya rehine alma suçlarını ihtiva etmeyen devletlerin bulunması halini kapsamak üzere *"ilgili bir suç.."* ibaresini kullanır. İngilizce metinde *"kanundışı alıkoyma"* ibaresine daima ciddi bir suçu ima eden Fransızca "*séquestration arbitraire*" ifadesiyle uyumun temini için *"ciddi"* kelimesi eklenerek vasıflı hale getirilmiştir.

38. Paragraf e, bombaların ve ayırım yapmadan öldürme kabiliyetine sahip diğer araçların kullanılmasıyla ilgili suçları kapsar. Yalnızca kullanımı halinde kişileri tehlikeye atması, fiilen onları yaralamasa bile, kişiler için risk yaratmasında uygulanır.

39. Paragraf a'dan e'ye kadar listelenen suçlardan birini işlemeye teşebbüsün yanı sıra, bunların işlenmesine veya teşebbüsüne bir şerik olarak katılmak da, paragraf f vasıtasıyla kapsanmıştır. Benzer mahiyetteki hükümler Uçakların Ele Geçirilmesi Hakkındaki Lahey Sözleşmesi, Sivil Hava Araçlarının Güvenliği Hakkında Montreal Sözleşmesi ve Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde bulunur.

"Teşebbüs" yalnızca cezalandırılabilir teşebbüs anlamına gelir; bazı kanunlar uyarınca bir suç işlemeye yönelik tüm teşebbüsler cezalandırılabilir suç teşkil etmemektedir.

İngilizce «şerik» ifadesi, Fransızca metindeki hem "*co-auteur*" hem "*complice*"i kapsar.

Madde 2

40. 2 nci maddenin 1 inci paragrafı âkit devletlere, 1 inci maddedeki emredici kuralın kapsamına girmeyen, yaşam, vücut bütünlüğü veya bir kişinin özgürlüğüne karşı işlenen şiddet eylemlerini içeren bazı ciddi suçları *"siyasi"* olarak ele almamaları imkânını vermektedir. Bu olasılık, siyasi meselelerde suçlunun geri verilmesinin reddedileceğine ilişkin geleneksel ilkeden ayrılmaktadır.

"Siyasi olmayan" şeklinde değerlendirilebilecek suçları tanımlamak için kullanılan *"Şiddet eylemi"* terimi, Uçaklara Yasadışı Elkonulmasının Bastırılması Hakkındaki Lahey Sözleşmesi'nin 4 üncü maddesine benzer şekilde kaleme alınmıştır.

41. Bakanlar Komitesi'nin (74) 3 sayılı Kararı'ndan mülhem 2 inci paragraf nedeniyle, mala zarar verme eylemi sadece kişiler bakımından ortak bir tehlike oluşturuyorsa söz konusu olacaktır, örneğin nükleer tesis veya bir barajın patlatılması vb.

42. 2 nci maddenin esnek bir şekilde kaleme alınmış olması bir geri verme talebine göre hareket etme bakımından 3 olasılık sunar:

-talep edilen devlet, 2 nci madde anlamında suçu *"siyasi"* olarak değerlendirmeyebilir ve kişiyi geri verir;

-2 nci madde anlamında suçu *"siyasi"* olarak değerlendirmeyebilir ancak siyasi neden dışında başka bir gerekçe ile geri vermeyi reddeder;

-Suçu siyasi olarak değerlendirebilir, ancak geri vermeyi reddeder.

43. Bir devletin geri verme talebi hususunda 2 nci maddeden bağımsız olarak, yani bu maddedeki koşulların karşılanıp karşılanmadığı hususunda bir fikir beyan etmeksizin her zaman karar verebileceği açıktır.

Madde 3

44. 3 üncü madde Sözleşme'nin mevcut geri verme sözleşme ve düzenlemelerine ilişkin etkileri hakkındadır.

45. *"Düzenleme"* kelimesi İrlanda ve İngiltere arasında geçerli olanlar gibi resmi bir anlaşmada öngörülmeyen geri verme usullerini kapsamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, terimin Fransızca metninde yer alan hali resmi bir uluslararası belge olarak anlaşılmamalıdır.

46. 3 üncü maddenin sonuçlarından bir tanesi Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 3.1 maddesindeki değişikliktir; Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin ikisine birden taraf olan devletler arasında, Sonraki Sözleşmenin 3.1 maddesi, önceki sözleşmeden doğan yükümlülüklerle uyumlu olmadığı takdirde değiştirilir. Bu Sözleşmeye taraf olan ülkeler arasında yürürlükte olan ikili anlaşma ve düzenlemelerde yer alan benzer hükümlere aynı şekilde uygulanır.

Madde 4

47. 4 üncü madde, geri vermeye elverişli suçları kapsamayan âkit devletler arasında akdedilmiş herhangi bir mevcut geri verme anlaşmasındaki bir suç olarak 1 ve 2 nci maddelerdeki geri vermeye elverişli suçlardan herhangi birisinin otomatik olarak kapsanmasını öngörür.

Madde 5

48. 5'inci madde, Sözleşme'nin kişilerin hak ve özgürlüklerine bir saldırı oluşturan terör eylemlerinin bastırılmasına yardımcı olmak amacını vurgulamak niyetindedir. Sözleşme insan haklarının korunmasının güçlendirilmesi için bir araç olarak ele alınmalıdır. Bu temel fikir ile uyumlu olarak, 5'inci madde, 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde öngörüldüğü şekilde Sözleşme'nin insan haklarının ve özgürlüklerinin korunması yükümlülükleri ile uyumunu sağlar.

49. 5'inci maddenin amaçlarından biri, geleneksel sığınma hakkını güvence altına almaktır. Tüm Avrupa Konseyi üye ülkelerinden biri dışında hepsi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamış olsa ve bir kişinin ırk, din, milliyet veya siyasi görüşü nedeniyle soruşturmaya, cezalandırmaya veya ayrımcılığa muhtemelen maruz bırakılmayacak olsa da, bu Sözleşme'ye zaten Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (SİDAS) 3.2 maddesinde yer verilen bu geleneksel hükmü koymak uygun görülmüştür.

50. Eğer bir davada, 1 veya 2 nci maddede belirtilen suçlardan biri nedeniyle yapılan geri verme talebinin gerçek amacının talep eden devletin ilgili kişiyi siyasi görüşleri nedeniyle soruşturması veya cezalandırması olduğuna inanması için talep edilen devletin esaslı nedenleri olduğu takdirde talep edilen devlet geri vermeyi reddedebilir.

51. Bu maddeyi uygularken, bir devlet, talep eden devletin geri verme talebini yerine getirmeyi reddetmesine ilişkin nedenleri sunmalıdır. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (SİDAS) 18.2 nci maddesinin *"kısmen veya tamamen ret gerekçeleri verilmelidir"* hükmü ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin (CİKAYAS) 19 uncu maddesinde *"karşılıklı yardımlaşmanın reddi için nedenler verilmelidir"* hükmündeki aynı ilkeden mülhemdir.

52. Geri verme reddedilirse, 7'nci madde uygulanacaktır: talep edilen devlet meseleyi soruşturulmak üzere yetkili makamlarına iletmelidir.

Madde 6

53. 6 ncı maddenin 1'inci paragrafı, 1'inci maddede öngörülen suçlar bakımından âkit devletlere yargılama yetkisi ihdası yükümlülüğüne ilişkindir.

54. Bu yargı yetkisi şu hallerde kullanılır;

- şüpheli talep edilen devletin ülkesinde mevcutsa, ve

- bir devlet kendi hukukunda mevcut olan benzer bir yargı yetkisi kuralına istinaden yargı yetkisine sahip bir âkit devletten geri verme talebi alırsa, kişiyi geri vermez.

55. İkinci gerekliliği uymak için, talep eden ve edilen devletler tarafından uygulanan yargı yetkisi kuralları arasında bir tekabüliyet (*correspondence*) bulunmalıdır.

Bu sınırlamanın temel etkisi, ceza kanunları uyarınca vatandaşları nerede suç işlerse işlesin yargı yetkisine sahip ülkeler ve ulusal mahkemesinin yargı yetkisi mülkilik ilkesine (gemiler, uçaklar ve açıklardaki tesisler ülkenin parçası görülür) dayanan ülkeler arasındaki yargı yetkisi kurallarının farklılığında ortaya çıkar. Böylelikle, ülkesi dışında vatandaşı tarafından işlenmiş bir suçu yargılamak isteyen bir ülkeden alınmış olan geri verme talebinin reddedilmesi halinde, 6'ncı maddedeki yükümlülük, ancak talep edilen devletin ülkesi dışında vatandaşları tarafından işlenen suçların kendi mahkemelerinde yargılanması için bir iç yargılama kuralı öngörmesi halinde doğar.

56. Bu hüküm ilgili devletlerin yargılama yetkisi kurallarında tam bir karşılıklılık bulunması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. 6 ncı madde bu karşılıklılığı geri verme talebine konu suçun niteliği ve koşullarına ilişkin olduğu takdirde aramaktadır. Örneğin, talep edilen devletin yurtdışında vatandaşları tarafından işlenmiş olan bazı suçlarda yargılama yetkisi varsa ve benzeri bir yargılama yetkisini bu suçlar bakımından uygulamak isteyen ülkenin geri verme talebini reddederse, 6 ncı maddeye göre yükümlülük doğar.

Örneğin, İngiltere geri verme düzenlemeleri genellikle mülkilik ilkesine dayanır. Benzer şekilde, ulusal mahkemelerin yargılama yetkileri genellikle mülkilik ilkesine dayanır. Genel olarak, vatandaşların yurtdışında işledikleri suçlara ilişkin yargılama yetkisi yoktur ancak

cinayet gibi bazı istisnaları vardır. Bu yargılama yetkisine ilişkin sınırlama nedeniyle İngiltere, vatandaşlarının dışarıda işlediği suçlar için çoğu dosyada geri verme talep edemez. Tersi durumda, İngiltere için 6 ncı madde bağlamında böyle bir yargılama yetkisini uygulayabilecek bir ülkeden gelen geri verme talebi bakımından bir yükümlülük söz konusu olmaz. Ancak, şayet 1 inci madde kapsamına giren ve yurtdışında işlenmiş bir adam öldürmeden dolayı bir vatandaşın geri verilmesi talebi söz konusu ise, İngiltere'de de bu suç açısından benzer bir yargılama yetkisi söz konusu olduğundan 6 ncı maddeye göre yükümlülük uygulanır.

57. 2 nci paragraf, ulusal hukuka göre kullanılan cezai yargı yetkisinin bu Sözleşmece dışarıda tutulmadığını açıklığa kavuşturmaktadır.

58. 2 nci maddede belirtilen bir suç bakımından geri vermenin reddedilmesi halinde, 6 ve 7 nci maddelerde öngörülen kurallar ışığında, Sözleşme suçlunun soruşturulması hususunda gerekli tedbirleri alması için talep edilen devlete bir yükümlülük veya mecburiyet yüklememektedir.

Madde 7

59. 7'nci madde geri verme talebini reddetmesi halinde meseleyi yetkili makamlarına iletmek hususunda talep edilen devlete bir yükümlülük öngörmektedir.

60. Bu yükümlülük 6 ncı maddenin 1'inci paragrafında öngörülen benzeri koşullara tabidir: şüpheli, kendi hukukunda aynı şekilde mevcut olan bir yargı yetkisi kuralı uyarınca yargılama yetkisine sahip bir âkit devletten yapılan geri verme talebini almış olan talep edilen devletin ülkesinde bulunmalıdır.

61. Mesele gecikmeksizin savcılık makamına iletilmelidir, hiçbir istisnaya müracaat edilemez. Savcılık benzer ciddiyetteki suçlar için talep edilen devlette geçerli olan hukuk ve usul kurallarını takip edecektir.

Madde 8

62. 8'nci madde, Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi (CİKAYAS) çerçevesinde, 1 ve 2 nci maddelerde belirtilen suçlara ilişkin ceza yargılaması ile ilişkili olarak karşılıklı yardımlaş-

mayı ele almaktadır. Madde, 1 inci madde veya 2 nci maddedeki suçlar için yardımlaşma yükümlülüğü öngörmektedir.

63. 1'inci paragrafa göre, âkit devletler birbirlerine en geniş anlamda karşılıklı yardımlaşmayı sağlamayı taahhüt ederler (birinci cümle); bu hüküm, Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin (CİKAYAS) 1.1 maddesine benzer şekilde kaleme alınmıştır. 8 inci maddeye göre sağlanacak olan yardım, talep edilen devletin hukukuna tabidir (ikinci cümle), ancak salt talep konusu suç siyasi nitelikte olduğu için talep reddedilmeyebilir (üçüncü cümle), suçun siyasi niteliğine dair tanım 1 inci madde ile aynıdır (Raporun 32 ve 33 üncü Paragrafları).

64. 2'nci paragraf, 5 inci maddedeki karşılıklı yardımlaşma kuralını tekrar eder. Bu hükmün kapsam ve anlamı aynıdır, 5 inci madde yorumu mutatis mutandis uygulanır (Raporun 48 ila 51 inci paragrafları).

65. 3'üncü Paragraf, Sözleşmenin karşılıklı yardımlaşma alanındaki mevcut anlaşma ve düzenlemeler üzerindeki etkisini ele almaktadır. 3 üncü maddede geri verme anlaşma ve düzenlemeleri için öngörülen kuralları tekrar eder (Raporun 45 ve 46 ncı paragrafları).

66. 3'üncü paragrafın temel sonucu Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin (CİKAYAS) 2a maddesinin, *"talep edilen devletçe suçun siyasi olarak değerlendirilmesi"* veya *" bir siyasi suçla bağlantılı bir suç olması"* halinde yardımlaşmanın reddine imkan verdiği ölçüde değiştirilmesidir. Sonuç olarak âkit devletler arasındaki karşılıklı yardımlaşmaya ilişkin ikili anlaşmalardaki bu hüküm ve benzeri hükümlere, 1 ve 2'nci maddelerdeki suçlar bakımından yardımlaşmanın reddi için başvurulamaz.

Madde 9

67. Bu madde Avrupa Konseyi Suç Meselelerine Dair Avrupa Komitesini Sözleşmenin uygulanması açısından koruyucu yapmaktadır. Madde ceza alanındaki diğer Avrupa Sözleşmelerini takip etmektedir, örneğin; Trafik Suçlarının Cezalandırılması Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi'nin 28'inci maddesi, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi'nin 65'inci maddesi, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin 44 üncü

maddesi ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokolun 7 nci maddesi.

68. Dostane çözümleri kolaylaştırmak ve Sözleşmede gerekli değişiklikleri önermek hususlarında katkı sağlayabilmek için 9'uncu maddede öngörülen bilgi verme yükümlülüğü Suç Meseleleri Hakkında Avrupa Komitesi'nin Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasındaki olası güçlükler hakkında bilgilendirilmesini amaçlamaktadır.

Madde 10

69. 10'uncu madde, Sözleşme'nin yorumu veya uygulanmasına ilişkin 9/2 maddeye göre Suç Meseleleri Hakkındaki Avrupa Komitesinin müdahalesi ile çözülmemiş olan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü ilgilendirmektedir.

70. Açık hükümler içeren 10'uncu madde, ilk kez tahkim sistemini getiren 13 Aralık 1968 tarihli Uluslararası Taşıma Esnasında Hayvanların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 47.2 maddesi çizgisinde bir tahkim sisteminin kurulmasını öngörüyor.

Madde 11-16

71. Bu maddeler birçok kısmı itibarıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 113'üncü Toplantısında onaylanmış olan anlaşma ve sözleşmelerin model son hükümlerine dayanmaktadır. Bu maddelerin çoğu özel bir yorumu gerektirmemekle birlikte, aşağıdaki hususlar bazı açıklamaları gerektirmektedir.

72. 13'üncü maddenin 1'inci fıkrası âkit devletlere 1 inci maddenin uygulaması bakımından çekince koyma imkanı vermektedir. Böylelikle Sözleşme bir âkit devletin, yasal ve anayasal gerekçelerle v.b., geri verme amacıyla bazı suçların siyasi olarak değerlendirilemeyeceğini belirten 1'inci maddedeki yükümlülükleri bütünüyle kabul etmekten alıkonulabileceğini tanımaktadır.

73.Çekince konulacak suç veya suçlar deklarasyonda belirtilmelidir.

74. Bir devlet böyle bir çekince koyma imkânını kullanırsa, 1 inci maddede belirtilen suçlar bakımından geri vermeyi reddedebilir. Geri verme talebi hususunda bir karar vermeden önce, suçun niteliğini

değerlendirirken, 13/1.a-c fıkralarında örnek yoluyla spesifik olarak belirtilen söz konusu suçun etkileri ve niteliğine ilişkin çok sayıdaki unsurları dikkate almalıdır. Bu unsurları dikkate aldıktan sonra, talep edilen devlet geri vermeyi kabul etmek veya reddetmekte serbesttir.

75. Suçun önemli yönlerini tanımlayan bu unsurlar Bakanlar Komitesinin (74) 3 sayılı Kararında yer alan önerilerin 1'inci paragrafına benzer şekilde kaleme alınmıştır. 13/1.a maddesinde kullanılan *"kişilerin yaşamına, vücut bütünlüğüne veya özgürlüğüne ortak tehlike"* ibaresi bakımından, bu raporun 41 inci paragrafında örnekler verilmiştir.

76. 13'üncü maddeye göre konulmuş çekinceler uyarınca geri verme reddedilirse, 6 ve 7'nci maddeler uygulanır.

77. Bir devletin çekince koyabileceği 1'inci maddenin uygulanması bakımından karşılıklılık ilkesini öngören 13'üncü maddenin 3'üncü paragrafı, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (SİDAS) 26.3 maddesindeki hükümleri tekrar etmektedir.

Karşılıklılık ilkesi 13'üncü maddede öngörülmeyen çekincelere eşit olarak uygulanır.

78. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış olan sözleşmelerin son hükümleri arasında alışılmışın dışında olan 14'üncü madde, herhangi bir âkit devlete özellikle diğer âkit devlette AİHS anlamında etkili demokratik rejimin son bulması gibi istisnai durumlarda Sözleşmeyi geçersiz kılma imkânı sağlamayı amaçlamaktadır. Bu geçersiz kılma bunu beyan eden devletin tercihine bağlı olarak, Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin bildirimi aldığı tarihten veya sonraki bir tarihten itibaren yürürlük kazanır.

79. Sözleşmeye sadece Avrupa Konseyi üyelerinin taraf olmalarını sağlayan 15'inci madde Sözleşmenin kapalı karakterinin bir sonucudur (Kıyaslayınız Raporun 29'uncu paragrafı).

80. 16'ncı madde üye devletlere bildirimleri düzenliyor. Sözleşmeye ilişkin olarak Genel Sekreterin devletleri Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 77'nci maddesi anlamında ve 16'ncı maddede açıkça öngörülmeyen diğer eylemler, bildirimler ve haberleşmeler hususunda bilgilendirme zorunluluğu açıktır.

MİRAS PAYLAŞILMASINDA AİLE KONUTUNUN SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİ

ALLOTTING OF SINGLE FAMILY DWELLING TO THE SURVIVING SPOUSE IN SHARING INHARITANCE

Halis YAŞAR*

Özet: Aile konutu kavramı hukukumuzda 4721 sayılı Türk Medini Kanunu ile girmiş bir kavramdır. Bu kavramın kendisi yenidir. Miras hukuku kapsamında eşlerin miras hakkı ve miktarı ile ilgili aslında hukuk tarihinde ciddi tartışmalar ve gelgitler olmuştur. Aile konutu kavramının bugünkü geldiği konum aslında söz konusu tartışmaların merkesine oturmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 652. maddesi uygar dünyanın miras hukukunda geldiği aşamaya uyumlu olup son derece yerindedir. Bir eşin ölümü diğer eş için ikinci bir yıkım olmamalıdır. Söz konusu kanuni düzenleme gecikse de çok yerinde bir düzenlemedir.

Anahtar kelimeler: Aile konutu, miras, ölüm, sağ kalan eş, miras hukuku

Abstract: Single family dwelling is a new concept which came into Turkish Civil Code no. 4721. Within the context of inheritance law, serius arguments and tides avout rights and portion of inheritance of sğouses occurred in law history. The single family dwelling as a concept of today took place at the center of these arguments. The relevant article no. 652 of Turkish Civil Code is so appropriate in accordance with the development of inheritance law in the civilized world. Loss of a spouse sould not be a second disaster for the surviving spouse. Although its delay this legal arrangement is a very important and necessary one.

Key worlds: Single family dwelling, inheritance law, inheritance, death, surviving spouse

* Avukat, Ağrı Barosu

I-AİLE KONUTU KAVRAMI VE HUKUKUMUZA GİRİŞİ

Aile konutu kavramı hukukumuza 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile girmiş bir kavramdır. Bu kavramın kendisi yenidir. Eski yasa döneminde de aile konutu vardı. Ancak bu konutun seçimi, yaşanmış ve ortak konuttan ayrılma gibi hususlar ile düzenlemeler olmasına karşın aile konutunun eşlerin hayatında yer edindiği önem derecesinde bir düzenlemeye sahip değildi.

İnceleme konumuz olan miras hukuku kapsamında eşlerin miras hakkı ve miktarı ile ilgili aslında hukuk tarihinde ciddi tartışmalar ve gelgitler olmuştur. Aile konutu kavramının bugünkü geldiği konum aslında söz konusu tartışmaların merkezine oturmaktadır. Kan hısımların mirasçılığı ile ilgili fazlaca bir sorun yaşanmaz iken özellik ile aileye sonradan gelen eşin mirasçılığı hukukta farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Miras hukuku tarihinde iki görüş belirgin olarak kendini ortaya atmıştır.

Bu görüşlerin ilki aleyhe olanıdır. Bu görüşe göre eşe elverişli miras hakkı tanınırsa aile içinde ciddi bir mülkiyet transferi olacaktır. Bu şekilde ailenin içinde mülkiyet yabancılaşacaktır. Sağ kalan eş çocuklu ise bu kişinin ölümü ile kalan mallar tekrar aileden olan çocuklara geçecektir. Ancak sağ kalan eş çocuksuz ise bu durumda sağ kalan eşim ölümü ile kendisine geçen miras kendi akrabaların geçip anlamsız ve gereksiz bir mülkiyet transferi olacaktır. Aynı şekilde mirası alan eş yeniden evlenirse yine söz konusu mallar alakasız kişilerin uhdesine geçecektir. Bu neden ile sağ kalan eşe verilecek miras payının azaltılması temel nazariye olmuştur. Sağ kalan eşe intifa hakkının tanınması bu görüşün etkisi ile olmuştur.

Lehe olan görüşe göre ise insanın eşi en yakın kişisidir. Bütün yaşamında en derinlikli ve geniş iletişim eşler arasında yaşanır. Eşler ölüm olmadan önce birlikte bir yaşam seviyesine gelmiştir. Bu seviyesinin ölüm ile sarsılması adaletli değildir. Bu şekilde oluşan yaşam seviyesinin korunması oluşmuş alışkanlıkların devam ettirilmesi ve eşin mevcut malvarlığındaki maddi ve manevi katkısı dikkate alınarak hakkaniyetli bir miras payının sağ kalan eşe verilmesi gereklidir. [1]

[1] İMRE Zahit-ERMAN Hasan Miras Hukuku sh.38-39

Türk miras hukuku tarihine bakıldığı zaman eşin mirasçılığı söz konusu iki tartışmanın ve görüşün etkisini yaşamıştır. 743 sayılı Medeni Kanun'un 444. maddesi 3678 sayılı Kanun ile değişiklik geçirmiştir. Bu değişiklik öncesi sağ kalan eşe mülkiyet ve intifa hakkı tercihi getirilmiştir. İntifa hakkının tanınması sağ kalan eşin miras hakkına karşı oluşan aleyhe görüşün etkisi ile oluşan bir durumdur. Söz konusu kanun maddesi değişiklik geçirince intifa hakkı talebi kaldırılmış miras hakkı çıplak mülkiyet hakkı kapsamında kalmıştır. Bu değişiklik ile ilgili Türk hukukunda Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Miras Hukuku 2. ve 3.Basılara Ek Kitap isimli eserinde konu ile ilgili olarak yapılan düzenlemenin (3678 sayılı kanun)eksikliğini dile getirmiştir. Bu eksiklik 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yapılacak düzenleme ile giderilmiştir. Hocanın söz konusu o tarihte söylediği şu sözler kanaatimce çok önemlidir. *" Miras bırakanın ölümünde, miras paylaşılırken buna aynen diğer mirasçılar gibi katılacak sağ kalan eşi büyük bir tehlike beklemektedir. O paylaştırma sonunda bütün* ömrünü miras bırakan *ile birlikte geçirdiği evinde ve ev eşyalarından yoksun kalabilir. İsviçre'de 01.01.1988'de yürürlüğe giren kanun değişikliğinden önce onu bu konuda koruyacak herhangi bir hüküm mevcut değildi. Bizde halen de mevcut değildir. Başka Avrupa ülkelerini takiben İsviçre kanun koyucunun 5 Ekim 1984 tarihli kanunla Medeni Kanunu değiştirirken sağ kalan eşe bu konuda özel bir statü tanımıştır. O, mirasın paylaştırılmasında miras bırakan ile birlikte oturduğu evin, keza oradaki ev eşyasının miras payına mahsuben, kendisine tahsis edilmesini talep edebilecektir. (İsviçre MK.612/a) Bu kanun tarafından öngörülmüş bir paylaştırma (taksim) kuralıdır ve eşin bu kurala dayanabilmesi için mirasçı sıfatı ile paylaştırmaya katılması şarttır. Bütün paylaştırma kuralları gibi miras bırakanın, dilerse bir taraflı bir ölüme bağlı tasarruf yaparak (şu halde herhangi bir vasiyetname hükmü bu amaca ulaşmak için yeterlidir.) bu paylaştırma kuralını bertaraf etmesine bir engel yoktur. Evin ve ev eşyasının değeri* eşin miras payını aşıyorsa onun fazlaya ilişkin bölüm için diğer mirasçılara bir denkleştirme *bedeli ödemesi gerekecektir. Kanun (eşin ve diğer mirasçıların talebi üzerine) eşe yapılacak tahsisin* mülkiyet yerine bir intifa veya *sükna (oturma) hakkı biçiminde gerçekleşmesine de imkân tanımıştır. Öğretide belirtildiği üzere bu imkân özellik ile eşin* ödemesi gereken denkleştirme *bedelinin yüksek olması ve onun imkânlarını* aşması halinde değer kazanacaktır. Bizde 3678 sayılı Kanun ile Me-

deni Kanun değiştirilirken bu yolda hükümlerin kanuna *eklenmemesi büyük bir eksikliktir."*[2] Hocanın gördüğü eksiklik 4721 sayılı TMK 652. maddesi ile çok sonra giderilecektir.

Çağdaş dünyanın geldiği aşama dikkate alındığında bazı pozitif ayrımcılık yapılması demokrasinin vazgeçilmezleri içinde telakki edilmiştir. Prof.Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU yukarıda ayrıntısı ile verdiğimiz görüşleri 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yapılınca bu eleştiriler ve var olan somut adaletsizlik de dikkate alınarak aile konutu ve buna bağlık hukuki sonuçlar hukukumuzda yerini almıştır. Aile konutu kavramı 4721 sayılı Kanun ile aşağıdaki maddelerde anlatılmış ve hukuki sonuçlar bağlanmıştır.

Medeni Kanun'un 186. maddesi eşlerin yaşayacakları yeri birlikte seçmek durumunu düzenlemiştir.

Medeni Kanun'un 194. maddesi ile konutu kavramı tanımlanmış ve bu kavramın sağladığı haklar aile hukuku içindeki durumu düzenlenmiştir.

Medeni Kanun'un 240. maddesi ölüm nedeni ile mal rejiminin tasfiyesi halinde aile konutunun tasfiye edilmesi ile ilgili düzenleme içermektedir.

Medeni Kanun'un 254. maddesi evliliğin boşanma veya iptaline karar verilmesi halinde aile konutunda eşin yararlanma durumunu düzenlemektedir.

Medeni Kanun'un 279. maddesi eşler arasındaki mal ortaklığı rejiminin olması durumunda aile konutunun durumu düzenlenmiştir.

Medeni Kanun'un 652. maddesi inceleme konumuzu oluşturan madde olup ölüm halinde mirasın paylaşılmasına aile konutunun paylaşılmasına sağ kalan eşe özgülenmesi ile ilgili durumu düzenlemiştir.

Aile konutu terim olarak kanunda yer almasına karşın herhangi bir tanıma kanunda yer verilmemiştir. Ancak kavramsal anlatım Medeni Kanunun 194. maddesinde yer almıştır. Bu maddenin gerekçesinde şöyle bir tanım yer almıştır. *"Aile Konutu eşlerin bütün yaşam faaliyet-*

---

2 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip Miras Hukuku 2. Ve 3.Basılara Ek Kitap

lerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır."[3]

Eşin miras hakkı ilgili yukarıda ayrıntısını verdiğimiz lehe görüş burada kanun gerekçesinde de ifadesini bulmuştur. Bu şekilde tanımlanan aile konutunun miras paylaşılmasında sağ kalan eşe özgülenmesi çalışmamızın asıl konusunu oluşturduğu için aile konutuna bağlanan diğer hukuki düzenlemeler, hak ve yükümlülükler ve usuller çalışmamızın dışında tutuyorum.

II- AİLE KONUTUNUN SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİ KOŞULLARI

1-EŞİN ÖLMESİ

Konunun iyi bir şekilde anlaşılması için 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 652. maddesinin kenar başlığı, yasa maddesinin tam metni ve maddenin gerekçesini tam bir şekilde burada zikretmekte fayda vardır.

D-Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi

Madde 652-*Eşlerden* ***birinin ölümü*** *halinde* ***tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş****, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben* ***mülkiyet hakkı tanınmasını*** *isteyebilir.*

Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya miras bırakanın diğer mirasçılarından birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve alt soyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.

MADDENİN GEREKÇESİ

Yürürlükteki kanunda maddeyi karşılayan bir hüküm yoktur. Madde

---

[3] ÖZTAN Bilge Türk Medeni Kanunu sh.170, Mahmut KAMACI Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK'nun 194.maddesi) sh.115, Mahmut KAMACI Tapu Kütüğüne Aile Konutu Şerhinin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu sh.24

İsviçre Medeni Kanun'a 1984 yılında eklenen 612a maddesinde esinlenerek kaleme alınmıştır. Bu maddeyle sağ kalan eşin korunması amacı güdülmektedir. Kaldı ki mal rejimiyle ilgili 240.maddede benzer bir hüküm mevcuttur. Burada sağ kalan eşe konut ve konut ve ev eşyası ile ilgili olarak olan mülkiyet ya da haklı sebeplerin varlığı halinde istem üzerine intifa ya da oturma hakkı tanınması olanağı getirilmektedir.[4]

Kanun'da da açık bir şekilde belirtildiği üzere eşlerden biri ölecek diğer sağ olarak kaldığı sürece diğerinin mirası kapsamında kalan aile konutu üzerinde bu hakka sahip olacaktır.

Bilindiği gibi kişilik sağ ve tam doğmak ile başlar ve ölüm ile son bulur. (TMK 28.md.) Ölüm olayı kural olarak nüfus kayıtları ile ispatlanır. Ancak bu imkân dâhilinde değilse her türlü delil ile ispatlanır. (TMK 30. md.) Miras ölüm ile açılır. (TMK 575.md.) Kanuni mirasçı olabilmek için ölüm anında sağ olmak gerekir. (TMK 580.md.) Hatta cenin, sağ doğmak kaydı ile de mirasçı olur. (TMK 582.md.)

Genel yasal hükümler ile birlikte TMK 652. maddesinin zorunlu ön koşulu olan eşin ölmesi zorunluluğudur. Eş ölecek mirası açılabilsin.

Bu şekilde bu hakkın kullanılması için doğal ölüm tek yol değildir. Eşlerden birinin ölüm karinesine girmesi, eş hakkında gaiplik kararı verilmesi ile de sağ kalan eş, 652. maddede öngörülen hakkı kullanabilir.

Bir kişi ölümüne kesin gözü ile bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır. Bu husus ölüm karinesi olarak TMK 30. maddede düzenlenmiştir. Eşlerden biri hakkında ölüm karinesi gerçekleşirse ölüme bağlı tüm haklar doğacağından dolayı sağ kalan eş 652. deki aile kontunun kendisine özgülenmesini talep edebilir.

Kişi ölüm tehlikesi içinde kayıp olur veya kendisinden uzun zaman haber alınmaz ise şahsın gaipliğine karar verilir.(TMK 33.md.) Gaiplik kararı mahkemece verilince ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. (TMK 35/1) Yalnız gaiplik kararı alınması ölüme bağlı hakların kullanılmasını sağlar. Evlilik yine de-

[4] ÖZTAN Bilge Türk Medeni Kanunu sh.170

vam eder. Evlilik gaiplik kararı ile kalkmaz. Evliliğin gaiplik kararı nedeni ile ayrıca iptali istenebilir.(TMK 131. md.)

Bu unsur açısında özet ile ölüm, ölüm karinesi ve gaiplik kararı ile miras açılıp mirasa dâhil aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi istenebilir.

2-AİLE KONUTUNUN ÖLEN EŞİN KALAN MİRASI KAPSAMINDA OLMASI GEREKLİLİĞİ

Türk Medeni Kanunun 652. maddesinde açıkça belirtildiği üzere aile konutu ölen eşin terekesinde olmalıdır. Başka bir deyim ile ölüm anında aile konutu ölen eşe ait olmalı ve ölenin terekesinde olmalıdır. Ölüm anında terekede olmayan aile konutunun hali ile özgülenmesi istenemez.

3-SAĞ KALAN EŞ DAVA BOYUNCA MİRASÇILIK SIFATINI KORUMASI VE SAĞ OLMA ZORUNLULUĞU

Sağ kalan eş özgüleme talebinin sonuna kadar sağ olmalıdır. Bu talep sağ kalan olarak şahsa sıkı surette bağlı bir hak olup bu talep hakkı devredilmez. Bu hak aynı zamanda miras yolu ile geçmez. Bu hakkın sağ kalan eş sıfatı ile bağlantısı hakkı şahsa sıkı surette bağlı bir hak konumuna getirmektedir.[5]

Kanunun konuluş amacı sağ kalan eşin **a**ile konutunda ölen eşi ile birlikte bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alanda kalmasını sağlamaktır. Bu ihtiyaç ve gereksinin sağ kalan eş için aranmaktadır. Sağ kalan eş bu dava boyunca sağ olursa bu haktan yararlanır. Sağ kalan eşin ölümü halinde aile konutu tercihi ile kendisi ile birlikte ölüp gidecektir.

Sağ kalan eşin bu haktan yararlanabilmesinin diğer koşulu da eşinin ölümü ve dava boyunca mirasçılık sıfatını koruması gerekmektedir. Çünkü kanunda açıkça anlatıldığı gibi sağ kalan bu hakkını miras hakkına mahsuben isteyebilecektir.

---

5 ÖZTAN Bilge Miras Hukuku SH.401

Ölen eş, sağ kalan eşini mirasçılıktan çıkarmış ise (TMK 510.md) sağ kalan bu hakkını kullanmaz. Çünkü artık sağ kalan eş, ölen eşin mirasçısı değildir. Hali ile aile konutu ve mahsup edeceği bir miras hakkı da kalmamış olacaktır.

Sağ kalan eş, ölen eşin mirasından yoksun kalmış ise yine aile konutunun özgülenmesini talep edemez. Çünkü kanun açıkça bu kişilerin mirasçı olamayacaklarını düzenlemiştir. (TMK 578. md.) Hali ile aile konutu ve mahsup edeceği bir miras hakkı da kalmamış olacaktır.

Sağ kalan eş ölüm anında ölen eşi ile evli olmalıdır. Boşanan eşler birbirine mirasçı olmazlar. (TMK 181.) Boşanma kararının kesinleşmesi yeterlidir. Böyle bir şey olursa hali ile aile konutu ve mahsup edeceği bir miras hakkı da kalmamış olacaktır. Boşanma kararının nüfusa işlenmesi zorunlu değildir. Boşanma hâkim kararı ile olur. Mahkeme kararının geçerliliği idari bir işlem olan nüfusa tescil ile alakası yoktur. Nüfusa tescil sadece idari bir bildirim mahiyetindedir. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 15.05.1964 gün, 1964/2762 Esas ve 1964/2542 Karar sayılı kararı ile konuya şu şekilde açıklık getirmiştir. *"Mahkeme boşanma kararının kesinleştiğinin kabul ettiği halde nüfusa işlenmemiş olmasından bahis ile Fatma'nın miras hakkını tanımıştır. Kesinleşmiş olan boşanma kararının nüfusa işlenmemiş olması onu hükümsüz addedilmesine sebep olmaz."*[6]

Sağ kalan eş ile ölen eş arasındaki evlilik butlan ile batıl ise eşlerin sağlığında açılmış olan davaya mirasçılar devam edebilir. Bu evlilikte sağ kalan eşin iyi niyetli olmadığı anlaşılırsa yasal mirasçılık sıfatını kaybeder.(TMK 159.md.) Hali ile aile konutu ve mahsup edeceği bir miras hakkı da kalmamış olacaktır.

Sağ kalan eş ile ölen eş arasındaki evlilik ile ilgili boşanma davası açılmış ise dava devam ettiğinde ölüm gerçekleşirse ölen eşin mirasçıları davaya devam edebilir. Sağ kalan eşin boşanma davasındaki kusuru ispatlanırsa sağ kalan eş yine mirasçılık vasfını yitirir. Hali ile aile konutu ve mahsup edeceği bir miras hakkı da kalmamış olacaktır. (TMK 181.md.) Bu maddede geçen davacı ve davalı kelimeleri Anayasa

6 ÖZUĞUR Ali İhsan Türk Miras Hukuku sh.265

Mahkemesi'nin 21.01.2010 gün, 2008/102 Esas ve 2010/14 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu iptalden sonra maddenin anlamında yukarıda yaptığım gibi bir sonuç çıkarılabilir.[7]

4- MİRASÇILIK SIFATININ BELİRLENMESİ VE MİRAS PAYININ BELİRLENMESİ ZORUNLULUĞU

Sağ kalan eşin bu anlamda hakkını kullanabilmesi için mirasçı olduğu yukarıda anlatılan olumsuz koşulların kendisi için gerçekleşmediğini ispat edebilir. Bu iki yol ile olabilir. İlkin alacağı müstakil mirasçılık belgesi ile bunu ortaya koyabilir. İkinci olarak özgülenme talebinde zaten mahkeme işin doğası gereği davacının böyle vasfını öncelik ile incelemek zorunda kalacaktır. Miras payının belirlenmesi de bu anlamda zorunludur. Ancak miras payının miktarı önemli değildir. Mirasa dâhil olan tek şey aile konutu olsa bile önemli değildir. Önemli olan az, çok, değerli veya değersiz bir şekilde miras payının olmasıdır. Burada sağ kalan eşin mirasta olan zümrenin niteliği de önemli değildir. Sağ kalan eşin miras payı da önemli değildir.[8] Ancak tereke sadece aile konutunda ibaret ise başka mirasçı yok ise sağ kalan eş tek mirasçı ise artı malın tamamının mülkiyet hakkı sahibi olacağı için ayrıca özgüleme davası açamaz.[9] Çünkü zaten kanunen sahip olduğu şeye dava açması hukuken mümkün değildir. Sağ kalan eş bu ihtimalde dava açarsa açtığı dava hukuki yarar olmadığından dolayı ret edilecektir. (Hukuk Muhakemeleri Kanunu 114/h)

Miras payının belirlenmesinde miras payı ile aile konutu arasındaki oran nasıl kurulacaktır. Başka bir deyim ile kanunda açıkça miras payına mahsuben aile konutunun özgülenmesi talep edilebileceği belirtilmesine karşın miras payı, aile konutunun altında bir değerde ise ne olacaktır. Burada denklik ve hesaplama nasıl olacaktır. Öncelik ile burada ilgili kanun maddesi olan TMK 652. maddede bir açıklık yoktur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi Ömer Uğur GENÇCAN bu konuda çok yerinde bir tespit ile Miras Hukuku isimli eserinde şöyle de-

7 Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 47/1 sh.535-543
8 GENÇCAN Ömer Uğur Miras Hukuku sh.1294
9 KILIÇOĞLU Ahmet M. Miras Hukuku sh.342

mektedir. *" Bilindiği üzere sağ kalan eş eski yaşantısını devam ettirebilmesi için ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek kaydı ile m intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilirse de katılma alacağı yetmez ise bedel eklenmek sureti ile de intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir. Benzer düzenleme TMK 652. maddesinde yer almadığını görmekteyiz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu sistematik bir bütünlük arz eder. Kanun koyucu aile hukuku bünyesinde sağ eşi korumakta gösterdiği anlayış ve şefkatin miras hukukuna sıra geldiğinde esirgemesi düşünülmez. TMK 652 hükmünde bu konuda bir boşluk olduğu düşüncesindeyiz. Bu boşluğun TMK m.240 hükmünün örneksenerek doldurulmasını düşünüyoruz."*[10]

Yargıtay verdiği bir kararında aynı çözümü benimsemiştir. *" Eğer eşin mirastan payına düşen miktar aile konutunun değerini karşılamıyorsa eş miras payı dışında kalan aile konutunun değerini ödeyerek onun mülkiyet hakkını talep edebilecek eğer bakiye değeri ödeyecek gücü yoksa aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkını talep edebilecektir."* [11]

Sağ kalan eş aile konutunu miras payından mahsubunu istemesi şu şekilde olacaktır. İlkin kendisi de mirasçı olduğu için aile konutundan var olan miras payı aile konutunun ölüm anındaki değerinin farkı belirlenecektir.[12] Sağ kalan eşin kendi miras payı zaten değerden düşülecektir.[13] Terekede başka mal varsa diğer mallardaki payın mahsubu yapılacaktır. Sağ kalan eşin terekedeki payı yetmiyorsa ve sağ kalan eşinin gücü yetiyorsa kalan değer için sağ kalan eşin tereke dışındaki mal varlığı ile tamamlanacaktır. Bu şekildeki taksim kanuni bir taksim kuralıdır. [14]Sağ kalan eş lehine öncelikli satın alma hakkı gibi bir durum oluşturulmuştur.[15]

---

10 GENÇCAN Ömer Uğur Miras Hukuku sh.1294-1295, İMRE Zahit-ERMAN Hasan Miras Hukuku sh.479, ÖZTAN Bilge Miras Hukuku sh.401

11 Yargıtay 2HD'nin 19.11.2008 gün, 12883-15476 sayılı kararı GENÇCAN Ömer Uğur Miras Hukuku sh 1295

12 GENÇCAN Ömer Uğur Miras Hukuku sh.1296

13 KILIÇOĞLU Ahmet M. Miras Hukuku sh.346

14 KILIÇOĞLU Ahmet M. Miras Hukuku sh.346, ÖZTAN Bilge Miras Hukuku sh.401

15 KILIÇOĞLU Ahmet M. Miras Hukuku sh.346

5-AİLE KONUTU BELİRLEMESİNİN YAPILMASI ZORUNLULUĞU

Aile konutunun sağ kalan eş lehine miras payına mahsuben özgülenmesi için öncelik ile dava edilen konutun aile konutu olması lazım. Aile konutundan kasıt ne olmalıdır.

Aile konutu terim olarak kanunda yer almasına karşın herhangi bir tanıma kanunda yer verilmemiştir. Ancak kavramsal anlatım Medeni Kanun'un 194. maddesinde yer almıştır. Bu maddenin gerekçesinde şöyle bir tanım yer almıştır. Aile Konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.

Aile konutuna bağlanan hukuki sonuçlar mirasçılar arasındaki olan menfaatleri dengesinde kanun eli ile bir müdahale oluşturduğu için aile konutu kavramı mirasçılar arasında ciddi bir niza sebebi olacaktır. Bu durum da konunun ehemmiyetini daha da artıracaktır. Bu neden ile aşağıda bazı yargı kararların konu olan olaylardan aile konutunun varlığını netleştirmeye çalışacağım.

Eşlerin birlikte ve sürekli oturduğu, aile hayatının olduğu ev olmalıdır. Eşlerin birden fazla evi, ölen eşin birden fazla evi olması bu durumu değiştirmez. Önemli olan birlikte oturulan evdir. Aile konutu eşlerin birlikte oturduğu evdir. Başka evleri varsa da aile konutu olmaz.[16] Yazlık, devre mülk ve yıllın beli dönemlerinde kullanılan konutlar ortak yaşamın asli unsurlarını taşımadığı için aile konutu değildir.

Aile konutunun tapudaki cinsi önemli değildir. Çünkü önemli olan tapu kapsamında kalan yerde ortak ikamet edilen aile konutu olarak kullanılan bir yerin olmasıdır. Aile konutu olan yerin tapu kaydındaki cinsi tarla, arsa ve çayır olması bu hakkın kullanılmasına engel değildir. Bu konuda KÖSEOĞLU Bilal-KOCAAĞA Köksal isimli yazarlar Aile Hukuku ve Uygulaması isimli kitaplarında aile konutunun tapusunun konut olmasını zorunlu görmektedirler. [17] Ancak Yargıtay

---

16 Y.2HD.'nin 02.06.2003 gün, 2003/7146 Esas ve 2003/8034 Karar sayılı karar. KÖSEOĞLU -Bilal KOCAAĞA Köksal Aile Hukuku ve Uygulaması sh.642

17 KÖSEOĞLU Bilal- KOCAAĞA Köksal Aile Hukuku ve Uygulaması sh.647

uygulaması bu anlamda tapu kaydını yeterli görmekte ve tapudaki gayrimenkulün cinsini önemli bulmamaktadır. Yargıtay'ın bazı kararları şöyledir.

Yargıtay 2.HD'nin 17.07.2008 gün, 2007/6774 Esas ve 2008/10741 Karar sayılı kararı: *" Taşınmazın tapu kayıtlarında tarla olarak kayıtlı olmak ile birlikte üzerinde aile konutunun bulunduğunun tespit edilmesi halinde Türk Medeni Kanunun 194/3 maddesi anlamında aile konutu şerhi verilmesine engel yoktur."* [18]

Yargıtay 2.HD'nin 04.07.2005 gün, 2005/8403 Esas ve 2005/10552 Karar sayılı kararı: *" Taşınmazın tapuda arsa olarak gösterilmiş olmasının Türk Medeni Kanunun 194/3 maddesi anlamında aile konutu şerhi verilmesine engel bulunmamasına"*[19]

Aile konutunun belirlenmesinde mirasçılar arasında ihtilaf olması halinde burada Türk hukuk uygulamasında bana göre hatalı bir sistem oluşturulmuştur. Öncelikle aile konutunun tespiti istenmektedir. Daha sonra aile konutunun tespitinden sonra aile konutunun özgülenmesi istenmektedir. Konunun daha iyi anlaşılması şu anki yargı uygulamamızın aşamalarını anlatılması gerekmektedir.

İlk önce aile konutunun tespitine karar alınması gerekmektedir. Bu öncelik aşamadır. Bu şekilde açılacak tespit davasında aile mahkemeleri görevli görülmektedir. Bu konu Yargıtay'ın yerleşik uygulamasıdır. Konu ile ilgili birkaç örnek vermek gerekirse;

Yargıtay 2.HD'nin 20.12.2004 gün, 2004/13563-15270 sayılı kararı: *"Türk Medeni Kanunun 652.maddesi uyarınca aile konutunun olduğunun tespiti görevi aile mahkemeleri görevi içindedir."* [20]

Yargıtay 2.HD'nin 13.04.2004 gün, 2004/3897-4674 sayılı kararı: *"Aile mahkemelerince yapılacak iş tarafların delillerini toplayıp bu konutun aile konutu olup olmadığının belirlemekten ibarettir."*[21]

Yargıtay 2.HD'nin 23.03.2009 gün, 2009/20607-5359 sayılı kararı: *"Taşınmazın aile konutu olup olmadığını belirleme görevi aile mahkemesine*

---

18 KÖSEOĞLU Bilal- KOCAAĞA Köksal Aile Hukuku ve Uygulaması sh.649
19 KÖSEOĞLU Bilal- KOCAAĞA Köksal Aile Hukuku ve Uygulaması sh.656
20 KÖSEOĞLU Bilal -KOCAAĞA Köksal Aile Hukuku ve Uygulaması sh.660
21 KÖSEOĞLU Bilal -KOCAAĞA Köksal Aile Hukuku ve Uygulaması sh.661

aittir. Dava dilekçesinin aile konutunun belirlenmesi yönünde aile mahkemesi özgüleme yönünde ise sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu düşünülerek tefrik kararı ve görevin kamu düzeninde olduğu kabul edilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekir."[22]

Yargıtay uygulamasına göre sadece özgüleme davası açılmış ise aile konutunun tespiti davası açılması için davacıya süre verilmelidir. Davacının açacağı yeni dava özgüleme davasında bekletici mesele sebebi yapılmalıdır. Bu husus aile konutu tespit davasında alınan karar ile birlikte sulh hukuk mahkemesinde açılacak özgüleme davası o zaman görülebilir. Bu konu Yargıtay'ın şu kararları ile uygulamaya yerleştirilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2008 gün, 2008/12535-14964 sayılı kararı, 27.02.2008 gün, 2008/2065-2395 sayılı kararı, 01.05.2008 gün, 2008/6150-6178 sayılı kararı, 18.10.2006 gün, 2006/6016-14210 sayılı kararı, 13.07.2009 gün, 2009/3377-13956 sayılı kararı, 27.03.2008 gün, 2008/10301-4269 sayılı kararı, 15.09.2008 gün, 2008/7479-11810 sayılı kararı, 17.04.20087 gün, 2008/5892-5500 sayılı kararı, 03.03.2010 gün, 2010/2200-4021 sayılı kararı bu konuda aynı hususu işlemektedir.[23]

Yargıtay'ın bu uygulaması hatalıdır. Aile konutunun kavram olarak Medeni Kanunun 194. maddesinde aile hukuku kitabının içinde düzenlenmiş olması bu kavram ile ilgili tüm davaların aile mahkemesinde görüleceğini anlamına gelmez. Mirasın paylaşılmasında aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi talebi zaten iki talep içermekte olup hem tespit hem de eda veya inşai bir talep içermektedir. Başka bir deyim ile özgüleme kararının verilmesi zorunlu olarak aile konutunun tespitini de içermektedir.

Anayasanın 90. maddesi atfı ile içi hukukumuzun bir üst normu olarak iktisap edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi gereği herkesin makul bir sürede yargılanma hakkı olup bu hak, adil yargılanma hakkı kapsamındadır.

Anayasanın 141. maddesi gereği davaların en az gider ile mümkün olan surat ile sonuçlandırılması yargının görevidir.

---

22 GENÇCAN Ömer Uğur Miras Hukuku sh.1299

23 GENÇCAN Ömer Uğur Miras Hukuku sh.1298-1301

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesi hâkim yargılamanın makul bir süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamak ile görevlidir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 382. maddesi bu tür tespiti ve özgülemeyi çekişmesiz yargı işi olarak görmektedir.

Aynı kanunun 383.maddesi gereği çekişmesiz yargı işleri kanunda aksine bir düzenleme yok ise sulh hukuk mahkemesinde görülür.

Aynı şekilde çekişmesiz yargı işlerinde uyuşmazlığın mahiyeti uygun gördükçe basit yargılama usulü uygulanır. (HMK 385/1)

Bütün bu verileri yan yana koyduğumuzda bu tür davalarda aile mahkemesi ve sulh mahkemesi ayrımının haklı makul bir gerekçesi ve açık bir kanun hükmü dayanağı da yoktur. Mevcut uygulama usul ekonomisine aykırıdır Olan bu durum hele ölüm sonrası oluşan kırılgan yapıdaki insanların mahkemelerde uğraştırılmasından başka bir şey değildir. Davaların uzaması ile adil yargılama hakkının ihlaline sebebiyet verilmektedir. Bundan dolayı söz konusu hatalı olduğuna inandığımız uygulamadan dönülüp her iki davanın sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği kanaatindeyim.

6-AİLE KONUTUNUN ÖZGÜLENMESİ TALEBİNİN SAĞ KALAN EŞTEN GELMESİ

Aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi talebi sadece ve sadece sağ kalan eşin hakkıdır. Bu talep sağ kalan eşin şahsına sıkı surette bağlı bir hak olup bu talep hakkı devredilmez. Bu hak aynı zamanda miras yolu ile geçmez. Bu hakkın sağ kalan eşin sıfatı ile bağlantısı hakkı şahsa sıkı surette bağlı bir hak konumuna getirmektedir. Ancak sağ kalan eş vesayet altında ise vasisi yolu ile bu hakkını ileri sürebilir. Diğer mirasçılar sağ kalan eş istemedikçe paylaşmada bu hususu dile getiremezler. Vekil yolu ile dava açılması halinde vekile de bu konuda özel vekâletname verilmesi gerektiği kanaatindeyim.

7-KANUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ İSTİSNALARIN OLMAMASI

Bu konuda yasa metni çok açıktır. Yasa maddesine tekrardan bakıldığı zaman şu hususlar dikkat çekmektedir.

Madde 652/2-3 konu ile kısmı şöyle der. *"**Haklı sebeplerin varlığı halinde,** sağ kalan eşin veya miras bırakanın diğer mirasçılarından birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir. **Miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve alt soyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır."***

Madde metni dikkatlice incelendiği zaman üç tane istisnanın olumsuz koşul olarak sayıldığını görüyoruz. Bu şartlar varsa sağ kalan eş aile konutunun mülkiyet hakkını değil de intifa veya oturma hakkını talep edebilir. Hali ile bu üç koşul olumsuz koşul olmuştur.

İlkin haklı sebebin olması hali kanunda tanımlanmamıştır. Öncelik ile haklı sebep hâkimin her somut olayda takdir edebileceği bir düzenlemedir. Böyle olması daha mantıklı bir düzenleme olmasına sebep olmuştur. Uygulamada maddenin bu hükmünü çalıştıracak başka bir deyim ile haklı sebep olacak haller şunlar olabilir. Sağ kalan eşin çok yaşlı olması, sağ kalan eşin miras payına mahsupta denkleştirmede yeteri kadar parasının olmaması, terekede aile konutu dışında başka bir şeyin olmaması gibi hallerde gerek sağ kalan eşin kendisi gerek ise diğer mirasçıların talebi ile mülkiyet hakkı yerine intifa veya oturma hakkı verilebilir.

Miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve alt soyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Dikkat edilirse burada eş hiçbir şekilde bir ayni hak kullanamaz. İkinci olarak miras bırakanın alt soyunda aynı meslek varsa söz konusu engel çıkabilir. Ancak alt soy değil de eş ile birlikte mirasçı olabilen diğer mirasçı zümrelerinde aynı meslek icrası olsa bile bu sağ kalan eşe aile konutu özgüleme talep etmesinde engel çıkarmayacaktır.

Maddenin son fıkrasında tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır. Bu hususu ilgili özel bölüme atıf yaparak hal ediyor.

III- ÖZGÜLEME ŞEKLİ

Mirasın paylaşılmasında aile konutunun miras payına mahsuben sağ kalan eşe özgülenmesinde özgüleme şekli üç şekilde yapılır.

Birinci şekil kanunen asıl olan şekil olup mülkiyet hakkının tanınmasıdır. Kanuni bir taksim şekli öngördüğü için temel paylaşım şekli mülkiyet bölüşümü ve mülkiyet tanınması olacaktır.

İkinci şekil de haklı sebeplerin varlığı halinde gerek sağ kalan eş veya diğer mirasçıların talebi üzerine mülkiyet yerine intifa hakkının tanınmasına karar verilebilir.

Üçüncü şekil ise yine haklı sebeplerin varlığı halinde gerek sağ kalan eş veya diğer mirasçıların talebi üzerine mülkiyet yerine oturma hakkının tanınmasına karar verilebilir.

Kısacası sağ kalan eşe aile konutu üç şekilde özgülenebilir. Mülkiyet hakkı tanınması, intifa hakkı verilmesi veya oturma hakkının verilmesi şeklide olabilir.

IV-AİLE KONUTUNUN SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİNDE YARGILAMA USULU

1-GÖREVLİ MAHKEME

Bu günkü genel yargı uygulamasına aile konutu tespit davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir. Özgüleme davasında görevli mahkeme ise görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. Bu konu Yargıtay'ın şu kararları ile uygulamaya yerleştirilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.11.2008 gün, 2008/12535-14964 sayılı kararı, 27.02.2008 gün, 2008/2065-2395 sayılı kararı, 01.05.2008 gün, 2008/6150-6178 sayılı kararı, 18.10.2006 gün, 2006/6016-14210 sayılı kararı, 13.07.2009 gün, 2009/3377-13956 sayılı kararı, 27.03.2008 gün, 2008/10301-4269 sayılı kararı, 15.09.2008 gün, 2008/7479-11810 sayılı kararı, 17.04.20087 gün, 2008/5892-5500 sayılı kararı bu konuyu böyle özetlemiştir. Bu konuda söz konusu uygulamayı eleştirdiğimi ve farklı düşündüğümü yukarıda ifade etmiştim.

2-YEKİLİ MAHKEME

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesi aile konutu tespitini ve özgülenmesini çekişmesiz yargı işi olarak görmektedir. Aynı kanunun 384. maddesi gereği kanunda aksine hüküm bulunmadıkça çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgillerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir.

3-DAVACI

Bu davadaki hakkın münhasıran şahsa sıkı surette bağlı olması nedeni ile davacı ancak sağ kalan eş olur. Eğer sağ kalan eş vesayet altında ise yasal temsilcisi söz konusu davayı açabilir. Kanaatimce avukat temsili söz konusu ise bu konuda özel yetki içeren vekâletname ile ancak dava açılabilir.

4-DAVALI

Davalı olarak sağ kalan eş birlikte ölen eşin diğer tüm mirasçılarıdır. Tüm mirasçılara birlikte dava açılması gerekir. Çünkü davalılar yönünde zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Bir kısım mirasçıya davanın açılıp bir kısmın açılmaması husumetten davanın reddi sebebi sayılabilecektir. Bu konuda yasal bir paylaştırma hakkı tanındığı için klasik paylaştırma davasının tüm özellikleri geçerlidir.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nun 652. maddesi uygar dünyanın miras hukukunda geldiği aşamaya uyumlu olup son derece yerindedir. Ölüm eşleri birbirinde ayırmasına karşın insanların geçmişlerinin tüm yaşam alanlarının ve anılarının da yaşatılması gereklidir. Bir eşin ölümü diğer eş için ikinci bir yıkım olmamalıdır. Kalan eş giden eşin emanetiymiş gibi konuya yaklaşılmalıdır. Bu neden ile yukarıda tüm teknik boyutları ile anlattığım bu düzenlemeyi gecikmiş bir düzenleme olarak görüyorum. Ancak gecikse de çok yerinde buluyorum.

KAYNAKLAR

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 47/1

GENÇCAN Ömer Uğur Miras Hukuku 2. Baskı Ankara 2011

İMRE Zahit-ERMAN Hasan Miras Hukuku İstanbul 2011

KILIÇOĞLU Ahmet M. Miras Hukuku 3.Baskı Ankara 2009

KILIÇOĞLU Ahmet M. Katkı ve Katılma Alacağı Ankara 2011

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip Miras Hukuku 2. Ve 3.Basılara Ek Kitap İstanbul 1992

KÖSEOĞLU Bilal-KOCAAĞA Köksal Aile Hukuku ve Uygulaması Ankara 2009

Mahmut KAMACI Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK'nun 194. maddesi) Yargıtay Dergisi Cilt: 30, Sayı: 1-2

Mahmut KAMACI Tapu Kütüğüne Aile Konutu Şerhinin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu Yargıtay Dergisi Cilt: 36, Sayı: 3

OGUZMAN M.Kemal Miras Hukuku İstanbul 1995

ÖZTAN Bilge Miras Hukuku 4.Baskı Ankara 2010

ÖZTAN Bilge Türk Medeni Kanunu 2.Baskı Ankara 2002

ÖZUĞUR Ali İhsan Türk Miras Hukuku Ankara 2001

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.29.3.2011
E.2011/10-5
K. 2011/25

* **Sanığın yokluğunda verilen hükmün, sanığın vekâletname vermek suretiyle seçtiği müdafiine yapılması gerekir.**

* **Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır, vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir.**

(7201 sayılı Tebligat Kanunu m.11)

Sanık G.A.'nın, incelemeye konu olmayan sanıklarla birlikte, teşekkül halinde uyuşturucu ticareti suçundan, 765 sayılı TCY'nın 403/5–7, 31, 33, 36 ve 40. maddeleri uyarınca 6 yıl 8 ay hapis ve 10.000 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 23.02.2007 gün ve 27–31 sayılı hüküm, sanığa baro tarafından görevlendirilen müdafi tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesince 10.02.2009 gün ve 15705–1720 sayı ile düzeltilerek onanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 03.01.2011 gün ve 302189 sayı ile;

"Sanık G.A., 25 Kasım 2004 tarihinde verdiği vekâletname ile görevlendirdiği Av. H.Y.'nin istifa ettiğine veya azledildiğine dair dosyada bir belge bulunmaması karşısında, duruşmadan haberdar edilerek yargılamaya onun huzuru ile devam edilmesi gerekirken, barodan zorunlu müdafi istenilerek, baro tarafından atanan ve sanığa bildirilmeyen zorunlu müdafii huzuru ile davanın görülerek sonuçlandırılması savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir.

…Sanığın tuttuğu ve dosyada görevinin sona erdiğinde ilişkin bir belge ya da bilgi bulunmayan Av.H.Y.'ye duruşma günü tebliğ edilerek, onun huzuru ile yargılamanın sonuçlandırılması gerekirken, yok hükmünde sayılan zorunlu müdafi atama işlemi yapılarak zorunlu müdafi huzuru ile yargılamanın sonuçlandırılması suretiyle sanığın savunma hakkı kısıtlandığından hükmün bozulması gerektiği" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kapsamına göre inceleme, sanık G.A. hakkında kurulan hükümle sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanığın teşekkül halinde uyuşturucu madde ticareti suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; dosyada sanığın vekâletname ile tayin ettiği birden fazla müdafi olmasına ve bu müdafiilerin istifa ettiklerine veya azledildiklerine ilişkin bilgi ve belge bulunmamasına karşın, bu müdafiilere duruşma günü bildirilmeksizin ve sanığa da haber verilmeksizin baroca görevlendirilen müdafi huzurunda verilen ve bu müdafiice temyiz edilen hükmün, sanığın vekaletnameli müdafiine de tebliğ edilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Dosyanın incelenmesinde;

Sanık G.A.'nın, itiraza konu edilmeyen sanıklarla birlikte teşekkül halinde uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan başlatılan soruşturma kapsamında 15.10.2004 günü tutuklandığı, gerek kolluk, gerek

Cumhuriyet savcılığı, gerekse tutuklanması istemiyle sevk edildiği sulh ceza mahkemesinde, yasal haklarının hatırlatılmış olmasına karşın müdafi talebinde bulunmadığı,

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 18.10.2004 tarihli iddianamesiyle sanık hakkında 765 sayılı TCY'nın 403/5–7, 31, 33, 36 ve 40. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açıldığı,

Sanığın 21.10.2004 günlü vekâletname ile müdafi olarak tayin ettiği Av. K.A.'nın, aynı tarihte dosyada bulunan soruşturma evrakının fotokopisini aldığı ve tahliye talebinde bulunduğu, ancak isteminin reddedildiği,

Yerel mahkemece 10.11.2004 tarihli duruşmaya hazırlık tutanağında, sanığın vekâletname ile görevlendirdiği müdafiine duruşma gün ve saatini bildirir davetiye gönderilmesine veya sanığa baro tarafından müdafi atanmasına ilişkin herhangi bir karar verilmediği,

Sanığın 11.11.2004 tarihinde bu kez, diğer sanıklardan M.F. ile birlikte Av. S.E.'yi vekâletname ile müdafi olarak görevlendirdiği, ancak anılan müdafiin 18.11.2004 tarihinde sanık M.F. müdafi olarak dosyadaki evrakın fotokopisini alma isteminde bulunduğu, sanığın son olarak 25.11.2004 tarihinde Av. H.Y.'yi vekâletname ile müdafi olarak belirlediği,

23.02.2005 tarihinde yapılan ve sanığın da hazır bulunduğu oturumda Av. S.E.'nin, sanık G.A. müdafiliğinden istifa ettiği ve sanığın da bu istifayı kabul ettiği,

İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince 29.06.2005 gün ve 1138–292 sayı ile görevsizlik kararı verilerek dosyanın gönderildiği Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesince de, 21.07.2005 gün ve 236–136 sayı ile karşı görevsizlik kararı verildiği, oluşan görev uyuşmazlığının Yargıtay 5. Ceza Dairesince 17.10.2005 gün ve 16807–21576 sayılı karar ile İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevsizlik kararı kaldırılmak suretiyle çözümlendiği,

İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince 14.02.2006 tarihinde düzenlenen duruşmaya hazırlık tutanağında; "*sanığın dosya kapsamına göre müdafi bulunmadığı*"ndan söz edilerek 5271 sayılı CYY'nın 150/3. maddesi uyarınca bir müdafi görevlendirilmesi için İstanbul Barosu Baş-

kanlığına yazı yazılmasına karar verildiği ve yazı yazıldığı, buna karşın sanığın vekâletname ile görevlendirdiği müdafiilerine duruşma gün ve saatinin bildirilmediği gibi, sanık adına çıkarılan duruşma davetiyesinde, "*tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içerisinde müdafi bulunup bulunmadığını bildirmesi, aksi takdirde barodan bir müdafi görevlendirmesinin isteneceği*" açıklamasına da yer verilmediği ve bu çağrı kâğıdının, sanığın adresinden ayrılması nedeniyle tebliğ edilemediği, bunun üzerine 7201 sayılı Tebligat Yasasının 35. maddesi uyarınca tebligat yapıldığı,

Baro tarafından 04.05.2006 tarihinde Av. M.F.U.'nun sanık müdafi olarak görevlendirildiği ve bu aşamadan sonra oturumlara adı geçen müdafiin katıldığı,

23.02.2007 tarihli oturumda, Av. M.F.U.'nun mazereti nedeniyle yetkilendirdiği Av. B.B.'nin yüzüne karşı hükmün tefhim edildiği,

Av. M.F.U.'nun bu hükmü 01.03.2007 tarihli süre tutum dilekçesi ile temyiz ettiği,

Özel Dairece de mahkeme hükmünün düzeltilerek onanmasına karar verildiği,

Dosyada sanığın vekâletname ile görevlendirdiği müdafiileri Av. K.A. ve Av. HY.'nin sanık tarafından azledildiklerine veya müdafiilikten çekildiklerine ilişkin bir bilginin bulunmadığı,

Anlaşılmaktadır.

Oldukça geniş bir kavram olan savunma hakkı, şüpheliyi ve sanığı ilgilendirdiği kadar, bir gün şüpheli veya sanık konumuna düşebilecek olan toplumda yaşayan herhangi bir ferdi, dolayısıyla da toplumun bütününü ve yine adaleti sağlama yükümlülüğü bulunan Devleti ilgilendirmektedir. Ceza yargılamasında savunma, yargılamanın sonucunda verilen ve iddia ile savunmanın değerlendirilmesinden ibaret olan sonucu, başka bir tanımlama ile hükmün isabetli olmasına destek verir. Bu da, amacı mutlak gerçeğe ulaşmak olan ceza adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Bu yönüyle, geniş bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gereken savunma hakkı; susma, soru sorma, kendi aleyhine işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, kanıtların toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma… gibi hakların yanında, bir müdafiinin hukuki yardımından yararlanma hakkını da içine alır.

Savunma, Anayasamızın 36. maddesiyle anayasal güvence altına alınan meşru bir yol, müdafi de savunmanın meşru bir aracıdır. Dolayısıyla söz konusu hüküm, müdafi aracılığı ile savunulmayı da anayasal güvence altına almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "*adil yargılanma hakkını*" düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasının b ve c bentlerinde de; "*her sanığın en azından,*

...b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilme…" hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Buradan çıkarılması gereken sonuç; savunma hakkının, temel insan hakları arasında yer alan hak arama özgürlüğünün bir gereği olduğu ve avukat tutma hakkının da, savunma hakkından ayrı düşünülemeyeceği gerçeğidir.

Hükmün verildiği tarihte yürürlükte bulunan 5271 sayılı CYY'nın "*İfade ve Sorgunun Tarzı*" başlıklı 147. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde;

"*1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:*

…c) Müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafiin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği kendisine bildirilir, müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirilir",

"*Şüphelinin veya Sanığın Müdafi Seçimi*" başlıklı 149. maddesinde;

"*1) Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafi seçebilir.*

2) Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir.

3) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz",

"*Müdafiin Görevlendirilmesi*" başlıklı 150. maddesinde;

"*1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirilir.*

2) Müdafi bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir.

3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir",

"*Müdafiin Görevlendirilmesinde Usul*" başlıklı 156. maddesinin 3. fıkrasında ise;

"*3) Şüpheli veya sanığın kendisinin sonradan müdafi seçmesi halinde, baro tarafından görevlendirilen avukatın görevi sona erer*" şeklinde hükümler bulunmaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; şüpheli veya sanığın müdafi seçme hakkı bulunduğu, müdafi bulunmayan şüpheli veya sanığa istemi halinde veya bazı koşullarda istemi aranmaksızın müdafi görevlendirileceği, kendisine zorunlu müdafi görevlendirilen şüpheli veya sanığın sonradan bir müdafi seçmesi halinde, baro tarafından görevlendirilen avukatın görevinin sona ereceği görülmektedir. Şüpheli veya sanıkların savunmaları için seçtikleri müdafilerinin bulunması durumunda kendilerine baro tarafından zorunlu müdafi görevlendirilemeyeceği, başka bir anlatımla şüpheliye veya sanığa baro tarafından zorunlu müdafi görevlendirilebilmesi için şüpheli veya sanığın kendi seçtiği müdafiinin bulunmaması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da, kendilerinin seçtiği müdafileri bulunan şüpheli veya sanıklara, bu müdafiin görevinin devam ettiği ve savunma görevlerini yerine getirdiği sürece zorunlu müdafi görevlendirilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Mevzuatımızda zorunlu müdafiilik sistemini öngören düzenlemenin amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulun-

mayanların, bu hakkı kullanamamalarından kaynaklanabilecek olası hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanması suretiyle adil yargılamanın gerçekleştirilmesidir.

Diğer taraftan, sanıkların kendilerinin vekâletname vermek suretiyle seçtikleri müdafileri bulunmadığı durumlarda, sanıklara müdafi olarak baro tarafından bir avukat atanacağının bildirilmesi gereklidir. Kendisine müdafi atandığını bilmeyen ya da kendisine müdafi atanmakla birlikte, bu avukatın değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, atandığını dahi bilmediği müdafiin tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu müdafiin yaptığı tüm işlemleri peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl olanaklı değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabileceğini düşünmek de olası değildir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığın vekâletname ile görevlendirdiği ve azledildiklerine veya müdafilikten istifa ettiklerine ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmayan müdafiileri bulunmakta iken, yerel mahkemenin istemi üzerine sanığa baro tarafından müdafi görevlendirilmesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, 7201 sayılı Tebligat Yasası'nın 11. maddesindeki; "*vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır, vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir*" hükmü uyarınca sanığın yokluğunda verilen hükmün, sanığın vekâletname vermek suretiyle seçtiği müdafiine yapılması gerekmektedir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire düzelterek onama kararının, sanık G.A.'ya ilişkin olarak kaldırılmasına, yerel mahkemenin gerekçeli kararının sanığın vekâletname ile görevlendirdiği müdafiine tebliğ edilmesi için Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

Öte yandan, yerel mahkeme hükmünün, Özel Daire tarafından onanmasına karar verildikten sonra kesinleşmesi üzerine sanığın hükmün infazı için yakalandığı ve halen cezaevinde olduğu anlaşıldığından bozma nedenine göre hükmün infazının durdurulmasına da karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 10.02.2009 gün ve 15705–1720 sayılı düzelterek onama kararının sanık G.A.'ya ilişkin olarak KALDIRILMASINA,

3- Sanığın, kesinleşme işlemi yapılan hükmün infazı için yakalandığı ve halen cezaevinde olduğu anlaşıldığından yerel mahkeme hükmünün İNFAZININ DURDURULMASINA, sanığın başka bir suçtan hükümlü veya tutuklu bulunmadığı takdirde derhal salıverilmesinin temini için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazı yazılmasına,

4- Dosyanın, yerel mahkemenin gerekçeli kararının sanığın vekâletname ile görevlendirdiği müdafie tebliğ edilmesi için Yargıtay 10. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na TEVDİİNE, 29.03.2011 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.17.5.2011
E.2011/1-43
K. 2011/93

* **Yerel mahkemeler direnme kararlarında da maddeleri uyarınca yeniden hüküm kurmalıdırlar.**

(5271 s. CYY 230, 231, 232 ve 309)

Silahla tehdit suçundan sanıklar A.A., Y.A. ve R.Ö.'nün, 5237 sayılı TCY'nın 106/2-a-c ve 62/1. maddeleri uyarınca 2'şer yıl 6'şar ay hapis, S.A.'nın olası kastla öldürme suçundan, 5237 sayılı TCY'nın 81/1, 21/2 ve 62/1. maddeleri uyarınca 16 yıl 8 ay hapis, olası kastla yaralama suçundan, mağdur sayısınca uygulama yapılmak suretiyle, 5237 sayılı TCY'nın 86/1, 21/2, 86/3-e ve 62/1. maddeleri uyarınca (dört kez) 7 ay 15 gün hapis, 5237 sayılı TCY'nın 86/2, 21/2, 86/3-e ve 62/1. maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün hapis, silahla tehdit suçundan da 5237 sayılı TCY'nın 106/2-a-c ve 62/1. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, zoralıma, hak yoksunluğuna ve mahsuba ilişkin, Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 08.10.2008 gün ve 272–369 sayılı hükmün, sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 02.03.2010 gün ve 3961-1251 sayı ile;

"Aralarında menfaat çatışması bulunan sanıklar A.A., Y.A. ve S.A.'nın ayrı ayrı müdafiler tarafından temsil edilmeleri gerekirken, aynı müdafi tarafından temsil edilmek suretiyle 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38 ve 5271 sayılı CMK'nın 152. maddesine aykırı davranılması" isabetsizliğinden ve aralarındaki bağlantı nedeniyle sanık R.Ö. hakkındaki hükmün de diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir.

Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesince 10.05.2010 gün ve 147–171 sayı ile;

"...5271 sayılı CMK'nın 152. maddesine göre yararları birbirine uygun olan birden fazla sanığın savunması aynı müdafie verilebilir.

1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38. maddesine göre;

a) Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yol-

suz veya haksız olduğu kanısına varırsa,

b) Aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa,

c) Evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa,

d) Kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa,

e) Görmesi istenilen iş, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun değilse, teklifi reddetmek zorunluluğundadır.

Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar. Yukarıda belirtilen maddeler dışında yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Nazari olarak;

Prof. Dr. Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi isimli Kasım 2005 tarihli eserin 374. sayfasında; 'Kanun koyucu, maddenin yeni şeklinde gerek baro tarafından atanan zorunlu müdafilik sisteminde, gerekse sanıkların kendi iradeleri ile seçecekleri müdafileri yönünden çıkarları ters düşmediği sürece bir müdafie birden çok sanığı savunma imkânı getirildiği, yasa maddesinin eski halindeki netlik yeni metinde yok ise de, bunu engelleyen bir ibarenin metinde yer almaması ve bu yoruma ters düşecek bir sonucun madde gerekçesinde yer almaması sebebiyle bir veya birden fazla sanık menfaat ve çıkarları ters düşmediği sürece aynı müdafi tarafından savunulmasının mümkün olduğunu bildirmektedir'

Prof. Dr. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku isimli 1980 tarihli eserinin 466. sayfasında; 'Birden fazla sanığın menfaatleri birbirine uygunsa yani menfaatleri çatışmıyorsa ve sanıkların birbirine karşı suç atması söz konusu olmadığı aynı davada menfaati zıt olan taraflardan birine avukatlık yapmış kişinin diğer tarafa avukatlık yapamayacağı' belirtilmiştir.

Prof. Dr. Faruk Erem, Ceza Usul Hukuku isimli 1978 tarihli eserinin 192–195. sayfalarında; 'Bir sanığın, birden fazla müdafi tutabileceğini, aynı müdafinin birden fazla sanığa müdafi olabilmesi için açık düzenleme yok ise de, maddenin eski halinin düzenlendiği 1412 sayılı CMUK'nın 142. maddesinin lafzına göre menfaat uygunluğu halinde aynı müdafinin birden fazla

sanığa müdafi olabileceğini, mehaz kanunda, bu durumun savunma menfaati çatışmıyorsa anlamına gelen 'savunma icaplarına aykırı olmamak, savunma icaplarına aykırı bulunmamak' şeklinde anlaşılması gerektiği, menfaat zıtlığı kavramının, değişik anlama geldiğini, birbirlerine zıt menfaatlerin, birbirine uygun olmadığını, iki sanıktan biri suçu diğerinin işlediğini, kendisinin işlemediğini ileri sürüyor ise menfaat zıtlığı bulunduğunu, birbirine zıt olmayan menfaatlerin her zaman birbirine uygun sayılmayacağını, örneğin sanıklardan biri suçunu ikrar etse ve diğer sanıkla suçu birlikte işlediğini bildirmesi halinde, menfaatlerde zıtlığın bulunmadığını, ancak her iki sanığın savunma zorunluluğunun açıkça görüleceğini, meselenin menfaat uygunluğu, menfaat zıtlığı gibi deyimlerden hareketle değil savunmalarla bağdaşmazlık terimi kullanılarak çözümlenmesi, bağdaşmazlığın ölçüsü de, mantık kurallarınca eğer sanıklardan birinin savunmanın doğru kabulü halinde, diğerinin savunmasının reddini gerektiriyorsa bağdaşmazlık bulunacağını, savunmada bağdaşmazlığı öncelikle müdafinin takdir etmesini veya talep veya resen mahkemece takdir edilmesinin gerektiğini' savunmaktadır.

Birden fazla sanığı aynı müdafinin savunması hususunda Yargıtay İçtihatları incelendiğinde;

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 06.11.1995 tarihli kararında; 'İki sanığın müdafiliğini yapan avukatın, kanıtlarla zıtlaşır bir savunmayla, sanıklardan birini suçsuz diğerinin suçlu olduğunu ileri sürmesi karşısında menfaatleri zıt kişileri aynı kamu davasında aynı müdafinin temsil edemeyeceği gözetilmelidir' demektedir.

Menfaat çatışması bulunmayan birden çok sanığın tek bir avukat tarafından temsil edilmesi dolayısıyla birden çok sanık adına savunma makamında tek müdafinin görev yapmasına engel düzenleme bulunmadığı doktrin tarafından kabul edilmektedir. Diğer taraftan birden fazla sanığın tek bir müdafi ile savunma yapmasının engellenmesi halinde fazladan masraf yapılacağı tartışmasızdır. Anayasamızın 141/son maddesine göre fazladan masraf yapılmaması hususu mahkemenin asli görevlerindendir. Keza kardeş olan veya menfaatleri çatışmayan sanıklara ayrı ayrı müdafi görevlendirme yükümlülüğü getirilmesi veya her bir sanığa zorunlu müdafi atanması savunma hakkının kısıtlanmasına neden olacağı açıktır.

Bu açıklamalar ışığında olay ele alındığında;

Adana Cumhuriyet Başsavcılığı, sanıklar A., Y. ve S. haklarında silahlı

tehdit, olası kasıtla öldürme ve olası kasıtla yaralama suçlarından dava açmış, yargılama sırasında sanıklar S. ve Y.A.; suç yerine gitmediklerini belirterek tüm suçlamaları reddetmiş, sanık A.A.; olayın mağduru olduğunu ve bıçakla yaralandığını ileri sürerek suçlamaları kabul etmemiş, keza sanıklar birbirlerini suçlamadıkları gibi, birden çok sanık müdafiliğini yapan savunma makamı da sanıklardan birinin suçlu diğerlerinin suçsuz bulunduğunu ileri sürmemiştir. Somut olayda sanıklar A.A., Y.A. ve S.A.'nın suçlamaları kabul etmedikleri ve adı geçen sanıklardan birinin diğerini suçlamadığı anlaşıldığından CMK'nın 152. maddesine aykırılık olmadığı, keza 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38. maddesinde açıklanan davayı kabul etmekten çekinme veya müdafilik görevini kabul etmeme şartları bulunmadığından ve 'mahkememizin 08.10.2008 tarihli kararının gerekçesi yerinde görüldüğünden' bozma kararına uyulmayarak mezkûr kararımızda ısrar edilmesi gerekmiştir. Sanıklar G.A., S.A., S.D., H.D., Y.Ö. ve N.Z. haklarında verilen kararların kesinleştiği ve adı geçen sanıklar kanun yoluna başvurmadığından, bu sanıklar hakkında verilen kararlara yer verilmemiş, ***'mahkememizin 08.10.2008 tarihli kararının gerekçesi yerinde görüldüğünden ve bu kararda ısrar edildiğinden'*** *aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir"* biçimindeki gerekçe ile önceki hükümde direnilmiştir.

Bu hükmün de sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "bozma" istemli, 27.01.2011 gün ve 283543 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; olası kastla öldürme, olası kastla öldürmeye teşebbüs ve silahla tehdit suçlarından sanıklar A.A., S.A. ve Y.A. arasında menfaat çatışması bulunup bulunmadığının ve buna bağlı olarak, aynı müdafinin hukuki yardımından yararlanmalarının, savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup olmadığının belirlenmesine ilişkin ise de; bozmadan önceki hükmün gerekçesine yollama yapmakla yetinilen direnme hükmünün, yasal ve yeterli gerekçeyi içerip içermediği hususunun öncelikle değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında vurgulandığı üzere, bir karar bozulmakla tamamen ortadan kalkacağından, yerel mahkemelerin direnme kararlarında da 5271 sayılı CYY'nın 230, 231, 232 ve 309. maddeleri uyarınca yeniden hüküm kurması gerekmektedir.

Karar; sorun, gerekçe ve sonuç bölümlerinden oluşur.

"Sorun" bölümünde, somut olay ile suçun işlenmesindeki özellikler ve suçun ne şekilde işlendiği açıklanmalı; "gerekçe" kısmında da, mevcut deliller irdelenmeli, delillerle sonuç arasındaki bağ, diğer bir söylemle bu delillerle neden bu sonuca ulaşıldığı anlatılmalı ve hukuki nitelendirmeye yer verilmelidir. Sonuç hüküm kısmında ise, 5271 sayılı CYY'nın 232. maddesi uyarınca, verilen kararın ne olduğu, uygulanan yasa maddeleri, hükmolunan ceza miktarı, yasa yollarına başvurmanın olanaklı olup olmadığı duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıkça gösterilmelidir.

Yerel mahkemece bozmadan sonra anılan ilkeler doğrultusunda işlem yapılmamış, bozulmakla ortadan kalkan eski hükümde direnilmesine karar verdikten sonra sadece direnme nedenleri açıklanmış, direnme kararında olay anlatılmamış, mevcut delillerle neden bu sonuca ulaşıldığı açıklanmamış, hukuki nitelendirmeye yer verilmemiş, yalnızca bozulmakla ortadan kalkan hükümdeki gerekçeye yollama yapılmakla yetinilmiştir.

Bu itibarla, karar, sorun ve gerekçe bölümlerini içermeyen sanıklar A.A., S.A. ve Y.A. hakkındaki direnme hükmü ile aralarındaki bağlantı nedeniyle sanık R.Ö. hakkındaki hükmün, diğer yönleri incelenmeksizin, öncelikle bu usuli nedenden dolayı bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.05.2010 gün ve 147–171 sayılı direnme hükmünün, belirtilen usule aykırılık nedeniyle diğer yönleri incelenmeksizin BOZULMASINA,

2- Dosyanın Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 17.05.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.12.7.2011
E.2011/1-146
K. 2011/169

* **Aralarında menfaat çatışması bulunan sanıkların, savunmalarının başka müdafiler tarafından üstlenilmesinin sağlanması gerekmektedir.**

(5271 sayılı CYY m.152; 1136 sayılı Av.K. m. 38; TBB Meslek Kuralları m. 35; Yargıtay İç Yönetmeliği 27)

Kasten öldürme suçundan sanıklar H.R.Ö. ile R.E.Ö.'nün 5237 sayılı TCY'nın 81/1, 29/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 15'er yıl, aynı suça azmettirmekten sanık A.Ö.'nün, 5237 sayılı TCY'nın 38/2, 81/1, 29/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmalarına ve haklarında aynı Yasanın 53. maddesinin uygulanmasına, sanık F.K.'nın ise, 5237 sayılı TCY'nın 39/1, 82/1-d, 29/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 9 yıl 4 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve hakkında aynı Yasanın 53. maddesinin uygulanmasına, suç eşyalarının TCY'nın 54. maddesi uyarınca zoralımına ilişkin, Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesince 18.12.2007 gün ve 354-511 sayı ile verilen ve kasten öldürme suçundan kurulan hükümler yönünden re'sen temyize tabi olan hükmün, sanıklar müdafileri ve bir kısım katılanlar vekilleri tarafından da temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 11.03.2009 gün ve 6311-1245 sayı ile;

"…2- Sanık F. İle A'nın gayriresmi birlikte yaşadıkları, sanık F.'nin eski eşinden miras kalması üzerine otobüs alarak işletmesi için sanıklar A. ve çocukları H.R. ve R.E.'ye verdiği, bu sırada sanık F.'nin kardeşi olan maktul R., F.'den 100.000 YTL'lik borcuna karşılık senet aldığı bu konuda protokol de yaptıkları ve borcunun karşılığı olarak, maktulün olaydan 15 gün önce sanık F'ye ait otobüse el koyduğu, tarafların anlaşması üzerine yeniden otobüsün çalışmaya başladığı, senedin vadesi olan 30.07.2006 tarihinde alacağını tahsil edemeyen maktul birkaç kez girişimden sonra olay günü otobüsün anahtarına tekrar el koyduğu, dosya içeriği ile telefon kayıtları ve sanık H.'nin vekili huzurunda usulüne uygun alınmış ilk ifadesinden de anlaşıldığı üzere, bunu öğrenen sanık A., oğulları sanıklar H.R. ile R.E.'yi azmettirmek suretiyle maktulü bıçaklayarak öldürdükleri olayda;

a) Sanık A.'nın adam öldürmeye azmettirme, sanıklar H.R. ve R.E.'nin adam öldürme suçları yönünden; öldürülenin sanıklardan F.'nin senede bağlı alacağını tahsil amacıyla sanıklar A., H.R. ve R.E.'nin F. adına vekaleten işlettikleri otobüsün anahtarını alarak, otogarda bekletmesi nedeniyle olayın meydana geldiği, ortada hukuki anlaşmazlığın bulunduğu, maktulün eyleminin haksız fiil oluştursa bile kardeşi sanık F.'yr yönelik olduğu, diğer sanıklar A., H.R. ve R.E.'ye yönelik haksız bir davranışın bulunmadığı gözetilmeden sanıklar lehine haksız tahrik hükmü uygulanarak eksik ceza tayini,

b) Sanık F.'nin adam öldürme suçu yönünden;

Öldürme suçunda sanıklar A., H.R. ve R.E ile fikir ve irade birliği içinde hareket ettiğini, yardımda bulunduğunu gösterir kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde, sanık F.'nin beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi" isabetsizliğinden tahrik nedenine ilişkin bozma nedeni yönünden oyçokluğuyla, diğer yönlerden oybirliğiyle bozulmasına karar verilmiş, Daire Üyelerinden S.E. Yağcı ile E. Karataş ise, yerel mahkemece tahrikin kabul edilmesinde bir isabetsizlik görülmediği görüşüyle (a) bendinde yer alan bozma nedeni yönünden karşı oy kullanmışlardır.

Yerel mahkemece, 29.06.2009 gün ve 164-204 sayı ile sanık F. hakkındaki bozma nedenine uyularak bu sanığın beraatına karar verilmiş, ancak tahrike ilişkin bozma nedeni yönünden önceki hükümde direnilmiştir.

Bu hükmün re'sen temyize tabi olması ve katılanlar vekili ile sanıklar müdafii tarafından da temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulunca 08.06.2010 gün ve 35-140 sayı ile;

"*Sanıkların kasten öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilen olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında çözülmesi gereken uyuşmazlık, suçun haksız tahrik altında işlenip işlenmediğinin belirlenmesine ilişkindir.*

Ancak, incelenen dosya içeriğine göre, aralarında menfaat çatışması bulunan sanıkların kovuşturma aşamasında tek müdafii tarafından savunulmalarının, savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup olmadığı hususu, Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca ön sorun olarak ele alınıp öncelikle tartışılmıştır.

Bu konuda sağlıklı bir çözüme ulaşılabilmesi için, konuya ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

5271 sayılı CYY'nın, 'Şüpheli veya sanığın birden fazla olması halinde savunma' başlığını taşıyan 152. maddesi, 'Yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafie verilebilir' hükmünü taşımaktadır.

Öte yandan, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca avukatın, aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa vekalet etmesi halinde, gelen işi reddetmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Yine Türkiye Barolar Birliğince kabul edilen Avukatlık Meslek Kurallarının 35. maddesinde de, 'Avukat aynı davada birinin savunması öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekaletini kabul edemez' kuralına yer verilmiştir.

Bütün bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi, menfaat zıtlığını dar anlamda yorumlamamak gerekir. Burada, önemli olan, savunmanın hiçbir şekilde zafiyete uğramamasıdır. Nitekim öğretide de aynı görüş benimsenmiş, şüpheli veya sanıklardan birisinin savunulması ancak diğer sanığın suçlanmasıyla sağlanabiliyorsa, çıkarların çatıştığını ve müdafilerinin değişik kişiler olması gerektiği belirtilmiştir. (Prof. Dr. Nur Centel – Doç. Dr. Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası sh. 170)

Uygulamada Ceza Genel Kurulunun 20.10.2009 gün ve 85-242 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, birlikte suç işlediği iddia edilen sanıkların müdafiliğinin tek avukat tarafından üstlenilmesi halinde, bu durumun sanıklar arasındaki menfaat çatışması nedeniyle, bazı sanıkların savunmaları bakımından zafiyet yaratacağı ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağı kabul edilmiştir.

Somut olayda, sanıkların kolluk tarafından ifadelerinin alındığı aşamada dahi, aralarındaki menfaat çatışmasından bahisle baro tarafından farklı avukatlar görevlendirildiği halde, kovuşturma aşamasında, 26.11.2007 günlü oturumda Avukat H.G.'nin, sanıklar A., H.R. ve R.E'nin müdafii olduğunu bildirerek duruşmaya katıldığı, sanıkların diğer müdafilerinin ise müdafilikten çekildikleri, bu aşamadan sonra, adı geçen sanıkların ek savunmaları ve son savunmalarının alınmasında müdafii olarak Av. H.G.'nin görev yaptığı, ilk hükmü ve direnme hükmünü de sanıklar adına temyiz ettiği, savunma ve temyiz dilekçelerinde de özellikle sanıklardan H.R.'nin kolluk tarafından müdafii huzurunda alınan ifadesini reddetmek suretiyle savunma yaptığı anlaşılmaktadır.

Birlikte suç işlediği iddia edilen sanıklardan, birisi tarafından suçun tek başına ve ani gelişen bir kararla işlenildiğinin savunulması karşısında, diğer sanıkların suça katılmadıklarının savunulmasının gerektiği, bu durumun da suçu tek başına işlediğini savunan sanık yönünden savunmada zafiyet yaratacağı açıktır. Bu nedenle aralarında menfaat çatışması bulunan sanıkların, savunmalarının başka müdafiler tarafından üstlenilmesinin sağlanması gerektiği nazara alınmadan, yerel mahkemece duruşmaya devam edilerek hüküm kurulması, yukarıda açıklanan yasa ve meslek kurallarına aykırıdır…" gerekçesiyle diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir.

Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesi ise 29.12.2010 gün ve 259-331 sayı ile;

"...Maktul R.'nin sanık F. veya diğerlerinden herhangi bir hak ve alacağı olmadığı açıktır.

Sanık F. kocasından kalan parayı istediği şekilde tasarruf etme hak ve yetkisine sahiptir. Bu konuda sanık F.'nin kardeşi olan maktulün hiçbir hakkı bulunmamaktadır. Buna rağmen, maktul R. önce sanıkların işlettikleri Otobüse el koyup sefere çıkmasına engel olmuş, buna karşılık 100.000 YTL'lik senet almış, ancak, süresinde bedelini alamayınca aynı eylemi yine gerçekleştirmiştir. Sanık A. ile sanık F.'nin birlikte yaşamaları konusunda, sanık A.'nın eşi dışında hiç kimsenin herhangi bir hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda, var ise sanık A.'nın eşinin yasal yollara başvurma hakkı bulunmaktadır. Sanıklar A. ile F. kendilerine yeni bir yaşam sağlamışlar, bu yeni hayat yolunda sanık A.'nın çocukları H.R. ve R.E. de yer almışlardır. Buna rağmen, herhangi bir olumsuz durumla karşılaşmamak için maktule oldukça yüksek bir meblağ olan 100.000 YTL'lik senet verilmiştir. Sanık F.'nin bankadaki hesap durumu da gözetildiğinde bu parayı rahatlıkla ödeyebileceği, maktul R.'nin yasal yolla da olsa bu parayı tahsil edebileceği açıktır. Ancak, maktul R. bununla yetinmemekte, daha fazla para elde etme çabası içerisine girmektedir. Söz konusu otobüs, sanıklar A., H.R. ve R.E.'nin zilyetliği altındadır. Bu otobüs yoluyla geçimlerini sağlamaktadırlar. Sanık F. ise, bu otobüsten elde edilecek para ile kredi borcunu ödeyecektir. Dolayısıyla, maktul R.'nin haksız olarak otobüse el koyup sefer çıkmasına engel olması, sanıklar A., H.R. ve R.E. lehlerine haksız tahrik nedeni oluşturmaktadır. Ancak, sanıklar rahatlıkla polise müracaat edip, maktul R.'nin bu eylemi nedeniyle hakkında işlem yapılması, yasal yolla anahtarı geri almaları mümkün bulunmaktadır.

Ancak, Sanıklar H.R., R.E. ve A.'nın öldürme eylemleri ile, maktul R.'nin haksız olarak otobüse el koyup sefere çıkma eylemleri arasındaki aşırı oransızlık gözetildiğinde, sanıklar A., H.R. ve R.E.'nin cezalarının 5237 sayılı TCK'nın 29/1. maddesi gereğince 18 yıl hapse indirilmesine karar verilmesi gerekmiştir.

Bu itibarla, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin; sanık A.'nın adam öldürmeye azmettirme, sanıklar H.R. ve R.E.'nin adam öldürme suçları yönünden; öldürülenin sanıklardan F'den senede bağlı alacağını tahsil amacıyla sanıklar A., H.R. ve R.E.'nin, F. adına vekaleten işlettikleri otobüsün anahtarını alarak, otogarda bekletmesi nedeniyle olayın meydana geldiği, ortada hukuki anlaşmazlığın bulunduğu, maktülün eyleminin haksız fiil oluştursa bile kardeşi sanık F'ye yönelik olduğu, diğer sanıklar A., H.R. ve R.E'ye yönelik haksız bir davranışın bulunmadığı, bu nedenlerle de, sanıklar lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmaması gerektiğine dair bozma görüşüne katılınmayarak mahkememizce verilen önceki hükümde direnilmesine karar verilmesi gerekmiştir.

Mahkememizce de katılan ve uyulan Yargıtay 1. Ceza Dairesinin bozma ilamı doğrultusunda; Sanık F'nin öldürme suçunda sanıklar A., H.R. ve R.E. ile fikir ve irade birliği içinde hareket ettiğini, yardımda bulunduğunu gösterir kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığından, beraatine karar verilmesi gerekmiştir.

Yukarıdaki gerekçelerle Mahkememizce verilen karar temyiz üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08.06.2010 tarih ve 2010/1-35 Esas - 2010/140 Karar sayılı ilamı ile birlikte suç işledikleri iddia olunan sanıkların her birinin savunması diğer sanıkların suçlanmasını gerektirebileceği, bu durumda her sanığın ayrı müdafii ile savunmasının sağlanması gerektiği halde aynı müdafii ile savunmalarının yapılması nedeniyle aralarında menfaat çatışması bulunan sanıkların savunmalarının başka müdafiler tarafından üstlenilmesi gerektiği gerekçesiyle sair yönler incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiş olup Mahkememizce bu bozma doğrultusunda her sanığın başka müdafii ile savunması sağlanmış ve yapılan yargılama ile toplanan deliller çerçevesinde yukarıda açıklanan gerektirici nedenlerden herhangi bir değişikliğe yol açabilecek herhangi bir delil veya durum gerçekleşmediği" gerekçesiyle *"Sanıklar H.R.Ö., R.E.Ö.'nün adam öldürmek, sanık A.Ö.'nün ise adam öldürmeye azmettirme suçlarından haksız tahrik bulunmadığına dair bozma kararına karşı Mahkememizin 18.12.2007 tarih 2006/354 Esas – 2007/511 Karar sayılı hükümlerinde direnilmesine"* karar vermiştir.

Re'sen temyize tabi olan bu hükmün de sanıklar *H.R.Ö. ve R.E.Ö.*müdafileri ile katılanlar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay C.Başsavcılığının "*onama*" istekli, 13.05.2011 gün ve 146134 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yerel mahkemece kasten öldürme suçundan sanıklar *H.R.Ö. ve R.E.Ö.nün.*, 5237 sayılı TCY'nın 81/1, 29/1, 62/1 ve 53., aynı suça azmettirmekten sanık A.Ö.'nün ise 5237 sayılı TCY'nın 38/2, 81/1, 29/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 15'er yıl hapis cezasıyla cezalandırılmalarına karar verilmiş, temyiz üzerine dosyayı inceleyen Özel Dairece; "*...öldürülenin ...sanıklar A., H.R. ve R.E.'ye yönelik haksız bir davranışın bulunmadığı gözetilmeden sanıklar lehine haksız tahrik hükmü uygulanarak eksik ceza tayini...*" isabetsizliğinden hüküm oyçokluğuyla bozulmuş, yerel mahkeme tarafından ilk hükümde direnilmesi üzerine re'sen temyize tabi olan ve katılanlar vekili ile sanıklar müdafii tarafından temyiz edilen hüküm, dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulunca; "*aralarında menfaat çatışması bulunan sanıkların, savunmalarının başka müdafiler tarafından üstlenilmesinin sağlanması gerektiği*" gerekçesiyle diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur. Yerel mahkemece, sanıkların ayrı müdafiiler tarafından savunulmalarını sağlamak suretiyle bozmaya uyulmuş ancak sonuçta 18.12.2007 tarihli ilk hükmünde direnilmesine karar verilmiştir.

Ceza Genel Kurulu'nun 05.10.2010 gün ve 172-185, 11.07.2006 gün ve 152-185 ile 29.06.2004 gün ve 132-153 sayılı kararları başta olmak üzere uyum ve kararlılık gösteren içtihatları uyarınca; Ceza Genel Kurulu'nun bozma kararı ile direnme hükmü tümüyle ortadan kalkmış olup yerel mahkeme artık yeni ve değişik bir karar vermekte serbesttir. Bozmaya uyularak verilen kararlar da yeni bir karar olup, hukuken direnme niteliğinde olmadığından öncelikle Özel Dairece incelenmesi gerekmektedir. Özel Dairece incelenmeyen bir hükmün doğrudan doğruya ve ilk kez Ceza Genel Kurulunca incelenmesi usul yasasına aykırıdır.

Özel Daire görüşü belli olduğundan, tekrar dairece inceleme yapılmasının davayı gereksiz yere uzatacağı gibi bir görüş de ileri sürülemez. Davaların uzamasını önlemek amacıyla da olsa, emredici usul kurallarının uygulanmasından vazgeçilemeyeceği gibi Özel Daire görüşünde değişiklik olabilmesi de her zaman olanaklıdır.

Öte yandan Ceza Genel Kurulu'nun bozma kararına uyulduktan sonra verilen kararın yeniden ve doğrudan Ceza Genel Kurulunca incelenmesi, Ceza Genel Kurulu kararlarına karşı direnilmeyeceğine ilişkin, 1412 sayılı CYUY'nın, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 326. maddesine aykırıdır. Doğrudan doğruya Ceza Genel Kurulunca inceleme yapılması, yerel mahkeme kararına direnme niteliği kazandıracak ve Ceza Genel Kurulu kararlarına karşı yerel mahkemelerin direnme yetkisi olmadığına dair temel ilke zedelenecektir. Bu nedenlerle hukuken yeni olan bu kararın Özel Dairece incelenmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle, haklarındaki 18.12.2007 tarihli kararda direnildiği belirtilen sanıklar H.R.Ö., R.E.Ö. ve A.Ö. ile hakkındaki Özel Daire bozma ilamına uyulmasına karar verilen sanık F.K.'ya ilişkin olarak temyiz incelemesi yapılabilmesi için dosyanın Yargıtay 1. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Temyiz incelemesi yapılması için dosyanın Yargıtay 1. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 12.07.2011 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.12.7.2011
E. 2011/6-155
K. 2011/172

* **Kendisine zorunlu müdafi atandığından sanığın haberdar edilmediği durumlarda zorunlu müdafie yapılmış bulunan tefhim ve tebliğ kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz.**

(T.C. Anayasası m. 36; AİHS m.6; 5271 sayılı Ceza K. M.150; Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafi ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.5)

Sanıklar E.K. ve M.M.O.'nun hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nın 142/2-d, 43 ve 143. maddeleri uyarınca 9 yıl 12 ay hapis, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan aynı Yasanın 116/2-4. maddesi uyarınca 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmalarına ve hak yoksunluklarına ilişkin, Bursa 9. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 11.12.2007 gün ve 2390-1141 sayılı hüküm, sanıklar tarafından temyiz edilmekle, Yargıtay 6. Ceza Dairesince 11.03.2009 gün ve 18308-5289 sayı ile;

"*Yokluklarında verilip 13.02.2008 tarihinde savunmanlarına tebliğ edilen karara karşı yasal süresinden sonra sanık M.M.O.'nun 21.02.2008 ve sanık E.K.'nin ise 22.02.2008 tarihinde yaptıkları temyiz yasa yolu başvurusunun 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi yollaması ile 1412 sayılı CMUY'nın 317. maddesi uyarınca reddine*" karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 13.06.2011 gün ve 158215 sayı ile;

"*Yargıtay 6. Ceza Dairesi ile Cumhuriyet Başsavcılığımız arasında gerek tebliğnamenin düzenlendiği gerekse kararın verildiği aşamada herhangi bir uyuşmazlık mevcut olmamasına karşın zaman içerisinde değişen ve giderek istikrar kazanan içtihatlar ışığında itiraza konu edilen uyuşmazlık; sanıkların ve atandığından haberleri olmadıkları müdafinin yokluğunda verilen hükmün zorunlu müdafie tebliğ edildiği ve hükmün kendilerine zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanıklar tarafından, bu müdafie tebliğden itibaren yasal temyiz süresi dolduktan sonra yaptıkları temyiz talebinin süresinde sayılıp sayılmayacağına ilişkindir.*

Şu durumda incelenmesi gereken ön sorun; sanıklara baroca tayin edilmiş bulunan zorunlu müdafi huzurunda verilen kararın ayrıca sanıkların kendilerine de tebliğ edilmesinin gerekip gerekmeyeceği ile ilgilidir.

Yukarıda ana hatları ile belirlenen uyuşmazlığın çözümü için bu hususta düzenlemeler ve bu düzenlemelerle ilgili olarak yerleşik uygulamalarda benimsenen ilkeler ışığında somut olayımıza baktığımızda;

Sanıklar haklarında hırsızlık suçundan Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 21.11.2000 tarihli iddianame ile kamu davasının açılması üzerine Bursa 9. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yapılan yargılama sırasında 21.04.2005 tarihli oturumda Baro Başkanlığına müzekkere yazılarak sanıklara müdafi tayini istenmiş, 19.07.2005 tarihinde Baro Başkanlığınca sanıklar müdafi olarak görevlendirilen Avukat Ö.B. 08.12.2005, 09.05.2006, 26.09.2006, 30.11.2006, 19.12.2006 ve 22.03.2007 tarihli oturumlara iştirak etmesine rağmen sanıkların bu oturumlarda kendilerine atanan müdafi ile bir araya gelmedikleri gibi dosyada kendilerini temsil eden müdafiden haberdar edildiklerine dair herhangi bir belgeye rastlanılamamış, sanıkların katılmadığı oturumlarda sanıkları temsil eden zorunlu müdafi tarafından sanıklar lehine taleplerde bulunulmuş, hüküm de yine son oturumda baroca tayin edilmiş bulunan müdafiin yokluğunda tefhim edilmiştir.

Avukat Ö.B.'ye 13.02.2008 tarihinde hüküm tebliğ edilmiş, sanıklar 1 haftalık yasal temyiz süresi geçtikten sonra 21.02.2008 ve 22.02.2008 tarihli dilekçeleri ile (süresinden sonra) kararı temyiz etmiştir. Sonrasında dosya Cumhuriyet Başsavcılığımıza intikal etmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığımızca temyiz davasının süresinde açılmaması nedeniyle temyiz talebinin reddine karar verilmesi talep edilmiş, Yargıtay 6. Ceza Dairesi de aynı gerekçelerle yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermiştir. Sanıklar hakkındaki hükmün bu şekilde temyiz incelemesi yapılmaksızın kesinleştiği kabul edilerek dosyanın mahalline iade edilmesinden sonra sanıklar tarafından verilen çeşitli tarihli dilekçeler sonuç itibariyle ret kararına karşı sanıklar lehine itiraz yoluna başvuru talebi olarak değerlendirilmiştir.

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 493/1. maddesinin üst haddinin 5 yıl hapis cezasını gerektirmesi nedeniyle, 5271

sayılı Yasanın 5560 sayılı Yasanın 21. maddesiyle yapılan değişiklikten önceki hükmü gereğince sanıklar için bir müdafi atanması zorunludur.

Bu durumda, zorunlu müdafinin 5271 sayılı Yasanın 156/1-b maddesi gereğince mahkemenin istemi üzerine baroca atanması gerekmekte olup, olayımız açısından üst sınırı 5 yıl hapis cezası olan hırsızlık suçuyla ilgili olarak yapılmakta olan yargılama sırasında mahkemenin istemi ile baroca zorunlu müdafi olarak Avukat Ö.B.'nin tayin edilmiş olmasında herhangi bir usulsüzlük bulunmamaktadır.

İtiraza konu uyuşmazlığa benzer bir olayda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.03.2008 tarih, 2008/8-9 E-2008/58 sayılı kararında;

1- Zorunlu müdafi atamasının yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan usul hükümlerine göre tayin edilmiş zorunlu müdafie yapılan tefhim ve tebliğ, aynen vekaletnameli müdafie yapıldığında olduğu gibi hukuki sonuçlarını doğurur. Ancak; bunun ön şartı, kendisine bir zorunlu müdafii atandığından sanığın haberdar edilmiş olmasıdır.

2- Sanığın zorunlu müdafi azletme ve değiştirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.

3- Kendisine zorunlu müdafi atandığından haberdar olan sanık buna ses çıkarmazsa, zorunlu müdafiin yapmış olduğu ve kendisinin açıkça karşı çıkmadığı tüm tasarrufların sonuçlarına katlanmak zorundadır.

4- Kendisine zorunlu müdafi atandığından sanığın haberdar edilmediği durumlarda ise; zorunlu müdafie yapılmış bulunan tefhim ve tebliğ kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz. Bu durumda, velev ki zorunlu müdafi sanığın lehine gibi görünen bazı işlemleri yapmış olsa -örneğin temyiz dilekçesi vermiş olsa- dahi, hükmün sanığın kendisine de tebliğ edilmesi ve kendisine yapılan tebliğ üzerine sanık tarafından temyiz dilekçesi verilmesi halinde, temyiz davasının kabul edilmesi gerekir' şeklinde bir sonuca varılmıştır.

Kaldı ki 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 150/3. maddesi gereğince zorunlu müdafi tayini için sanıklara isnat edilen suçun cezanın üst haddinin 5 yıl hapis cezasını gerektirmesinin aranmasına karşın, 18.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunun 21. maddesi ile yapılan değişlikten sonra isnat olunan suçun asgari haddinin 5 yıl hapis cezasından fazla olması şartının getirildiği

görülmektedir. Somut olayımızda sanıklar isnat edilen suçun cezasının alt haddinin 5 yıl hapsin altında olması nedeniyle hüküm tarihi itibariyle zorunlu müdafi atanmasına gerek de bulunmamaktadır.

Sonuç itibariyle Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 11.03.2009 tarih ve 2008/18308 esas 2009/5289 karar sayılı temyiz talebinin reddine ilişkin kararı, yukarıda ana hatlarıyla gösterilen kanuni düzenlemelere ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.03.2008 tarih ve 2008/8-9 esas sayılı kararına aykırılık teşkil etmektedir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, temyiz isteminin süresinde olup olmadığının saptanması açısından; zorunlu müdafie yapılmış olan tebligatın kendilerine zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanıklar açısından temyiz süresini başlatıp başlatmayacağı ile hükümde yasa yolu bildiriminin usulüne uygun şekilde yapılıp yapılmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Bursa Cumhuriyet Başsavcılığınca sanıklar M.M.O., E.K., İ.A. ve M.B. hakkında hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından kamu davasının açıldığı,

Yargılama aşamasında sanıkların savunmalarının müdafi olmaksızın alındığı, 5271 sayılı CYY'nın yürürlüğe girmesi üzerine, yerel mahkemece 21.06.2005 tarihli oturumda; "*sanıkların üzerlerine atılı suçun niteliği, sevk maddesindeki cezanın üst sınırı itibarıyla CYY'nın 150. maddesi gereğince müdafi tayin etme zorunluluğu bulunmakla, sanıklara müdafi tayin edilmesi için baro başkanlığına yazı yazılmasına*" karar verildiği, Bursa Barosu tarafından 19.07.2005 tarihinde Av. Ö.B.'nin tüm sanık-

lar için müdafii olarak atandığı ve adı geçenin 08.12.2005, 09.05.2006, 26.09.2006, 30.11.2006, 19.12.2006 ve 22.03.2007 tarihli duruşmalara katıldığı, müdafiin hazır bulunduğu bu oturumlara sanıkların katılmadıkları,

Sanıkların hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nın 142/2-d, 43 ve 143. maddeleri uyarınca 9 yıl 12 ay hapis, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan da aynı Yasanın 116/2-4. maddesi uyarınca 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmalarına karar verildiği,

Sanıkların ve müdafilerinin yokluğunda kurulan hükümdeki yasa yolu bildiriminin, "*Sanıkların yokluğunda, talebe uygun tefhim/tebliğden itibaren 7 gün içinde yasal yollar açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı* " şeklinde olduğu,

Yoklukta verilen mahkumiyet hükmünün sanıklar müdafii Av. Ö.B.'ye 13.02.2008 tarihinde sanık M.M.O.'ya ise 19.02.2008 tarihinde tebliğ edildiği, sanık .E.K.'ye ise hükmün tebliğ edilmediği, sanık M.M.O.'nun 22.02.2008 sanık .E.K.'nin ise 21.02.2008 günlü dilekçeleri ile yaptıkları temyiz istemlerinin, Özel Dairece süresinde yapılamadığı gerekçesiyle reddine karar verildiği,

Anlaşılmaktadır.

Somut olayda; sanıkların yargılandıkları 5237 sayılı TCY'nın 493/1. maddesindeki yaptırım 3 yıldan 8 yıla kadar hapis; 5237 sayılı TCY'nda bu maddenin karşılığını teşkil eden 142/1-d maddesinde ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Dolayısıyla, sanıklara müdafi tayin edilen 19.07.2005 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5271 sayılı CYY'nın 150/3. maddesi uyarınca sanıklar için bir müdafiin atanması zorunludur. 5271 sayılı CYY'nın 150/3. maddesinde hükmün verildiği 11.12.2007 tarihinden önce 06.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 21. maddesiyle yapılan değişiklikle, daha önce üst sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili geçerli olan müdafi atama zorunluluğu, alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan yapılan yargılamalara hasredilmiştir.

Yargılama sırasında atama tarihi itibarıyla, 5271 sayılı CYY'nın 150/3 ve 156/1-b maddesi uyarınca mahkemenin istemi üzerine üst sınırı 5 yılın üzerinde olan nitelikli hırsızlık suçuyla ilgili olarak baroca zorunlu müdafi tayin edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

5271 sayılı CYY'nın 150. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, gerek sanığın mahkemeden talep etmesi ile atanan müdafi ile zorunlu olarak atanan müdafi arasında; gerekse aynı Yasanın 2. maddesindeki tanıma bakıldığında, Ceza Yargılaması Yasası anlamında zorunlu (veya istek üzerine atanan) müdafii ile vekaletnameli müdafi arasında her hangi bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 5271 sayılı CYY'nda ve Avukatlık Yasası'nda, atanmış müdafilikle ilgili ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiş olup 5271 sayılı CYY'nın 150/son madde ve fıkrası ile bu konudaki ayrıntılar çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu konuda çıkarılması öngörülen Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafi ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik, görevlendirme tarihi olan 19.07.2005 tarihinden daha sonra, fakat hüküm tarihi olan 11.12.2007 tarihinden önce, 02.03.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle, zorunlu müdafi ataması hukuka uygun olmakla birlikte, zorunlu müdafiin çalışma, görevinin sona ermesi, sorumluluğunun sınırları ve sanıklarla ilişkileri konusunda yönetmelik hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, sanıklara çıkarılmış bulunan duruşma davetiyesi "*tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde müdafii bulunup bulunmadığını bildirmesi, bildirimde bulunmadığı takdirde barodan bir müdafi görevlendirmesinin isteneceği …*" meşruhatını içermelidir.

Zorunlu müdafiin atanmış ve sanığın bunu kabul etmiş ya da bu atamaya karşı herhangi bir itirazda bulunmamış olduğu durumlarda; vekaletnameli müdafie yapılan tefhim ve tebliğde olduğu gibi, zorunlu müdafie yapılan tefhim ve tebliğin de kendisine bağlanan tüm hukuki sonuçları doğuracağını kabul etmek gerekir. Başka bir deyişle, böyle durumlarda asile ayrıca tebligat yapılmasına gerek olmayacaktır.

Dolayısıyla; somut olayda yönetmeliğin hüküm tarihinden önce yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, sanıkların "*tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde müdafilerinin bulunup bulunmadığını bildirmeleri, bildirimde bulunmadıkları takdirde barodan bir müdafi görevlendirmesinin isteneceği*" şerhini de içeren bir davetiye ile duruşmalara davet edilmemiş olmaları Yönetmeliğe aykırıdır. Bu nedenle sanıkların kendilerine

zorunlu müdafi atandığından haberlerinin olduğu söylenemeyeceğinden, hükmün sanıklara da tebliğ edilerek, temyiz dilekçesi vermeleri halinde, temyiz davasına bakılması adalete uygun düşecektir.

Olaya başka bir açıdan bakıldığında;

Anayasanın 36. maddesinde yer alan; "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" şeklindeki düzenlemenin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, "adil yargılanma hakkı"nı düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde; "*Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir: a)….; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek…*" biçimindeki düzenleme ile birlikte değerlendirilmesi halinde varılması gereken sonuç; savunma hakkının, temel insan hakları arasında yer alan hak arama hürriyetinin bir gereği olduğu ve avukat tutma hakkının da savunma hakkından ayrı düşünülemeyeceği gerçeğidir. Bu durumda, mevzuatımızda zorunlu müdafilik sistemini öngören yasanın amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulunmayanların bu hakkı kullanamamalarından kaynaklanabilecek muhtemel hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanması suretiyle, adil yargılanmanın gerçekleştirilmesidir. Bunun doğal sonucu olarak, parası olan sanık nasıl ki vekaletname verdiği avukatı serbestçe tayin edebiliyorsa, parası olmayan sanığın da aynı şekilde avukatını serbestçe belirleyebilmesi, en azından kendisine tayin edilen avukatı beğenmediğinde değiştirme hakkının bulunması, daha da ötesi, görülmeye başlayacak davada kendisine bir avukat atandığının sanığa bildirilmesi gereklidir. Kendisine avukat atandığını dahi bilmeyen ya da kendisine avukat atanmakla birlikte beğenmediği takdirde bu avukatın değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, bu avukatın tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu avukatın yaptığı tüm işlemleri peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl olanaklı değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabileceğini düşünmek de olası değildir.

Şu halde, kendisine zorunlu müdafi atandığının sanığa bildirilmediği ve sanığın bu konudaki iradesine değer verilmediği ya da sanığın bu konudaki iradesinin dosya kapsamından anlaşılamadığı durumlarda hükmün müdafi yanında sanığın kendisine de tebliğinin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu kabul edilmelidir. Özellikle vurgulamak gerekirse, bu durum Tebligat Hukuku ile değil, münhasıran vazgeçilemez ve göz ardı edilemez nitelikteki savunma hakkı ve daha geniş anlamda da adil yargılanma hakkı ile ilgilidir. Bu nedenle, çözümün tebligata ilişkin hükümler yerine, savunma hakkına ilişkin düzenlemelerde aranması gerekir.

Kendisine zorunlu müdafi atandığının sanığa bildirilmiş ve sanığın da buna ses çıkarmamış olduğu durumlarda; zorunlu müdafie yapılan tefhim veya tebliğ işlemlerinin aynen vekaletnameli müdafide olduğu gibi geçerli olacağı ve gerek tefhime, gerekse tebliğe bağlı olan sürelerin işlemeye başlayacağı hususunda duraksama yaşanmamaktadır. Böyle durumlarda Tebligat Yasasının 11. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekeceğinden, tebligat asile değil müdafie yapılmalıdır. Aksi halde, zorunlu müdafiliğe yasanın arzu etmediği anlamda simgesel bir anlam yüklenmiş olur ki, bu kabul birçok karmaşayı da birlikte getirecektir.

Konuya bu açıklamalar ışığında bakıldığında şu sonuçlara varılmaktadır:

1- Zorunlu müdafi atamasının yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan usul hükümlerine göre tayin edilmiş zorunlu müdafie yapılan tefhim ve tebliğ, aynen vekaletnameli müdafie yapıldığında olduğu gibi hukuki sonuç doğurur. Ancak; bunun ön şartı, kendisine bir zorunlu müdafi atandığından sanığın haberdar edilmiş olmasıdır.

2- Kendisine zorunlu müdafi atandığından haberdar olan sanık buna itiraz etmezse, zorunlu müdafiin yapmış olduğu ve kendisinin açıkça karşı çıkmadığı tüm tasarrufların sonuçlarına katlanmak durumundadır.

3- Kendisine zorunlu müdafi atandığından sanığın haberdar edilmediği durumlarda ise; zorunlu müdafie yapılmış bulunan tefhim ve tebliğ kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.03.2008 gün ve 7-56 ile, 24.11.2009 gün ve 164-275 sayılı kararları başta olmak üzere birçok kararları da bu doğrultudadır.

Somut olayda, sanıklar kendilerine zorunlu müdafi olarak görevlendirilen Av. Ö.B.'nin atandığından haberdar edilmedikleri gibi, zorunlu müdafiin hazır bulunduğu hiçbir duruşmaya da katılmamışlardır. Yoklukta kurulan hüküm de müdafi Av. Ö.B.'ye 13.02.2008, sanık M.M.O.'ya 19.02.2008 tarihinde tebliğ edilmiş, ancak sanık E.K.'ye tebliğ edilmemiştir.

Zorunlu müdafie yapılan tebliğ, kendisine zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanıklar açısından hukuki sonuç doğurmayacağından, Av. Ö.B.'ye 13.02.2008 günü yapılan tebliğle sanıklar açısından temyiz süresi de başlamayacaktır.

Kaldı ki, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında belirtilmemiş olmakla birlikte, yerel mahkeme hükmündeki yasa yolu şeklini, merciini ve 7 günlük sürenin tefhimden itibaren mi, yoksa tebliğden itibaren mi başlayacağını hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açıkça belirtmeyen yasa yolu bildirimi de, Ceza Genel Kurulunun duraksamasız kararlarına göre eksik ve yanıltıcı niteliktedir. Bu itibarla, temyiz isteminin reddine ilişkin Özel Daire kararı isabetli bulunmadığından kaldırılmasına, sanık E.'nin 21.02.2008 ve sanık M.'nin 22.02.2008 tarihli temyiz dilekçeleri süresi içinde verilmiş olduğundan temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 11.03.2009 gün ve 18308-5289 sayılı temyizin reddine ilişkin kararının KALDIRILMASINA,

3- Dosyanın, temyiz incelemesinin yapılması için Yargıtay 6. Ceza Dairesi'ne gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 12.07.2011 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.15.11.2011
E. 2011/3-194
K. 2011/228

* **Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda müdafii görevlendirilmesi zorunludur; alt sınırı beş yıl olan suçlar bu kapsamın dışında bırakılmıştır.**

(5271 sayılı Ceza K. M.150)

Kasten yaralama suçundan sanık A.N.T.'nin 5237 sayılı TCY'nın 86/1, 86/3-e, 87/1-d ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Ankara 21. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 14.05.2008 gün ve 439-389 sayılı hükmün, sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesince 13.06.2011 gün ve 611-8244 sayı ile;

"*5271 sayılı CMK'nın 150/3. maddesi uyarınca alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada; sanığın müdafiinin bulunmaması halinde istemi aranmadan müdafii görevlendirilmesi gerektiği ve sanığın üzerine atılı TCK'nın 86/1, 86/3-e ve 87/1-d-son maddesinde düzenlenen suçun da bu kapsamda olduğu, buna göre zorunlu müdafii görevlendirilmesi gerektiği gözetilmeden duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması*" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 13.07.2011 gün ve 260655 sayı ile;

"*5271 sayılı CMK nun 'Müdafiin görevlendirilmesi' başlıklı 150. maddesinde,*

'(1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse istemi halinde bir müdafi görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikte düzenlenir' hükmüyle 'zorunlu müdafilik' kurumunun koşulları belirlenmiştir.

Buna göre, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, şüpheli ya da sanığın istemine bakılmaksızın müdafi atanması zorunludur.

5271 sayılı CMK.nun 150/3. maddesinin 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk halinde, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada isteme bakılmadan müdafii atanması zorunlu iken uygulamada yaşanan sorunlardan, bir çok soruşturma ve kovuşturma işleminde müdafi atanmasının maliyeti ve güçlüğü nedeniyle 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Yasanın 21. maddesiyle yasa maddesi bugünkü halini almıştır.

Yasal düzenlemeye göre, somut olay değerlendirildiğinde; sanık hakkında bıçakla, yaşamı tehlikeye sokmak suçundan TCK.nun 86/1, 3-e, 87/1-d maddelerinin uygulanması istemiyle kamu davası açılmış, sanığın 03.10.2007 tarihinde yapılan sorgusu sırasında müdafi talep etmediği belirlenmiş ve re'sen müdafi atanmadan yapılan yargılama neticesinde, TCK.nun 86/1, 86/3-e, 87/1-d ve 62. maddelerinin uygulanması suretiyle 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği olayda, uygulanması gereken 5237 sayılı TCK. nun 86/1, 86/3-e, 87/1-d-son cümle uyarınca asgari 'beş' yıl hapis cezası öngörüldüğü için ve CMK.nun 150/2. maddesinde sayılan hallerden herhangi biride mevcut olmadığından, talep olmaksızın müdafi atanması mecburi değildir. Bu durumda müdafi atanmadan yargılamaya devam edilmesi de savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmaz.

Yasa koyucunun, 5271 sayılı CMK.nun 150/3. maddesi gereğince müdafi atanmasının gerekmesi için yasada öngörülen cezanın 'beş yıldan fazla' (en az beş yıl bir gün) olması gerektiğini kastettiği aynı Yasanın 196/2. maddesindeki düzenlemeden de anlaşılmaktadır. Bu madde de, 'Sanık alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir...' hükmünde yasa koyucu istinabe suretiyle sorgusu yapılamayacak suçları belirlerken açıkça 'beş yıl' ve 'daha fazla hapis cezasını gerektiren'

şeklinde ayrıma gitmiştir. Aynı düşüncenin egemen olması halinde CMK.nun 150/3. maddesinde de bu husus paralel bir düzenlemeyle belirtilirdi. CMK.nun 150/3. maddesinin mevcut haliyle asgari 'beş' yıl hapis cezasını gerektiren suçlarda müdafii atanmasının zorunlu olduğunun kabul edilmemesi gerekir.

Bu nedenle, Yüksek Dairenin 5237 sayılı TCK.nun 86/1, 86/3-e, 87/1-d-son maddesi kapsamında kalan suçta, CMK.nun 150/3. maddesi gereğince sanığın isteğine bakılmaksızın müdafi atanması gerektiğine dair düşüncesinde isabet görülmemiştir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, dosyanın esastan incelenmek üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Yargıtay C.Başsavcılığı ile Özel Daire arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, alt sınırı beş yıl hapis cezası olan suçlarda CYY'nın 150/3. maddesi uyarınca zorunlu müdafi atanması gerekip gerekmediğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanık hakkında kasten yaralama suçundan 5237 sayılı TCY'nın 86/1, 86/3-e, 87/d ve 53/1. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı,

Ankara Adli Tıp Şube Müdürlüğü raporuna göre, katılanın kesici ve delici nitelikte aletle yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaralandığı,

Sanığa 03.10.2007 tarihli oturumda yasal haklarının hatırlatıldığı, müdafi istemediğini ifade eden sanığın sorgusunun yapıldığı, diğer oturumlarda da sanığın müdafii isteminde bulunmadığı,

Anlaşılmaktadır.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CYY'nın 150. maddesinin 3. fıkrasının ilk hali; "*Üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır*" şeklinde iken, 06.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasanın 21. maddesi ile; "*Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır*" olarak değiştirilmiştir.

Anılan yasa maddesinde açıkça "*alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda*" müdafii görevlendirilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmış, alt sınırı beş yıl olan suçlar bu kapsamın dışında bırakılmıştır.

Bununla birlikte aynı Yasanın 196. maddesinin 2. fıkrasındaki; "*sanık alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis*", istinafa ilişkin 272/1. maddesindeki; "*onbeş yıl ve daha fazla hapis*", temyize ilişkin 286. maddenin 2. fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki; "*beş yıl veya daha az hapis*", aynı fıkranın (f) bendindeki; "*on yıl veya daha az hapis*", temyizde duruşmaya ilişkin 299. maddedeki; "*on yıl veya daha fazla hapis*" şeklindeki ifadeler göz önüne alındığında, yasa koyucunun bu ifade tarzını, bilinçli olarak tercih ettiği ve alt sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren suçları zorunlu müdafilik kapsamına almadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığa atılı silahla kişinin yaşamını tehlikeye sokacak şekilde kasten yaralama suçuna öngörülen ceza miktarının 5237 sayılı TCY'nın 87/1-son maddesi uyarınca "beş yıldan az olamaz" şeklinde belirlendiği göz önüne alındığında, CYY'nın 150/3. maddesi kapsamında müdafii görevlendirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 11.10.2011 gün ve 182-204 sayılı kararı ile de aynı sonuca ulaşılmıştır.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazın kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, dosyanın esastan temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 13.06.2011 gün ve 611-8244 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,

3- Dosyanın, esastan incelenmesi amacıyla Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmek üzere, Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİNE, 15.11.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITEE

T. 16.04.2011

E. 2011/18

K.2011/258

* **Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsaması gerekir.**
* **Avukat müvekkili tarafından verilen veya onun namıma aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir.**
* **Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir.**

(Av.K. m. 34,163, 166; TBB Meslek Kuralları m.43)

Şikayetli Avukat hakkında, Van 1.Asliye (İş) Hukuk Mahkemesinin 2004/361 Esas sayılı kararında yazılı izin ve kıdem tazminatının tahsiline yönelik olarak Erciş İcra Müdürlüğünün 2006/330 sayılı dosyasından tahsil ettiği alacaktan %45 ücret kesintisi yaptığı, bu nedenle Avukatlık Yasasının 34, 163 ve 164/2 maddelerine aykırı davrandığı iddiası ile yapılan şikayet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli Avukat savunmalarında, davacının baştan ücret ve masraf ödemediğini, davanın lehte sonuçlandığını, şikayetçi ile vekalet ilişkisinin başından açılacak dava için %25, yargılama sonucunda alınacak kararın icra takibi için %20 oranında avukatlık ücreti ödeneceğine dair yazılı sözleşme yaptıklarını, buna yasal bir engel bulunmadığını, tahsilattan sonra 17.10.2006 tarihli ibraname ile şikayetçiye 7.365.34 TL ödediğini ve şikayetçinin kendisini ibra ettiğini, herhangi bir hakkını kalmadığını savunmuştur.

Dosyada bulunan Van 1.Asliye (İş) Hukuk Mahkemesinin 2006/187 Esas, 2006/611 Karar sayılı kararına göre, daha önce verilen 2004/631 Esas, 2005/411 Karar sayılı kararın bozulması üzerine, 2.700.00TL izin ücretinin dava tarihinden, 9.744.84.TL. izin ücretinin ıslah tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline, davacı vekili lehine 1.364.51.TL davalı vekili lehine 440.00. TL avukatlık ücretine 313.10.TL yargılama giderine hükmedildiği görülmektedir.

Erciş İcra Müdürlüğünün 2006/330 sayılı dosyası ile kararda yazılı miktarların faiz ve masrafları ile birlikte toplamı 15.994.42.TL olarak takibe geçildiği, 13.10.2006 tarihinde bu dosya için 17.643.12 TL ödeme yapıldığı görülmektedir.

Şikayetli Avukatın savunmasında sunduğu 25.05.2004 tarihli avukatlık ücret sözleşmesinde yapılacak hukuki yardımın Van 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004/631 Esas sayılı dosyası olarak gösterildiği, avukatlık ücretinin hükmedilecek paranın %25'i olarak gösterildiği, dava değerinin 13.000.00 TL. avukatlık ücretinin 3.250.00.TL olduğunun yazılmış bulunduğu, aynı tarihli ikinci bir sözleşmede yapılacak hukuki yardımın T.T. Şirketi aleyhine açılan icra takibi olarak belirtildiği, dava değerinin 13.000.00.TL avukatlık ücretinin bunun %20 si olduğu ve 2.600.00.TL olarak gösterildiği, 17.10.2006 tarihli "ibraname" başlıklı yazıda Erciş İcra Müdürlüğünün 2006/330 sayılı dosyası sonucunda 7.365.34.TL ödendiği, bu dosya kapsamında şikayetçinin alacağının kalmadığının ve şikayetli avukatın ibra edildiğinin belirtildiği görülmektedir.

Avukatlık Yasasının 163.maddesine göre "Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsaması gerekir."

17.10.2006 tarihli ibranamede, tahsil edilen paranın miktarı, hapis hakkına dayanılarak kesilen avukatlık ücretlerinin miktarı ve dökümü aynı şekilde kesilen ve şikayetli avukat tarafından yapılan giderlerin miktarı, bu davanın masrafı avansı olarak alınan miktarın neler olduğu açık anlaşılabilir ve ayrıntılı bir biçimde yazılmamıştır.

Avukatlık Yasasının 166.maddesi; "Avukat müvekkili tarafından verilen veya onun namıma aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir" hükmünü içermektedir.

Avukat alacağından dolayı hapis hakkını kullanabilmesi için hapis hakkının kullanıldığı hususunun iş sahibine yazılı olarak bildirilmesi ayrıca iş sahibi adına tahsil ettiği para ve hangi işlerden ötürü ne miktarda alacağı olduğunu gecikmesizin müvekkiline duyurması, bu bildirimin de yazılı olması gerekmektedir. Asıl önemli olan da, elinde tuttuğu miktarın kendi alacağı nispetinde olmasıdır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 43.maddesine göre "Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir."

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, şikâyetli avukatın icra müdürlüğünden 17.834.12.TL tahsil ettiği, aslında makbuz niteliğinde olan ibraname ile tahsil edilen miktar ile ödenen miktar arasındaki farkı, açık ve anlaşılabilir biçimde müvekkilini bilgilendirmeden 7.395,34.-TL. sı ödemiş bulunması, tahsil edilen miktarın büyük bir kısmının avukat ücreti olarak alıkoyması, Kurulumuzun yerleşmiş kararları ile de kabul edildiği üzere Avukatlık Yasasının 34.maddesinde düzenlenen "mesleğin görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek" ve "avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun davranmak" ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu sebeple şikâyetli eyleminin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulunca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiştir. Ancak, Baro Disiplin Kurulunun şikâyetli avukatın 17.01.2008 tarihli kararla uyarma cezası aldığı gerekçesi ile Avukatlık Yasasının 136.maddesine dayanarak para cezası tayin etmesinde, tekerrüre esas kabul edilen cezanın bu kovuşturma konusu

eylem tarihinden sonra kesinleşmiş bulunması karşısında hukuki isabet bulunmamış para cezasının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak; Şikâyetli Avukat V.Y.'nin itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun, şikâyetli avukat hakkında "250.TL Para Cezası Verilmesine" ilişkin kararının "Kınama" cezasına çevrilmesi suretiyle DÜZELTİLEREK ONANMASINA, Şikâyetli Avukat V.Y.'nin KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA katılanların oybirliği ile karar verildi.

T. 16.04.2011
E. 2011/124
K.2011/273

* **Baro levhasına yazılı avukat gerek olağan, gerek olağanüstü genel kurul toplantılarına katılmak ve oy kullanmakla yükümlüdür. Bu toplantılara haklı bir neden olmaksızın gelmeyenlere ve oy kullanmayanlara İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı tarafından o baroya kayıtlı avukatların yıllık keseneğinin üçte biri miktarında para cezası verilir. 64 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları, bu maddeye göre verilen para cezaları hakkında da uygulanır.**

* **Bu para cezalarına karşı tebliğinden itibaren 15 gün içinde Baro Disiplin Kurulan itiraz olunabilir. Baro Disiplin Kurulu kararı kesindir.**

(Av.K. m. 64/3-4, 86)

İtiraz eden avukat, Baro Disiplin Kurulunun "234.00.TL Para Cezası Verilmesine" ilişkin karara itiraz etmiş, Baro Disiplin Kurulunca 2011/48D.İş Esas, 2011/14 Karar sayılı ve 04.02.2011 tarihli kararı ile itirazın reddine kesin olarak karar verilmiştir. Baro Disiplin Kurulunun kesin kararına Avukat Ö.K. tarafından itiraz edilmiştir.

Avukatlık Yasasının 86.maddesi "Baro levhasına yazılı avukatların gerek olağan, gerek olağanüstü genel kurul toplantılarına katılmak ve oy kullanmakla yükümlü olduğu, bu toplantılara haklı bir neden olmaksızın gelemeyenlere ve oy kullanmayanlara İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı tarafından o baroya kayıtlı avukatların yıllık keseneğinin üçte biri miktarında para cezası verileceği, aynı Yasanın 64.maddesinin 3.ve 4.fıkralarının bu maddeye göre verilen para cezaları hakkın-

da da uygulanacağı", Avukatlık Yasasının 64.maddesinin 3.fıkrası, bu para cezalarına karşı tebliğinden itibaren 15 gün içinde Baro Disiplin Kurulan itiraz olunacağı ve Baro Disiplin Kurulu kararının kesin olduğu" hükmünü içermektedir.

Baro Disiplin Kurulu kararının kesin olması, esasen Yasasında bu konuda verilen kararların kesin olduğunu hükme bağlaması karşısında, kesin olarak verilen karara karşı Avukat Ö.K. tarafından yapılan itiraz hakkında yapılacak bir işlem olmadığından dilekçenin reddine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Avukat Ö.K.'nın İTİRAZ DİLEKÇESİNİN REDDİNE katılanların oybirliği ile karar verildi.

06.05.2011 * Baro Disiplin Kurulu kararlarına karşı 30 günlük itiraz süresi yasa gereği olup, disiplin kurullarınca bu sürenin kısaltılması veya uzatılması yasal olarak mümkün değildir.

E. 2010/784

K.2011/285

(Av.K.m.157)

Şikayetçi, şikâyetli avukatın alacaklı M.Ç. vekili sıfatıyla borçlu şikâyetçi hakkında Kütahya 2.İcra Müdürlüğünün 2004/2961 Esas sayılı dosya üzerinden yürüttüğü takibe istinaden şikâyetçinin … numaralı cep telefonuna 05.05.2006 tarihinde "siz bu kadar karaktersizsiniz " şeklinde ifadeler içeren mesaj gönderdiği iddiasıyla başlatın disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Aynı eylem nedeniyle şikayetçinin Kütahya Cumhuriyet Başsavcılığına başvurusu Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 24.05.2007 günlü "olur"u ile açılan kovuşturma sonucunda Tavşanlı Ağır Ceza Mahkemesinin 13.09.2007 tarih 2007/132 Esas 2007/144 Karar sayılı kararında, suçun işlendiğini iddia ettiği 03.05.2006 tarihi itibariyle 5237 sayılı TCK' nun 173.maddesinde belirtilen 6 aylık şikâyet süresi geçtikten sonra 26.11.2006 tarihinde şikâyette bulunulduğundan son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmiş, kararın temyiz olunmaksızın 16.10.2007 tarihinde kesinleştiği dosya içindeki mahkeme kararından ve ekindeki kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Dosyanın incelenmesinde, Baro Disiplin Kurulunca şikâyetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, kararın 3.maddesinde "…karara karşı tarafların kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde Türkiye Barolar Birliği nezdinde itiraz haklarının olduğunun belirtilmesine" şeklinde karar verilmiştir.

Avukatlık Yasasının 157.maddesi gereğince disiplin kurulu kararlarına tebliğden itibaren 30 gün içinde itiraz edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Baro Disiplin Kurulu kararlarına karşı 30 günlük itiraz süresi yasa gereği olup, disiplin kurullarınca bu sürenin kısaltılması veya uzatılması yasal olarak mümkün değildir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunca 30 günlük yasal itiraz süresi tanınarak kararın yeniden taraflara tebliğinden sonra dosyanın Kurulumuza gönderilmesi için Baro Disiplin Kurulu kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "Uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin kararının BOZULMASINA, oy birliği ile karar verildi.

T. 16.04.2011
E. 2011/82
K.2011/271

* **Bir avukat başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi Barosuna yazıyla bildirir.**

(Av.K.m. 134; TBB Meslek Kuralları m.27/2)

Şikâyetçi Avukat vekili şikâyet dilekçesinde özetle, müvekkiline karşı Muğla 2.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/223 Esas sayılı davasının 21.10.2008 tarihli duruşması sırasında meydana gelen kişilik haklarına haksız saldırı nedeniyle Ankara 20.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/464 Esas sayılı dosyası ile manevi tazminat talebinde bulunduklarını, şikâyetli avukatın davaya davalı vekili olarak katıldığını; ancak Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesi uyarınca Baroya herhangi bir bildirimde bulunmadığını belirtmiş, şikâyetli avukat hakkında gereğinin yapılmasını talep etmiştir.

Şikâyetli avukat savunma dilekçelerinde özetle, müvekkilinin K. Konut Yapı Kooperatifinin hissedarlarından olduğunu ve bir dönem deneticilik yaptığını, kooperatif yönetim kurulu üyeleri hakkında Muğla 2.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/223 Esas ve Bodrum 1.Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/60 Esas sayılı dosyaları ile açılan davalarda şikâyetçinin vekillik görevi üstlendiğini, Muğla 2.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/223 Esas sayılı dosyasının duruşması esnasında müvekkili Y.M. tarafından sarf edilen sözlerin tutanağa geçirildiğini ve bu sözler nedeniyle müvekkiline karşı Ankara 20.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/464 Esas sayılı dosyası ile tazminat davası açıldığını, davacının avukat olduğunun yazılmadığını, kendisinin şikâyetçiye karşı şahsen herhangi bir işlem yapmadığını, şikâyetçinin daha önceki davalarda kendisinin Y.M.'nin vekilliğini üstlendiğini bildiğini, rövanş niteliğinde açılan tazminat davasında da vekillik yapacağını bildirmesinin ayrıca gerekli olmadığını, avukatların doğrudan avukatlara karşı açtığı davalarda Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesinin uygulanması gerektiğini ve fakat somut olayda olduğu gibi avukatlar arasında doğrudan uyuşmazlık olmayan hallerde, avukatların çalışma tempolarının yoğunluğu dikkate alınarak Baro'ya bildirimde bulunmalarını beklemenin uygun olmayacağını belirtmiş, hakkında yapılan şikâyetin reddini talep etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, yapılan disiplin kovuşturması sonucunda 04.11.2010 tarih, 2010/190 Esas ve 2010/234 Karar sayılı karar ile şikâyetli avukatın "Uyarma cezası ile cezalandırılmasına" karar vermiş, karara şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, disiplin kovuşturmasına konu davanın manevi tazminat talebine ilişkin olduğu Ankara 20.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/464 Esas sayılı dosyası ile 28.11.2008 tarihinde davacı M.K. vekili Avukat F.Y. tarafından davalı Y.M. aleyhine açıldığı, işbu davada şikayetli avukatın davalının vekilliğini üstlendiği ve dosyada bulunan 16.12.2010 tarih, 2010/1021 Esas, 2010/13155 karar sayılı Yargıtay ilamında da bunun açıkça görüldüğü, Ankara Barosu'nun 04.11.2010 tarihli yazısı ile şikayetli avukatın takip ettiği dava nedeniyle herhangi bir bildirimde bulunmadığının bildirildiği anlaşılmıştır.

Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/464 Esas sayılı dosyaları ile açılan davada davacı olarak şikayetçi avukatın, davalı ve-

kili olarak şikayetli avukatın yer aldığı; ancak şikayetli avukatın Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesi gereği Baro'ya bildirimde bulunulduğuna dair herhangi bir belgenin bulunmadığı görülmüştür.

Avukatlık Yasası madde 134, "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlara, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." hükmünü içermektedir.

Avukat, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesi uyarınca "bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek" yükümlülüğündedir.

Bildirim kuralları, avukatlık mesleğinin saygınlığını, güvenirliğini korumak, bir avukatın ister davacı, ister davalı, ister şüpheli, ister müdahil olarak bir başka avukatla yargı karşısında çatışmasını önlemek ve bu amaçla gerektiğinde Baronun katılımı ile ihtilafın barışçı yollardan çözümüne olanak sağlamak amacı ile getirilmiş bir düzenlemedir.

Madde düzenlemesi, sadece dava açılmasını değil, açılmış bir davaya veya icra takibine asil veya vekil sıfatıyla katılmayı da kapsamaktadır. Zira, dava açmak ve icra takibi başlatmak kadar açılmış bir davaya veya başlatılan bir icra takibine katılmak da davanın takibi kapsamındadır. Ayrıca, "takip edeceği" ifadesi, bilginin Baroya işlemden önce verilmesini gerekli kılmaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın Baro'ya bildirimde bulunmadığı ve bu suretle Meslek Kuralları'nın 27/2.maddesini ihlal ettiği anlaşılmıştır.

Belirtilen nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunca şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası madde 134 ve Meslek Kuralları madde 27/2'ye aykırı olması gerekçesiyle disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, Baro Disiplin Kurulunun "Uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin kararının ONANMASINA, katılanların oybirliği ile karar verildi.

T. 06.05.2011 * Avukatın isteği veya disiplin kurulunca gerek görülmesi halinde inceleme duruşmalı yapılır.
E. 2010/785
K.2011/286 **(Av.K. m. 144)**

Şikayetli avukat hakkında icra takibi için aldığı masrafları ve dosyadan tahsil ettiği parayı şikâyetçi müvekkiline ödemediği, şikâyetçinin gözlerinin iyi görmemesinden yararlanarak ibraname düzenlediği ve vekâlet ilişkisi sona erdikten sonra menfi tespit davasında müvekkili aleyhine tanık olarak ifade verdiği, iddiaları ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, icra takibi için masraf almadığını, yaptığı tahsilâtın yasal vekâlet ücretinden daha az olduğunu ve hapis hakkını kullandığını, ibraname içeriğinin şikâyetçi tarafından bilindiğini, yaptığı tanıklığın sadece şikâyetçinin ibraname içeriğini bilip bilmediğine yönelik olduğunu, bildirmiştir.

İncelenen dosya kapsamından, Baro Disiplin Kurulunca şikâyetli avukata savunmalarını ve varsa delillerini bildirmesi için 16.12.2009 tarihli yazı yazıldığı, şikâyetli avukatın 30.12.2009 tarihli dilekçesinde "Duruşma talep ettiğini" bildirdiği, ancak Baro Disiplin Kurulunun duruşma günü tayini ile şikâyetli avukata duruşma günü tebliğ etmeksizin karar vermiş olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasasının 144.maddesi uyarınca, "…Avukatın isteği veya disiplin kurulunca gerek görülmesi halinde inceleme duruşmalı yapılır." Avukatın duruşma istemesi halinde Baro Disiplin Kurulunca duruşma yapılması, Avukatlık Yasası uyarınca zorunlu olup, savunma hakkını da yakından ilgilendirmektedir.

Bu nedenlerle, şikâyetli avukatın Baro Disiplin Kurulundan incelemenin duruşmalı yapılmasını talep etmesine karşın, Baro Disiplin Kurulunca duruşma yapılmaması savunma hakkını kısıtladığından, Baro Disiplin Kurulu kararının bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Baro Disiplin Kurulu'nun şikâyetli avukatın "Uyarma Cezası" ile cezalandırılmasına ilişkin kararın Avukatlık Yasasının 144.maddesi uyarınca BOZULMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T.06.05.2011
E. 2010/790
K.2011/288

*** Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.**

*** Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür.**

*** Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**

(Av.K. m.34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetçi, Bursa 9.İcra Müdürlüğünün 2005/2266 Esas sayılı dosyasında işlem yapması için şikâyetli avukata vekâletname verdiğini, tüm masrafları da ödemesine rağmen şikâyetli avukatın haklarını korumayarak aleyhine çalıştığını iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmemiş şikâyetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, müvekkili adına Bursa İcra Müdürlüğünde işlem başlattığını, Karacabey Tapu Sicil Müdürlüğü ile Karacabey Trafik Tescil Müdürlüğünde işlemler yaptığını, borçlunun Karacabey'deki işyerinde haciz yaparak haczettiği malları yed-i emin olarak borçluya bıraktığını, tahsil ettiği 2.000,00.-TL. sının aynı gün 1.500,00.-TL. sını müvekkiline ödendiğini, 500,00.-TL. sını da vekâlet ücreti olarak aldığını, bununla ilgili belge de verdiğini, daha sonra tahsil ettiği 1.000,00.-TL. sını da müvekkile ödediğini, bu aşamada borçlunun hapse girmesi üzerine müvekkilinin talimatı ile işlemleri bekletmeye aldığını, cezaevinden çıkan borçlunun yanında çalışmaya başlayan müvekkilinin kendisine yapılan ödemeleri kabul etmediğini ve bu soruna çözüm bulmak için tarafları bir araya getirmek istemesine rağmen gelmediğini, daha sonra dosyanın işlem yapılmaması sebebiyle işlemden kaldırıldığını, tekrar masraf vererek yeniden dosyayı canlandırdığını ve hacze giderek 4 kalem malın haczedildiğini, satış talep ettiğini ancak satış günü malların bulunduğu yerin kapalı olma-

sı sebebiyle satışın düştüğünü, müvekkilinin masraf vermediğini, bir süre sonra da borçluya ait işyerinin kapanması sebebiyle işlem yapılamadığını bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın şikâyetçi vekili sıfatıyla senet alacağına dayanarak Bursa 9.İcra Müdürlüğünde 2005/2266 Esas sayı ile 10.03.2005 tarihinde takip başlattığı, ödeme emrini borçluya APS ile 11.03.2005 tarihinde tebliğ edildiği, 01.04.2005 tarihinde Karacabey Tapu Sicil Müdürlüğüne ve yine aynı tarihte Karacabey Trafik Tescil Müdürlüğüne müzekkere yazılması suretiyle haciz işlemi talep edildiği, hemen akabinde 06.04.2005 tarihinde borçlunun Karacabey'deki işyerinde haciz yaparak hacizli malları, yed-i emin deposu olmadığı için, borçluya bırakıldığı, 18.05.2005 de borçlunun üzerine kayıtlı araç üzerine haciz konulmasının talep edildiği, daha sonra borçludan değişik tarihlerde tahsil edilen toplam 2.600,00.-TL. sından 600,00.-TL. sının vekalet ücreti olarak alındığı, bakiyesinin tahsilatı takiben müvekkiline ödendiği,

Bu süreçte borçlunun işyerinde işlenen bir cinayet sebebiyle tutuklandığı, Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/207 Esas sayılı dosyası ile yargılandığı, yargılama aşamasında şikayetçinin işlem yapmaması konusundaki sözlü talimatı üzerine dosya ile ilgili işlemlerin yaklaşık bir buçuk yıl askıya alındığı, borçlunun cezaevinden çıkmasından sonra işlemden kalkan takip dosyasının 13.03.2007 tarihinde yenilenerek 2007/3390 Esas sayısını alarak takibe devam edildiği, tekrar haciz yapılarak bir takım malların haczedildiği, satışın talep edildiği ve satış tarihinde işyerinin kapalı olması sebebiyle takip düştüğü, anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukat, 06.04.2005 tarihinde borçlunun işyerinde haczedilerek yed-i emin olarak borçluya bırakılan malların satışını gerekli süre içinde talep etmemiş, iki yıl geçtikten sonra talep ettiğinde ise haczin düşmüş olması sebebiyle talep red edilmiş, bu ihmali sebebiyle daha sonra tekrar haciz yapılmasına neden olmuştur.

Şikâyetli avukat borçlunun tutuklanması sebebiyle işlemleri müvekkilinin talimatı ile askıya aldığını savunmuş ise de, şikâyetli avukat tarafından dosyaya bu konuda yazılı bir talimat ibraz edilmediğinden savunması, işlemlerin durdurulması için geçerli bir mazeret olarak kabul edilmemiştir. Zira böyle bir durumda işlemlerin askıya alınması ile ilgili olarak yazılı talimat almayan şikayetli avukatın alacağın tahsili için gerekli işlemleri devam ettirmesi, üstlendiği görevini

en kısa sürede yerine getirmesi ve müvekkilinin alacağını tahsil etmesi gerekir iken, işlemler sürüncemede kalmış ve sonuçta müvekkilinin alacağının büyük bir kısmının tahsil edilememesi sonucu ile üstlendiği göreve aykırı davranışta bulunmuş olduğu anlaşılmıştır.

1136 Sayılı Avukatlık Yasasının 34.maddesi "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler" 134.maddesi "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlara, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." hükmünü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3.maddesi "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür" 4. maddesi ise "Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." hükmünü içermektedir.

Avukatlık Kanununun 136/1 maddesi "Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası ..... uygulanır." hükmünü taşımaktadır.

Şikâyetli avukatın üstlendiği görevi yerine getirirken avukatlık mesleğinin gereği göstermek zorunda olduğu özen borcuna aykırı eylemi, Avukatlık Yasasının 34 ve 134.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddelerine aykırı olduğundan, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararında hukuki isabet görülmemiş, kaldırılarak şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçinin itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin 11.12.2009 tarihli 2008/62 Esas, 2009/49 Karar Sayılı kararının KALDIRILMASINA, Şikâyetli Avukat D.D.'nin KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 06.05.2011
E. 2011/1
K.2011/289

* **Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.**

* **Evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet Savcısı bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa" teklifi reddetmek zorundadır."Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.**

* **Avukat daha önce hakim, savcı, hakem ya da başka resmi bir sıfatla incelediği işte görev alamaz.**

(Av.K. m.34, 38/c; TBB Meslek Kuralları 3, 4, 18)

Şikayetli avukatlar hakkında, daha önce Ankara 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/81 Esas, Ankara 15.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/527 Esas ve Ankara 18.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/212 Esas sayılı davalarında bilirkişi olarak görev yaptıkları ve davaların rapor doğrultusunda karara bağlandığı, 2008 yılında şikâyetçi idare tarafından Ankara Asliye Hukuk Mahkemelerinde açılan 38 adet yargılamanın iadesi davalarından belirtilen üç tanesinin devamı olanlar dışındaki 35 davada E.O.B. vekili olarak görev kabul ettikleri, bu durumun Avukatlık Yasasının 38/c maddesine ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırı olduğu iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylemler sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında, kendilerinin eski Vakıflar ile ilgili konularda çalıştıklarını, çok sayıda davada bilirkişilik de yaptıklarını, 2009 yılında açılan şikâyet konusu davalarda vekâlet görevi aldıklarında, daha önce bilirkişi olarak görev aldıkları 2002/81, 2002/527 ve 2022/212 Esas sayılı dosyalarda bilirkişi olarak görev yaptıklarını

görerek bu davalar ile ilgili olarak açılan Ankara 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/437 Esas, Ankara 15. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/431 Esas ve Ankara 18.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/450 Esas sayılı dosyalarında vekâlet almayı reddettiklerini, diğer 35 dosya ile ilgili olarak iadesi talep edilen yargılamalarda bilirkişilik yapmadıkları için görev almalarında sakınca olmadığını, eğer şikâyetçinin iddiası gibi bütün aynı yöndeki davalarda görev almaları yasak olsa, aynı davalara bakan hâkimlerin de yeni davalara bakamamaları gerekeceğini şikâyetin yersiz olduğunu bildirmişlerdir.

Dosya içerisindeki belgelerden, şikayetli avukatlardan Avukat N.F.U.'nun Ankara 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/81 Esas sayılı ve 18.Asliye Hukuk Mahkemesinin 202/212 Esas sayılı davalarında, Avukat M. E.U.'nun Ankara 15.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/527 Esas sayılı davasında bilirkişi olarak görev aldıkları, raporlarında bu davaların davacısı olan E.O.B.'nin soy bağlarını belirleyerek "evladı vakıf" oldukları yönünde görüşlerini bildirdikleri,

Daha sonra, şikayetçi idare tarafından aynı kişi aleyhine açılan yargılamanın iadesi davalarından, belirtilen yargılamanın iadesine ait olan üç dava hariç, aynı nitelikteki 35 davada E.O.B. vekili olarak görev aldıkları ve cevap dilekçesi sundukları, dosyada örnekleri bulunan 2008/420, 2008/451 ve 2008/452 Esas sayılı davaların cevap dilekçelerinde görüldüğü gibi, savunmalarında da Ankara 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/81 Esas sayılı davada yapılan soy bağı tespitine dayandıkları görülmüştür.

Avukatlık Yasasının 34.maddesinde "Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir şekilde davranmak Türkiye Barolar Birliğince belirtilen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler". Yine Avukatlık Yasasının 38/c. maddesine göre de "Evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet Savcısı bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa" teklifi reddetmek zorundadır."Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar"

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesinde "Avukatlık mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam sadakatle yürütür". 4. maddesinde "Avukatlık mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır". 18. maddesinde " Avukat daha önce hakim, savcı, hakem ya da başka resmi bir sıfatla incelediği işte görev alamaz" hükmüyle belirlenen ilkeler göz önünde bulundurulduğunda, maddenin asıl amacının mesleğe olan güveni sarsmamak olduğu, anılan maddelerde "dava" dan değil, "iş"den söz edildiği, temel amacın adaletin yerine getirilmesinde kuşku yaratılmaması, doğruluk karinesinden yararlanan avukatların bu kolektif inanca ters düşecek, bu inancı sarsacak davranışlardan titizlikle kaçınması, mesleğin etik değerlerinin korunması olduğu, görülmektedir.

Şikâyetli avukatların, daha önce bilirkişi olarak görev aldıkları üç davanın devamı olan yargılamanın iadesi davalarında vekâlet almasalar bile, aynı nitelikteki diğer 35 davada görev almış bulunmaları, bu davalardaki cevaplarında bilirkişi olarak görev yaptıkları davaları gerekçe göstererek davanın reddini savundukları anlaşılmıştır.

Aynı davalarda görev alan hâkimlerin, yargılamanın iadesi davalarında da hâkim olarak görev yapmakta oldukları biçimindeki savunma, aynı hâkimlerin bu davalarda avukat olarak da görev yapamayacakları gerçeği karşısında geçersiz bulunmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunca yapılan hukuki değerlendirmede, eylemin disiplin suçu oluşturduğu yönünde ve Avukatlık Yasasının 136/1 maddesine göre eylemin yoğunluğu ve maddenin en az kınama cezası verilmesi yönündeki düzenlemesi karşısında Avukatlık Yasasının 158.maddesini de dikkate alarak para cezası tayininde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatların itirazlarının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun şikayetli avukatların ayrı ayrı "214.00. TL Para Cezası İle Cezalandırılmalarına" ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T.06.05.2011
E. 2011/2
K.2011/290

* **Avukata müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları parayı ve diğer her türlü kıymetleri avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetini elinde tutabilir.**
* **Avukat "hapis hakkı"nı alacağı ile oranlı olarak kullanabilir.**
* **Müvekkil adına alınan paralar ve diğer değerler geciktirmeksizin duyurulur ve verilir, müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir.**

(Av.K. m.34, 136/1, 166; TBB Meslek Kuralları 3, 4, 43, 45)

Şikâyetçiler, şikâyetli avukata trafik kazası sonucunda maddi ve manevi haklarının tahsili için vekâletname verdiklerini, Gölbaşı Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açtığını, ilamda belirtilen hak ve alacaklarının tahsili için Ankara 4.İcra Müdürlüğünün 2007/9069 Esas sayılı dosyasıyla icra takibi başlattığını, icra dosyasına yatırılan 23.528,94.-TL. sının şikâyetli avukat tarafından 12.11.2008 tarihinde çekilmesine rağmen kendilerine ödenmediği gibi bilgi de verilmediğini, haciz edilen araçların satışının istenmediğini, satış yapılmamasına rağmen kendilerinden 10.500,00.-TL. sı tellaliye ücreti talep edildiğini, iddia etmeleri üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat soruşturma ve kovuşturma aşamasında herhangi bir savunma ve delil sunmamıştır.

Baro Disiplin Kurulu şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasının 34. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4 ve 43. maddelerini ihlal ettiğinden kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından süresi içinde itiraz edilmiştir. İtirazı ekinde avukatlık ücret sözleşmesi ve serbest meslek makbuz fotokopisini eklemiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, Gölbaşı/Ankara Asliye Hukuk Mahkemesine 07.05.2003 tarihinde trafik kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebiyle dava açıldığı, davanın 2003/1030 Esas 2007/303 Karar sayıyla 10.04.2007 tarihinde kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verildiği, kararın Ankara 4. İcra Müdürlüğünün 2007/9069 Esas sayılı dosyası üzerinden icra takibi başlatıldığı, borçlunun aracı hakkında hacizler yapıldığı ve Nevşehir 2. İcra Müdürlüğünün 2008/1138 Talimat dosyasından 23.528,94.-TL. sı yatırıldığı şikayetli avukatın 21.364,44.-TL. sını 12.11.2008 tarihinde tahsil ettiği, İcra Müdürünün 04.12.2008 tarihinde Nevşehir'den gönderilen paranın derece kararı yapılmasından sonra ödenmesi gerekeceğinden bahisle şikâyetli avukattan bu bedelin talep edildiği anlaşılmaktadır.

Şikâyetli avukatın, Ankara 4. İcra Müdürlüğünün 2007/9069 Esas sayılı dosyasından 21.364,44.-TL. sı tahsil ettiği halde şikâyetçilere bilgi vermediği anlaşılmaktadır. Şikâyetlinin savunma vermediği halde kurulumuza yaptığı itiraz dilekçesine eklediği avukatlık sözleşmesinin 3.maddesinde yer alan masraflar ve kanun yolları için ilgili olup bu ihbarın telefonla yapılabileceği kabul edilmiştir. Avukatlık ücretinde hesaplaşma ve hapis hakkı mutlaka yazılı bildirimle olmalı ve alacak ile orantılı olmalıdır. 2003 yılında açılan tazminat davasından 2008 yılında alınan ilk tahsilâttan şikâyetçilere hiç ödememek "doğruluk" ilkesine aykırıdır. 05.05.2003 tarihinde tanzim edilen avukatlık sözleşmesinin sonradan ilave edilen yazıların iş sahibi tarafından okunup kabul edildiğini belirten bir paraf da olmadığından tahsil edilen paranın vekâlet ücretine mahsuben olduğu ve serbest meslek makbuzu kestiği savunması samimi bulunmamıştır.

Avukatlık Yasası 166. maddesine göre "Avukata müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları parayı ve diğer her türlü kıymetleri avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetini elinde tutabilir" hükmünü içermektedir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 45.maddesine göre de Avukat "hapis hakkını" alacağı ile orantılı olarak kullanılabilir. Avukat alacağından dolayı hapis hakkını kullanabilmesi için hapis hakkının ne miktar, hangi iş için kullanıldığını iş sahibine yazılı olarak bildirmesi zorunludur. Şikâyetli avukatın böyle bir bildirim yaptığına ilişkin yazılı bir belgesi dosya içinde bulunmamaktadır.

Avukatlık Yasasının 34. maddesinde "avukatlar yüklendikleri görevi bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek avukatlık unvanın gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğinde belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesine göre "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam sadakatle yürütür. 4.maddesin göre "Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." 43. maddeye göre "Müvekkil adına alınan paralar ve diğer değerler geciktirmeksizin duyurulur ve verilir, müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir."

Şikâyetli avukatın tahsil ettiği bedelle ilgili olarak şikâyetçi müvekkiline bilgi vermediği ve uhdesinde tuttuğu sabit olduğundan, şikâyetli avukatın yüklendiği görevi "özen ve doğruluk" içinde yerine getirmediği anlaşılmaktadır.

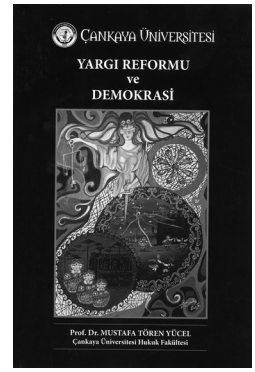
Bu nedenle şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34 ve 166. maddeleriyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4, 43 ve 45. maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirilmesinde ve Avukatlık Yasasının 136/1 uyarınca en az kınama cezası tayini gerektiğinden kınama cezası tayininde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak,

1-Şikâyetçi Ş.U.'ya Baro Disiplin Kurulu kararının 24.11.2010 tarihinde tebliğ edildiği, 30 günlük yasal itiraz süresi geçtikten sonra 12.01.2011 tarihinde itiraz etmiş olduğundan İTİRAZININ SÜRE YÖNÜNDEN REDDİNE,

2-Şikâyetli avukatın itirazlarının reddine ve Baro Disiplin Kurulunun "Kınama Cezası Verilmesine" ilişkin kararının ONANMASINA oybirliği ile karar verildi.

Prof. Dr. Mustafa Tören Yücel
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YARGI REFORMU VE DEMOKRASİ
(Sosyo-Juridik Bir İnceleme)



Kitap, New York Üniversitesi Hukuk Fakültesi eski Dekanı Arthur Vanderbilt'in *"Yargı reformu uzun soluklu bir uğraştır,"* sözü ile başlıyor. Bu gerçeğin ülkemiz için büyük önemi olduğunu sanıyorum. Biz de bir gece içinde bir usul yasasında yapılan değişikliklerin, *"torba"* yasalar içinde geçiştirilen bir *"yeni"* hükmün *"reform"* sayılması karşısında bu söz büyük önem taşıyor.

Mustafa Tören Yücel, bilimsel çalışmaları yanında uzun süre uygulama ile de iç içe yaşamış bir hukukçu. Bir bakıma "adalet fenemologu". Özellikle istatistikleri anlama ve yorumlama konusunda hem etkin hem de yetkin işlevler yüklenmiş. Bu nedenle son zamanlarda yayımladığı makale ve kitaplarda (örneğin Türkiye'de Yargının Etkinliği (2008) ile Türk Ceza Siyaseti ve Kriminoloji (2007), Yeni Türk Ceza Siyaseti (2011) adlı kitapları gibi), yargı alanında rakamsal bilgilerle desteklenmeyen öneriler konusunda kuşkulu davranıyor. Herhangi bir kişinin tek başına gözlem ve deneyiminin elbette ki önemi var ama bu gözlem ve deneyimler istatistik bilgilerle desteklenmeyince objektif olmaktan çıkıyor, öznel değerlendirmeler olarak kalıyor.

Yücel'e göre, *"tüketicilerde adaletsizlik duygusunu tahrik etmeyecek adil bir sistem"* olması gerekendir. En önemlisi böylesine *"dürüst/adil yargılanma hakkı"* yargıya egemen olmalıdır. Bu *"yargı erkinin görevidir,"* diyor. Günümüz yargı açılış törenlerindeki abartılı cübbeleri anımsatan bir değerlendirme ile *"Hâkimler giydikleri cüppe ile kendilerini Herkül gibi görmek yerine 'insan olarak ben de hata yapabilirim"* düşüncesiyle hareket etmelidirler diyor ve *"yargının saygı duyulmayı hak etmesini"* vurguluyor. TBB Başkanı rahmetli Özdemir Özok'un 2003-2004 adli yargı yılı açılış konuşmasındaki şu cümleleri bu bağlamda anmak ve anımsatmak istemekteyim: *"Kurumlar da kişiler gibi, saygınlıklarını kendileri yaratır ve kendi davranışları ile korurlar. Biz kendi kendimize ne kadar saygınlık, mehabet atfedersek edelim, kişisel zaaflarımızın sonucu yarattığımız olaylar, toplumun önem verdiği hassas konulardaki*

tepkisizliğimiz ya da tepkimizi ortaya koyarken yaptığımız basit davranışlar, toplumun kaderinde yadsınamaz yeri ve önemi olan bu kurumu, yargıyı yaralamaktadır, zedelemektedir. Ceza kanunu maddeleri, görkemli cüppeler, ulaşılmaz kürsüler saygınlığı geri getirmez ve sağlayamaz."

Yazar, önsözde *"gerçek yargı reformu(nun), bir tarafta maddi hukuk, adli kurumlar, diğer tarafta ise hukuk sistemi içindeki çeşitli aktörler arasındaki ve aktörlerle vatandaş ilişkilerini biçimlendiren süreçleri kapsam alanına alması"* gerektiğini vurgulamaktadır.

Yargı reform projesinin ilkelerini de şöyle saptamaktadır(s.18): 1) Reform uzun vadeli bir süreç olduğundan amaç birliği ve adanmışlık gereksinmesi vardır. 2) Sosyo -ekonomik ve kültürel değerler göz ardı edilmemelidir. 3)Büyük projeler daha mütevazı ölçekteki girişimlere özgü deneyimle elde edildiğinde tasarlanıp uygulamaya konulmalıdır. 4) Reform projesine tüm unsurların katılımı ön görülmelidir. Doğal olarak Einstein'ın şu sözünü de bu bağlamda unutmamak gerekmektedir: *"Sorunun kaynağı olanlar, çözüm de yararlı olamazlar."*

Yargının (bütçe, makul süre, mahkemelerin kapasitesi ve etkililiği, jürili yargılama, ceza davaları (savcılar), tutukluluk (s.48), tarafsızlık, avukatların rolü (s.15, s.27 ve s. 146 vd.), bilirkişi, tanıklar (s.103), mağdurların korunması (s.121), çapraz sorgu, hukuk eğitimi-papağan türü depolama ve yanıtlama ile geçmişin esiri olan bir yaklaşımdan sorgulayan bir yakalaşım, yolsuzluk, UYAP gibi) bütün kronik sorunlarının mukayeseli ve rakamlara dayanan tablosunu görebilmek, fikir yürütebilmek için hukukçulara salık verebileceğimiz bir kitap daha yayınladığı için Prof.Dr. Mustafa Tören Yücel'e teşekkürlerimizi sunarken ve şu saptamasına da yürekten katılırım.

Şimdilik yargıda algılanan görüntü, adalet sisteminin en güçlünün yargısına dönüşmesi, hukuk güvenliğinin olmaması, yargılamaların makul süreyi aşması, mağdurların daha da mağdur olmaları, gerekçe adına formüller/ kanundaki önermelere yer verilmesi ve bireysel özgürlüklerin gittikçe zayıflaması, *yargının çürümesi* olgusunun semptomları olarak belirmektedir. Yalnız, bu konuda fazlaca kötümser olmaya gerek yoktur. Hukuk, güneş gibidir, batışından sonra yeniden doğacak ve adalete olan inancımız baki kalacaktır.

Teoman Ergül