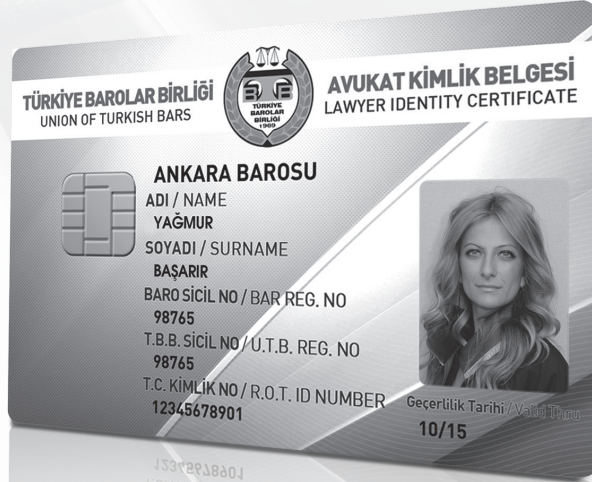




# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## BAROKART

*Tek Kartla, Çok Hizmet!*



**Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile, Adliyeye gitmeden internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;**

- **dava açabilir,**
- **her türlü dosya giderini yatırabilir,**
- **sorgulama yapabilirsiniz.**

[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği

© Union of Turkish Bar Associations

## Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

## Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Başar Yaltı

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

## Genel Yayın Yönetmeni Yrd. / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı  
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri  
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye  
Av. Teoman Ergül  
Av. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu  
Ali Acar  
Özgecan Yanlı

## Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay  
*Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu  
*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Hamit Hancı  
*Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD*  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz  
*Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Erdal Onar  
*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez  
*Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Durmuş Tezcan  
*İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
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. Av. Özdemir Özek Sokağı No: 8  
06650 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  
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

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

# **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ**

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

**ISSN: 1304-2408**

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana 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.
- Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.  
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (En fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (En fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.  
c) Yazılar, **ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman** karakterinde yazılmalıdır.  
d) **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta 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 İtalik** 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.
- Yazıların **kaynakça kısmında da dip not kurallarına uyulması** zorunludur.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası [yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr) adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların, ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazıların **“hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir**; açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hake-me 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.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
- 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
- Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## 7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

### HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

#### 9 Gülmelaha DOĞAN

Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması / Adaption of the Contract to Changing Conditions Due to Extreme Inability to Perform

#### 37 Öz SEÇER

Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme / The Unilaterally Revocation from the Contract of Succession

#### 61 Rezzan İTİŞGEN

Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK M. 288) / Offence Of Attempt To Influence A Fair Trial

#### 77 Aykut ERSAN

Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama / Provocation of Hostility and Grudge in Society or Humiliation

#### 107 İsa BAŞBÜYÜK / Veli Özer ÖZBEK

Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Örneği: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi / An Example of Teleological Interpretation in Criminal Law: Crime of Theft during Nighttime

#### 117 Mustafa T. YÜCEL

Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık / Objectivity and Impartiality In Adjudication

#### 133 Caner GÜRÜHAN

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi / A Review of Current Issues Relating to the Stay of Judgment in the Light of Jurisdiction of High Court of Appeals

#### 163 Ersin ŞARE

Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme / An Investigation on the Suspension Sentence in Turkish Law System

#### 237 Cem Barlas ARSLAN

Türk Vergi Sisteminde Gider Pusulası Uygulaması / Receipt for Non-Taxpayers in Turkish Tax System

#### 255 Tuğçe AKDEMİR

Vergi Hukuku Açısından Türk Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu / Individual Appeals to the Turkish Constitutional Court with Regard to Tax Law

**279 Hayrettin YILDIZ**

Kamu Hukuku İle Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu / Le Point De L'intersection Du Droit Prive Et Du Droit Public: La Voie De L'arbitrage Dans Les Contrats De Concession

**297 Özen ÜLGEN**

Anayasaya Uygunluk Denetiminde Çelişme İlkesi / Principle of Contradiction in Constitutionality Review

**325 Murat Volkan DÜLGER**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu / A Problem on the Usage of the Evidence Received by Threatening with Torture in Criminal Procedure Law within the Context of the Gäfgen Judgment by European Court of Human Rights

**411 Berat Lale AKKUTAY**

Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi / The Legal Characteristics of Economic Sanctions Under the United Nations Charter and Their Judicial Review

**MAKALELER / ARTICLES**

**447 Hikmet KOYUNCUOĞLU**

Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Düzenlemeleri / Post Non-Competition Clauses

**457 Ali Rıza GÜDER**

Kamu Görevlilerinin Dini Sembol Taşınabilmesinin Sınırları; Eski Bir Tartışma ve Yeni Hukuki Paradigmalar / The Limits of Wearing Religious Symbols by Public Servants; an Old Debate and New Legal Paradigms

**479 Ömer AYKUL**

Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında İnceleme / An Examination on the Draft Law Amending Council of State Law and Other Laws

**493 Tennur KOYUNCUOĞLU**

Başka Bir Aile Mümkün (Feminist Politika Deneyimi) / Another Family is Possible (Feminist Politics Experience)

**532 KİTAPLAR-DERGİLER / BOOKS-PERIODICALS**

# başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Anayasa'nın ilk üç maddesinde yer alan demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin ve üniter devletin korunması, hukuk devletinin vazgeçilmezi olan bağımsız ve tarafsız yargının, adil yargılanma hakkının, avukatların ve baroların bağımsızlığının sağlanması, Türkiye Barolar Birliği'nin, baroların ve biz avukatların görevidir.

Bugün Türkiye'de hukuk devletini, demokrasi ve insan haklarını, savunma hakkını savunan pek çok meslektaşımız ve barolarımız hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmakta; düşüncüyü ifade, toplantı-gösteri yürüyüşü gibi temel haklar ihlal edilmekte; toplumun adalete güven duygusu giderek sarsılmaktadır.

Ülkemizin yaşadığı sorunlar karşısında görevimiz; haksızlık kimden gelirse gelsin, kime yapılırsa yapılsın, dinine, mezhebine, diline, etnik kökenine, cinsiyetine, sosyal sınıf ve durumuna bakmaksızın mazlumun yanında durmaktır.

Demokrasiyi yeterince içimize sindiremediğimizi, hukuk devletinin ne olduğunun anlaşılamadığını yaşadığımız tüm olumsuz gelişmelerden görüyoruz. Ancak şunu da çok iyi biliyoruz ki, herkesin altında barınacağı tek çatı hukuk devleti çatısıdır.

Şunu söylemekten gurur duyuyorum ki; Türkiye Barolar Birliği ve barolar ülkemizin en güvenilir kurumları arasında en üst sıralarda haklı yerlerini almışlardır.

Avukatlar, onların örgütlü gücü barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak, bu topraklarda yaşayan herkese karşı sorumlu olduğumuzu biliyoruz. Bizler savunma mesleğinin varoluş temelini teşkil eden hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi için gerekeni yapıyoruz ve yapmaya da devam edeceğiz.

Bizler, hukukun üstünlüğünü korumak adına yemin ettik. Yandaş veya muhalif olamayız. Biz hukuktan yana tarafız; biz demokratik, laik bir hukuk devleti olarak Türkiye Cumhuriyeti'nden yana tarafız.

Cübbemizi giydiğimiz anda tüm siyasi ve ideolojik görüşlerimizden sıyrılarak taraf olduğumuz insan hakları ve hukukun üstünlüğü anlamında görevimizi icra ederiz.

Türkiye Barolar Birliği, barolar ve avukatlar, Avukatlık Kanunu'nun verdiği "hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak" görevini, savunma mesleğinin önüne hangi engeller konulursa konulsun, hukuk içinde aynı kararlılıkla sürdürecektir, demokrasimizi halkımızın hak ettiği yere taşıma mücadelesinden vazgeçmeyecektir.

Umudumuz tamdır. Dün askeri darbelerle, bugün polis ve istihbarat devleti inşa etme gayretleriyle gölgelenen demokrasimiz, Cumhuriyet'in yetiştirdiği aydınlık kuşakların ellerinde yükselecektir.

Bizler bugüne kadar olduğu gibi insan hakları, hak ve özgürlükler ile hukuk devleti mücadelesinde üzerimize düşen sorumluluğu ne pahasına olursa olsun yerine getirmeye devam edeceğiz. Ülkemiz için, Milletimiz için, çocuklarımız için...

Saygılarımla.

**Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu**  
**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**



# AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASI

## ADAPTION OF THE CONTRACT TO CHANGING CONDITIONS DUE TO EXTREME INABILITY TO PERFORM

Gülmelihat DOĞAN\*

**Özet:** 6098 sayılı TBK'nın 136. maddesi ile yasal düzenleme içinde yerini alan aşırı ifa güçlüğü, sözleşmenin taraflarca imzalanmasından sonra, ancak ifasına başlanmadan önce tarafların içinde bulunduğu şartların beklenmeyen şekilde değişebileceği durumlarda uygulama alanı bulabilecek bir yapıdır. Bu düzenleme ile yasada yerini bulan "Aşırı İfa Güçlüğü", ahde vefa ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Borçlar Kanunu, Aşırı İfa Güçlüğü, Sözleşmenin Uyarlanması, Ahde Vefa Kuralı.

**Abstract :** Hardship regulated in Article 136 of the Turkish Code of Obligations is a concept that may be implemented in case of unexpected change of the present conditions of the parties and after signing the contract but before the performance. Hardship that takes place in the legal system in this manner is an exception to the principle of pacta sonda servanda.

**Keywords:** Turkish Code of Obligations, Hardship, Adaptation Of The Contract, Pacta Sonda Servanda, Clausula Rebüs Sic Stantibus.

## I. GENEL OLARAK

Her sözleşme, ifa edilmek amacıyla akdedilmektedir. Ahde vefa ilkesi uyarınca sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen hal ve şartlar, tarafların sözleşme ile üstlendikleri ifaları etkilememelidir. Ancak bu ilkenin istisnasız uygulanması mümkün olmamaktadır. Ahde vefa ilkesinin istisnalarından birini işlem temelinin çökmesi oluşturmaktadır.

\* Avukat, Ankara Barosu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

Bazı durumlarda borç tamamen imkânsız olmamakla beraber, edimin ifası çok zorlaşmış ve sözleşme sonucu gerçekleşecek edimden çok daha ağır mali külfet getirecek bir hal almış olabilir. Bu durumda TBK 136. madde anlamında bir imkânsızlık söz konusu değildir. Çünkü bu durumda ifa hâlâ mümkün olmakla beraber sözleşmenin değişen şartlar altında ifası, karşı edim ile dengesini yitirmiş ve borçlu açısından ağır mali yük getirmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen değişiklikler sözleşmenin bir tarafı için katlanılmaz durumda ise mağdur taraf sözleşmenin uyarlanmasını, feshi ya da sözleşmeden dönmeyi talep edebilecektir.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için yasal düzenleme 6098 sayılı TBK'nın 138. maddesinde yer almakta olup, 818 sayılı Borçlar Kanununda var olmayan yeni bir düzenlemedir. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için TBK. 138. maddede belirlenen ve çalışmamızın İkinci Bölümünde incelenen koşullarının tümünün somut olay içerisinde birlikte bulunması gerekmektedir.

Çalışmamızda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasında genel ilkeler kapsamında yerini alan ahde vefa ilkesi, işlem temelinin çökmesi kuralı, hakimin sözleşmeye müdahalesi, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının unsurları, sözleşmenin uyarlanmasında hâkimin gözönünde tutması gereken esaslar ile hakim tarafından yapılan uyarlamanın sonuçları incelenmiştir.

## II. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASINDA GENEL İLKELER

### A. Ahde Vefa İlkesi (Pacta Sunda Servande)

Sözleşme hukukunun temel ilkelerindedir. Bu ilkeye göre, sözleşme, yapıldığı andaki şartlara uygun olarak uygulanmalıdır. Ahde vefa ilkesi (pacta sunda servanda) gereği borçlu edimini üstlendiği şekilde, bir başka deyişle sözleşmeye bağlı olarak ifa etmekle yükümlüdür.<sup>1</sup> Ancak ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) ilkesi "*Herkes hakkını kullanırken iyiniyet (dürüstlük) kurallarına uymakla yükümlüdür, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*" ilkesini getiren TMK 2. madde düzenlemesi ile sınırlı olarak uygulanmalıdır.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Kaplan İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 95.

<sup>2</sup> Reisoğlu Seza, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2012, s. 413.

Sözleşmenin ifası sırasında hal ve şartların değişmesi durumunda, doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin ve ifanın yeni koşullara uyarlanması gerekiyorsa, ahde vefa ilkesinin aksine sözleşme yeni hal ve şartlara göre değiştirilecektir. Bu duruma “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması” ilkesi denmektedir.<sup>3</sup>

Ahde vefa ilkesinin istisnasını işlem temelinin çökmesi teorisi oluşturur.<sup>4</sup> İşlem temelinin çökmesi kapsamında uyarlama çok ender ve çok sıkı koşulların varlığı halinde mümkün olmalıdır.<sup>5</sup>

## B. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi

Uluslararası hukukta ve Türk hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusunda farklı isimlerde (emprevizyon, clausula rebus sic stantibus vb.) birçok teori bulunmasına rağmen Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve madde gerekçesinde “*Bu yeni düzenleme, öğretisi ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, “işlem temelinin çökmesi” ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medeni Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır.*”<sup>6</sup> şeklinde vurgulanan ve Yargıtay içtihatlarında da sıklıkla atıf yapılan “İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi” çalışmamızda özellikle incelenmiştir.

Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasında en tutarlı ve doyurucu çözümleri veren teorinin işlem temelinin çökmesi olduğu kabul edilmelidir.<sup>7</sup>

İşlem temelinden anlaşılması gereken “sözleşmenin asıl içeriğine dahil olmamakla birlikte sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan ve işlem iradesinin dayanağı olan belirli koşulların varlığına veya gelecekte ortaya çıkmalarına ilişkin ortak tasavvurlar”dır.<sup>8</sup> Bu tasavvurların konusunu

<sup>3</sup> Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 95.

<sup>4</sup> Şenyüz Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa 2012, s. 225.

<sup>5</sup> Serozan Rona, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 4. Baskı, İstanbul 2006, s.264.

<sup>6</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> Erişim Tarihi, 27/03/2013.

<sup>7</sup> Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 1. Baskı, İstanbul 2009, s, 94.

<sup>8</sup> Cashin-Ritaine Eleanor : “Emprevizyon, Hardship Ve İşlem Temelinin Çökmesi:

sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut ve sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen bazı hal ve şartlar oluşturur. Taraflar işlem iradelelerini bu tasavvurlar üzerine inşa etmiş bulunmalıdır. Hukuki işlemin üzerine inşa edildiği bu tasavvurların gerçeğe uygun olmadığı sonradan anlaşıldığı zaman işlem temeli çökmüş sayılacaktır.<sup>9</sup>

“İşlem temelinin çökmesi” kuramının temeli madde gerekçesinde de belirtildiği gibi Türk Medenî Kanununun 2. maddesinde yer alan “dürüstlük kuralı”dır.<sup>10</sup> Alman ve İsviçre hukuk öğretilerinde baskın olan “işlem temelinin çökmesi ya da sarsılması” görüşünün dayandığı değiş-tokuş sözleşmelerinde edimler arası denge görüşü uyarınca, daha sonra ortaya çıkan ve zorlu neden (mücbir sebep) niteliğinde bulunmayan olağanüstü durumlarda yanların edimleri arasında denge önemli ölçüde sarsılırsa, hakim, TMK. 1. ve 2. maddeleri kapsamında sözleşmeyi çözer ya da değişen durumlara uyarlar.<sup>11</sup>

---

Pacta Sunt Servanda Ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar”, Çeviren: Başak Baysal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2005, C.63, S. 1-2, s.321-342, s. 321.

<sup>9</sup> Kocayusufoğlu Necip, “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?” Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.507.

<sup>10</sup> TBK 138. maddenin Tasarıda yer alan gerekçesi; “Madde137- 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “III. Aşırı ifa güçlüğü” kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 137 nci maddesinde, aşırı ifa güçlüğü düzenlenmektedir.

Bu yeni düzenleme, öğretiyi ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, “işlem temelinin çökmesi”ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, Tasarının137nci maddesinde belirtilen şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır:

1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.

2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.

3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Maddeye göre, uyarlamanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması hâlinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır.”

<sup>11</sup> Ülgen Celal, “Hukukta Beklenmeyen Hal Koşulu Ve Uyarlama İstemleri”, Türk

İşlem temelinin çökmesi kavramı altında değerlendirilen aşırı ifa güçlüğü, sözleşmenin yapılmasına temel oluşturan olguların, sözleşmenin kurulması sırasında tarafların öngöremeyecekleri, hesaba katmalarının beklenemeyeceği olağanüstü durumların ortaya çıkmasıyla esaslı şekilde değişmesini, sözleşmede edimler arasında kurulan dengenin alt üst olmasını, borçlu için sözleşme koşullarında borcun ifasının dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde ağırlaşmasını ifade etmektedir.<sup>12</sup> Aşırı ifa güçlüğü maddi ya da manevi nedenlere dayanabilir. Özellikle manevi nedenlerle işlem temelinin çökmesi manevi ifa imkansızlığı ile karıştırılabilecektir. Bu gibi kuşkulu durumlarda sözleşmeyi uyarılama şansı veren işlem temelinin çökmesi teorisinden yana uygulama yapılmalıdır.<sup>13</sup>

Mücbir sebep ile işlem temelinin çökmesi yakın ilişkili içinde olan kavramlardır. Borçluya, makul ölçülerin gerektirdiğinden fazla çaba isteniyor olması şartıyla ifayı reddetme izni verilmektedir. Makul olma ölçütü, ifanın gerçekleşmesi için gerekli çabanın, alacaklının sözleşmenin ifası ile sağlayacağı çıkarla orantısı karşılaştırılarak tespit edilir. İfa imkansız olmamakla birlikte ifa için gereken çaba alacaklının çıkarına göre oldukça oransız ise işlem temelinin çöktüğü varsayılır.<sup>14</sup>

Yargıtay son yıllarda işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanını genişletmiştir. Yargıtay teorisinin uygulama alanını borçlar hukuku sözleşmeleri sınırlı tutmayıp, nafaka ve mal ayrılığı rejimlerinden kaynaklanan hallerde de uygulamaktadır.<sup>15</sup> Yargıtay 2008 tarihli bir kararında, boşanma sırasında protokolle kararlaştırılan ve hakimce onaylanan nafaka miktarı ve artış oranının, sözleşme yapılırken edimler arasında mevcut olan denge, sonradan koşulların olağanüstü değişmesi nedeniyle taraflardan biri aleyhine katlanamayacak derecede bozulmuşsa, tarafların artık o sözleşme ile bağlı tutulamayacakları, bu

Hukuk Sitesi [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_50.html](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_50.html) (Erişim Tarihi; 26/03/2013) .

<sup>12</sup> Havutçu Ayşe, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 335.

<sup>13</sup> Serozan Rona, "İfa Engelleri", s.263.

<sup>14</sup> Hannes Rösler, "Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar", Çeviren: Tülay Aydın Ünver, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ankara 2008, C. LXVI, S.1, s. 358.

<sup>15</sup> Baysal Başak, "Aşırı İfa Güçlüğü", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler, Doç. Dr. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012,, s.121.

durumda mahkemeden uyarlama talep edilebileceği, nafaka artış oranının % 30 olarak kararlaştırıldığı, oysa hükümetçe alınan kararlarla enflasyon oranının zaman içinde düştüğü, bu nedenle nafaka artışının ÜFE oranına indirilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir.<sup>16</sup>

## C. Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi

### 1. Dar Anlamda Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi

Hakimin sözleşmeden doğan uyuşmazlığı, kendisinin koyduğu sözleşmenin dışındaki bir kuralla çözümlemesine dar anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi denir. Başka bir deyişle, dar anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi, hakimin kendi yarattığı kurucu etkili bir kural ile varolan sözleşmeyi değiştiren ya da ortadan kaldıran kararıdır.<sup>17</sup> Eren, sözleşmenin içeriğinin değişikliklere uyarlanmasını dar anlamda uyarlama olarak yorumladıktan sonra, sözleşmenin hem içeriği hem de süresi ile ilgili bir uyarlama yapılıyor ise bunun geniş anlamda uyarlama olarak algılanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>18</sup>

Dar anlamda uyarlama edimin konusunun değiştirilmesi, yükseltilmesi, azaltılması, ifa yeri ve zamanının değiştirilmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Uygulamada en çok karşılaşılan ise taraflardan birinin ediminin düşürülmesi ya da yükseltilmesidir. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanabilmesi için ifanın konusunun mutlaka para borç olması şart değildir, ancak dar anlamda uyarlamanın gerçekleşebilmesi için bir parça borcu söz konusu olmamalıdır.<sup>19</sup>

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mağdur tarafın mağduriyetini giderecek şekilde olmalıdır. Edimin indirimi de edimin konusunu ortadan kaldıracak boyutta olmamalıdır. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkünken sözleşmenin sona erdirilmesi yolu seçilmelidir. Sözleşmenin sona erdirilmesi ancak dar anlamda uyarlamanın mümkün ya da amaca uygun olmaması halinde söz konusu olur.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2008 tarihli 2008/9521Esas ve 2008/14960 sayılı ilamı.

<sup>17</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s. 25.

<sup>18</sup> Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 482.

<sup>19</sup> Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 254.

<sup>20</sup> Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, s.256.

Tarafların iradesi dar anlamda uyarılama yönünde değilse ve uyuşmazlık hakimin önüne gelmiş ise hakim tarafların iradesine rağmen dar anlamda uyarılama kararı vermemelidir. Dar anlamda uyarılamanın ardından sözleşmenin içeriği değiştirilmiş olsa da önceki sözleşme ilişkisi devam ediyor olduğundan yenilemenin varlığı kabul edilmemektedir.<sup>21</sup>

## 2. Geniş Anlamda Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi

Hakimin taraflar arasındaki sözleşmenin tamamlanması, yorumlanması ya da değişen koşullara uyarlanması, başka bir ifade ile değiştirilmesine ilişkin her türlü kararı, hakimin geniş anlamda sözleşmeye müdahalesi olarak nitelendirilir.<sup>22</sup>

Dar anlamda uyarılama sözleşmenin içeriğinde, başka bir ifade ile tarafların hak ve borçlarındaki değişikliği ifade ederken, geniş anlamda uyarılama sona erme de dahil olmak üzere sözleşmenin hem süresinde hem içeriğinde değişiklik yapılmasını ifade eder.<sup>23</sup>

Eren, uyarılama kavramının geniş anlamda uyarılama olarak anlaşılması gerektiğini, çünkü geniş anlamda uyarılamanın sözleşme içeriğinde değişikliğin yanı sıra, sözleşme süresinin uzatılıp kısaltılmasını da kapsadığı, sözleşmenin belirlenen süreden önce feshinin de niteliği itibarıyla sözleşme süresinde yapılabilecek bir değişiklik olduğunu belirtmektedir.<sup>24</sup>

Sözleşmenin dar anlamda uyarılması mümkün ise sözleşmenin sona erdirilmesi yolu seçilmemelidir.

### D. Hakimin Müdahalesinin Sınırı

Hakim kendi koyduğu kurallarla sadece sözleşmede boşluk olan noktayı tamamlayabilir ve tarafların sözleşmenin kuruluşunda istedikleri ancak ayrıntısını hesap etmedikleri ya da mutabık olmadıkları hususlara yeni bir biçim verir. Hakimin koyduğu kural sözleşmenin bütününe uygun olmalı, sözleşmenin geneli ve niteliği ile uyumlu olmalıdır.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, s.257.

<sup>22</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s. 21.

<sup>23</sup> Baysal, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması, s. 257. ; Kaplan, İbrahim; Hakimin Müdahalesi, s.122.

<sup>24</sup> Eren Fikret : age, s.482.

<sup>25</sup> Kaplan İbrahim : Hakimin Müdahalesi, s. 107.

Hakim, taraflardan birinin haksız bir sözleşmeyi, sözleşmenin uyarlanması yoluyla anlamlı ve makul bir sözleşme haline getirme çabasına, başka bir ifade ile uyarılmanın kötüye kullanılmasına fırsat vermemelidir. Hakim sözleşmeyi tamamlarken doğruluk ve dürüstlük kuralı kapsamında kendi fikrine göre doğru olan çözüm ile sözleşmeyi tamamlamamalı, taraflar sözleşme boşluğunu bilselerdi doğruluk ve dürüstlük kuralına göre neyi kararlaştırırlardı, bunu araştırmalıdır.<sup>26</sup>

Hakim ancak mevcut ve kurulmuş bir sözleşmeyi uyarlayabilir. Taraflar arasında sözleşmenin meydana gelip gelmediği konusunda bir ihtilaf varsa bunun uyarılma yoluyla giderilmesi mümkün değildir. Objektif esaslı noktalar sözleşmenin niteliği ve türünü belirleyen ve taraflarca uyuma sağlanması gereken asgari unsurlar olduğundan bu alanda yer alan bir boşluk uyarılma ile doldurulamayacaktır.<sup>27</sup>

Hakim, taraflardan birini, kanunun tamamlayıcı hükümlerinde dahi öngörülme-yen ilave yan borçlarla yükümlü kılmamalıdır. Hakim kararı ile bir taraf lehine hak yaratmak ve sözleşme riskini bir tarafa yüklemek mümkün olmamalıdır. Örneğin bir gayrimenkul satımında, satıcı taşınmazın tekrar bir üçüncü kişiye satılması durumunda elde edilecek kara katılma hususunda alıcı ile anlaşma yapmış ise, bu hak üçüncü kişiye üst hak verilmesinde de geçerli sayılmayacaktır.<sup>28</sup>

Şekle bağlı sözleşmelerde şekil şartına uyulmamış ise geçerli bir sözleşme bulunmadığından bunun uyarlanmasından da söz edilemeyecektir.<sup>29</sup>

Sözleşmenin uyarılma yoluyla sona erdirilmesi ya da çözülmesi seçenekleri arasındaki tercihin TMK 2. maddesinde yer alan bağlılık ve güven kuralının sınırları içinde, sosyal açıdan korunmayı hak eden sözleşme tarafına bırakılmasının yerinde olacağı belirtilmektedir.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Kaplan İbrahim : Hakimin Müdahalesi, s. 109.

<sup>27</sup> Kaplan İbrahim : Hakimin Müdahalesi, s. 109.

<sup>28</sup> Kaplan İbrahim : Hakimin Müdahalesi, s. 111.

<sup>29</sup> Kaplan İbrahim : Hakimin Müdahalesi, s.112.

<sup>30</sup> Serozan Rona : "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arasında Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi", Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1028.



## E. Sözleşmenin Uyarlanmasının TBK'da Özel Olarak Düzenlendiği Haller

### 1. Bağışlama Sözü Vermenin Geri Alınması ve İfadan Kaçınma (TBK 296. Md.)

Bağışlama sözü verme bir sözleşmedir. Bu halde söz veren kişi, bağışlanan kişiye karşılıksız olarak bir kazandırmada bulunmaktadır, söz veren kişinin ekonomik durumu sonradan değişse bile, sözleşmeden doğan edimini yerine getirmelidir. Ancak TBK 296. madde<sup>31</sup> kapsamında söz verenin mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse verdiği bağışlama sözünü geri alabilecektir. Sözleşmenin kurulmasından sonra bağışlama taahhüdünde bulunan borçlunun, önceden öngörülmesi mümkün olmayacak şekilde mali durumu bozulmuşsa, değişen bu olağanüstü ve ağır koşul karşısında sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir.<sup>32</sup>

### 2. Yabancı Para ile Kira Bedeli Kararlaştırılması Halinde (TBK 344. Md.)

TBK 344. maddenin 3. fıkrasında kira sözleşmesinde kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmış ise beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamayacağı, ancak, TBK'nın aşırı ifa gücüne ilişkin 138. madde hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 29.5.2003 tarihli ve 2003/3007 Esas ve 2003/7017 Karar sayılı ilamında yabancı para üzerinden yapılan bir kira sözleşmesinde yapılacak uyarlamada, sözleşmedeki yabancı paranın Türk parası karşısındaki dava tarihi itibarıyla değer artışının tespit edilmesi, böylece belirlenecek iki değer arasındaki farklılık miktarı, sözleşmedeki özel hükümler, kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgede kira

<sup>31</sup> "Madde 296- Bağışlama sözü veren, aşağıdaki durumlarda sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir:

1. Elden bağışlanan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa.
  2. Mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse.
  3. Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaşmışsa.
- Bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar."

<sup>32</sup> Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.253.

parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticari gelişmeler gibi değişikliklerin, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışların somut olayda görülebilen objektif etkenlerle karşılaştırılıp, değerlendirilmesi, sonuçta işlem temelini çöktüğü, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derecede davacı aleyhine bozulduğunun benimsenmesi halinde, kiracının ne miktar kira parasından sorumlu olacağına belirlenmesi, böylece sözleşmedeki kira parasını, tarafların amacına uygun objektif iyi niyet, hak ve nezafet ( TMK Md 4,2/1 ) kurallarının elverdiği ölçü ve düzeyde yine yabancı para olarak uyarlanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>33</sup>

### 3. Olağanüstü Durumlarda Kira Bedelinden İndirim (TBK 363. Md.)

Ürün kirasında, sözleşmenin kurulmasından sonra, olağanüstü felaket hallerinde ya da tabiat olaylarında tarımsal tarımsal taşınmazdan ürün elde edilmesi önemli ölçüde azalmışsa, kiracıya kira bedelinden indirim yapılmasını isteme hakkı yasa ile tanınmıştır. Bu halde, sözleşmenin kurulmasından sonra, önceden tahmini mümkün olmayan koşullardaki değişiklik nedeniyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına yasa ile olanak verilmiştir.<sup>34</sup>

### 4. Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel (TBK 480. Md.)

Eser sözleşmesinin bedelinin götürü olarak (anahtar teslimi ya da sabit olarak) kararlaştırıldığı hallerde, önceden tahmini mümkün olmayan ya da tahmin edilip de taraflarca dikkate alınmayan sebepler dolayısıyla işi aynı ücrete yapmak mümkün olmazsa, yüklenici ücretin arttırılmasını ya da sözleşmenin feshini isteyebilecektir.<sup>35</sup> Götürü bedelle akdedilen eser sözleşmesinde aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlama ya da fesih talep etme hakkı yükleniciye tanınmıştır.<sup>36</sup> Eser sözleşmesinde ifanın aşırı derecede güçleşmesi, masrafların artması dışında başka bir nedenden meydana gelmiş ise de genel hüküm niteliğindeki TBK 138. madde hükmüne dayanılarak uyarlama talep edilecektir.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 29.5.2003 tarihli ve 2003/3007 Esas ve 2003/7017 Karar sayılı ilamı (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.05.2013)

<sup>34</sup> Kılıçoğlu Ahmet, age, s.253.

<sup>35</sup> Kılıçoğlu Ahmet, age, s.253.

<sup>36</sup> Kılıçoğlu Ahmet, age, s.253.

<sup>37</sup> Baysal Başak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2011, C. LXIX,

TBK'nın 480. madde 3. fıkrası uyarınca götürü bedelin belirlenmesinden sonra eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür. Doktrinde bir görüşe göre sözleşmenin kurulmasından sonra değişen durumlar sonucu belirlenen götürü bedel harcanan emek ve masraftan çok daha yüksek kalmışsa, TBK 480/3 maddesinde yer alan düzenleme uyarılama talebine engel görülmemeli, iş sahibi genel hüküm niteliğinde olan TBK 138. maddeye dayanabilmelidir.<sup>38</sup>

### III. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASININ UNSURLARI

#### A. Kanunda ve Sözleşmede Değişen Koşullara İlişkin Herhangi Bir Hükümün Bulunmaması

Sözleşme ya da kanunda uyarlamaya ilişkin herhangi bir kural ya da koşul bulunmadığı takdirde, sözleşmede uyarılama boşluğundan söz edilir ve hakim uyuşmazlık halinde bu boşluğu doldurmak ve bu yolla sözleşmeyi değişen şartlara kendi koyduğu hukuk kurallarıyla uyarlamak zorundadır. Bu tür uyarlamaya sözleşmenin değişen şartlara hakim tarafından uyarlanması (yargısal uyarılama) denir.<sup>39</sup>

Uyarılama boşluğu durumunda hakim, TMK'nın 1. maddesi 2. fıkrasında yer alan düzenlemeden<sup>40</sup> kaynaklanan yetkisi<sup>41</sup> ile TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı kapsamında tarafların farazi iradelerini tespit ederek, bu tespiti göre sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamalı, somut olayı çözümlemelidir.<sup>42</sup> Doktrinde bir kısım yazarlar, tarafların gerçek iradeleri olmasa bile varsayıma dayalı iradelerinin ne yönde olduğuna ilişkin sözleşmede bir destek noktası yoksa, farazi iradenin tespitinin mümkün olmayacağını bu nedenle yapılan yorumun tarafların farazi iradeleri değil, bizzat hakimin farazi iradesi olacağını belirtmekte ve bu nedenle hakimin, dürüst, ortalama, ma-

S.1 - 2, s. 481. (Kısaltma; "TBK 480. md Değerlendirmesi")

<sup>38</sup> Baysal Başak, "TBK 480. md Değerlendirmesi", s. 482.

<sup>39</sup> Eren Fikret, age, s. 483-485.

<sup>40</sup> TMK ½ md: "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir."

<sup>41</sup> Topuz Seçkin, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 322.

<sup>42</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s. 156., EREN, F. ; age, s.485.

kul kişilerin benzer durumlarda alışılmış objektif değer ölçüsüne göre neyi kararlaştıracakları düşünülüyor ise sözleşmedeki boşluğun buna göre doldurularak uyarılmanın yapılması gerektiği savunulmaktadır.<sup>43</sup> Hakim uyarılma iradesini tespit ederken öncelikle tarafların açıkça ve mutabık olarak oluşturdukları gerçek iradelerini bulmaya çalışır, iradeler belirlenmiyor ya da net değilse, artık tarafların farazi iradelerinin tespiti yolu seçilmelidir.<sup>44</sup>

Hakimin dürüstlük ilkesine göre tarafların ortak menfaati neyi gerektiriyorsa onu dikkate alarak sözleşme boşluğunu tamamlaması gerekir. Hakim tarafların edim yükümlülüklerinin artırılması veya azaltılması veya sözleşmeden dönme ve fesih hakkı tanımak suretiyle sözleşme boşluklarını doldurmalıdır.<sup>45</sup>

Yargıtay 2012 tarihli bir kararında sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması için sözleşmede ve yasada uyarlamaya ilişkin hüküm bulunmamasının esas olmasını kabul etmekle beraber, bazen sözleşmede olumlu ya da olumsuz intibak kaydı bulunsa da, bu kayda dayanarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasının talep edilmesinin Medeni Kanun 2/2 maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebileceğini, bu nedenle edimler arası aşırı dengesizlik varsa intibak kaydına rağmen uyarılma yapılabileceğini kabul etmektedir.<sup>46</sup>

## **B. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Meydana Gelen Öngörülemeyen ve Öngörülmesi de Beklenemeyen Olağanüstü Bir Durum Değişikliğinin Varlığı**

Sözleşme koşullarında meydana gelen değişiklik öngörülemez olmalıdır. (Savaş, ekonomik kriz, devalüasyon, tabii afetler, ithal ve ihraç konusunda getirilen yasak ve tahditler, para değerinin önemli

<sup>43</sup> Topuz Seçkin, age, s. 323-324.

<sup>44</sup> Arat Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 40. ; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 25/04/2011 tarihli, 2011/5539 E., 2011/6984 K. sayılı ilamı. (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 02/04/2013)

<sup>45</sup> Topuz Seçkin, age, s. 322. ; Baygın, Cem. : "Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların Ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik Ve Değişiklikler", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2010, C. XIV, S. 3-4, s. 143.

<sup>46</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 30/05/2012 tarihli ve 2012/8973 E., 2012/8973 K. sayılı ilamı. (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 02/04/2013)

ölçüde düşmesi, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler vb.)<sup>47</sup> Uyarlamayı doğuran koşullar, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmiş olmalı ve hakimden uyarlamayı talep eden tarafın, sözleşmenin yapıldığı sırada gerçekleşen olayları öngörememiş ya da öngörülmesinin borçludan beklenemeyecek olması gerekir.

Hakim nelerin beklenebilir olup olmadığını değerlendirirken ve sözleşmede yer alan boşluğun nasıl doldurulacağına karar verirken, somut olayın tüm özellikleri ve tarafların menfaatleri dikkate alınmalıdır.<sup>48</sup>

Yargıtay öngörülemezlikle ilgili olarak 2005 yılında vermiş olduğu kararında, ülkemizde ekonomik krizlerin sıklıkla seyrettiğini ve dövizle borçlanan kişinin bu hususu öngörebilecek durumda olduğunu ifade etmiştir.<sup>49</sup> Yargıtay başka bir kararında ise davacının tacir olduğu bu sebeple "basiretli bir tacir gibi davranma" yükümlülüğü gereğince uyarlamanın şartlarından olan öngörülemezlik unsurunun gerçekleşmediğini belirtmiştir.<sup>50</sup> Yargıtay'ın bu tutumu soyut bir değerlendirme yapılıyor olması, sözleşme tarafının öznel özelliklerinin dikkate alınmaması sebebiyle eleştirilmektedir. Kişinin sadece tacir olması nedeniyle uyarlama talebinin reddedilmemesinin gerektiği, somut olay bakımından o durumdaki başka bir tacirin de durum değişikliğini öngöremeyeceği sonucuna varılıyor ise sözleşmenin tarafının tacir olma-

<sup>47</sup> Oğuzman Kemal / Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2013, s. 206.

<sup>48</sup> Topuz Seçkin, age, s. 323.

<sup>49</sup> Yargıtay 13. H. D. 09.06.2005 tarihli, 2005/1874 E., 2005/9749 K sayılı ilamı (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 02/04/2013)

<sup>50</sup> Yargıtay 11. H. D. 17/11/2003 tarihli, 2003/3979 E., 2003/10988 K. Sayılı ilamı. "Davacı tacirin ekonomik kriz işaretlerinin ortaya çıktığı bir dönemde yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması nedeniyle basiretli bir tacir gibi davranmadığı sonucuna varılmalıdır. TTK.nun 18/1. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasa'nın 20/II. maddesine göre de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte, sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Dolayısıyla ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan taraflarca tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır." (www.kazanci.com )

sının öngörülemezlik şartının eksikliğinin kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>51</sup>

Öngörülemezlik unsuru aranırken, yapılacak soyut değerlendirmede öznel özelliklerin ve durumun gereklerinin yardımcı ölçütler olarak dikkate alınması gerekir. Aynı durumda nasıl davranacağına bakılan makul kişinin özellikleri, somut uyuşmazlıkta uyarılama isteyen kişinin özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir.<sup>52</sup>

Öngörülemezlik değerlendirmesi yapılırken, sözleşmenin kurulması anındaki koşullar dikkate alınarak, durumun öngörülemezliği değil, değişen durumun sözleşmeye etkisinin öngörülemezliğini aramak gerekir.<sup>53</sup>

Ayrıca gerçekleşen öngörülemez durumun olağanüstü olması gerekmektedir. Yargıtay birçok kararında sözleşmenin değişikliği için olağanüstü koşulların varlığını aramaktadır.<sup>54</sup> Bu olağanüstü değişiklik toplumun tamamı için olağanüstü nitelik taşıyabilir, değerlendirme yapılırken taraflar için olağanüstü bir değişiklik olup olmadığı dikkate alınmalıdır.<sup>55</sup> Durumun olağanüstü olduğunun kabulü için toplumsal felaket niteliğinde olmaması, “iş hayatının görüşleri ve dürüstlük kuralı açısından” işlem temelinin çökmesine yol açabilecek önem ve ağırlıkta bir olayın varlığı yeterli sayılmalıdır.<sup>56</sup>

### **C. Uyarılama İsteyen Tarafın (Borçlunun) Kusurunun Bulunmaması (Durumun Borçludan Kaynaklanmamış Olması)**

Uyarılama talep eden tarafın (kanunda yer alan düzenleme ile borçlunun), koşulların değişmesinde kusurunun bulunmaması gerekir. Yeni düzenleme “kusur” ifadesine doğrudan madde metninde yer verilmediğinden “isnat edilebilirlik” in varlığı yeterli sayılacaktır.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> Baysal Başak, agm, s.126.

<sup>52</sup> Baysal Başak, agm, s. 127.

<sup>53</sup> Baysal Başak, “Aşırı İfa Güçlüğü”, s. 128.

<sup>54</sup> Yar. Hukuk Genel Kurulu, 07/05/2003 tarihli, 2003/13-332 Esas, 2003/340 Karar sayılı ilamı (www.kazanci.com Erişim Tarihi; 02/04/2013)

<sup>55</sup> Baysal Başak, “Aşırı İfa Güçlüğü”, s. 129.

<sup>56</sup> Kocayusufpaşaoğlu Necip, agm, s. 513. ; Yılmaz, Süleyman; “Dövizle Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılama Sorunu Ve Yargıtay’ın Bakışı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2010, 59 (1), s.139.

<sup>57</sup> Baysal B, “Aşırı İfa Güçlüğü”, s.130.

Yasa metni düzenlemesi sadece “borçlu” ifadesini içermesi sebebiyle eleştirilmektedir. Hükmün bu düzenlemesi nedeniyle alacaklının sözleşmenin uyarlanmasını isteyemeyeceği gibi yanlış bir yorum çıkarılabilir. Ancak yasa düzenlemesinin Yargıtay’ın bugüne kadar yapmış olduğu uygulamaların gerisine gittiği düşünülmemelidir. Çünkü yasa koyucu TBK 344. madde hükmü ile TBK 138. maddeye açıkça atıf yapmıştır. TBK 344. madde ise hem kiracı hem de kiraya veren açısından düzenlenmiş bir maddedir.<sup>58</sup> Dolayısıyla TBK 138. maddede yer alan düzenlemeyi sadece bir ifade zaafiyeti olarak görmeli ve alacaklının, başka bir ifade ile mağdur tarafın uyarılama talep edebileceğinin kabulü gerekir.<sup>59</sup>

Sözleşmenin tarafı temerrüt halinde ise uyarılama talep edemeyecektir. Ancak temerrüde düşmede kusuru bulunmayan taraf uyarılama talep edebilecektir.<sup>60</sup>

#### **D. Tarafların Yüklendikleri Edimler Arasındaki Dengenin Dürüstlük Kuralına Aykırı Şekilde (Borçlu Aleyhine) Aşırı Ölçüde Bozulmuş Olması**

Sonradan meydana gelen ve sözleşmenin koşullarında değişiklik yaratan olay, edimler arası eşitlik ve dengeyi önemli ölçüde bozmuş

<sup>58</sup> TBK 344. md.; “Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır.

Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir.

Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir.

Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı İfa Güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır.”

<sup>59</sup> Baysal, Başak : “Aşırı İfa Güçlüğü”, s.132.

<sup>60</sup> Baysal, Başak : “Aşırı İfa Güçlüğü”, s. 133.

olmalı ve edimler arasında objektif yönden ağır bir oransızlık meydana gelmiş olmalıdır. Edimler arası denge, başka bir ifade ile işlem temeli önemli ölçüde bozulmamış olmakla birlikte, borçlu yönünden gerçekleşen aşırı ifa güçlüğü de ayrıca bir uyarlama nedeni oluşturmaktadır. Edimler arası denge önemli ölçüde değişmemiş veya ifa güçlüğü aşırı derecede ağırlaşmamış ise hakimin sözleşmeyi uyarlaması mümkün olmayacaktır.<sup>61</sup>

TBK 138. maddenin düzenlemesinde “sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguların, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değişmiş olması” ifadesi kullanılmaktadır. TBK 138. md’ de yer alan bu düzenleme ifanın beklenemezliği şartı olarak nitelenmektedir. Sözleşmenin uyarlanabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri nedeniyle ifanın sözleşmenin bir tarafı için, dürüstlük kuralı kapsamında beklemeye hale gelmiş olması gerekir. Mağdur tarafın ifayı gerçekleştirmesinin kendisinden beklenememesinin dereceleri TBK 138. maddenin uygulaması açısından önemlidir. Çünkü sözleşmenin uyarlanarak dahi ifası beklenemiyor ise TBK 138. maddede yer alan “... borçlu hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.” düzenlemesi kapsamında sözleşme sona erdirilecektir. Yargıtay “sözleşmenin ifasının çekilmez hale gelmesi” ifadesiyle kararlarında bu şarta yer vermektedir.<sup>62</sup>

### **E. Edimin Henüz İfa Edilmemiş veya İfanın Aşırı Ölçüde Güçleşmesinden Doğan Haklar Saklı Tutularak İfa Edilmiş Olması**

Yasa düzenlemesi yapılmadan önce de işlem temelinin çökmüş sayılabilmesi ve sözleşmenin uyarlanabilmesi konusunda öğretide baskın görüş, edimin henüz ifa edilmemiş olması gerektiği şeklindeydi. Zira edimin ifası zaten ortada bir güçlük olmadığının göstergesi olarak nitelenmektedir.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Eren Fikret, age, s.486.

<sup>62</sup> Baysal Başak, “Aşırı İfa Güçlüğü”, s.133-134.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 26/09/2007 tarihli, 2007/11-612 Esas, 2007/612 Karar sayılı ilamı. (www.kazanci.com Erişim Tarihi 02/04/2013.)

<sup>63</sup> Eren, Fikret : age, s.486, KAPLAN, İ. ; Hakimin Müdahalesi, s.152, ARAT, A. ;



Ancak bazı yazarlar ise borcun ifa edilmiş olmasını ifanın güçleşmediğinin göstergesi saymamaktadır. Bu durumun anlaşılabilmesi için alacaklının da uyarılama talep edebileceği hallerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiş ve kira sözleşmelerinde kiralayanın kira bedelinin uyarlanmasını talep ederken edimini de ifaya, kiralananı kullanılmaya devam edeceği örnek olarak verilmiştir. Değişen koşullar sonucu ifa, somut ilişki ve taraflar bakımından ölçüsüz bir fedakarlık gerektiriyorsa, sözleşmenin ifa edilmiş olması sözleşmenin uyarlamasına engel görülmemelidir. Yazar, işlem temelinin çökmesinde tek geçerli ölçütün mağdur tarafından uyarlanmamış edimin ifasının hangi andan itibaren beklenemez olduğunun tespit edilmesi gerektiği, mağdur olduğunu iddia eden tarafın işlem temelinin çöktüğünü bildiği halde edimini ifa etmiş ise artık ifanın kendinden beklenemez olduğunu iddia edemeyeceğini, çünkü ifa ile güven ilişkisini oluşturduğu yönünde görüş bildirmiştir. Alman Hukukunda da işlem benzer şekilde kabul görmektedir.<sup>64</sup> Yazar, ihtirazi kayıt ile edimin ifa edilmesi hususunda ise, uyarılamanın şartlarının değerlendirilmesinin zorluğuna ayrıca ihtirazi kayıttan bulunup bulunmadığı değerlendirilmesinin eklenmesinin uygulamanın işini güçleştireceğini ifade etmiştir.<sup>65</sup>

Yargıtay, 2012 tarihli dövizle borçlanma sözleşmesinin uyarlamasına ilişkin davanın temyizi sonucu vermiş olduğu bir kararında, davanın kredi geri ödemesinin başladığı tarihten iki yıl sonra açılmış olduğunu, bu durumda davacının sözleşmeyi benimsediğinin kabulü gerektiğinden davanın reddi gerektiği gerekçesi ile yerel mahkemenin uyarlamaya ilişkin kararını bozmuştur.<sup>66</sup>

## F. Uygun İlliyet Bağı

Uygun illiyet bağı her hukuki ilişkide aranan bir ölçüttür. Edimin ifa edilmesinin aşırı derecede güçleşmesinin nedeni, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen öngörülemeyen değişiklik olmalıdır. Bu

age, s. 123, Burcuoğlu, Haluk ; "Hukukta Uyarılama, Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizle Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarılama" İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 1996, C. 20, s. 59-91, s.79.

<sup>64</sup> Baysal Başak, "Aşırı İfa Güçlüğü", s. 113-114.

<sup>65</sup> Baysal Başak, "Aşırı İfa Güçlüğü", s.135-136.

<sup>66</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 26/09/2012 tarihli, 2012/3259 E, 2012/21304 sayılı ilamı, (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 02.04.2013)

şekilde bir illiyet bağının varlığı halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının mümkün olduğu kabul edilecektir.

Bu şartların varlığı halinde hakimden sözleşmenin uyarlanması istenebilecek, bu mümkün değilse de sözleşmeden dönme, sözleşmenin feshi hakkı kullanılarak sözleşme sona erdirilebilecektir.<sup>67</sup>

#### IV. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASINDA HÂKİMİN GÖZÖNÜNDE TUTMASI GEREKEN ESASLAR

##### A. Kararın Yedek Çözüm Niteliğinde Olması

Doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği olması gereken, değişen hal ve şartların sözleşmeye olan etkisini tarafların karşılıklı olarak anlaşma sağlayarak çözmeleridir. Hakimin uyarlama yoluyla uyumsuzluğu çözümlenmesi taraflar anlaşamadıkları takdirde devreye girecek bir yedek, yardımcı çözüm olmalıdır.<sup>68</sup>

Hakim sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması talebi halinde, öncelikle sözleşmede ve kanunda bu konuda olumlu ya da olumsuz bir kayıt olup olmadığını araştırmalı, sözleşme ve kanunda hüküm yoksa ancak o zaman uyarlamanın gerekip gerekmediğini değerlendirmeye geçmelidir. Başka bir ifade ile hakimin sözleşmeyi uyarlaması sözleşmede ve kanunda bu konuda bir düzenleme olmaması şartına bağlıdır. Bu nedenle hakimin sözleşmeye müdahalesi ikincil-yedek çözüm olarak nitelenmektedir.<sup>69</sup>

##### B. Kararın Sözleşmedeki Boşluğu Dolduracak Nitelikte Olması

Hakimin vereceği karar uyarlama talep edilen sözleşmeye yönelik olmalı, sadece uyumsuzluk konusu sözleşme ile bağlantılı hususlar dikkate alınarak tesis edilmiş olmalıdır.<sup>70</sup> Hakim sözleşmeyi uyarlar-ken varolan sözleşmenin özünden uzaklaşmamalıdır.

##### C. Tarafların Farazi İradelerinin Esas Alınması

Hakim, farazi iradeyi, taraflar sözleşmede boşluk oluşan hususu sözleşme kurulurken farketmiş olsalardı nasıl bir düzenleme yapar-

<sup>67</sup> Havutçu Ayşe, agm, s, 336.

<sup>68</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s.156.

<sup>69</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s. 145.

<sup>70</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s. 156.

lardı sisteminde inceleyerek tespit edecektir. Hakim burada, tarafların gerçekten ne isteyeceklerini ölçü olarak almayacak, doğru ve makul düşünen kişilerin ne amaçlamış olabileceğinin dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirmesini yapacaktır.<sup>71</sup>

#### **D. Kararın Hakkaniyet Esasına Göre Verilmesi**

Hakimin uyarlamadaki dayanağı dürüstlük kuralıdır. Dolayısıyla hakim tarafların iradesi gibi sübjektif bir ölçüye değil, hakkaniyet gibi objektif bir ölçüye dayanmalıdır. Başka bir ifade ile hakim tarafların menfaatini ve diğer her türlü hal ve şartı dikkate alarak kararını tesis etmelidir, taraflardan birinin katlanmak zorunda olduğu fedekarlığı, taraflar arasında adil olarak paylaşmalıdır.<sup>72</sup>

#### **E. Örf ve Adetin Dikkate Alınması**

Kanunda yer alan uyarlayıcı normlar (TBK 138. md, 480. md) yanında istisnai bazı örf ve adet kuralları da bulunabilir. Bu durumda hakim bu normlarla bağdaştığı ölçüde uyarlama boşluğunu doldururken bu kurallardan yararlanır.<sup>73</sup> Hakim uyarlama yaparken sözleşmenin içeriği ile uyumlu olan örf ve adet kurallarını dikkate alacaktır.

#### **F. Kıyas Yoluna Başvurabilmesi**

Hakim belirli durumlarda intibak kaydı boşluğunu doldurmak için genel, soyut nitelikte kural yaratırken, kanunun olumlu, olumsuz intibak öngören hükümlerini kıyas yoluyla uygulamalıdır.<sup>74</sup>

### **V. HAKİM TARAFINDAN YAPILAN UYARLAMANIN SONUÇLARI**

#### **A. Sözleşmenin Uyarlanması**

Kanunda yapılan düzenleme ile sözleşmenin ifasının aşırı ölçüde güçleşmesi halinde borçluya sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını

<sup>71</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s. 157.

<sup>72</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s.157.

<sup>73</sup> Eren Fikret, age, s.484.

<sup>74</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s.157.

ya da sözleşmeden dönmeyi talep hakkı tanınmıştır. Borçluya tanınan bu hakkın seçimlik bir hak olmadığı, çünkü TBK'nın 138. maddesinde açıkça "*hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir*" düzenlemesine yer verildiği belirtilmektedir. Maddede yer alan bu ifade, somut olayda aşırı ifa güçlüğü'nün koşullarının bulunmasına rağmen, sözleşmenin uyarlanmasının yararlar dengesine uygun olmaması, başka haksızlıklara yol açması olarak yorumlanmalıdır. Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması, alacaklının hiç düşünmediği yeni mali yükler ya da sürelere yol açacaksa, alacaklının sözleşmenin kurulması sırasında bunu biliyor olması halinde sözleşmeyi akdetmeyeceği varsayılan hallerde uyarlama yerine sözleşmeden dönmeye karar verilmelidir.<sup>75</sup>

Doktrine göre, aşırı ifa güçlüğüne düşen taraf, kural olarak hakimden sadece sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını istemeli, doğrudan sözleşmeden dönmeyi talep etmemelidir. Ancak somut olayda sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı gösteren haklı nedenler varsa ancak o zaman sözleşmeden dönülebilecektir. Fakat hakimin sözleşmeden dönmeye karar verebilmesi için davacının böyle bir talebinin bulunması şarttır. Davacı talebinde uyarlamanın mümkün olmaması halinde dönme hakkını kullanmak istediğini belirtmemişse ya da doğrudan ve sadece dönme hakkını kullanmayı talep etmiş, ancak hakim yaptığı incelemede uyarlamanın mümkün olduğunu görmüş ise talebi aşarak kendiliğinden diğer hakkı uygulayamaz, davayı reddetmesi gerekir. Ancak bu red, şartlar devam ettikçe reddedilen davada öne sürülmeyen uyarlama ve sözleşmeden dönme talebi ile yeni bir dava açılması engellemez.<sup>76</sup>

Hakim uyarlama miktarı ve yöntemini belirlemede serbesttir, davacının talep ettiği uyarlama tarzından farklı bir uyarlama yapmaya yetkilidir. Burada sınırı belirleyen hakimin taraflar arasındaki çıkar dengesine hakkaniyet ölçüsünde en uygun olan uyarlama yöntemini seçmesidir.<sup>77</sup> Hakim sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına karar verirse, sözleşmenin her iki tarafının menfaatini de göz önünde bulundurarak, sözleşmenin amaç ve anlamına en uygun düşen uyar-

<sup>75</sup> Kılıçoğlu Ahmet, age, s.259.

<sup>76</sup> Oğuzman Kemal/Öz Turgut, age, s. 207.

<sup>77</sup> Oğuzman Kemal /Öz Turgut, age, s. 208.

lamayı yapmalıdır.<sup>78</sup> Uyarlama sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi şeklinde olur. Örnekleme gerekir ise taksitli ödeme, kısmi ödeme, faizin indirilmesi, kaldırılması, ifa yeri ve zamanının değiştirilmesi, sözleşme süresinin uzatılması ya da kısaltılması sayılabilir.<sup>79</sup> Hakim sözleşmenin her iki tarafının menfaatini de göz önünde bulundurarak hakkaniyet ölçüsünde bir uyarlama yapacağından örneğin davacının talebi bedel indirimi ise de bunun yerine taksitlendirme yöntemi ile uyarlamaya karar verebilecektir.<sup>80</sup>

Uyarlama kanunen değil, hakim kararlarıyla gerçekleşeceği için açıklayıcı değil, inşai (yenilik doğuran, kurucu hak) nitelikte bir karardır.<sup>81</sup> Doktrinde bir diğer görüş ise, sözleşmenin uyarlanmasını isteyen tarafın bunu karşı taraftan talep etmesi, hakim kararını gerektirmeyen inşai bir hak olduğundan, uyuşmazlık durumunda hakim sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararının inşai nitelikte değil, açıklayıcı nitelikte bir karar olduğu yönündedir.<sup>82</sup> Uyarlama hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu, bu hakkın dava yoluyla kullanılmasına gerek olmadığı ve hakim takdir yetkisine dayalı olarak onun hükmüyle sonuç doğuran bir hak olmadığı, uyarlama hakkının dava yoluyla kullanılması halinde ise bu davanın HMK'nın 108. maddesi anlamında ileriye etkili inşai bir dava olmayıp hakim vereceği kararın tespit hükmünden ibaret olduğu belirtilmektedir.<sup>83</sup> Baysal aynı görüşle, TBK 138. maddesinde açıkça "hakimin takdir hakkı"ndan bahsedilmediği, TBK'nın 480. maddesinin gerekçesini belirterek ve sözleşmeden dönme gibi ağır bir sonucun hâkime gitmeden, uyarlama gibi daha hafif bir sonucun hâkime gidilerek tesis edilmesinin tezat oluşturduğunu belirterek TBK 138. maddenin uygulanması için mutlaka hakime gidilmesi gerekmediğini ifade etmektedir.<sup>84</sup> Nomer de bu yöndeki görüşüne aynı şekilde TBK 480. maddenin gerekçesini dayanak yapmaktadır.<sup>85</sup> TBK 138. madde ile TBK 480.

<sup>78</sup> Eren Fikret, age, s. 486.

<sup>79</sup> Arat Ayşe, age, s. 193.

<sup>80</sup> OğuzmanKemal/Öz Turgut, age, s. 207.

<sup>81</sup> Topuz Seçkin, age, s.326-327., Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s. 23.

<sup>82</sup> Buz Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 84.

<sup>83</sup> Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2012, s.246-247.

<sup>84</sup> Baysal Başak, "TBK 480. md Değerlendirmesi", s.483. ; Baysal, Başak: "Aşırı İfa Güçlüğü", s.139.

<sup>85</sup> TBK 480. Madde Gerekçesi: "...818 sayılı Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak Tasarıda yükleniciye tanınan uyarlama hakkı

madde<sup>86</sup> ve gerekçesinin birlikte değerlendirilmesi sonucu uyarlama hakkının mahkeme önünde kullanılması gerekmeyen yenilik doğuran bir hak olduğunu belirtmektedir.<sup>87</sup> Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre uyarlama hakkı mutlaka mahkemeye başvuru, dava açılarak kullanılmalıdır. Böylece en baştan hakimin denetimi sağlanmış olur.<sup>88</sup> Kaplan hakim tarafından sözleşmeye konu edimin kapsamının daraltılması, yükseltilmesi yoluyla sözleşmenin uyarlamasına karar verilebileceği için, uyarlama tarzına göre somut olayda verilecek hakim kararının, ifa hükmü, tespit hükmü veya inşai hüküm olarak nitelenebileceğini belirtmektedir.<sup>89</sup> Kanımızca uyarlama hakkı ancak mahkemeye müracaat sonucu, başka bir ifade ile hakim kararı ile kullanılacağından hakimin kararı her durumda inşai, nitelikte, yenilik doğuran bir karardır.

Sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması edimin arttırılması ya da eksiltilmesi, sürenin uzatılması ya da kısaltılmasına ilişkin uyarlama olumlu uyarlama olarak da isimlendirilmektedir.<sup>90</sup>

## B. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Sözleşmenin sona erdirilmesi de bir tür uyarlamadır. Uzun süreli sözleşmelerde yerine getirilmiş edimlerin sonucu bakımından ileriye etkili (fesih), kısa süreli sözleşmelerde ise geriye etkili sona erme (dön-

---

çerçevesinde hakimin takdir yetkisinden söz edilmek yerine, bu hakkın mutlaka dava yoluyla kullanılması zorunlu olmayan yenilik doğurucu haklar içerdiği göz önünde tutularak, yüklenicinin hangi seçimli haklarını ve hangi sıraya uyararak kullanabileceği belirtilmiştir. Buna göre yüklenici, fıkra da öngörülen koşullar gerçekleşmişse, önce sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkını kullanabilecektir. Yüklenici aynı fıkra da kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkını ise, ancak şu koşullardan biri gerçekleşirse kullanabilecektir:....”

<sup>86</sup> TBK 480. Madde : “Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez. Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir. Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.”

<sup>87</sup> Baysal Başak, “İfa Güçlüğü”, s.139. ; Nomer, H. ; age, s.247.

<sup>88</sup> Oğuzman Kemal/Öz Turgut, age, s. 207.

<sup>89</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s.154.

<sup>90</sup> Eren Fikret, age, 486.

me) daha adil olarak nitelenmektedir. TBK 138. madde uyarılmanın mümkün olmadığı halde sözleşmeden dönmeyi borçlunun talebine bağlamıştır. Bunun sonucu borçlu sadece uyarılama talep etmiş ise ve bunun koşulları yoksa hakim sözleşmeden dönmeye karar veremeyecektir.<sup>91</sup> Hakimin sözleşmeyi uyarılmasında ve hukuk yargılamasında tarafların iradesi önemli olduğundan, taraflar uyarılama istiyor ise sözleşmenin sona erdirilmesine karar vermemek gerekmektedir. Taraflardan biri uyarılama isterken diğer taraf sözleşmenin sona erdirilmesini istiyor ise hakim sözleşmenin ayakta tutulması esas çerçevesinde öncelikle sözleşmeyi uyarılmaya çalışır.<sup>92</sup> Ancak sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmiş ise hakim sözleşme içeriğinin değiştirilmesi yoluyla uyarılama yapamayacaktır. Aynı şekilde taraflar sözleşmenin sürdürülmesini istiyor ise hakim sözleşmenin sona erdirilmesi yoluyla uyarılmaya karar veremeyecektir. Hakim tarafların talepleriyle bağlı olacaktır. Bu nedenle sözleşmenin değişen şartlara uyarılmasını talep eden davacı tarafın hukuki taleplerini, esas talep ve muhtemel talep şeklinde beyan etmesi yerinde olacaktır.<sup>93</sup>

Sözleşmeden dönme, sözleşmenin uyarılmasının en ağır şekli olup, sıfıra uyarılama olarak nitelenmektedir. Bu durumda henüz ifa edilmemiş asli ve yan edim yükümlülükleri sona erer ve yerine getirilmiş edimler ise geri istenecektir.<sup>94</sup>

Sözleşmenin feshinde ise, fesih anına kadar olan borçlar fesihden etkilenmeyecek, başka bir ifade ile fesih hakkının kullanılmasından önceki dönemde tarafların yerine getirdikleri edimlerin iadesi gerekmeyecek, fesihden sonra borç ilişkisi ortadan kalkacaktır.<sup>95</sup> İade talebi ancak fesihden sonra yerine getirilmiş bir edim varsa mümkün olacaktır.<sup>96</sup>

Hakimin sözleşmenin vaktinden önce feshine ya da uyarılama talebinin reddi ile aynen muhafazana ilişkin kararı olumsuz uyarılama olarak isimlendirilmektedir.<sup>97</sup>

<sup>91</sup> Kılıçoğlu Ahmet, age, s.259.

<sup>92</sup> Arat Ayşe, age, s.194-195., Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarılması, s. 259-260.

<sup>93</sup> Kaplan İbrahim, Hakimin Müdahalesi, s.155.

<sup>94</sup> Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarılması, s. 258.

<sup>95</sup> Buz Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Baskı, Ankara 1998, s.82.

<sup>96</sup> Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarılması, s.260.

<sup>97</sup> Eren F.,age, s.486.

TBK 138. madde ifadesi, borçlunun aşırı ifa güçlüğü sebebiyle mahkemeye başvurmadan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi şeklinde yorumlanabilecek ise de dönme hakkının da mahkeme kanalıyla kullanılması yerinde olacaktır. Zira dönme hakkının kullanılması sonucu karşı tarafın uyuşmazlığı mahkemeye taşınması durumunda, hakimin somut olayda uyarılmanın mümkün olduğunu tespit etmesi durumunda dönme geçersiz sayılacaktır.<sup>98</sup>

### C. Tazminat

Sözleşmenin sona erdirilmesi ağır bir tedbir olduğundan, şartların değişmesinden kaynaklanan riskin dengeli bir şekilde paylaşılması amacıyla tazminata hükmedilebilmektedir. Kural olarak bir tazminatın doğabilmesi için tazminat borçlusunun kusurlu olması gerekir. Bu nedenle şartların değişmesi sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesinde doğan ödeme yükümü tazminattan ziyade, denkleştirme olarak adlandırılmaktadır. Sözleşme, tarafların kusuru nedeniyle değil, kendi iradeleri dışında meydana gelen bir olay nedeniyle kararlaştırıldığı gibi ifa edilememektedir. Sözleşme adaletini koruyabilmek amacıyla yapılan sona erdirmeye, yine aynı sebeple bir ödeme (denkleştirme) yükümü doğurmaktadır.<sup>99</sup>

Bazı yazarlar da tazminat kavramı yerine, menfaatler dengesinin sağlanmasını amaçlayan hakkaniyet bedelinden bahsetmektedir. Sözleşmenin feshi ve sözleşmeden dönme halinde karşı tarafın da çıkarları dikkate alınarak borçtan kurtulan tarafın belirli bir miktar ödemesi kararlaştırılabilir.<sup>100</sup> Bazı yazarlar ise bu tazminatı "risk paylaşım bedeli"<sup>101</sup> olarak ifade etmektedir.

Her olay kendi şartları içinde değerlendirilir ve her olayda tazminata hükmetmek gerekemeyebilir. Tazminata hükmedilmesi halinde söz konusu tazminat, alacaklının sözleşmenin ifasına yönelik olarak yaptığı masrafları karşılamalıdır. Örnek olarak yatırılan vergi ve harçlar, yapılan sözleşmenin yerine getirilmesine yönelik başkalarıyla yapılan sözleşmenin masrafları, hazırlıklar çerçevesinde alet ve işçi alı-

<sup>98</sup> Oğuzman Kemal/Öz Turgut, age, s. 207.

<sup>99</sup> Arat Ayşe, age, s.195.

<sup>100</sup> Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 264.

<sup>101</sup> Serozan Rona, "İfa Engelleri", s.267.



mı, proje yaptırılması verilmektedir. Ancak borçlunun yaptığı masraflar da hesaplamada dikkate alınır.<sup>102</sup>

## VI. SONUÇ

6098 sayılı TBK'da ifa güçlüğünün dışında olan işlem temelinin çökmesi hallerine yer verilmemiştir. Adalet Komisyonu Raporunda Türk Borçlar Kanunu tasarısının aşırı ifa güçlüğü dışında kalan uyarılma sebeplerini kapsamadığı, aşırı ifa güçlüğü oluşturmada da edimler arası dengenin bozulması, sözleşme amacının bozulması gibi işlem temelinin çökmesi durumlarının düzenleme dışı bırakıldığı belirtilmektedir. Bu durumda diğer işlem temelinin çökmesi hallerinin çözümü uygulamaya bırakılmıştır.

Sözleşme ilişkisinde asıl kural sözleşmeye bağlı kalmaktır. Sözleşmenin kurulmasından sonra uyarılma ya da sözleşmeden dönme istisna olup, ancak kanunda ve sözleşmede değişen koşullara ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenemeyen olağanüstü bir durum değişikliğinin varlığı, uyarılma isteyen tarafın kusurunun bulunmaması, tarafların yüklendikleri edimler arasındaki dengenin dürüstlük kuralına aykırı şekilde borçlu aleyhine aşırı ölçüde bozulmuş olması, edimin henüz ifa edilmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklar saklı tutularak ifa edilmiş olması şartların birlikte gerçekleşmiş olması halinde mümkün olacaktır. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 138. maddesi ile belirlenen şartlar, 6098 sayılı Kanundan önce dürüstlük kuralı kapsamında aranan şartlarla aynıdır. 138. madde, doktrin görüşü ve Yargıtay İçtihatları ile şekillenmiş bir uygulamanın yasa metnine yansımış halidir.

Öncelikle sözleşmenin ayakta tutulması esas çerçevesinde hareket edilmeli, ancak bunun mümkün olmaması halinde sözleşmenin sona erdirilmesi yolu seçilmelidir. Sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda uzun süreli sözleşmelerde yerine getirilmiş edimlerin korunması bakımından fesih, kısa süreli sözleşmelerde ise sona ermenin geriye etkili sonuç doğurması için sözleşmeden dönmenin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bazı sözleşmelerde ise somut olayın değerlendirildi-

<sup>102</sup> Arat Ayşe, age, s. 196.

rilmesi sonucu adaletini koruyabilmek amacıyla yapılan sona erdirme neticesinde sözleşmenin sona erdirilmesi ile mağdur duruma düşen taraf lehine denkleştirmeye karar verilebilecektir.

TBK 138. madde kapsamında sözleşmeden dönme hakkının hakime gitmeden kullanılabilmesi sonucu çıksa da dönme hakkının mahkeme kanalıyla kullanılması önerilmelidir. Aksi halde uyuşmazlığı mahkemeye taşınması sonucu hakimin somut olayda uyarlamamanın mümkün olduğunu tespit etmesi durumunda dönme geçersiz sayılır ise temerrüt hükümleri de uygulanabilecektir.

Son olarak belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 7. maddesine göre, Türk Borçlar Kanunu'nun aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, Borçlar Kanunu'nun yasalaşp yürürlüğe girmesinden önce açılmış olup da halen devam etmekte olan davalarda da uygulanacaktır.

## KAYNAKLAR

- Arat Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara 2006.
- Baygın Cem, "Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların Ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik Ve Değişiklikler", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIV, S. 3-4, s. 120-144, Erzincan 2010.
- Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Baysal Başak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIX, S.1 - 2, s. 477-484, İstanbul 2011. (Kısaltma; "TBK 480. md Değerlendirmesi")
- Baysal Başak, "Aşırı İfa Güçlüğü", *Bilgi Üniversitesi Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, Doç Dr. Murat Inceoğlu, İstanbul 2012.
- Burcuoğlu Haluk, Hukukta Uyarlama, Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Döviz Endekli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi s. 59-91, İstanbul 1996.
- Buz Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Baskı, Ankara 1998.
- Buz Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Cashin-Ritaine, Eleanor, "Emprevizyon, Hardship Ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda Ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar", Çeviren: Başak Baysal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.63, S. 1-2, s.321-342, İstanbul 2005.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- Hannas, Rösler, "Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemez Koşullar", Çeviren: Tülay Aydın Ünver, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXVI, S.1, s. 353-364, Ankara 2008.
- Havutçu Ayşe, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 317-338. İstanbul 2011.
- Kaplan İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Baskı, Ankara 2007. (Kısaltma: Hakimin Müdahalesi)
- Kaplan, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?" Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, s.503-514, İstanbul 2000.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2012.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. İstanbul 2013.
- Serozan Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Baskı, İstanbul 2006. (Kısaltma; İfa Engelleri)

Serozan Rona, "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arasında Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi", Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 1013-1030, İstanbul 2000.

Şenyüz Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 6. Baskı, Bursa 2012.

Topuz Seçkin, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, 1. Baskı, Ankara 2009.

Ülgen Celal, "Hukukta Beklenmeyen Hal Koşulu Ve Uyarlama İstemleri", [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_50.html](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_50.html) (Erişim Tarihi; 26/03/2013) .

Yılmaz Süleyman, Döviz Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu Ve Yargıtay'ın Bakışı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59 (1), s.131-172, Ankara 2010.

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

# MİRAS SÖZLEŞMESİNDEN TEK TARAFLI DÖNME

## THE UNILATERALLY REVOCATION FROM THE CONTRACT OF SUCCESSION

ÖZ SEÇER\*

**Özet:** Ölüme bağlı tasarruf çeşitlerinden biri olan miras sözleşmesinin kural olarak taraflarca tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkün değildir. Ancak belli hallerde, taraflarca tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönülerek miras sözleşmesi ortadan kaldırılmaktadır. Miras sözleşmesi tarafları, ancak sözleşmede saklı tutarak veya kanundan kaynaklanan birtakım sebeplerin varlığı halinde yani ya mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birine dayalı olarak ya da sağ-lararası ivaz borcunun ifa edilmemesine bağlı olarak sözleşmeden dönebilmektedir. Bu çalışmanın konusunu sözleşmeden tek taraflı dönmenin yapılabilmesi için aranan şartların ve dönme halinde hangi sonuçların meydana gelebileceğinin açıklanması oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ölüme bağlı tasarruf, miras sözleşmesi, mirasçılıktan çıkarma, sağ-lararası ivaz, dönme.

**Abstract:** The termination of the contract of succession which is a kind of testamentary disposition by the parties as a rule is not possible. However, in certain cases, the contract of succession can be terminated by unilaterally revocation by the parties. The parties of the contract of succession can only revoke from a contract by reserving the right of revoke or according to some legal causes in other words either by will or withdrawal from the contract in the event failure to perform benefits inter vivos. The subject of this study is explanation of conditions of unilaterally revoking from a contract and of the legal consequences in the event of withdrawal.

**Keywords:** Testamentary disposition, the contract of succession, disinheritance, benefits inter vivos, withdrawal.

---

\* Yrd. Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

## GİRİŞ

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların<sup>1</sup> bir türü olan miras sözleşmesi, bir tarafını mirasbırakanın diğer tarafını mirasçının veya üçüncü bir kişinin teşkil ettiği, kural olarak tek taraflı dönülemeyen, iki taraflı bir hukuki işlemdir<sup>2</sup>. Miras sözleşmesinin konusunu mirasbırakanın terekesi oluşturmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda miras sözleşmeleri "olumlu miras sözleşmesi" ve "mirastan feragat sözleşmesi" olmak üzere iki türde düzenlenmiştir<sup>3</sup>.

Olumlu miras sözleşmesi, mirasbırakanın, karşı taraf veya üçüncü kişi yararına terekesine ilişkin olarak ölüme bağlı tasarruflarda bulunduğu miras sözleşmesidir<sup>4</sup>. Böyle bir sözleşmeyle, mirasbırakan, karşı tarafı veya üçüncü kişiyi mirasçı atar ya da onlar lehine belirli bir mal vasiyetinde bulunur<sup>5</sup>. Olumsuz miras sözleşmesinde (mirastan feragat sözleşmesi), bir kişi (yasal mirasçı), ileride gerçekleşmesi ihtimali bulunan (beklenen) mirasçılık hakkından mirasbırakana karşı vazgeçmektedir<sup>6</sup>.

Geçerli olarak meydana gelmiş bir miras sözleşmesinin sona ermesi, üç şekilde olabilmektedir: Miras sözleşmesinin kendiliğinden sona

<sup>1</sup> Miras sözleşmeleri ve vasiyetnameler, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları ifade etmektedir.

<sup>2</sup> Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, Konya 2002, s. 86; Alexandra Rumo-Jungo/Jörg Schmid/Bernhard Schnyder/Peter Tuor, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Auflage, Zürich 2010, s. 680; Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, İstanbul 2010, s. 173; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, İstanbul 2009, s. 149.

İsviçre'de miras sözleşmesi, eşlerin mal rejimini ve miras durumunu birlikte planlaması çerçevesinde sıklıkla kullanılmaktadır. Kimi zaman eşler, diğer aile üyelerini ve hatta üçüncü kişileri içeren düzenlemeler yapabilmektedir. Jasmin Ghandci Schmid, "Résiliation et annulation des pactes successoraux", *Trex- Der Treuhandexperte* 2005, s. 100.

<sup>3</sup> Miras sözleşmeleri aynı zamanda tek ve iki taraflı miras sözleşmeleri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Tek taraflı miras sözleşmelerinde yalnızca taraflardan biri ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadır. Diğer taraf açısından ise böyle bir durum söz konusu olmamaktadır. İki taraflı miras sözleşmesinde ise, her iki taraf da karşılıklı olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadırlar. Ayan, s. 87; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Ankara 2007, s. 122.

<sup>4</sup> Paul Piotet, *Traité de droit privé suisse Tome IV, Droit successoral*, Fribourg 1975, s. 158.

<sup>5</sup> Şakir Berki, *Miras Hukuku*, Ankara 1975, s. 83; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, Ankara 2004, s. 257; Jean Gauthier, *Le pacte successoral*, Lausanne 1955, s. 9; Ayan, s. 86.

<sup>6</sup> Hakan Albaş, "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar"; *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 9 Özel Sayı 2007, s. 535; Ayan, s. 87; Gauthier, s. 9.

ermesi, tarafların anlaşması ile sona ermesi ve son olarak sözleşmenin taraflardan birinin tek taraflı irade açıklaması ile sona ermesi<sup>7</sup> (sözleşmeden dönme)<sup>8</sup>.

Çalışmamızın konusunu miras sözleşmesinden dönme oluşturmaktadır. Çalışmanın birinci kısmında tarafların sözleşmede saklı tutarak sözleşmeden dönebilmeleri incelenmiştir. Çalışmanın ikinci kısmı ise kanundan kaynaklanan sebeplerin incelenmesine ayrılmıştır. Bu bağlamda sırasıyla mirastan çıkarma sebeplerinden birinin varlığıyla dönme ve sağlararası ivaz borcunun yerine getirilmemesi sebebiyle dönme kavramları incelenecektir.

## I. Mirasbırakanın Dönme Hakkını Saklı Tutması

İsviçre ve Türk Hukuklarında bu hususta açık bir hüküm bulunmamakla beraber, genel hükümler gereğince miras sözleşmesinde dönme hakkının saklı tutulması mümkündür<sup>9</sup>. Miras sözleşmelerinin bir türü olan feragat sözleşmelerinde mirasbırakanın dönme hakkını saklı tutması, nadiren gerçekleşmektedir. Feragat sözleşmeleri, mirasbırakanın lehine olup onun tasarruf serbestisini arttırdığı için, dönme ile mirasbırakan bu hakkını engellemektedir<sup>10</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre<sup>11</sup>, kayıtsız şartsız bir dönme hakkı, miras sözleşmelerinin bağlayıcı niteliğine aykırı düştüğünden, geçerli değildir. Mirasbırakanın sözleşmede saklı tuttuğu dönme hakkı, bir takım kayıt ve şartlara bağlı olduğu durumlarda geçerli olacak, aksi

<sup>7</sup> Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri*, İstanbul 1980, s. 205.

<sup>8</sup> Her ne kadar bazı eserlerde "miras sözleşmesinin tek taraflı olarak feshi" olarak belirtilse de, çalışmamızda daha doğru olduğunu düşündüğümüz "dönme" teriminin kullanımı tercih edilmiştir.

<sup>9</sup> Peter Tuor, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt, Die Erben (Art. 457-536 ZGB)*, Bern 1964, Art. 513 N. 3; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, Ankara 2008, s. 229; Ömer Arbek, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi*, Ankara 2007, s. 53; Ömer Çınar, "Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı ile Sona Erdirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 6 S. 12 Güz 2007/2, s. 221; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, İstanbul 2012, N. 574; Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku*, İstanbul 1972, s. 258; Gökhan Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, İstanbul 1999, s. 220; Seher Serap Dinçer, *Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009, s. 70; Piotet, *Droit successoral*, s. 240; İmre/Erman, s. 178.

<sup>10</sup> Levent Bıçakçı, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, İstanbul 1999, s. 86.

<sup>11</sup> Dural, s. 228; Gauthier, s. 89; Dural/Öz, N. 574; Dinçer, s. 70.

halde geçersiz sayılacaktır<sup>12</sup>. Örneğin bir gencin evlenmesi durumunda miras sözleşmesinden dönebileceği hususunda bir kaydı sözleşmeye koyması mümkündür<sup>13</sup>. Buna karşılık diğer bir görüş<sup>14</sup>, miras sözleşmesinden dönme hakkının saklı tutulmasının dönme hakkı mutlak olarak kararlaştırılmış olsa bile geçerli olacağını savunmaktadır.

Dönme hakkının saklı tutulduğu hallere TMK m 546/f. III'deki kanundan doğan dönme hakkına ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır<sup>15</sup>. Buna göre, mirasbırakan dönme hakkını, bir vasiyetname ile veya miras sözleşmesinin içeriğindeki bir hüküm olarak kullanabilir. Ölümüne bağlı tasarruf niteliğinde olduğu için temsil söz konusu olmaz ve dönme hakkını yalnızca ölümüne bağlı tasarrufta bulunan taraf veya iki taraflı bir miras sözleşmesi söz konusu ise her iki taraf da saklı tutulabilir<sup>16</sup>.

Mirasbırakanın ölmesi durumunda, miras sözleşmesi kesinlik kazanacağı için sözleşme ile saklı tutulan dönme hakkı da sona erer. Ayrıca saklı tutulan dönme hakkı kişiye sıkı biçimde bağlı bir hak olduğu için, hak sahibi ölünce sona ermesi ve onun mirasçılarına geçmemesi söz konusu olmaktadır. Lehine tasarruf yapılan kişinin ölümü halinde ise, miras sözleşmesi kendiliğinden sona erdiğinden dönme hakkının kullanılmasına gerek yoktur<sup>17</sup>.

## II. Kanundan Doğan Dönme Hakkı

### A. Mirasçılıktan Çıkarma Nedenlerinden Birinin Varlığı Sebebiyle Dönme

#### 1. Genel olarak

TMK m. 546/f. II'ye göre, "Miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkarsa; mirasbırakan, miras

<sup>12</sup> Bıçakçı, s. 86.

<sup>13</sup> Gauthier, s. 89.

<sup>14</sup> Antalya, Miras Hukuku, s. 169.

<sup>15</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: A 2 c.

<sup>16</sup> Dural, s. 229.

<sup>17</sup> Dural, s. 230.



sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldıracaktır". Bu hükme göre, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinden birinin varlığı halinde, miras sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirecek, diğer bir deyişle miras sözleşmesinden dönebilecek olan kişi mirasbırakandır. Diğer tarafın, TMK m. 546/f. II'ye göre sözleşmeden dönme olanağı yoktur<sup>18</sup>.

*Dural*, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinden birinin varlığı halinde, mirasbırakana dönme hakkını vermekle, tıpkı ona tenkis hakkının tanınmasında olduğu gibi, miras sözleşmesi ile lehine tasarruf yapılan kimsenin, bir tür sözleşmeden doğan saklı paya sahip olduğunu belirterek, kanundan doğan saklı paylı mirasçı ile miras sözleşmesi ile lehine tasarruf yapılan kişinin durumu arasında paralellik kurulduğunu ileri sürmektedir<sup>19</sup>. Yazara göre<sup>20</sup>, mirasbırakan her iki kişiye de bağlıdır ve bu kişilerin mirasbırakanın iradesi ile ortadan kaldırılamayacak beklenen bir hakları bulunmaktadır. Bununla birlikte, nasıl saklı paylı mirasçının korunmaya layık olmadığı durumlarda, kanun mirasbırakanın ona bir yarar sağlamasını istemiyorsa, miras sözleşmesi ile lehine tasarruf yapılan kişinin de böyle bir durumda korunmaması gerekmektedir<sup>21</sup>.

Miras sözleşmesinin, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinden birinin varlığı halinde mirasbırakan tarafından sözleşmeden dönülmesi hükmünün ivazsız mirastan feragat sözleşmelerinde uygulanma olanağı bulunmamaktadır<sup>22</sup>. Feragat sözleşmesi ile feragat eden zaten mirasçılık sıfatını kaybetmiş bulunmaktadır. Mirasçılık sıfatına son verilen bir kimsenin mirasbırakana karşı herhangi bir davranışı ile mirastan çıkarılmayı gerektirecek bir neden doğurduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir<sup>23</sup>. Buna karşılık ivazlı feragat sözleşmelerinde feragat eden

<sup>18</sup> Çınar, s. 222.

<sup>19</sup> Dural, s. 231; aynı yönde bkz: Kürşad Yağcı, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat), İstanbul 2013, s. 78; Serozan/Engin, s. 278; Özbey, s. 92; Tuor, Art. 513 N. 20; Dural/Öz, N. 576; Antalya, Mirastan Feragat Sözleşmesi, s. 222.

<sup>20</sup> Dural, s. 231-232.

<sup>21</sup> Dural, s. 232.

<sup>22</sup> Jean Guinand/Audrey Leuba/Martin Stettler, Droit de successions, 2004, N. 379; Fiorenzo Cotti, Art. 513-514 ZGB, in Commentaire du droit des successions (Hrsg. Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller), Bern 2012, Art. 513 N. 18; İlhan Öztrak, La révocation des pactes successoraux en droit suisse, Lausanne 1957, s. 60; Steinauer, N. 735 dpn 9; Piotet, Droit successoral, s. 241; Tuor, Art. 513 N. 28; Dinçer, s. 71; İmre, s. 273.

<sup>23</sup> Bıçakçı, s. 85.

sözleşmeden sonra mirasbırakana karşı, çıkarılmayı gerektiren bir fiil işlemesi durumunda, mirasbırakan sözleşmeden dönmekte, feragat sözleşmesiyle yapılan tüm tasarruflar ortadan kalkmakta ve verdiği ivazları sebepsiz zenginleşme kuralları gereği talep edebilmektedir<sup>24</sup>.

Mirasçılıktan çıkarılma nedeniyle dönme hakkı, mirasbırakanın tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılmaktadır. Bu iradenin açıklanmasıyla var olan bir hukuki duruma son verildiği için bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması söz konusu olmaktadır<sup>25</sup>.

## 2. Mirasçılıktan Çıkarma Nedeniyle Dönmenin Şartları

### a. Mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin varlığı

TMK m. 546/f. II, tek taraflı dönme konusunda TMK m. 510'a gönderme yapmaktadır. TMK m. 510'a göre, aşağıdaki sebepler mirasçılıktan çıkarma sebepleridir:

- Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,
- Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse".

Mirasçılıktan çıkarma sebepleri, Türk Medeni Kanunu'nda cezai mirasçılıktan çıkarma ve koruyucu mirasçılıktan çıkarma olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Cezai mirasçılıktan çıkarma, TMK m. 510'da düzenlenmiştir.

TMK m. 510/b. I hükmüne göre, mirasçının mirasbırakana veya onun yakınlarına karşı ağır bir suç işlemesi<sup>26</sup>, mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmektedir<sup>27</sup>. Bu suç, bir sonuca ulaşmasa, teşebbüs halinde

<sup>24</sup> Bıçakçı, s. 85; Cotti, Art. 513 N. 18; İmre, s. 273.

<sup>25</sup> Pia Badertscher, ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Hrs. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf), Zürich 2011, Art. 513 N. 7; Dural, s. 232.

<sup>26</sup> Türk Medeni Kanunu, ağır bir suçun tanımını vermiş değildir. Ağır suçun ne olduğunu belirlemek hâkime düşmektedir. Öztrak, s. 65.

<sup>27</sup> Çubuklugil, suçun ağırlığının belirlenmesini gayet elastiki bir tabir sayesinde hâkime bırakmasının ve onu ceza kanunu ile bağlı tutmamasının çok yerinde ve isabetli olduğunu belirtmektedir. Yazar, ceza kanununun ağır olarak kabul ettiği bazı suçların Türk Medeni Kanun yönünden de muhakkak ağır kabul edilmedi-

kalsa bile, gene bir mirasçılıktan çıkarma sebebidir<sup>28</sup>. Bu hususta ceza mahkemesince alınmış bir mahkûmiyet kararı bulunmasına da gerek yoktur, ağır bir suçun işlenmiş olması yeterlidir<sup>29</sup>. Ceza davasının zamanlaşımına uğraması, mahkûmiyet kararı alınmış olup da ceza zamanlaşımı veya failin bulunmamış olması, genel veya özel af nedenleriyle cezanın tamamen veya kısmen uygulanamamış olması ya da cezanın ertelenmiş olması da mirasçılıktan çıkarmaya engel değildir<sup>30</sup>.

TMK m. 510/b. II hükmüne göre, mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine<sup>31</sup> karşı, aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemiş olması, diğer cezai mirasçılıktan çıkarma sebebini teşkil etmektedir. Aile görevlerinin ihlali kapsamına giren en önemli hal nafaka borcunun yerine getirilmemesidir<sup>32</sup>. Karı koca arasındaki sadakat borcunun ihlali, ana baba ve çocuğun, aile çıkarlarının gerektirdiği ölçüde, karşılıklı olarak yardım ve saygı göstermelerini öngören TMK m. 322 hükmüne aykırılık bu bent kapsamındaki diğer mirasçılıktan çıkarma sebeplerine örnek olarak gösterilebilir<sup>33</sup>. Aile Hukukundan doğan yükümlülüklerin her ihlali değil, kusurun ağırlığı ve aile ilişkilerine yaptığı etkiye göre önemli ölçüde ihlali, mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmaktadır<sup>34</sup>. Hâkim, önüne gelen davada aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edilmediğini, yükümlülüğe aykırı hareketin

---

ğini, diğer bazı suçların da Ceza Kanunu yönünden çok ağır kabul edilmemesine rağmen Türk Medeni Kanunu yönünden ağır yani aile bağlarını sarsan bir fiil olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Rıza Çubuklugil, "Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7 S. 3-4 1950, s. 450.

<sup>28</sup> Nur Çakın, "Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler-Mirastan Iskat", Ankara Barosu Dergisi 1974, S. 3, s. 525; Çubuklugil, s. 447; İmre/Erman, s. 233; Antalya, Miras Hukuku, s. 215.

<sup>29</sup> Ali İhsan Özüğür, "Miras Hakkından Iskat", Ankara Barosu Dergisi, 1996/3, s. 347; İmre/Erman, s. 233; Öztrak, s. 66; Yağcı, s. 130; Antalya, Miras Hukuku, s. 215.

<sup>30</sup> Yağcı, s. 131; Antalya, Miras Hukuku, s. 215; Özüğür, s. 347.

<sup>31</sup> Mirasbırakanın kan bağıyla bağlı olduğu yakın kan hısımları (altsoyu, ana-babası, kardeşleri) ile kan hısımları dışında kalan ve yapay nesep bağıyla bağlı olan evlatlığı kural olarak TMK m. 510/b. II anlamında aile üyesi kavramına girmektedir. Mirasbırakanın eşi de mirasbırakanın aile üyesidir. Yağcı, s. 154; Çubuklugil, s. 455; Antalya, Miras Hukuku, s. 216.

<sup>32</sup> Özüğür, s. 347; Antalya, Miras Hukuku, s. 216.

<sup>33</sup> Öztrak, s. 68; Antalya, Miras Hukuku, s. 217; Çakın, s. 526; bu hususta daha ayrıntılı açıklamalar için bkz: Yağcı, s. 218-304.

<sup>34</sup> Antalya, Miras Hukuku, s. 217.

mirasbırakan ile mirasçı arasındaki var olması gereken yakın bağları ortadan kaldırmaya yetecek ağırlıkta bir davranış olup olmadığına bakarak belirleyecektir<sup>35</sup>. Hâkim, davranışın ağırlığını belirlerken, toplumda mevcut olan anlayışı, ailenin toplumsal ve ekonomik durumunu, mirasbırakan ve mirasçılıktan çıkarılanın şahsi özelliklerini de dikkate almalıdır<sup>36</sup>. Hâkim, yükümlülüklerin ifasındaki kusurun ağırlığını takdir ederken birlikte kusurun olup olmadığını da araştırmaktadır. Eğer yükümlülüklerin yerine getirilmemesi mirasbırakanın bir kusuru veya düşmanca bir hareketinin sonucu ise, miras sözleşmesinden dönme söz konusu olmamalıdır<sup>37</sup>.

TMK m. 510'da, mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturacak bir fiilin mirasbırakanın kendisine veya yakınlarına<sup>38</sup> karşı işlenmesi koşulu aranmıştır. Söz konusu fiilin yalnızca mirasbırakana karşı işlenmesi koşulunu arayan TMK m. 546/f. II hükmünün, mirasçılıktan çıkarma nedeni olan davranışın mirasbırakanın yakınlarından birine karşı işlenmiş olması durumunda uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır<sup>39</sup>. Doktrinde bir görüş<sup>40</sup>, bu hükmün dar yorumlanması gerektiğini, bu yüzden ancak mirasbırakana karşı mirasçılıktan çıkarma nedeni olan davranışın işlenmesi durumunda TMK m. 546/f. II hükmünün uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşü savunanlardan Özbey'e göre<sup>41</sup>, madde metninde açık bir şekilde mirasbırakana karşı mirasçı-

<sup>35</sup> Öztrak, s. 70; Çubuklugil, s. 460.

<sup>36</sup> Öztrak, s. 70-71; Çubuklugil, s. 460.

<sup>37</sup> Çubuklugil, s. 462.

<sup>38</sup> "Mağdurun mirasbırakanın yakını olup olmadığının tespitinde kıstas olarak mirasbırakanın onun hakkında beslediği muhabbet, şefkat, sevgi, saygı, takdir ve bağlılık dereceleri dikkate alınır. Mağdur ile mirasbırakan arasındaki bu bağlılık derecelerinin niteliği ve yakınlığı, psikolojik bir nitelik arzettiğinden, kanun mağdurun mirasbırakanın yakını olup olmadığının serbestçe tayinini hâkime bırakmıştır". Çubuklugil, s. 451.

<sup>39</sup> Samim Gönensay/Kemaleddin Birsen, *Miras Hukuku*, İstanbul 1956, s. 120; Özbey, s. 93.

<sup>40</sup> Arnold Escher, *Das Erbrecht Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, Zürich 1959; Art. 513 N. 8; Tekin Korkmaz, *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2008, s. 103; Peter Weimar, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III. 1.Abteilung, Die Erben, 1. Teilband, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil, Die Verfügungsformen* Art. 457-516 ZGB, Bern 2009, Art. 513 N. 9; Guinand/Leuba/Stettler, N. 379; Steinauer, N. 735a; Özbey, s. 94; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 513 N. 10; Piotet, *Droit successoral*, s. 241; Cotti, Art. 513 N. 19; Öztan, s. 229; Gönensay/Birsen, s. 120; Badertscher, Art. 513 N. 7.

<sup>41</sup> Özbey, s. 94.

lıktan çıkarma sebeplerinden birini oluşturan bir fiilin işlenmesi halinde sözleşmeden dönülebileceğinden bahsedilmektedir. TMK m. 546/f. II’de yalnızca sebepler bakımından TMK m. 510’a atıfta bulunmaktadır. Yoksa fiilin muhatabı bakımından bir atıf söz konusu değildir<sup>42</sup>.

Buna karşılık diğer bir görüş<sup>43</sup>, davranışın mirasbırakanın yakınına karşı da işlenmesi durumunda TMK m. 546/f. II hükmünün uygulanmasına engel bir durum bulunmadığını savunmaktadır. Bir yabancı olan miras sözleşmesinin karşı tarafını veya lehtarını, yakın aile üyesi olan yasal mirasçılardan daha fazla korumaya gerek bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Bu görüşü savunanlardan *Gauthier*’e göre<sup>45</sup>, miras sözleşmesi normal bir sözleşme değildir ve bu sözleşme mirasbırakan ile lehine tasarruf yapılan arasında karşılıklı bir güven ilişkisi öngören kişisel bir bağ yaratmaktadır. Taraflar arasındaki bu güven ilişkisinin zarar görmesi yaptırımsız kalmamalıdır. Yazara göre, lehine tasarruf yapılan saklı paylı bir mirasçı olduğu durumda aksi görüşün benimsenmesi hiç de arzu edilmeyen sonuçlar doğmasına yol açacaktır. Saklı paylı mirasçı, böyle bir fiilden dolayı suçlu bulunduğu saklı payı bakımından mirasçılıktan çıkarılabilecek ama miras sözleşmesi ile kendisine verilmiş paylar bakımından böyle bir durum söz konusu olmayacaktır.

Yine *Serozan*<sup>46</sup>, TMK m. 546’ya dayanarak sözleşmeden dönebilmek için “akdi” saklı pay sahibinin bu tür davranış yükümüne aykırı hareketinin doğrudan doğruya mirasbırakana karşı yapılmış bulunmasının şart olduğunu, bir kan hısmı veya eş olan yasal saklı pay hakkı sahibinden mirasbırakana veya onun yakınlarına karşı beklenen ölçüde bir sadakatin “akdi” saklı pay sahibinden beklenemeyeceğini, bununla birlikte böyle bir davranışın sözleşme tarafları arasındaki güven bağlılığını kökünden sarsıp miras sözleşmesinin güven temelini çökertici ağırlık taşıdığını belirtmektedir.

<sup>42</sup> Özbey, s. 94.

<sup>43</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987, s. 243 dnp. 5; Mustafa Reşit Belgesay, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi Üçüncü Kitap Miras*, İstanbul 1952, s. 89; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukukuna Giriş Genel Bilgiler ve Birinci Kısım*, İstanbul 1966; s. 167-168 dnp. 5; Ayan, s. 90; Tuor, Art. 513 N. 22; Kılıçoğlu, s. 126; İnan/Ertaş/Albaş, s. 204; İmre/Erman, s. 180; Gauthier, s. 91; Öztrak, s. 77-78; Dural, s. 238; İmre, s. 259.

<sup>44</sup> Yağcı, s. 80; Tuor, Art. 513 N. 22.

<sup>45</sup> Gauthier, s. 91.

<sup>46</sup> Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 2007, s. 312.

Yukarıdaki görüşlerden hangisinin geçerli olabileceğini bulmak için TMK m. 546/f. II hükmü yol gösterici olmakla beraber, hükmün amacının da göz önüne alınması gerekmektedir. TMK m. 546/f. II'de yalnızca mirasbırakana karşı işlenen bir fiil sonucunda sözleşmeden dönülebilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte mirasbırakanın yakınlarına karşı bir fiilin işlenmesi durumunda miras sözleşmesinden dönülemeyeceğini kabul etmek mümkün değildir. Mirasbırakan ile lehine tasarruf yapılan arasında miras sözleşmesinin yapılmasıyla karşılıklı bir güven ilişkisi oluşmaktadır. Mirasbırakanın yakınlarından birine karşı lehine tasarruf yapılan kişi tarafından bir fiil işlenmesi durumunda da mirasbırakanın bundan dolayı olarak etkilenmesi ve güven ilişkisinin zedelenmesi söz konusu olmaktadır. Ayrıca mirasbırakan ile arasında hısımlık bağı bulunmayan lehine tasarruf yapılan kişinin TMK m. 546/f. II hükmünün dar yorumlanması sonucu, mirasbırakanın saklı paylı mirasçılardan daha fazla korunmasını gerektiren bir neden de bulunmamaktadır<sup>47</sup>. Bu durumda mirasbırakan tek taraflı olarak miras sözleşmesinden dönebilmelidir.

TMK m. 513'te, koruyucu mirasçılıktan çıkarma sebebi olan borç ödemedi aciz sebebiyle mirastan çıkarma düzenlenmiştir. Bu hükme göre, mirasbırakan ödeme güçsüzlüğü çeken altsoyunu saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilmektedir. Bir görüşe göre<sup>48</sup>, lehine tasarrufta bulunulandan ödeme kabiliyetinin bulunmamasından dolayı miras sözleşmesinden dönülmesi durumunda TMK m. 546/f. II hükmünün uygulanması mümkün değildir. Çünkü miras sözleşmesi taraflar arasında olup, sözleşmeye taraf olanın altsoyu kural olarak sözleşmeden yararlanmamaktadır<sup>49</sup>.

Buna karşılık diğer bir görüş<sup>50</sup>, TMK m. 513 hükmüne giren durumlarda da miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönülebileceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlardan biri olan Öztrak, mi-

<sup>47</sup> Dural/Öz, N. 581; Yağcı, s. 80.

<sup>48</sup> Steinauer, N. 735a; Piotet, Droit successoral, s. 241; Özbey, s. 95; ivazsız feragat sözleşmesinde bu şekilde bir dönme hakkının tanınmasında aile çıkarı olabileceği yönünde bkz: BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 513 N. 10; aciz sebebiyle çıkarmanın gerek İsviçre gerekse Türkiye'de uygulaması olmadığı için buna dair kanun hükümlerinin ölü birer hüküm olduğu yönünde bkz: İmre/Erman, s. 180.

<sup>49</sup> Özbey, s. 95.

<sup>50</sup> Gauthier, s. 92; Öztrak, s.72; tam olarak belirtmese de bu yönde: Dural, s. 239.

ras sözleşmesi tarafının mirasbırakanın alt soyu olması durumunda mirasbırakanın TMK m. 513 hükmüne dayalı olarak miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönebileceğini ileri sürmektedir<sup>51</sup>. *Gauthier*<sup>52</sup> ise, bu hususta bir ayrıma gidilmesi gerektiğini, eğer mirasçılıktan çıkarılacak kimse, mirasbırakanın mirasçısı ise borç ödemedi aciz sebebine dayanılarak miras sözleşmesinden dönülmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir.

Kanaatimizce, ikinci görüşe katılmak mümkün değildir. Kanun-koyucu, mirasçılıktan çıkarma nedeniyle hangi durumlarda miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönülebileceğini TMK m. 546/f. II' de açıkça belirtmiştir. Bu durumları yorum yoluyla genişleterek TMK m. 513 hükmüne giren durumlarda da miras sözleşmesinden tek taraflı olarak dönmek imkânı bulunmamaktadır.

Miras sözleşmesinde üçüncü bir kişi lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulmuş ise, bu durumda mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin varlığı, üçüncü kişinin şahsında aranacaktır<sup>53</sup>. Miras sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan kişinin mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birini gerçekleştirilmesi, mirasbırakanın miras sözleşmesinden dönmesi için yeterli olmayacaktır<sup>54</sup>.

## b. Ehliyet

Mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesinden dönme hakkı yalnızca mirasbırakana tanınmıştır<sup>55</sup>. Mirasbırakanın sahip olduğu bu hak bütün ölüme bağlı tasarruflar gibi kişiye bağlı bir haktır ve mirasbırakanın ölümü ile sona ermektedir<sup>56</sup>.

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebinin varlığına dayanarak miras sözleşmesinden dönebilmesi için vasiyetname yapılırken aranan şartların dönme beyanında bulunurken de aranması gerekmektedir<sup>57</sup>. Miras sözleşmesi yapabilmek için ergin olmak şartı aranıldığından, dönme anında mirasbırakanın ergin olması gerekmektedir.

<sup>51</sup> Öztrak, s. 72-73.

<sup>52</sup> Gauthier, s. 92.

<sup>53</sup> Çınar, s. 223; Antalya, Miras Hukuku, s. 168; Öztrak, s. 75; Tuor, Art. 513 N. 21.

<sup>54</sup> Çınar, s. 224.

<sup>55</sup> Öztrak, s. 62; Yağcı, s. 78 dpn. 200; Özüğür, s. 347.

<sup>56</sup> Özbey, s. 95; Yağcı, s. 79.

<sup>57</sup> Çınar, s. 224; Öztrak, s. 80; Dural, s. 240; Yağcı, s. 78 dpn. 200; Dural/Öz, N. 582.

Miras sözleşmesi yaptıktan sonra kısıtlanan kimse, ayırt etme gücüne sahip olması şartıyla miras sözleşmesinden dönebilir<sup>58</sup>.

### c. Şekil

Mirasçılıktan çıkarma nedeniyle sözleşmeden dönebilmek için vasiyetnameler için öngörülen şekil şartlarından birine uyma gerekmektedir (TMK m. 546/f. III)<sup>59</sup>. Bu durumda dönme beyanı elyazısı ile vasiyetname, resmi vasiyetname ve şartları varsa sözlü vasiyet şekline bürünmedikçe geçerli olmayacaktır<sup>60</sup>. Miras sözleşmesine bir hüküm koyularak da miras sözleşmesinden dönülmesi mümkündür<sup>61</sup>. Eğer miras sözleşmesi ivazlı olarak yapılmışsa sözleşmenin karşı tarafına sözleşmeden dönüldüğünün bildirilmesi gerekmektedir<sup>62</sup>. Bu bildirim vasiyet şeklinde yapılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>63</sup>. Bu bildirim yapılmamış olsa bile, miras sözleşmesinden dönme geçerlidir. Bildirimde bulunmayan taraf, varsa diğer tarafın bildirimde bulunulmamasından doğan zararlarını tazmin etmelidir<sup>64</sup>.

Şekle uyulmadığı takdirde yapılan dönme geçersizdir<sup>65</sup>. *Piotet*, kanunda bu şekilde sözleşmeden dönmenin kararlaştırılmış olmasının talihsiz olduğunu belirtmektedir. Yazar'a göre, ivazlı miras sözleşmesinde sözleşme tarafının tasarrufta bulunan tarafından sözleşmeden dönüldüğünden haberdar olmamasını hiçbir şekilde kabul etmek

<sup>58</sup> Öztrak, s. 80; Dural/Öz, N. 582.

<sup>59</sup> Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri Mirasçılar-Ölüme Bağlı Tasarruflar-Mirasın İntikali (Geçmesi)*, İstanbul 1985, s. 133; Hüseyin Avni Göktürk, *Miras Hukuku*, Ankara 1937, s. 70; Aydın Aybay, *Miras Hukuku Dersleri*, İstanbul 2002, s. 63; Çınar, s. 224; Yağcı, s. 78 dnp. 200; Weimar, Art. 513 N. 11; Gönensay/Birsan, s. 120; Öztan, s. 229; Cotti, Art. 513 N. 20; Steinauer, N. 736a; Belgesay, s. 90; Berki, s. 88; Stephanie Hrubesch-Millauer, *Kommentar ZGB Art. 513-514, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht* (Herausgeber. Peter Breitschmid-Alexandra Rumo-Jungo), Zürich 2012, Art. 513 N. 4; Ayan, s. 90; Arbek, s. 52; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 243; Kılıçoğlu, s. 127; Rumo-Jungo/Schmid/Schnyder/Tuor, s. 684; bu hususta bir Federal Mahkeme kararı için bkz: BGE 64 II 338 (www.bger.ch).

<sup>60</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 205; Öztrak, s. 63; Tuor, Art. 513 N. 25; Escher, Art. 513 N. 10; İmre, s. 258.

<sup>61</sup> Öztrak, s. 83.

<sup>62</sup> BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 513 N. 9; Weimar, Art. 513 N. 12; Cotti, Art. 513 N. 22; Rumo-Jungo/Schmid/Schnyder/Tuor, s. 684; Hrubesch-Millauer, Art. 513 N. 4.

<sup>63</sup> Serozan/Engin, s. 278; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 513 N. 9.

<sup>64</sup> Weimar, Art. 513 N. 12; Cotti, Art. 513 N. 22.

<sup>65</sup> Weimar, Art. 513 N. 11.



mümkün değildir<sup>66</sup>. Yazar, miras sözleşmesinden vasiyet yolu ile dönme yerine böyle bir sözleşmede karşı tarafa bildirim yoluyla sözleşmeden dönülmesini önermektedir<sup>67</sup>. Kanunda öngörülen şekillerden birine uyulmadığı takdirde ölüme bağlı tasarruf kendiliğinden hükümsüz olmamaktadır. Ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan bir kişi tarafından ileri sürülmüş ve mahkeme hükmü ile geçersiz olduklarına karar verilmedikçe şekle uyulmadan yapılan işlemdeki tasarruflar geçerliliğini korumaktadır<sup>68</sup>.

Miras sözleşmesinden dönme iradesinin, yapılan vasiyetnamede açık olarak belirtilmesine gerek yoktur<sup>69</sup>. Vasiyetnamede yoruma esas olacak dayanak noktaları bulunmak şartıyla dönme iradesinin bulunduğu yorum yolu ile varmak mümkündür<sup>70</sup>.

Mirasçılıktan çıkarma nedeninin dönme beyanında belirtilmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş<sup>71</sup>, bu soruya olumlu cevap vermektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan *Belgesay*, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın vasiyetname şeklinde düzenlendiği senette, sözleşmenin diğer tarafını sözleşme ile sağladığı menfaatlardan yoksun bıraktığını açıkça beyan etmesi gerektiği fikrindedir<sup>72</sup>. Bu durumda diğer taraf mahkemeye başvurarak vasiyetnamenin iptalini isteyebilir<sup>73</sup>. Mirasçılıktan çıkarma nedeninin belirtilmiş olması, hâkime dönme beyanının uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığını kontrol etme imkânı sağlayacaktır<sup>74</sup>. Diğer bir görüşe göre<sup>75</sup> ise, mirasçılıktan çıkarma nedeni ile sözleşmeden dönülürken çıkarma sebebinin belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu görüş, TMK m. 546/f. III'te belirtilen şekil koşulunun geniş yorumlanmaması gerektiği fikrindedir<sup>76</sup>. Böyle bir belirtmenin yapılmaması, mirasçılıktan çıkarma sebebiyle sözleşmeden dönmeyi geçersiz kılmamaktadır. Çünkü TMK

<sup>66</sup> Piotet, *Droit successoral*, s. 241; aynı yönde Dural, s. 242.

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz: Serozan, s. 313.

<sup>68</sup> Öztrak, s. 63 dnp. 26.

<sup>69</sup> Hrubesch-Millaue, Art. 513 N. 4; Dural/Öz, N. 585; Escher, Art. 513 N. 10.

<sup>70</sup> Dural, s. 243.

<sup>71</sup> İmre/Erman, s. 179; Çınar, s. 224; Dural/Öz, N. 585; Escher, Art. 513 N. 10; İmre, s. 258.

<sup>72</sup> *Belgesay*, s. 90.

<sup>73</sup> *Belgesay*, s. 90.

<sup>74</sup> Öztrak, s. 85; Escher, Art. 513 N. 10; Dural/Öz, N. 585.

<sup>75</sup> Cotti, Art. 513 N. 21; Tuor, Art. 513 N. 26.

<sup>76</sup> Tuor, Art. 513 N. 26.

m. 546/ f. II, yalnızca mirasçılıktan çıkarma nedeninden bahsetmekte, bu sebebin bildirilmesini aramamaktadır<sup>77</sup>.

Birinci görüşün kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Mirasçılıktan çıkarma nedeninin dönmeye ilişkin vasiyetnamede gösterilmesi, ileri sürülen sebebin mirasçılıktan çıkarma sebebi olup olmadığının hâkim tarafından kolayca kontrol edilmesini sağlayacak ve bu hususta meydana gelebilecek ihtilafları engellemiş olacaktır.

Mirasçılıktan çıkarma sebebinin varlığına dayanılarak miras sözleşmesinden dönmeye ilişkin beyanın miras sözleşmesinden sonra yapılması gerekmektedir<sup>78</sup>. Miras sözleşmesinin yapılmasından önce mirasçılıktan çıkarma sebebinin bulunması ve bunu mirasbırakanın biliyor olması, af anlamına geleceğinden sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkün değildir<sup>79</sup>.

Mirasbırakan, miras sözleşmesinin yapıldığı sırada mirasçılıktan çıkarma nedeninin var olmasına rağmen bundan haberdar değilse, TMK m. 546/f. II'ye başvurması mümkün değildir<sup>80</sup>. Buna karşılık, mirasbırakan her zaman hata veya hile sebebiyle miras sözleşmesinin iptal edilmesini isteyebilir<sup>81</sup>. Mirasbırakan, hata veya hileyi öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde miras sözleşmesini iptal edebilir.

### 3. Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinden Birinin Varlığına Dayanılarak Dönmenin Sonuçları

Mirasçılıktan çıkarma nedenlerinden birine dayanılarak dönülmesi durumunda mirasbırakanın aksine bir tasarrufu olmadıkça ortadan kalkan tasarrufların yerine yasal mirasçılık hükümleri uygulanır<sup>82</sup>.

Miras sözleşmesinde başka tasarruflar da varsa, miras sözleşmesinden dönme yalnızca mirastan çıkarmayı gerektiren fiili işleyen kişi

<sup>77</sup> Steinauer, N. 735b.

<sup>78</sup> Rumo-Jungo/Schmid/Schnyder/Tuor, s. 684; Pietet, Droit successoral, s. 241; Weimar, Art. 513 N. 10; Tuor, Art. 513 N. 21; Öztrak, s. 79; Öztan, s. 229; Gönençsay/Birsen, s. 120; Escher, Art. 513 N. 8; Badertscher, Art. 513 N. 7; İmre, s. 258; Yağcı, s. 79.

<sup>79</sup> Öztrak, s. 79; Özbey, s. 92; Dural, s. 234.

<sup>80</sup> Öztrak, s. 79.

<sup>81</sup> Escher, Art. 513 N. 8; Hrubesch-Millauer, Art. 513 N. 3; Tuor, Art. 513 N. 21; Badertscher, Art. 513 N. 7.

<sup>82</sup> Dural/Öz, N. 586; Tuor, Art. 513 N. 27.

yararına olan tasarrufları ortadan kaldırır, diğer tasarruflar yönünden miras sözleşmesi geçerliliğini korumaya devam etmektedir<sup>83</sup>.

İki taraflı miras sözleşmelerinde, taraflar birbirleri yararına tasarrufta bulunuyorlarsa, kural olarak arada bağlantının bulunması sonucu, karşı tarafın da mirasçılıktan çıkarılan kişi yararına yaptığı tasarruflar ortadan kalkar<sup>84</sup>. Aksinin kararlaştırılması mümkündür. Kısmi dönme ya da mirasçılıktan çıkarma söz konusu ise, yalnızca mirasçılıktan çıkarmaya konu olan tasarruflar ile bağlantısı olan tasarruflar sona erer<sup>85</sup>. Zira hem tam hem kısmi dönme sonucu, diğer tarafın tasarrufunun sebebi de ortadan kalkmıştır<sup>86</sup>.

Mirasbırakan, miras sözleşmesinden dönmesinden dolayı tazminat ödemekle yükümlü değildir<sup>87</sup>. Mirasçılıktan çıkarma nedenine dayanarak sözleşmeden dönen taraf, diğer taraftan aldığı şeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmeye mecburdur<sup>88</sup>. Ancak dönme mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ifade edeceği için, bu talebin mirasçılara karşı ileri sürülmesi söz konusu olacaktır. İvaz henüz ifa edilmemişse, mirasbırakan ya da mirasçılarının bunu talep etmeleri mümkün değildir<sup>89</sup>.

## B. Sağlararası İvaz (Karşılık) Borcunun Yerine Getirilmemesi Sebebiyle Dönme

### 1. Genel olarak

TMK m. 547'ye göre, "Miras sözleşmesi gereğince sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan taraf, bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halinde borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönebilir"<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> Dural/Öz, N. 587; Tuor, Art. 513 N. 24; Dural, s. 245; Özbey, s. 101; Piotet, Droit successoral, s. 242; Çınar, s. 224; Öztrak, s. 89; Escher, Art. 513 N. 12.

<sup>84</sup> Piotet, Droit successoral, s. 242; Dural/Öz, N. 589; Öztrak, s. 89.

<sup>85</sup> Çınar, s. 224.

<sup>86</sup> Dural, s. 245.

<sup>87</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 205; Gönensay/Birsen, s. 120.

<sup>88</sup> Belgesay, s. 90; İnan/Ertas/Albaş, s. 205; Çınar, s. 224; Dural/Öz, N. 588.

<sup>89</sup> Dural/Öz, N. 588.

<sup>90</sup> TMK m. 547'in İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı olan m. 514'ün Almanca ve Fransızca metinleri arasında farklılıklar mevcuttur. Fransızca metinde, olumlu zararın tazminine imkân tanıyan "feshedebilir" (résilier) ibaresini kullanılmışken, hükmün Almanca metninde borçlu temerrüdü halinde alacaklıya sözleşmeden

Kanun koyucu, madde metninde Borçlar Hukuku hükümlerine yaptığı yollama ile miras sözleşmelerini iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak kabul etmiştir<sup>91</sup>. Çünkü madde metninde bahsedilen TBK m. 123-125 hükümleri, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü ve sonuçlarını düzenleyen hükümlerdir. Bununla birlikte, miras sözleşmeleri tam anlamıyla iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler değildir<sup>92</sup>. Gerçek anlamda iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden bahsedebilmek için tarafların her ikisinin karşılıklı edim yükümlülüğü altında olmaları ve bu edimler arasında bir değiş tokuş ilişkisinin bulunması gerekmektedir<sup>93</sup>. Miras sözleşmelerinde bu anlamda bir karşılıklılık ilişkisi bulunmamaktadır<sup>94</sup>. Buna rağmen kanun koyucu basitliği ve uygulamada kolaylığı sağlama amacı ile bu sözleşmeleri de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere benzetmiştir<sup>95</sup>.

İki tarafa borç yükleyen miras sözleşmesinin sıklıkla rastlanılan örneği Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan ölünceye kadar bakma sözleşmesidir. Bu sözleşme ile mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunmakta, diğer taraf da bakım yükümlülüğü altına girmektedir. Diğer tarafın borçlandığı edim sağlıkta hüküm ve sonuç doğurmaktadır<sup>96</sup>.

Miras sözleşmesinde taraflardan biri diğerine veya üçüncü bir kişiye hayatta iken bir edimin ifasını borçlanmış olabilir. Yükümlülük altına giren mirasbırakan veya diğer taraf bu yükümlülüğünü ifa etmemişse, karşılıklı edimleri içeren akitlerde taraflardan birinin edimi ifa etmemesinin hukuki sonuçları meydana gelmektedir<sup>97</sup>. TMK m. 547, eğer sağlararası ivaz borcu ifa edilmemiş veya bu borç için teminat gösterilmemişse, sağlararası ivazı talep etmeye yetkili olan tarafa, sözleşmeden tek taraflı dönme olanağı tanımaktadır<sup>98</sup>.

---

dönme ve menfi zararı talep etme imkânı tanıyan "dönme" (Rückritt) ibaresi kullanılmıştır.

<sup>91</sup> Guinand/Leuba/Stettler, N. 381.

<sup>92</sup> Bıçakçı, s. 88; Serozan, s. 258; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 244; Gauthier, s. 105.

<sup>93</sup> Dural, s. 247.

<sup>94</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 244; Gauthier, s. 105; Tuor, Art. 514 N. 2.

<sup>95</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 245; Dural/Öz, N. 592; Bıçakçı, s. 88; bu hususta daha ayrıntılı açıklamalar için bkz: Gauthier, s. 106-113.

<sup>96</sup> Kılıçoğlu, s. 128.

<sup>97</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 205.

<sup>98</sup> Gauthier, s. 113.

## 2. Sağlararası İvaz Borcunun Yerine Getirilmemesi Nedeniyle Dönme Hakkının Şartları

Olumlu miras sözleşmelerinde, dönme hakkı sağlararası ivazın alacaklısı olduğu için mirasbırakana aittir<sup>99</sup>. Mirastan feragat sözleşmelerinde ise ivazın yerine getirilmemesi sebebiyle dönme hakkı sahibi, mirastan feragat edendir<sup>100</sup>. Mirasbırakanın sahip olduğu dönme hakkı kişiye bağlı bir haktır<sup>101</sup> ve mirasbırakanın bu hakkını bizzat kendisinin kullanması gerekmektedir<sup>102</sup>. Mirasbırakanın sınırlı ehliyet-siz olması durumunda da hakkı yine kendisi kullanacaktır<sup>103</sup>.

Dönme beyanında bulunulabilmesi için bir edimin borçlanılmış olması<sup>104</sup>, bu edimin sözleşmede kararlaştırılan şekilde<sup>105</sup> veya Borçlar Kanunu hükümlerine göre ifa edilmemesi<sup>106</sup> ve hiçbir teminatın sağlanmamış olması gerekmektedir<sup>107</sup>. Edimin konusu, para, alacak hakları, taşınır veya taşınmaz mallar olabilir<sup>108</sup>.

Mirasbırakanın miras sözleşmesini sona erdiren beyanı, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliği taşımaktadır<sup>109</sup>. Sözleşmeden dönmeye ilişkin beyan, hiçbir şekle tabi değildir<sup>110</sup>. Olumlu miras sözleşmesin-

<sup>99</sup> Philip R. Bornhauser, *Der Ehe-und Erbvertrag-Dogmatischer Grundlage für die Praxis*, Zürich 2012, N. 493; Steinauer, N. 736b; Stephanie Hrubesch-Millauer, *Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?*, *Successio- Zeitschrift für Erbrecht*, 2010, s. 6; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 5; Hrubesch-Millauer, Art. 514 N. 2; Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, s. 224-25; Cotti, Art. 514 N. 1; Tuor, Art. 514 N. 5; Guinand/Leuba/Stettler, N. 380; Çınar, s. 225; Antalya, *Miras Hukuku*, s. 168; Dural/Öz, N. 595.

<sup>100</sup> Dural, s. 253-254; Steinauer, N. 736b; Çınar, s. 225; Tuor, Art. 514 N. 5; Guinand/Leuba/Stettler, N. 380; Hrubesch-Millauer, Art. 514 N. 2; Schmid, s. 102; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 5; Cotti, Art. 514 N. 1; Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, s. 224; İmre, s. 274; Bornhauser, N. 498; Dinçer, s. 68.

<sup>101</sup> Mirasçılarının külli halefiyet yoluyla mirasbırakanın bu hakkını ileri sürebileceği yolundaki görüş için bkz: BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 5.

<sup>102</sup> Özbey, s. 100.

<sup>103</sup> Özbey, s. 100; Dural/Öz, N. 595.

<sup>104</sup> Escher, Art. 514 N. 2; Aybay, s. 63; Weimar, Art. 514 N. 5.

<sup>105</sup> Tuor, Art. 514 N. 8; Aybay, s. 63; Weimar, Art. 514 N. 6; Dinçer, s. 68; Badertscher, Art. 514 N. 6.

<sup>106</sup> Badertscher, Art. 514 N. 6; Weimar, Art. 514 N. 6; Tuor, Art. 514 N. 8; Dinçer, s. 68.

<sup>107</sup> Cotti, Art. 514 N. 5; Tuor, Art. 514 N. 9.

<sup>108</sup> Tuor, Art. 514 N. 5.

<sup>109</sup> Bıçakçı, s. 91; Çınar, s. 225; Cotti, Art. 514 N. 11; Dural, s. 248; Escher, Art. 514 N. 3; Badertscher, Art. 514 N. 4; Dural/Öz, N. 593.

<sup>110</sup> Steinauer, N. 737b; Weimar, Art. 514 N. 9; Dinçer, s. 69; Escher, Art. 514 N. 3; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 2; Çınar, s. 225; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Huku-*

de, tasarrufta bulunan vasiyetname düzenlemek zorunda kalmaksızın sözleşmeden dönebilmektedir<sup>111</sup>. Mirasbırakan ya da mirastan feragat eden, karşı edimin yerine getirilmemesi sebebiyle sözleşmeden dönmekten isterse, dönmeye ilişkin beyanın karşı tarafa varması yeterli olacaktır<sup>112</sup>. TMK m. 547' de yer alan borçlar hukuku kurallarına ilişkin atıf, vasiyetname için aranan şekil kurallarına uyulması gerekmeden dönme beyanının yapılabileceği anlamına gelmektedir.

Edimi ifa ile yükümlü olan temerrüde düşmüş olmalı<sup>113</sup> ve kendisine aynen ifa için süre verilmiş olmalıdır<sup>114</sup>. Mirasbırakan mirasçidan edimlerin yerine getirilmesini talep etmeli veya bunların güvenceye bağlanmasını istemelidir<sup>115</sup>. Buna rağmen borçlu tarafından ifa edilmemişse, mirasbırakan TBK m. 125'te düzenlenmiş seçimlik haklara başvurabilir<sup>116</sup>:

Mirasbırakan mirasçıya karşı temerrüt nedeniyle ihtar çekmeli veya ihtar yerine geçen bir durum bulunmalıdır<sup>117</sup>.

Sağlararası ivaz borcu altına giren taraf veya mirasbırakan, borcun ifa edileceğine ilişkin yeterli teminat göstererek, diğer tarafın sözleşmeden dönmesini engelleyebilmektedir<sup>118</sup>.

- 
- ku, s. 245; Cotti, Art. 514 N. 11; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukukuna Giriş, s. 169; Antalya, Mirastan Feragat Sözleşmesi, s. 225.
- <sup>111</sup> Steinauer, N. 737b; Tuor, Art. 514 N. 14; Escher, Art. 514 N. 3; Gönensay/Birsen, s. 121.
- <sup>112</sup> Çınar, s. 225; Dural, s. 248; Dinçer, s. 68; Antalya, Mirastan Feragat Sözleşmesi, s. 225; Bornhauser, N. 499; Weimar, Art. 514 N. 9.
- <sup>113</sup> Kılıçoğlu, s. 128; Weimar, Art. 514 N. 6; Tuor, Art. 514 N. 10; Bornhauser, N. 500; Çınar, s. 225; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 4; Özbey, s. 98; Antalya, Mirastan Feragat Sözleşmesi, s. 226; Escher, Art. 514 N. 3; Badertscher, Art. 514 N. 6.
- <sup>E</sup>dimin imkânsızlaşması veya gereği gibi yerine getirilmemesi durumlarında da TMK m. 547'in uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz: Serozan, s. 259; Steinauer, N. 737; Serozan/Engin, s. 279; Dural/Öz, N. 598; Guinand/Leuba/Stettler, N. 381; Hrubesch-Millauer, Vorbehaltklauseln, s. 7.
- <sup>114</sup> Bıçakçı, s. 91; Köprülü, s. 134; Kılıçoğlu, s. 129; Çınar, s. 225; Berki, s. 88; İnan/Ertay/Albaş, s. 205; Steinauer, N. 737a; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 4; Badertscher, Art. 514 N. 6; Cotti, Art. 514 N. 7; Guinand/Leuba/Stettler, N. 381; Dural/Öz, N. 597; Tuor, Art. 514 N. 9; Öztan, s. 231; Escher, Art. 514 N. 3; Gönensay/Birsen, s. 121; Göktürk, s. 70; Dural, s. 258; Dinçer, s. 69; Serozan, s. 259.
- <sup>115</sup> Kılıçoğlu, s. 128.
- <sup>116</sup> BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 4.
- <sup>117</sup> Kılıçoğlu, s. 129; Dural/Öz, N. 597; Gauthier, s. 113; Antalya, Mirastan Feragat Sözleşmesi, s. 226; Hrubesch-Millauer, Art. 514 N. 2; Dural, s. 257; Tuor, Art. 514 N. 8.
- <sup>118</sup> Dural/Öz, N. 599; Özbey, s. 99; Escher, Art. 514 N. 3; Tuor, Art. 514 N. 9; Gauthier,

### 3. Sağlararası İvaz Borcunun Yerine Getirilmemesi Sebebiyle Dönmenin Sonuçları

Miras sözleşmesinden dönüleceği yerde TBK m. 125/f. II'de düzenlenmiş olan ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanan diğer iki olanaktan yararlanılıp yararlanılamayacağı hususu tartışmalıdır. Bu hususta doktrinde bir görüş<sup>119</sup>, mirasbırakanın veya mirastan feragat edenin yalnızca dönme hakkının bulunduğunu ve miras sözleşmesi Borçlar Hukuku anlamında tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmadığı için, feragat edenin veya mirasbırakanın ifa edilmeme nedeniyle tazminat talep edemeyeceğini kabul etmektedir. Diğer bir görüş<sup>120</sup> ise, sağlararası ivaz borcunun yerine getirilmemesi halinde, sağlararası ivaz alacaklısının, yalnızca dönme hakkına sahip olmadığını, TBK m. 125/f. II'de belirtilen diğer haklardan da yararlanabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş, TMK m. 547'in geniş yorumlanmasını savunmakta, hükümde yalnızca temerrüde ilişkin kanun maddelerine değil, genel olarak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin kurallara atıf yapıldığını ileri sürmektedir<sup>121</sup>.

Yukarıdaki görüşlerden ikincisinin kabul edilmesi yerinde olacaktır. TMK m. 547'de borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönülebileceği belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda dönmeye ilişkin özel hükümler saklı kalmak üzere, alacaklının ancak borçlu temerrüdü halinde (TBK m. 123-125) sözleşmeden dönmesine imkân tanınmıştır. Borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklının borçludan aynen ifa ve gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini, sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminini talep hakları mevcuttur. TMK m. 547 hükmünce, miras sözleşmesinden dönme hükümleri

s. 113; Badertscher, Art. 514 N. 6.

<sup>119</sup> Antalya, Mirastan Feragat Sözleşmesi, s. 226-227; Weimar, Art. 514 N. 8; Escher, Art. 514 N. 10.

<sup>120</sup> Bıçakçı, s. 93; Dural/Öz, N. 600; Steinauer, N. 737a; Serozan, s. 259; Hrubesch-Millauer, Art. 514 N. 3; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 4; Tuor, Art. 514 N. 13; Berki, s. 88; Piotet, Droit successoral, s. 172; Özbey, s. 98; Belgesay, s. 91; İnan/Ertas/Albaş, s. 206; Guinand/Leuba/Stettler, N. 381; Serozan/Engin, s. 279; Çınar, s. 225; Antalya, Miras Hukuku, s. 168; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 245; Cotti, Art. 514 N. 8; Rumo-Jungo/Schmid/Schnyder/Tuor, s. 684; Gauthier, s. 114; Öztan, s. 231; Gönensay/Birsen, s. 121; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukukuna Giriş, s. 169; Badertscher, Art. 514 N. 2; İmre, s. 260; Bornhauser, N. 500; Hrubesch-Millauer, Vorbehaltklauseln, s. 7.

<sup>121</sup> Özbey, s. 98.

ile borçlu temerrüdü hükümleri arasında paralellik kurulduğuna göre, miras sözleşmesinde sağlararası edim alacaklısı, edim borçlusunun temerrüde düşmesi halinde aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini de isteyebilmelidir. TMK m. 547'de yalnızca sözleşmeden dönülmesinden söz edilmesi karşısında bu hükmün dar yorumlanması gerektiği ileri sürülmüşse de, edim alacaklısının karşı taraftan edimi elde etmekte haklı menfaati olduğundan bu edimin yerine getirilmesi halinde müspet zararının tazminini talep etmesine olanak tanınmalıdır. Müspet zararının tazminini talep imkânı tanınması, miras sözleşmesi tarafları arasındaki menfaat dengesinin sağlanması açısından yerinde olacaktır.

Mirasbırakan, karşı taraf sağlararası ivaz borcu altına girdiği için miras sözleşmelerinde üçlü seçim hakkına sahiptir<sup>122</sup>. Mirastan feragat sözleşmesinde, feragat eden taraf, edimini yerine getirdiğinden mirasbırakanın sözleşmeden dönme veya müspet zararının tazminini talep etmek hakları bulunmamaktadır<sup>123</sup>.

Sözleşmede kararlaştırılan ivazın verilmesinde temerrüde düşülmesi halinde sağlararası edim alacaklısı, süre verilmesine gerek kalmadan aynen ifayı talep edebilir<sup>124</sup>. Sağlararası edim alacaklısı, karşı tarafın kusurunu ispat etmek koşulu ile gecikmeden dolayı uğradığı zararı da talep edebilir<sup>125</sup>.

Sağlararası edim alacaklısı, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildi-  
rerek aynen ifa yerine olumlu zararının tazminini de talep edebilir<sup>126</sup>.  
Aynen ifa yerine tazminat talep edilmesi için borçlunun temerrüde  
düşmede kusurlu olması gerekmektedir. Borçlu, tazmin borcunu bir  
miktar para ödemek suretiyle ifa edecektir<sup>127</sup>. Ölüme bağlı tasarruf leh-  
tarının, ölüme bağlı tasarrufta bulunana yerine getirmekle yükümlü  
olduğu edim de genellikle bir miktar paranın verilmesi olduğu için  
aynen ifa ve gecikme tazminatının talep edilmesi ile aynen ifadan vaz-  
geçip müspet zararın tazmini genellikle birbirine karışmaktadır.

<sup>122</sup> Dural, s. 260.

<sup>123</sup> Dural, s. 260.

<sup>124</sup> Badertscher, Art. 514 N. 3.

<sup>125</sup> Gauthier, s. 115; Öztrak, s. 80; Bornhauser, N. 500.

<sup>126</sup> Bornhauser, N. 503.

<sup>127</sup> Gauthier, s. 115.



Sağlararası edim alacaklısının sözleşmeden dönme beyanında bulunması üzerine miras sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta<sup>128</sup> ve tarafların borçları da sona ermektedir.<sup>129</sup> Miras sözleşmesinden dönülmesinden sonra, mirasbırakan başka bir ölüme bağlı tasarruf yapmazsa yasal mirasçılık hükümleri geçerli olur<sup>130</sup>. Feragat sözleşmesinden dönülmesi durumunda, feragat eden tekrar mirasçılık sıfatını kazanır<sup>131</sup>. Dönülen miras sözleşmesinde ivazsız tasarruflar bulunuyorsa bunlar geçerlidir<sup>132</sup>. Bununla birlikte, dönülen tasarruf olmasaydı bunların yapılmayacağı da sonucuna varılıyorsa ivazsız tasarruflar da ortadan kalkmaktadır<sup>133</sup>. Tarafların almış oldukları edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmesi gerekmektedir<sup>134</sup>. Edimlerin iadesinin pratikte çok güç olması durumunda, sözleşmeden dönme yerine feshin kabul edilebileceği ileri sürülmektedir<sup>135</sup>.

Miras sözleşmesinde mirasbırakan, sözleşmeden dönmesi halinde karşı taraftan sözleşmenin hükümsüz olmasından dolayı uğradığı menfi zararının tazmin edilmesini talep edebilir<sup>136</sup>. Menfi zararın kapsamına nelerin gireceği her somut olaya göre değişebilmektedir<sup>137</sup>. Bu zarar, çoğunlukla miras sözleşmesinin kurulması için yapılan masraflardan ibarettir<sup>138</sup>.

Sözleşmenin karşı tarafı dönmeden önce kısmi ifada bulunmuş ise, bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mirasbırakandan talep edebilir<sup>139</sup>.

Miras sözleşmesinden dönülmesi durumunda yenilik doğuran bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan, bu beyanın geri alınıp alınamayacağı sorununa çözüm bulunması gerekmektedir. Ölüme

<sup>128</sup> BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 2; Cotti, Art. 514 N. 12; Gauthier, s. 115; Dural, s. 261; Escher, Art. 514 N. 9; Bornhauser, N. 499.

<sup>129</sup> Dural/Öz, N. 601; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 6; Dural, s. 261.

<sup>130</sup> Dural/Öz, N. 601.

<sup>131</sup> Dural, s. 262; Çınar, s. 226; Dural/Öz, N. 601.

<sup>132</sup> Gauthier, s. 115; Dural, s. 262.

<sup>133</sup> Çınar, s. 225; Dural/Öz, N. 602; Özbey, s. 103; Dural, s. 262.

<sup>134</sup> Badertscher, Art. 514 N. 4; Escher, Art. 514 N. 9.

<sup>135</sup> Cotti, Art. 514 N. 10.

<sup>136</sup> Escher, Art. 514 N. 9; Badertscher, Art. 514 N. 4; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 514 N. 4; Bornhauser, N. 500; Weimar, Art. 514 N. 9.

<sup>137</sup> Gauthier, s. 116.

<sup>138</sup> Gauthier, s. 116.

<sup>139</sup> Özbey, s. 103; Dural, s. 261.

bağlı tasarrufta bulunmayan tarafça sözleşmeden dönülmesinden sonra bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan dönme beyanının geri alınması mümkün değildir<sup>140</sup>. Mirasbırakanın sözleşmeden dönmesi durumunda da aynı sonucun kabul edilmesi gerekmektedir<sup>141</sup>. Sözleşmenin geçerli olması isteniyorsa tarafların miras sözleşmesini baştan yapmaları gerekmektedir<sup>142</sup>.

## SONUÇ

Ölüme bağlı tasarrufların bir türü olan miras sözleşmesinden, bazı sebeplerin varlığı halinde tek taraflı olarak dönülebilmektedir. Çalışmamızda, bu sebepler üç ana başlık altında incelenmiştir.

Bu sebeplerden ilki, geçerli olarak meydana gelmiş bir miras sözleşmesinde dönme hakkının saklı tutulması halinde, sonradan taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla miras sözleşmesinden dönebilmesidir.

Diğer bir sebep ise, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkması halinde; mirasbırakanın, miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldıracabilmesidir. Mirasbırakana veya onun yakınlarından birine karşı ağır suç işlenmesi ve mirasbırakana veya onun ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması, mirasçılıktan çıkarma sebepleridir. Mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesinden dönme hakkı mirasbırakana tanınmıştır ve sözleşmeden dönmemek için vasiyetnameler için öngörülen şekil şartlarından birine uymak gerekmektedir. Mirasçılıktan çıkarma nedeninin dönme beyanında gösterilmesi gerekmektedir. Mirasçılıktan çıkarma nedenine dayanılarak miras sözleşmesinden dönülmesi durumunda mirasbırakanın aksine bir tasarrufu olmadıkça ortadan kalkan tasarrufların yerine yasal mirasçılık hükümleri uygulanır.

Son sebep ise, iki tarafa borç yükleyen miras sözleşmelerinde, sağ-lararası ivaz borçlusunun, bu edimini ifa etmemesi ve bir teminat sağ-

<sup>140</sup> Cotti, Art. 514 N. 11; Özbey, s. 103; Badertscher, Art. 514 N. 4.

<sup>141</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz: Dural, s. 264.

<sup>142</sup> Çınar, s. 226.

layamamış olması halinde, diğer tarafa sözleşmeden dönebilme hakkını haiz olmasıdır. Miras sözleşmesinin diğer tarafı olan sağlararası edim alacaklısı, sağlararası ivaz borçlusundan aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir veya aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteyebilir. Dönme beyanında bulunulması üzerine miras sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve tarafların borçları da sona ermektedir. Mirasbırakan, başka bir ölüme bağlı tasarruf yapmazsa yasal mirasçılık hükümleri geçerli olmaktadır.

### KAYNAKLAR

- Albaş Hakan, "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 9 Özel Sayı 2007, s. 535-552.
- Antalya Gökhan, *Miras Hukuku*, İstanbul 2009 (Miras Hukuku).
- Antalya Gökhan, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, İstanbul 1999 (Mirastan Feragat Sözleşmesi).
- Arbek Ömer, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi*, Ankara 2007.
- Ayan Mehmet, *Miras Hukuku*, Konya 2002.
- Aybay Aydın, *Miras Hukuku Dersleri*, İstanbul 2002.
- Badertscher Pia, *ZGB Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Hrs. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander, Stephan Wolf), Zürich 2011.
- Belgesay Mustafa Reşit, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi Üçüncü Kitap Miras*, İstanbul 1952.
- Berki Şakir, *Miras Hukuku*, Ankara 1975.
- Bıçakçı Levent, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, İstanbul 1999.
- Bornhauser Philip R, *Der Ehe-und Erbvertrag-Dogmatischer Grundlage für die Praxis*, Zürich 2012.
- Breitschmid Peter, *Die Verfügungsformen*, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchIT ZGB* (Honsell-Vogt-Geiser Hrsg.), 4. Auflage, Basel/Zürich/Bern 2011.
- Cotti Fiorenzo, *Art-513-514 ZGB*, in *Commentaire du droit des successions* (Hrsg. Antoine Eigenmann Nicolas Rouiller), Bern 2012.
- Çakın Nur, "Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler-Mirastan Iskat", *Ankara Barosu Dergisi* 1974, S. 3, s. 523-536.
- Çınar Ömer, "Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı ile Sona Erdirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 6 S. 12 Güz 2007/2, s. 219-230.
- Çubuklugil Rıza, "Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7 S. 3-4 1950, s. 441-467.
- Diñçer Seher Serap, *Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009.

- Dural Mustafa, Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku, İstanbul 2012.
- Escher Arnold/Das Erbrecht Erste Abteilung, Die Erben (Art. 457-536), Zürich 1959.
- Gauthier Jean, Le pacte successoral, Lausanne 1955.
- Göktürk, Hüseyin Avni: Miras Hukuku, Ankara 1937.
- Gönensay Samim/Birsen Kemaleddin, Miras Hukuku, İstanbul 1956.
- Guinand Jean/Leuba Audrey/Stettler Martin, Droit de successions, 2004.
- Hrubesch-Millauer Stephanie, Kommentar ZGB Art. 513-514, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht (Herausgeber. Peter Breitschmid-Alexandra Rumo-Jungo), Zürich 2012.
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?", Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2010, s. 5-11 (Vorbehaltsklauseln).
- İmre, Zahit, Türk Miras Hukuku, İstanbul 1972.
- İmre Zahit/Erman Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 2010.
- İnan Ali Naim/Ertas Şeref/Albaş Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara 2004.
- Kılıçoğlu Ahmet, Miras Hukuku, Ankara 2007.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1987 (Miras Hukuku).
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukukuna Giriş Genel Bilgiler ve Birinci Kısım, İstanbul 1966 (Miras Hukukuna Giriş).
- Korkmaz Tekin, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008.
- Köprülü Bülent, Miras Hukuku Dersleri Mirasçılar-Ölüme Bağlı Tasarruflar-Mirasın İntikali (Geçmesi), İstanbul 1985.
- Özbey Serap, Olumlu Miras Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010.
- Öztan Bilge, Miras Hukuku, Ankara 2008.
- Öztrak İlhan, La révocation des pactes successoraux en droit suisse, Lausanne 1957.
- Özğür Ali İhsan, Miras Hakkından Iskat, Ankara Barosu Dergisi, 1996/3, s. 346-353.
- Piotet Paul, Traité de droit privé suisse Tome IV, Droit successoral, Fribourg 1975.
- Rumo-Jungo, Alexandra/Schmid, Jörg/Schnyder, Bernhard/Tuor, Peter: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2010.
- Schmid Jasmin Ghandci, "Résiliation et annulation des pactes successoraux", TREX-Der Treuhandexperte 2005, s. 100- 103.
- Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkey: Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Steinauer Paul-Henri, Le droit des successions, Berne 2006.
- Tuor Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abt, Die Erben (Art. 457-536 ZGB.), Bern 1964.
- Weimar Peter, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III. 1.Abteilung, Die Erben, 1. Teilband, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil, Die Verfügungsfähigkeit Die Verfügungsfreiheit Die Verfügungsarten Die Verfügungsformen Art. 457-516 ZGB, Bern 2009.
- Yağcı Kürşat, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat), İstanbul 2013.

# ADİL YARGILAMAYI ETKİLEMEYE TEŞEBBÜS SUÇU (TCK m. 288) OFFENCE OF ATTEMPT TO INFLUENCE A FAIR TRIAL

Rezzan İTİŞGEN\*

**Özet:** Hukuk devletinin temel görevlerinden biri adil yargılamayı sağlamaktır ve bu amaçla mevzuatımızda çeşitli hükümler yer almaktadır. Bunlardan biri de adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçudur. Çalışmamız kapsamında Türk Ceza Kanununun 288. maddesinde düzenlenen bu suç, suç inceleme metoduna göre mahkeme kararları ve doktrindeki görüşler ışığında incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Adil yargılama, suçsuzluk karinesi, haber verme hakkı.

**Abstract:** One of the main tasks of rule of law is to ensure a fair trial and there are various provisions in our legislation for this purpose. One of them is offence of attempt to influence a fair trial. In our work, this offence which is held in article 288 of Turkish Criminal Code will be examined according to method of criminal examination in the light of doctrine and judicial decisions.

**Keywords:** Fair Trial, presumption of innocence, the right of the press.

## Giriş

Temel hak ve özgürlüklerden biri de adil yargılanma hakkıdır. Bu hak Anayasa m. 36' da "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'ya göre "*Her kişi, (özel hukuk uyuşmazlıklarında) medeni hak ve yükümlülüklerinin yahut (ceza hukuku alanında) kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanmasında, yasa-ya kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir.*"<sup>1</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği kararlarda demokratik bir toplumda

\* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 10, 11.

mahkemelerin topluma güven vermesinin temel bir öneme sahip olduğunu vurgular. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı mahkemelerin tarafsızlığını gerektirmektedir. Tarafsızlık ise önyargı ve etki altında olmamak anlamına gelir.<sup>2</sup>

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 288’de “*Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanuncaya kadar, savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmişti. 6352 sayılı Kanun ile bu suç değişikliğe uğramıştır; “*Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.*”.

### A. Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer, ceza normu ile korunması hedeflenen değerlerdir.<sup>3</sup> Yani, bir bakıma, suçu ihdas etmede gözetilen amaçtır. Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu TCK’da “Adliyeye Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlendiğinden bu suçla yargı görevi yapanın, bilirkişi ve tanığın gerçeğe aykırı bir karar, işlem ve beyanda bulunmasının engellenmesi, kamuoyu etkisinde kalması engellenerek tarafsızlığı<sup>4</sup> ve bu surette adil yargılanmanın sağlanması amaçlanmıştır.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> “Toziczka v. Polonya”, Başvuru No. 29995/08, Karar Tarihi 24 Temmuz 2012.

<sup>3</sup> Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1992, 45; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 104; Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 202; Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 1 vd.; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.281.

<sup>4</sup> İsmail Malkoç, Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2.Cilt, Malkoç Kitabevi, 2007, s. 2109; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Uygulamalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları Yeni TCK ile ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 4370.

<sup>5</sup> Ş. Cankat Taşkın, “Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 19, (Çevrimiçi) <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/TCK-277.pdf>, 02.10.2012.

Nitekim yargılamanın adil yapılmasında kamu yararı olduğu gibi,<sup>6</sup> bu husus devlet egemenliğinin de bir gereğidir.<sup>7</sup> 6352 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önceki TCK m. 288'in gerekçesine bakıldığında da maddenin kitle iletişim araçları ile yargı organlarının üzerinde meydana gelebilecek olası baskıların engellenmesinin hedeflediği sonucuna ulaşmaktayız. Common Law'da bu suçu karşılayan suçun adliyenin otoritesini, adil yargılanma hakkını,<sup>8</sup> basın eleştirisi ve ironisinden mahkemelerin haysiyetini<sup>9</sup> korumayı amaçladığı belirtilmektedir.

Bu madde aynı zamanda AİHS m. 6/2'de yer alan suçsuzluk karinesi ile de yakından bağlantılıdır.<sup>10</sup> AİHS m. 6/2'de yer alan suçsuzluk karinesine göre "Kendisine bir suç isnad edilen her kişi, yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanan dek masum sayılacaktır".<sup>11</sup> Sanığı suçlu göstererek hâkimde onun suçlu olduğu kanaatini uyandırma ve bu şekilde onun hakkında haksız bir mahkûmiyet kararı verilmesini sağlamaya yönelik fiiller adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturmanın yanı sıra suçsuzluk karinesini ihlal edecektir. Zira AİHM'in de belirttiği üzere suçsuzluk karinesi, yürümekte olan bir dava ile yakından bağlantılı olarak yapılan önyargılı açıklamalarla adil yargılamanın zedelenmesini önlemeyi amaçlar. Bir kişinin açıkça suçlu olduğunu belirtmekle onun bir suçu işlediğinden şüphelenildiğini belirtmek aynı anlama gelmez.<sup>12</sup> Örneğin, Ergashev v. Rusya davasına konu olan olayda Rusya'da yaşayan Özbekistan vatandaşı olan başvuru radikal bir örgüte üye olma ve devletin anayasal düzenini bozmaya teşebbüs suçları dâhil birtakım suçlardan dolayı Özbek makamları tarafından suçlanır. Özbek makamlarının talebi üzerine Rusya tarafından yakalanıp, tutuklanır. Rusya'da mülteci statüsünde kalmak istese de bu talebi reddedilir. Bu sırada ise Rusya'da bir televizyon kanalında yetkili makam

<sup>6</sup> Nur Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt I, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 141.

<sup>7</sup> Çetin Özek, "Adliye Karşı Suçların Hukuki Konusu", İÜHFİM, C.55, S.3, 1997, s. 17.

<sup>8</sup> Pascale Duparc Portier, "Media Reporting Of Trials In France And In Ireland", 1 Judicial Studies Institute Journal 6, (2006), s. 204.

<sup>9</sup> Joachim Scherer, "Justiz und Massenmedien Kontrollierende oder kontrollierte Medienöffentlichkeit?", s. 47, (Çevrimiçi) <http://www.zaoerv.de>, 20.09.2013.

<sup>10</sup> Malkoç, a.g.e., s. 2109, 2110.

<sup>11</sup> Gemalmaz, a.g.e., s. 11.

<sup>12</sup> "Borovský v. Slovákya", Başvuru No. 24528/02, Karar Tarihi 2 Eylül 2009.

referans verilerek başvuruçunun Özbek otoriteleri tarafından kendisine isnad edilen suçları işlediğine yönelik haberler yapılır. Bu nedenle AİHM yapılan yayınların suçsuzluk karinesini ihlal ettiği sonucuna varır.<sup>13</sup> Görüldüğü üzere bir kişinin suçlu olduğunu belirten yayınlar suçsuzluk karinesine da aykırılık arz etmektedir. Zira bu takdirde şüpheli ya da sanık hem toplum nazarında suçlu olarak gösterildiği için kişilik hakları zedelenmekte, hem de bu şekilde yargı makamlarının o kişi hakkında vereceği karara etkide bulunmaktadır.

## B. Suçun Temel Unsurları

### 1. Maddi Unsurlar

#### a. Suçun Konusu

Suçun konusu tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği insan veya maddi şey<sup>14</sup> olarak tanımlanmaktadır ve suçların yönelikleri konulara düzenlendiği belirtilmektedir.<sup>15</sup> 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce suçun konusu soruşturma ya da kovuşturma evresinde mahkeme konusunu oluşturan suç teşkil eden olaydı. Suç teşkil etmeyen kabahatler, disiplin soruşturmaları, mahkemede görülmekte olan özel hukuk uyuşmazlıkları suçun konusuna dâhil değildi.<sup>16</sup> 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile artık suçun konusu herhangi bir mahkemede görülmekte olan davadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar bakımından da TCK m. 288'in uygulanması mümkündür.

#### b. Fiil

Bu suç tipi TCK m. 277'de düzenlenen yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçuna benzemekle birlikte aralarında önemli farklar bulunmaktadır.<sup>17</sup> Adil yargılamayı etkilemeye te-

<sup>13</sup> "Ergashev v. Rusya", Başvuru No. 12106/09, Karar Tarihi 4 Haziran 2012.

<sup>14</sup> Koca, Üzülmöz, a.g.e., s. 103; Özbek vd., a.g.e., s. 202; Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s. 280.

<sup>15</sup> Önder, a.g.e., s. 45.

<sup>16</sup> Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 4371; Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt: 4, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2009, s. 5275.

<sup>17</sup> Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs Madde 277- (Değişik: 2/7/2012-6352/90md.)

(1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın ta-



sebbüs suçunun maddi unsurunu yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla yapılan alenen sözlü veya yazılı beyan oluşturmaktadır. Yani TCK m. 277’te yer alan yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunun aksine etkilemeye yönelik her türlü hareket değil, sadece alenen sözlü ya da yazılı beyanda bulunmak bu suçu oluşturacaktır. Bu nedenle adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs bağlı hareketli bir suçtur.

TCK m. 288’in oluşması için etkilemeye yönelik sözlü ya da yazılı beyanın aleni olması gerekmektedir, aleniyet bu suçun bir unsurudur. Fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması anlamına gelmektedir.<sup>18</sup> Aleniyetin basın yolu ile gerçekleşmesi gerekmez.<sup>19</sup> Yine sözlü ya da yazılı beyanın aleni olması gerektiğinden failin yargı görevi yapan, tanık veya bilirkişiyi ile yakın temasta bulunması gerekmemektedir.<sup>20</sup> Bu nedenle kanun koyucu 6352 sayılı Kanun ile bu suçun cezasını da değiştirerek, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine daha hafif bir yaptırım olarak adli para cezasını tercih etmiştir. Hâlbuki TCK m. 277’yi ihlal eden kişiye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası uygulanacaktır. Doktrinde bir görüşe göre 6352 sayılı Kanun’un yaptığı değişikliklerle beraber artık TCK m. 277 ile TCK m. 288 arasındaki farklılık büyük ölçüde kalktığından, her iki suçun yaptırım arasında bu derece bir farklılık isabetli değildir.<sup>21</sup> Kanımızca her ne kadar iki madde birbirine çok benzemekte ise de ikisinin uygulanma alanı farklıdır. TCK m. 288 görülmekte olan bir dava veya yapılmakta olan bir soruşturma hakkında hukuka aykırı bir karar verilmesi veya bir işlem tesis edilmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunulması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etki-

---

raflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.

<sup>18</sup> Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 4371.

<sup>19</sup> Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 411.

<sup>20</sup> Donay, a.g.e., s. 411; Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 4372.

<sup>21</sup> “Yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesi amacıyla bazı kanunlarda değişiklik yapılması ve basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesi hakkında kanun tasarısı” Türk Ceza Hukuku Derneği Görüşü (Çevrimiçi) t24.com.tr/.../TCHD%20GÖRÜŞÜ%20-%202014\_05\_2012%20SON%..., 20.09.2012.

lemek amacıyla yapılan aleni sözlü veya yazılı beyanı kapsamına alır ve bu suç adil yargılanma hakkının, basının haber verme ve eleştiride bulunma hakkı ve bireylerin ifade özgürlüğüne ağır bastığı durumlarda uygulama alanı bulur. Halbuki TCK m. 277’de haklar arasında bu şekilde derin bir çatışma söz konusu olmaz.

Suç teşkil eden fiillerin gerçekleştiği zaman dilimi suçun oluşumu bakımından önem arz etmektedir. Aslında sona eren bir dava sonrasında yapılan yayınlar da bu davaya benzer nitelikteki davalar açısından yargı görevi yapan, bilirkişi ya da tanık üzerinde olumsuz etkiye sahip olabilir. Fakat kanun koyucu bu suçu oluşturan fiillerin TCK m. 277’de olduğu gibi görülmekte olan bir dava veya yapılmakta olan bir soruşturma sırasında gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. İngiliz hukukunda da aynı şekilde bu suçu oluşturan fiiller ancak görülmekte olan bir dava sırasında gerçekleştiği takdirde cezalandırılacaktır.<sup>22</sup> Davanın türü ve görüldüğü merci önem taşımamaktadır.

Suçun tamamlanması için suç teşkil eden hareketin yani aleni sözlü ya da yazılı beyanın bulunması yeterlidir, suçun konusu üzerinde bir zararın oluşması yani adil yargılamanın ihlali gerekmez. Hatta muhatap kimselerin söz konusu açıklamaları duyamaması, görememesi ya da anlayamaması da önem taşımaz.<sup>23</sup> Bu nedenle TCK m. 288 soyut tehlike suçudur.<sup>24</sup> Doktrinde basının haber verme, yorum yapma ve eleştiride bulunma hakkını zedelememek açısından bu suçun soyut değil, somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinin daha doğru olacağı ileri sürülmektedir.<sup>25</sup> Belirtmek gerekir ki sınırları dâhilinde uygulandığı takdirde basının haber verme, yorum yapma ve eleştiride bulunma hakkı zaten hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygun kabul edilecektir. Bunun dışındaki durumlarda kanımızca da ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı arasında yapılacak değerlendirmede denge sağlanması amacıyla adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu somut tehlike suçu olarak kabul edilmelidir. Nitekim Birleşik Krallık’ta

<sup>22</sup> Thomas Luscher, “Freedom of Speech and Press as a Limitation on the Contempt Power”, *Marquette Law Review*, Vol. 40, Issue, 3, s. 314, 315.

<sup>23</sup> Necati Meran, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu: ayrıntılı madde açıklamaları, ilgili yargı kararları, infaz kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 1357.

<sup>24</sup> Centel, a.g.e., s. 151.

<sup>25</sup> Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s. 376.

TCK m. 288’de yer alan bu suçta benzer nitelikte düzenleme 1981 tarihli “Contempt of Court Act (Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu”nda yer almaktadır.<sup>26</sup> Bu Kanun’a göre kusursuz sorumluluk ilkesi geçerlidir ama yapılan yayın davaya müdahale bakımından önemli bir risk yaratmalı ve yargılama hâlihazırda sürmekte olmalıdır.<sup>27</sup> Buna karşın Fransız Ceza Kanunu m. 434-16’ya göre ise nihai hükümden önce tanıkların açıklamaları ya da adli soruşturma organı veya yargılama yapan mahkemenin kararlarını baskı yoluyla etki etmek için yapılan yorumların yayınlanması suç sayılmıştır.<sup>28</sup> Yani burada da bizim kanunumuzda olduğu gibi soyut tehlike suçu söz konusudur.

Adil yargılamayı etkilemeye yönelik fiiller çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örneğin, Amerikan Mahkemesi’ne konu olan bir olayda kasten adam öldürme suçundan dolayı suçlanan sanık koşullu salıverilir ve denetim süresi içerisinde, işlediği diğer bir kasten adam öldürme suçundan dolayı yargılamasına devam edilir. Jüri iki kere ölüm cezası vermeye karar vermişse de temyiz mahkemesi her defasında bu kararları iptal eder. Üçüncü duruşma sırasında yerel bölgede çıkan bir gazete ön sayfasında verdiği haberde koşullu salıverme kurumunu hedef alarak, bölgedeki suç oranının yüksek olmasını bu kuruma bağlar ve o bölgedeki şerifin sanığın ölüm cezasına çarptırılması gerektiği görüşünü bildiren açıklamalarına yer verir. Ertesi gün savcılık kapanış oturumunda bu açıklamaları referans alır. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi ise savcılığın bu tutumu ve mahkemenin jüriyi bu gazete haberini dikkate almaması gerektiğine dair bilgi vermemesini dikkate alarak sanığın adil ve tarafsız yargılamadan mahrum kaldığına karar verir.<sup>29</sup>

### c. Fail

Bu suçun faili herhangi bir özellik taşımaz. Herkes bu suçun faili olabilir. Suçun failinin basın mensubu olup olmaması da önem arz etmemektedir.

<sup>26</sup> Kanun metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49>, 20.09.2013.

<sup>27</sup> Daniel Grabham, “Explore the Difficulties Faced by English Law In Balancing the Rights of the Individual with the Freedom of the Press”, (Çevrimiçi), <http://www.danielgrabham.com/portfolio/earlywork/law.pdf>, 19.09.2012.

<sup>28</sup> (Çevrimiçi) [http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France\\_Criminal%20Code%20updated%20on%202012-10-2005.pdf](http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%202012-10-2005.pdf), 20.09.2013.

<sup>29</sup> People v. Purvis, 60 Cal. 2d 323, 384 P.2d 424 (1963).

#### d. Mağdur

Adil yargılama yapılmasında tüm toplumun menfaati olduğu için mağdur kamu kabul edilmelidir. Ayrıca aleyhine işlem, karar ya da beyanda bulunulmasına çalışılan kişi veya kişiler de mağdur olarak kabul edilmelidir.

### 2. Manevi Unsur

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu kanunda aksi düzenlenmediği için ancak kasten işlenebilir. Kast aleniyeti de kapsamalıdır. Aynı zamanda fail hukuka aykırı bir karar vermesi veya işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için yargı görevin yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkileme amacı taşınmalıdır. İngiliz hukukunda da R v. Payne<sup>30</sup> davasında belirtildiği üzere yapılan bir yayının adil yargılamayı etkileme suçunu oluşturabilmesi için failin kastı açıkça yürümekte olan bir davayı etkilemeye yönelik olmalı veya bu husus fail tarafından en azından hesaba alınmalıdır.

Suçun oluşumu için "*hukuka aykırı olarak etkileme*" söz konusu olmalıdır. Yani suç tanımında hukuka aykırılık ibaresine açıkça yer verilmiştir. Bir görüşe göre, bu takdirde failin kastı hukuka aykırılığı da kapsamalıdır.<sup>31</sup> Diğer bir görüşe göre ise, suç tipinde açıkça hukuka aykırılığa yer verildiği durumlarda, hukuka aykırılığa ilişkin belirleme suç tipindeki belirli bir unsura ilişkin ise failin kastının bu hususu da kapsamaması gerekmekte ise de; hukuka aykırılık suç tipinin tümüne yönelik ise, kastın ayrıca hukuka aykırılığa yönelik olmasına ihtiyaç yoktur. Buradaki sorun haksızlık bilincine ilişkindir.<sup>32</sup> Bir başka görüşe göre hukuka aykırılık suç tipindeki bir durumun niteliğine yönelik ise hukuka aykırılık da suçun bir unsurudur ve failin kastı bu unsur da kapsamalıdır fakat diğer durumlarda bu kavram gereksiz yere kullanılmaktadır ve failin kastının bunu kapsamaması gerekmez.<sup>33</sup> Yine bu tür durumlarda suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği de ile-

<sup>30</sup> [1896] i Q.B. 577.

<sup>31</sup> Kayıhan İçel, Fusun Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenc, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, İstanbul, 2000, s. 110, 111.

<sup>32</sup> Koca/Üzülmöz, a.g.e., s. 99.

<sup>33</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 245.

ri sürülmektedir.<sup>34</sup> Kanımızca kanunda açıkça bu şekilde bir ifade yer almakta ise suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bu nedenle TCK m. 288’te düzenlenen bu suç olası kast ile işlenemez.

Aleni sözlü ya da yazılı beyan ancak kanunda belirtildiği üzere yargı görevi yapanı, bilirkişiyi ve tanığı etkileme amacı taşımalıdır. Bu şekilde sınırlı sayı doktrinde eleştirilmektedir. Bir görüşe göre bu suçun soruşturma evresinde önemli bir rol oynayan adli kolluk ve uzlaştırmacıyı da kapsamına alması gerekirdi.<sup>35</sup> Zira kolluk soruşturma aşamasında delillerin toplanması bakımından önem arz eden faaliyetlerde bulunmaktadır. Aynı şekilde uzlaştırmacı da CMK m. 253 kapsamında faaliyette bulunmaktadır ve uzlaşma sağlandığı takdirde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilecektir. Üstelik CMK m. 253/10’a göre hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur. Yani uzlaştırmacının da tarafsızlığı ve önyargısızlığı önem taşımaktadır. TCK m. 6’ya göre ise yargı görevi yapan teriminden yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri Cumhuriyet savcısı ve avukatlar anlaşıldığından kolluk ve uzlaştırmacıyı etkilemek amacıyla sözlü ya da yazılı beyanda bulunmak adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturmayacaktır. Diğer yandan bu tür bir düzenlemenin gerekliliği de tartışılabilir. Zira adli kolluk CMK m. 160/2’ye göre Cumhuriyet savcısının emri altındadır ve CMK’da belirtilen çoğu faaliyetler için Cumhuriyet savcısının ya da hâkimin kararı gerekmektedir (CMK m. 119/1, CMK m. 90/5 vs.). Aynı şekilde uzlaştırmacının gerçekleşebilmesi için CMK m. 253/17’ye göre Cumhuriyet savcısının, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirleyip, raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alması gerekmektedir. Dolayısıyla uzlaştırmacının tarafsızlığı da denetlenmiş olmaktadır.

### 3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun da tamamlanabilmesi için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamalıdır.

<sup>34</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 276; Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s. 373.

<sup>35</sup> Yener Ünver, Adliye Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 375.

Bu suç bakımından da hukuka uygunluk nedeni olarak ancak hakkın kullanılması gündeme gelebilir. Hakkın kullanılması kapsamında da Anayasanın 28. ve 5187 sayılı Basın Kanununun 3. maddesinde ifadesini bulan basının haber hakkı ile bilimsel nitelikteki eleştiriler değerlendirilebilir.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu basının haber verme hakkı ile yakından bağlantılıdır. Zira özellikle hâkim ve savcılar görülmekte olan davayla yakından ilgili kişilerdir. Konu hakkında yetersiz bilginin olması ya da hukuk normlarının yorumuna elverişli olması durumunda basın tarafından yapılan baskının bu kişiler üzerinde önemli etkisi olacaktır.<sup>36</sup> Bu nedenle bağımsızlığın sağlanması bakımından basından gelebilecek müdahalelere karşı korunma gereklidir.<sup>37</sup> Basının görevi geneli ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde halkı aydınlatmak, çeşitli konularda kamuoyunu düşünceye sevk etmek için tartışmalar açmak, onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek ve uyarmak, bireyleri içinde yaşadığı toplumu ve tüm insanlığın sorunları yönünden bilinçlendirmektir.<sup>38</sup> Bir haberin verilmesinde gerçeklik, güncelik, kamu yararı, toplumsal ilgi, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık söz konusu ise haberin hukuka uygun olduğunu kabulü gerekmektedir.<sup>39</sup> Ceza Genel Kurulu'nun bu görüşü destekleyen kararında; bir olayın haber niteliği taşıması için, haber gerçek ve güncel olması, haberin açıklanmasında kamu ilgi ve yararı olup verilen haberle suç arasında fikri bir bağ bulunması gerektiği belirtilmiştir.<sup>40</sup> Bu şartlar bulunduğu takdirde her kişi ve makamın eleştiriye açık olması gerektiğinde tipe uygun fiil suç oluşturmaz.<sup>41</sup> Böylece basın yargı sisteminde görülen aksaklıkları ve yargıçların hatalı tutumlarını kamuyu aydınlatma amacıyla eleştirip, bu yöne dikkat çekebilecektir.

<sup>36</sup> Hans Mathias Kepplinger, Thomas Zerback, "Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte Art, Ausmaß und Entstehung reziproker Effekte", Publizistik (54), 2009, s. 220.

<sup>37</sup> Özek, a.g.e., s. 46.

<sup>38</sup> CGK, E. 4-96/1985, K. 790/1985, 09.10.198; HGK, E. 02/4-615, K.02/619, 02.09.2002.

<sup>39</sup> 4.HD, E. 2/734 K. 02/6038, 20.05.2002.

<sup>40</sup> CGK, E. 154/1994, K. 223/1994, 20.06.1994.

<sup>41</sup> Donay, a.g.e., s. 396; Taşkın, a.g.e., s. 15.

Basının haber verme hakkı ile bireyin adil yargılanma hakkı yarışmaktadır. AİHM The Sunday Times v. Birleşik Krallık ile Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık davalarında gazetelerin Britanya Güvenlik Servisinin emekli bir üyesinin anılarını ve bu serviste gerçekleştiği iddia edilen birtakım hukuka aykırılıkları içeren “Spycatcher” adlı kitabının daha önce diğer ülkelerde yayınlanmasına rağmen ülkede yayınlanmasının adil yargılamayı etkileyeceği gerekçesiyle yasaklamasını uygun bulmayarak AİHS m. 10’nun ihlal edildiğini saptamıştır.<sup>42</sup> Worm v. Avusturya davasına konu olan olayda ise bir gazeteci vergi kaçırmak suçundan yargılanan devlet bakanının suçlu olduğunu şiddetle ileri süren bir makale yayınlar ve bu nedenle ceza muhakemesinin sonucunu etkileyebilecek nitelikteki hususların yayınlanmasını yasaklayan Basın Kanunu’nun 23. maddesine göre mahkûm edilir. AİHM gazetecinin bu şekildeki mahkûmiyetini yargının otoritesi ve tarafsızlığının temel önemi ile adil yargılama hakkının korunması ve adaletin işleyişine yönelik kamu güvenin sürdürülebilmesi amacıyla AİHS m. 10’a aykırı görmez.<sup>43</sup> News Verlags GmbH & CoKG v. Avusturya davasının konu olan olayda başvuru şirketi kendi gazetesinde Avusturya’da siyasetçi ve diğer birçok kişinin ciddi şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan olay hakkında bir makale yayınlar. Bu makalede ayrıca şüpheli B’nin doğrudan ya da dolaylı olarak fail olduğu yönünde yorumlar ve onun bir fotoğrafına yer verilir. B’nin başvurusu üzerine Viyana Temyiz Mahkemesi söz konusu yayını yapan şirketin B’nin fotoğrafını yayınlamaya devam etmesini yasaklar. AİHM bu şekilde bir yasaklamanın AİHS m. 10’a yönelik bir müdahale olduğu fakat fotoğrafı yayınlanan kişinin şüpheli konumunda olduğu ve yakalandığı, bu şüphelinin aşırı sağcı olarak bilindiği ve işlediği iddia edilen suçların da bu şekilde politik görüş temelli olduğu gerekçeleriyle bu müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığı sonucuna varır.<sup>44</sup> Shuvalov v. Estonya davasına konu olan olayda ise başvuru, hakkında rüşvet alma suçundan dolayı devam eden yargılama sırasında savcılığın basına yaptığı açıklamalar nedeniyle suçsuzluk karinesinin

<sup>42</sup> “The Sunday Times (no.2) v. Birleşik Krallık”, Başvuru No. 6538/74, Karar Tarihi 26 Nisan 1979; “Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık”, Başvuru No. 13585/88, Karar Tarihi 26 Kasım 1991.

<sup>43</sup> “Worm v. Avusturya”, Başvuru No. 22714/93, Karar Tarihi 29 Ağustos 1997.

<sup>44</sup> “News Verlags GmbH & CoKG v. Avusturya”, Başvuru No. 31457/96, Karar Tarihi 11.01.2000.

ihlal edildiğini iddia eder. Mahkeme savcılık tarafından basına yapılan açıklamaların soruşturmaya yönelik muhtemel zararları önlemeyi amaçladığını ve toplumun önemli ölçüde ilgisine çeken bir dava hakkında toplumu bilgilendirme gerekliliğinin sınırını aşmadığını belirterek suçsuzluk karinesinin ihlal edilmediğine karar verir.<sup>45</sup>

Birleşik Devletler’de de özellikle geniş ölçüde kamunun ilgisine açık olan davalarda adil yargılanma hakkının düzenlendiği Amerikan Anayasası 6. Ek ile basının haber verme özelliğinin dayanağını oluşturan 1. Ek arasındaki yarışmanın dengelenmesi için bazı kriterler yaratılmaya çalışılmıştır. Times Mirror Co. v. Superior Court davasına konu olan olayda bir işçi sendikasının iki üyesi sendikalı olmayan bir kişiye saldırıp onu dövmekten dolayı mahkûm edilirler ve koşullu salıverme için başvuruda bulunurlar. Bu sırada The Los Angeles Times “Goriller için koşullu salıverme?” başlıklı bir başyazıda söz konusu iki adamı suçlayarak, hâkime eğer bu kişilerin koşullu salıvermesine karar verirse önemli bir yanlışlık yapmış olacağını belirterek ihtarda bulunur. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi mahkemenin incelediği bir husustaki bu şekilde müdahalenin doğal ve makul bir dengede olmadığına kanaat getirerek, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu karşılayan maddeden mahkûmiyetine karar verir.<sup>46</sup> 1976’da görülen Nebraska Press Assosiation v. Stuart davası<sup>47</sup> sonucunda ise Yüksek Mahkeme görülmekte olan bir dava hakkında yayın yasağı konulabilmesi için üç aşamalı bir testin uygulanması gerektiği sonucuna varır; duruşma öncesi haberlerin kapsamı, duruşma öncesi kamuya açıklığın sınırlandırılmamasının etkilerini yumuşatabilecek diğer önlemlerin mümkün olup olmadığı, sınırlama kararının muhtemel tehlikeyi önlemedeki etkisi. Bu kriterlerden sonra basınının haber verme hakkının sınırlandırılmasının güçleşmesi nedeniyle alternatif yollar aranmaya başlanmıştır. Sheppard v. Maxwell davasında<sup>48</sup> Yüksek Mahkeme basının değil, duruşmada bulunanların açıklama yapmasına bir sınırlama getirilebileceğine karar vermiştir. Böylece basın yine ulaştığı kaynaklardan dava ile ilgili haber verebilecek ve haklarından bir sınırlama kararı verilmeyecektir.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> “Shuvalov v. Estonya”, Başvuru No. 39820/08, 14942/09, Karar Tarihi 29.05.2012.

<sup>46</sup> Times Mirror Co. v. Superior Court, 15 Cal. 2d 99, 98 P.2d 1029 (1940).

<sup>47</sup> 427 U.S. 539 (1976).

<sup>48</sup> 384 U.S. 333 (1966).

<sup>49</sup> Mark R. Stabile, “Free Press-Fair Trial: Can They be Reconciled in a Highly Publi-



Bilimsel nitelikteki görüş ve eleştiriler de etkileme amacı bulunmadığı takdirde bu suçu oluşturmaz. Örneğin, CMK m. 67/6'ya göre Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Bu bilimsel mütalaa devam etmekte olan dava hakkında yapılan eleştiriler suç oluşturmaz.<sup>50</sup>

### C. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

#### 1. Teşebbüs

TCK m. 288'de yer alan bu suçun tamamlanabilmesi için adil yargılamayı etkilemeye yönelik alenen sözlü ya da yazılı beyanda bulunulması yeterlidir. Bu nedenle bu suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre ancak basın yolu ile işlenmesi halinde bu suça teşebbüsün mümkün olacaktır.<sup>51</sup> Kanımızca sırf hareket suçlarında hareket parçalara bölünebilirse teşebbüs mümkün olacaktır bu suç bakımından da aynı şey söz konusudur. Örneğin, konuşma veya açıklama metninin salt hazırlanması suçun icrasına başladığı anlamına gelmez, bunlar hazırlık hareketi olarak değerlendirilir.<sup>52</sup> Fakat yargı görevi yapanı, bilirkişi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla yapılması için hazırlanan yayına başlanması anında elektrik tesisatı çöktüğü için yayın gerçekleştirilemez ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir ya da yine aynı amaçla hazırlanan bir yazı dizisini içeren gazetenin basılmasına rağmen henüz dağıtılmadan imha edilmesi durumunda da suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

#### 2. İştirak

Herkes bu suçun faili olabildiği için iştirak hususunda önem arz eden bir durum söz konusu değildir.

<sup>50</sup> cized Criminal Case?", 79 *The Georgetown Law Journal* 337, (1990-1991), s. 342, 343. Donay, a.g.e., s. 396.

<sup>51</sup> Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 4372.

<sup>52</sup> Meran, a.g.e., s. 1357.

### 3. İçtima

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu kapsamında yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla yapılan aleni sözlü ya da yazılı beyan aynı zamanda başka suçları da gündeme getirebilir. Örneğin, hırsızlık suçundan dolayı sanığın yargılanması sırasında basında onun bu suçu işlediğine yönelik yapılan açıklamalar TCK m. 288'in yanı sıra TCK m. 125/4'te yer alan hakaret suçunu gündeme getirir. Bu takdirde TCK m. 288'de özel bir içtima kuralına yer verilmediği için TCK m. 44 uyarınca farklı neviden fikri içtima kuralına göre faile ceza verilecektir.

Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla yapılan aleni veya sözlü beyanlar değişik zamanlarda açıklanmışsa ve aynı dava ya da soruşturma hakkında ise TCK m. 43/1'de düzenlenen zincirleme suça ilişkin kurallar uygulama alanı bulur. Örneğin, belirli bir dava ile ilgili hazırlanan ve her gün aynı gazetede yayımlanan bir yazı dizisinin yayımlandığı gün sayısınca TCK m. 288 işlenmiştir, fakat bu takdirde TCK m. 43/1 uyarınca faile tek bir ceza verilecek ve cezasında kanunun belirlediği oranda artırılma gidilecektir.

### Sonuç

Adil yargılanma hakkı temel hak ve özgürlüklerden birini oluşturmaktadır. Devlet bu hakkı ihlal etmemek ve ihlal etmeye yönelenleri cezalandırmakla mükelleftir. Bu amaçla Türk Ceza Kanunu m. 288'de adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçuna yer verilmiştir. Bu suç aynı zamanda basının haber verme ve eleştiride bulunma hakkı ile yakından bağlantılıdır. Adil yargılanma hakkı ile bu haklar arasındaki hassas dengenin sağlanması amacıyla 6352 sayılı Kanun ile bu maddede değişikliğe gidilerek amaç unsuruna yer verilmiş, ayrıca suçun cezası adli paraya düşürülmüştür. Kanımızca bu suçun Birleşik Krallık'ta olduğu gibi somut tehlike suçu haline getirilmesi de gereklidir. Hâkim ve savcılar ise maddeyi dikkatli uygulamalı ve AİHM'in basının haber verme hakkı ve suçsuzluk karinesinin ihlaline dair kriterlerini gözetmelidir.

## KAYNAKLAR

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Centel Nur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yaparı Etkileme Suçu”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt I, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 135-154.
- Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Gemalmaz Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Grabham Daniel, “Explore the Difficulties Faced by English Law In Balancing the Rights of the Individual with the Freedom of the Press”, (Çevrimiçi), <http://www.danielgrabham.com/portfolio/earlywork/law.pdf>, 19.09.2012.
- Gündel Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt: 4, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2009.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- İçel Kayıhan/ Sokullu-Akıncı Füsun/ Özgenç İzzet / Sözüer Adem/ Mahmutoğlu Fatih S./ Ünver Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul, 2000.
- Kepplinger, Hans Mathias/ Zerback, Thomas, “Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte Art, Ausmaß und Entstehung reziproker Effekte”, Publizistik (54), 2009, s. 216-239.
- Koca Mahmut/ Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Luscher, Thomas, “Freedom of Speech and Press as a Limitation on the Contempt Power”, Marquette Law Review, Vol. 40, Issue, 3, s. 313-324.
- Malkoç İsmail, Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2.Cilt, Malkoç Kitabevi, 2007.
- Meran Necati, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu: ayrıntılı madde açıklamaları, ilgili yargı kararları, infaz kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1992.
- Özbek Veli Özer/ Kanbur Nihat/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Özek Çetin, “Adliye Karşı Suçların Hukuki Konusu”, İÜHFİM, C.55, S.3, 1997, s. 13-50.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Parlar Ali/ Hatipoğlu Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Uygulamalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları Yeni TCK ile ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Portier Pascale Duparc, "Media Reporting Of Trials In France And In Ireland", 1 Judicial Studies Institute Journal 6, (2006), s. 197-238.

Scherer Joachim, "Justiz und Massenmedien Kontrollierende oder kontrollierte Medienöffentlichkeit?", s. 38-82, (Çevrimiçi) <http://www.zaoerv.de>, 20.09.2013.

Stabile Mark R., "Free Press-Fair Trial: Can They be Reconciled in a Highly Publicized Criminal Case?", 79 The Georgetown Law Journal 337, (1990-1991), s. 337-358.

Taşkın Ş. Cankat, "Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", s. 19, (Çevrimiçi) <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/TCK-277.pdf>, 02.10.2012.

Türk Ceza Hukuku Derneği Görüşü (Çevrimiçi) [t24.com.tr/.../TCHD%20GÖRÜŞÜ%20-%202014\\_05\\_2012%20SON%...](http://t24.com.tr/.../TCHD%20GÖRÜŞÜ%20-%202014_05_2012%20SON%...), 20.09.2012.

Ünver Yener, Adliyeye Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

\*(Çevrimiçi) [http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France\\_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf](http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf), 20.09.2013.

(Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49>, 20.09.2013.

# HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK VEYA AŞAĞILAMA PROVOCATION OF HOSTILITY AND GRUDGE IN SOCIETY OR HUMILIATION

Aykut ERSAN\*

**Özet:** İfade özgürlüğü esas itibariyle sınırsız olmakla birlikte, meşru amaçlarla sınırlamalara maruz kalabilmektedir. Özellikle ceza hukuku, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların söz konusu olduğu bir alandır. Bu çerçevede makalede, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama şeklinde nitelendirilebilecek bir düzenleme olarak, Türk Ceza Kanunu md. 216'daki "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" suçuna değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Halk, kin, düşmanlık, tahrik, aşağılama.

**Abstract:** In principle, freedom of speech is unlimited. However due to legal aims it may be the object to limitations. Mostly, criminal law requires freedom of speech to be objected to such limitation. In this context, Turkish Criminal Code Art. 216 entitled "Provocation of hostility and grudge or humiliation", which may be determined as restriction to the freedom of speech, will be examined in detail.

**Keywords:** Society, grudge, hostility, provocation, humiliation.

## 1. GİRİŞ

İfade özgürlüğü esas itibariyle sınırsız olmakla birlikte, Türk hukukunda Anayasa'da sayılan meşru amaçlarla sınırlamalara maruz kalabilmektedir. Bu özgürlük bakımından Anayasa'da sayılan sınırlama nedenleri ise, başta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlardaki düzenlemelerle somutlaşmaktadır. Özellikle de ceza hukukunun ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların söz konusu olduğu bir alan olması, dışa vurulan düşünce ve kanaatlerin, bu şekilde, artık

\* Avukat, İstanbul Barosu. 2010-2013 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak görev almıştır.

üçüncü kişilerin hakları ve özgürlükleri bakımından da etki doğurmasından ileri gelmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, ceza hukukuyla sınırlamaya maruz kalan, kişilerin düşünceleri değil, bu düşüncelerin açığa vurulmuş yani ifade edilmiş hâlidir<sup>1</sup>.

Biz de, ifade özgürlüğü ile ilişkisi bakımından da anlamını ortaya koyabilmek adına, bu özgürlüğe ilişkin sınırlama şeklinde nitelendirilebilecek bir düzenleme olarak, TCK md. 216'daki<sup>2</sup> "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" suçuna **ışık tutmaya çalışacağız**. Söz konusu suçun düzenlemesi şu şekildedir<sup>3</sup>:

*"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*

*Madde 216- (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan*

<sup>1</sup> Sulhi Dönmezer, "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği - Anayasa Hukuku)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1963, C: XXIX, S.: 3, s. 772; İzzet Özgenç, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1997, C: LV, S.: 3, s. 60.

<sup>2</sup> 765 Sayılı TCK / Madde 312- ...Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir. Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311'inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır.

<sup>3</sup> Bu maddenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü konusunda birçok ihlal kararı verdiği 765 sayılı TCK'deki 312. maddenin karşılığı olarak, bu konudaki AİHM içtihatları da dikkate alınarak, unsurları daha açık şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, Türkiye'de ifade özgürlüğünün genişletilmesi sürecinde özel bir anlama sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: Hasan Sınar, "Yeni Türk Ceza Kanununda İfade Özgürlüğü", Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrechts, Yay. Haz.: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Nomos, 2010, s. 299.

*kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Maddede farklı unsurlara sahip farklı suç tiplerinin düzenlendiği görülmektedir. İlk fıkrada, “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” şeklinde bir suç tipi tanımlanmışken, diğer fıkralarda “halkın bir kesimini aşağılama” ve “halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama” şeklinde suç tiplerine yer verildiği görülmektedir. Yapacağımız açıklamalarda da bu farklı suç tipleri ayrımını göz önünde bulunduracağız.

## 2. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Madde gerekçesinde, söz konusu düzenlemenin, ifade özgürlüğü bağlamında kişilerin düşündüklerini özgür bir ortamda söyleyebilmelerinin, demokratik toplumun varlığı için zaruri sayılan unsurlardan olduğu hususu dikkate alınarak yapıldığı vurgulanmıştır. Bu açıdan ifade özgürlüğünün sınırlanması ile ilişkili olarak böyle bir düzenlemenin getirilmesi, özellikle de kamu barışının korunmak istenmesinden kaynaklanmaktadır. Belirttiğimiz gibi, her ne kadar ifade özgürlüğü esas itibariyle sınırsız olsa da, bu düzenlemede somutlaştırıldığı üzere, kamu barışı şeklindeki hukuksal değerın korunması amacıyla sınırlamaya maruz kalmaktadır<sup>4</sup>. Korunan hukuksal değerın kamu barışı olduğu, maddenin TCK’de düzenlendiği bölüm başlığı dikkate alındığında da varılabilecek bir sonuçtur.

Belirtmek isteriz ki, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması ve de üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması suç tipleri bakımından, ayrıca bu gibi kişilerin onur, şeref ve saygınlıkları da bir yönüyle korunan hukuksal değeri oluşturmaktadır<sup>5</sup>. Ancak dikkat

<sup>4</sup> Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. bs., München, Verlag C.H. Beck, 2011, § 130 - Kn. 1; Theodor Lenckner/Detlev Sternberg-Lieben (Bölüm yazarları), Strafgesetzbuch Kommentar, Yay. Haz.: Adolf Schönke, Horst Schröder v.d., 28. bs., München, Verlag C.H. Beck, 2010, § 130 - Kn. 1a.

<sup>5</sup> Matthias Krauß (Bölüm yazarı), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar - Fünfter Band - §§ 110 bis 145d, Yay. Haz.: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, 12. bs., Berlin, De Gruyter Recht, 2008, § 130 - Kn. 2 vd.; Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 1a.

edilmelidir ki, burada hakaret suçundan farklı olarak, tek tek kişilerin şereflerinin yanında ve hatta bunların ötesinde kamu barışı şeklinde hukuksal değerın ön plana alınması söz konusudur<sup>6</sup>.

Üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması suç tipi bakımından, dinin ya da kişilerin din özgürlüklerinin de korunması amaçlanan bir hukuksal değer olduğu düşünülebilirse de, ağırlıklı olan görüş burada salt kamu barışının korunan hukuksal değer olduğudur<sup>7</sup>.

### 3. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

#### 3.1. Maddi Unsurlar

##### 3.1.1. Suçun Maddi Konusu

Düzenlemede farklı suç tiplerine yer verilmiş olması nedeniyle, suçun maddi konusu bakımından yapılacak açıklamalarda bu ayrımın dikkate alınması gerekmektedir.

Birinci fıkradaki suç tipinin maddi konusunun ne olduğunun tespiti konusunda doktrinde bir görüş, konunun kamu barışı olduğunu belirtmektedir<sup>8</sup>. Ancak kanaatimizce kamu barışı burada, konudan ziyade suçla korunan hukuksal değeri oluşturmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, konu ve korunan hukuksal değer, birbirinden ayrı hususlardır. Hukuksal değerler, toplumda ceza hukukunun korumayı amaçladığı soyut nitelikte değerlerdir. Bir suç düzenlemesi, bu soyut değerlerin korunması amacına hizmet etmek amacı taşır. Oysa konu, suçun maddi unsurlarından olan fiilin üzerinde icra edildiği kişi veya şeyden ibarettir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 450; Sınar, s. 298.

<sup>7</sup> Jürgen Schäfer (Bölüm yazarı), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 3: §§ 80-184g StGB, Yay. Haz.: Wolfgang Joecks, Klaus Miebach, München, 2. bs., Verlag C.H. Beck, 2012, § 130 - Kn. 1; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 526; bu görüşler konusunda ayrıca bkz.: Hamide Zafer, "Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2004, C: LXII, S.: 1-2, s. 213 vd..

<sup>8</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 743.

<sup>9</sup> Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, 5. bs., Berlin, 1996, s. 256-260; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. bs., Ankara, 2012, s. 107.



Kanaatimizce, birinci fıkrada suçun maddi konusunu, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip tahrik edilen ve aleyhe tahrikin yöneldiği farklı halk kesimleri oluşturmaktadır<sup>10</sup>. Gerçekten de tahrikin, bir halk kesiminin yukarıda sayılan ve fakat kendisine göre farklılık arz eden niteliklere sahip farklı bir halk kesimi aleyhinde tahrik edilmesi şeklinde söz konusu olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, tahrik bu şekildeki halk kesimleri üzerinde icra edilmektedir<sup>11</sup>.

Halk kesimi ile ifade edilen, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip, adet ve şahıs olarak belirli olmayan kişi topluluğudur. Ancak halkın tamamının değil, bu şekilde farklı özelliklere sahip bir kesiminin tahrik edilmesi ve yine aynı şekilde, halkın tamamı aleyhine değil, bu şekilde farklı özelliklere sahip bir kesimi aleyhine tahrik yeterlidir. Dolayısıyla da tahrik, bu şekilde adet ve şahıs olarak belirli olmayan kişi topluluğunun, yine adet ve şahıs olarak belirli olmayan, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kişi topluluğu aleyhine tahriki şeklinde olmalıdır. Aksi hâlde, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip olmayan kişilerin ya da kimlik olarak belirli kişilerin belirli kişilere karşı tahrik edilmesi hâlinde, konunun oluşmaması nedeniyle bu suç oluşmayacaktır<sup>12</sup>. Dolayısıyla bir tahrikin bu fıkra kapsamında suç teşkil etmesi için, tahrik edilen ve aleyhinde tahrike maruz kalan halk kesimlerinin, örneğin İslam ve Hristiyanlık şeklindeki farklı dinlere mensup kesimler şeklinde olabileceği üzere, fıkrada sayılan hususlarda farklı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Aksi hâlde, örneğin Alevilik şeklindeki aynı mezhebe, işçilik şeklindeki aynı sosyal sınıfa, Türklük şeklindeki aynı ırka, Musevilik şeklindeki aynı dine mensup kişilerin birbirine karşı tahrik edilmesi hâlinde, konunun oluşmaması nedeniyle bu suç da oluşma-

<sup>10</sup> Halk, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, bölge kavramları hakkında ayrıntılı olarak bkz.: Ahmet Gökçen, *Halkın Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü* (TCK m. 312/2), 2001, s. 75 vd.; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 415-417.

<sup>11</sup> Alman doktrininde bu şekildeki halk kesimleri saldırının yöneldiği konu olarak açıklanmaktadır. Bkz.: Schäfer, § 130 - Kn. 27 vd.; Krauß, § 130 - Kn. 26 vd..

<sup>12</sup> Lackner/Kühl, § 130 - Kn. 2; İzzet Özgenç, "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku", 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 1998, s. 187.

yacaktır<sup>13</sup>. Ayrıca kimliği belirli kişiler arası tahrik durumlarında, koşulları oluşmuşsa, suçta azmettirme hükümleri devreye girebilecektir<sup>14</sup>. Bunun yanı sıra halk kesimi ile ifade edilen topluluğun, kamu barışı şeklindeki hukuksal değer de göz önüne alındığında, ülke içindeki kişiler topluluğu olduğu kabul edilmelidir<sup>15</sup>.

Belirtilmelidir ki, bir suçun işlenmesiyle suçun konusunun zarara uğratılması ya da tehlikeye maruz kalması açısından suçlar, zarar suçları veya tehlike suçları olarak ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>16</sup>. Maddede de, tahrikin, kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike ortaya çıkarması aranmıştır. Dikkat edilirse, tahrik ile kamu güvenliğinin gerçekten bozulmuş olması değil de, kamu güvenliğinin bozulması konusunda açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması yeterlidir. Kişinin bu söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılabilecek bir etki oluşturması gerekmektedir. Bu açıdan belirtilmelidir ki, bu suç bir zarar suçu değildir. Zira buradaki gibi fiilin işlenmesiyle tamamlanan, ayrıca bir neticenin aranmadığı suçlar zarar suçu olarak değerlendirilemez<sup>17</sup>. Buna karşın tehlike suçları, bazı hukuksal değerleri ihlal eden davranış dolayısıyla, failin bu suçtan cezalandırılabilmesi için zararın gerçekleşmesinin aranmadığı suçlardır<sup>18</sup>.

Dikkat edilmelidir ki, açık ve yakın tehlikenin kamu güvenliği açısından söz konusu olması aranmakla birlikte, suçun konusu yukarıda belirttiğimiz şekilde sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımın-

<sup>13</sup> Yargıtay yerleşik içtihatlarında bu hususu vurgulamıştır. Bkz.: Yargıtay CGK, 23.11.2004, E. 2004/8-130, K. 2004/206, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-8-130.htm>, 2 Ağustos 2013; Yargıtay'ın bir kararındaki çoğunluk görüşünün, aynı dine mensup kişiler arasında tahrik niteliğindeki davranışların gerek 5237 sayılı TCK'nin 216. maddesi, gerekse 765 sayılı TCK'nin 312. maddesi kapsamında suç oluşturduğunu belirtmesi, kanaatimizce hatalı olmuştur. Buna karşın karardaki azınlık görüşü, aynı dine mensup kişiler arasında tahrik niteliğindeki davranışların TCK md. 216'daki suçu oluşturmadığını ifade etmiştir. Bkz.: Yargıtay CGK, 15.3.2005, E. 2004/8-201, K. 2005/30, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-8-201.htm>, 1 Ağustos 2013; anılan farklı özelliklere sahip halk kesimi örnekleri için bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 31.

<sup>14</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2005, C: LXVIII, S.: 1-2, s. 77.

<sup>15</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 3; Gökçen, s. 74.

<sup>16</sup> Koca/Üzülmez, s. 108.

<sup>17</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., Ankara, 2013, s. 209.

<sup>18</sup> Jescheck/Weigend, s. 264.

dan farklı özelliklere sahip halk kesimleridir. Ancak elbette bu kesimlerin birinin diğeri aleyhine tahriki ile bu kesimlerin, dolayısıyla da bu kesimlerin oluşturduğu kamunun güvenliği bakımından açık ve yakın tehlike oluşup oluşmadığı değerlendirilecektir. Tahrikin, kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike şeklinde somut bir tehlike ortaya çıkarması hususunun aranmış olması nedeniyle, bu suç, somut tehlike suçu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken, kişinin tahrik oluşturabilecek nitelikteki söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike durumuna bakılması gerekmektedir. Kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği, buna ilişkin somut dayanak noktaları gösterilmek suretiyle belirlenecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir<sup>19</sup>. Zikredilen açık ve yakın tehlike kriteri bağlamında, ifadeler ile ortaya çıkan tehlikenin varlığının somut olarak saptanması ve bunun yanında, bu tehlikeden kaynaklanan zararın ortaya çıkması durumunun, derhal önlem alınmadığı takdirde neredeyse kesin olması şeklinde güncelliğinin de ortaya konulması gerekmektedir. Kamu güvenliği için açık ve yakın tehlikenin nedeni, mutlak suretle kişinin tahrike yönelik bu hareketleri olmalıdır. Burada sınırlandırılması amaçlanan, salt düşüncenin ifade edilmesinden öte, bunun, kamu güvenliği açısından açık ve yakın şekilde, zarar neticesi ortaya çıkaracak bir fiile ilişkin tehlikeye sebebiyet verebilecek olmasıdır<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Bkz.: "...Basın açıklamasına konu olan metin ise; Kurul tarafından oylanarak resmîyet kazandırılan raporun özeti ve kamu oyuna duyurulması niteliğindedir. İçeriği itibariyle şiddet çağrısı taşımak bir yana, tam tersine raporun fikri zeminde tartışılması gerekliliğinin vurgulandığı görülmektedir. Raporun hazırlanış sürecinin ve özetinin açıklanmış olması karşısında, farklılıklara yönelik şiddet çağrısı içermemesi nedeniyle "kamu düzeni" ya da "kamu güvenliği" açısından açık ve yakın bir tehlike taşımamaktadır.

Kaldı ki, açık ve yakın tehlike bakımından 5237 sayılı TCY.nın 216. maddesinin gerekçesi nazara alındığında, gerek rapor nedeniyle gerekse basın açıklaması sonrasında ortaya çıkan somut bir tehlike de söz konusu değildir. Toplum kesimleri arasında oluşmuş ve ortaya çıkan bir infial, herhangi bir taşkınlık saptanmamış, kamu güvenliğini bozan herhangi bir somut olgu da meydana gelmemiştir. Okunan rapora karşı, kurulda görevli bazı kişilerden kaynaklanan ve raporu yırtma mahiyetinde şekillenen tepkileri ise farklı özelliklere sahip bir kesimin diğeri bir kesim aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrikin ölçüsü ve tezahürü saymak da olanaklı değildir....", Yargıtay CGK, 29.4.2008, E. 2007/8-244, K. 2008/92, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2007-8-244.htm>, 1 Ağustos 2013.

<sup>20</sup> Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978, s. 82; Öykü Didem Aydın, "YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine

Somut tehlike suçlarında, icra edilen kanuni tanıma uygun fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlike meydana getirmesi, suçun bir unsurunu değil, bir objektif cezalandırılabilme koşulunu ortaya çıkarmaktadır. Bu tarz suçlarda kanuni tanıma uygun fiilin işlenmesiyle bir haksızlık meydana gelmekte, haksızlığın oluşumu bakımından, gerçekleştirilen fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlikeye sebebiyet vermesi aranmamaktadır. Gerçekten de halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek esasen bir haksızlık oluşturmaktadır. Bununla birlikte, somut tehlikenin, ki burada kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin oluşumu hâlinde cezalandırılabilme mümkün olacaktır<sup>21</sup>.

Bu şekilde somut bir tehlike aranmış olması bağlamında, ifade özgürlüğünün kullanım alanı da geniş tutulmaya çalışılmıştır. Zira kamu güvenliği açısından bu şekilde somut bir tehlike var olduğu sürece, bu suçtan dolayı cezai sorumluluk söz konusu olabilecektir, aksi hâlde açıkça somut tehlike yaratmayan bu tarz düşünce açıklamaları cezalandırılmayarak ifade özgürlüğü kapsamında açıklanmış kabul edilecektir. Görülmektedir ki, ancak böyle somut bir tehlikenin varlığı hâlinde, ceza hukuku ile ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama devreye girebilmektedir<sup>22</sup>.

---

Eleştirel Bir Bakış”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Mayıs 2006, S. 6, s. 131-132; ayrıca bkz.: “...Ne var ki, ilk bakışta açıkça saptanamasa dahi, muhatabı kitlenin algılayabileceği maharetli bir gizlilik altında yapılan düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağını kabul edilmesi...””, *Yargıtay CGK*, 23.11.2004, E. 2004/8-130, K. 2004/206, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-8-130.htm>, 2 Ağustos 2013.

<sup>21</sup> Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 593-595; Koca/Üzülmez, s. 110; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 282; netice olarak değerlendirilen görüş için bkz.: Erol Cihan, “Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK. m. 312)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl:1974, C: XXXX, S.: 1-4, s. 123; Yargıtay, “...düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağını kabul edilmesi...” şeklindeki kararında, tehlike hususunu suçun oluşmasını sağlayan unsur olarak değerlendiren bir açıklama yapmıştır. Bkz.: Yargıtay CGK, 23.11.2004, E. 2004/8-130, K. 2004/206, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-8-130.htm>, 2 Ağustos 2013..

<sup>22</sup> Uğur Alacakaptan, “Fikir, Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Ankara Barosu Hukuk Ku-

Maddenin ikinci fıkrasında ise, kişilerin tek tek olarak olmasa da mensup oldukları sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı bakımından şerefleri suçun konusunu oluşturmaktadır<sup>23</sup>.

İlk fıkrada olduğunun aksine, bu fıkradaki suç tipinin fiilini oluşturan aşağılama ile kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmış olması ya da üçüncü fıkrada olduğunun aksine aşağılamanın kamu barışını bozmaya elverişli olması gibi bir koşul aranmamaktadır. Bu tarz bir aşağılama, bu suçun oluşumu ve oluşan bu suçtan dolayı cezalandırma için yeterli kabul edilmektedir. Nitekim korunan hukuksal değerler ihlal edilmesi yeterli görülerek, ayrıca suçun konusu üzerinde zarar veya somut bir tehlikenin meydana gelmesi de aranmadığından, bu fıkradaki suçun bir soyut tehlike suçu olduğu kanaatindeyiz<sup>24</sup>.

Maddenin son fıkrasındaki aşağılama suç tipinin konusunu ise, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler oluşturmaktadır. Buna örnek olarak dinlerin peygamberleri, dinler için kutsal sayılan günler veya şeyler sayılabilir. Bununla birlikte tüzel kişilik formunda olan din topluluklarının aşağılanması hâlinde, konunun oluşmayacağı kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Bu tarz bir aşağılamanın cezalandırılabilmesi için de, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekmektedir. Örneğin yayınlanan bir karikatürde, halkın bir kesiminin kabul ettiği bir dinin uyulması gereken kurallarının aşağılanması, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak, bu şekilde aşağılama içeren bir karikatürün, gerçekten de kişilerin bu nedenlerle sokaklara çıkararak çeşitli

rultayı - C. 2, Ankara, 2000, s. 20; Özgenc, "Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku", s. 189.

<sup>23</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 5c; Zafer, bu suçla ilişkin eski düzenleme bakımından konunun insanlık onuru, saygınlık, kamu barışı şeklinde hukuki olduğunu vurgulamıştır. Bkz.: Zafer, s. 238.

<sup>24</sup> Heribert Ostendorf (Bölüm yazarı), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Yay. Haz.: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen, 4. bs., Baden-Baden, Nomos, 2013, § 130 - Kn. 21; Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 209; Zafer, bu suçla ilişkin eski düzenleme bakımından kanun koyucunun suçu somut tehlike suçu olarak düzenlediğini vurgulamakta ve bunun, somut tehlike suçlarında suçun tanımında hareketin üzerinde tehlike yaratacağı maddi konunun belirtilmiş olduğu görüşüyle, bu suçta belirli bir halk kesiminin hareketin konusu olarak gösterilmiş olması nedeniyle, suçun somut tehlike suçu olarak nitelendirilebileceği şeklinde gerekçelendirilebileceğini belirtmektedir. Ancak yazar suçun soyut tehlike suçu olduğu kanaatinde. Bkz.: Zafer, s. 236-237.

<sup>25</sup> Lackner/Kühl, § 130 - Kn. 2; Zafer, s. 214.

şiddet gösterileri yaptırabilecek nitelikte kamu barışını bozacak elverişlilikte olması gerekmektedir. Böyle bir elverişliliğin aranmış olması nedeniyle de suç, yukarıda da yaptığımız açıklamalar doğrultusunda somut tehlike suçudur<sup>26</sup>.

### 3.1.2. *Fiil*

İlk fıkradaki suç, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek suretiyle işlenebilecektir. Burada fiil tahriktir. Tahrik, bir hususun gerçekleştirilmesi konusunda kişinin iradesi üzerinde etki yapılması, iradesinin harekete geçirilerek belli bir yöne itilmesi olarak açıklanmaktadır<sup>27</sup>. Doğaldır ki devlet, vatandaşları arasında, sayılan belirli özelliklere sahip bir halk kesiminin, farklı diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, ölç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirilmesine seyirci kalamayacaktır. Her ne kadar kişiler bakımından ifade özgürlüğü esas olsa da, bu tarz tahrike varacak ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilemeyecek ve devletin bu tarz bir suç düzenlemesi ile sınırlamaya maruz kalacaktır<sup>28</sup>.

Bir tahrikin bu madde kapsamında suç teşkil etmesi için, mutlak suretle kin ve düşmanlığa yönelik olması gerekmektedir. Kin ve düşmanlığa ilişkin olarak madde gerekçesinde, husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, ölç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik hâl şeklindeki açıklama bağlamında, yalnızca şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahriklerin, bu düzenleme kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Bu açıdan tahrik, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir halk kesimine karşı basit bir saygısızlık, dışlama, kötüleme şeklinde değil de, kin ve düşmanca tavırlar gösterilmesini kışkırtma veya bu tavırlara yöneltme ya

<sup>26</sup> Bkz.: Aydın, s. 135; Alman Ceza Kanunu'ndaki benzer suç tipinin, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâli aranmasına karşın, kamu barışının bozulmuş olması aranmadığından, karma bir yapıda soyut-somut (potansiyel) tehlike suçu olduğu ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 15.

<sup>27</sup> Köksal Bayraktar, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977, s. 4.

<sup>28</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 728; benzer yönde bkz.: AYM, 29.1.1964, E.: 1963/193, K.: 1964/9, (Çevrimiçi) [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=87&content=, 5 Ağustos 2013](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=87&content=, 5 Ağustos 2013).

da bu tür tavırları pekiştirme şeklinde yoğun bir psikolojik baskı ile objektif olarak elverişli olmalıdır. Bununla birlikte, kin ve düşmanlığa tahrik yeterli olup, tahrik edilen halk kesiminin ayrıca kin ve düşmanlık içeren fiiller icra etmesine gerek bulunmamaktadır<sup>29</sup>.

Tahrikin kin ve düşmanlığa yönelik olmaması hâlinde, suçun maddi unsurlarının eksikliği nedeniyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak bu suç değil de, örneğin herhangi bir suç işlemeye tahrik bakımından düzenlenmiş bulunan TCK md. 214'teki suç işlemeye tahrik suçu ya da genel nitelikteki azmettirmeye ilişkin hükümler koşullarının oluşma durumuna göre gündeme gelebilecektir<sup>30</sup>.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, belirtilen şekildeki tahrikin aleni olmasıdır. Kamu barışı şeklinde suçla korunan hukuksal değer de dikkate alındığında aleniyetin aranması, ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından mümkün olduğunca sınırlara riayet edildiğini göstermektedir. Zira aleni bir tahrik olmadığı sürece, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması da söz konusu olmayacaktır. Aleniyet, ihlalin sayı ve kimlik olarak belirli olmayan kişilerce görülebilecek, duyulabilecek şekilde olması anlamına gelmektedir. Bu açıdan tahrik, failin örneğin akrabalık şeklinde yakın ilişki içinde olduğu halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa aleni olmayacak tahrik şeklinde olmamalıdır<sup>31</sup>. Burada aranan aleniyet, suçun maddi unsurları bağlamında irdelenmelidir. Zira aleniyetin aranmış olması ile, tahrikin, tahrik niteliğindeki açıklamaların, davranışların ne yönde ve nasıl olması gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte tahrikin, tahrik oluşturan hususların yazılı, sözlü, görsel şekilde basın yoluyla, internet yoluyla vb. her şekilde olması mümkündür<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 5a; Schäfer, § 130 - Kn. 41; Önder, s. 414-415; Özgenç, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", s. 61; ayrıca bkz.: AIHM, 8.7.1999, Sürek / Türkiye, (Çevrimiçi) <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/surekno21999.pdf>, 5 Ağustos 2013.

<sup>30</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 729; Aydın, s. 132.

<sup>31</sup> Theodor Lenckner/Jörg Eisele (Bölüm yazarları), Strafgesetzbuch Kommentar, Yay. Haz.: Adolf Schönke, Horst Schröder v.d., 28. bs., München, 2010, § 186 - Kn. 19; ayrıca bkz.: Gökçen, s. 147 vd.; örneğin fiili herkesin girip çıkabildiği yerde icra etmenin aleniyeti sağlarken, başkalarına kapalı bir yerde (örneğin lokalde icra etmenin aleniyeti sağlamayacağı yönünde bkz.: Soyaslan, s. 528.

<sup>32</sup> Gökçen, s. 196; Ostendorf, § 130 - Kn. 9; Bayraktar, s. 181.

Maddenin ikinci fıkrasında, halkın, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı bir kesiminin, bu farklılık nedeniyle alenen aşağılanmasının suç sayıldığı görülmektedir. İfade özgürlüğü kural olarak sınırsız olsa da, 216. madde ile sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı söz konusu olan halkın bir kesimini alenen aşağılama cezai yaptırıma tabi kılınmıştır. Zira aksi bir kabulde, gerek kamu barışı, gerekse kamu düzeninin bozulması ve de tanımlanan halk kesimi içindeki kişilerin etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle de, ceza hukukunun özellikle de önleme fonksiyonu devreye girerek, bu gibi fiillerin önünde engel oluşturmaktadır<sup>33</sup>. Burada bahsedilen aşağılama, hakaret etme, hor görme, küçük düşürme, onur kırma niteliğindeki sözleri ve fiilleri kapsamaktadır. Bunlar, olgu isnadıyla söz konusu olabileceği gibi, farklı şekillerde de söz konusu olabilecektir<sup>34</sup>.

Suç bakımından, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı olan kesimin, bu farklılıktan hareketle aşağılamaya maruz kalması gerekmektedir. Yoksa örneğin, bir kişinin, aynı mezhebe dâhil olduğu bir kesimi, mezhep içi farklı görüşlerle aşağılaması, bu suçun oluşumuna neden olmayacaktır. Ancak farklı bir mezhebe mensup kişinin, bu şekildeki mezhep farkı nedeniyle aşağılanması suçu olacaktır.

Yine dikkat çekmektedir ki, aşağılamanın aleni olması, genel nitelikteki hakaret suçunda olduğu şekilde nitelikli unsur olarak düzenlenmesinin aksine, suçun bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Bu, korunan hukuksal değerın kamu barışı olmasından kaynaklanmaktadır<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Ersan Şen, "Türk Ceza Kanunu m. 301", Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 9; Bu gibi düşünce açıklamalarının esas itibarıyla sınırsız olan ifade özgürlüğünün dışında kaldığı yönünde bkz.: Özek, s. 74 vd..

<sup>34</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar - Cilt: I, İstanbul, Beta Basım, 2007, s. 219; Alman Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında, üzerinde "Ausländer raus" (Yabancılar dışarı) yazısı bulunan bir pankartın aşağılama içermediğini vurgulamıştır. Bununla birlikte Alman yerel mahkemesi bu hususun bir aşağılama içerdiğini belirtmiştir. Karar için bkz.: BVerfG, 1 BvR 369/04, 4.2.2010, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100204\\_1bvr036904.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100204_1bvr036904.html), 26 Temmuz 2013; bununla birlikte "Yabancılar giremez!" şeklindeki genel uyarı ifadeleri aşağılama olarak değerlendirilmemelidir. Bkz.: Ostendorf, § 130 - Kn. 11-13; bir ifadenin aşağılama oluşturup oluşturmadığının ve dolayısıyla hukuksal değeri ihlal edip etmediğinin, bu ifadeyi okuyan, gören veya duyan özenli bir ortalama kişinin anlayışına göre değerlendirileceği yönünde bkz.: Schäfer, § 130 - Kn. 51.

<sup>35</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 219.



Maddenin son fıkrasında da fiili aşağılama oluşturmaktadır. Ancak aşağılamanın yöneldiği konu, yukarıda izah ettiğimiz şekilde farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte, bu suç tipinde de aşağılamanın aleni olması gerekmektedir.

### 3.1.3. Fail

*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama* suçunda, kanun koyucu buradaki suç tiplerinin tümünde fail bakımından özel bir düzenleme getirmemiştir. Buna göre ilk suç tipi olan halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden herkes, ilk fıkradaki suçun faili olabilecektir. Benzer şekilde ikinci fıkradaki suç tipinde de, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan herkes fail olabilecektir. Yine üçüncü fıkrada da özel bir faillik düzenlemesine gidilmediğinden, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan herkes bu fıkra bağlamında fail olabilecektir<sup>36</sup>.

Bu açıdan vurgulamak isteriz ki, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahriki bakımından, failin bu farklı özelliklere sahip kesimlerden herhangi birisine, yine ikinci fıkradaki halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması bakımından, failin bu farklı özelliklere sahip kesimlerden herhangi birisine mensup olması gerekmemektedir. Bunun yanı sıra üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması bakımından failin hangi dine mensup olduğunun, hatta bir dine mensup olup olmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira bu maddedeki suç tiplerinin faileri bakımından yukarıda da belirttiğimiz üzere bir özelleştirme yapılmamıştır.

<sup>36</sup> Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu - (151 - 229. Maddeler)* 3. Cilt, 3. bs., Ankara, 2010, s. 3379; ayrıca doktrinde ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığı tartışılan Basın Kanunu'nun, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan süreli yayınlarda çeşitli ihtimallere göre eser sahibini, sorumlu müdürü, yayın yönetmenini, genel yayın yönetmenini, editörü, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkiliyi, süresiz yayınlarda eser sahibini, yayımcıyı, basımcıyı sorumlu tuttuğu 11. maddesinin hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

### 3.1.4. Mağdur

Gerek TCK'de maddenin düzenlendiği "Topluma karşı suçlar" şeklindeki üçüncü kısım başlığı, gerekse yine bu açıdan maddedeki suç tipleri ile korunan kamu barışı şeklindeki hukuksal değer de göz önüne alındığında, bu suçun mağduru kamu, yani kamuyu oluşturan kişilerin bütünüdür<sup>37</sup>.

Bununla birlikte ikinci ve üçüncü fıkralardaki aşağılama suç tipleri bakımından, mağdurun ayrıca aşağılamaya maruz kalan kişiler olduğu da söylenebilecektir<sup>38</sup>. Ancak bu açıdan özellikle belirtilmelidir ki, ikinci fıkradaki suç tipi bakımından aşağılamanın, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığı şeklindeki değerler bakımından uzlaşan ve bu ortak değerler çerçevesinde halkın diğer kısmından farklı bir paydaya sahip, halkın bir kesimi şeklinde ifade edilen belirsiz sayıdaki kişilere yönelik olması gerekmektedir. Bu yönüyle de suç, hakaret suçundan ayrılarak, adeta özel bir hakaret suçu oluşturmaktadır. Zira genel hakaret suçu olarak nitelendirilebilecek TCK md. 125'teki hakaret suçunda, mağdurun belli veya belirlenebilir olması gerekmesine karşın, buradaki suç bakımından, mağdur olarak sayıca belirsiz kişiler topluluğu söz konusudur<sup>39</sup>. Bununla birlikte, bu şekildeki halk kesimi açısından mağdurlar somut bir şekilde belirlenebilir nitelikte oldukları sürece, hakaret suçuna ilişkin hükümler devreye girebilecektir. Örneğin, A Caddesi'nde oturan kadınlar hakkındaki hakaretimiz açıklamalar, burada mağdurlar belirlenebilir nitelikte olduklarından, hakaret suçu kapsamında değerlendirilebilecekken, tüm kadınlara ilişkin olarak cinsiyet farklılığından hareketle aşağılamalar, bunların kim olduğunun açıkça belirtilmemiş olması karşısında, TCK md. 216/2 hükümlerini devreye sokabilecektir<sup>40</sup>.

Yine dikkat çekilmelidir ki, üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suç tipi bakımından da,

<sup>37</sup> Koca/Üzülmez, s. 105; Artuk/Gökçen/Yenidünya, tahrik şeklindeki suç tipi bakımından aleyhine tahrikte bulunulan halk kesimini mağdur olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte biz bu halk kesimini yukarıda da belirttiğimiz üzere suçun konusu olarak kabul etmekteyiz. Bkz.: Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 733 vd..

<sup>38</sup> Lackner/Kühl, § 130 - Kn. 3.

<sup>39</sup> Zafer, s. 211-212; Tezcan/Erdem/Önok, s. 450.

<sup>40</sup> Sahir Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. bs., İstanbul, 1989, s. 34-35.

benimsediği dini değerlerinin aşağılanması hedefi olan kişinin belli veya belirlenebilir olması hâlinde buradaki suç değil de, TCK md. 125/3c'deki kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret suçu oluşacaktır.

### 3.2. Manevi Unsur

Suçun oluşması kastın varlığına bağlı olmakla birlikte (TCK md. 21/1), taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır (TCK md. 22/1). *Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama* suçu düzenlemesinde ise, buradaki suç tiplerinin taksirle işlenebileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından, bu suç tipleri yalnızca (doğrudan veya olası kastla) kasten işlenebilen suçlardır<sup>41</sup>. Bu açıdan kişi, örneğin halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik ederken, bu farklı özellikleri bilmeli ve tahrik konusunda isteyerek hareket etmelidir. Yine ikinci ve üçüncü fıkralardaki suç tipleri bakımından önemli olan aşağılama kastının söz konusu olduğu fiildir, yoksa örneğin bir bilimsel çalışmada bir ırka ilişkin bilimsel sonuçları ihtiva eden ifadeler, aşağılama olarak nitelendirilebilecek ifadeler olsalar bile, aşağılama kastının bulunmaması nedeniyle suç olarak nitelendirilemeyecektir<sup>42</sup>.

Elbette kişinin, örneğin bir kişi grubunu, bunların halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini oluşturduğunu bilmeksizin, bu konuda farklı özelliklere sahip diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahriki ya da tahrikin aleni olarak icra edildiğinin bilinmemesi şeklinde hata hâlinde bulunması durumlarında ise, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bu kişi, kasten hareket etmiş kabul edilemeyecektir. Bu hata hâli dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklı olmakla birlikte, bu suçun taksirle işlenebileceğine dair açık

<sup>41</sup> Soyaslan, s. 524; Parlar/Hatipoğlu, s. 3387-3388; Alman Ceza Kanunu'ndaki tahrik bakımından benzer suç tipinin manevi unsuru bakımından, maddenin lafzında hedefe yönelmiş bir fiilden bahsedildiği, bu nedenle de adeta bir amaç, saik arandığı kabul edilmektedir. Bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 128; Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 24; 765 sayılı TCK'deki benzeri düzenlemenin lafzından hareketle failin saikinin de aranması yönünde bkz.: Gökçen, s. 296; bu görüşün aksi yönünde bkz.: Cihan, s. 127.

<sup>42</sup> Özgenç, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", s. 61.

bir düzenleme bulunmadığından, böyle bir durumda, kişinin bu suçtan dolayı suçun manevi unsurunun eksikliği nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (TCK md. 30/1)<sup>43</sup>.

Özellikle belirtilmelidir ki, yukarıda yaptığımız açıklamalarda birinci fıkradaki tahrikin kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkarması şeklinde vurgulanan, üçüncü fıkradaki aşağılama fiilinin kamu barışını bozmaya elverişli olması şeklinde vurgulanan ve bu nedenle somut tehlike suçu olarak kabul ettiğimiz bu suç tiplerindeki söz konusu somut tehlike hususlarını objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul etmiştik. Bu açıdan, objektif cezalandırılabilme koşulları kastın kapsamı dışında kabul edildiklerinden, failin kastının bu hususları kapsaması gerekmemektedir<sup>44</sup>.

### 3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK'nin 218. maddesinde, bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, cezayı arttıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte yine aynı maddeye göre, gerek Anayasa'nın ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesi, gerekse Basın Kanunu'nun 3. maddesi<sup>45</sup> ile garanti alınan haber verme hakkının sınırlarını aşmayan ve de salt eleştiri amacı taşıyan ifadeler, bu kapsamda suç oluşturmayacaktır<sup>46</sup>.

Dikkat edilmelidir ki, burada TCK md. 26'da<sup>47</sup> tanımlanan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin, basının haber verme hakkı

<sup>43</sup> Ayrıca bkz.: Cihan, s. 109.

<sup>44</sup> Koca/Üzülmez, s. 148.

<sup>45</sup> Basın özgürlüğü

Madde 3- (1) Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

(2) Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.

<sup>46</sup> Parlar/Hatipoğlu, burada eleştiri amaçlı ifadeleri basının haber verme hakkı kapsamında kabul etmektedir. Maddenin lafzı nedeniyle bu şekilde bir sonuca varıldığı, ancak farklı iki hukuka uygunluk nedeni olduğu kanaatindeyiz. Bkz.: Parlar/Hatipoğlu, s. 3479.

<sup>47</sup> Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası

Madde 26- (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez...

şeklindeki bir görünümünün varlığı nedeniyle bu tarz fiiller suç oluşturmayacaktır<sup>48</sup>. Basının haber verme hakkından bahsedebilmek için, her şeyden evvel ortada haber olarak nitelendirilebilecek bir olayın olması gerekmektedir. Bunun yanında bu hak, haberin gerçek ve güncel olması, haberde kamusal yararın bulunması, verilen haber ile bunun verilmiş şekli arasında düşünsel bağ bulunması şeklinde koşullara tabi kılınmıştır<sup>49</sup>.

Yine, belli hususların salt eleştirel şekilde, sert bir tarzda da olsa analiz edilmesi, yorumlanması da, bu madde ile hukuka uygun kabul edilmiştir. Eleştiri hakkı olarak nitelendirilebilecek bu hak da, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin bir görünümünün varlığı nedeniyle bu tarz fiillerin suç oluşturmasını engelleyecektir<sup>50</sup>. Eleştirinin varlığı ve dolayısıyla tahrir ile aşağılama ile arasındaki sınır, ileri sürülen görüşlerle kişide salt bir değerlendirme meydana getiriliyor ve belli bir görüş açısı oluşturulabiliyorsa kabul edilmektedir<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 292; ayrıca bkz.: "...Temel hak ve özgürlükler arasında düşünce ve kanaati açıklama özgürlüğünün ... kullanılabilmesinin en önemli yollarından birisi de basındır.

Geneli ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında, halkı objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlar üzerinde kamuoyunu düşünmeye çağırarak tarzda tartışmalar açmak, onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek, uyararak ve bu yöntemlerle denetlemek, ayrıca içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları konusunda bireyi bilinçlendirmek durumunda olan basına, bu ödevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı bir kısım haklar da tanınmıştır. Bunlar; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarıdır. Temelini Anayasa'nın 28. vd. maddelerinden alan ve 5187 sayılı Basın Yasasının 3. maddesinde düzenlenen bu haklar, basın yoluyla işlenen suçlarda, hukuka uygunluk nedenlerini oluşturur. Bilgiyi yayma, eleştirme ve yorumlama haklarının kabulü için, açıklama, eleştiri veya değer yargısı biçimindeki bilginin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamunun ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekli ile konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması, açıklamada "küçültücü" sözlerin kullanılmaması gerekir....", Yargıtay CGK, 11.7.2006, E. 2006/4-162, K. 2006/181, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2006-4-162.htm>, 1 Ağustos 2013.

<sup>49</sup> Erman, s. 154 vd.; Özek, s. 81; Haber verme hakkının sınırları konusunda ayrıca bkz.: Yargıtay 4. CD., "...Bir basın açıklamasının hukuka uygun sayılabilmesi için verilen haberin gerçek olması, güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulanması, haberin açıklanış biçimiyle konu arasındaki düşünsel ( fikri ) bağın boğulmamış olması, başka bir deyişle haberde adı geçen kişiler hakkında küçültücü değer yargılarında bulunulmaması gerekir. Bunlardan biri dahi bulunmazsa yazı hukuka aykırı duruma gelir....", 16.3.1998, E. 1998/1714, K. 1998/2349, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4cd-1998-1714.htm>, 1 Ağustos 2013.

<sup>50</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 292; ayrıca bkz.: Schäfer, § 130 - Kn. 51.

<sup>51</sup> Bayraktar, s. 118.

Gerek basının haber verme hakkı, gerekse eleştiri hakkı kaynağını ifade özgürlüğünden almaktadır<sup>52</sup>. İfade özgürlüğü kişinin kendi gerçekleri, seçimleri ve fikirleriyle oluşan düşüncelerini, meşru yollardan üçüncü kişilere aktarmasını sağlar. İnsanların düşüncelerini, herhangi bir korku, çekince, baskı olmaksızın üçüncü kişilere aktarımı ya da daha evvel aktarılmış düşüncelerin tartışılabilmesi, ifade özgürlüğü sayesinde gerçekleşebilir. Düşüncelerin serbest bir şekilde tedavül edebilmesi, kişisel düşüncelerin yaratılabilmesi ve fikirlerin serbestçe seçimini zorunlu kılar<sup>53</sup>. Kişinin iç dünyasını ilgilendiren ve dışa vurulmadığı sürece herhangi bir hukuki düzenlemenin konusunu oluşturmayan düşünce ve dolayısıyla düşünce özgürlüğü, söz konusu düşüncelerin başkalarına aktarılması ile anlamını bulur. Bunu sağlayan da, ifade özgürlüğüdür. Birçok kez eş anlamlıymışçasına kullanılan, ancak esasen birbirinden farklı olan ve birbirlerine anlam kazandıran düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü, bu yönleriyle birbirlerinden bağımsız olarak düşünülemez<sup>54</sup>.

İfade özgürlüğüne ilişkin temel düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin<sup>55</sup> 10. maddesinde ve Anayasa'nın 26. maddesinde yer almaktadır. AİHS md. 10'a göre, herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulu-

<sup>52</sup> Nitekim Tepe de, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının, bir temel hak kullanımı olan ifade özgürlüğü ile hukuka uygun olduğunu belirtmektedir. Bkz.: İlker Tepe, "Türk Ceza Hukukunda "Eleştiri Amacıyla Yapılan Düşünce Açıklamaları" İle Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış", *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2008, Sayı: 8, s. 139; Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da, bu özgürlüğün, insanların en temel ve doğal haklarından biri olduğu vurgulanmıştır. Örnek olarak bkz.: AYM, 8.4.1963, E.: 1963/16, K.: 1963/83, (Çevrimiçi) [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=35&content=](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=35&content=), 5 Ağustos 2013; ayrıca bkz.: AİHM, 23.4.1992, Castells / İspanya, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=355>.

<sup>53</sup> Sulhi Dönmezer, "Demokratik ve Uygar Toplumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s. 11.

<sup>54</sup> Tepe, s. 139; ayrıca bkz.: Gökçen, s. 218-219.

<sup>55</sup> D. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma  
MADDE 90- ...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

sal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüşlere sahip olma ve bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir.

Bununla birlikte bu özgürlüklerin kullanımı, ulusal güvenliğinin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için, gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi için yahut yargılama organlarının yetki ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için<sup>56</sup>, hukukun öngördüğü<sup>57</sup> ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve toplumdaki insanların gelişimi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yahut ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de söz konusudur. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olarak görülmekte, bunlar olmaksızın demokratik toplumdan bahsedilmesi mümkün olmamaktadır<sup>58</sup>. İfade özgürlüğü,

<sup>56</sup> İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar, salt sayılan sınırlama amaçlarına dayanıldığı takdirde meşru bir amacı haiz kabul edilecektir. Bu sınırlamalar, sınırlama gerekliliğinin beraberinde getirdiği, sınırlamanın esasını oluşturan meşru amaçlarla orantılı olmak zorundadır. Bkz.: Ümit Kocasakal/Emine Eylem Aksoy/Pınar Memiş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s. 32-33; Mehmet Semih Gemalmaz, "İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 313; AİHM kararlarında da bu hususun birçok kez vurgulandığı görülmektedir. Bkz.: AİHM, 25.3.1983 Silver ve diğerleri / Birleşik Krallık; AİHM, 29.10.1992, Open Door Ve Dublin Well Woman / İrlanda; AİHM, 23.9.1994 Jersild / Danimarka; AİHM, 25.3.1983, Silver ve diğerleri / Birleşik Krallık, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=66>.

<sup>57</sup> AİHM, 25.3.1985, Barthold / Almanya, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=97>; AİHM 26.4.1979, Sunday Times / İngiltere, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32>; AİHM 26.11.1991, Observer Ve Guardian / Birleşik Krallık, zikreden: Kocasakal/Aksoy/Memiş, s. 31.

<sup>58</sup> AİHM, 7.12.1976, Handyside / Birleşik Krallık, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>; ifade özgürlüğüne ilişkin benzer yönde açıklamalar için bkz.: Yargıtay 8. C.D., T. 22.06.2004, 2930-5686, aktaran: Parlar/Hatipoğlu, s. 3473-3474; ayrıca bkz.: Dönmezer, "Demokratik ve Uygur Topumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", s. 10.

konu bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Her şey ifade özgürlüğünün konusunu oluşturabilecektir<sup>59</sup>. Bunun yanı sıra bu özgürlükten herkesin, hatta basın kuruluşları gibi tüzel kişilerin dahi yararlanacağı kabul edilmektedir<sup>60</sup>.

Anayasa'nın 26. maddesine göre ifade özgürlüğü ise, herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ve bu özgürlüğün resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsadığı anlamına gelmektedir. Anayasa'ya göre ifade özgürlüğünün kullanımı bakımından getirilen sınırlamaların, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi şeklindeki nedenlerden ileri gelmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte sınırlama ancak kanunla öngörülebilir.

Buradaki nedenler, esasen sınırsız olan bu özgürlüğün, uygun koşullar altında sınırlarının çizilebilmesine olanak sağlayacak niteliktedir<sup>61</sup>. Kaldı ki, bu nedenlerle bağlı kalınarak ancak Anayasa'nın 13.

<sup>59</sup> Gemalmaz, s. 302.

<sup>60</sup> Kocasakal/Aksoy/Memiş, s. 30; Gemalmaz, s. 301; AİHM, 26.4.1979, Sunday Times / İngiltere, (Çevrimiçi) <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32>.

<sup>61</sup> Düşünce açıklamalarının sınırsız olmadığı yönünde bkz.: Özgenç, "Suç Teşekkürü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", s. 59; ayrıca bkz.: "...Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların Yasakoyucu tarafından daraltılmasıdır....", AYM, 20.1.1993, E.: 1992/36, K.: 1993/4, (Çevrimiçi) [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=1047&content=](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1047&content=), 5 Ağustos 2013; Anayasa Mahkemesi de, "...bu özgürlük sınırsız değildir. İlk sınırlama düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün düzenlendiği ... maddeyle getirilmiştir. ... maddenin ikinci fıkrasına göre, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması amaçlarıyla sınırlandırılabilir...." şeklindeki ifadelerle, bunları sınırış gibi değerlendirmiştir. Bkz.: AYM, 26.11.1986, E.: 1985/8, K.: 1986/27, (Çevrimiçi) [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=751&content=](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/karar.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=751&content=), 5 Ağustos 2013.



maddesindeki ilkeler çerçevesinde bir sınırlanma söz konusu olabilecektir. 13. maddeye göre, ifade özgürlüğü, yukarıda sayılan amaçları taşıyan sınırlama nedenleri ile bağlı olarak, özlerine dokunulmaksızın ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Bu sınırlamalar da, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve de ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

TCK md. 216'daki suç tipleri ile kamu barışı ve de dolaylı olarak kişilerin şereflerinin korunması bağlamında ifade özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olmaktadır. Zira kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklaması, ifade özgürlüğü ile garanti alınırken, diğer yandan bu düşünce ve kanaatler, dışa vurulmayla artık üçüncü kişilerin hakları ve özgürlükleri bakımından da etki doğurabildikleri için, bu nedenle de sınırlama ve müdahalelere maruz kalabilecektir<sup>62</sup>. Bununla birlikte kanun koyucu, basının haber verme hakkı ve de eleştiri hakkı şeklindeki ifade özgürlüğünün uzantılarına özellikle vurgu yaparak, bunların mutlak suretle göz önünde bulundurulmasını istemiştir. Ancak belirtilen bu hukuka uygunluk nedenlerinin sınırını aşacak nitelikteki fiiller ise, TCK md. 216 anlamında sorumluluğu gündeme getirecektir. Ancak dikkat edilmelidir ki, gerek basının haber verme hakkının, gerekse eleştiri hakkının sınırlarının kasten aşılması md. 216'daki suçu oluşturacaktır. Bu hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin sınırın taksirle aşılması şeklindeki aksi hâlde ise, md. 216'daki suç tiplerinin taksirle işlenebileceği düzenlenmediğinden, failin sorumluluğunu gündeme getirmeyecektir<sup>63</sup>.

Belirtilmelidir ki, kişilerin TCK md. 26/2 kapsamında verdiği rızaları, korunan hukuksal değerın daha ziyade kamusal karakterli olması nedeniyle, hukuka uygunluğu sağlamayacaktır<sup>64</sup>. Zira ilginin rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedeni için kişilerin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkın söz konusu olması gerekmektedir.

<sup>62</sup> Dönmezer, "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği - Anayasa Hukuku)", s. 772; Özgenç, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", s. 60.

<sup>63</sup> Ayrıntılı olarak bkz.: Aykut ERSAN, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 116 vd..

<sup>64</sup> Krauß, § 130 - Kn. 136.

#### 4. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

TCK'nin 218. maddesinde, bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, cezayı arttıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli unsur bakımından, TCK md. 6/1g özellikle dikkate alınmalıdır. Zira söz konusu düzenlemeye göre basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayının anlaşılması lazım geldiği belirtilmektedir. Bu açıdan suçun, örneğin televizyon veya radyo programları, gazete yazıları, Twitter, Facebook gibi sosyal medyada paylaşılan iletiler, fotoğraflar vasıtasıyla işlenmesi bu suç bakımından cezayı arttıran bir nitelikli unsur olarak dikkate alınmak durumundadır.

Yukarıda hukuka uygunluk nedeni olan basının haber verme hakkı ile burada açıklanan basın ve yayın yoluyla işlenme şeklinde nitelikli unsur düzenlemeleri karşısında, 218. maddede, bir yandan ifade özgürlüğünü nitelikli unsur düzenlemesi ile sınırlayıcı bir tutum izlenirken, diğer yandan basının haber verme hakkına ve eleştiri hakkına vurgu yapılarak ifade özgürlüğünü genişletici bir düzenleme getirilmiş olduğu dikkat çekicidir. Bu nedenle, özellikle de hukuka uygunluk nedeni olan basının haber verme hakkı, buradaki nitelikli unsurun varlığı karşısında son derece titizlikle irdelenmelidir.

#### 5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

##### 5.1. Suça Teşebbüs

Birinci fıkraya göre, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi durumunda, sırf hareket suçu olan bu suç oluşacaktır. Sırf hareket suçlarında bir netice aranmamakla birlikte, fiilin kısımlara bölünme imkânı olduğu sürece suça teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Buradaki suç tipine teşebbüs de bu açıklamalar çerçevesinde mümkündür.

<sup>65</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 572; Önder, s. 419; Cihan ise, tahrike ilişkin suç tipi bakımından kural olarak teşebbüsün mümkün olmadığını, kuraldışı olarak ise suçun basın veya kitle iletişim araçları ile işlenmesi hâlinde teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz.: Cihan, s. 123; Alman Ceza Kanunu'ndaki benzer suç tipleri bakımından teşebbüs cezalandırılmamaktadır. Bkz.: Schäfer, § 130 - Kn. 115.

Benzer açıklamalar ikinci ve üçüncü fıkralardaki aşağılama suç tipleri için de geçerlidir. Bu suç tipleri de, ayrıca bir netice aranmadığından sırf hareket suçları niteliğindedir ve bu açıdan, icra hareketlerinin kısımlara bölünme imkânı olduğu sürece suça teşebbüs mümkündür<sup>66</sup>. Nitekim örneğin, halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması suç tipi bakımından, aşağılama için aşağılamaya yönelik açıklamaların başka kişilerle paylaşmak üzere hafıza kartına ses kaydı yoluyla kayıt altına alınmasına karşın, bu kayıtların yer aldığı hafıza kartının bir radyo programında yayın için bilgisayara takıldığı anda virüs girmesi sonucu bozulması hâlinde, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Bununla birlikte, birinci fıkradaki şekilde tahrik nedeniyle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır. Yukarıda vurguladığımız üzere bir objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul ettiğimiz bu şekildeki somut tehlike, suça teşebbüs bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır. Belirtilmelidir ki, doktrinde objektif cezalandırılabilme koşulunun bulunduğu suçlarda da suça teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte, objektif cezalandırılabilme koşulunun bulunduğu suçların teşebbüs aşamasında kalması hâlinde, bu koşul gerçekleştiği sürece suça teşebbüsten dolayı cezaya hükmolunabilecektir<sup>67</sup>. Örneğin kişi, düzenlenen bir mitingde telekonferans yoluyla Ege Bölgesi'ndeki halk kesimini Karadeniz Bölgesi'ndeki halk kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edecek şekilde konuşma yapacağı sırada ilgili elektronik aletlerin bozulması nedeniyle konuşmasına başlayamaz ve de bu nedenle konuşmayı kimseye duyuramazsa, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Bununla birlikte, söz konusu konuşmanın içeriği kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkaracak nitelikteyse, bu durumda teşebbüsten dolayı cezalandırma söz konusu olacaktır.

<sup>66</sup> Ayrıca bkz.: Zafer, s. 249.

<sup>67</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 595; buna karşın, doktrinde objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda, suça teşebbüsün mümkün olduğu, ancak objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleştiği takdirde teşebbüs aşamasında kalan suçtan bahsedilemeyeceği konusunda bkz.: Koca/Üzülmez, s. 325; objektif cezalandırılabilme koşulu ihtiva eden bu suça teşebbüsün cezalandırılmayacağını savunan görüş için bkz.: Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 583.

Benzer husus, üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması fiilinin kamu barışını bozmaya elverişliliği şeklindeki somut tehlike durumu bakımından da geçerli olacaktır.

## 5.2. Suça İştirak

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunda yer alan birden fazla suç tipi bakımından, tüm bu suçlara müşterek fail, dolaylı fail, azmettiren, yardım eden olarak iştirakin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu bu suçlar bakımından özel bir faillik statüsü aramamıştır. Dolayısıyla bu suç tiplerine iştirakte, iştirake ilişkin TCK'deki genel hükümler dikkate alınacaktır. Örneğin, bir kişi, bir diğer kişiyi, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrike azmettirdiğinde, burada TCK'deki azmettirmeye ilişkin genel hükümler dikkate alınacaktır<sup>68</sup>.

## 5.3. Suçların İçtimaı

Buradaki suç tipleri bakımından kanun koyucu suçların içtimasına ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmediğinden, içtima problemlerinde suçların içtimasına ilişkin TCK'deki genel hükümler uygulanacaktır.

Ancak bu noktada şu hususa değinilmesi gerekmektedir. Buna göre, birinci fıkradaki halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik ederken, ikinci fıkradaki halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması ya da ikinci fıkradaki halkın bir kesiminin, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılamada bulunulurken, üçüncü fıkradaki halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması söz konusu olabilir. İşte bu şekilde, maddedeki farklı fıkralarda yer alan suç tipleri

<sup>68</sup> Önder, s. 420; ayrıca bkz.: Ostendorf, § 130 - Kn. 10; evinin duvarına tahrike elverişli yazılar yazılan kişinin, bu yazıyı silmek yükümlülüğü olmadığından suça iştiraktan sorumlu tutulamayacağı yönünde bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 137.

tek bir fiille birlikte işlenmektedir. Burada, her ne kadar bu suç tipleri “halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” suçu olarak aynı maddede yer alsalar da, tüm bu suçlar farklı fıkralarda farklı unsurları, cezaları içerir şekilde farklı düzenlemelere sahiptirler. Bu nedenle de kanaatimizce, farklı neviden fikri içtiman düzenlendiği 44. maddenin gerekçesinde “...Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir...” şeklinde bir vurgu yapılmış olmakla birlikte, belirtilen ihtimalde işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suç tipinin oluşmasına sebebiyet verilmesi nedeniyle, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmayı gerektiren farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulmalıdır<sup>69</sup>.

Bununla birlikte doktrinde bir görüş, kişinin halkın bir kesimini, din farklılığına dayanarak alenen aşağılarken, aynı zamanda halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri de alenen aşağılıyor olabileceğini, bu durumda ise, özel norm olarak üçüncü fıkradaki suç tipi olan halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindedir<sup>70</sup>. Ancak dikkat edilmelidir ki, bir düzenlemenin özel norm niteliği, bu düzenlemenin, genel norma göre bazı farklı unsurlar ve özellikleri içermesi, bu nedenle de, genel norm kapsamına girmeyen durumlarda da uygulanabilmesinden ileri gelmektedir<sup>71</sup>. Ancak burada her iki norm arasında özel-genel şeklindeki ayırım yapılabilecek bir özelleştirmeye gidilmediği, unsurları dikkate alındığında bağımsız iki farklı suç tipine yer verildiği ve bu nedenle de farklı neviden fikri içtima kurallarının uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz.

Yine içtima bakımından farklı bir ihtimal olarak, ikinci ve üçüncü fıkralardaki aşağılama suç tipleri bakımından daha ziyade aşağılamaya maruz kalan ilgili kişilerin ya da daha doğru bir ifadeyle halk kesimlerinin mağdur olabileceğini belirttiğimizden, burada tek fiil ile farklı farklı halk kesimlerinin aşağılamaya maruz kalması durumunda, tek bir fiil ile aynı suçun farklı kişilere karşı işlenmiş olduğu kabul edilebileceğinden, aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Bkz.: Lackner/Kühl, § 130 - Kn. 13; Krauß, § 130 - Kn. 140.

<sup>70</sup> Bu görüş için bkz.: Zafer, s. 215.

<sup>71</sup> Bkz.: Kayıhan İçel, Suçların İçtiması, İstanbul, 1972, s. 191.

<sup>72</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, § 130 - Kn. 27.

Bundan başka, halkın bir kesiminin diğer kesimi aleyhine tahriki neticesinde bu farklı kesimlerin birbirlerine karşı şiddet göstermesinin, TCK md. 214' teki suç işleme tahrik suçuna vücut vereceği kabul edilmektedir. Bunun yanında tahrik aynı zamanda aleyhine tahrikte bulunulan halk kesimine karşı suç işlemeğe tahrikse, bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır<sup>73</sup>. Ayrıca bu maddedeki suç tiplerinin fiillerini oluşturan tahrik, aşağılama şeklindeki tek bir fiille aynı zamanda bir kişiye karşı hakaret suçu da işlenirse, farklı neviden fikri içtima kuralları uygulama alanı bulacaktır<sup>74</sup>.

## 6. KOVUŞTURMA, YAPTIRIM VE GÖREV

Maddedeki her üç suç tipinin de takibi şikâyete tabi kılınmadığından, bu suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır<sup>75</sup>.

Maddenin ilk fıkrasındaki suç tipi bakımından öngörülen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre ise, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin<sup>76</sup> görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılacaktır. Buna göre, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme suçu bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 733.

<sup>74</sup> Elbette hakareten bahsedilebilmesi için mağdurun kimlik bakımından belli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Bkz.: Krauß, § 130 - Kn. 142; farklı suç tiplerinin de oluşması hâlinde gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği yönünde bkz.: Gökçen, s. 302. Bu son görüşün tek bir fiilden bahsedilemediği durumlarda geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bkz.: Cihan, s. 125.

<sup>75</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bs., İstanbul, Beta Basım, 2012, s. 81.

<sup>76</sup> Ağır ceza mahkemesinin görevi Madde 12- 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 ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

<sup>77</sup> "...görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olacağı..." yönünde ayrıca bkz.: Yargıtay CGK, 6.3.2007, E. 2006/8-179, K. 2007/57, (Çevrimiçi) <http://www.ka>

5235 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre ise, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içinde olduğundan, ikinci ve üçüncü fıkralardaki halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama ve halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suç tipleri bakımından görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesi olacaktır. Zira bu suç tipleri için öngörülen cezalar altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır.

Bununla birlikte bu suçların basılmış eserler yoluyla işlenmesi hâlinde Basın Kanunu md. 27'nin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>78</sup>. 27. maddeye göre, basılmış eserler yoluyla işlenen suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülecektir. Bu açıdan, TCK md. 216'daki suç tiplerinin basılmış eserler yoluyla işlenmesi hâlinde, tüm suç tipleri bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi<sup>79</sup> olacaktır.

---

zanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2006-8-179.htm, 2 Ağustos 2013.

<sup>78</sup> Parlar/Hatipoğlu, s. 3388.

<sup>79</sup> Görevli mahkemeler ve yargılama usulü

Madde 27- ... Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması hâlinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür.

## KAYNAKLAR

- Alacakaptan, Uğur: "Fikir, Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı - C. 2, Ankara, 2000, s. 5-43.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Aydın, Öykü Didem: "YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış", Hukuki Perspektifler Dergisi, Mayıs 2006, S. 6, s. 119-143.
- Bayraktar, Köksal: Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar - Cilt: I, İstanbul, Beta Basım, 2007.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. bs., İstanbul, Beta Basım, 2012.
- Cihan, Erol: "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK. m. 312)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1974, C: XXXX, S.: 1-4, s. 97-130.
- Dönmezer, Sulhi: "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği - Anayasa Hukuku)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1963, C: XXIX, S.: 3, s. 761-780.
- Dönmezer, Sulhi: "Demokratik ve Uygar Toplumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s. 7-13.
- Erman, Sahir: Hakaret ve Sövme Suçları, 2. bs., İstanbul, 1989, s. 34-35.
- Ersan, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: "İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 287-341.
- Gökçen, Ahmet: Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2), 2001.
- İçel, Kayıhan: Suçların İçtimai, İstanbul, 1972.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, 5. bs., Berlin, 1996.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Kocasakal, Ümit/Aksoy, Emine Eylem/Memiş, Pınar: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, s. 25-50.



- Krauß, Matthias (Bölüm yazarı): Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar – Fünfter Band - §§ 110 bis 145d, Yay. Haz.: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, 12. bs., Berlin, De Gruyter Recht, 2008, § 130.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. bs., München, Verlag C.H. Beck, 2011, § 130.
- Lenckner, Theodor/Sternberg-Lieben, Detlev (Bölüm yazarları): Strafgesetzbuch Kommentar, Yay. Haz.: Adolf Schönke, Horst Schröder v.d., 28. bs., München, Verlag C.H. Beck, 2010, § 130.
- Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg (Bölüm yazarları): Strafgesetzbuch Kommentar, Yay. Haz.: Adolf Schönke, Horst Schröder v.d., 28. bs., München, 2010, § 186.
- Mahmutoglu, Fatih Selami: “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 2005, C: LXVIII, S.: 1-2, s. 57-112.
- Ostendorf, Heribert (Bölüm yazarı): Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Yay. Haz.: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen, 4. bs., Baden-Baden, Nomos, 2013, § 130.
- Önder, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- Özek, Çetin: Türk Basın Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978.
- Özgenç, İzzet: “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1997, C: LV, S.: 3, s. 51-63.
- Özgenç, İzzet: “Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku”, 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, Diyarbakır, 1998, s. 180-231.
- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., Ankara, 2013.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu - (151 - 229. Maddeler) 3. Cilt, 3. bs., Ankara, 2010.
- Schäfer, Jürgen (Bölüm yazarı):Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 3: §§ 80-184g StGB, Yay. Haz.: Wolfgang Joecks, Klaus Miebach, München, 2. bs., Verlag C.H. Beck, 2012, § 130.
- Sınar, Hasan: “Yeni Türk Ceza Kanununda İfade Özgürlüğü”, Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrechts, Yay. Haz.: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Nomos, 2010.
- Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Şen, Ersan: “Türk Ceza Kanunu m. 301”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan 2007, Sayı: 1.
- Tepe, İlker: “Türk Ceza Hukukunda “Eleştiri Amacıyla Yapılan Düşünce Açıklamaları” İle Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2008, Sayı: 8, s. 127-152.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Zafer, Hamide: "Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2004, C: LXII, S.: 1-2, s. 209-261.

**Diğer Kaynaklar:**

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı:

<http://www.bverfg.de/>

<http://aihm.anadolu.edu.tr/>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/>

<http://www.anayasa.gov.tr/>

<http://www.kazanci.com/>

**CEZA HUKUKUNDA BİR AMAÇSAL YORUM ÖRNEĞİ:  
HIRSIZLIK SUÇUNUN GECE VAKTİ İŞLENMESİ**  
AN EXAMPLE OF TELEOLOGICAL INTERPRETATION  
IN CRIMINAL LAW: CRIME OF THEFT DURING NIGHTTIME

İsa BAŞBÜYÜK\*  
Veli Özer ÖZBEK\*\*

**Özet:** Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi, TCK m.142’de genel bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu çalışmada, somut olayın koşullarını göz önünde bulundurmaksızın “gece vakti” işlenen “her” hırsızlık suçu bakımından doğrudan cezanın yarı oranında artırılmasına yönelik düzenlemenin ceza adaletiyle ne ölçüde bağdaştığı ve böylesi bir düzenlemeye ihtiyaç bulunup bulunmadığı inceleme konusu yapılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Hırsızlık, Gece Vakti, Amaçsal Yorum, Nitelikli Hırsızlık

**Abstract:** Under the Turkish Penal Code Art 142 it is a general matter in aggravation for theft to commit in night-time. This study examines whether it is fair about all theft case committed in night-time to increase the penal by half without taking point of concrete cases into account and whether it is necessary for such as provision to be provided.

**Keywords:** Theft, Night-Time, Teleological Interpretation, Aggravated Theft.

---

\* Prof. Dr., DEÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı  
\*\* Arş. Gör., DEÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

## I- SORUN ORTAYA KONULMASI

765 sayılı TCK'nın 492. maddesinin 1. fıkrasında hırsızlık suçunun geceleyin bir bina veya eklentisinde işlenmesi nitelikli hal olarak tanımlanmışken; 5237 sayılı TCK'da bu nitelikli hal, 143. maddede "*Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde verilecek ceza üçte birine kadar arttırılır.*" şeklinde bağımsız olarak düzenlenmiştir. Buna göre "gece vakti", bina içerisinde işlenmesi durumuyla sınırlı olmaksızın, hırsızlık suçunun gerek temel şeklini ve gerekse diğer nitelikli şekillerini kapsayan genel bir artırım sebebi olarak hükme bağlanmıştır. Hemen ifade edelim ki, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi, kapalı mekânlarda gece vakti işlenen hırsızlık suçunu nitelikli hal olarak düzenleyen Alman Ceza Kanunu StGB § 243'te, 1969 yılında yapılan değişiklikle birlikte gece vakti hırsızlık suçu nitelikli hal olmaktan çıkarılmıştır<sup>1</sup>.

Gece vakti, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat öncesine kadar olan devam eden zaman dilimi olarak tanımlanmıştır (TCK m.6/1-e). O halde, hırsızlık suçunun ister temel şekli isterse nitelikli hali gerçekleştirilmiş olsun, suçun işlendiği zaman dilimi TCK m.6/1-e kapsamına giriyorsa, verilecek cezanın TCK m.143'ün lafzı gereği otomatik olarak üçte biri oranında arttırılması gerekecektir. Bu durumda, ortaya birbiriyle bağlantılı iki temel sorun çıkmaktadır: Birincisi, toplumsal yaşamdaki olayların değişkenliği ve çeşitliliği karşısında, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın genel bir ağırlaştırıcı sebep haline getirilmesi, düzenlemenin amacıyla ne derecede örtüşmektedir? İkincisi, TCK m.61 çerçevesinde temel cezayı belirlerken suçun işlendiği zaman ve yer dikkate alınabileceken, ayrıca TCK m.143'e ihtiyaç bulunmakta mıdır?

## II- SORUNA İLİŞKİN AÇIKLAMALARIMIZ

Ceza, toplumda korunmaya değer görülen hukuki değerlerin ihlali durumunda devletin gösterdiği tepki olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukunun amacı, toplumsal yaşam bakımından

<sup>1</sup> Tarihçe için bkz. Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, 2. Auflage, Berlin, 2003, s. 99.

önem arz eden hukuksal değerleri korumaktır<sup>2</sup>. Fakat devlet, bu hukuksal değerleri korumak üzere sahip olduğu cezalandırma yetkisini istediği biçim ve kapsamda kullanamaz<sup>3</sup>. Bu yetkinin sınırlarından biri de orantılılık ilkesidir. Bilindiği üzere, cezalar eylemin haksızlık içeriğiyle orantılı olmalıdır<sup>4</sup>. Bu noktada orantılılık ilkesi hem kanun koyucuyu hem de hâkimi bağlar. Önce kanun koyucu tipikleştirdiği haksızlık için, bu haksızlığın içeriğine uygun bir ceza aralığı tespit eder; hâkim ise söz konusu ceza aralığından yine işlenen haksızlığın içeriğiyle orantılı uygun bir yaptırım belirler. Kanun koyucunun, genel çerçevede eylemin haksızlık içeriğini karşılamayan; karşılasa dahi, hükmü uygulayacak hâkimin, koşulları özellik gösteren somut olaya göre hareket etme yetkisini kısıtlayan bir düzenleme yapmaktan kaçınması, ceza adaletinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Orantılılık ilkesi, şüphesiz nitelikli haller bakımından da gözetilmesi zorunlu bir husustur. Şöyle ki, belirli bir hukuki değeri ihlale yönelik her fiilin aynı haksızlık içeriğine sahip olduğu söylenemez. Bir yaptırım belirlenirken, suçla korunan hukuki değer önemiyle birlikte söz konusu hukuki değeri ihlale yönelik fiillerin toplumsal tehlikeliği de göz önünde bulundurulmak durumundadır. Bu nedendir ki, kanun koyucu “nitelikli haller” aracılığıyla, aynı hukuki değeri ihlale yönelmiş olan, fakat gerçekleştiği yer ve zaman yahut yöneldiği kişi itibarıyla haksızlık içeriği farklılık arz eden eylemlere değişen oranlarda ceza verilmesi usulünü benimsemektedir. İşte kanun koyucu, belli bir haksızlığı cezalandırma yoluna giderken fiilin toplumsal tehlikeliğini esas almakta ve uygulama birliğini sağlama adına bu tehlikeye konu soyut davranış modellerini ceza kanunlarında göstermektedir. Fakat *genelleme* yöntemi, özel durumları top yekûn dışarıda bıraka-

<sup>2</sup> Bkz. Centel Nur, Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s.370; Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.7. Ayrıca bkz. Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 3. Bası, Ankara 2003, s.37 vd.

<sup>3</sup> İçel Kayıhan/Donay Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Baskı, 1999,s.4; Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012, s.42.

<sup>4</sup> Bir ceza hukuku işlemiyle sağlanması istenen yarar ile verilmesi imkân dâhilinde olan zarar arasında orantının bulunması gerektiği konusunda bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.82.

rak, bazen kuralın getiriliş amacıyla bağdaşmayan sonuçların doğmasına sebep olabilmektedir. Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin bu suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi işte bu çerçevede ele alınıp değerlendirilmelidir.

Kanun koyucu TCK m.143'te hırsızlık suçunda nitelikli bir hal olarak kabul ettiği gece vaktini TCK m.6'da tanımlayarak, söz konusu zaman dilimi içerisinde işlenen hırsızlık suçunun daha yoğun bir haksızlık içeriğine sahip olduğu konusunda bir genel bir kabul ortaya koymuş bulunmaktadır. Kanun koyucunun gece vakti işlenen hırsızlık suçunu daha fazla cezaya layık görmesinin sebebi, bu zaman dilimi içerisinde söz konusu suçun daha kolay işlenebilmesi olmalıdır. Nitekim *Noyan*'ın da ifade ettiği gibi, *"Gece vakti insanları daha korumasız hale getirir. İnsanların her zaman ama özellikle bu saatlerde güven ortamına daha fazla ihtiyaçları vardır. Gecenin ilk saatlerinde tenhalaşan sokaklar ilerleyen saatlerde boşalır. İşyerleri sahipsiz durumdadır. Evlerindeki insanlar uykudadırlar. Karanlık, suç işlemek arzusunadakileri gizler, rahat hareket etmelerine imkân sağlar. Sokakta, işyerinde, evde, neresi olursa olsun; suç işlemek ve uzlaşma gündüze oranla iyice kolaylaşmıştır."*<sup>5</sup> Yine, *Centel/Zafer/Çakmut* da, *"Gece vakti işlenen hırsızlık suçlarında, failer havanın karanlık olmasından yararlanarak eylemi daha kolay gerçekleştirirler ve yakalanma ihtimalleri zayıflar. Ayrıca, karanlıkta, mağdurun kendisini ve malını savunma olanağı azalır."*<sup>6</sup> şeklinde durumu izah etmiştir. Tüm bunlara failin suçu işledikten sonra kaçma imkânının gece vakti daha kolay olması da eklenebilir.

Anlaşıldığı üzere, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi durumunda fiilin haksızlık içeriğini arttıran ve bu fiili daha fazla cezaya layık hale getiren şey, gece vaktinin **kural olarak hırsızlık suçunun** icrasını kolaylaştırmasıdır. Kanun koyucunun, gece vakti işlenen hırsızlık suçunun, diğer hırsızlık şekillerine nazaran daha yoğun haksızlık içe-

<sup>5</sup> Noyan Erdal, *Hırsızlık Suçları*, Ankara 2007, s.366.

<sup>6</sup> Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 2. Baskı, İstanbul 2011, s.325. Gece vaktinin hırsızlık suçunun işlenmesi kolaylaştırdığı gerekçesiyle bu hususun nitelikli hal olarak kabul edildiği konusunda ayrıca bkz. Özbek, Özer/Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2012, 564; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Rifat Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2012, s.548.

riğine sahip olduğunu kabul etmesi makul karşılanabilir bir yaklaşımdır. Fakat somut olayın kendine has özellikleri dikkate alınmaksızın, istisnasız gece vakti işlenen her hırsızlık suçunun temel şekline nazaran daha ağır cezaya layık olduğu yönündeki bir genellemeye sadık kalmanın, uygulamada ne derece sağlıklı ve ceza adaleti bakımından orantılılık ilkesine uygun sonuçlara yol açacağı ise tartışmaya açıktır.

Örneğin, tamamen kapalı bir kompleks olan ve günün hangi saati olursa olsun aydınlatması kendi ışıklandırma düzeneğiyle sağlanan bir alışveriş merkezindeki mağazadan, bir elbisenin güneşin batmasından bir saat sonra çalınmış olmasıyla güneş batmadan bir saat önce çalınmış olması arasında, eylemin haksızlık içeriği bakımından ne gibi bir fark bulunmaktadır? Güneşin saat beşte battığı bir yerde, saat altı sularında hırsızlık suçunu işleyen failin, gece vaktinin sağlamış olduğu kolaylıktan yararlandığı söylenebilir mi? Kanımızca, büyük alışveriş merkezleri gibi, yapısal özelliği itibarıyla günün aydınlık veya karanlık olmasının iç mekândaki atmosferi önemli ölçüde etkilemediği yerlerde işlenen hırsızlık suçları bakımından, fiilin işlenişini kolaylaştırıp kolaylaştırmadığını ayrıca değerlendirme konusu yapmaksızın, otomatik olarak TCK m.143'te yer verilen nitelikli halin uygulanması amaca elverişli olmayıp, eylemin haksızlık içeriğini aşar ölçüde ceza tayinine yol açmaktadır. Nitekim, bunun gibi dışarıyla bir bağlantısının bulunmadığı izole yerlerde, hırsızlık suçunu işleyen failin gecenin karanlığından ve tenhalığından yararlanarak fiilini kolaylaştırdığını söylemek güçtür. Tam tersine, akşam vakitlerinde insan kalabalığının arttığı bu mekânlarda failerin suçu icra etmesi daha risklidir. Oysa Yargıtay bir kararında, *“geceleyin müşteri olarak gittiği alışveriş merkezinden mont çalmaya kalkışması ve kesintisiz izleme sonucu yakalanması eylemi sebebiyle hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nun 142/1-b, 143, 35/2 maddelerine göre uyarılma kararı verilmesi gerekir.”* diyerek ayrıca bir inceleme yapmaksızın gece vakti nitelikli halinin uygulanması yönünde görüş bildirmiştir<sup>7</sup>.

Aynı durum, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen hırsızlık suçları bakımından da gündeme gelebilir. Öncelikle, bilişim sistemleri kullanmak suretiyle güvenlik/alarm sistemini devre dışı bıraktıkları banka-

<sup>7</sup> 13. CD., 29.11.2011, E. 2011/8917, K. 2011/6935, (www.kazanci.com).

ya bir şekilde girip hırsızlık suçunu işleyen failer hakkında gece vakti nitelikli halinin uygulanmasında bir sorun bulunmamaktadır. Oysa, her ne kadar eleştiri konusu olsa da<sup>8</sup>, internet bankacılığı aracılığıyla yapılan hukuka aykırı havale işlemi de Yargıtay tarafından bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Son durumda, tamamen bilgisayar üzerinden internet aracılığıyla gerçekleştirilen havale işleminin gece vakti yapılmış olması durumunda, fail hakkında verilecek cezanın “gece vakti” nedeniyle arttırılması anlamsız bir hal alacaktır. Yine, TCK m.142/3 çerçevesinde, suçun sıvı veya gaz halindeki enerjinin hırsızlık suçuna konu edildiği bazı durumlarda da benzer sonucun gündeme gelmesi mümkündür. Örneğin, yerin metrelerce altındaki petrol boru hatlarına kurulan düzenekle (*kelepçeleme*) yapılan bazı hırsızlık suçları için TCK m. 142/3 dışında ayrıca “gece vakti” nitelikli halinin uygulanması somut olayın özellikleri karşısında anlamsızlaşabilir.

### III- SORUNUN UYGULAMA BOYUTUNA YÖNELİK GÖRÜŞÜMÜZ

*Genelleme*, uygulama birliğinin sağlanması ve belli bir standardın yaşama geçirilerek sistemin oturtulması bakımından göz ardı edilemez bir öneme sahiptir. Fakat kanun koyucunun her bir somut olayı önceden öngörmesi mümkün olmadığı için, her bir özel duruma uygun düşecek bir norm belirleme yoluna gitmesi de beklenemez. Aynı şekilde kanun koyucunun her bir özel durumu önceden öngörememesi, bazı kabullerden hareketle belirlediği normların her somut olayın özelliğine uygun düşmemesine de yol açabilir. Böylesi bir ortamda, hukukun toplumsal yaşama adapte edilmesi ve adaletin egemen kılınması noktasında bir takım sıkıntıların baş göstermesi kaçınılmaz olmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Bu hususta bkz. Başbüyük İsa, “Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:14, Aralık 2010, s.164 vd.; Başbüyük İsa, “İnternet Bankacılığı Aracılığıyla Yapılan Hukuka Aykırı Havalenin Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:21, 2013, s. 197 vd.; Yıldız M. Emre, “İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay’ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:14, Aralık 2010, s. 129 vd.

<sup>9</sup> Kavram hukukçuluğunun teknik olarak hukukun gelişmesine pek çok katkıda bulunmakla birlikte, adalet düşüncesini göz ardı ettiği konusunda bkz. Işıktaç Yasemin/Metin Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul 2003, s.70.



Bahsi geçen sıkıntının aşılabilmesi, hâkimlerin amaca uygun bir uygulama yöntemi benimsemesiyle mümkün olabilir. Belirtmek gerekir ki, hâkimler hukuk normlarındaki kavramları, mantık zinciri içerisinde somut olayla ilişkilendirmekle yetinen hukuk teknisyeni değildir. Toplumsal yaşamda özellik göstermeye müsait birçok olayın, aynı potada eritilmesini sonuçlayacak şablonculuk, uygulamada birlik ve sistematik bir yapı sağlasa da, adaletin temininden uzak olacaktır.

İşte bu noktada kilit role sahip olan hâkimler, kanunun lafzı ile amacı arasındaki ilişkiyi çok net görebilmeli; somut olayın özelliklerinin farklı bir değerlendirmeyi mecbur kıldığı durumlarda, kanunun amacı doğrultusunda bir yorum benimseyerek, hem kanun koyucuya hem de doktrine yol gösterebilmelidir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, dışarıdaki havanın aydınlığıyla herhangi bir bağlantısı olmayan ve gecenin karanlığının fiilin işlenişine olumlu bir etkisinin bulunmadığı yerlerde, güneş batmadan bir saat önce işlenen hırsızlık suçu ile güneş battıktan bir saat sonra işlenen hırsızlık suçunu farklı yaptırımlara tabi tutmanın kanunun amacıyla bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, hukuka aykırı havalenin gece yapılmasıyla gündüz yapılması arasında eylemin haksızlık içeriği bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Dolayısıyla, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen hırsızlık suçuna konu bir olayda hukuka aykırı havalenin hangi saate yapıldığını tespit etmenin TCK m.143 bakımından bir önemi yoktur. İşte uygulayıcının da bu durumu, somut olayın özellikleri çerçevesinde gözetmesi gerekir.

Karşı görüş olarak, ceza hukukuna hâkim olan ilkelerin kanunun lafzının dışına çıkılmasına izin vermediği düşüncesi ileri sürülebilirse de, kanımızca mahkemeler bazı durumlarda kanunların lafzını amaca uygun düşecek şekilde yorumlamalı; soyut normlarla yapılan belirlemelerin somut olaya uygun düşmediği hallerde, suçlanan kimse bakımından güvence oluşturan kanunilik ilkesini ihlal etmemek kaydıyla ortaya çıkabilecek aksaklıkları giderebilmelidir. Kaldı ki, kanun koyucu bazı durumlarda zaten amaca uygunluk denetimi yapma yetkisini kendisinde görmektedir. Örneğin, elektrik enerjisinin hırsızlık suçuna konu olabildiği dönemde, Yüksek Mahkeme, gece vakti nitelikli halinin elektrik enerjisini konu alan hırsızlık suçunda uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır:

*“Elektrik hırsızlığı suçundan sanık İ.’nin yapılan yargılaması sonucunda; MAHKUMİYETİNE dair (.....) Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 29.12.2005 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi katılan vekili tarafından istenmekle ve dosya Yargıtay C.Başsavcılığının 27.2.2007 tarihli tebliğnamesiyle dairemize gelmekle yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü.*

*Suçun niteliği gereği 5237 sayılı TCK.nun 143.maddesinin uygulanması olanağı bulunmadığından tebliğnamedeki 1.nolu düşüncesine iştirak olunmamıştır.<sup>10</sup>”*

Yargıtay’ın “suçun niteliği gereği”ndan bahisle, elektrik hırsızlığında gece vakti nitelikli halinin uygulamaması, aslında tipik bir amaçsal yorum örneğidir. Nitekim, suçun icra ediliş tarzının farklılık arz ettiği elektrik hırsızlığı suçunun gece vakti işlenmiş olması, cezanın üçte biri oranında arttırılmasını haklı kılacak bir haksızlık içeriği taşımamaktadır. Bu sonucun, diğer hırsızlık şekilleri bakımından da gözetilmesi gerekir. Aksi durum, uygulamada keyfiyeti gündeme getirir.

#### IV- ÇÖZÜM ÖNERİSİ

TCK m.143, gece vakti kavramına dâhil zaman dilimi içerisinde işlenen “her bir” hırsızlık suçu bakımından (TCK m.141 ve 142), ağırlaştırılmış bir ceza verilmesi konusunda uygulama birliği sağlama fonksiyonu üstlenmektedir. Oysa, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, gerek bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesi örneğinde olduğu gibi (daha önce de elektrik hırsızlığı), hırsızlığın diğer işleniş şekilleriyle olan uyumsuzluğu; gerekse de kapalı mekânlarda yapılan hırsızlık örneğinde olduğu gibi somut olayın ortaya koyduğu özel koşullar, gece vakti gerçekleştirilen her hırsızlık suçunun daha ağır cezalandırılmasını anlamsızlaştırmaktadır. En sağlıklı çözüm yöntemi, işlendiği zamanın suçun icrasını kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı konusunda, hâkimin somut olayın özellik gösteren noktalarını dikkate alarak bir değerlendirme yapmasıdır.

<sup>10</sup> 2. CD., 03.10.2007, E:2007/3143, K:2007/12413, (Meran Necati, Hırsızlık-Yağma-Mal Varlığına Karşı Suçlar, Ankara 2011, s.107).

Temel cezanın belirlenmesi aşamasında, TCK m.61/1-c kapsamında zaten hâkimin “suçun işlendiği zaman ve yeri” gözetip, cezayı alt sınırdan uzaklaşarak tayin etmesi mümkündür. Bunun dışında, ayrıca ve açıkça hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin otomatik bir ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi, amaca uymayan bir takım uygulamaların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Asıl olması gereken, suçun işlediği zamanın temel cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınarak, somut olayın haksızlık içeriğiyle doğru orantılı bir yaptırıma hükmedilebilmesinin yolunu açmaktır. Şu durumda, hem suçun temel şekli hem de nitelikli şekillerine nazaran daha ağır ceza verilmesi adına **“GECE VAKTİ”NİN HIRSIZLIK SUÇUNDA GENEL BİR NİTELİKLİ HAL OLARAK DÜZENLENMESİNE SON VERİLMESİ GEREKTİĞİNİ**; suçun icrasını kolaylaştırması söz konusu ise, gece vaktinin temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulmasının yeterli ve amaca uygun olduğunu düşünüyoruz.

## KAYNAKLAR

- Başbüyük İsa, “Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:14, Aralık 2010.
- Başbüyük İsa, “İnternet Bankacılığı Aracılığıyla Yapılan Hukuka Aykırı Havalenin Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:21, 2013.
- Centel Nur, *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- İşıktaç Yasemin/Metin Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul 2003
- İçel Kayıhan/Donay Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Baskı, 1999.
- Meran Necati, *Hırsızlık-Yağma-Mal Varlığına Karşı Suçlar*, Ankara 2011.
- Mitsch Wolfgang, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, 2. Auflage, Berlin, 2003.
- Noyan Erdal, *Hırsızlık Suçları*, Ankara 2007.

- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.7. Ayrıca bkz. Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 3. Baskı, Ankara 2003.
- Özbek Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Özbek Özer/Kanbur M. Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Özbek Veli Özer/Kanbur M. Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/ Önok Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2012.
- Yıldız M. Emre, "İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay'ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, S:14, Aralık 2010,

# YARGILAMADA OBJEKTİFLİK VE TARAFSIZLIK

## OBJECTIVITY AND IMPARTIALITY IN ADJUDICATION

*“Hesabı yapılabilen her şey önemli olmaz,  
ve önemli olan her şeyin de hesabı yapılmaz.”*

Albert Einstein

Mustafa T. YÜCEL\*

**Özet:** Psikologlar, kişilerin nesnellik illüzyonu yaşadıklarını belirtiyorlar: İnsanlar objektif olduklarına inanırlar; kendilerini diğerlerinden daha ahlaki ve adil olduklarını görürler ve tarafgirliğe karşı kör nokta edinerek kendileri yerine başkalarını tarafgirlik içinde görme eğilimindedirler. Hâkimler Nasıl Düşünür adlı eserinde (“How Judges Think”) Richard Posner, “Kendimizi tarafgirlik ithamından kurtarmak üzere “içe bakış” uygularken, başkalarındaki tarafgirliği kanıtlamak üzere de gerçekçi insan davranış nosyonlarını kullanmaktayız. Bu eğilimler, kuşkusuz, hâkimlerin kendi tarafgirliklerini belirlemesini zorlaştırmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Objektiflik, tarafsızlık, kamuoyu, bağımsızlık, yolsuzluk, hesap verirlilik, gerçek suçlu, mağdurların korunması, usuli adalet.

**Abstract:** Psychologists have shown that individuals experience an illusion of objectivity. People believe they are objective; they see themselves as more ethical and fair than others and experience a “bias blind spot,” the tendency to see bias in others but not in themselves. As noted by Judge Richard A. Posner in his book “How Judges Think”, “We use introspection to acquit ourselves of accusations of bias, while using realistic notions of human behavior to identify bias in others.” These tendencies make it difficult for judges to identify their own biases.

**Keywords:** objectivity, impartiality, public opinion, independence, corruption, accountability, true offender, protection of victim, procedural justice.

\* Prof. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Anabilim Dalı Başkanı

Hukuk ajanları/hâkimler ne derece objektif ve tarafsız davranmaktadırlar? Sorunu yanıtlarken bu kavramların ne anlama geldiği ilk önce belirlenmelidir. Hiç kuşkusuz, genelde kavramlar, standartlar ve ideallerin ve özelden ithal olanlarının ülkenin sosya-kültürel bağlamında maruz kaldığı değişim sosyolojik bir bulgudur. Bunlar bilimsel hipotezler gibidirler; birer eylem planıdır. Sorunun/davanın ilgili yanlarını kontrol ederek iyunin oluşmasını sağlayıp sağlanmadığı ise kanıtlanmaya tabidir. Gereksinmeler, istemler ve yoksunluklardan doğan ihtilaflı bir durum, bu gereksinmeleri, istemleri ve yoksunlukları gidermeye tasarlanmış eylemlere yol gösterici hedefler ve standartlar karşısında belli hedeflerden herhangi birinin mevcut durum için yeterliliği ilke olarak bilimsel objektiflikle sağlanabilir. Yalnız duygulara dayanan/ etkilenen bilgi objektif olmaz. Aynı durum yargılama süreci için de geçerlidir ve tarafsızlık, objektif olmanın gereği olarak belirlemektedir.<sup>11</sup> Objektiflik türlerine bakıldığında her tür, eşleştiği öznellik türünün karşıtı olmaktadır.

Objektiflik Kategorisi	Objektiflik Türleri
1.Ontolojik	Akıldan bağımsız, Belirli doğruluk, Standart uygulama
2.Epistemik	Kişiler arası anlaşılabilirlik, Tarafsızlık/yansızlık
3 Semantik	Hakikat paylaşımı

Epistemik objektiflik türü olan tarafsızlık, menfaat ötesi, açık fikirli, mesafeli veya gayri şahsi niteliklerden oluşmakta; önyargı ve tarafgirlik karşıtı olmaktadır. Hukuki bağlamlarda objektifliğin bu boyutu kanunların yapımı ve uygulaması evrelerinde geçerlidir. Objektifliğin diğer türlerinde olduğu gibi “ya hep veya hiç olmak” yerine niceksel bir nesnedir ve değişen derecede gerçekleşmektedir.

En yalın haliyle tarafsızlık, şu sorular etrafında şekillenmektedir: Hâkimler kendilerini iktidarın mı, yoksa hukukun mu sadık birer

<sup>11</sup> Usuli objektiflik Kant’tan gelmektedir. Bkz. M.H. Kramer. Objectivity and the Rule of Law, Cambridge University Press, 2007. Bkz. Bangalore Yargı Etiği İlkeleri; J. Rawls, Theory of Justice, s.137: objektiflik adına adalet ilkelerine varmak üzere aktörleri farazi bir şekilde cahillik peçesi (veil of ignorance) arkasına konulmaktadır. Her aktörün farazi konumda toplumdaki yeri, sınıfı veya sosyal statüsü, psikolojik eğilimleri, zekası ve gücü, toplumun ekonomik ve siyasi durumu, toplumun kültürel seviyesi ve ait olduğu nesil hakkında bir bilgisi yoktur.

hizmetkarı olarak görmektedirler? İktidara itaat eden bürokratlar olarak mı, yoksa eleştirel bir zihin ile adalet aktörleri olarak mı düşünüp görevlerini yerine getirmektedirler? Duyguların hukuku ve yargıyı etkilemesi göz önüne alınarak çeşitli medya öğeleriyle beslenen kamuoyunun yargıyı baskı- laması eğilimi ne ölçüdedir? Genelde hukukun özelde yargı mekanizma- sının bunları sınırlama kapasitesi var mıdır? Bunlar, kuşkusuz, hâkimler- deki zihniyet kalıpları saptanarak yanıtlanacak sorulardır. Kararı verecek aktörler önyargısız ve objektif olabilmeye koşullarına sahip olabilmelidir. Bu bağlamda “erişebilirlik”, “bağımsızlık”, “tarafsızlık”, “hesap verilirlik/ saydamlık” ve “etkililik” önemli odaklar/ ölçütler olmaktadır.

“Hâkim, hukuk esasları ve vicdanı yerine idare adamlarının veya davada ilgisi olanlardan birisinin etkisi altında kalarak karar verirse, verdiği karar, özünde adaletle ilgisi bulunmayan bir belge, daha açıkçası bir zulüm belgesinden ibaret kalır. Bu durum haksızlığa uğrayanın olduğu kadar bütün toplumun gönül rahatlığını bozar. Zira yurttaş haklı olarak aynı felaketin bir günkendi başına da geleceğini düşünür.” (Recai Seçkin, 1960 *Adli yıl açış konuşması*).

Bağımsızlık(*independence*),<sup>22</sup> yargının dışardan(yürütme erki/özel kişiler- den) veya içerden (ceplerinde dosya numarası taşıyan bazı hâkimlerden) gelebilecek her tür etkiden bağımsız olarak, 1) Hâkimin kanun, hukuk ve kendi vicdanına göre karar vermesi; ve 2) Hukukun üstünlüğünü sağla- mak amacıyla davranmasıdır. Bağımsızlık ve tarafsızlık ilişkisinde, ekseriya, biri ötekine bağlı bulunmaktadır.

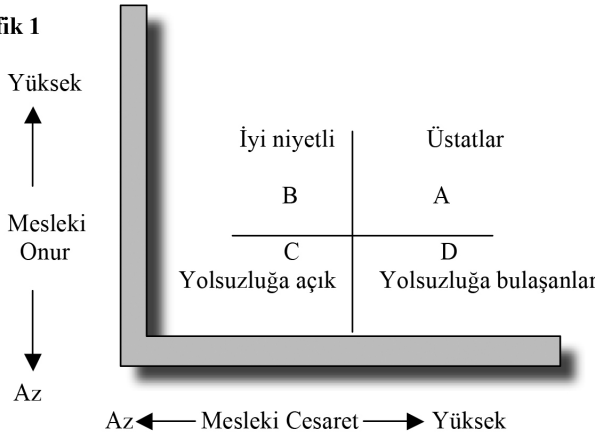
Hesap verilebilirlik, açıklık ve saydamlık için de, 1) Kararlar gerekçeli olmalı ve ilke olarak temyize tabi olmalı, ve 2) Etik kurallara göre faaliyet gösterilmelidir (*Bangalor Yargı Etiği İlkeleri/ Savcılar için Budapeşte İlkeleri*).<sup>33</sup> Bu noktada bağımsızlık ve tarafsızlık açısından iki

<sup>22</sup> Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Rec (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı; Office of Democracy and Governance Guidance for promoting judicial independence and impartiality, revised edition, January 2002, Washington, D.C. Bkz. S. Selçuk. Bağımsız Yargı-Özgür Düşünce İmge Kitabevi, Mart 2007. Ayrıca bkz. R. Nozick. “Tarafsız olamayan devlet” Anarşi, Devlet ve Ütopya (Çev. A. Oktay) İst. Bilgi Üniv. Yayını, Aralık 2000, ss.344-46.

<sup>33</sup> Her iki ilke de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca benimsenmiştir. Bu ilkeler aksine davranışın ortaya çıkaracağı sonuçların 5237 sayılı TCK’nun 257. maddesinde açıklanan suç öğelerini içermesi durumunda da yetki ve görev ihmalinden veya kötüye kullanılmasından söz edilmesinin açık olduğu içtihat edilmiştir. Bkz. CGK. 20/11/2007, 5-83/244: Adalet Bakanlığı Etik Komisyonu- 5176 Sayılı Kamu

niteliğe de dikkat çekilmelidir: 1) Etik sorumluluk duyan ve duyarlılık sergileyen, *meslek onuruna* sahip çıkan ve 2) Karar sürecinde dıştan gelen baskılara direnç gösteren *cesaret* sahibi hâkimlerin varlığıdır.<sup>44</sup> Bu niteliklerin dağılımını sergilemek üzere aşağıda grafiğe yer verilmiştir. Bu grafiğin sağında olanlar yüksek cesaret sahibi iken, üsttekiler mesleki onuru yüksek aktörlerdir. Kuşkusuz, *hesap verilebilirlik*, *mesleki onur* için motive edici bir etmen olduğu gibi bağımsızlık ta *cesareti* arttırmaktadır .

Grafik 1



Görevlileri Etik Kurulu Kurulması...Kanun. Bkz.D. Pimentel "Reframing the Independence v. Accountability Debate: Defining Judicial Structure in Light of Judges' Courgae and Integrity, 57 Clev.St. L. Rev. 1(2009). Hukuk eğitiminde etik dersin bilinçlendirme görevi insanlara iyi olmayı öğretmekten daha boş bir uğraştır. Avukat, asker, tüccar ve öteki meslek mensubu olarak davranmayı ancak onları yaparak öğrenmekteyiz. Yaşam bizlere nasıl davranılacağını öğretmektedir (Yazarın notudur). Ayrıca bkz. J. R. Elkins, "The Pedagogy of Ethics" (1985) 10 J. Legal Prof. 37, 51-52.; R. Granfield, Making Elite Lawyers Routledge, c.5, 1992; S.İnceoğlu. Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik, Tüsiad, Ağustos 2012; A. U. Türkbağ. "Yargı Bağımsızlığı ve Etik Değerler Dengesi" Yargıda Etik Sempozyumu Ankara-15-16 Kasım 2012: "Etiğin sosyoloji ve psikolojiyle desteklenerek halledilmesi durumunda, hâkimlerimizin durumu çok daha farklı olacaktır, yargı süreci çok daha insani ve katlanılabilir olacak; insanımızın gözünde hukuk ve her türden hukukçu, hâkim ya da savcı, avukat saygın olacaktır. Hemen belirtilmesi gereken bir nokta da, yalnızca hukukçulara değil, bu, halkla karşı karşıya gelen her gruba, örneğin polise de, hizmet içi eğitimle verilmesi gereken bir eğitimidir." Ayrıca bkz. M. Barlas. "Çifte standartlar ışığında yargının bağımsızlığı" Sabah(18/01/2006) s.5.

<sup>44</sup> Gözetleyici mahkemeleri kim gözetleyecek? Kime hesap verir konumundadırlar? Soru yanıtları için bkz. J.Kleining. Ethics and Criminal Justice, Cambridge, 2008, s.208 vd.



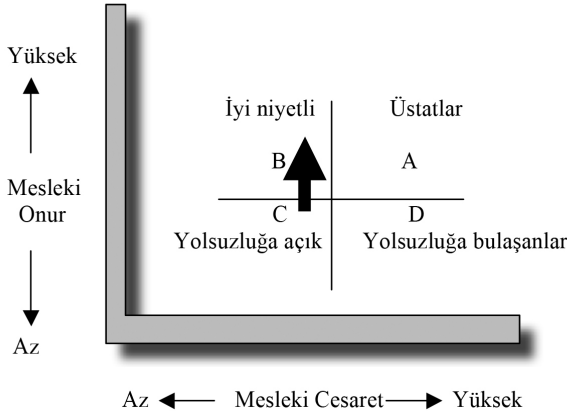
Bu grafikte beliren gruplandırmanın amacı, ne hâkimleri reel boyutta (dörtte biri yolsuzluğa bulaşmış) göstermek ve ne de bunun tamamen hipotetik olduğunu söylemek yerine *yapısal koruyucular* ve *disiplin rejimlerinin*, adil yargılama üretiminde destekleyici rollerini anlamaya elverişli analitik bir referans sağlamaktır.

Grafiğin (A) bölümünde yüksek mesleki onur ile yüksek mesleki cesareti olan aktörler(cesurlar) yer alırken, (B) bölümünde, doğru şeyler yapmak isteyen aktörler olmasına karşılık dış tehdit ve baskılara duyarlı, mesleki onuru yüksek ve fakat mesleki cesareti az olanlar bulunmakta; (C)'de yolsuzluğa açık aktörlerin mesleki onurları kuşkulu, kendileri cesarettен yoksun ve baskılara da duyarlıdır; (D)'dekiler ise, düşük mesleki onura karşılık mesleki cesaretleri oldukça yüksek olup; kendilerine özgü kirli iş takipçileridir.

Bu model kullanılarak, aktörler eğer grafiğin alt tarafında yer alıyorsa, yargısal bağımsızlık için yapısal koruyucuları(hâkimlerin dış baskılardan masun olması) güçlendirmenin yarardan çok zarar verebileceğini görebiliriz. Buna karşılık, bağımsızlık için yapısal koruyucuların yalnızca aktör-lerin makul ölçüde mesleki onur sergilendiklerinde yararlı olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Disiplin rejiminin etkisi bakımından, (D) grubundakiler için disiplin rejimi tehditleri, onları onurlu davranışa yöneltmeyecek; onların krimino- lojik cesareti bu tehditleri etkisiz bırakacaktır. Disiplin rejimi özellikle grafiğin sol tarafındakiler(dış baskılara kapılacaklar) için en fazla etkiyi gösterebilecektir. Disiplin rejimi bu gruptaki hâkimleri (C)'den (B)'ye yükseltebilecektir.

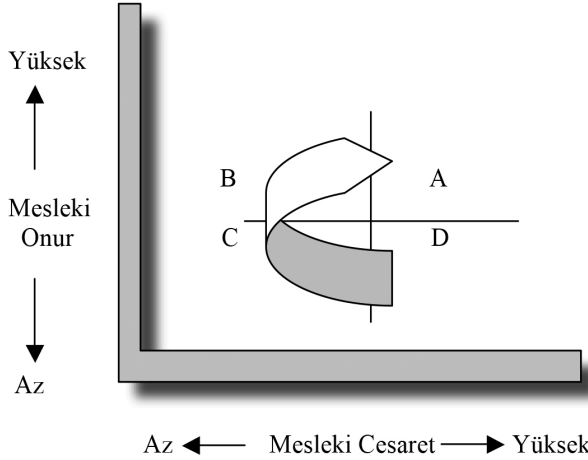
Grafik 2



İşte anılan disiplin rejimi modalitesine ve etkililiğine/yapısal korumaların türüne göre, bölümler arasında geçişler olabilecektir. Önemli olan, (D)'ye geçişleri önleyerek (A)'da yoğunlaşma amaçlı bir dinamizm sağlanmasıdır.

Bu öznel kavramlar, *mesleki cesaret*(bağımsız olarak davranmaya istekli olma) ve *mesleki onur* (kendisini sorumlu tutmaya istekli) arasındaki doğru bir denge, hâkimlerin hangi gruptaki kümelenmesine bakılarak saptanmalıdır; çünkü, bu konuda önceden saptanmış bir denge ölçütü yoktur. Hâkimlerin bireysel özellikleri, gelenekleri, normlar ve beklentileri içeren *yerel yargı kültürü*, belli bir zamanda saptanacak dengeyi belirleyecek faktörlerdir. Bu nedenle, yinelersek, hâkimleri etkili olabilecekleri (hukukun üstünlüğüne hizmet için gerekli cesaret ve onura sahip aktörler) bölümüne geçmelerini motive edici değişim ve düzenlemeler belirli zaman aralıklarıyla yapılarak, *dinamik bir yaklaşım* sergilenmelidir. Özetle, aktörlerin saat yönünde (D)'den (A)'ya doğru yönelmeleri motive edici koşullar aktivist bir yaklaşımla yaşamaya geçirilmelidir.

Grafik 3



Kavramlardan *tarafsızlığa* bakıldığında anlaşılması gereken, yansız ve kanun ile hukuka bağlılık içinde, 1) Kişisel, siyasi, kültürel ve diğer adanmışlıklar yerine kanun ve hukuk sisteminde yer etmiş ilkelere uyarlık içinde karar verilmesi, 2) Hiç kimse, zümre ve kuruma imtiyaz tanınmasıdır.

Hukukun üstünlüğü adına, kuşkusuz, yargı görevi tam ve doğru bir şekil- de yerine getirilmelidir. Bir hâkim için en zor olan medyatik bir davada beliren eğilimlerden/önyargılardan kendini soyutlayabilmektir. Yargılama sistemini test edecek davalar da bu türdendir. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 6/1 maddesine göre "tarafsızlığın" varlığı, öznel bir sınama (belli bir olayda belli bir hâkimin kişisel kanı ve davranışları) ve nesnel bir sınamayla (hiçbir kuşkuya yer vermeyecek derecede hâkime yeterli güvence verilip verilmediği) irdelenerek belirlenmelidir.<sup>55</sup> Yoksa bir hâkimin kendi tarafsızlığını değerlendirmesi gerçekçi olmayacaktır.<sup>66</sup>

Psikologlar, kişilerin nesnellik illüzyonu yaşadıklarını belirttiler. İnsanlar nesnel/objektif olduklarına inanırlar; kendilerinin diğerlerinden daha ahlaki ve adil olduklarını görürler ve kendileri yerine başkalarında taraf- gırlık görme eğilimdedirler. Bir hâkimin kendi tarafsızlığını değerlendir- mesi zor olabilir. Bu konuda yer alan ilginç sorulardan birincisi, insanın kendi yanlılıklarını saptamaya özgü sınırlamalardır. Psikologlar, kişilerin nesnellik illüzyonu yaşadıklarını belirtiyorlar: İnsanlar objektif oldukla- rına inanırlar; kendilerini diğerlerinden daha ahlaki ve adil olduklarını görürler ve tarafgirliğe karşı kör nokta edinerek kendileri yerine başka- larını tarafgirlik içinde görme eğilimdedirler. Richard Posner'in *Hâkimler Nasıl Düşünüyor*<sup>77</sup> adlı eserinde *ıçe bakışı* kendimizi taraf tutma defisin- den kurtarmak üzere yaparken, ötekilerdeki tarafgirliği kanıtlamak üzere de gerçekçi insan davranışı nosyonlarına başvurduğunu belirtmektedir. Kuşkusuz, bu eğilimler hâkimlerin kendi tarafgirliklerini belirlemesini zorlaştırmaktadır.

<sup>5</sup> Bkz. N. Centel. Ceza Muhakemesi Hakkında Hâkimin Tarafsızlığı İst., 1996, s.30; Y. Ünver ve H.Hakeri. Ceza Muhakemesi Hukuku, (5.Bası) Adalet, 2012, ss.186-197. E. Cansen "Mahkeme, muhakeme, hâkim ve hüküm" *Hürriyet* (25/01/2012), s.12. Demok- ratik olmayan ülkelerde güçlü partilerin davaların nasıl karara bağlanması istemleri şeklindeki "telefon adaleti" oldukça yaygındır.(Yazarın notudur).

<sup>6</sup> Balyoz davasına bakan Yargıtay 9. Ceza Dairesi üyeleri ve kararına yönelik eleştiriler karşısında Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın, "Yargıtay'daki arkadaşlarımızı yıllardır tanırım...olaylara hakim titiz ve tecrübeli bir ekiptir. Bu nedenle arkadaşlarımızın yanlış yapma ihtimali çok ama çok düşüktür. Bunu ben değil, zaten tüm Yargıtay bilir." demesi yerinde bir duruş değildir. Bkz. M.Demir. "Tanırım İyi Dairedir" *Hürriyet* (12/10/2013) s.1,23. Ayrıca bkz. "Söyleyin Haşim Kılıç mı, Hilmi Özkök mü haklıdır?" *Yeter Söz Milletin/Hürriyet* (13/10/2013) s.20; S. Selçuk. "Yanlış Duruşlar" *Milliyet* (17/10/2013)

<sup>7</sup> R. Posner. *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.

Yargılama sürecinde, Rosenthal ve Cordell (1985:82) tarafgir olan bir hâkimin yargılama sonucunu etkileyebileceğini vurguladılar. Bu etki normalde doğrudan fark edilemezse ise de, kendisini daha az belirgin yollardan(örneğin duruşmada sanığa karşı olan tutumu, ifadelerin tutanaklara geçirilişi, dava yönetimi v.s.) sergileyebilir. Duruşma öncesi dosya içeriğine bakan hâkimde oluşan önyargı bazen sonucu etkileyebilen bir faktördür.

Yargıdaki iş yükü ve temposu da objektiflik/tarafsızlığı etkileyebilmektedir. Metropol adliyelerindeki duruşma takvimi ile Yargıtay Ceza Daireleri(2012 yılı verilerine göre bir davanın ortalama görülme süresi iki dakika ile dokuz dakika, medyan süresi ise dört dakika) ile Hukuk Dairelerindeki(ortalama görülme süresi iki dakika ile on iki dakika, medyan süresi beş dakika) iş yükü bu kavramları sorgular bir nicelik sergilemektedir. Kuşkusuz, fiziki güç gibi akli güç te tükenmektedir. Arkası arkasına rasyonel karar vermek durumunda kalan hâkimlerde “aklı enerji” eksikliği bir yan etki olarak belirebilmektedir. İnsanlara özgü olan bu olgu sosyal psikolog Roy F. Baumeister’in “ego depletion/ego tükenişi” olgusundan- öncesi Frued hipotezi olarak bilinen bir- çıkarımdır. Teori, ben veya ego enerjisi transferini içeren akli faaliyetlere özgüdür. Baumeister’in yapıdığı bir seri testlerin verdiği en iyi bir örnek sabun gibi irade gücünün tükenebileceğidir. Ellerini- zi defalarca yıkadığınızda sabun tükenir. İşte fiziki yorgunluk sonucu beyin çaktırma- dan ve farkına varmaksızın kısa devreler yapmaya ve bilişsel düşünmeye az yer verme yönelmektedir.

Alış veriş merkezlerinde yapılan bir deneyimde, bazı kişilerle yapılan mülakat sonrası kendilerine yanıtlayabilecekleri kadar matematik problemlerini tamamlamaları istendiğinde ortaya çıkan sonuç, “tükenin- ceye kadar alış veriş yapanların iradi güçlerinde düşüş olduğudur”: Gün içinde alış veriş sırasında çoğu kararları dükkanlarda verenler bu sınava çok az dayanabilmiş.

Objektiflikle yakından ilişkili olan bir konu da hâkimin reddidir. Psikolo- jik araştırmalar, hâkimin reddi konusunda kural ve usullerin geliştirilme- si kadar böyle bir talep karşısında hâkimlerin kendilerine soracakları sorular hakkında da bilgi sağlayabilirler. Çoğu reddi hâkim durumları CMK/HMK ve *adli etik*’çe düzenlenmiş bulunmak-

tadır. CMK olayı (CMK 22 ve 23.maddeler dışındaki hallerde) hâkimin takdirine bırakmak yerine (CMK 24.md) gelişen içtihatlar bağlamında nesnel tetkiklere de yer verebilir.

Kararı etkileyen faktörlerden biride deneyimli/kıdemli hâkimlerin kendilerine fazla güvenmeleri ve kişilik ögesi haline gelen bu eğilimleri nedeniyle adaletin etkilenmesidir.

Sabıka kaydı olan sanıklar bakımından belli hâkimlerin bazen önyargılı oldukları görülmektedir (Blank ve diğerleri,1985:92). CMK sabıka kaydının dosyaya konulmasıyla buna imkan vermektedir. Sanığın 100 sabıkası olsa da, görülen davadaki suçu işlememiş olabileceği unutulmamalıdır. Aynı doğrultuda, Gordon(1990:81) hâkimlerin basmakalıp/klişe eğilimleri olduğuna işaret etti. O, belli suçluların demografik nitelikleri nedeniyle hâkimlerin etkileneceğini ve kararın kişilerin geçmişleri nedeniyle lehlerine olmayacağını eğilimine vurgu yaptı.

Bilirkişilere özgü şu öğeler de irdelenmelidir: tahsil, eğitim, yetenek, deneyim, bilgi ve vs. Tüm bunların derdest davaya ilişkin olduğu saptanmalıdır. Bunlar uzmanlığı sorulan hususa ilişkin bilimsel araştırma konusunda uygulama yeteneğine sahip olmalıdırlar. Hâkim tüm bunların üstünde bilirkişice sunulan kanıt üzerine araştırmada bulunabilmeli; bilirkişiler duruşmada taraflarca sorgulanabilmelidir.

Bu bulgular karşısında, Temyiz evresinde video çekimli dosyalar olmadığından, tutanaklardan hâkimin önyargısını saptamak olanaklı değildir.

Toplu mahkemelerde kararı etkileyen en önemli faktör de kıdemli başkan veya karizmatik bir üyenin etkilemesi ile karara varılmasıdır. Oylama sırasında kıdemsiz olan üyelerin kararın niteliği üzerine sezgileri de oylama türüne etkili olmaktadır.

Yüksek mahkemelerin çok hâkimli olması da bir rastlantı değildir. Bu düzenleme ile adaletin bir tek kişinin eline geçmesi önlenmektedir. Bu çokluk yalnızca sayısal değer olarak değil, görüntüler açısından da geçerlidir. Böylece, bağımsızlık yalnızca dışarıdaki bir otoriteye karşı olmayıp, olası tiranlık bir etkiye yönelecek üye hâkimlere karşı da sağlanmış olmaktadır.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile adil yargılanma hakkı med-

ya tarafından tehlikeye atılmamalıdır(AİHS 6/1). Yargıya yalnızca saygı duymak değil; fakat, aynı zamanda bağımsızlığını korumak da iktidarın görevidir-*kontroller ve dengeler fikri*. Bu koruma görevi medya saldırı- larını da içermektedir. Eğer yasal haber ve eleştiri sınırlarının ötesine geçerlerse, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/2. maddesi uyarınca *“yargının bağımsızlığı ve düzenini sürdürmek”* veya *“başkalarının ünü ve haklarının korunması... için”* sınırlandırılabilir. Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince basının demokratik bir toplumda oynadığı önemli rol her zaman vurgulanmıştır. Özellikle, yargının yönetimine ilişkin yazılar hakkında Mahkeme aşağıdaki gibi karar vermiştir:

*“Ceza hukuku alanında medyanın rolünün önemi... oldukça geniş olarak tanınmaktadır. Özellikle, Mahkeme daha önceden ‘adaletin düzgün işleyişi, yorumları da içeren haber verme ilgisine yüklenen sınırları aşmamak kaydıyla, mahkeme süreci hakkındaki haberlerin aleniyete ve Sözleşmenin 6/1. maddesindeki kamuya açık yargılama gerekliliğine tamamen uyumlu olduğunu tespit etmiştir.”*

Yargılamayı da içermek üzere gizli olan her şey yozlaşır; tartışma ve aleniyet içermeyen hiçbir şey emin ve güvenli değildir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, *Ceza Sürecine İlişkin Medya Yoluyla Bilgi Tedari- kine* ilişkin Rec(2003)13 sayılı tavsiye kararını kabul etmiştir. Bu karar, medyanın, halkın bilgi alma hakkı bakımından halkı bilgilendirme hakkı bulunduğuna işaret etmekte ve ceza yargılamaları hakkında halkı bilgi- lendirmeye yönelik ve halkın ceza adaleti sistemini irdelemesini sağlayan medya haberlerinin önemini vurgulamaktadır. Medya mensuplarının iyi niyetle hareket etmek, sağlam maddi temellerde ve gazetecilik etiğine uygun olarak doğru ve kesin bilgi vermek kaydıyla kamunun menfaatine olan bilgileri açığa çıkarma hakkını korumaktadır. Buna göre, medya özgürlüğüne yönelik iktidarın müdahalesine ilişkin çoğu örnekte, AİHM’si, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin* 10. maddesinin ihlalini tespit etmiştir. Özetle, çoğulcu bir toplumda, gazeteciler devam eden soruşturmalar/kovuşturmalara ilgili eleştiri yazıları nedeniyle kovuştur- maya ve mahkumiyete maruz kalmamalıdır. Ayrıca, üst düzey yetkililer medyayı, demokrasiye özgü vazgeçilmez *“gözcülük”* görevi nedeniyle kamuoyu önünde eleştirmemelidir.

Güvenceler açısından, savcı ve hâkimlerin tarafsızlığı yalnızca normatif güvence altına alınmakla kalmayarak, makul bir gözlemcinin de görebileceği açıklıkta olmalıdır. Yargılama sürecine egemen olan bu koşullar âdil yargılamanın temel öğelerini oluşturmaktadır. Bu amaç değerleri sağlamak üzere şimdilik *de jure* kalan “çapraz sorgulama”ya çokça başvurulması gerekmektedir.<sup>88</sup>

Öte yandan, tüm teknolojik yeniliklerin adalet hizmetine sunulması, “norm x kanıt= karar” işlevsel denkleminde tümünden giderilmesi mümkün olmayan özelliğin en aza indirilmesi için dikey denetim kurumları (Yargıtay) ve hizmet içi seminerler bağlamında özel çaba gösterilmelidir. Bu çabaların önleyici tedbirlere dönüştürülmesi dava ekonomisi ve verimlilik açısından önemli ise de, aşağıda yıllar itibarıyla Yargıtay Hukuk/Ceza Dairelerince verilen kararların (%) oransal dağılımı incelendiğinde bu yönün göz ardı edildiği, *sorun* ilk derece hâkimlerin performansında olduğu görülmektedir.<sup>99</sup> Bu saptama özellikle ilk derece ceza mahkemeleri için çok belirgindir. Yalnız, 2008-2009 yıllarındaki bozma oranının % 60 - % 58,3’ü bulmasındaki en önemli etken ise yeni ceza siyasetine özgü düzenlemelerdir. Aynı etkinin 1973 yılında da gözlenmesinden hiç ders almayan ceza siyaseti mimarlarının ne derece ahlaki davrandıkları gündeme gelmektedir.

<sup>8</sup> Çapraz sorgu, gerçeğin keşfi için var olan en güçlü hukuki motordur. İki ucu keskin bir kılıç olan çapraz sorgulamanın amacı 1.İfadeyi nitelendirme veya açıklama; ve 2. Tanık/bilirkişileri, önyargı, tarafgirlik nedeniyle, çürütmektir. Çapraz sorgulamanın ilkeleri ise şöyledir:

1.Esasa girilmesi; 2.Kısa sorular sorulması ve basit kelimeler kullanılması; 3.Yalnızca yönlendirici sorular sorulması; 4.Yanıtını bilmediğin sorunun sorulmaması; 5.Yanıtın dinlenmesi; 6.Tanıkla kavgaya girilmemesi;7.Tanığın açıklamasına izin verilmemesi; 8.Direkt sorgulamada ifadenin tekrarına izin verilmemesi; ve 9.Vuruca darbenin son söze saklanmasıdır.

Çapraz sorgunun türleri ise 1. İşbirlikçi ve 2. Yıkıcı olup, ikinciye birinciden sonra girilmelidir. Sorulacak sorular ise, “Evet”, “Hayır” veya “Bilmiyorum” yanıtını alacak şekilde formüle edilmelidir. Yalancı tanıklık bağlamında ise, önceki ifadelerdeki tutarsızlıklar, gerçeğe aykırı beyanlar, ahlaki davranışı ve adli siciline ait bilgiler-sahtekarlık, yalan beyan türü suçlar ortaya konulmalı- ve özetle tanıkların güvenilirliği sorgulanmalıdır. Yargılamanın kara kutusu olan tutanaklara bakıldığında çapraz sorgulamaya çok az başvurulduğu görülmektedir.

<sup>9</sup> M.T.Yücel. Türkiye’de Yargının Etkinliği TBB, Ank., 2008; M.T.Yücel. Hukuk Sosyolojisi 5. Bası, 2013.

**Tablo 1. Ceza Daireleri**

Yıl	Çıkan dava	Onama	Bozma	Onama/Bozma	Ret	Geri Çevirme	Diğer
1986	87,809	57.1	33.0	1.0	4.3	1.4	3.2
1990	86,525	56.5	29.8	1.6	4.3	2.6	5.2
1995	108,916	59.5	27.8	1.5	3.3	2.6	5.3
2000	126,695	57.0	25.1	1.7	3.3	2.2	10.7
2008	197,132	19,2	60,0	2,1	5,1	4,2	9,4
2009	217,893	19,5	58,3	2,1	5,2	4,1	10,8
2010	208,806	20,1	52,4	2,5	7,7	4,8	12,5
2011	390,501	15,7	20,5	1,5	2,4	8,9	51,0
2012	427,406	27,7	19,5	35,8	4,6	0,9	11,5

**Tablo 2. Hukuk Daireleri**

Yıl	Çıkan dava	Onama	Bozma	Onama/Bozma	Ret	Geri Çevirme	Diğer
1986	166,521	54.9	18.9	0.4	7.8	7.0	11.0
1990	238,703	58.7	16.4	0.3	8.4	4.5	11.7
1995	294,367	51.2	22.5	0.5	9.8	5.9	10.1
2000	244,978	54.3	16.6	0.4	10.7	6.1	11.9
2008	325,319	49,4	16,0	0,2	12,1	7,3	15,1
2009	334,346	49,1	16,6	0,2	11,3	7,7	15,1
2010	352,397	48,9	17,9	0,3	11,3	7,4	14,3
2011	394,844	45,0	17,0	0,3	11,0	7,1	19,6
2012	492,783	40,4	18,7	7,7	10,1	6,9	16,2

*Adalet İstatistikleri*

Öte yandan ilginç bir gelişmeye Yargıtay Ceza/Hukuk genel kurullarına gelen iş yükü artışında tanık olunmuştur. Bu artışa yüksek mahkemelerce hâkim ve savcılara dosyaları üzerinden not verme usulünün kaldırılması oldukça etkilidir. Hâkimler ve mahkemelerin anılan değişim sonrası daha özgün ve yenilikçi karar verebilmesi savı gerçeklikten yoksun bulunmaktadır.<sup>10</sup> Diğer bir anlatımla, daha önce hâkimler ve mahkemeler objektiflik ve hukuk bilincinden yoksun kararlar mı veriyorlardı anlamındaki bu savın ne derece geçersiz olduğu aşağıda yer alan veri analizlerinde görülmektedir. Her iki Kurula gelen iş sayısındaki oranlı artışa paralel olarak bozma oranlarında da 2-3 katı artışa tanık olunmuştur.

<sup>10</sup> O.G., Ertekin ve diğerleri. Türkiye’de Yargı Yoktur, Nika, 2013.



**Tablo 3. Genel Kurullara gelen iş akışı/değişim ve bozma oranları(%) 2008-2012**

Yıl	Ceza	Değişim	Bozma*	Hukuk	Değişim	Bozma
2008	284	100	29,2	833	100	49,8
2009	260	91	38,6	595	71	57,0
2010	263	93	37,7	754	90	57,0
2011	902	318	34,1	893	107	55,1
2012	1591	560	98,9	1932	231	73,4

(\*) *Bozma*, bir bölümünde onama, bir bölümünde bozma'yı da içermektedir.

Objektiflik/ tarafsızlık olgusunun ceza adaleti sürecinde ne derece olduğunu irdelemek üzere, örnek olarak kamu barışına karşı suçlarda (TCK 212-220) yoğunluklu olan *suç işlemek üzere örgüt kurma suçlarından açılan kamu davası* sayısal değerlerine bakmak yeterli olacaktır. Bu suçlardan hazırlık soruşturmasında yıllar itibariyle sistem girdisinden ancak % 47,6' sinde (2012) kamu davası açıldığı görülmektedir. Yıllar itibariyle oranlara aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

**Tablo 4. 2009-2012**

Yıl	Kamu davası	%
2009	17,614	43,0
2010	17,773	47,4
2011	17,200	47,2
2012	18,491	47,6

Hazırlık soruşturması ve kovuşturma evrelerinde genelde tanık olduğumuz davaların erimesi/buharlaşması olgusuna anılan suçlarda yargılama sonucu yüksek beraat oranları (%) ile tanık olmaktadır. Bu verilerin bizatihi kendisi yargıda objektiflik/ tarafsızlık olgusunu sorgulamak için yeterli görülmelidir.

**Tablo 5 Mahkumiyet/ Beraat oranları(%)**

Yıl	Mahkumiyet	Beraat
2008	20,4	22,3
2010	13,5	38,0
2011	19,1	33,9
2012	3,8	48,9

Objektif değerlendirme yoksunluğuna Yargıtay hukuk dairelerinde *aidiyeti nedeniyle ilgili daireye* gönderilen dosyalar nedeniyle tanık olmaktadır. İlk derece mahkemelerindeki yanlış değerlendirmelere Yargıtay' da daire bazında yapılanlar eklendiğinde *aidiyeti nedeniyle*

*İlgili daireye* gönderilen dosya sayısının çıkan işlerdeki oranı 2011 yılında % 19'u (75,167) bulmaktadır. Buna ek olarak, ilk derece hukuk mahkemeleri kararlarını "ret" ve "geri çevirme" oranları toplamının % 18,1'i bulunduğu görülmektedir. Yıllardır süregelen *geri çevirme* oranı genelde kırtasiyeciliği önleyici etkili bir çözüm getirilemediğinin göstergesidir. Bu türden sorunların üstesinden gelinmesi ve objektiflik sağlanması için yargıda yapay zeka yazılımlarının geliştirilmesine gereksinme vardır.

Bu bağlamda başarılı hukuk uygulamasının en temel koşulu olan hukuki araştırması yapay zeka ile destekli *nitelikli hâkim*, olmazsa olmaz bir gereksinmedir. Bu bağlamda, hâkimler aydın birer kişi olmanın dürüstlüğü içinde ihtiraslarına karşı uyanık olmalıdır. Tarafsızlığın bir hayal, dürüstlüğü ise bir görev olduğu bilinmelidir. Bu doğrultuda, tüm ilgililerin dava öncesi önyargılı olduğu düşüncesinden hareket eden hâkimin tarafsızlık konusunda bilinçli çaba gösterme olasılığı, bir diğerinin kürsünün kendisini şaşmaz bir mantiki hakikat organı yapması inancından fazla olacaktır.

Hâkim ve savcılarının tarafsızlığı, bağımsızlığı ile avukatların bağımsızlığının temin edilmesi görevi, bu meslek mensuplarının işleriyle meşgul olmalarına izin vererek pasif bir şekilde yerine getirilemez. Bağımsızlıklarının sağlanmasına dair yasal yükümlülük, yersiz müdahalelerin tüm biçimlerine karşı hâkim, savcı ve avukatların mesleki görevlerini etkili bir biçimde yerine getirmek üzere, onların koruması için harekete geçirilmesi anlamına gelmektedir.

Hâkim, savcı ve avukatların sorumluluklarını üstlenmede tamamen yetersiz veya isteksiz olması hallerinde, *Hukuk Devleti* sürdürülemez ve insan hakları *de facto* olarak uygulanamaz/korunamaz.

Hukukçular, mantığın kullanılmasında ya akılcı ya da mistiklerdir. Akılcı olanlar usamlamanın sonuçlarına zımni rıza göstermekle kalmayıp, güvenli bir sonucun başka şekilde elde edilemeyeceğine de inanmaktadır. Ne var ki, bu yaklaşımda, pozitif kuralın mantiki uygulamasının sıkça gözlenen absürt sonuçlar vermesi kaçınılmaz olmaktadır-*Summa jus summa injuria*. Emerson'un belirttiği "insanlar zannettiklerinden daha akıllıdır" *dictumu* onlara egemendir. Sizler kanıtlamak istediğiniz bir şey için mantık olarak bir avukatı kiralıyorsunuz. Mistikler ise, usamlamaya güvenmeyip; sezgi, duyu veya duyulanmaya özgülenmektedirler.

Mantıksal hukuk bilimi, hukuk materyalini hazmetmemize yardımcı olabilirse de, hazım öncesi yiyeceğin alınması gerektiği bilinmelidir. Sistemde aktör olacak kişilerin doğru ve yanlışa ilişkin duyguları, mantıki ve bilimsel olarak islah edilmelidir. Bu doğrultuda eğitilmiş insanın sezgi parıltısında görebileceği şeyi, cahil insanın algılaması ya mümkün olmayacak veya çok uzun bir uğraşı gerektirecektir. Hâkimin mantıksal bir robot oluşu fikrine sıcak bakmayanlar, kaçınılmaz bir biçimde tarafgirlik veya önyargının abartılması gibi karışık bir hataya düşeceklerdir. Pedagojik amaçla yinelersek, tüm bireylerin dava öncesi önyargılı olduğu düşüncesinden hareket eden hâkimin tarafsızlık konusunda bilinçli çaba gösterebilme olasılığı, bir diğerinin kürsüye çıkmakla kendini hemen hatasız mantıki bir hakikat organı yapması inancından fazla olacaktır.

Özetle, bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığı için dıştan gelebilecek uygun olmayan etkilerin yokluğu yanında hâkimlerin zihniyet kalıpları da önemsenmelidir. Kendilerini hükümetin(devletin)değil, hukuk ve adaletin sadık hizmetkarları olarak gören hâkim ve savcılar, bağımsızlık ve tarafsızlık standartlarını yukarı çekebilirler. Kuşkusuz, objektif ve gerçekten bağımsız hâkimler için temel çalışmaya hukuk fakültesi sıralarında başlanmalı; mezunlar hukuksal metinleri ve yüksek mahkeme içtihatlarını eleştirmeden ezberleyenler olmak (*içtihat fetişistleri*) yerine eleştirel bir hukuk bilince sahip kişiler olmak için çaba göstermelidirler. Ancak bu şekilde, sektörde *mesleki eleştiri kültürü* gelişme gösterebilir. Bu anlayış, sorgulamayan sadık bürokrat yerine, özgür beyinli hukukçudan yararlanmak bakımından mesleğe alınma ve terfi gibi ilgili standartların formüle edilmesinde de göz önüne alınmalıdır.<sup>111</sup> Her birey için bağımsız, güvenceli ve tarafsız bir yargı önünde hak aramak ve yargılanmak bir hak olduğu gibi bu ortamı sağlamak ta devlet için bir "ödev" dir.

Çıkarım olarak, genelde, objektiflik/tarafsızlıktan yoksun bir yargılama süreci algısal olarak güvenilmez olduğu gibi ekseriya hukukun *de jure* ve *de facto* eşleşmesinden sapmayı da beslemektedir. Bu sapma çok aşırı olduğunda hukuk sisteminin varlığı için ölümcül bir

<sup>11</sup> "Yüksek mahkemelerin hâkim ve savcılara dosyaları üzerinden not verme usulü kaldırılarak hâkimlerin ve mahkemelerin daha özgün ve yenilikçi karar vermesi sağlanmıştır." Bkz. Adalet Bakanlığı, Yargıda Reform (Kasım 2012) s.10. Araştırma bazlı olmayan bu tür kategorik önermelerden kaçınılmalıdır(Yazarın notudur).

risk oluşturacaktır.<sup>12</sup> Hukuk eğitimi hâkimleri insani hatalardan alıkoymamaktadır. Onlar da, normal insanlar gibi algısal ön yargılara gebedir. Davaların azlığı/karar için ayrılan zamanın yeterli olması bu türden hataları giderebilecek türdendir. Son zamanlarda *usuli adalet* konusu özellikle ülkemizde gündeme gelmiş bulunmaktadır. Kişilerin mahkemelerde adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadıkları konusundaki algıları bazen davanın sonucundan daha önemli görülmüştür. Hâkimler, usul hukuku öğretisinde tartışılanlardan farklı ölçütler kullanmaktadırlar.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Bu bağlamda Amerikan hukuk teorisyeni Fuller'in bir hukuk sistemine özgü iç ahlakın koşulları olan sekiz ilke/koşulu göz önünde bulundurulmalıdır: genellik, ilan edilmesi, geçmişe işlemezlilik, açıklık, tutarlılık, olanaksızın istenmemesi, zaman içinde devamlılık ve kuralla uygulama arasında tutarlılıktır. Bu koşullardan birinin tümünden göz ardı edilmesi toplumu sadece kötü bir hukuk sistemine götürmekle kalmayıp, hukuk sistemi etiketine de yabancılaştırmaktadır. Kuşkusuz, kişinin var olmayan veya kendisinden gizli tutulan veya kendi eyleminden sonra vaz edilen veya anlaşılmayan veya aynı sistemin diğer bir kuralına ters düşen ve her dakika değişen bir hukuk kuralına itaat için ahlaki görevi olduğu savı akli dayanakta yoksun kalacaktır (a rule of law culture). O'na göre bu usul ilkelerine uyum zamanla hukuku maddi anlamda saflaştıracaktır. L.L.Fuller. *The Morality of Law*, 1969, p.39; Fuller. "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart"; T.Giegrich. "Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla ilişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler" *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu, Adalet Akademisi Yayın no.6,2009*, s.29 71 *Hav.L.Rev.*, 1958, s.643 (*İnsanlar doğru şekilde davranmaya zorlandıklarında genelde doğru şeyler yapar ilkesi esas alınarak, mümkün olduğunca, maddi amaçlara usuli olarak erişilmelidir.*)

<sup>13</sup> Nitekim, son zamanlarda usuli adalet konusu özellikle ülkemizde gündeme gelmiş bulunmaktadır (Bkz. Tyler, 2006). Yapılan yüzlerce çalışmada, kişilerin mahkemelerde adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadıkları konusundaki algıları bazen davanın sonucundan daha önemli görülmüştür. Hâkimler süreçte usul hukuku öğretisinde tartışılanlardan farklı ölçütler kullanmaktadırlar. Ayrıca bkz. M.T.Yücel. *Adalet Psikolojisi* 8.bası, 2013; S.Selçuk. "Yanlı Yargılama" *Milliyet* (18/10/2013) s.2.; D. Klein ve G. Mitchell. *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010.

# HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASINA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLARIN YARGITAY KARARLARI İŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

## A REVIEW OF CURRENT ISSUES RELATING TO THE STAY OF JUDGMENT IN THE LIGHT OF JURISDICTION OF HIGH COURT OF APPEALS

Caner GÜRÜHAN\*

**Özet:** Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, ülkemizde ilk kez 15/07/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23'üncü maddesi ile suça sürüklenen çocuklar bakımından kabul edilmiş, sonrasında yapılan yasal değişiklikler ve Yargıtay kararları doğrultusunda hukuk sistemimizde önemli ölçüde yerleşmiştir. Ancak kuruma ilişkin bazı sorunların güncelliğini halen koruduğu, bazılarının ise Yargıtay'ın farklı uygulamalarından kaynaklandığı görülmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesinin 8'inci fıkrasındaki düzenlemeden, zamanaşımının; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarih ile sonradan kesinleşmesi şartıyla denetim süresi içinde işlenen suçun tarihi arasında duracağı sonucu çıkarılmalıdır. CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrasına göre, sanığın denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri bilerek yerine getirmemesi hallerinde, açıklanacak hükümden herhangi bir değişiklik yapılması mümkün değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi halinde merci tarafından daha geniş kapsamlı bir inceleme yapılabilmesine olanak sağlayan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22/01/2013 tarih ve 2012/10-534 E. - 2013/15 K. sayılı kararı, ceza muhakemesi uygulaması açısından olumsuz sonuçlar doğursa da, sanık hakkında beraat kararı verilmesini sağlaması, hatalı hukuki nitelendirme sonucu bir eylemin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında değerlendirilmesini engellemesi ve makul sürede yargılanma hakkının tesisi bakımından olumlu bir gelişme olarak dikkat çekmektedir. Kurumun, yakın zamanda faaliyete geçmesi beklenen istinaf incelemesine tabi kılınmasına ilişkin yapılacak yasal düzenleme, mevcut sorunların çözülmesini sağlayacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, zamanaşımının durması, denetim süresi, yükümlülük, itiraz

\* Yargıtay 5. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı, canerguruhan@gmail.com

**Abstract:** The concept of stay of execution was adopted in Turkey for the first time in respect to the children led to crime through the 23rd article of the Child Protection Act N. 5395, entered into force on 15/07/2005 and has been significantly established in our legal system since then in line with the legal amendments enacted and jurisdiction of High Court Of Appeals. However, it is seen that a number of issues related to this institution are still in question while certain issues originate from different practices of the High Court of Appeals. The regulation in the 8th paragraph of the Article 231 of the Procedural Penal Law must be interpreted as that the prescription period ceases between the date of the finalization of the decision of staying the judgment and the date of the commissioning of the offence within the probation period provided that the decision is finalized thereafter. According to the 11st paragraph of the Article 231 of the PPL, in the events that the accused perpetrates an intentional offence or intentionally violates the obligations relating to the probation measures, it is not possible to make any amendment to the judgment to be declared. While the jurisdiction of the High Court of Appeals Docket Nr. 2012/10-534. – Decree Nr. 2013/15 which enables a more comprehensive review in the case of an appeal of the stay of judgment entails negative outcomes in respect to the procedural penal practice, it draws attention as a positive development as it prevents an act to be assessed within the scope of the stay of judgment as a result of an incorrect legal qualification and enables the establishment the right to trial in reasonable time. The legal regulation to be made in the aim of subjecting the institution to the review of court of appeal will ensure the resolution of the problems.

**Keywords:** Stay of judgment, interruption of prescription, probation period, obligation, objection.

## GİRİŞ

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, 15/07/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23'üncü maddesi ile ilk olarak suça sürüklenen çocuklar bakımından hukuk yaşamımıza girmiş, 19/12/2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde yapılan değişiklik sonucu on sekiz yaşını doldurmuş olan kişiler hakkında da uygulanır hale gelmiştir. 5560 sayılı Kanun'un 40'ıncı maddesiyle ÇKK'nın 23'üncü maddesi değiştirilerek, hükümün açıklanmasının geri bırakılması bakımından, denetim süresindeki farklılık dışında, suça sürüklenen çocuklar ile yaşı büyük sanıklar arasında herhangi bir fark kalmamıştır.

08/02/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 562'inci maddesi ile CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci ve 14'üncü fıkralarında yapılan değişiklik sonucu, kanun metninde yer alan "bir yıl" ibaresi "iki yıl" olarak değiştirilmek suretiyle kurum iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezaları bakımından uygulanabilir hale getirilmiş, yalnızca şikayete bağlı suçlarla sınırlı olarak uygulanırken Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlar hariç olmak üzere, tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Yine, 25/07/2010 tarih ve 27650 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 6008 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile CMK'nın 231'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına eklenen cümle ile sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği kabul edilmiştir.

Son olarak, 10/12/2011 tarihli 6259 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile değişik 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 11'inci maddesinin 9'uncu fıkrasında, şike ve teşvik primi suçlarıyla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği belirtilmiştir.

Yürürlükte bulunduğu süre içerisinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, gerek yukarıda değinilen yasal değişiklikler gerekse Yargıtay kararları doğrultusunda hukuk sistemimizde önemli ölçüde yerleşmiştir. Ancak kuruma ilişkin bazı sorunların güncelliğini halen koruduğu, bazılarının ise Yargıtay'ın farklı uygulamalarından veya içtihat değişikliğine gitmesinden kaynaklandığı görülmektedir. Bu sorunların en dikkat çekenleri; CMK'nın 231'inci maddesinin 8'inci fıkrasının son cümlesinde bahsi geçen dava zamanaşımı süresinin hangi tarihler arasında duracağı, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranılması halinde, açıklanmasına karar verilen hükmün, ilk hükme göre değişiklik içerip içeremeyeceği ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22/01/2013 tarih ve 2012/10-534 E. - 2013/15 K. sayılı kararı çerçevesinde itiraz merciinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasını inceleme yetkisinin kapsam ve sınırlarının nelerden ibaret olduğu şeklinde sayılabilir.

Çalışmamızda, akademik anlamda zaten yoğun olarak ele alınan kuruma ilişkin genel bilgilerin açıklanmasından ziyade, özellikle Yargıtay uygulamalarına yer verilerek, öğretilerde pek değinilmeyen ve halen varlığını sürdüren sorunlu alanlarla ilgili en uygun çözümlerin neler olduğunun tespiti amaçlanmaktadır.

## I. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Dava Zamanaşımına Etkisi

### A. Genel Olarak

Suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir zamanın geçmesi durumunda, sanık hakkında kovuşturma işlemlerine devam edilmesine engel olan zamanaşımına dava zamanaşımı adı verilmektedir.<sup>1</sup> Dava zamanaşımı, suçun cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıran bir sebep niteliği taşımakta, ancak zamanaşımı dolmasına karşın işlenen fiil suç olma özelliğini devam ettirmektedir.<sup>2</sup> Belirli sebeplerin gerçekleşmesi ve engellerin ortaya çıkması üzerine dava zamanaşımının durması, sözü geçen engelleri bertaraf etmek için geçmesi zorunlu olan süre içinde zamanaşımının dolmasının önüne geçmek düşüncesine dayanır.<sup>3</sup> Ancak, davanın devamı bakımından karşılaşılan her nevi engelin zamanaşımını durdurması doğru görülmemiş, kanun bu sonuç ve etkiyi doğurabilecek olan durma sebeplerini sınırlı bir şekilde saymıştır.<sup>4</sup>

Bu anlamda TCK'nın 67'nci maddesinde, soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hâllerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımının duracağı belirtilmiştir.

Kanun metninde durmanın süresi konusunda herhangi bir açıklık bulunmamakla<sup>5</sup> birlikte, hükümün açıklanmasının geri bırakılması da,

<sup>1</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Bası, Ankara 2013, s. 815.

<sup>2</sup> Özgenç, s. 815.

<sup>3</sup> Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 3. Cilt, 12. Bası, İstanbul, Ekim 1997, s. 274.

<sup>4</sup> Dönmezer-Erman, s. 275.

<sup>5</sup> Zeki Hafizoğulları - Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A



nitelik olarak TCK'nın 67'nci maddesinde sayılan hallerden herhangi birine uymamaktadır. CMK'nın 231'inci maddesinin 8'inci fıkrasında ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanığın beş yıl<sup>6</sup> süreyle denetime tabi tutulacağı ve denetim süresi içinde dava zamanaşımının duracağı belirtilmiş, ancak denetim süresinin hangi tarihleri kapsadığına yer verilmediğinden sözü edilen belirsizlik giderilememiştir.

### B. Zamanaşımının Hangi Tarihler Arasında Duracağı Sorunu

CMK'nın 231'inci maddesinin 8'inci fıkrasında değinilen eksiklik nedeniyle denetim süresinin hangi tarihleri kapsadığıyla ilgili bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle dava zamanaşımının hangi tarihler arasında duracağı konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanını önemli ölçüde genişleten 5728 sayılı Kanun'un 08/02/2008 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından beş yıllık denetim süresi içinde yapılan ihlaller nedeniyle özellikle son dönemde etkisi yoğun olarak hissedilen sorunun öğretide yeterince ele alınmadığı, Yargıtay ceza dairelerince konuyla ilgili farklı kararlar verildiği görülmektedir.

Öğretide, ağırlıklı olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde dava zamanaşımının duracağı belirtilmiş, ancak kanunda belirtilen ifadenin haricinde, yukarıda değinilen soruna ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.<sup>7</sup>

Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 541.

<sup>6</sup> 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23'üncü maddesine göre bu süre çocuklar açısından üç yıldır.

<sup>7</sup> M. Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, Haziran 2013, s. 756; Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Eylül 2011, s. 374 ve 723; Nur Centel – Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 10. Bası, İstanbul, Eylül 2013, s. 706; Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım Yayım Dağıtım, 7. Bası, İstanbul, Kasım 2011, s. 750; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, Ekim 2012, s. 655 ve 718; Mesut Bedri Eryılmaz, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2012, s. 334; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 624; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Basım Yayım Dağıtım, 5. Bası, İstanbul, Temmuz 2013, s. 455; Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 18. Bası, İstanbul, Ekim 2010,

Konuyla ilgili değerlendirmelerin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına özgülünen çalışmalarda bulunduğu görülmektedir. Bu çalışmalara bakıldığında, zamanaşımının; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesinden itibaren durmaya başlayacağı ve denetim süresi içinde kasıtlı suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere aykırı davranılması halinde kaldığı yerden işlemeye devam edeceği<sup>8</sup> konusunda fikir birliğine varıldığı söylenebilir. Ancak, zamanaşımının sanık tarafından kasıtlı bir suç işlendiğinin kesinleştiğı ve denetim süresinin tamamlandığı tarihe kadar devam edeceğine ilişkin farklı değerlendirmelere de rastlanmaktadır.<sup>9</sup>

Yargıtay'ın konuya yaklaşımına gelince; dava zamanaşımının hangi tarihten itibaren durmaya başlayacağı ve hangi tarihe kadar duracağı konusunda Yargıtay ceza dairelerine çok farklı kararlar verildiğı görülmektedir.<sup>10</sup> Örneğın; Yargıtay 13. Ceza Dairesi, dava zamanaşım-

s. 1532; Veli Özer Özbek – Mehmet Nihat Kanbur – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2012, s. 703; Veli Özer Özbek – Mehmet Nihat Kanbur – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, Eylül 2013, s. 744; Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2010, s. 418; Cumhuri Şahin – Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 167-168; Nevzat Toroslu – Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 9. Baskı, Ankara, Ocak 2012, s. 312; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, 17. Baskı, Ankara, Şubat 2012, s. 465; Yener Ünver – Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Cilt, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 263; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK M. 1-75, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 2011, s. 506.

<sup>8</sup> Erhan Günay, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2010, s. 158; Ali İhsan İpek, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2010, s. 256; Ali Rıza Töngür, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2009, s. 278.

<sup>9</sup> Mustafa Artuç, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, Ocak 2009, s. 300-301.

<sup>10</sup> Bu konudaki farklı kararlardan bazılarının ise Yargıtay'ın aynı dairesi tarafından verildiğı görülmektedir. Örneğın Yargıtay 2. Ceza Dairesi konuya ilişkin 05/02/2013 tarih ve 2012/30281 E. – 2013/1960 K. sayılı kararında “... zamanaşımının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiğı 17/12/2007 tarihi itibarıyla durduğı(nu) ve sanığın denetim süresi içerisinde işlediğı kasıtlı suçtan dolayı verilen hükümün kesinleşmiş olması karşısında, denetim süresi içerisindeki suçun işlendiğı 11/02/2010 günü yeniden işlemeye başladığı(nu) ...” kabul etmişken, 30/04/2013 tarih ve 2013/3972 E. – 2013/10543 K. sayılı kararında ise “... 12/05/2009 tarihli karar ile sanığın cezalandırılmasına, ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olup, hükmün 03/07/2009 tarihinde kesinleşmesinden sonra yeni suç işlenmesi nedeniyle dosyanın tekrar ele alınarak tensip zaptının düzenlendiğı 05/06/2012 tarihine kadar zamanaşımı süresinin durduğı(na) ...” hükmetmiştir.

mının durması konusunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği tarih ile deneme süresi içinde işlenen ikinci suçtan verilen mahkumiyet kararının kesinleştiği tarihi<sup>11</sup> esas almışken, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarih ile deneme süresinde işlenen suçtan dolayı verilen cezanın kesinleştiği tarihi,<sup>12</sup> Yargıtay 15. Ceza Dairesi ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarih ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması için tensip kararının verildiği tarihi<sup>13</sup> göz önünde bulundurmıştır.

CMK'nın 231'inci maddesinin 8'inci fıkrasında zamanaşımının denetim süresi içinde duracağı belirtilmişse de, yukarıda da değinildiği gibi, denetim süresinin ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiğine kanunda yer verilmemiştir. Kanaatimizce, dava zamanaşımının hangi tarihten itibaren durmaya başlayacağı sorununun çözümünde; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarih esas alınmalıdır.<sup>14</sup> Çünkü hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına itiraz edilmesi durumunda merci tarafından itirazın kabul edilerek kararın kaldırılması ihtimali her zaman vardır. Zamanaşımının hangi tarihe kadar duracağı sorununa gelince; öğretilerde yer alan, durma nedeni ortadan kalktığında zamanaşımı süresinin tekrar işlemeye başlayacağı görüşünden<sup>15</sup> hareketle, zamanaşımının denetim süresi içinde işlenen suç tarihine kadar duracağı kabul edilmelidir.<sup>16</sup> Ancak, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar herkesin masum sayılacağına ilişkin masumiyet karinesi dikkate alınarak, denetim süresi içinde işlendiği ihbar edilen suçla ilgili mahkeme kararının kesinleşmesi şartı aranmalıdır. Bu durumun kabulü, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle sanığın

<sup>11</sup> Bkz. Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin 08/05/2013 tarih ve 2013/13831 E. - 2013/13604 K. ile 17/04/2013 tarih ve 2013/12973 E. - 2013/11369 K. sayılı kararları.

<sup>12</sup> Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 05/06/2012 tarih ve 2012/8021 E. - 2012/13441 K. sayılı kararı.

<sup>13</sup> Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 23/01/2013 tarih ve 2012/17814 E. - 2013/1068 K. sayılı kararı.

<sup>14</sup> Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesi de 14/05/2013 tarih ve 2012/19339 E. - 2013/19755 K. sayılı kararında "5271 sayılı CMK'nın 231/8. maddesinde öngörülen 5 yıllık denetim süresinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşme tarihi olan 17/04/2009 tarihinden itibaren başlayacağı" düşüncesine yer vermiştir.

<sup>15</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s. 747; Demirbaş, s. 713; Dönmezer-Erman, s. 279; Hafızoğulları-Özen, s. 541; Hakeri, s. 625; Soyaslan, s. 610; Zafer, s. 507.

<sup>16</sup> Aynı yönde, bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 12/06/2013 tarih ve 2013/14348 E. - 2013/15572 K. sayılı kararı.

yıllarca ceza tehdidi altında kalması gibi olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi bakımından da en uygun çözüm yolu olacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, denetim süresi içinde işlendiği iddia edilen suçun beş yıllık denetim süresi sona ermesine rağmen kesinleşmemesi halinde zamanaşımının durmaya devam edip etmeyeceği ve mahkemece bu süreçte nasıl bir karar verileceğidir. Bu durum, zamanaşımının denetim süresi içinde duracağına kanunda açık şekilde belirtilmesi ve Yargıtay'ın denetim süresi içinde işlendiği iddia edilen suçun kesinleşmesi gerektiği yönünde kararlar<sup>17</sup> vermesi nedeniyle bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Konuyla ilgili olarak; sanığın kasten işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle yargılaması devam ederken denetim süresinin dolması ve mahkemedен düşme veya hükümün açıklanması yönünde talepte bulunulması halinde durma kararı verilmesi gerektiği, ancak durma kararının sanık hakkında işleyecek olan zamanaşımını durdurmayacağı<sup>18</sup> yönünde görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Yine, açıklanması geri bırakılan hükümün sanığın denetim süresi içerisinde işlediği ileri sürülen yeni ve kasıtlı bir suç nedeniyle açıklanması için, bu yeni suçtan dolayı verilen mahkumiyet hükümünün kesinleşmesi gerektiğine göre, yeni hüküm denetim süresi içerisinde kesinleşmezse, açıklanması geri bırakılan hükümle ilgili dava zamanaşımının denetim süresi sonunda işlemeye kaldığı yerden devam edeceği<sup>19</sup> şeklinde görüşlere de rastlanmaktadır.

Ancak, zamanaşımının denetim süresi içinde işlenen suçun tarihine kadar duracağına ilişkin düşüncemiz ve durma kararının CMK'nın 223'üncü maddesinin 8'inci fıkrasında belirtildiği üzere "*soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şartına bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmemesi*" hallerinde verilebilmesi nedeniyle bu görüşlere iştirak etmek mümkün olmamıştır. Bu nedenle, dava zamanaşımının denetim süresi içinde işlenen suçla ilişkin yargılama devam ederken dolması halinde, bu yargılamanın sonucu beklenmeksizin düşme kararı verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 30/04/2013 tarih ve 2013/3972 E. – 2013/10543 K. sayılı kararı.

<sup>18</sup> Günay, s. 437.

<sup>19</sup> Toroslu-Feyzioğlu, s. 312.

<sup>20</sup> Aynı görüşte, İpek, s. 257.

Öte yandan denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranılması nedeniyle hükmün açıklandığı durumlarda dava zamanasını süresinin, Yargıtay tarafından da benimsendiği üzere, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranıldığı tarihte yeniden işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir.<sup>21</sup>

## II. Denetim Süresi İçinde Suç İşlenmesi veya Belirlenen Yükümlülüklerle Uyulmaması Nedeniyle Hükmün Açıklanması

### A. Genel Olarak

CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrasına göre; sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uymaması halinde, mahkeme hükmü açıklayacak, ancak kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilecektir.

Ancak, öğretideki görüşlere ve Yargıtay kararlarına bakıldığında; özellikle açıklanacak hükümde değişiklik yapıp yapılamayacağı konusunda yasal düzenlemenin yanlış anlaşılmalara sebebiyet verecek nitelikte olduğu görülmektedir.

Bu duruma neden olan en önemli etkenlerden birinin de, CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasındaki "*hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder*" şeklindeki düzenleme olduğu söylenebilir. Sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetim süresi içinde suç işlenmesi veya yükümlülüklerle uyulmaması nedeniyle açıklanacak hükmü ne derece etkileyebileceği, üzerinde tartışılması gereken bir konudur.

Yasal düzenleme yeterince açık olmadığından, özellikle denetim süresi içinde suç işlenmesi veya yükümlülüklerle aykırı davranılması nedeniyle mahkemelerin hükmün açıklanması konusunda birbirlerine

<sup>21</sup> Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 03/06/2013 tarih ve 2013/9181 E. - 2013/14260 K. sayılı kararı.

ihbarda buldukları bu dönemde, açıklanacak hükümde herhangi bir değişiklik yapıp yapılamayacağı veya yapılacak değişikliğin hangi hal ve koşullarla sınırlı olduğu konusu güncel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **B. Kurulan Hükümün Sanık Hakkında Hukuki Sonuç Doğurmaması**

CMK'nın 231/11'nci maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayan hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının, açıklanacak hükümde mahkemeyi bağlayıp bağlamayacağı öncelikle ele alınması gereken husustur. Bu nedenle sorunun çözümüne hükümün açıklanmasının geri bırakılması kavramının hukuki niteliği ile başlamak gerekmektedir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasında, mahkemece suç işlediği kanaatine varılan sanık hakkında bir mahkumiyet hükmü kurulmakta; ancak kurulan hükümün hukuki sonuçlarını doğurması denetim süresinin sonuna kadar ertelenmektedir. Sanığın denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde hüküm açıklanmakta, aksi takdirde düşme kararı verilmektedir.

Öğretide de, buna paralel olarak, "*kurulan hükümün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmaması*" ifadesinden mahkumiyet hükmünün denetim süresince askıya alındığını<sup>22</sup> anlamak gerektiği yönünde görüşlerin bulunduğu görülmektedir.

Bunun yanında, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasında, mahkumiyet ve bunun açıklanmasının geri bırakılması olmak üzere iki karar verildiğine, hapis cezasının ertelenmesinden farklı olarak, kurulan hüküm sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığı için daha lehe sonuçlar doğurduğuna, ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin özellikler içermesi nedeniyle karma nitelikli bir kurum olduğuna ilişkin düşüncelere rastlanmaktadır.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Şahin-Göktürk, s. 162; Toroslu-Feyzioğlu, s. 309.

<sup>23</sup> Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, Ekim 2012, s. 426-427; Bahri Öztürk (Ed.) - Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Özge Sırma - Yasemin F. Saygılar Kırıt - Özdem Özaydın - Esra Alan Akcan - Efsar Erden, Nazari

Yasal düzenlemede belirtilenin aksine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında; açıklanması geri bırakılsa dahi bir hüküm verildiğini, bu nedenle kişinin sanık statüsünden çıktığını, denetim süresini suç işlemeden veya yükümlülüklerle uyararak geçiren kişi hakkında verilen mahkumiyet hükmünün düşürüleceğini, hükmün düşürülmesi kararının sadece hüküm giymiş kişiler hakkında verilebilmesi nedeniyle bu kişilere hükümlü demenin daha uygun olduğunu<sup>24</sup> ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının geri bırakma süresince durma kararı niteliğinde olduğunu<sup>25</sup> ve koşullarının oluşması halinde kurumun muhakeme engeli oluşturduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.

Yargıtay ise, sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklerle uygun davranılması halinde geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının düşürülmesi sonucunu doğurması nedeniyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturduğu<sup>26</sup> görüşündedir.

Görüldüğü üzere, CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan, kurulan hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığına ilişkin düzenleme farklı şekillerde anlaşılabilir. Ancak bu durumun yalnızca öğretilerdeki farklı yorumlardan kaynaklandığı söylenemez. Kanunda da düzenlemenin getiriliş amacı ile bağdaşmayan hükümler yer almaktadır. CMK'nın 325'inci maddesinin ilk fıkrasında, cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderlerinin sanığa yükleneceği belirtildikten sonra, ikinci

---

ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, Ekim 2012, s. 565-566.

<sup>24</sup> Süheyl Donay, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 326-327; Yazar ayrıca, "Esasında burada bir mahkumiyet vardır ve hatta bu mahkumiyet fiilen açıklanmaktadır, ... mahkumiyet hükmü duruşmayı takip eden herkes tarafından duyulmaktadır" şeklinde görüş ileri sürmüştür.

<sup>25</sup> Centel-Zafer, s. 718; İpek, s. 21; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacasız-Tepe, s. 706; Aksi yönde, Ünver-Hakeri, s. 257-258.

<sup>26</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29/09/2009 tarih ve 2009/4-130 E. - 2009/213 K. sayılı kararı.

fıkra da hükümün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi hallerinde birinci fıkra hükümünün uygulanacağı ifade edilmiştir. Oysa CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasındaki düzenleme uyarınca, hükümün, yargılama giderleri de dahil, sanık hakkında hukuki sonuç doğurmaması gerekmektedir. Kanun koyucu bu konuyu ayrıca düzenlemek istediğine göre yargılama giderlerini hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karardan ayrık tutmayı amaçlamıştır. Ancak bu defa CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci ve 325'inci maddesinin 2'nci fıkraları arasında çelişkiye neden olunmuştur. Nitekim, belirtilen gerekçelerle CMK'nın 325'inci maddesinin 2'nci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek Zile ve Aliğa Asliye Ceza Mahkemeleri tarafından itiraz yoluna gidilmiş, ancak Anayasa Mahkemesi 03/11/2011 tarih ve 2010/1 E. - 2011/149 K. sayılı kararı ile başvuruyu esastan reddetmiştir.<sup>27</sup>

Kanaatimizce, CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasında, kurulan hükümün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığı belirtilmiş ise de; müsadere, yargılama giderleri ve bu kapsamda vekalet ücreti gibi konularda verilen kararlar kesin bir hükümün hukuki sonuçlarını doğurmaktadır.<sup>28</sup> Gerek buna ilişkin Yargıtay kararları ve CMK'nın 325'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yargılama giderleri ile ilgili ayrık düzenlemeye gidilmesi, gerekse mahkeme kararının; ceza ve mahkumiyete bağlı diğer hükümlerle birlikte bir bütün olması ve bölünerek infaz edilememesi<sup>29</sup> nedenlerinden dolayı CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasına, kurulan hükümün sanık hakkında hukuki sonuç do-

<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesinde şu hususları ileri sürmüştür: "... Yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında ilk defa suç işleyen ve suçu sabit görülen kimseleri toplum barışını sağlamaya yönelik olarak hükümlü olma süreci dışına çıkaran hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararında yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesine ilişkin itiraz konusu kuralda, Anayasa'da belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür, ayrıca deneme süresi sonunda verilecek düşme veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır. Hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra sanığın kabulüyle verilen ve kanun yoluna başvurmanın mümkün olduğu hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararında, yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesine ilişkin itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık yoktur."

<sup>28</sup> Bkz. Centel-Zafer, s. 718.

<sup>29</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26/04/1993 tarih ve 1993/4-95 E. - 1993/122 K. sayılı kararı.



ğurmayacağına ilişkin kuralın bazı istisnaları olduğuna ilişkin ekleme yapılabilir. Ancak, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya yükümlülükler uymaması nedeniyle hüküm açıklanırken, CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrası uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar esas alınacağı için böyle bir değişikliğin dahi değinilen sorunu tümüyle çözmeyeceği düşüncesindeyiz.

### C. Açıklanacak Hükümün Değiştirilip Değiştirilemeyeceği Sorunu

CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrası uyarınca, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uymaması halinde, mahkemece hükmün açıklanmasına karar verilecektir. Yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, hükmün açıklanmasına karar verilebilmesi için denetim süresi içinde işlenen suçun kasıtlı bir suç olması gerekir. Bu bakımdan denetim süresi içinde işlenen taksirli suçlar nedeniyle hükmün açıklanmasına karar verilemeyecektir.<sup>30</sup> Ayrıca, bu süre içinde işlendiği iddia edilen kasıtlı suçun kesinleşmiş olması gerektiğinden, kasten işlenmiş olsa dahi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen suçlar nedeniyle hükmün açıklanması söz konusu olmayacaktır.<sup>31</sup>

CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrasındaki düzenlemenin, açıklanacak hükümde değişiklik yapıp yapılamayacağı ve bu değişikliğin hangi hallerle sınırlı olduğu konularında açıklık içermediğine yukarıda değinmiştik. Yasal düzenlemeye göre; sanığın denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde önceki hükmün aynen açıklanması gerekirken, sanığın yükümlülüklerini elinde olmayan nedenlerle yerine getirememesi halinde ise cezanın ertelenmesine, seçenek yaptırımlara çevrilmesine

<sup>30</sup> Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 24/04/2013 tarih ve 2012/22013 E. - 2013/10918 K. sayılı kararı.

<sup>31</sup> Bu durum, CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasında bahsi geçen "kurulan hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağı" na ilişkin düzenlemenin bir sonucudur. Bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 18/02/2013 tarih ve 2012/10702 E. - 2013/2378 K. ile Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 23/05/2013 tarih ve 2013/3228 E. - 2013/8511 K. sayılı kararları.

veya kısmen infaz edilebilmesine karar verilebilir.<sup>32</sup> Ancak düzenlemenin bu hali ile uygulanmasının önemli sorunları beraberinde getireceğini belirtmekte fayda vardır.

Bu sorunlardan ilki, sanığın denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi başta olmak üzere, hükmün açıklanmasını gerektiren durumların ortaya çıkması halinde, mahkemece duruşma açılmasına gerek olup olmadığına ilişkindir. Yasal düzenlemenin değinilen şekilde yorumlanması halinde, denetim süresi içinde suç işleyen veya yükümlülüklerini bilerek yerine getirmeyen sanık bakımından hükmün değiştirilmesi imkanı bulunmadığından, duruşma açılmasına da gerek olmayacaktır.<sup>33</sup> Ancak, Yargıtay, bu gibi durumlarda, sanığın savunma hakkının kısıtlanmaması gerektiğine işaret ederek, duruşma açılmasının zorunlu olduğu yönünde kararlar vermektedir.<sup>34</sup>

Hükümün açıklanmasını gerektirecek bir durumun ortaya çıkması halinde, açılacak duruşmada mahkemece hangi işlemlerin yapılabileceği ve ne tür kararlar verilebileceği sorun teşkil eden konulardan bir diğerini oluşturmaktadır. Bu anlamda, daha önce dinlenmelerinden imtina edilen tarafların duruşmaya çağrılıp çağrılmayacakları, yargılama için zorunluluk arz eden hususların araştırılması yoluna gidilip gidilemeyeceği, taraf beyanları doğrultusunda suç işlemediği anlaşılan sanık hakkında beraat kararı verilip verilemeyeceği, sonradan yürürlüğe giren kanunun eylemi suç olmaktan çıkarması veya sanık lehine düzenlemeler içermesi halinde nasıl karar verileceği cevaplanması gereken sorular olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>32</sup> Yargıtay'ın kimi dairelerince de bu yönde kararlar verildiğini görülmektedir. Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 17/06/2013 tarih ve 2013/15629 E. - 2013/16122 K., Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 09/04/2013 tarih ve 2012/14482 E. - 2013/14919 K., Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin 21/03/2013 tarih ve 2013/2416 E. - 2013/7432 K. ve Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 25/06/2013 tarih ve 2013/7277 E. - 2013/11864 K. sayılı kararları.

<sup>33</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi de, konu ile ilgili 21/03/2013 tarih ve 2012/15218 E. - 2013/7014 K. sayılı kararında "... kural olarak hükümlerin açıklanması, duruşma açılmak ve taraf teşkili sağlanmak suretiyle yapılmak zorunda ise de, denetim süresi içinde kesinleşmiş bir yargı kararıyla kasten yeni bir suç işlediği sabit olan sanık hakkında, yapılan işlem önceki hükmün açıklanmasından ibaret olduğundan ve bu şartın gerçekleşmesi halinde kesin yargı halini almış bir hükmün varlığı nedeniyle başkaca araştırılacak bir husus bulunmadığından, duruşma açılmaması hakkın özünü zedelemeyecektir ... " görüşünü savunmuştur.

<sup>34</sup> Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 07/03/2013 tarih ve 2012/25802 E. - 2013/6452 K. ile Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 16/01/2013 tarih ve 2012/23566 E. - 2013/713 K. sayılı kararları.

CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrasında, hükmün açıklanmasını gerektirecek durumların ortaya çıkması halinde duruşma açılmasını zorunlu kılan herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Ancak, açıklanacak hükümde değişiklik yapıp yapılmayacağı konusunda farklı kararlar veren Yargıtay, denetim süresi içinde suç işlenmesi veya yükümlülükler uylunması arasında herhangi bir fark gözetmeksizin, duruşma açılarak sanığın savunmasının alınması gerektiği görüşünü savunmaktadır.<sup>35</sup> Bu yüzden, savunma alınmak istenmesinin, yalnızca denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilememesi nedenlerinin tespiti ile sınırlı olmadığını söylemek mümkündür.<sup>36</sup> Hal böyleyken, ilk hükümde göz ardı edilen, ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılması zorunlu işlemlerin hükmü açıklayacak olan mahkemece yerine getirilip getirilemeyeceği hususu önemli bir sorun oluşturmaktadır. Yapılması zorunlu işlemler doğrudan kanundan kaynaklanabileceği gibi,<sup>37</sup> yargılama konusu olayın niteliğine göre değişiklik de gösterebilir. Yasal düzenlemenin lafzından, yapılması zorunlu işlemin kanundan kaynaklanması gerektiği sonucunu çıkarmak mümkün olmasa da, Yargıtay'ın bu ayrımı gözetken kararlar verdiği görülmektedir.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Hemen belirtelim ki, oldukça az sayıda da olsa, Yargıtay'ın, daha önce sorgusu yapılmış olan sanığa usulüne uygun davetiye tebliğini yeterli kabul eden kararları da bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 13/06/2013 tarih ve 2012/14822 E. - 2013/11123 K. sayılı kararı.

<sup>36</sup> Yargıtay 3. Ceza Dairesi de, 27/06/2013 tarih ve 2012/23216 E. - 2013/27025 K. sayılı kararında bu duruma işaret ederek, sanık ve müdafî yanında katılan ve vekilin de duruşmaya davet edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

<sup>37</sup> Örneğin, TCK'nın 50'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olan çocuklar veya altmış beş yaşını doldurmuş olanlar hakkındaki kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde zorunluluk bulunması ya da Çocuk Koruma Kanunu'nun 35'inci maddesi gereğince çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılarak rapor alınması gerekliliği gibi.

<sup>38</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 28/06/2013 tarih ve 2012/23424 E. - 2013/17822 K. sayılı kararında; denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranılması halinde, mahkemece önceki hükümde hiç bir değişiklik yapılamayacağına karar vermiş, 08/07/2013 tarih ve 2012/26783 E. - 2013/18678 K. sayılı kararında ise, değinilen iki şarttan birine aykırılık nedeniyle hükmün açıklanması halinde mahkemece, uygulanmasında yasal zorunluluk bulunduğu halde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi nedeniyle uygulanamayan yasal hükümler hariç olmak üzere önceki hükümde bir değişiklik yapılamayacağını kabul ederek, açıklanacak hükümde yapılması gereken işlemin kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığına farklı hukuki sonuçlar yüklemiştir.

Hükümü açıklayacak olan mahkeme, herhangi bir nedenle daha önce yerine getirilmeyen ve gerçekleştirilmesi halinde sanık hakkında beraat kararı verilmesine yol açacak bir işlem yapmaya gerek duyabilir. Bu işlem, daha önce dinlenmeyen bir tanığın ifadesine başvurulması veya bilirkişi incelemesi yaptırılması olabilir. Böyle bir durumda, CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrası uyarınca hükümü açıklaması gereken mahkemenin beraat kararı verip veremeyeceği de sorun teşkil eden konulardan birini oluşturmaktadır.

Yargıtay, CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrası uyarınca, hükümü açıklayacak olan mahkemenin yalnızca yeni bir mahkumiyet hükmü kurabileceği, beraat kararı veremeyeceği görüşündedir.<sup>39</sup>

Yine, hükmün açıklanmasını gerektirecek durumların ortaya çıkmasından sonra yürürlüğe giren kanunla yargılama konusu eylemin suç olmaktan çıkarılması veya sanık lehine düzenlemeler getirilmesi mümkün olabilir. Bu gibi durumlarda, özellikle sanığın denetim süresi içinde suç işlemesi hali başta olmak üzere, hükmün aynen açıklanması gerektiği ileri sürülerek, mahkemece yeni düzenlemeye göre işlem yapılması, Yargıtay kararı veya uyarılama yargılaması sonrasına bırakılmak istenebilir. Ancak, makul süreyi aşan yargılamaların önünü açacak bu uygulamaların olumsuz sonuçlar doğurmasının yanı sıra AİHM tarafından ihlal kararları<sup>40</sup> verilmesine neden olacağına kuşku yoktur. Aynı durum, yargılama konusu eylemin takibi şikayete bağlı suçlardan olması ve hükmün açıklanacağı duruşmada sanık hakkında şikayetten vazgeçilmesi halinde mahkemece düşme kararı verilip verilemeyeceği konusunda da geçerlidir.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Bkz. Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin 13/03/2013 tarih ve 2011/33993 E. - 2013/6087 K. sayılı kararı.

<sup>40</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde yer alan adil yargılama hakkının unsurlarından birini oluşturan makul bir sürede yargılanma olgusu değerlendirilirken esas alınan ölçütlerden birini de yetkili makamların tutumu oluşturur. Bu yüzden mahkemeler, sanığın lehine olan düzenlemeleri hızlı bir biçimde uygulamakla yükümlüdür. Osman Doğru - Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı, Şen Matbaa, 1. Cilt, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 635; Devletin, yargısal makamlara atfedilebilen gecikmelerden sorumlu olduğuna ilişkin bkz. D.J. Harris - M. O'Boyle, - E.P. Bates - C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Oxford University Press, 2009 - Avrupa Konseyi 2013, Şen Matbaa, Türkçe Birinci Baskı, s. 283.

<sup>41</sup> Yargıtay, usulüne uygun olması koşuluyla, hükümden sonra verilen şikayetten

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen yargılamada, yasal zorunluluk bulunduğu halde, sanık hakkında aleyhe sonuç doğuracak bir kanun hükmünün uygulanması unutulmuş olabilir.<sup>42</sup> Hükmün açıklanacağı duruşmada fark edilen bu durumun aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu hususlardan bir diğeridir.

Yargıtay, henüz açıklanmayan bir hükümde yer alan cezanın, halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 326'ncı maddesinin son fıkrasına konu edilemeyeceği, bu nedenle açıklanması geri bırakılan hükümdeki cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği görüşündedir.<sup>43</sup>

Yasal düzenleme ile ilgili dikkat çeken hususlardan biri de, sanığın denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri bilerek yerine getirmemesi ile elinde olmayan nedenlerle yerine getirememesi ayrımına ilişkindir.

Öğretide, kanun metnindeki düzenlemeye rağmen, her iki duruma da aynı hukuki sonuçların bağlanması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.<sup>44</sup> Yargıtay ise, bu konuda farklı kararlar vermektedir.<sup>45</sup>

---

vazgeçme dilekçeleri nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilebileceği görüşündedir. Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 09/04/2013 tarih ve 2011/23948 E. - 2013/10504 K. sayılı kararı.

<sup>42</sup> Kamu görevlisine hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarını birden fazla kamu görevlisine karşı aynı anda işeyen sanık hakkında TCK'nın 43'üncü maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması bu duruma örnek gösterilebilir.

<sup>43</sup> Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 13/05/2013 tarih ve 2013/6460 E. - 2013/12352 K. sayılı kararı.

<sup>44</sup> Artuç, s. 304; İpek, s. 251; Töngür, s. 279; Toroslu-Feyzioğlu, s. 311-312; Ünver-Hakeri, s. 262; Ancak yasal düzenlemenin lafzına uygun olarak, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri yerine getirememenin yükümlülüklerle aykırı davranmaktan daha hafif bir kusuru içerdiğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Günay; s. 178. Yine, hükmün açıklanması gereken durumlarda herhangi bir ayrıma gitmeksizin, önceki kararda herhangi bir değişiklik yapılamayacağını savunan yazarlar olduğunu söylemek mümkündür; Bkz. Öztürk-Erdem, s. 432.

<sup>45</sup> Örneğin Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 24/06/2013 tarih ve 2013/8316 E. - 2013/17099 K. sayılı kararında; denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işleyen veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyen sanık hakkında prensip olarak mahkemece bir değişiklik yapma imkanının bulunmadığı, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri yerine getiremeyen sanık bakımından ise, cezanın bir kısmının infaz edilmemesine, hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine ilişkin yeni bir hüküm kurulabileceği görüşünü ileri sürmüştü, Yargıtay 3. Ceza Dairesi ise, 02/07/2013 tarih ve 2012/25897 E. - 2013/27438 K. sayılı kararında; hakkında hükmün açıklanmasının

Görüldüğü gibi, yasal düzenlemenin kanunda yazıldığı şekliyle anlaşılması çok ciddi sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu sorunların aşılması amacıyla Yargıtay tarafından pek çok karar verilse de, bu kararların her bir ceza dairesine göre farklılık gösterdiği görülmektedir. Mahkemenin açıklanacak hükümde önceki mahkumiyet kararı ile bağlı kalması gerektiği düşüncesi, yukarıda değinildiği üzere, CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasındaki, kurulan hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığına ve aynı kanunun 217'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, delillerin hakim vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edileceğine ilişkin düzenlemelerin yanında Anayasa'nın 138'inci maddesinde yer alan "*hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*" şeklindeki anayasa kuralına da aykırılık teşkil etmektedir. Hükmün açıklanacağı duruşmada, önceki mahkumiyet kararı ile bağlı kalınması gerektiği düşüncesinden hareketle koşulları olduğu halde sanık hakkında beraat kararı verilmemesi veya lehe yasal değişikliklerin uygulanmaması ise Anayasa'nın 141'inci maddesinin son fıkrasındaki "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*" şeklindeki düzenlemeye ve makul bir sürede yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine aykırıdır.<sup>46</sup>

Kanaatimizce, CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrasındaki düzenleme karşısında, denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle bilerek uyulmaması halinde hüküm, hiçbir değişiklik yapılmaksızın aynen açıklanmalı, yükümlülüklerin sanığın elinde olmayan nedenlerle ye-

---

geri bırakılmasına karar verilen kişinin kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde, mahkeme tarafından evvelce belirlenmiş cezanın yarısına kadar belirlenecek kısmının infaz edilmesine ya da yeni bir hüküm kurulmasına karar verilebileceğini savunmuştur.

<sup>46</sup> Hemen belirtelim ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi sonradan sanığın kabulüne bağlı tutulsa da, yasal düzenlemede Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırı yönler bulunmaktadır. Birden çok sanıklı bir davada, sabıkalı olduğu için hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyen, hükmü temyiz eden ve Yargıtay'ın sanıkların beraat etmesi gerektiği yönündeki bozma kararı sonrası mahkemece beraatine karar verilen sanığın, sabıkasız olduğu için hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanığa oranla daha güvenceli bir konumda bulunması buna örnek gösterilebilir; Aynı yönde, Donay, s. 329.

rine getirilememesi halinde ise, mahkemece cezanın yarısına kadar belirlenecek bir kısmının infaz edilmemesi, ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesi ihtimalleri tartışılmalıdır. Ancak değinilen sorunların aşılması bakımından, yasal düzenlemede, mahkemenin eşitlik ve adalet ilkeleri çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar verebilmesine olanak sağlayan değişikliklerin mümkün olan en kısa sürede yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır.

### III. İtiraz Merciiinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Esasını İnceleyip İnceleyemeyeceği Sorunu

#### A. Genel Olarak

CMK'nın 231'inci maddesinin 12'nci fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmiştir.

CMK'nın 267 ve devamı maddelerinde düzenlenen itiraz, hakim kararları ile kanunda açıkça öngörülen hallerde mahkeme kararlarının, ilgilinin başvurusu üzerine bir başka merci tarafından yeniden incelenmesini sağlayan kanun yoludur.<sup>47</sup>

İtiraz kanun yolunun kapsamının belirlenmesinde önem taşıyan hakim ve mahkeme kararları ayrımı uygulamada büyük ölçüde yerleşmiştir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlara ayrıca değinmekte fayda vardır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir mahkeme kararı olduğunda şüphe bulunmasa da, itiraz incelemesinin mahkeme ara kararları ile sınırlı olduğu şeklinde anlaşılabilir ifadeler<sup>48</sup> sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle, itiraz kanun yolunun kapsamı ile ilgili "*mahkeme ara kararları*" deyiminin kullanılmamasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.<sup>49</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi halinde, itiraz merciiinin yapabileceği incelemenin "*... 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşul-*

<sup>47</sup> Bıçak, s. 729; Centel-Zafer, s. 743; Donay, s. 343; Eryılmaz, s. 680; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1669; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Kırıt-Özaydın-Akcan-Efser, s. 600; Soyaslan, s. 532; Şahin-Göktürk, s. 224; Toroslu-Feyzioğlu, s. 329; Ünver-Hakeri, s. 347.

<sup>48</sup> Centel-Zafer, s. 743; Şahin-Göktürk, s. 224.

<sup>49</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09/05/2006 tarih ve 2006/6-138 E. - 2006/137 K. sayılı kararı; Aynı yönde Donay, s. 343; Ünver-Hakeri, s. 347.

larının var olup olmadığı ile sınırlı ...” olduğuna ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03/02/2009 tarih ve 2009/4-13 E. - 2009/12 K. sayılı kararı,<sup>50</sup> Yargıtay ceza dairelerince de benimsenmiş ve istikrarlı bir şekilde uygulanmıştır.

Ancak Yargıtay’ın bu yaklaşımı; yükümlülüklerle uyulması nedeniyle düşme kararı verilen hallerde açıklanması geri bırakılan hükümdaki esasa yönelik hukuka aykırılıkların denetlenememesi sonucunu doğurması,<sup>51</sup> sanığın açıklanmamış olan mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz hakkını ve beraat etme olanağını ortadan kaldırması<sup>52</sup> ve uygulamada genellikle sonuç getirmekten uzak olduğu<sup>53</sup> nedenleriyle öğretilde eleştiri konusu yapılmıştır.

Öğretilde ileri sürülen eleştirilerin yanı sıra itiraz merciince gerektiğinde Cumhuriyet Savcısı, müdafii veya vekilin dinlenebilmesine<sup>54</sup> olanak sağlayan CMK’nın 271’inci maddesinin ilk fıkrası karşısında, Yargıtay’ın bahse konu kararda evrak üzerinde inceleme yapılmasını gerekçe göstererek itirazın kapsamını sınırlaması yerinde değildir. Ancak, merci tarafından itiraz konusu hakkında da karar verilmesini emreden CMK’nın 271’inci maddesinin 2’nci fıkrasındaki düzenlemeye rağmen, itiraz kanun yolunda istinafta olduğu gibi delil de-

<sup>50</sup> Kararda bu görüşün gerekçesi “... Somut olayda, merciince evrak üzerinde inceleme yapılmış ve kanıt değerlendirmesine girilerek kanıtların, görevi savsama suçunun sübutu için yeterli olmadığı kabul edilip, sanık hakkında beraat kararı verilmiştir. Merciiince evrak üzerinde inceleme yapılabildiğinden, itiraza konu karar yönünden yapılacak inceleme de ancak 231. maddenin objektif koşullarının belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme olmalıdır. Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı olacaktır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve 231. maddenin 5. fıkrası uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, 231 ve 271. maddelerdeki düzenlemelere aykırıdır.” şeklinde açıklanmıştır.

<sup>51</sup> Şahin-Göktürk, s. 166-167.

<sup>52</sup> Centel-Zafer, s. 724; Donay, s. 333; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Kırıt-Özaydın-Akcan-Efser, s. 571.

<sup>53</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 704.

<sup>54</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22/01/2013 tarih ve 2012/10-534 E. - 2013/15 K. sayılı kararında, bu dinlemenin duruşma şeklinde yapılamayacağını, zira duruşma yapılabilmemesinin kanunda açık hüküm bulunmasına bağlı olduğunu ifade etmiştir; Aynı yönde bkz. Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Kırıt-Özaydın-Akcan-Efser, s. 604; Ancak CMK’nın 271’inci maddesinin birinci fıkrasından duruşma yapılabileceği sonucunu çıkartan yazarlar da vardır; bkz. Centel-Zafer, s. 745; Donay, s. 346-347; Eryılmaz, s. 682.



ğerlendirmesini de içeren maddi ve hukuki bir inceleme yapılmasını beklemenin kurumun getiriliş amacı ne derece bağdaşacağı üzerinde tartışılması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hal böyleyken, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22/01/2013 tarih ve 2012/10-534 E. - 2013/15 K. sayılı kararı ile itiraz merciince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hem maddi hem de hukuki yönden incelenebileceğini kabul etmesi bahsi geçen tartışmaların artmasına sebebiyet vermiştir.

### **B. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22/01/2013 Tarih ve 2012/10-534 E. - 2013/15 K. Sayılı Kararının Yorumu**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi halinde merci tarafından yapılacak incelemenin yalnızca CMK'nın 231'inci maddesinin 6'ncı fıkrasındaki objektif uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği ile sınırlı olduğu düşünülmesi, yukarıda da değinildiği üzere, özellikle sanığın beraat etmesi gereken durumlardaki olumsuz etkisi nedeniyle öğretide yoğun olarak tartışılmıştır. Yapılan değişikliğin ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sanığın kabulüne bağlı tutulması da sonucu değiştirmemiştir.<sup>55</sup>

İtiraz merciince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasının da incelenebileceğine ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22/01/2013 tarih ve 2012/10-534 E. - 2013/15 K. sayılı kararı ise tartışmaları başka bir boyuta taşımıştır.

Hemen belirtelim ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararı akademik çevrelerce büyük oranda olumlu karşılanmıştır.<sup>56</sup> Gerçekten

<sup>55</sup> Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanığın kabulüne bağlı tutulduğuna ilişkin yasal düzenleme, yargı yerlerince yargılamanın sonu beklenmeden, duruşma sonunda esas hakkında mütalaya karşı sanık veya müdafiiine diyecekleri sorulmadan, sanığa son savunma hakkı kullandırılma dan veya son sözü sorulmadan uygulandığı için eleştiri konusu yapılmıştır; bkz. Ünver-Hakeri, s. 260-261.

<sup>56</sup> Bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 754; Yakın sayılabilecek bir tarihte verilmiş olması nedeniyle ceza muhakemesine ilişkin çoğu akademik çalışmada değinilmeyen bu karar, bizim de katılımcı olarak iştirak ettiğimiz 03/05/2013 tarihinde HÜKAB tarafından organize edilen Ceza Yargılamasında Kanun Yolları isimli sempozyumda yoğun şekilde tartışılmış ve kararın özellikle beraat etmesi gereken sanık bakımından olumlu sonuçlar doğurduğu ve yargılama konusu olayın mahallinde ve hızlı bir şekilde çözümlenmesini sağladığı gerekçeleriyle olumlu

de, bahse konu karar; üzerine atılı suçu işlediği kesin bir şekilde tespit edilemeyen sanık hakkında mahallinde ve seri bir şekilde beraat kararı verilmesi veya esasen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında bulunmayan bir suçun hatalı hukuki nitelendirme sonucu bu kapsamda değerlendirilmesinin engellenmesi<sup>57</sup> bakımından olumlu bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum hakkın ihlal edilmemesi gerektiğine öncelik tanınması ve makul sürede yargılanma hakkı açısından da oldukça önemlidir. Ancak bahse konu kararın ceza muhakemesine ilişkin önemli sorunları beraberinde getirdiğini belirtmekte fayda vardır.<sup>58</sup>

Kararın ortaya çıkardığı sorunlardan ilki, CMK'nın 271'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "*itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*" şeklindeki düzenleme karşısında, itiraz mercii tarafından yapılacak incelemenin kapsamının ne olacağı ile ilgilidir. Bilindiği gibi itiraz kanun yolunda, merci tarafından, kararın hem maddi hem de hukuki yönden ele alınması ve hukuka uygunluğunun denetlenmesi söz konusudur.<sup>59</sup> Bu anlamda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiğinde, itiraz mercii, CMK'nın 271'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca Cumhuriyet Savcısı, müdafii veya vekili dinleyerek gerekli gördüğü incelemeyi yapabilecektir.

Öğretide, bu incelemenin salt itiraz konusu hakkında yapılması gerektiği<sup>60</sup> yönünde görüşler olduğu gibi, itirazı inceleyen mercinin dosya ile bağlı olmadığına ve gerekli her türlü işlemi yapabileceğine<sup>61</sup> ilişkin görüşler de bulunmaktadır.

Kanaatimizce, sınırlı da olsa mahkeme kararlarına karşı da gidilebilen bir kanun yolu olarak öngörülmesi ve CMK'nın 270'inci mad-

---

bir gelişme olduğu vurgusu yapılmıştır.

<sup>57</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 754.

<sup>58</sup> Öğretide de, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraza tabi diğer yargı kararlarından farklı olması, yani esasa ilişkin olması nedeniyle, itiraz kanun yoluna ilişkin genel açıklamalar ve kuralların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiğinde birçok sorunun ortaya çıkmasına yol açacağı belirtilmiştir, bkz. Centel-Zafer, s. 746, dn. 10.

<sup>59</sup> Bıçak, s. 729; Eryılmaz, s. 681; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1532-1533, 1669 ve 1678; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Kırıt-Özaydın-Akcan-Efser, s. 600; Soyaslan, s. 533, 537; Şahin-Göktürk, s. 224; Toroslu-Feyzioğlu, s. 334.

<sup>60</sup> Centel-Zafer, s. 726; Toroslu-Feyzioğlu, s. 334; Ünver-Hakeri, s. 350.

<sup>61</sup> Donay, s. 346; Eryılmaz, s. 682; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1678; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Kırıt-Özaydın-Akcan-Efser, s.604; Şahin-Göktürk, s. 226.

desinin birinci fıkrasındaki “*merci, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir*” şeklindeki düzenleme nedeniyle merci tarafından yalnızca itiraz konusu ile sınırlı bir inceleme yapılabileceğini kabul etmek mümkün değildir.<sup>62</sup> Ancak, CMK’da bu yönde açık bir engel bulunmasa da, bu incelemenin sınırsız bir şekilde yapılacağına kabul edilmesi itiraz kanun yoluna istinaf benzeri bir nitelik kazandırılması anlamına gelecektir. Diğer yandan, ceza hukukundan farklı olarak ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasağı bulunmaması nedeniyle bu açıklığın kıyas yoluyla giderilerek, esasen ceza muhakemesi sistemimizde istinaf gibi dizayn edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı gidilen itiraz kanun yolunda bu tarz bir inceleme yapılabileceği de her zaman düşünülebilir. Tüm bu nedenlerle, CMK’da, itiraz merciince yapılabilecek incelemenin kapsamı ile ilgili daha açık bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

Karar nedeniyle ortaya çıkan sorunlardan birisi de; CMK’nın 271’inci maddesinin 2’nci fıkrasındaki düzenlemeden, merci tarafından yalnızca itiraz konusu hakkında karar verilebileceği, buna karşın itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında bir karar verilemeyeceği şeklinde bir anlam çıkarılması gerektiğinin ifade edilmesidir.<sup>63</sup>

CMK’nın 271’inci maddesinin 2’nci fıkrasında merci tarafından sadece itiraz konusu hakkında karar verilebileceğine ilişkin bir ifadenin yer almaması karşısında, muhtemelen yerel mahkemelerin mevcut iş yükünün artmasına engel olmak düşüncesiyle bu tarz bir yoruma ulaşılmasını doğru bulmuyoruz. Yargılamanın seri şekilde sürdürülme-

<sup>62</sup> Hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanığın beraat etmesi gerektiğini ileri sürerek karara itiraz etmesi halinde merci tarafından olaya ilişkin tüm delillerin değerlendirilmesi gerektiği örneğinde olduğu gibi bu düşünce tarzının pratik bir önemi de yoktur.

<sup>63</sup> Bu bölüm kararda şu şekilde yer almıştır: “... Dolayısıyla, kanunda yer alan ‘İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir’ hükmü, itirazı kabul eden merciin sadece ‘itiraz konusu’ hakkında karar vermesi şeklinde anlaşılmalıdır. Buna karşın bu hüküm itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında da yargılamayı sonuçlandırarak (örneğin görevsizlik kararını kaldıran merciin dosyanın esası hakkında karar vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı kaldıran merciin hükmü açıklaması gibi) bir karar vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.10.2010 gün ve 182-209 sayılı kararında; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazı inceleyen merciin, itirazı yerinde görmesi halinde dosyayı hükmün açıklanması için yargılamayı yapan asıl mahkemesine göndermesi gerektiği kabul edilmiştir. ...”

si ve insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesi bakımından CMK'nın 271'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenlemenin kanunda yazılı şekliyle değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Üzerinde tartışılması gereken sorunlardan bir diğeri; merci tarafından itiraz konusu eylemin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturduğu ve bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi gerektiği belirtilerek, dosyanın esas mahkemesine gönderilmesi halinde, mahkemece daha ağır bir ceza verilir verilemeyeceği, başka bir deyişle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itirazlarda aleyhe değiştirme yasağının geçerli olup olmayacağı konusudur.

Ceza muhakemesi sistemimizde aleyhe değiştirme yasağı (*reformatio in peius*) yalnızca istinaf (CMK m. 283), temyiz (CMK m. 307), yargılamanın yenilenmesi (CMK m. 323) ve belirli hallerde kanun yararına bozma (CMK m. 309) bakımından geçerlidir. Ancak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, istinafta olduğu gibi, gerek görülen her türlü araştırmanın yapılarak, delil değerlendirmesini de içerecek şekilde maddi ve hukuki yönden denetlenebileceğinin kabul edilmesi halinde, bu yasağın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiği durumlarda uygulanıp uygulanmayacağı, üzerinde tartışılması gereken konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bilindiği gibi aleyhe değiştirme yasağının konusunu cezanın tür ve ağırlığı oluşturmakta,<sup>64</sup> bu yasağın suçun niteliğinin değişmesi, güvenlik tedbirleri ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumlarla bir ilgisi bulunmamaktadır.<sup>65</sup> Ancak, "cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal bir şahsileştirme kurumu"<sup>66</sup> niteliğindeki erteleme kurumu bakımından aleyhe değiştirme yasağının uygulanması mümkündür. Bu nedenle sanık hakkında verilen mahkumiyet hükmünün belirli bir süreyle ertelenmesini ifade

<sup>64</sup> Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Kırıt-Özaydın-Akcan-Efser, s. 598; Ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04/06/2013 tarih ve 2012/12-1526 E. - 2013/286 K. sayılı kararı.

<sup>65</sup> Eryılmaz, s. 680.

<sup>66</sup> Yargıtay'ın 07/06/1976 tarih ve 3-4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı; aynı yönde bkz. Eryılmaz, s. 680; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Kırıt-Özaydın-Akcan-Efser, s. 598.

eden ve ertelemenin bir türü sayılan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bakımından da bu yasağın tartışılması mümkün hale gelecektir.<sup>67</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yönelik itirazlarda aleyhe değiştirme yasağına ilişkin bir başka sorun ise, eylemin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalmadığına ilişkin verilen ve CMK'nın 271'inci maddesinin son fıkrası uyarınca kesinleşen merci kararı sonrası esas mahkemece verilen kararın temyiz edilerek Yargıtay'ın önüne gelmesi halinde, Yargıtay'ın bununla bağlı olup olmadığı, özellikle eylemin merci kararında belirtilenden daha ağır bir cezayı gerektirdiğinden bahisle bozma kararı verip veremeyeceğidir.

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca yürürlükte bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 306'ncı (CMK'nın 287/1'inci maddesi) maddesinde yer alan "*Hükümden evvel verilip hükme esas teşkil eden kararlar dahi hükmüyle beraber temyiz olunabilir*" şeklindeki düzenleme karşısında, merci kararı üzerine esas mahkemece verilen kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay tarafından herhangi bir sınırlama olmaksızın incelenebileceğinde kuşku yoktur. Çünkü aleyhe değiştirme yasağının hangi durumlarda uygulanacağı CMK'da açık bir şekilde sayılmıştır. İtiraz merciinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasını inceleyebileceğine ilişkin karar, bu yönüyle Yargıtay'a ait temyiz incelemesi görevinin yerel mahkemeler tarafından yapıldığı gerekçesiyle eleştirilse de, burada uyuşmazlığın mahallinde ve seri bir şekilde çözüleceği düşüncesine üstünlük tanınmalıdır.

Yargıtay da, çalışmamıza konu kararında, sorunla ilgili olarak "*... itiraz merciince, itiraz olunan kararın kaldırılmasına müteakip, yetkili ve görevli kılınan mahkemenin yargılama sonunda vereceği hüküm, yeni hüküm sayılacağından, bu hükme karşı itiraz veya temyiz yolu açık olacaktır. Bu iti-*

<sup>67</sup> Öğretide kimi yazarlarca; itiraz kanun yolunda aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmemiş olmasının sorun teşkil ettiği, açıklanan hükmün ancak sanık tarafından veya sanık lehine temyiz edildiğinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının aleyhe değiştirme yasağı kapsamında düşünülebileceği, ancak bu yasağın ceza miktarına ilişkin olması nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının aleyhe değiştirme yasağı kapsamında kalmadığı ileri sürülmüştür, bkz. Centel-Zafer, s. 726.

*barla, gerek yargılamaya devam edecek olan yerel mahkeme, gerekse verilecek kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay, itiraz merciinin belirlediği suç vasfıyla bağlı olmayacaktır ...” şeklinde görüş belirtmiştir.*

Görüldüğü gibi, itiraz merciinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasını inceleyebileceğine ilişkin karar birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Ancak tüm olumsuz sonuçlarına rağmen, dosyadaki delil durumuna göre sanık hakkında beraat kararı verilmesini sağlaması, hatalı hukuki nitelendirme sonucu bir eylemin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında değerlendirilmesini engellemesi ve makul sürede yargılanma hakkının tesisi bakımından kararın esasen olumlu bir gelişme olduğunu söylemek mümkündür. Burada, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un Geçici 2'nci maddesi uyarınca kurulmaları öngörülen bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinin ardından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun istinaf incelemesine tabi kılınmasına ilişkin yapılacak yasal düzenlemenin sayılan tüm sorunları çözeceği kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkan ve yargılaması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre ile denetim altında tutulması “*probation*” esasına dayanan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, özellikle 1950'li yıllardan sonra Kara Avrupası ceza hukukuna girmiş ve bugün gerek Batı gerek Doğu Avrupa ülkeleri ceza sistemlerindeki yerini almıştır. Ülkemizde ise ilk kez 15/07/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23'üncü maddesi ile suça sürüklenen çocuklar bakımından kabul edilmiş, sonrasında yapılan yasal düzenlemelerle hukuk sistemimizde büyük oranda yerleşmiştir. Ancak kuruma ilişkin birçok sorunun varlığını halen koruduğu görülmektedir.

CMK'nın 231'inci maddesinin 8'inci fıkrasında zamanaşımının denetim süresi içinde duracağı belirtilmiştir. Yeterince açık olmayan yasal düzenlemeden, zamanaşımının; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarih ile sonradan kesinleşmesi şartıyla denetim süresi içinde işlenen suçun tarihi arasında duracağı sonucu

çıkarılmalıdır. Buna bağlı olarak denetim süresi içinde işlenen suçla ilişkin yargılama devam ederken dava zamanaşımının dolması halinde, bu yargılamanın sonucu beklenmeksizin düşme kararı verilmesi gerekmektedir. Denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranılması nedeniyle hükmün açıklandığı durumlarda ise, dava zamanaşımı süresinin, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranıldığı tarihte yeniden işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir.

CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasında, kurulan hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığı belirtilmiş ise de; müsadere, yargılama giderleri ve bu kapsamda vekalet ücreti gibi konularda verilen kararlar kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Gerek buna ilişkin Yargıtay kararları gerek CMK'nın 325'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yargılama giderleri ile ilgili ayrık düzenlemeye gidilmesi nedeniyle CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasına, kurulan hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağına ilişkin kuralın, istisnalara da yer verilerek yeniden kaleme alınmasında zorunluluk bulunmaktadır.

CMK'nın 231'inci maddesinin 11'inci fıkrasına göre, sanığın denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri bilerek yerine getirmemesi hallerinde, açıklanacak hükümde herhangi bir değişiklik yapılması mümkün değildir. Cezanın ertelenmesi, seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya yarısına kadar belirlenecek bir sürenin infazına karar verilmesi ise yalnızca yükümlülüklerin sanığın elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi hallerinde söz konusu olacaktır. Yasal düzenleme uyarınca, mahkemenin açıklanacak hükümde önceki mahkumiyet kararı ile bağlı kalması gerektiği düşüncesi; CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasındaki, kurulan hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığına ilişkin düzenlemenin yanı sıra, yukarıda değinilen nedenlerle Anayasa'nın 10, 138 ve 141'inci maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, yasal düzenlemede, mahkemenin eşitlik ve adalet ilkeleri çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar verebilmesine olanak sağlayan değişikliklerin mümkün olan en kısa sürede yapılması gerekmektedir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi halinde merci tarafından yapılacak incelemenin yalnızca CMK'nın 231'inci maddesinin 6'ncı fıkrasındaki objektif uygulama koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği ile sınırlı olduğuna ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03/02/2009 tarih ve 2009/4-13 E. - 2009/12 K. sayılı kararı, öğretilde oldukça eleştirilse de, Yargıtay ceza dairelerince benimsenmiş ve istikrarlı bir şekilde uygulanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22/01/2013 tarih ve 2012/10-534 E. - 2013/15 K. sayılı kararı ise itiraz merciine daha geniş bir inceleme olanağı tanımış ve nispeten daha olumlu karşılanmıştır. Ancak kararın ceza muhakemesi açısından bir takım sorunlara yol açtığını söylemek mümkündür.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiğinde, merci tarafından sadece itiraz konusu ile sınırlı olarak inceleme yapılabileceğine ilişkin CMK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu incelemenin sınırsız bir şekilde yapılacağına kabul edilmesi ise, itiraz kanun yoluna istinaf benzeri bir nitelik kazandırılması anlamına gelecektir. Ancak, ceza muhakemesi hukukunda kıyas yapılamayacağına ilişkin bir yasak bulunmaması nedeniyle yasal düzenlemedeki açıklığın bu şekilde giderilerek, esasen ceza muhakemesi sistemimizde istinaf gibi dizayn edilen itiraz kanun yolunda değinilen anlamda bir inceleme yapılabileceği ileri sürülebilir. Bu nedenle, CMK'da, itiraz merciince yapılabilecek incelemenin kapsamı ile ilgili daha açık bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

Esasen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile bir ilgisi bulunmayan aleyhe değiştirme yasağının cezanın şahsileştirilmesine hizmet eden erteleme kurumu bakımından uygulanması mümkündür. Bu anlamda, sanık hakkında verilen mahkumiyet hükümünün belirli bir süreyle ertelenmesini ifade eden ve ertelemenin bir türü sayılan hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı bakımından aleyhe değiştirme yasağının tartışılması söz konusu olabilecektir. Buna karşın, aleyhe değiştirme yasağının hangi durumlarda uygulanacağına kanunda açıkça sayılması karşısında, halen yürürlükte bulunan CMUK'nun 306'ncı maddesinin ilk fıkrası uyarınca merci kararı üzerine esas mahkemece verilen kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay tarafından herhangi bir sınırlama olmaksızın incelenebilmesi mümkündür.



İtiraz merciinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasını inceleyebileceğine ilişkin karar, yukarıda değinilen olumsuz sonuçlarına rağmen, sanık hakkında beraat kararı verilmesini sağlaması, hatalı hukuki nitelendirme sonucu bir eylemin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında değerlendirilmesini engellemesi ve makul sürede yargılanma hakkının tesisi bakımından kararın esasen olumlu bir gelişme olarak dikkat çekmektedir. Kurumun, yakın zamanda faaliyete geçmesi beklenen istinaf incelemesine tabi kılınmasına ilişkin yapılacak yasal düzenleme ise, değinilen sorunların çözülmesini sağlayacaktır.

### KAYNAKLAR

- Artuç Mustafa; Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, Ocak 2009.
- Artuk M. Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, Haziran 2013.
- Bıçak Vahit; Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Eylül 2011.
- Centel Nur - Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 10. Bası, İstanbul, Eylül 2013.
- Centel Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım Yayım Dağıtım, 7. Bası, İstanbul, Kasım 2011.
- Demirbaş Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, Ekim 2012.
- Doğru Osman - Nalbant Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı, Şen Matbaa, 1. Cilt, 1. Baskı, Ankara 2012.
- Donay Süheyl; Ceza Yargılama Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- Dönmezer Sulhi - ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 3. Cilt, 12. Bası, İstanbul, Ekim 1997.
- Eryılmaz Mesut Bedri; Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2012.
- Günay Erhan; Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2010.
- Hafızoğulları Zeki - Özen Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Hakeri Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2012.
- Harris D.J. - O'boyle, M. - Bates, E.P. - Buckley C.M.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

- Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Oxford University Press, 2009 – Avrupa Konseyi 2013, Şen Matbaa, Türkçe Birinci Baskı.
- İçel Kayıhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Basım Yayım Dağıtım, 5. Bası, İstanbul, Temmuz 2013.
- İpek Ali İhsan; Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2010.
- Kunter Nurullah – Yenisey Feridun – Nuhoglu Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 18. Bası, İstanbul, Ekim 2010.
- Özbek Veli Özer – Kanbur Mehmet Nihat – Doğan Koray – Bacaksız Pınar – Tepe İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2012.
- Özbek Veli Özer – Kanbur, Mehmet Nihat – Doğan, Koray – Bacaksız, Pınar – Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, Eylül 2013.
- Öztürk Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, Ekim 2012.
- Öztürk Bahri (Ed.) - Tezcan Durmuş – Erdem Mustafa Ruhan – Sırma Özge – Kırıt Yasemin F. Saygılar – Özaydın Özdem – Akcan Esra Alan – Erden Efser; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, Ekim 2012.
- Özgenç İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. Bası, Ankara 2013.
- Soyaslan Doğan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2010.
- Şahin Cumhuriyet - Göktürk Neslihan; Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Toroslu Nevzat – Feyzioglu, Metin; Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 9. Baskı, Ankara, Ocak 2012.
- Toroslu Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, 17. Baskı, Ankara, Şubat 2012.
- Töngür Ali Rıza; Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2009.
- Ünver Yener – Hakeri Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Cilt, 6. Baskı, Ankara 2012.
- Zafer Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK M. 1-75, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 2011.

# TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KABUL EDİLEN ERTELEME KURUMLARI ÜZERİNE İNCELEME

## AN INVESTIGATION ON THE SUSPENSION SENTENCE IN TURKISH LAW SYSTEM

Ersin ŞARE\*

**Özet:** Dünya üzerindeki bir çok ülkede kabul edilen erteleme kurumu, cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası olduğu gibi, hürriyeti bağlayıcı kısa süreli hapis cezalarının sakıncılarını da gidermektedir. Günümüz ceza hukuku sistemlerinin hemen hepsinde kabul edilen erteleme müessesinde; failin cezası belli bir süre ertelenmekte, belirlenen denetim süresi içerisinde faille yükümlülükler getirilmektedir. Erteleme müessesinden beklenen, ilk defa suç işleyen ya da tesadüfi suçlu olarak adlandırılan kişinin cezaevine girmesini engelleyip faille yeni bir şans tanınması, belirlenen denetim süresi içerisinde mahkemece öngörülen tedbirler nedeniyle ceza almadığı yönünde bir yargıya kapılmaması, failin toplum içerisinde cezasını çekerek ıslah olması, bir daha suç işlemesinin önüne geçilmesini sağlamasıdır. Hukuk sistemlerinde yargılamanın aşamalarına göre erteleme kurumları kabul edilmiştir. Bu kurumları, suç işlemiş fail hakkında kamu davasının açılmasının, duruşmanın yapılmasının, suçluluğun tespitini veya mahkumiyet hükmünün verilmesinin, hüküm verilmiş ise; infazını belirli bir süre içinde göstereği iyi hale bağlı olarak ertelenmesi olarak sıralayabiliriz. Türk hukuk sisteminde kamu davasının açılmasının, hükmün açıklanmasının, hapis cezasının infazının ertelenmesi kurumları düzenlenmiş, esas olarak muhakemenin ertelenmesi kurumuna yer verilmemiştir. Ancak 5237 sayılı kanununun 191. maddesinde yapılan değişiklikle muhakemenin ertelenmesine benzer bir düzenleme getirilmiştir.

**Anahtar kelimeler :** Erteleme, denetimli serbestlik, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, muhakemenin ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının infazının ertelenmesi

**Abstract:** As is the case with many law systems all around the world, the suspension sentence in Turkish law system does not only help individualize the penalty but also prevents the negative consequences of the short-term imprisonment. With the suspension sentence, the sentence of the defendant is conditionally suspended for a certain time period with certain obligations imposed to his/her actions. The advantages of the suspensions can be considered as the following; before incarceration, they give a chance to a convicted

person who committed a crime for the first time, they help the convicted person to serve his sentence in public, and the obligations imposed during the suspension period help the convicted person not to underestimate the consequences of the crime he/she committed. There are different types of suspension sentences; a suspension for public prosecution, the postponement of criminal sentencing, and the suspension sentence which withholds execution of the penalty as long as the defendant exhibits good behavior. Turkish law system includes the suspension sentences for public prosecution, for the postponement of the penalty and for the postponement for the judge's announcement of the conviction, but not for the postponement of the judgement. However, with the changes made to law no 5237 section 191, some flexibility is brought upon the suspension of the case for the postponement of the judgement.

**Keywords:** Suspension, probation, suspension sentences for public prosecution, postponement for the judge's announcement of the conviction, postponement of the judgement, suspended execution of the imprisonment

Erteleme ve bu buna benzer kurumların getiriliş amacının temelini, fail hakkında verilen cezanın infazını, belirlenen süre içinde göstereceği iyi hal neticesinde ceza verilmekten ya da infazından vazgeçilmesi, failin toplum içerisinde gösterdiği iyi hal ile cezaevine girmekten kurtulması oluşturmaktadır. Erteleme kurumunun kabul edilmesiyle hedeflenen, ilk defa suç işleyenler veya erteleme kurumunun tekrardan uygulanmasına layık olanların cezaevine konulmayarak, öngörülen yükümlülükler altında, cezası infaz edilmeden ıslah olmasının sağlanmasıdır.<sup>1</sup>

Erteleme müessesinin uygulanmasının yaygın olması o ülkedeki ceza siyaseti ile yakından ilgilidir. Erteleme, cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası olduğu gibi, hürriyeti bağlayıcı kısa süreli hapis cezalarının sakıncılarını da gidermektedir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ayhan Önder, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, Fakülteler Matbaası, İstanbul/1963, s. 5

<sup>2</sup> Kısa süreli hapis cezalarının sakıncaları için bkz. Kayıhan İçel, 'Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi', Değişen Toplum ve Ceza Hukuk Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu, Sermet Matbaası, 1976,, s. 324 'Erteleme müessesinin getiriliş amacını oluşturan bu görüşlerin yanı sıra, erteleme müessesine karşı olan görüşlerde bulunmaktadır. Buna göre, erteleme kararı verilmesi ile cezanın önleme özelliği azalacak, cezanın ertelenmesi, mutlak adalet

Ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde erteleme müessesesinin kabul edilmesiyle farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır. Kısa süreli hapis cezalarının sakıncılarını gidermek için kara Avrupası siteminde kabul edilen ertelemede; sanığın cezası belli bir süre içerisinde ertelenmekte, failin iyi hal göstermesi durumunda ceza verilmemekte ya da belirlenen ceza ortadan kalkmaktaydı. Bu sistemde, denetim süresi içerisinde herhangi bir yükümlülük öngörülmeyle, faile cezaevine girmemesi için yeni bir şans verilmekteydi. Diğer sistemde ise, failin cezası belli bir müddet ertelenmekte, ancak diğer sistemin aksine bu süre içerisinde fail denetim altında tutulmaktaydı. Bu ikinci sistem ilk olarak İngiliz hukukunda kabul edilmiş olup hakim belirlendiği yükümlülükler doğrultusunda fail, cezasını toplum içerisinde çekmekteydi. Günümüz ceza hukuku sistemlerinin hemen hepsinde kabul edilen erteleme müessesinde ise, failin cezası belli bir süre ertelenmekte, belirlenen denetim süresi içerisinde faile yükümlülükler getirilmektedir. Bu sistemde erteleme müessesinden beklenen, ilk defa suç işleyen kişinin cezaevine girmesini engelleyip yeni bir şans tanınması, belirlenen denetim süresi içerisinde öngörülen tedbirler nedeniyle ceza almadığı yönünde bir yargıya kapılmaması, bir daha suç işlemesinin önüne geçilmesinin sağlanmasıdır.

Kısa süreli hapis cezaları için öngörülen erteleme kurumu, daha sonra yapılan değişikliklerle orta ve uzun süreli hapis cezalarını da kapsar mahiyet almıştır.

Hukuk sistemlerinde yargılamanın aşamalarına göre erteleme kurumları getirilmiştir. Bu kurumları, suç işlemiş fail hakkında kamu davasının açılmasının, duruşmanın yapılmasının, suçluluğun tespitini veya mahkumiyet hükmünün verilmesinin, hüküm verilmiş ise; infazını belirli bir süre içinde göstereği iyi hale bağlı olarak ertelenmesi olarak sıralayabiliriz.<sup>3</sup> Türk hukuk sisteminde kamu davasının açılmasının, hükmün açıklanmasının, hapis cezasının infazının ertelenmesi

---

fikrine aykırılık oluşturacaktır. Erteleme kurumu failleri ıslah etmeyerek, gerçekleştirilen ilk suçların affedildiği izlenimi yaratacaktır.' Erem/Danışman/Artuk s. 797-799, Önder s. 6-14, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 739

<sup>3</sup> Önder s. 5 İnfaz sonrası belli özellikleri taşıması halinde hükümlünün koşullu olarak salverilmesi hali bir erteleme çeşidi olarak düşünülsede, bu çalışmada infaz öncesi failin cezaevine girmeden ıslah edilmesini amaçlayan erteleme kurumları incelenmiştir.

kurumları düzenlenmiş, esas olarak muhakemenin ertelenmesi kurumuna yer verilmemiştir. Ancak 5237 sayılı kanununun 191. maddesinde yapılan değişiklikle muhakemenin ertelenmesine benzer bir düzenleme getirilmiştir. Her ne kadar bu düzenlemede, muhakeme neticesinde sanığın suçunun sabit kabul edilerek hüküm vermekten vazgeçilmekte ise de, bu karar ile birlikte muhakemenin durması neticesi meydana geldiğinden bu kurum muhakemenin ertelenmesi başlığı altında incelenmiştir. Hukuk sistemimizde kabul edilen erteleme türleri aşağıda yargılama safahatındaki önceliklerine göre açıklanacaktır.

#### a) İddianamenin Düzenlenmesinin Ertelenmesi (Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi)

Ertelemenin bu şeklinde; hakkında soruşturma başlatılmış fail hakkında belirli bir süre iyi hal göstermesi, öngörülen bir takım başka yükümlülüklerle uyması koşuluyla, kişisel durumu ve işlediği iddia olunan suçun önemi dikkate alınarak kamu davasının açılmasından vazgeçilmektedir.<sup>4</sup>

Karşılaştırmalı hukukta kamu davasının açılmasının ertelenmesinin<sup>5</sup> iki farklı şekli olduğu görülmektedir. Bir şekle göre, savcının yetkisi mutlaklıdır. Başka bir makam veya merciin onayına gerek kalmadan kamu davasının açılması savcı tarafından ertelenebilmektedir.<sup>6</sup> Diğer bir şekline göre ise, savcı kamu davasını erteleyip ertelememe hususunda tek başına karar veremez. Bu konuda başka bir merciin görüşünü ya da onayını almak zorundadır.<sup>7</sup>

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 153a maddesinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre soruşturmayı yürüten savcı cünha niteliğindeki suç yönünden sanığın ve son soruşturma için yetkili mahkemenin onayı-

<sup>4</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 740, Önder s. 95, İçel (Seçenek Yaptırımlar) s. 335

<sup>5</sup> Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşler için bkz. Önder s. 102-105, Kamu davasının ertelenmesi neticesinde maddi dellillerin kaybolacağı, tanıkların tekrar elde edilemeyeceği, edilseler dahi olayın üzerinden uzun zaman geçmesi nedeniyle sağlıklı beyanda bulunamayacağı ileri sürülmüştür.

<sup>6</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Caner Yenidünya, 'Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi', Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s. 59,

<sup>7</sup> Artuk/Yenidünya s. 61

nı alarak bir yıla kadar hapis cezasını veya para cezasını gerektiren suçlar için kamu davasının açılmasını erteleyebilmektedir. Soruşturma makamı erteleme kararı ile birlikte şüpheliye bazı yükümlülükler getirebilmektedir.<sup>8</sup>

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesinde değişiklik yapan 5560 sayılı yasa ile kabul edilmiştir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin düzenleme 5271 sayılı CMK'nın 171/2 vd. fıkralarında yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca adli geçmişi, şahsi durumu, işlediği iddia olunan suçun önemi nazara alınan şüphelinin öngörülen bazı yükümlülükleri de yerine getirmesi koşuluyla hakkında kamu davasının açılmasından vazgeçilmekte, erteleme süresi iyi hal ile geçirildiğinde 'kovuşturmaya yer olmadığı kararı' verilmekte, aksi durumda iddianame düzenlenerek, kamu davası açılmaktadır.<sup>9</sup> Buradaki amaç önemsiz suçlardan dolayı kişinin sanık konumuna sokulmasını önlemek, diğer yandan mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır.<sup>10</sup>

Bu kurumla öncelikle iddianamenin düzenlenmesi ertelenmektedir. Çünkü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'na göre, kamu davası Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianame ile değil, iddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile açılmaktadır.(CMK m. 175/1) Buradan yola çıkılarak denilebilir ki, kamu davasının açılmasının ertelenmesi adı altında düzenlenecek bir kurum, ancak mahkemenin yetkisinde olabilir. Ancak, 5237 sayılı CMK'nın 171/2. maddesindeki düzenlemede, Cumhuriyet savcısına iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi yetkisini tanımıştır.<sup>11</sup>

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi için kanun bazı şartların birlikte gerçekleşmesini aramaktadır:

Şüpheliye isnat edilen suç uzlaşma kapsamında bulunmamalıdır. Uzlaşma kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda, öncelikle uz-

<sup>8</sup> İçel (Seçenek Yaptırımlar) s. 336

<sup>9</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuk Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı s. 742

<sup>10</sup> Nevzat Toroslu/Metin Fezyioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 2010, s. 272

<sup>11</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Bası, Ekim/2012, s. 451

laşma usulü denenmek ve CMK'nın 253 maddesinde yer alan düzenlemeye göre hareket etmek gerekmektedir. Bununla birlikte CMK'nın 253/19. maddesinde, uzlaşma ve kamu davasının ertelenmesi hükümlerinin bir arada uygulanacağı hal düzenlenmiştir. Gerçekten uzlaşmaya ilişkin bu düzenleme uyarınca; uzlaşma neticesi kararlaştırılan edimi yerine getiren şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171/2 inci maddede yazılı şartlar aranmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilecektir. (CMK 253/19) Bu halde, zararın giderilmesine ilişkin süreç denetim süresini oluşturur ve bu süreçte zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinden sonra, uzlaşmaya ilişkin edimler yerine getirilmezse, CMK'nın 171 inci maddesindeki erteleme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmesi koşulu aranmaksızın kamu davası açılır.<sup>12</sup>

Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkumiyetinin olmaması gerekmektedir.<sup>13</sup> Şüpheliye isnat edilen fiilin, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardan olup, cezasının üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirmelidir. Bu nedenle karşılığında adli para cezası öngörülen suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanamayacağı savunulmuştur.<sup>14</sup> Ayrıca isnat edilen suçun işlendiği hususunda yeterli suç şüphesi bulunmalıdır. Kamu davasının açılması için yeterli suç şüphesinin bulunmadığı hallerde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermek yerine, ertelemeye gitmek kanuna aykırılık teşkil edecektir.<sup>15</sup> (CMK m. 171/2)

Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Bu hükümle beraber erteleme, şüphelinin kabulüne bağlanmış olduğu, zararı giderme koşulunu kabul etmeyen şüpheli hakkında erteleme kararı verilemeyeceği, kanundaki düzenlemenin bu yönüyle, şüphelinin, isnat edilen suçun esası hakkında, mahkemede yargılanma hakkını kullanmasına olanak sağladığı, suçsuz olduğuna

<sup>12</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 742, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1250

<sup>13</sup> Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama aşağıda yapılacaktır.

<sup>14</sup> Centel/Zafer s. 452, Hapis cezaları için getirilen bu kurumun bizce adli para cezaları içinde geçerli olması gerekir.

<sup>15</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 743



inanan şüphelinin bu koşulu yerine getirmeyerek hakkında dava açılmasını sağlayacağı ve mahkeme önünde aklanma olanağına kavuşacağı savunulmuştur.<sup>16</sup> Ancak herhangi bir zararın oluşmadığı suçlarda soruşturma makamı re'sen iddianamenin düzenlenmesini erteleyebilecektir.

Yapılan soruşturmanın, iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi gerekir. Soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısı, şüphelinin aşamalarda tavrılarından, davranışlarından, hal ve hareketlerinden tekrar suç işleyip işlemeyeceğini daha doğru bir ifadeyle suç işlemekten çekinip çekinmeyeceğini sezecek, bu hususu değerlendirip vicdani kanaatine göre, kanaati hangi yönde olursa, ona göre işlem yapacaktır. Ancak kanaatin oluşmama gerekçesi, iddianamede yer alacaktır. Aksi durumun, iddianamenin iadesi sebebi olabileceği savunulmuştur.<sup>17</sup>

Kamu davasını açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlı olması gerekir.<sup>18</sup> Bu da tamamen soruşturma aşamasındaki failin davranışlarından, dosya içeriğinden ve şüphelinin geçmişinden anlaşılacaktır. Burada Cumhuriyet savcısı, olaya yalnızca şüpheli açısından değil, toplum açısından da bakacaktır. Toplum için şüpheli hakkında dava açılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesine göre kamunun yararına ise, dava açılacaktır. Örneğin sanığın işlediği suç, toplum açısından o kadar vahimdir ki, toplum bu suçu çok derinden kınamıştır. Bu durumda davanın açılmasının ertelenmesi söz konusu olamayabilecektir.<sup>19</sup>

Kanununda öngörülen koşulların varlığı halinde Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasını 5 yıl süre ile erteleyebilecektir. Çocuk suçlular bakımından bu süre üç yıldır.<sup>20</sup> Çocuk Koruma Kanunu 19.

<sup>16</sup> Centel/Zafer s. 452, Beraat kararı verilmesi gereken hallerde ise, bu kurumun uygulanması hakkaniyete aykırı olacağından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında olduğu gibi failin rızasının alınması uygun olacaktır. Önder s. 105

<sup>17</sup> Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara/2009, s. 1443

<sup>18</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhuğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta Yayınevi, Ekim/2010, s. 1250, Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verirken kullanacağı takdir yetkisinin sınırlarını belirlemesi yönünden, koşulun getirilmesi yerindedir.

<sup>19</sup> Yaşar s. 1444

<sup>20</sup> Çocuklar hakkında kamu davasının ertelenmesi hususu 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiştir. İlk defa çocuklar için getirilen

maddesinde düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ilişkin koşullar ile yetişkinler için öngörülen koşullar paralellik göstermektedir.<sup>21</sup>

Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. (CMK m. 171/4) Taksirli veya bilinçli taksirle bir suç işlenmesi halinde erteleme kararı düşmeyecektir. Ayrıca uzlaşma nedeniyle erteleme halinde, uzlaşmanın koşullarına uyulmuşsa soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. (CMK m. 253/19) Erteleme süresi içinde zamanaşımı işlemez. (CMK m. 171/4)

Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde erteleme, savcılık tarafından kaldırılır ve kamu davası açılır. Bununla birlikte erteleme süresi içerisinde işlenen suçun mahkemece hüküm altına alınması, verilen bu kararın kesinleşmesi gerekmektedir.<sup>22</sup>

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar bunlara mahsus sisteme kaydolunur. Bu kayıtlar bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkeme tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanması dolayısıyla istenmesi halinde kendilerine verilecektir.

Suçtan zarar gören, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin karara itiraz edebilir. Kanun koyucu, erteleme kararına karşı başvurulacak kanun yolunu, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı başvurulmuş itiraz davası (kovuşturma davası) olarak öngörmüştür. Bu durumda suçtan zarar gören, Cumhuriyet savcısının yanında bulunduğu Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesi başkanlığına itiraz başvurusunda bulunabilir. (CMK m. 173)

---

bu kurum daha sonra yetişkinler için de kabul edilmiştir.

<sup>21</sup> Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, s. 714 Yine, hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen çocuğun denetim altına alınmasına da karar verilebilir. (ÇKK m. 36) Denetim altına alınmasına karar verilen çocukla ilgili olarak denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından denetim görevlisi görevlendirilir. Denetim kararda öngörülen sürenin dolmasıyla sona erer. (ÇKK m. 40) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararın uygulanması, çocuk hakimin onanmasına bağlıken, 2006 değişikliği ile onama usulü terkedilmiştir.

<sup>22</sup> Centel/Zafer s. 454

## b) Muhakemenin Ertelenmesi

Ertelemenin bir başka çeşidi olan muhakemenin ertelenmesi, açılmış olan kamu davasının, mahkeme tarafından saptanan bir deneme süresi sonuna kadar geri bırakılmasıdır. Deneme süresinin iyi halle geçirilmesi ve bu süre içinde yüklenen yükümlülükler uylması halinde, açılan davanın duruşması yapılmaz ve bu yüzden ceza kovuşturması sona erer.

Muhakemenin ertelenmesinde, diğer erteleme çeşitlerinde olduğu gibi olası bir mahkumiyet kararından önce deneme süresine ve yükümlülükler yer verilmiştir. Böylece bu müessesenin uygulanması durumunda küçüklerin ve hafif suç işledikleri saptanan yetişkinlerin damgalanmalarının ve dolayısıyla 'sabıkalı' olarak nitelendirilmelerinin önüne geçilmiş olacaktır.<sup>23</sup>

Erteleme çeşidi olan muhakemenin ertelenmesi<sup>24</sup> müessesenin uygulanmasıyla, aleni duruşmaya çıkarılarak failin kişisel itibarını kaybetmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bunun dışında, çocuklar hakkında uygulanması söz konusu olduğunda, çocuk suçlular yönünden dava konusunun, toplum ahlakını ve adabına karşı işlenmiş suçlardan birisi olması halinde bu duruşmaların, çocuklar üzerinde bütün hayatı boyunca devam edebilecek tesirleri olabileceği ve dava konusunun hayata ilişkin kısımlarının çocuğun hafızasında silinemez kötü hatıralar bırakabileceği ihtimali karşısında, duruşmanın ertelenmesi kararının verilmesiyle bu olumsuzlukların önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca fazlaca önem taşımayan suçlarda bu müessesenin uygulanması mahkemenin iş yükünü azaltacaktır.<sup>25</sup>

5237 sayılı Ceza Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde muhakemenin ertelenmesi müessesine yer verilmemişti. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 191. maddesinde, 31.03.2011 tarihli 6217 tarihli yasanın 20. maddesinde yapılan değişiklikle muhakemenin ertelenmesi müessesesine benzer bir düzenlemenin yer aldığını gör-

<sup>23</sup> Artuk/Yenidünya s. 65

<sup>24</sup> Alman Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun (StPO) 153a maddesinin 2. fıkrasına göre, cünha niteliğindeki bir suçtan dolayı fail hakkında kamu davası açılmışsa, mahkemenin savcı ile sanığın muvafakatini alarak mahkemeyi durdurabilir ve sanığın kamu davasının açılmasının ertelenmesindeki yükümlülükleri yükleyebilir. İçel (Seçenek Yaptırımlar) s. 337

<sup>25</sup> Önder s. 108

mekteyiz. Bu düzenlemeye göre, hüküm vermeden önce mahkeme, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında da, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. Bu karar durma kararının sonuçlarını doğurur. (TCK m. 191) Düzenlemenin 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ile benzer mahiyette olduğu düşünülse bile, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine başvurulduğunda, durma kararının sonuçları doğacağından bu düzenlemenin muhakemenin ertelenmesi müessesesine daha yakın olduğu görülecektir.<sup>26</sup> Esas olarak durma kararı, kamu davası açıldıktan sonra yargılama makamının nitelendirmesine göre, muhakeme şartının gerçekleşmesi gerektiği anlaşıldığında, gerçekleşmesini beklemek üzere verilir. Muhakeme şartının gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında ise düşme kararı verilecektir. (CMK m. 223/8) Buradaki düzenleme de, mahkumiyetin hükmünün hemen öncesinde, kanundaki şartları taşıyan sanığa tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanmakta, istenen netice alındığında ise, muhakeme şartı oluşmamış gibi dava düşürülmektedir. Durma kararının mahiyeti ile TCK'nın 191. maddesinde durma kararının getiriliş amacı tamamen farklıdır. Kanun koyucu Hükmün açıklanmasının geri bırakılması içinde bir tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri öngörmemiş, dava bitirilmeden tedbirin gereklerini yerine getirme neticesinde düşme kararı verileceğini düzenlemiştir. Belirtmek gerekir ki, mahkemece yapılan muhakeme neticesinde sanığın 191. madde de düzenlenen suçu işlediğini sabit kabul edilmesi halinde tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine başvurulacaktır. Bu yönüyle, bu suçu işlediği sabit olmayan sanık hakkında beraat kararı verilmelidir.

Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulanması sürecinde, kişiyi uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmasının etki ve sonuçlarını

<sup>26</sup> Kanundaki bu düzenleme hükmün verilmesinin geri bırakılması olarak adlandırılmaktadır. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1522

hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincini gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir, kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık raporlar düzenleyerek hakime verir. (TCK m. 191/3) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süre ile devam olunur. Hakim, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz. (TCK m. 194/4)

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan sanık hakkında açılmış olan kamu davasının düşmesine karar verilecektir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilecektir. (TCK m 191/5) Ancak verilen bu hüküm içinde, CMK 231. madde de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek ya da hapis cezası 5237 sayılı TCK 51. maddesinde düzenlendiği şekilde ertelenebilecektir.

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması için diğer erteleme müessesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi aranmamıştır. Kişi daha önce kasıtlı bir suç işlemiş, ya da mahkemedeki tutum ve davranışları nedeniyle yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varılmamış olsa bile hakim, bu tedbire hükmedilebilecektir. Tedbirin uygulanması hakimın takdirine bırakılmış ise de, bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Hakim koşulları oluştuğu halde tedbire hükmetmiyorsa bunu gerekçeli kararda açıklaması gerekir.<sup>27</sup> Objektif olarak bu kararı verilmesini engelleyen tek koşul, sanık hakkında daha öncesinde tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmemiş olunmasıdır. Sanık hakkında aynı suç yönünden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmiş ise, artık sanık hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kararı verilemeyecektir. (TCK m. 191/6)

Tedavi ve denetimli serbestlik kararı, hakim kararı olduğundan itiraz kanun yolu uygulanacaktır. Kanunda açıkça durma kararının

<sup>27</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi 2009/20008 E 2012/6704 K 'Uyuşturucu madde kullanmış sanık hakkında belirtilen seçenekten bir uygulanırken yasal gerekçe gösterilmesi, gerekçesinin somut olgulara ve davranışlarına bağlı olarak sanığın tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine uyup uymayacağını değerlendirilmesine dayanması gerekmektedir. Uyuşturucu madde kullanan sanık hakkında, seçeneklerden hangisi esas alınır alınmaz, tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gerekmekte olup, bu konuda mahkemeye takdir hakkı tanınmamıştır.'

neticeleri gerçekleşir denildiğinden bu karara itiraz edilebilecektir. (CMK m. 223/8)

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde amaçları ve uygulanma şekli farklı olmakla birlikte 434. maddede muhakemenin ertelenmesine benzer bir müessesenin mevcut olduğunu görmekteyiz. Şöyle ki 434. maddede, sanık veya sanıklardan veya mahkum veya mahkumlardan birinin, ırzına geçilen kadınla evlenmesi halinde dava ve cezanın erteleneceği dair bir hüküm yer almaktaydı. Buna göre evlenme, ilk soruşturma aşamasında gerçekleştirilmiş ise Cumhuriyet Savcısı takibatın durdurulmasına karar verecektir. Eğer beş sene içinde erkeğin kusuruyla boşanma olursa davaya durduğu yerden devam edilecek, fail yargılama sonunda alacağı cezayı çekecektir. Eğer evlenme duruşma esnasında gerçekleşmişse davanın durdurulmasına (duruşmanın ertelenmesine) karar verilecektir. Yine beş yıl içinde failin kusuru ile boşanma olursa davaya devam edilecek, mahkumiyet halinde fail cezasını çekecektir. Mahkumiyet kararı verilmesi halinde ise failin cezasının çektirilmesi beş yıl için ertelenecektir. Bu süre içinde failin kusuru ile boşanma olursa fail cezanın kalan kısmını çekecektir.<sup>28</sup> Şartlar oluştuğunda tecavüz eden sanık hakkında düşme kararı verilecektir. Görüldüğü üzere bu madde uyarınca gerek kamu davasının açılması ve gerekse açıldıktan hatta hüküm verildikten sonra fail ile mağdurun evlenmeleri halinde davanın, verilmişse cezanın infazı ertelenebilecektir. Her ne kadar burada ertelemeden bahsedilmekteyse de, buradaki ertelemenin esas olan erteleme türleriyle bir ilişkisi bulunmamaktadır. Burada kanunun göz önünde tuttuğu menfaat suçtan meydana gelen zararın tazmini ve mağdurun zararının giderilmesidir. Oysa ki duruşmanın ertelenmesinde ilk planda göz önünde bulundurulmuş husus sanığın ileride suç işlemeyeceği hususunda bir kanaatin meydana gelmiş olmasıdır.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Sanık ve hükümlülerden birinin evlenmesi halinde diğer sanık ve hükümlüler hakkında şerik veya asli fail olarak açılmış bulunan davalar ve verilmiş olan cezalar düşecektir. Mağdur kadın ile evlenen erkeğin kusuru ile boşanma halinde de artık olayın diğer sanık ve hükümlüleri hakkında dava açılmayacaktır. Duruşma aşamasında ise yargılamaya devam olunmayacak, mahkumiyetten sonra evlenme gerçekleşmişse bu kişilere ceza çektirilmeyecektir. Sarsılan aile düzenini korumak amacıyla getirildiği söylenen bu müesseseye yeni TCK'da yer verilmemesi isabetli bir karar olmuştur.

<sup>29</sup> Önder s. 109

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin kabul edildiği sistemde uygulama alanı kısıtlanmış olan duruşmanın ertelenmesi müessesesine yer verilmesine gerek olmadığı düşünülse de, savcının gözünden kaçmış bazı hususlar hakim tarafından fark edilebilecek, ayrıca duruşma devresinde hakim, olayları savcıya göre daha başka açılardan değerlendirebilecektir. Bu yüzden kanunun savcıya tanıdığı erteleme yetkisini benzer durumlarda hakime de tanınması mümkün olmalıdır.<sup>30</sup> Belirtmeliyiz ki 5271 sayılı CMK ile hakime, hükmettiği cezayı belirli bir süre için açıklanmasını geri bırakması imkanı tanınmıştır. (CMK m. 231) Ancak aşağıda değineceğimiz hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yargılamanın sonunda verileceğinden, hakime daha öncesinden duruşmanın ertelenmesi yetkisi verilerek sanığın damgalanmasının önüne geçilebilecektir. Sonuç olarak tüm bu açıklamalar ışığında duruşmanın ertelenmesi müessesinin hukukumuzda kazandırılması gerektiğini söyleyebiliriz.

### c) Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi

Hükümün ertelenmesi, duruşması yapılan faile verilecek hükmün, koşullu olarak geri bırakılmasıdır. Anglo-Sakson kökenli bu müessese uygulamada çeşitli biçimlerde tatbik edilmektedir: Genellikle suçluluğun tespitinden sonra verilecek hüküm ertelendiği gibi, bazen suçluluğun tespitine gidilmeden de hükmün geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükümün ertelenmesinin bu şekillerinde sanığa verilecek hüküm belli bir müddetle ve bu müddet içerisinde onun iyi hal göstermesi şartıyla ertelenmekte, deneme süresini sorunsuz bir şekilde geçirmesi veya öngörülen yükümlülüklerle uygun şekilde hareket etmesi halinde faile ceza verilmemekte ya da verilen ceza düşmekte, aksi takdirde hüküm açıklanarak infaza geçilmektedir.<sup>31</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun sisteminde, hapis cezasının ertelenmesi, sadece hapis cezasına özgü bir infaz rejimi olarak düzenlen-

<sup>30</sup> Artuk/Yenidünya (erteleme) s. 67 'Çok ağır suçlarda duruşmanın ertelenmesi yoluna gidilmemelidir. Sanığın ileride tekrar suç işlemeyeceği hususunda mahkemenin kanaatinin oluşması duruşmanın ertelenmesine karar verilmesi için yeterlidir. Erteleme hükmü ile birlikte mahkemenin saptayacağı deneme süresini iyi hal ile geçiren ve kendisine yüklenen mükellefiyet ve direktifleri yerine getiren sanık hakkında duruşma yapılmaz. Aksi halde duruşmaya kaldığı yerden devam edilir.'

<sup>31</sup> Artuk/Yenidünya (Erteleme) s.69

miştir. Hapis cezası bakımından bir infaz rejimi olarak kabul edilen ertelemede, hükümlü, denetim süresi zarfında kasıtlı bir yeni suç işlemediği ve kendisine yüklenen yükümlülükler uygun davrandığı takdirde, hakkında hükmolunan 'hapis cezası' infaz edilmiş sayılacaktır. Şayet hakkında hapis cezasının yanı sıra adli para cezasına hükmedilmişse, adli para cezası bakımından erteleme söz konusu olmayacaktır. Bu durum, ertelemeyi hükümlü açısından, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistemindeki düzenlemeye nazaran daha ağır sonuçlar doğuran bir kurum haline getirmiştir. Çünkü eski kanun döneminde hükmolunan adli para cezaları ertelenebilmekte, deneme süresinin sorunsuz bir şekilde geçirilmesi durumunda mahkumiyet vaki olmamış sayılmaktaydı. İşte bu sebeplerle 765 sayılı TCK ve 647 sayılı CİK kanununda düzenlenen erteleme neticelerini doğuran benzer bir düzenleme yapıp kurumlar arası dengeli geçişi sağlamak amacıyla, Ceza Muhakemesi Kanunumuzda 'hükmün açıklanmasının ertelenmesi' kurumunun düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.<sup>32</sup>

Hükmün açıklanmasının geriye bırakılması, sanık hakkında kurulan hükmün hukuki sonuç doğurmaması anlamına gelir. Bu tanımdan anlaşılması gereken, mahkumiyet hükmünün askıya alınmasıdır.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Mustafa ARTUÇ, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Terazi Huk. Der. Y. 3 S. 21, Mayıs 2008 s. 108, Maddi Ceza Hukukuna ilişkin normlar bir fiilin suç olup olmadığını ve bunun yaptırımını belirlemektedirler. Mahiyetleri itibarıyla sanığın cezalandırılmasına veya cezalandırılmamasına, veya ağır veya hafif cezalandırılmasına ilişkindirler. Bu nedenle her somut olayda failin daha lehine olan kural geçmişte olan olaya uygulanır. Buna karşılık, ceza normlarının ihlal edilmeleri halinde, bu ihlalleri, yani suçları ve faillerini belirlemenin şartlarını, bir başka deyişle ceza normlarının ihlali halinde buna ilişkin müeyyidenin faille uygulanmasını sağlamaya yönelik faaliyetleri düzenleyen normlar ise, ceza muhakemesi normudur. Ceza muhakemesi normları, ceza normundan farklı olarak lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanır. Belirtmek gerekir ki, ceza kanununda muhakeme normlarına yer verilmiş olabileceği gibi ceza muhakemesi kanununda da ceza normları bulunabilir. Bu durumda ceza ile ceza muhakemesi normun arasındaki farkı belirleyebilmek için normun düzenlendiği kanuna değil, normun hangi amaçla konulduğuna bakılacaktır. Bu durumda, erteleme müessesesinin, ceza kanununda düzenlenmesinden yola çıkılarak maddi ceza hukukuna ait bir kurum olduğu sonucuna varılamayacaktır. **Toroslu/Feyzioğlu** s. 3, Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde gerekli şartlar yerine getirildiğinde düşme kararı verildiğinden, bu düzenleme maddi ceza hukuku normudur ve buna ilişkin neticeleri doğuracaktır. Bu düzelemenin TCK'da yer alması daha doğru olurdu.

<sup>33</sup> **Toroslu/Feyzioğlu** s. 309 Hukukumuzda ilk defa 5295 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23 üncü maddesi uyarınca çocuklarla sınırlı olarak düzenlenmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, 5560 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231 inci maddesinin 5 ve devamı fıkralarında genel bir müessese olarak



Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için öncelikle iki ön şartın gerçekleşmesi aranacaktır. Bunlardan ilki, suç, uzlaşma hükümlerine tabi ise uzlaşmanın sağlanamamış olması gerekir. Çünkü uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, mahkumiyet hükmü kurulamayacak, CMK'nın 254/2. maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesine karar verilecektir. Bu nedenle, uzlaştırma kurumu, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına göre daha öncelikli bir konudur. Tarafların isteklerine rağmen kanunda gösterilen usul işlemleri gereğince uzlaştırma işlemleri yapılmadan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kanuna aykırı olacaktır.<sup>34</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için sağlanması gereken diğer bir ön şart; sanığın suçunun sabit olması ve sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesidir. Bu durumda mahkumiyet hükmü dışında 223. maddede sayılan diğer hüküm türlerinin söz konusu olması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir. Yani CMK 223 üncü maddesinde sayılan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, durma ve davanın düşmesi kararlarından birine hükmedilmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi uygulanamayacaktır.<sup>35</sup>

---

tekrar düzenlenmiştir. 5395 sayılı ÇKK'nun 23 üncü maddesi de 5560 sayılı kanunla değiştirilerek, koşullar yönünden CMK 231. maddesine atfı yapılmış, ancak detim süresinin çocuklar yönünden üç yıl olacağı belirtilerek ayrı bir hüküm getirilmiştir. 5560 sayılı değişiklik ile beraber sadece çocuklar bakımında uygulama olanağı bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, yetişkinler açısından da uygulanabilir bir kurum haline getirilmiştir. Daha sonra 231 inci maddenin 5. ve 14. fıkralarındaki hükümler, 23.01.2008 tarihli 5278 sayılı Yasa'nın 562 nci maddesi ile değişikliğe uğramış, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kararının verilebilmesi için hükmolunacak cezanın sınırı 1 yıldan 2 yıla çıkarılmış, bu kurumun uygulanabilmesi için işlenen suçun şikayete bağlı olması koşulu kaldırılmıştır. Bu değişiklikle beraber hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı daha kapsamlı hale getirilmiştir. Buna göre, yargılama sonunda hükmolunan cezanın, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması ve soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsun ya da olmasın Anayasanın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunları ve diğer istisnai durumları haricinde tüm suçlar için bu kurum uygulanabilir hale gelmiştir.

<sup>34</sup> Artuç s. 116, 2. CD 04.02.2010, 32705 E 2792 K, 'Mahekemece sanığa uzlaşma önerisinde bulunulduğu ve sanığın uzlaşma önerisini kabul ettiğini beyan ettiği, katılanın uzlaşmak isteyip istemediğinin sorulmadığı anlaşılmalı, sanığın üzerine atılı sövme suçu nedeniyle uzlaşma işlemlerinin hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254 madde ve fıkralarında öngörülen yöntemin izlenmesi suretiyle, yerine getirilmesi zorunluluğu karşısında, anılan yasa maddelerine uygun biçimde uzlaştırma işlemlerine girişilmeden eksik soruşturmaya dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması' aktaran Parlar s. 343

<sup>35</sup> Artuç s. 116

Hükmün açıklanması kararının verilebilmesi için aranan koşullar CMK 231. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan, başka bir ifadeyle heyetin müzakere sonucunda ulaştığı ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis ve adli para cezası ise mahkemenin, hükmü açıklamasının geri bırakması mümkündür.<sup>36</sup> Hapis cezası bakımından 2 yıl veya daha az süreli olma gibi bir sınırlama söz konusuysen adli para cezaları bakımından bir miktar kısıtlaması öngörülmemiştir. Bu durumda miktarı ne olursa olsun her türlü adli para cezasına mahkumiyet halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Ayrıca sanığın işlediği suçun kasıtlı veya taksirli olmasının da bir önemi yoktur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kural olarak tüm suçlar için geçerlidir. Ancak kanun bazı durumlarda buna istisnalar getirmiştir. Örneğin CMK'nın 231/14. maddesine göre, Anayasanın 174. maddesiyle koruma altına alınan İnkılap Kanunlarında yer alan suçlar bakımından bu müessese uygulanmayacaktır.<sup>37</sup>

Türk Ceza Kanunu 184/5 ve 230/5 maddelerinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması halinde de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilemeyeceğini söyleyebiliriz.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Centel/Zafer s. 703

<sup>37</sup> M. Ramazan AKSOY, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Ad. Der. Yıl. 99 S. 31 Mayıs/2008 s. 227, Değişiklikten önce 15 yaşından büyük sanıkların 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçları açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmayacağı düzenlenmişti. Ancak 25.07.2010 yürürlük tarihli 6008 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Terörle Mücadele Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan 'onbeş yaşını tamamlamamış' ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır. Resmi Gazete, Sayı: 27652, 25.07.2010, Kabul Tarihi: 22.07.2010, Kanun No: 6008, Madde 10/A-1, Buna göre Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir suç işlemesi halinde kısıtlama olmaksızın her çocuk hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecekti. 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı yasanın 105. maddesiyle 3714 sayılı yasanın 13. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre terör suçları yönünden de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı uygulanabilecektir.

<sup>38</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlükte olduğu dönemde bu kanun kapsamında oluşacak suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilemeyeceği doğrultusunda kararlar vermiştir. Nitekim 20.12.2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 11. fıkrasında karşılıksız çek keşide etmek suçlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği hüküm altına alınmış, kanun açık ifadesiyle bu müessesenin uygulanmasına istisna getirilmişti. 31.01.2012 tarihli 6273 sayılı yasa ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. 10

Çünkü bu hallerde de gerekli koşulların sağlanması durumunda ceza mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla beraber ortadan kalkacak ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aleyhe sonuç doğurabilecektir. Ancak Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararlarında, TCK'nın 184. maddesinde tanımlanan 'İmar kirliliğine neden olma' suçu bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için CMK'nın 231/6-c maddesinde öngörülen zararın giderilmesi koşulunun bu suçta gözetilmemesi gerektiğine ve dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceğine karar vermiştir.<sup>39</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için mevcut olması gereken diğer bir şart; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması gerekir. Buradaki kast doğrudan kast olabileceği olası kast derecesinde de olabilir. Başka kasıtlı bir suçtan dolayı takibat yapılıyor olması hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını engellemez. İkinci suçun işlenmesinden önce ilk suçtan verilen mahkumiyet kararının kesinleşmiş olması gerekir. Daha önce, taksirli bir suçtan mahkum olma, yeni suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını engellemez. Bilinçli taksir de taksirin kavramına dahildir. Çünkü, bilinçli taksir de taksirin bir çeşidi olarak TCK m. 22'de taksir başlığı altında düzenlenmiştir.<sup>40</sup>

Sanığın, daha önceki mahkumiyetinin ne kadar süre önce gerçekleşmesi gerektiği hususunda kanunda bir açıklama yer almamaktadır. Bu yüzden farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar kasıtlı suçun

---

CD'nin 02.07.2007 tarihli ve 2007/5010-2007/8222 sayılı kararı, Örneğin Daire 02.07.2007 tarihli kararında, '16c maddesindeki sözü edilen düzenleme uyarınca, çek bedeli, tazminatı ve gecikme zammının ödenmesi ya da icra kanalıyla ödeme suretiyle gerçekleşen tazmin işlemi ya da şikayetçiyle anlaşarak çek aslının geri alınması durumlarında ceza davasının düşürülmesine karar verileceği ve böylelikle, sanığın devletle olan tüm ceza ilişkisi sona ereceği; buna karşın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda, tazmin ile ceza davasının düşmesi sonucu doğmayacağı gibi, sadece ön koşullardan birisi yerine getirilmiş olacağı; ayrıca sanık hakkında 5 yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gibi ek bir yükümlülüğe de hükmedilecek ve denetim süresi içinde sanığın kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklayacağı; bu durumda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin sanığın aleyhine olacağı; bu nedenle karşılıksız çek suçlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmayacağı' yönünde karar vermiştir. aktaran **Artuç** s. 113

<sup>39</sup> 4. CD. 15. 9.2009, 19794-15117 aktaran Ali PARLAR, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, Mayıs/2010 s. 17

<sup>40</sup> Centel/Zafer s. 704

ne kadar zaman önce işlenmiş olduğunun bir öneminin olmadığını, ne kadar süre önce verilmiş olursa olsun kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olması durumunda hükmün açıklanması kararı verilemeyeceği savunmuşlardır. Buna karşın Yargıtay, daha önce kastlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması şartını kişinin sabıka kaydında bulunan adli sicil bilgilerinin silinme koşullarının oluşmadığı durumlarda geçerli olacağını eğer daha önce işlenen suçun adli sicilden silinme koşulları oluşmuşsa, bu suçun, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmayacağı yönünde kararlar vermiştir.<sup>41</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması yerine, böyle bir mahkumiyet bulunsa bile cezaların adli sicilden silinmesi koşulunun aranması eleştirilmiştir.<sup>42</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuyla ilişkin olarak vermiş olduğu 3.2.2009 tarihli kararında; 'eski yasa döneminde işlenip, adli sicilden silinme koşulları oluşmuş olan mahkumiyetlerin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayacağı, yeni dönemde işlenen suçlar açısından ise infazdan sonra 5237 sayılı Yasanın 58. maddesinde belirtilen tekerrür sürelerinin esas alınmasının hakkaniyete uygun bir çözüm olacağı'na hükmetmiştir.<sup>43</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme ve tazmin suretiyle tamamen giderilmesi zorunludur. (CMK m. 231/6-c) Buradaki zarar kavramının maddi ve manevi tüm zararları kapsayıp kapsamadığı hususunda çeşitli görüşleri ileri sürülmüştür. Kimi yazarlar buradaki zarar kavramından anlaşılması gerekenin sadece maddi zarar olması gerektiğini savunurken, diğer bazı yazarlar buraya manevi zararında dahil edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>44</sup> Yargıtay'n yerleşik içtihatlarında

<sup>41</sup> 3 CD 25.6.2008, 11405/9269 aktaran Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara/2010, s. 676, 2 CD 2007/19739-2008/5949, aktaran Artuç s. 118,

<sup>42</sup> Necati MERAN, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri', *Terazi Huk. Der. Y. 3 S. 23 Temmuz/2008* s. 66, Meran'a göre; 3682 sayılı Adli Sicil Kanununda ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununda öngörülen silinme koşullarına bağlı olarak bu kurumun uygulanması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluyla, suç işlemekte ısrar eden kişilerin cezasız kalması veya kamu davası açılmamış sayılmakla 'affı' sonucunu doğurabilecektir.

<sup>43</sup> CGK. 3.2.2009 11-250/13, aktaran Ünver/Hakeri s. 676, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1530

<sup>44</sup> Aksoy s. 237 Aksoy'a göre 'Mahkemenin tespit edeceği zarar sadece maddi an-

giderilmesi gereken zararın maddi zarar olduğu kabul edilmiştir.<sup>45</sup> Bu konuda ortaya çıkacak asıl sorun zararın tespiti noktasında olacaktır. Çünkü ceza mahkemelerinin zararın tespiti hususunda bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir anlamda sanıkla mağdurun anlaşmasına bağlanmıştır. Böyle bir anlaşmaya varılması halinde mahkemece onların anlaştığı miktarın zarar miktarı olarak kabul edilmesi mümkün olabilecektir.<sup>46</sup> Anlaşma olmadığı takdirde mahkeme basit bir araştırma ile zararı tespit edecektir.<sup>47</sup> Bu durumda sanık, mağdurun veya kamunun uğradığı zararı giderdiğini mağdurun beyanı veya mağdurun imzasını taşıyan belge delili ile ispat edebilir.<sup>48</sup>

Zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle de giderilmesi olanaklıdır.” 5271 sayılı Yasanın 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararın saptanarak kalan kısmın da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.<sup>49</sup>

Aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya maddi zararın tazmin suretiyle giderilmesinin söz konusu olmadığı, başka bir ifadeyle herhangi bir zararın doğmadığı veya maddi zarar doğurmaya elverişli olmayan (hakaret, tehdit vb.) suçlarda zararın giderilmesi koşulu aranmayabilecektir.<sup>50</sup>

lamda bir zarar olmayıp aynı zamanda manevi zararı da kapsar. CMK madde 231/6-c^de ‘tamamen’ ve ‘tazmin’ ibarelerinin kullanılması da bu zararın sadece maddi nitelikte zarar olmayıp, suç nedeniyle ortaya çıkan bütün zararları kapsadığını göstermektedir.’

<sup>45</sup> 4. CD 18.02.2009, 19019 E 2733 K aktaran Parlar s. 2008, aynı doğrultuda görüş için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1531

<sup>46</sup> Aksoy s. 237

<sup>47</sup> Yargıtay 12. CD, 2011/18999 E 2012/11455 K ‘sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamalarında katılanlar ile uzlaşmak ve zararı karşılamak istediğini, beyan ettiğini, katılanların bu konudaki olumsuz yaklaşımları nedeniyle, taraflar arasında uzlaşmanın sağlanmadığı anlaşılınca, mahkemenin basit bir inceleme ile mevcut yaranmalar nedeniyle katılanların uğradıkları maddi zarar miktarı tespit edilip, sanığa bu zararı giderme imkanı tanınıp sonucuna göre 5560 sayılı kanunla değişik CMK’nın 231. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm tesisi’

<sup>48</sup> Centel/Zafer s. 705

<sup>49</sup> CGK. 3.2.2009, 111-250/3

<sup>50</sup> Parlar s. 22, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1531 aynı doğrultuda karar için bkz. 4 CD. 22.2.2010, 2256-2985, Artuç s. 120, 8. CD 2010/1260 E 2012/17 K, ‘herhangi bir zararın doğmadığı hallerde veya zarar doğurmaya elverişli olmayan suçlar

Sanığın mağdura veya kamuya verdiği zararı derhal yerine getirememesi durumunda, denetim süresi içerisinde aylık taksitler halinde ödemek suretiyle zararı tamamen gidermesi koşuluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi mümkün olabilecektir. (CMK m. 231/9)

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının diğer bir şartı sanığın bir daha suç işlemeyeceği yönünde mahkemece bir kanaate varılmış olmasıdır. Mahkeme duruşma süresince sanığın kişiliğini inceleyecek, duruşmadaki tutum ve davranışlarını değerlendirecek ve gelecekte, sanığın tekrar suç işlemeyeceği hususunda vicdani kanaate ulaşırsa, bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verebilecektir.<sup>51</sup> Subjektif unsur yönünden hapis cezalarının ertelenmesiyle benzer bir nitelik taşımakla birlikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, sanığın 'yeniden suç işlemeyeceği hususunda kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünden bulundurulurken kanaate varılması, ertelemede ise, yargılama sürecinde, kişinin suçtan pişmanlık gösterdiğine ve tekrar suç işlemeyeceği ilişkin bir mahkemece bir izlenimin oluşması gerekmektedir. Bu durumda ertelemeden farklı olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, kişilik özellikleri dikkate alınacağından, mahkemece sanığın geçmişinin araştırılması ve buna göre bir tespitle bulunulması gerekebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 59/3. maddesinde yer alan düzenlemede, 'hukuk düzeninin korunması için failin cezaya mahkum edilmesi gerekli değilse' koşulunu getirerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veren hakim takdir yetkisini kullanmasında maslahata uygunluk benzeri ölçüt belirlemiştir. Somut olayda hakim diğer koşulları oluşsa bile cezanın genel önleme işlevinin korunmasını amaçlayan bu madde gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermeyebilecektir.

---

yönünden zararı giderilmesi koşulunun aranmayacağı, 6136 sayılı yasanın 13. maddesinde düzenlenen suç bakımından da herhangi bir zarardan söz edilemeyeceği cihetle sanığın sabıkasız oluşu da dikkate alındığından CMK'nın 231. maddesinin uygulanması için gerekli objektif şartların mevcut olduğu gözetilerek, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarına göre, yeniden suç işleyip işlemeyeceği mahkemece değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi'

<sup>51</sup> Artuç s. 119

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hakimın takdirine bağlı bir karardır, ancak hükmün açıklanması kararı verilmeden hükmün açıklanması halinde, Yargıtay mahkemenin gerekçesinin yeterli olup olmadığını incelemektedir. Mahkeme hükmün açıklanmasına yer olmadığı kararı verdiğinde dayandığı olguları gerekçeli kararında belirtecektir. Sanığın önceden işlediği kasıtlı suç, koşulları oluştuğunda adli sicilden silindiği için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel oluşturmayacaksa da subjektif koşulun ele alınmasında belirleyici olabilecektir.<sup>52</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde yetişkin sanık, beş yıl süreyle denetime tabi tutulur. (CMK m. 231/8) Çocuklar bakımından bu süre 3 yıldır. Hükmün açıklanması geri bırakılması kararının kesinleşmesinden itibaren denetim süresince dava zaman aşımı durur. Ayrıca denetim süresi içerisinde mahkeme, bir yıldan fazla olmamak kaydıyla belirleyeceği süreyle sanık hakkında CMK 231/8 inci maddesinde sayılan denetimli serbestlik tedbirlerinden birin veya birkaçının uygulanmasını kararlaştırabilir. Buna göre; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülükleri yerine getirmesine mahkemece karar verilebilir. Burada belirtmeliyiz ki 231/8. maddede öngörülen denetimli serbestlik tedbirleri ile hapis cezasının ertelenmesi kurumunun düzenlendiği TCK 51/4. maddesinde sayılan ve cezanın ertelenmesi halinde öngörülebilecek yükümlülükler benzerlik taşımaktadır. Ancak 231/8-c maddesinde 'takdir edilecek başka yükümlülükler' demek suretiyle torba bir hüküm getirilmiştir. Bu yönüyle iki kurum arasında farklı bir durum ortaya çıkmıştır. Şöyle ki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında mahkemece maddede sayılanlar dışında daha başka denetimli serbestlik tedbirine hükmedilebilecekken, hapis cezasının ertelenmesinde 51/4. maddesinde düzenlenen yükümlükler sınırlı sayıda olduğu için mahkeme burada

<sup>52</sup> Artuç s. 119, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1531

sayılanlar dışında başka bir yükümlülük öngöremez. Nitekim uygulamada mahkemeler sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verdiklerinde 'fidan diktirme', 'alkollü içki kullanmama' şeklinde yükümlülüklerle hükmetmişlerdir. Ama Yargıtay bu durumda da maddede sayılanlar dışında öngörülen diğer yükümlülükler bakımından infaz kabiliyeti aramaktadır.<sup>53</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, mahkum olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırıma çevrilemez. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri denetim süresi içinde yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine ya da kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir. Seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu olan durumlarda ise mahkeme hükmü açıklarken zorunlu olarak kısa süreli hapis cezasını, TCK madde 50/3 gereğince seçenek yaptırımlardan birine çevirecektir.<sup>54</sup>

Hükmün açıklanması geri bırakılmasına karar verilmesi uzlaşmayı etkilemez. Kovuşturma evresi uzlaşmada, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi söz konusu ise edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi durumunda sanık hakkında diğer koşullar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. (CMK m. 254/2) Uzlaşma nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde denetim süresi söz konusu olmayıp zararın giderilmesine ilişkin bir süreç söz konusudur. Ayrıca uzlaşma koşullarına uyulmuşsa kovuşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. (CMK254/1-253/19)<sup>55</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara özgü bir siteme<sup>56</sup> kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma ve kovuş-

<sup>53</sup> 2. CD. 27.1.2010, 55430-1588, 2. CD. 18.11.2009, 42572-43139 aktaran Parlar s. 24

<sup>54</sup> Aksoy s. 243

<sup>55</sup> Centel/Zafer s. 707

<sup>56</sup> Mahkemenin verdiği hükmün açıklanması kararının kesinleşmesi halinde davanın esası kapatılır ve oluşturulacak kartona işin takibi açısından kararın bir örneği koyulur. Ayrıca CMK 231/13. ve Adli Sicil Kanununun 6. maddesi uyarınca, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünde tutulan bunlara mahsus bir sisteme kaydedilmesi ve Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 56/2 maddesi gereğince denetimli serbestlik defterine kayıt altına alınması için, Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.



turmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. (CMK m. 231/13)

Sanık denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemediği ve mahkemenin emrettiği denetimli serbestlik tedbirlerine uyduğu takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılır ve davanın düşmesine karar verilir. (CMK m. 231/10)

Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya öngörülen denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri yerine getirilmemesi durumunda, mahkeme geri bırakılan hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezasının yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurar. (CMK m. 231/11) Sanığın kasten yeni bir suç işlediğinin kabul edilmesi için, yeni suçtan dolayı hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi gerekir. Çünkü mahkumiyet kararı kesinleşmediği sürece, kişinin suç işlediği sabit kabul edilmez.<sup>57</sup> Ancak geri bırakılan hükmün açıklanması için ikinci suçun denetim süresinde işlenmesi yeterli olacaktır yani bu süre içerisinde ikinci suçla ilgili mahkumiyet kararının kesinleşmesi gerekmez.<sup>58</sup> Mahkemenin sanığın durumunu değerlendirerek cezanın yarısına kadar ki belirlenecek kısmının infaz edilmesi özellikle sanığın denetimli serbestlik tedbirlerinin gereklerine bir süre uyduğu durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu şekilde cezanın bir kısmının infazından vazgeçilmesi durumunda, kalan ceza seçenek yaptırıma çevrilemeyecek ve ertelenemeyecektir.<sup>59</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231/11. maddesindeki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır. (CMK 254/2)

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir. (CMK m. 325/2)

<sup>57</sup> Toroslu/Feyzioğlu s. 311

<sup>58</sup> Artuç s. 126

<sup>59</sup> Artuç s. 125

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, itiraz edilebilen ara karar niteliğindedir. (CMK m. 231/12) Ayrık bir hüküm öngörülmediğinden itiraz, genel hüküm niteliğindeki CMK m. 267-271. maddelerinde belirtilen şekilde yapılacaktır. Buna göre itiraz, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe ve tutanağa geçirilme koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunma suretiyle yapılacaktır. Ayrıca CMK'nın 267 ve devamı maddelerinde, itiraza tabi olan kararlar yönünden CMK'nın 305. maddesinde benzer bir kesinlik sınırı getirilmediğinden, açıklanması geri bırakılan karardaki ceza, miktarı itibariyle kesin nitelikte olsa bile itiraz üzerine merciiince incelenecektir. Merciiin itiraz incelemesi sonucunda vereceği kararlar kesindir. (CMK m. 271/4)<sup>60</sup> Belirtelim ki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının reddi kararı verilmesi halinde hüküm varlık kazanacağından doğal olarak kanun yolu temyiz olacaktır.

CMK'nın 271. maddesi uyarınca, mercii tarafından kural olarak evrak üzerinde ve duruşmasız olarak inceleme yapılabilir. İtiraz mercii, CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak inceleme yaparak karar verir.<sup>61</sup> Merciiin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm kurması veya liyakat koşulu bakımından değerlendirme yapması mümkün değildir. Evrak üzerinden inceleme yapabilen merciiin kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmadığından, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı düşecektir. Bu yönüyle, eylemin sanık tarafından işlenip işlenmediği, suç oluşturup oluşturmadığı, nitelendirilmenin isabetli olup olmadığı, CMK'nın 231/7. maddesi hükmüne uyulup uyulmadığı ve benzeri gibi geniş kapsamlı bir hukuka uygunluk denetiminin yapılması olanaklı değildir.<sup>62</sup> Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.01.2013 tarih ve 10-534/15 sayılı kararında, itirazı inceleyecek mercinin, işin esasına girerek suçun nitelendirilmesinin doğru olup olmadığını inceleyebileceği belirtilmiştir. Bu karara göre, mahkeme tarafından suçun nitelendirilmesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, itiraz mercii, mahkemenin

<sup>60</sup> Parlar s. 26

<sup>61</sup> GGK. 3.2.2009, 4-13/12 aktaran Parlar s. 26

<sup>62</sup> 4. CD. 7.10.2009, 20718-15761 aktaran Parlar s. 27

nitelendirilmesinin yanlış olduğunu değerlendirebilecek, fiilin başka suç tipine girdiğini ve bu suç yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanmamacığını belirleyerek mahkeme kararını kaldırabilecektir.<sup>63</sup>

Yasama organı tarafından 22.07.2010 tarihinde kabul edilen ve 25.07.2010 tarihli Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren 6008 sayılı kanunla, 5271 sayılı kanunu 231. maddesinin 6. fıkrasına; 'sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez.' cümlesi eklenmiştir.<sup>64</sup> Bu değişiklikten sonra mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanığın bu kurumun uygulanmasını kabul etmesi gerekecektir. Başka bir ifadeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için aranan diğer koşullar sağlanmış olsa bile sanık bu kurumun uygulanmasını istemezse, mahkeme hükmü açıklayacaktır. Sanık hakkında tesis edilen bu karara karşı istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurabilecektir.

#### **d) Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi**

Hapis cezasının ertelenmesinin düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesine göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl ve daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış ve altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.

5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinde eski düzenlemeden farklı olarak yalnızca hapis cezaları ertelenebilmektedir.<sup>65</sup> Bu nedele mahkemece adli para cezasına hükmedildiğinde bu ceza infaz edilecek, hapis cezasına hükmedildiğinde ise diğer şartların oluşması koşuluyla cezanın infazı hakimnin öngördüğü süre içerisinde ertelenecektir. Hapis cezasının ertelenebilmesi için muhakeme neticesinde verilen cezanın iki yıl ya da altında olması gerekmektedir.

<sup>63</sup> Akatan Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 753

<sup>64</sup> Resmi Gazete, Sayı: 27652, 25.07.2010, Kabul Tarihi: 22.07.2010, Kanun No: 6008, Madde 7

<sup>65</sup> Hapis ve adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezası tercih edlirse bu ceza ertelenebilecekken, adli para cezasına mahkumiyet halinde bu ceza ertelenemeyecektir. Centel/Zafer/Çakmut s. 632, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 762

Kısa süreli hapis cezasının paraya çevrildiği düzenleme olan TCK'nın 50. maddesi ayrıık olmak üzere, ödenmemesi nedeniyle adli para cezasından çevrilen hapsin cezası ertelenemez. Zira bu hapis cezası tazyik hapsi niteliğindedir.<sup>66</sup> TCK'nın 50/3. maddesine göre, daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl ve daha az süreli hapis cezası aynı maddenin birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlara çevrileceğinden erteleme kararı verilemeyecektir.<sup>67</sup>

Güvenlik tedbirleri tehlikeli failer hakkında ceza yerine veya ceza ile birlikte hükmolunan tehlikelilik ile orantılı olan genellikle failin iyileştirilmesi amacını ön planda tutan kanunla belirlenen ve hakim tarafından hükmedilen yaptırımlardır.<sup>68</sup>

5237 sayılı TCK, sadece hapis cezalarının ertelenmesini kabul ettiği için, güvenlik tedbirlerinin ertelenmesi söz konusu değildir. 5237 sayılı TCK 53. maddede düzenlenen güvenlik tedbirlerinin çoğu, 765 sayılı TCK'da hapis cezasına mahkumiyete ek (fer'i) ceza olarak kabul edilmiştir.<sup>69</sup> Bu ek cezaların da 91. maddeye göre ertelenmesi mümkündü. 765 sayılı TCK madde 91'e göre, mahkeme kararında açıkça belirtmediği sürece, asıl cezanın ertelenmesi halinde fer'i cezada ertelenmiş sayılıyordu. Mahkeme, fer'i cezanın ertelenmesini uygun bulmuyorsa, kararında bu cezayı erteleme dışında bıraktığını açıkça belirtmesi gerekiyordu. Halbuki 5237 sayılı TCK madde 51'de erteleme, sadece hapis cezaları açısından kabul edildiği için, TCK 53. maddede yer alan belli hakları kullanmaktan

<sup>66</sup> Centel/Zafer/Çakmut s. 631

<sup>67</sup> 2. CD 09.03.2010, 4424-7126, '5237 sayılı TCK'nun 50/3. maddesi gereğince, daha önce hapis cezasına mahkum olmayan sanık hakkında hükmolunan yirmibeş gün hapis cezasının aynı yasanın 50/1. maddesi uyarınca adli para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi gerektiğinin yasal zorunluluk olduğunun gözetilmesi' aktaran Parlar s. 333

<sup>68</sup> Ayşe Nuhoglu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara, Adil Yayınevi, s. 9

<sup>69</sup> Güvenlik tedbirlerinin ertelenebileceği durum Alman Ceza Kanunu'nun 67b maddesinde düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanununun 67b maddesi gereğince, akıl hastanesine yatırma ve kötü alışkanlıklardan kurtarma amaçlı bir kuruma yatırma tedbirinin infazı ertelenebilir. Madde 67c'ye göre, akıl hastanesine yatırma tedbiri bir özgürlüğü bağlayıcı ceza ile birlikte hükmedilmişse ve özgürlüğü bağlayıcı ceza tedbirden önce infaz edilmişse, mahkeme hastaneye yatırma tedbirinin yerine getirilmesini erteleyebilir. Ayrıca kanunun 67e maddesi uyarınca, akıl hastaları ve uyuşturucu ve alkol bağımlıları hakkında uygulanan tedbirlerin, tedbirin infazı sırasında da ertelenmesine karar verilebilir. Nuhoglu s. 78

yoksun bırakma şeklindeki güvenlik tedbirlerinin ertelenmesi söz konusu değildir. Gerçi buradaki yoksunluklara hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak hükmedilmektedir. Ancak bu yoksunluklar bir ceza olmadığı için ertelemenin bölünmezliği ilkesi de söz konusu olmamaktadır.<sup>70</sup> Ancak TCK'nın 53/4 maddesine göre, ertelenen hapis cezasının kısa süreli olması durumunda hak yoksunlukları uygulanmayacaktır. Yine mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından hak yoksunlukları uygulanmayacaktır. Mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın e bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

Müsadere, yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, suçun işlenmesinde kullanılan, cezai nitelikteki hukuka aykırı fiillerden kaynaklandığı veya bunların işlenmesiyle ilgili olduğu için suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya en konulmasıdır.<sup>71</sup> Müsadere 5237 sayılı TCK'nın 54. ve 55. maddelerinde güvenlik tedbiri başlığı altında iki farklı biçimde düzenlenmiştir. Hakim tarafından müsadereye hükmedilmesi durumunda bu karar ertelenemeyecektir.<sup>72</sup>

Suçların içtimaı suretiyle çeşitli ihlallerin kaynaşmaması, yani faile birden fazla ceza verilmesinin gerekli bulunduğu bir durumun ortaya çıkması halinde cezaların içtimaı söz konusu olur. Nitekim birden fazla ihlalin varlığı halinde ve bunların için suçların içtimaı söz konusu olmadığında kural gerçekleşen ihlal sayısınca ceza verilmesidir. Suçların içtimaı ile arasındaki farkı ortaya koymak için bu tür içtimaı 'gerçek içtima' da denmektedir.<sup>73</sup>

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde cezaların içtimaı kanunda mevcutken 5237 sayılı TCK'da bu konuya ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle ki cezaların içtimaında erteleme kararının verilebilmesi hususu her iki kanun döneminde farklı şekilde yorumlanmıştır.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> Turhan (Erteleme) s. 31

<sup>71</sup> Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara/2012,, s. 390

<sup>72</sup> Önder s. 179, 'Bu kurum bazı kanunlarda güvenlik tedbiri ve yine bazı kanunlarda fer'i ceza ve ceza mahkumiyetinin neticesi olarak değerlendirilmektedir.'

<sup>73</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, 2009/Ankara, s. 522

<sup>74</sup> Eski kanunda dönemindeki tartışmalar için bkz. İbrahim Şahbaz, 'Cezanın Ertelenmesinde İçtima Sorunu', Yar. Der. C. 27 S. 1-2 Y. 2001

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli kararına göre, 5237 sayılı Yasa uyarınca tertip edilen cezalarla ilgili olarak Yasanın 51. maddesinde yazılı erteleme koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilirken, sanığa verilen cezaların toplamına değil, her bir suç için belirlenmiş cezalara ayrı ayrı bakılmalı ve erteleme keyfiyeti her suç için diğerlerinden bağımsız olarak takdir edilmelidir.<sup>75</sup> Aynı anda işlenmiş iki suçtan birinin diğeri yönünden mahkemece olumsuz kanaatin oluşmasında etkili olmaması, ceza cinsi süresi itibariyle erteleme dışında kalan suçun, bağımsız olarak ertelemeye konu olabilecek diğer suçun ertelenmesine engel teşkil etmemesi gerekir.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> CGK. 17.07.2007 169/170, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007 tarihli kararında içtima sorununu tartışmış ve bir sonuca ulaşmıştır. Ceza Genel Kurulunun ve Özel dairelerin uygulamalarında; 765 ve 647 sayılı Yasalar döneminde, aynı kararlar verilen hükümlerin ertelenmesi söz konusu olduğunda, erteleme sınırının belirlenmesi sırasında toplam ceza dikkate alınmaktaydı. Bunun başlıca nedeni de önceki sistemde cezaların içtimayı gerektiren yasal düzenlemelerin mevcut oluşuydu. 5237 sayılı TCK'da ise durumun farklıdır. Cezaların içtimayı bu yasa da bir kurum olarak düzenlememekte, sadece 5275 sayılı yasa da münhasıran koşullu salıverme ile ilgili bir müessese olarak yer almaktadır. Bu durumun haricinde ceza uygulaması yapılırken her suçun bağımsız olarak tek başına ele alınması gerekmektedir. 647 sayılı Yasanın 6. maddesinde geçen '... biriyle mahkum olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimlerine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmekten sebep olacağı hakkında mahkemede kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir' ifadesinde yola çıkılarak böyle yorum yapılmaktaydı. Bu halde ertelemenin sebebi hükmünde yazılır.' ifadesi de, cezaların toplamının dikkate alınması yönündeki uygulamaya olanak sağlamaktaydı. Zira, hakimın sanığın suç işleme konusundaki eğilimini değerlendirirken, birden fazla suç işlemiş kişinin suç işlemeye eğilimli olduğu şeklinde bir yorumla hareket edebilecekti. 5237 sayılı Yasanın 51. maddesinin 1. fıkrasındaki; '... suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir...' şeklinde düzenlemeye bakılacak olursa, bu düzenlemenin 647 sayılı Yasanın 6. maddesindekinden farklı olduğu anlaşılacaktır. Öyle ki; burada suç işleme eğiliminden açıkça bahsedilmemekte, buna karşılık, tekrar suç işlemeyeceği yönünde mahkemede oluşacak kanaatin sanığın suçu işledikten sonra, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa göre ortaya çıkması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Şu halde, aynı anda işlenmiş iki suçtan birinin diğeri için böyle bir kanaatin oluşumunda etkili olmaması gerekmemekle birlikte bunun gibi aynı anda işlenmiş iki suçtan birisinin ceza cins ve süresi itibariyle erteleme kapsamının sınırının dışında kalmasının bağımsız olarak ertelemeye konu olabilecek diğer suçun cezasının ertelenmesine engel teşkil etmemelidir. Ne 5237 sayılı yasa da, ne de bu yasa ile birlikte ve daha sonra yürürlüğe giren ilgili mevzuatta erteleme sınırının toplam ceza miktarına göre belirlenmesini gerektiren her hangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Aynı doğrultuda görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut s. 632, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 762, Öztürk/Erdem s. 436, Toroslu s. 423, Hakeri s. 481, Demirbaş s. 464, Gözübüyük s. 340

<sup>76</sup> Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Yayınevi, 5. Bası, 2013, CGK

Erteleme cezanın bireyselleştirilmesi aracı olduğundan, iştirak halinde işlenen suçlarda, suç ortaklarından birinin ya da bir kaçının cezasının ertelenmesi diğerlerinde ertelenmesi gerektiği neticesini doğurmayacaktır.<sup>77</sup>

Muhakeme neticesinde verilen hapis cezasının tamamının tutuklu olarak geçirilmesi durumunda, 765 sayılı TCK ile 647 sayılı yasa döneminde diğer koşulları oluşturan cezanın ertelenebileceği, zira erteleme süresinin iyi halle geçirilmesi neticesinde 'mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılacağı' için cezanın ertelenmesinin sanığın lehine olduğu savunulmuştur.<sup>78</sup> 5237 sayılı kanunun 51. maddesinde düzenlenen erteleme kurumunda ise deneme süresinin iyi halli geçirilmiş olması durumunda, hapis cezası infaz edilmiş sayılacağından, ertelemenin gerekli olmadığı savunulmuştur.<sup>79</sup> Bununla birlikte tutuklu geçirilen süre, 5237 sayılı kanunun 63. maddesi gereğince başka bir suçun cezasından mahsup edilebileceğinden, yeni kanunda döneminde de, erteleme kararı verilmesi sanığın lehine olacaktır.<sup>80</sup>

---

27.11.2007, 1-207/249 'şu halde, aynı anda işlenmiş iki veya daha fazla suçtan birinin cezasının, diğer suçun cezasının ertelenmesi yönünde mutlak engel teşkil ettiğinin düşünülmemesi, eğer ertelemeye engel bir etki yaratıyorsa bunun denetlenebilir gerekçelere konu edilerek hükümde gösterilmesi gerekmektedir. Bunun gibi, aynı anda işlenmiş iki suçtan birisinin ceza cinsi ve siresi itibarıyla erteleme dışında kalması bağımsız olarak ertelemeye konu olabilecek diğer suçun cezasının ertelenmesine, eğer yasal bir gerekçesi varsa engel teşkil etmeyecektir.' aktaran Parlar s. 391

<sup>77</sup> Centel/Zafer/Çakmut s. 634, Kemal Seviner, 'Cezaların Ertelenmesi', *Adalet Dergisi* Y 59 S 5 Mayıs 1968 s. 250 'Hakim her olayda ve her sanığın şahsında erteleme hükmünün uygulanması düşünülmelidir. Birlikte aynı suçu işleyen sanıklardan ertelemeye layık olanlar seçilebilmelidir. Bunun sonucu olarak birlikte suç işleyenlerin bazılarının cezaları ertelenebilir, bazılarının ertelenmeyebilir.'

<sup>78</sup> İçel (Genel Hükümler) s. 372

<sup>79</sup> Toroslu s. 423, Hakeri s. 481, Öztürk/Erdem s. 437 Centel/Zafer/Çakmut s. 632, 'tutuklu olarak çekilmiş ve artık infazı mümkün olmayacak cezanın teorik olarak ertelenmesi mümkündür. Ancak, cezanın tutuklu olarak çekilmesi durumunda, ertelemenin amaçlarının hiçbirinden artık söz edilemeyeceği bir gerçektir.' Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 761 'kişinin mahkum edildiği hapis cezası esasen tutuklulukta geçirilmiş ise, artık erteleme kararı verilemeyecek, sadece mahsup işlemi yapmakla yetinilecektir. 765 sayılı TCK döneminde bu son ihtimalde erteleme kararı verilmesi mümkündür. Zira ertelemeye deneme süresi iyi hal ile geçirildiğinde mahkumiyet vaki olmamış sayılmaktaydı.'

<sup>80</sup> Aynı doğrultuda görüş için bkz. İçel (Genel Hükümler) s. 372, Alman Ceza Kanunu (StGB) 56/4. maddeye göre, erteleme cezanın belli bir bölümü ile sınırlandırılmaz. Tutukluluk süresinin veya başka bir hürriyeti kısıtlamasının mahsup edilmesi dolayısıyla, erteleme yolu kapanmaz.

Erteleme kararının verilebilmesi için kanunda objektif ve subjektif şartların oluşması gerekecektir. Buna göre, sanığın daha kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması ertlemenin objektif koşululunu, sanığın suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaatin oluşmasının sağlanması subjektif koşulu oluşturmaktadır. Aşağıda ertelemenin objektif koşulu ile subjektif koşulu ayrı olarak incelenecek, devamında erteleme kararının özelliği itibariyle genel değerlendirme yapılacaktır. Ertelemeye ilişkin yapılan bu açıklamalar uygun düştüğü ölçüde diğer erteleme çeşitleri içinde geçerli olacaktır.

**da) Ertelemenin objektif koşulu: Sanığın daha önce kasıtlı suçtan üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması**

**daa) Sanığın Adli Geçmişine İlişkin Koşul**

Sanık hakkında, hükmedilen ve kanunda belirtilen sınırlar içinde kalan hapis cezasının infazının ertelenebilmesi için; sanığın daha önceden hiç suç işlememiş olması veya suç işlemiş ise, bu suçun kasıtlı bir suç olmaması veyahut da kasıtlı bir suç işlemişse, bu suç nedeniyle hükmedilen hapis cezasının 3 ayı geçmemesi gerekir.<sup>81</sup> (TCK 51/1-a) Oysaki mülga 647 sayılı CİHK'nın 6/1 hükmünde adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmamak koşulu aranmaktaydı. Ayrıca sanığın adli geçmişinde yer alan, ertelemeye engel teşkil edebilecek olan üç aydan fazla mahkumiyete ilişkin kararın kesinleşmiş olması da zorunludur.<sup>82</sup> Dolayısıyla önceki mahkumiyetin temyiz edilmiş olması, ertelemeye objektif olarak engel değildir; fakat, hakim bundan haberdar olması halinde, bunu subjektif olarak değerlendirecektir. Mahkumiyetin eskiliğinin, 10.12.1952 tarihli bir Yargıtay İct. Bir. Kararı'nda da belirtildiği üzere, ertelemeye engel olma yönünden önem taşımadığı savunulmuştur.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> 'Önceden birden fazla hapis cezasına mahkumiyet varsa, bunların toplam süresinin değil, her birinin ayrı ayrı üç aylık süreyi geçip geçmediğine bakılması gerekir.' Öztürk/Erdem s. 439

<sup>82</sup> Ali Rıza Töngür, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınevi, Ankara/2009, s. 73

<sup>83</sup> Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ekim 2012, s. 659, Gözübüyük s. 339



Kanun, üç aylık mahkumiyeti kasıtlı suçlar için öngördüğü için taksirli suçlardan daha önceki mahkumiyet yeni işlediği suç için ertelemeyi engellemeyecektir. Daha önce bilinçli taksir ile işlenmiş bir suçtan mahkumiyet hükmü tesis edilmiş olması halinde dahi, ertelemeye engel değildir. Zira taksirli bir suçtan mahkumiyet, failin suç işleme iradesindeki noksanlığı ortaya koymaktadır. Başka bir ifade ile taksirli suç faili, bu taksir bilinçli dahi olsa, gerçekte suç işleme için eğilimli bir kişiliğe sahip değildir. 5237 sayılı TCK'nın 22. maddesinde düzenlenen taksirin içerisinde bilinçli taksir de yer almaktadır.<sup>84</sup> Kişinin koşullu olarak salıverilmesi durumunda mahkumiyet ortadan kalkmadığından ertelemeye engel olacaktır.

#### **dab) Kısa Süreli Hapis Cezasından Çevrilen Seçenek Yaptırımların Ertelemeye Etkisi**

Ertelemeye engel önceki hükümlülüğün bir ceza mahkumiyeti olması şarttır; bu itibarla ceza mahkumiyeti niteliğinden olmayan belirli seçenek yaptırımlara (tedbirlere) hükmedilmiş olması ertelemeye engel olmaz.<sup>85</sup>

Erteleme kararı verilirken dikkate alınan önceki mahkumiyet, hapis cezasına ilişkin olmakla birlikte, bu ceza adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmiş ise asıl mahkumiyet, hapis cezası değil, adli para cezası veya diğer seçenek yaptırım olduğu için böyle bir cezaya mahkumiyet de ertelemeye engel değildir.<sup>86</sup>

Önceden mahkum olunan adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle hükümlü hakkında 5275 sayılı CGTİHK'nun 106/3 hükmü uyarınca tazyik hapsi uygulanması halinde de, sonradan hükmedilen ceza bakımından erteleme kararı verilebilir. Çünkü adli para cezası ödenmemesi durumunda, hükümlü hakkında hapis cezası verilmemektedir.

<sup>84</sup> Donay (Şerh) s. 80

<sup>85</sup> Dönmezer/Erman s. 33, 2. CD 02.03.2009, 175999-9488 'sanığın adli sicil kaydındaki, para cezalarından ibaret sabıklarının, 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesine uyarınca ertelemeye engel teşkil etmediği gözetilmeden suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaatin oluşup, oluşmadığı irdelenmeden sanığın sabıkalı geçmişi ve suç işleme eğilimi gerekçe gösterilerek hükümlü mahkumiyet cezalarının ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi' aktaran Parlar s. 371

<sup>86</sup> Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Ugulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, 2013, s. 439

Hükümlü sadece tazyik hapsine tabi tutulmaktadır. Zira, hükümlü, hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse, hapisten çıkartılır. Kaldı ki kanun, bu konuda sadece mahkumiyeti göz önüne almış olup, cezanın infaz edilmiş olup olmamasını aramamış bulunduğundan, para cezasının, ödenmemesi dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmiş olması halinde dahi erteleme imkanı ortadan kalkmaz.<sup>87</sup>

### **dac) Ertelenmiş Mahkumiyetin Erteleme Kararına Etkisi**

Eski ve yeni kanun dönemlerinde erteleme kararına bağlanan sonuçlar farklılık arz ettiğinden konuyu iki kanun dönemi içerisinde ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

765 sayılı TCK'nın 95. maddesine göre; deneme süresi içinde madenin gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak yeniden bir suç işleyen failin, ertelenmiş olan mahkumiyeti, esasen vaki olmamış sayılır. Bu durumda, sanığın daha önce mahkum olduğu cezanın 765 s. TCK ile 647 s. İnfaz Kanunu hükümleri gereğince ertelenmiş olması halinde, kişiye işlediği yeni suçtan dolayı verilecek hapis cezasının ertelenmesi mümkündür.<sup>88</sup> Çünkü, ertelenmiş olan önceki mahkumiyet, deneme süresi içinde yeni bir suçun işlenmemiş olması dolayısıyla ortadan kalkmıştır.. (765 s. TCK, m. 95, bent 2) Ancak eski kanun döneminde verilen erteleme kararlarında, esasen vaki olmamış sayılan mahkumiyettir, suç işlenmemiş sayılmaz.<sup>89</sup> Bu nedenle deneme süresinden sonra bir suç işlenmesi halinde, eski mahkumiyet objektif açıdan ertelemeye engel olmayacaktır. Ancak hakim, esasen vaki olmamış bu eski mahkumiyeti subjektif değerlendirme sırasında dikkate alabilecektir.

<sup>87</sup> Dönmezer/Erman s. 33, Seviner (erteleme) s. 249

<sup>88</sup> 2. CD, 23.6.2009, 26839-30105, '765 sayılı TCY'nın 95/2. maddesi gereğince, sanığın önceki erteli hükümlülüğünün üzerinden 5 yıl geçmiş olması nedeniyle, bu hükümlülüğün esasen gerçekleşmemiş sayılacak olması karşısında, CYY'nın 231/6. maddesi uyarınca, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda bir değerlendirme yapıp, sonucuna göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin bir karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle CYY'nın 231. maddesinin uygulanmamasına karar verilmesi' (aktara Parlar s. 168) Aynı durum, hapis cezasının ertelenmesi kararı verilirken de geçerli olacaktır.

<sup>89</sup> Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ondördüncü Baskı, 1997, s. 843

5237 sayılı TCK döneminde verilen erteleme kararlarında, denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılacaktır. (TCK m. 51/8) Yeni kanunda yer alan bu düzenleme, erteleme kararının koşullu af olmaktan çıkarılıp infaz kurumu haline getirilmesinin bir neticesi olarak gösterilmiştir. Buna göre, hakkında erteleme kararı verilen sanık, cezasını toplum içinde çekmektedir. Bu nedenle, cezasını hapis haneinde çeken mahkum ile cezası ertelenen fail arasında bir fark bulunmamaktadır. Sonuç olarak, 5237 sayılı TCK uyarınca verilen 3 aydan fazla hapis cezası ertelenmiş ve deneme süresi yükümlülüklerine uygun olarak geçmiş olsa bile, bu mahkumiyet varlığını devam ettirdiği için, sonrada verilen mahkumiyetin ertelenmesine engel teşkil edecektir.<sup>90</sup>

Bununla birlikte, Adli Sicil Kanununun 9/1-a maddesine göre, cezanın ve güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması halinde adli sicildeki bilgiler Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek arşive kaydedilir. Önceki mahkumiyetin tespitinde adli sicil kayıtlarının esas alınması durumunda, ertelenmiş mahkumiyetin deneme süresini iyi hal ile geçirmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılacağından ve infaz edilen ceza arşiv kaydına alınacağından sonraki mahkumiyet bakımından diğer koşulların oluşması durumunda erteleme kararı verilebilecektir. Ancak kanununun 4/1-b maddesinde, hapis cezasının ertelenmesi halinde denetim süresi, cezanın infaz edildiği sayıldığı hususu ile cezanın infaz kurumunda çektirilmesine ilişkin kararın adli sicile kaydedileceği belirtilmiştir. Bu durumda hakim, adli sicildeki ertelemeyle ilişkin bu kayıtlardan, 3 aydan fazla bir mahkumiyet hükmü tespit edebilecektir.

### **dad) Genel veya Özel Affa Uğramış Mahkumiyetin Ertelemeye Etkisi**

Devletin suçluyu cezalandırmaktan, verilen cezayı yerine getirmekten vazgeçmesini, ya da hükmedilen cezası hafifletmesini af olarak tanımlayabiliriz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, genel af ve özel af olmak üzere iki türlü af öngörmüştür.

<sup>90</sup> Turhan (Erteleme) s. 34 Bu açıdan 647 sayılı CİK ve 765 sayılı TCK'nın düzenlemesi 5237 sayılı TCK'ya göre failin lehinedir.

Kesin hükümden önce çıkarılan genel af karşısında af kapsamında olan suç yönünden dava açılmaz, devam eden dava varsa düşme kararı verilir. (TCK m. 65) Kesin hükümden sonra çıkan genel af, bir yandan hükmün yerine getirilmesini engeller, yani hükmün yerine getirilmesine başlanmış ise başlanmaz, başlanmamış ise kesilir; af neticesinde ceza mahkumiyeti de bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bu nedenle genel af ilan edilmesiyle ortada bir mahkumiyet kalmayacağından sonraki suç açısından erteleme ehliyeti yeniden kazanılacaktır.<sup>91</sup>

Genel af ilan edilmesiyle suç teşkil eden fiil ortadan kalkmamaktadır. Bu yönüyle sanığın işlemiş olduğu suç için verilen ceza genel af sonucu bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmış olsa bile, erteleme subjektif unsuru olan 'suç işlemeyeceği konusunda kanaate varılması'nda dikkate alınabilecektir.

Hapis cezasının infazını durduran veya infaz kurumunda çekilecek süreyi kısaltan ya da adli para cezasına çeviren af, özel aftır. Özel af işlenen fiili suç olmaktan çıkarmadığından kamu davasının açılması, dava açıldıktan sonra af çıkmışsa, açılmış olan davanın sonuçlandırılması gerekmektedir. Özel af mahkumiyet üzerinde etkili değildir, cezayı hafifletmekte ya da türünü değiştirmektedir.<sup>92</sup> 5237 sayılı TCK, eski kanunun aksine, özel affı sadece hapis cezaları yönünden kabul etmiştir. Dolayısıyla adli para cezasının özel affa azaltılması veya kaldırılması mümkün değildir.

Özel af ilan edilmesi durumunda, mahkumiyet varlığını koruduğundan, buna bağlanan sonuçlar geçerliliğini devam ettirecektir. (TCK m. 65/2) Yani özel affa uğramış olsa da eski mahkumiyet, sonra işlenen suçun ertelenmesine engel teşkil edecektir.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Toroslu s. 458

<sup>92</sup> Toroslu s. 461, Öztürk/Erdem s. 308

<sup>93</sup> Eski kanun döneminde, özel affın ertelenmiş bir ceza üzerinde etkisi sorun teşkil etmekteydi. Gerçekten özel af infazı geri bırakılmış mahkumiyetler hakkında da uygulanabilir. Oysa deneme süresi içinde ertelenen cezanın infazı geri bırakılmış olmakla birlikte fail bu süreyi herhangi bir suç işlemeksizin geçirdiği takdirde mahkumiyet vaki olmamış sayılacaktır; sonunda vaki olmamış sayılacak bir mahkumiyetin ise özel affa girmesi kabul edilemez. Bu gibi hallerde özel affın erteleme düştüğü takdirde etki göstermesi gerektiği savunulmuştur. Dönmezer/Erman C: III s. 51, Ancak yeni kanun döneminde deneme süresinin suç işlemekten ve yükümlülükler uygun şekilde geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılacağından ertelenen ceza hakkında özel affın uygulanması mümkündür.

Adli Sicil Kanununun 9/1-d maddesi uyarınca, genel af ilan edilmesi durumunda mahkumiyete ilişkin adli sicildeki bilgiler silinerek arşiv kaydına alınacaktır. Erteleme kararı verilirken, önceki mahkumiyetin tespitinde, arşiv kaydının esas alınması gerektiğini savunursak bu hüküm tartışmalara yol açabilecektir.

### **dae) Dava ve Ceza Zamanaşımına Uğramış Suç Oluşturan Fiilin Ertelemeye Etkisi**

Yargılaması devam eden davanın zamaşaşımına uğraması halinde, karar mercii bunu re'sen dikkate alacaktır. Dava zamaşaşımının engelleri olmaksızın veya kesilme ve durmasına rağmen zamaşaşımın süresinin dolması halinde, o ana kadar dava açılmamışsa, artık dava açılmaz; açılmış bir dava olup da, dava zamaşaşımı süresi dolmuşsa, artık o davaya devam edilemez ve düşme kararı verilmesi gerekir.<sup>94</sup> Bu durumda sanığın işlemiş olduğu ve ertelemeye konu suçla ilgili dava zamaşaşımı sürelerinin dolması hallerinde ortada bir mahkumiyet hükmü bulunmadığından sonraki mahkumiyet yönünden erteleme kararı verilebilmesi olanaklıdır. Ancak bir suçla ilgili olarak dava zamaşaşımı dolmasına rağmen, bu suç, failin işlediği başka bir suçtan dolayı 'cezanın bireyselleştirilmesinde' dikkate alınabilir. Zira işlenen fiil, dava zamaşaşımının dolmasına rağmen, suç olma özelliğini muhafaza edecektir. Ertelemenin de cezanın bireyselleştirilmesine sağlayan bir kurum olduğu düşünülürse, işlenen fiil dava zamaşaşımına uğramış olsa dahi ertelemenin subjektif unsuru yönünden hakim tarafından dikkate alınabilecektir. Başka bir ifadeyle, önce işlenmiş fiil için dava zamaşaşımı süreleri dolmuşsa, ortada bir mahkumiyet hükmü olmayacağından objektif koşul bakımından ertelemeye engel teşkil etmeyebilecek, ancak hakim, sanığın ileride suç işlemeyeceği yönünde bir kanaate ulaşırken dava zamaşaşımına uğramış olsa dahi önce işlenmiş ve hukuken aykırı fiili gerekçe göstererek erteleme kararı vermeyebilecektir.

Bir kimsenin aleyhinde kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmasına rağmen, mahkumiyet kararının hüküm tarihinden itibaren belli süre içinde infaz edilmemesi halinde ceza zamaşaşımı söz konusu olur.<sup>95</sup> Ceza zamaşaşımının dolması durumunda, mahkumiyet kararı

<sup>94</sup> Demirbaş s. 722

<sup>95</sup> Demirbaş (Genel Hükümler) s. 723

varlığını muhafaza eder, ancak infaz edilmez. Bu yüzden önceki mahkumiyet bakımından ceza zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile kesinleşmiş mahkumiyet hükmü varlığını koruduğundan erteleme kararı verilemeyecektir.

Ceza zamanaşımı süreleri derhal infazı gereken cezalara ait sürelerdir. Ertelenmiş cezalar, derhal infaz edilebilir nitelikte olmadıklarından, bunlarda ceza zamanaşımı hükmün kesinleştiği andan değil, ertelenen cezanın deneme süresi içerisinde düştüğü, yani suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır.<sup>96</sup>

#### **daf) Şikayetten Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık**

Şikayet, işlenen bir suçtan dolayı ceza davası açılmasının suçtan zarar görenin başvurusuna bağlanmasıdır.<sup>97</sup> Mahiyeti itibariyle bir soruşturma ve kovuşturma koşuludur. Şikayet hakkına sahip olan mağdur veya suçtan zarar gören, aynı zamanda şikayetten vazgeçme hakkına da sahiptir. Suçtan zarar görenin şikayetten vazgeçmesi durumunda kovuşturma aşamasında açılan kamu davası düşer, soruşturma aşamasında ise kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Ancak bu sonucun doğması için, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde vazgeçmenin sanık tarafından kabul edilmesi gerekir. Aksi halde vazgeçme sonuç doğurmaz.<sup>98</sup>

Şikayetten vazgeçme, kural olarak ancak hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür. Hüküm kesinleştikten sonra artık şikayetten vazgeçilemez. Yani şikayetten vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. Ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde hükmün kesinleşmesinden sonrada şikayetten vazgeçmek mümkündür.<sup>99</sup> Şikayetten vazgeçme halinde ceza mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağından sonradan işlenmiş suç yönünden diğer koşulların oluşması durumunda erteleme kararı verilebilecektir.

Cezayı kaldıran şahsi sebepler, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşmektedirler. Başka bir ifadeyle, suç teşkil eden fiil işlenirken, kişinin

<sup>96</sup> Demirbaş (Genel Hükümler) s. 725

<sup>97</sup> Toroslu s. 397

<sup>98</sup> Toroslu s. 417

<sup>99</sup> Örneğin, 20.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanununun 6/2 maddesi uyarınca hükmün kesinleşmesinden sonra da şikayetten vazgeçilebilmekteydi. Bu durumda ceza mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla beraber ortadan kalmaktaydı.

cezalandırılmasını engelleyen herhangi bir durum mevcut değildir. Ancak, suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bazı şartların varlığı durumunda, kişiye hiç ceza verilmemekte ya da cezasında indirim yapılmaktadır. Kanunda cezayı kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren sebepler etkin pişmanlık adı altında düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, bazı suçlar açısından etkin pişmanlığı kabul etmiştir. İşte ceza mahkumiyetinin bütün sonuçları ile ortadan kaldıran etkin pişmanlık hallerinde ortada bir mahkumiyet bulunmayacağından, kişinin bilahare suç işlemiş olması durumunda, bu suçtan verilecek hapis cezasının diğer koşullar gerçekleştiği takdirde ertelenmesine engel bir durum yoktur.

5237 sayılı kanununun 184. maddesinde imar kirliliğine neden olma suçu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrası şöyledir: 'Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçları ortadan kalkar.' Yine Ceza Kanununun 230/5. maddesinde; 'aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.' hükmü yer almaktadır. İşte 184/5. ve 230/5. maddelerinde belirtilen hallerde ortada bir mahkumiyet bulunmakla beraber kanun mahkum olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağını hükme bağladığından, kişinin bu suçtan sonra işlediği ikinci suç için hükmedilecek hapis cezası diğer koşullarında gerçekleşmesi durumunda ertelenebilecektir.<sup>100</sup>

<sup>100</sup> Hakeri s. 484 31.01.2012 tarihli 6273 sayılı yasa ile değişiklikten önce 5941 sayılı Çek Kanununun 6. maddesinde karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre; 'Karşılıksız çek bedelini, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre yasal ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı yasaya göre ticari işlerde temerrüt faizi üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında soruşturma aşamasında C. Savcısı tarafından kovuşturmayla yer olmadığı, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine ve mahkumiyet hükmü kesinleştikten sonra mahkemesi tarafından hükmün bütün sonuçları ile ortadan kaldırılmasına' karar verilecektir. Burada belirtilen etkin pişmanlık halinde öngörülen bedelin ödenmesiyle beraber ceza mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacağı için sonra işlenen suçun cezası diğer koşullarında oluşması durumunda ertelenebilecektir.

5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasının g bendine göre gerek şikayetten vazgeçme ve gerek etkin pişmanlık halinde, verilen kararlar adli sicile kaydedilecektir.

Adli Sicil Kanununun 9/1-b maddesi uyarınca, ceza mahkumiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme ve etkin pişmanlık hallerinde, adli sicildeki bilgiler silinerek arşiv kaydına alınacaktır.

### **dag) Tekerrüre Esas Alınmayacak Kadar Eski Bir Mahkumiyetin Ertelemeye Etkisi**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından önceki mahkumiyet hukuki varlığını devam ettirdiği sürece, yeni işlenen suçun cezasının ertelenmesi mümkün olmayacaktır. Ancak önceki mahkumiyetin tekerrüre esas teşkil etmeyecek derece eski olması durumunda nasıl hareket edilmesinin gerektiği noktasında tereddütler bulunmaktadır.

Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, sanık hakkında TCK'nun 58. maddesinde yer alan tekerrür hükümleri uygulanacaktır. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki hükmün kesinleşmesi ve ikinci suçun kesinleşmeden sonra işlenmesi yeterli olup, cezanın infaz edilmiş olmasına gerek yoktur. Ancak yasa koyucu tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki cezanın infaz edilmesi koşulunu aramadığı halde, infazdan sonra belli bir sürenin geçmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını hüküm altına almıştır. Buna göre, beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkumiyet halinde cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, beş yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına mahkumiyet halinde ise cezanın infaz tarihinden itibaren üç yıl geçmekle tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.<sup>101</sup>

Tekerrürdeki amaç, koşullarının oluşması durumunda özel bir infaz rejimi uygulanmak suretiyle failin tehlikeliliğini ortadan kaldırmaktır. Bu sebeple tekerrür için esas alınması gereken sürelerin geçmesinin önceki mahkumiyetin varlığı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yani tekerrür için öngörülen süreler geçmiş olsa dahi eski mahkumiyet varlığını sürdürecektir.

<sup>101</sup> CGK. 08.04.2008, 57/74



Uygulamada önceki mahkumiyetin ertelemeye engel olucu etkisinin bir süre ile sınırlı olup olmadığı ve kanunumuza göre bu hususta ne gibi karar alınması gerektiği konusunu bir içtihadı birleştirme kararı çözüme bağlamış bulunmaktadır. Bu karara göre; ‘... mahkumiyetin tekerrüre esas teşkil etmeyecek derecede eski olması, o mahkumiyeti ortadan kaldıracak hukuki sebeplerden bulunmadığından böyle bir durumda Ceza Kanununun 89. maddesi gereğince cezanın tecil olunamayacağına ekseriyetle karar verildi.’<sup>102</sup> Özetle Yüksek Mahkeme bu kararında tekerrür süresi dışında kalmış olsa dahi, eski mahkumiyetin erteleme ehliyetini ortadan kaldırdığını belirtmektedir.

Bu içtihadı birleştirme kararının leh ve aleyhinde olmak üzere bazı düşünceler ileri sürülmüştür. Gerçekten tekerrüre esas olmayacak kadar eski olan bir mahkumiyetin ertelemeye engel olmayacağı açıklanmıştır. Ancak ertelemeye ilişkin maddenin açık olduğu ve üzerinden ne kadar zaman geçmiş olursa olsun, belirli sebeplerle ortadan kalkmamış bulunan mahkumiyetlerin ertelemeye engel olacağı kabul edilmiştir. Kanun sadece eski mahkumiyetten söz ettiğine ve hususta herhangi bir süre kaydı koymamış olduğuna göre, tekerrüre esas alınmayacak kadar eski mahkumiyetin ertelemeye engel olacağı düşüncesinin benimsenmesi daha doğru olacaktır.

Ayrıca belirtmeliyiz ki, bazı kanunlar, açık hükümler koyarak yahut tekerrüre ilişkin hükümlere atıfta bulunarak eski mahkumiyetin ertelemeye engel olucu etkisini bir süre ile sınırlandırmışlardır.<sup>103</sup>

Yargıtay, 5237 sayılı TCK’nın yürürlük tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, yasada belirtilen tekerrür sürelerinin geçmesi hallerinde önceki mahkumiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinde engel oluşturmayacağına hükmetmiştir.<sup>104</sup> Bu karara göre; ‘Hak yoksunlukları kural olarak 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandırılan, doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Yasasına eklediği 13/a maddesi ile yasak hakların geri verilmesi müessesini kabul eden ve 5237 sayılı TCY’nin 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngören yasa koyucunun,

<sup>102</sup> İct. Bir. Kar. 10.12.1952, 7/3

<sup>103</sup> Dönmezer/Erman s. 37

<sup>104</sup> CGK. 03.02.2009, E. 2008/11-250 K. 2009/13

bir kez mahkum olan bir kişinin ömür boyu bu mahkumiyeti olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul etmesi düşünülemez. Bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkumiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkumiyetlerin 231. maddesinin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağını kabulde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkum edilen sanıklar yönünden, 5237 sayılı TCY'nin tekerür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin nazara alınması ve bu sürelerin geçmiş olduğu hallerde önceki mahkumiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesi yönünden engel oluşturmayacağını kabulü adalet ve hakkaniyete uygun olacaktır.'

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu için verilen bu karar, erteleme kurumu açısından da emsal teşkil edecektir. Yani 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde öngörülen beş ve üç yıllık tekerür sürelerin geçmesi hallerinde daha önce işlenen kasıtlı bir suç için verilen mahkumiyet artık ertelemeye engel teşkil etmeyecektir. Ancak belirtmeliyiz ki, böyle bir yaklaşım yukarıda bahsettiğimiz 1952 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı olacaktır. Zira mahkeme kararları arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamakla birlikte, 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 45. maddesi İçtihadı birleştirme kararlarının benzer olaylarda Yargıtay Genel Kurullarını ve Adliye mahkemelerini bağlayacağını hüküm altına almıştır.

### **dah) Adli Sicile İlişkin Koşul**

Sanık hakkında erteleme kararı verilebilmesi için daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olma şartı aranmaktadır. Böyle bir mahkumiyetin varlığı ise adli sicil bilgilerinden hareketle tespit edilecektir. Buradan hareketle erteleme kararı verilmesinde adli sicil mevzuatının<sup>105</sup> önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir.

<sup>105</sup> Türk hukukunda, kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbiri hükümlülüklerine ilişkin bilgilerin otomatik işleme tabi bir sistem kullanılarak toplanması, sınıflandırılması, değerlendirilmesi, korunması ve gerektiğinde en çabuk ve doğru biçimde ilgililere bildirilmesine ilişkin yöntem ve esasları belirleyen yasa 1944 tarihli Adli Sicil Kanunu'dur. Daha sonra bu kanunun yerini 23.11.1990 tarih ve 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu almıştır. Bu Yasa da 2005 yılında 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

5352 Sayılı Yasa'ya göre, hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkumiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dahil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasına takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezi Adli Sicilde tutulur. (ASK m. 2)

Adli Sicil'de kayıt altına alınacak olan bilgiler Adli Sicil Kanunu'nun 4. maddesinde sayılmıştır. Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet hükümleri adli sicile kaydedilir. Kanun koyucu maddenin devamında ise adli sicile kaydedilecek mahkumiyet hükümlerine nelerin dahil olduğunu teker teker sıralamıştır. Burada bunların neler olduğundan bahsetmeyeceğiz ancak konumuzla ilgili olduğundan belirtmeliyiz ki; hapis cezasının ertelenmesi durumunda; (1) belirlenecek denetim süresi, (2) denetim süresinin yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi dolayısıyla cezanın infaz edilmiş sayılacağı hususu (3) ertelenen hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine ilişkin karar, adli sicile kaydedilecektir. (ASK m. 4/1-b)

Adli Sicile kaydedilemeyecek bilgiler Kanunu'nun 5. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; Türk mahkemeleri tarafından verilmiş olsa bile; a) disiplin suçlarına ve sırf askeri suçlara ilişkin mahkumiyet hükümleri, b) disiplin veya tazyik hapsine ilişkin kararlar c) idari para cezasına ilişkin kararlar adli sicile kaydedilmez. (ASK m. 5/1)

Önceki mahkumiyetin varlığını sadece adli sicilde bulunan kayıtlara göre belirleneceğini söylersek; kanunun 5/1 maddesinde sayılan kararlar ertelemeye engel teşkil etmeyecektir. Başka bir ifadeyle disiplin suçları, sırf askeri suçlar, disiplin ve tazyik hapsi, idari para cezaları ertelemeye engel teşkil etmez. Yine hükümlülük kaydı adli sicilden çıkarılıp silinince, tabiidir ki, silinen kayda ilişkin mahkumiyetin ertelemeye engel olucu etkisi de artık söz konusu olmaz. Zira bu durumda da mahkumiyeti ispat imkanı kalmaz.<sup>106</sup>

Yasa'da gösterilen mahkumiyet kararları önce Adli Sicil'e kaydedilir; daha sonra koşulları gerçekleştiğinde Arşiv'e aktarılır.<sup>107</sup>

<sup>106</sup> Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt. III Onikinci Bası, s. 37

<sup>107</sup> Bu koşullar kanunun 9. maddesinde sıralanmıştır: a) Cezanın ve güvenlik tedbirinin

Önceki mahkumiyetin tespitinde adli sicilini mi yoksa arşiv kaydının mı esas alınacağı hususu tartışmalıdır ve bu konuda öğretilerde çeşitli görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar, Adli Sicil Yasasına göre adli sicilden silinerek arşiv kaydına alınan eski mahkumiyetlerin ertelemeye engel oluşturmayacağını ileri sürmüşlerdir.<sup>108</sup> Diğer düşünceye sahip olan yazarlara göre ise, Adli Sicil Kanunu'nun 9. maddesi çerçevesinde adli sicil bilgilerine ilişkin kaydın silinme şartları gerçekleşmiş ve adli sicil bilgilerine ilişkin kayıtlar silinerek arşive kaldırılmış olsa dahi, yine aynı kanunun 10. maddesi çerçevesinde erteleme konusunda karar verilirken yine mahkeme tarafından arşivden bu bilgilerin istenmesi ve dikkate alınması mümkündür. Ceza kanununun sisteminde önceki mahkumiyetin erteleme bakımından dikkate alınması hususu adli sicildeki bilgilerin silinmesiyle sınırlanmamıştır. Bu nedenle, arşive ve kaldırılan mahkumiyete ilişkin hükümler de, erteleme bakımından dikkate alınabileceği savunulmuştur.<sup>109</sup>

Yargıtay, önceki mahkumiyetin tespitinde adli sicil kaydının esas alınması gerektiği görüşündedir. Dairelerin vermiş olduğu kararlarda, hakimın hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verirken adli sicil kayıtlarındaki mahkumiyetlerin silinme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen araştırmasının gerektiği ve bu durum gözetilmeden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesinin yasaya aykırı olacağına hükmetmişlerdir.<sup>110</sup> Bu du-

---

infazının tamamlanması, b) ceza mahkumiyetinin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, c) ceza zamanasının dolması, d) genel af hallerinde, adli sicil bilgileri, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek, arşiv kaydına alınır. (ASK m. 9/1) Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerde verilmiş olup adli sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkumiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Yabancı ülke mahkemelerince verilen adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir. (ASK m. 9/3) Burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkemelerin adli sicil kayıtlarının silinmesine ilişkin yetkilerine son verilmiş olmasıdır. Artık kayıtları Adli Sicil'dem Arşive aktarma ve silme yetkisi, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce re'sen kullanılacaktır.

<sup>108</sup> Centel/Zafer/Çakmut s. 662

<sup>109</sup> Sedat Bakıcı, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara/2008, s. 1129, Bakıcı'ya göre; Adli Sicil Kanununun 9. maddesine göre adli sicildeki bilgilerin arşiv kaydına alınması halinde, 10 uncu madde uyarınca arşiv bilgileri istenerek gelen bilgiye göre sanığın hukuki durumu değerlendirilmelidir.

<sup>110</sup> 2. CD. 24.11.2009, 7650-44232, 'Şikayetçinin bir tazminat istemi bulunmadığı gibi

rumda hakim, erteleme kararı verirken, adli sicilden silinme koşullarının oluştuğu bir mahkumiyet tespit ederse, söz konusu mahkumiyeti ertelemeye engel sayamayacak ve diğer koşulların sağlanması durumunda hapis cezasının ertelenmesi kararı verecektir.<sup>111</sup>

Adli Sicildeki kaydın esas alınması durumunda türlü sıkıntılar ortaya çıkacaktır. 5352 sayılı Adli Sicil Kanuna göre, adli sicildeki bilgiler, cezanın infazı tamamlandıktan sonra adli sicilden silinerek arşiv kaydına alınacaktır. Bu durumda sanık daha önce suç işlemiş ve işlediği suçun cezasının tamamı infaz edilmiş olursa kişi hakkında ikinci yargılamada diğer koşulların oluşması durumunda erteleme kararı verilebilecektir. Böyle bir durum ise erteleme müessesesinin konuluş amacına aykırı düşecektir. Çünkü erteleme ilk defa suç işleyen ve tesağüfi suçlular için getirilen bir kurumdur. Bu şekilde yani cezası infaz edilen her kişi hakkında uygulanma kabiliyetine sahip hale getirilmesi erteleme kurumunun getiriliş amacına aykırı düşecektir.

Arşiv bilgileri, Adli Sicil Kanununun 10/1-a maddesi uyarınca, bir soruşturma ve kovuşturma kapsamında Cumhuriyet başsavcılıkları, hakim veya mahkemeler tarafından istenebilecektir. Buradan hareket-

---

dosyaya yansıyan bir zararında belirlenmediği gözetilmeden ve sanığın adli sicil kaydındaki mahkumiyetlerinin silinme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmadan yazılı şekilde şikayetçinin maddi ve manevi zararının karşılanmaması ve sanığın geçmişte sabıkasının bulunması biçimindeki yasal olmayan gerekçelerle sanıklar hakkında 5271 sayılı CMK'nın 231/6. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,' (aktaran Parlar s. 86), 9. CD. 18.3.2009, 14030-318, 'Sanığa ait adli sicil kaydında gösterilen ilamların onaylı suretleri getirilerek, Adli Sicil Kanununun 8/b maddesine göre adli sicil kaydından çıkarılma koşulları incelenip, 5271 sayılı CYY'nın 231/6. maddesinin (a) bendinde yazılı 'kasıtlı bir suçtan mahkum olmama' koşulunun bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra, koşullarının bulunduğu gün saptanması halinde, 8.2.2008 tarihli Resmi Gazete yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesi uyarınca; hükmolunan cezanın tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesine zorunluluk bulunması,'

<sup>111</sup> 2. CD 22.3.2010, 7089-8633, 'Sanığın Isparta Ağır Ceza Mahkemesince adam öldürmeye teşebbüs suçundan verilen hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkumiyetinin adli sicilden çıkarılma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak, adli sicilden çıkarılma koşulları gerçekleşmiş ise, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olan sanığın suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığın değerlendirildiği gerekçe gösterilerek cezanın ertelenmesine yer olup olmadığına karar verilmesi gerekirken bu hususları içeren yeterli ve yasal gerekçe gösterilmeden cezanın ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi,' (aktaran Parlar s. 329)

le denilebilir ki, önceki mahkumiyet adli sicilden silinse bile, arşiv kaydında bulunduğu sürece ertelemeye engel teşkil edecektir.<sup>112</sup> Ancak belirtmeliyiz ki, önceki mahkumiyetin tespitinde arşiv kaydının esas alınması ihtilafli durumların ortaya çıkmasına neden olabilecektir: Yukarıda da değindiğimiz üzere, genel af ilan edilmesi durumunda ceza mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır. Bu durumda genel affa uğramış mahkumiyet ertelemeye engel oluşturmayacaktır. Bununla birlikte, Adli Sicil Kanununun 9/1-d maddesinde, genel af ilan edilmesi durumunda adli sicildeki bilgilerin silinerek arşiv kaydına alınacağı hüküm altına alınmıştır. Buradan çıkarılacak sonuç ise, genel affa uğramış olan ceza mahkumiyetinin, arşiv kaydının esas alınması durumunda daha sonra hükmedilecek cezanın ertelenmesine engel teşkil edeceğidir. Bu hüküm uygulamada çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Ayrıca arşiv bilgileri, ilgilin ölümü üzerine ve kanunun aradığı diğer şartların oluşmasıyla tamamen silinecektir. (ASK m. 12/) Bu hüküm gereğince, kişinin önceden bir mahkumiyetinin bulunması durumunda hükmedilecek cezanın ertelenmesi imkanı zorlaşacaktır.

Kanun koyucu hapis cezasının ertelenmesi kararının verilebilmesini, adli sicilden silinmiş olup olmadığını gözetmeksizin 'daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması' koşuluna bağlamıştır. Belirtmeliyiz ki hapis cezasının ertelenmesindeki maksat, esas olarak daha önce kasıtlı bir suç işlememiş kişilere bir şans tanıyarak cezalarının infazının toplum içinde gerçekleşmesinin sağlanmasıdır. Adli sicil kayıtlarının esas alınarak hukuki durumun tespit edilmesi kişilerin cezasız kalması görüntüsü verebilecektir. Çünkü önce hükmedilen cezanın infaz edilmesi durumunda adli sicildeki mahkumiyete ilişkin bilgiler silinerek arşiv kaydına alınacaktır. (ASK m. 9/1) Bu konuda belki şu şekilde bir çözüm yolu öngörülebilir: yargılamayı yapan hakim hem adli sicil hem de arşiv kaydını ister. Adli sicildeki kaydı esas almakla birlikte arşiv kaydında bir mahkumiyet hükmünü tespit etmesi durumunda ertelemenin subjektif unsuru olan suç işlemeyeceği konusunda kanaatin oluşmadığından bahisle hapis cezasını ertelemeyebilecektir. Kaldı ki 5237

<sup>112</sup> Faruk Turhan, 'Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar', EÜHFD, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, Cilt. X, Sayı. 3-4, Yıl. 2006

sayılı TCK, sanığın daha önce kasıtlı bir suç işlemesi ve işlediği bu suç nedeniyle öngörülen cezanın 3 ayı geçmemesi hallerinde erteleme imkanı tanımıştır. Oysa ki 647 sayılı kanunun 6. maddesinde daha önce kasıtlı bir suç işlememiş olma koşulu aranmaktaydı. Kanun koyucu bu değişiklikle sınırlı bir biçimde de olsa kişinin daha önce kasıtlı bir suç işlemesi hallerinde de hakime hapis cezasını erteleme yetkisi tanımıştır. Bu sebeplerle arşiv kaydında mahkumiyete ilişkin bir bilgi yer alsa da burada adli sicil kaydı esas alınmalı ve hukuki durum buna göre tespit edilmelidir.<sup>113</sup>

### **dai) Yabancı Mahkemelerden Verilmiş Ceza Mahkumiyetlerinin Ertelemeye Etkisi**

Yabancı mahkemelerden verilmiş olan ceza mahkumiyetlerinin TCK'nın 51. maddesine göre ertelemeye engel olup olmadığı hususu öğretilde tartışmalıdır.

Türk Ceza Kanununun ve hukukunun sisteminde kanunda açıklık bulunmayan hallerde yabancı ceza mahkemelerinden verilmiş olan hükümlerin ülkede etkili olmamaları kuraldır. Bununla birlikte, 51. maddede mahkumiyet kararının hangi mahkemeler tarafından hükmedilmesinin gerektiği konusunda bir sınırlandırma mevcut olmadığından yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararlarının da ertelemeye engel olacağı söylenebilir. Ancak burada bu hükmün konuluş amacında önem taşımaktadır. Zira kanun koyucu burada Türk Yargı Teşkilatını göz önünde tuttuğu ve Türk Mahkemelerini kast etmiş bulunduğu bir gerçektir. Genellikle yabancı kanunlar da aynı esası uygulamaktadır.<sup>114</sup>

Yabancı mahkemelerden verilen mahkumiyete ilişkin kararların, ulusal düzeyde hüküm doğurabilmesi için, uluslararası sözleşmelerin imzalanması yoluna gidilmektedir. Türkiye, bu konudan bir çok ikili ve çok taraflı sözleşmeye imza koymuştur. Ancak bunlar içinde

<sup>113</sup> Ancak bu çözüm yolu eleştiriye açıktır; bir kere neden arşiv kaydının değil de adli sicil kaydının esas alınacağı hukuki açıdan açıklayamamaktadır. Kanun koyucu 3 aydan az demek suretiyle önemsiz suçlar bakımından kasıtlı suç işlenmesi halinde ertelemenin mümkün olacağını belirtmiştir. Diğer önemli suçlar bakımından bunun kabulü mümkün değildir.

<sup>114</sup> Dönmezer/Erman C. III s. 35

en önemlisinin 'Ceza Yargılarının Milletlerarası Değerleri Konusunda Avrupa Sözleşmesi' (CYMDAS) olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>115</sup>

Yabancı ceza mahkemesi kararlarının göz önünde tutulduğunda çeşitli sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu sonuçlardan ilki 'ne bis in idem' ilkesidir. Bu ilkeye göre; bir kimse hakkında aynı fiili nedeniyle ancak bir kez yargılama yapılır. Bu nedenledir ki, sanığın aynı fiilden dolayı ikinci bir kez yargılanması mümkün olmaz. Nitekim, yabancı ülkede suç işleyen Türk vatandaşı hakkında, bulunduğu yer mahkemeleri tarafından ceza mahkumiyetine hükmedilmişse, aynı fiil nedeniyle bir kez de Türkiye'de yargılanarak cezalandırılması 'ne bis in idem' ilkesine aykırılık teşkil eder.<sup>116</sup> Ancak TCK'nın 9. maddesinde, kural olarak suçun Türkiye'de işlenmiş olması halinde, yabancı ülkede verilmiş hükme 'ne bis in idem' etkisi tanımayarak, o kimsenin mutlaka Türkiye'de yeniden yargılanacağı düzenlenmiştir.

Yabancı ceza mahkemesi kararlarının göz önünde tutulduğunda ortaya çıkacak diğer bir netice 'rastlantılı sonuç'tur. Bir yargıya başka bir olayın yargılanması ile bağlanan sonuç demek olan 'rastlantılı so-

<sup>115</sup> Dönmezer/Erman C. III s. 35 1.3.1977 tarihli ve 2081 sayılı kanunla onaylanması uygun görülmüş ve metni 14.12.1977 tarih ve 16139 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış bulunan 'Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi' Bakanlar Kurulunun 19.9.1977 tarih ve 7/14157 sayılı kararnamesiyle onaylanmış ve Türkiye bakımından 26.1.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir; halen bir çok yabancı ülke açısından olduğu gibi, Türkiye bakımından da yürürlüktedir. Sözleşme, Avrupa Devletlerinin 'birbirlerinin mahkemelerin kendi mahkemeleri gibi saymaları ve onların kararlarının kendi mahkemelerinki imiş' gibi telakki etmeleri esasına dayanmaktadır. Sözleşmeye göre yabancı mahkeme kararı, kararın verildiği ülkede ne gibi sonuçlar doğuruyorsa diğer Devlette de aynı sonucu doğuracaktır.

<sup>116</sup> Ünver/Hakeri (Ceza Muhakemeleri) s. 655 'ne bis in idem' ilkesi İHAS 7 numaralı Ek Protokol 4'te düzenlenmiştir. Ek Protokol 4/1'e göre, 'işlediği suç yüzünden bir devletin ceza ve ceza yargılaması usulü kanununa uygun olarak yargılanıp kesin hükümle beraat eden yahut mahkum olan kişi, aynı suç sebebiyle aynı devlet mahkemeleri tarafından tekrar kovuşturulamaz yahut cezalandırılmaz.' İHAS 7 numaralı Ek Protokol 4 kesinleşmiş yargı kararlarının etkisini ulusal nitelikte kabul etmekte ve 'ne bis in idem' kesin yargının yeni bir davanın açılmasını önleme etkisini 'aynı devlet mahkemeleri' ile sınırlandırmaktadır. Belirtmek gerekir ki, günümüz çağdaş ülkeleri mevzuat ve uygulaması bu ilkeyi artık uluslar arası etki doğurucu olarak kabul edip uygulamaktadırlar; yalnızca sınırlı sayıdaki suç açısından yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler açısından istisnalar getirmektedir.



nuç' da sözleşmelerle ve kanunlarla düzenlenir.<sup>117</sup> Daha önce belirttiğimiz Ceza Yargılarının Milletlerarası Değer konusundaki Avrupa sözleşmesinde bu yolda hükümler vardır. (CYMDAS m. 56) Kanunumuz 'rastlantılı sonuç' bakımından yabancı ceza mahkemesi kararlarının sadece tekerrürde göz önünde tutulmasını kabul etmiştir.<sup>118</sup> Gerçekten TCK'nın 58/4. maddesine göre; 'kasten öldürme kasten yaralama, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları' bakımından yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas alınacaktır.

Erteleme ile ilgili olarak Türk Ceza Kanununda, yabancı mahkeme kararlarının cezanın ertelenmesi yolunu kapatıp kapatmayacağı konusunda bir açıklama yer almamaktadır. Bu durum karşısında, öğretilerde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.,

Bir görüşe göre, Ceza Kanunumuz sisteminde yabancı mahkeme kararının sonuç doğurmayacağı haller, TCK 58/4. maddesinde yabancı ceza mahkemesi hükümlerinin tekerrüre esas olmayacağı açıklandığı gibi, açık bir şekilde belirtilmek gerektiğinden, açıkça düzenlenmeyen hallerde, yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararları 'Türk mahkemelerinden kararların' doğurdukları sonuçları doğurmalıdır.<sup>119</sup> 647 sayılı CİK m. 6 uyarınca önceki mahkumiyetin 'adliye mahkemelerince' verilmiş olması halinde erteleme yeteneği ortadan kalkmaktaydı. Yeni kanunun düzenlenmesinde ise böyle

<sup>117</sup> Feridun Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat, Beta Yayınevi, İstanbul/1988, s. 255, 'Cezanın 'kişiliğe uygun' bir müeyyide olabilmesi için, hükümlünün karakter yapısının iyice öğrenilmesi ve hakkında daha önce verilmiş olan 'mahkumiyet kararları' varsa, bunlarında göz önünde tutulması gerekir. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Sözleşmesine, bu amaçla 'üçüncü kesimin ikinci bölümü' eklenmiştir: Önceki 'ceza mahkumiyetleri', Avrupa yargısındaki ceza tayin edilirken göz önünde tutulacaktır. Değer Sözleşmesine göre, 'Sözleşen Devletlerin mahkemeleri bir hüküm verirken, bir diğer suç dolayısıyla daha önce yüze karşı olarak yapılan bir muhakeme sonunda verilmiş olan Avrupa ceza yargısının göz önünde tutup, kanunlarının kendi ülkelerinde verilen hükümler için bağlanmasını öngördüğü sonuçların hepsini veya bir kısmını Avrupa Ceza Yargısını bağlayabilmelerini sağlayacak uygun tedbirleri alacaktır. (CYMDAS m. 56). Sözleşme bu hükmü sevk ederken, Ek I maddenin f bendi ile, devletlere çekince kullanmak yetkisini de vermiştir.'

<sup>118</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 116, Yargıya yeni bir olay ve yargılaması söz konusu olmadan bağlanan sonuç demek olan 'ekleme sonuç'u kanunumuz yabancı yargılar bakımından düzenlenmemiştir. Bu konu Milletlerarası Değer Konusundaki Avrupa Sözleşmesinde ele alınmıştır.

<sup>119</sup> Yenisey (Milletlerarası Ceza Hukuku) s. 260

bir sınırlama söz konusu değildir. Yani mahkumiyet kararı yabancı bir mahkeme tarafından da verilmiş olabilir.<sup>120</sup>

Diğer görüşe göre, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değer Konusundaki Avrupa Sözleşmesinde belirtildiği üzere, taraf devletlerden birinde verilmiş bulunan mahkeme kararı bu ülkede hangi sonuçları doğuruyorsa, diğer taraf devletlerde de aynı sonuçları doğuracaktır. Ancak, bunun için taraf devletler mevzuatında gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle Türkiye’de bu konuya ilişkin bir kanuni düzenleme yapılmadığına göre, yabancı mahkeme kararlarının ertelemeye engel teşkil edici bir etkisinin bulunmaması gerekir.<sup>121</sup>

Kanun koyucu tekerrüre ilişkin düzenlemede esas olarak yabancı mahkemelerin vermiş olduğu mahkumiyetlerin tekerrüre esas alınmayacağını belirtilmiştir. Ancak sınırlı sayıdaki bazı suç türlerini kapsam dışında tutmuştur. Buradaki düzenlemeden anlaşılması gereken yabancı mahkemelerden verilen mahkumiyet kararlarının kural olarak Türk mahkemelerince dikkate alınması gerektiğidir. Eğer yabancı mahkemelerin vermiş olduğu kararların ülke içindeki yargılamalar bakımından sonuç doğurması istenmiyorsa, tekerrürde olduğu gibi dikkate alınmayacağına dair istisnai bir hüküm getirilmelidir. Kaldı ki, yabancı mahkemelerin vermiş olduğu mahkumiyet kararları ‘ne bis in idem’ ilkesi çerçevesinde dikkate alınabilmektedir. Yine TCK’nın 17. maddesinde, ‘yabancı mahkemelerden verilen ve Türk Hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verir’ hükmü yer almaktadır. Burada yabancı mahkemenin vermiş olduğu hak yoksunluklarına ilişkin karar ülkemiz uygulamasında doğrudan etki göstermemekle birlikte, yerel mahkeme yabancı mahkemenin bu kararını esas olarak Türk kanunlarının çizmiş olduğu çerçevede hak yoksunluklarına hükmedebilmektedir. Tüm bu açıklamalar neticesinde yabancı bir ülkede verilen, usulüne uygun olarak adli sicile kaydedilen mahkumiyet kararları ertelemeye engeldir.

<sup>120</sup> Öztürk/Erdem s. 439, Demirbaş s. 616, Centel/Zafer/Çakmut s. 630, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 761, Hakeri s. 482, Demirbaş s. 659, Yenisey (Milletlerarası Ceza Hukuku) s. 261, Yenisey’e göre, cezanın ertelenmesini engelleme etkisi Değer sözleşmesine giren olaylar bakımından kabul edilmelidir.

<sup>121</sup> Toroslu s. 424

647 sayılı CİK 6. madde uyarınca ancak adliye mahkemesinde verilen mahkumiyet kararları ertelemeye engel sayılmaktaydı. Başka bir ifadeyle, adliye mahkemeleri dışındaki mahkemelerce verilen mahkumiyet hükümleri tecile engel sayılmamaktadır. Eski kanun döneminde tartışma Askeri Ceza Kanunu 47. madde çerçevesinde yapılmaktaydı. Bir kısım yazara göre, As. CK. 47. maddesinde yer alan 'evvelki mahkumiyet askeri bir suç için verilmiş bir ceza olur ve bu askeri suç Türk Ceza Kanunu mucibince verilecek cezanın teciline birinci fiil mani olmaz' hükmü uyarınca Askeri Mahkemeler 'Adliye Mahkemeleri' olmamalarına rağmen, bunların verecekleri mahkumiyet kararlarının erteleme ehliyetini kaldırmayacağını görüşünün geçerlilik taşımayacağı savunulmaktaydı. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, Askeri Ceza Kanununun bu hükmü, Askeri Mahkemelerden verilen hükümlerin ertelemeye engel olmaması, önceki mahkumiyetin askeri bir suça ait ve bu fiilin Türk Ceza Kanununca cezalandırılmamış olmasına bağlıdır. Bu bakımdan Askeri Mahkemelerin TCK'da cezalandırılan suçlardan dolayı verdikleri mahkumiyet hükümleri ertelemeye engeldir.<sup>122</sup> Bu konudaki diğer görüş ise, Askeri Ceza Kanununun 47. maddesinin Türk Ceza Kanununun ertelemeye ilişkin hükümlerini değiştirmeyeceğinden bahisle, erteleme hakimi için takdiri niteliği göz önüne alınacak olduğunda, askeri mahkemelerden verilmiş olan hükümlerin, ne olursa olsun, Adliye Mahkemeleri bakımından ve diğer şartlar bulunmak kaydıyla ertelemeye engel olmayacağı yönündeydi.<sup>123</sup> 5237 sayılı yasanın 51. maddesindeki düzenlemeyle Adliye Mahkemesi ibaresine yer verilmeyerek Askeri Mahkemelerin sırf askeri suç olmayan suçlar yönünden vermiş olduğu kararlarda obketif olarak ertelemeye engel oluşturacaktır.

Yukarıda sayılanların dışında idari para cezaları ertelemeye engel değildir. Yeni düzenleme ile fiil suç olmaktan çıkarılıp kabahate dönüştürülmüşse ertelemeye engel oluşturmayacaktır. Yine sanık hakkında daha öncesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmişse, bu karar ertelemeye engel değildir.<sup>124</sup> Erteleme kararı ve-

<sup>122</sup> Erem/Danışman/Artuk s. 826

<sup>123</sup> Dönmezer/Erman s. 42

<sup>124</sup> 3. CD 07.04.2010 15690-6329 'sanığın sabıka sorgulamasında gözükken kaydın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair olduğu gözetilmeden bu hususun hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve ertelemeye engel olduğu gerekçesiyle

rilebilmesi için objektif koşulun gerçekleşmesinin yanı sıra subjektif koşulunda gerçekleşmesi gerekecektir.

**db) Ertelemenin Subjektif Koşulu: Sanığın suç işedikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaatin oluşması gerekmektedir.**

Erteleme kararı verilebilmesi kişinin suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşmasına bağlıdır.<sup>125</sup> Erteleme kararı kişinin geçmiş yaşamı ve suç işleme konusundaki eğilimine değil, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa dayandırılacaktır.

Erteleme kararı verilebilmesi için subjektif koşulun aranması nedeniyle erteleme, diğer aranan koşullar gerçekleşmiş olsa dahi, mahkeme hakiminin takdirine bağlı olarak uygulanabilecek bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>126</sup> Ancak önemle hatırlatalım ki, takdiri demek, keyfi demek değildir. Mahkeme her kararını, bu arada erteleme kararını da delillere dayandırarak gerekçelendirecektir. (CMK m.34)<sup>127</sup>

Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında, mahkemelerin tüm kararlarının gerekçeli olması gereği öngörülmüştür. Bu nedenle yargı makamı, 'erteleme' müessesesi konusunda maddede gösterilen şartların oluşup oluşmadığını gözetmek ve eğer hapis cezasının ertelenmesine karar vermeyecekse, bu kanaatinin gerekçesini de kararında göstermek zorundadır.<sup>128</sup> Hakimin gerekçede erteleme kararını tartışması subjektif unsuru tartışması takdir yetkisini kısıtlayacak, keyfiyete göre erteleme kararının verilmemesinin önüne geçecektir. Ancak belirtmek gerekir ki gerekçe, faili damgalayıcı, küçük düşürücü olamaz.

bu hususun sanık aleyhine değerlendirilmesi' aktaran Parlar s. 325  
<sup>125</sup> 'Yargılama sürecinden soruşturma ve kovuşturma evrelerini kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır.' Centel/Zafer/Çakmut s. 633  
<sup>126</sup> Töngür s. 86  
<sup>127</sup> Öztürk/Erdem s. 442, 2.CD 22.02.2010, 4308-4983 'sanık hakkında mühür bozma suçundan, 5237 sayılı TCK'nun 51. maddesine göre ertelemeye yer olmadığına karar verilirken sanığın suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaat oluşup oluşmadığı hususunu irdeleyen gerekçeye dayandırılması gerektiğinin gözetilmemesi' aktaran Parlar s. 338  
<sup>128</sup> Şen s. 161

Ertelemeye karar vermek yargıcın takdirine bağlı olduğunu söyledik. Ancak Yargıtay takdirin objektif ölçülere dayandırılmasına önem vermekte ve bu hususu denetlemektedir.<sup>129</sup>

Mahkeme, failin ilerde suç işlemeyeceğine kanaat getirirse erteleme karar verecek, getirmezse vermeyecektir. Hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilmesi için kişinin suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaat oluşturmuş olması gerekmektedir. Erteleme için aranan subjektif koşul, 647 sayılı CİK'ten farklı biçimde formüle edilmiştir. Gerçekten bu kanuna göre, mahkemenin, bu kanaatini failin 'geçmiş yaşamı ve suç işleme konusundaki eğilimleri'ne dayandırması gerekirken; YTCK m. 51/1 b uyarınca 'suçu işledikten sonra yargılama süreci içerisinde gösterdiği pişmanlığa' dayandıracaktır.<sup>130</sup> Ancak buradaki 'pişmanlık' ile kanunun öngördüğü bazı suçlar için kabul edilen etkin pişmanlık farklı hukuki kavramlardır. Etkin pişmanlık, kovuşturmadan önce veya sonra gerçekleşmesine göre dikkate alınabilen yasal bir indirim nedeni olduğu halde, erteleme ise, deneme süresinde iyi hal geçirilmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılacağı neticesini doğuran infaz kurumudur. Belli suçlar için öngörülebilen yasal indirim nedeninin aynı zamanda ertelemenin koşulu olarak kabul etmek mümkün değildir. Esasen erteleme için pişmanlık yeterli olmayıp, önemli olan bundan hareketle sanığın tekrar suç işleyip işlemeyeceğine dair ulaşılan kanaattir.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> Toroslu s. 378

<sup>130</sup> Şen'e göre 'yeni düzenlemede, eski düzenlemede olmayan 'pişmanlık', yani suçu kabul etme ve işlemekten dolayı pişman olma' şartını getirmiştir ki, bu şart önceki düzenlemede bulunmadığı halde, 'erteleme' müessesesinin amacına aykırı bir şekilde 5237 sayılı Kanunla öngörülmüştür. Böylece, suçu kabul edenin ve pişmanlık duyanın cezası ertelenebileceğinden, hapis cezasının ertelenmesinden fayda umulan, fakat suçunu ikrar etmeyen failin cezası ertelenemeyecektir. Yeni düzenleme bir anlamda, ceza almak istemeyen faili suçu kabul etmeye zorlamakta, özgür iradesini bozmakta, 'erteleme' müessesinden yararlanmak isteyen ve bu imkanı kaçırmamayı hedefleyen kişiyi, ihtimal dahilinde bulunan mahkum olma korkusuyla, suçu işlememiş olsa dahi suçu işlediğini kabul etmek baskısı altında bırakmaktadır. Bu nedenle erteleme müessesesi bakımından 51. madde daha ağır şartlar içerdiğinden, eskiye yönelik olarak 647 sayılı Kanununun 6. maddesinde öngörülen şartlar uygulanmalıdır. Faili pişmanlık zorunluluğu içinde bırakmak, onu işlemediği bir suçu kabule mecbur bırakabilecektir. Hapis cezasının ertelenmesinde, failin olumlu kişilik sergilemesi, yargılamada iyi halini ortaya koyması ve cezası ertelendiği takdirde bir daha suç işlemeyeceği düşüncesine varılması, erteleme müessesesinin uygulanmasında yeterli görülmeliydi. Şen s. 159-160

<sup>131</sup> İçel (Genel Hükümler) s. 375 2. CD 18.02.2010, 2753-4615, 'adli sicil kayıtlarına

765 sayılı TCK döneminde erteleme kararı verilebilmesi için hükümlünün duruşmada hazır bulunmuş olması gibi bir zorunluluk aranmamaktaydı ve erteleme koşulları duruşmada bulunan sanığa ihtar edilmekteydi. 5237 sayılı TCK'da düzenlenen ertelemeye göre, hükümlünün 'yargılama sürecinde pişmanlık göstermiş olması' arandığından ve duruşmada hazır bulunmayan hükümlü açısından böyle bir kanaatin elde edilmesi mümkün olmayacağından, erteleme kararı verilmesi zorlaşacaktır.<sup>132</sup>

Alman Ceza Kanunu'nun 56/3 maddesine göre, en az altı ay hapis cezası verildiği hallerde, hukuk düzeninin savunulması için ceza verilmesi gerekli ise, ceza ertelenmez. Kanun hükmü, mahkemeye belli bir sınırın üzerindeki suçlar bakımında erteleme subjektif şartını oluşturduğunu değerlendirirken ölçüt getirmiş olmaktadır. Zira altı ay altındaki süreli hapis cezası istisna sayıldığından belli özellikleri taşıması halinde zorunlu olarak ertelenmektedir.<sup>133</sup> (StGB m. 47)

Taksirli suçta, kasıtlı suçtakine nazaran, kusurluluğun az olması ertelemeye liyakat hususunda hakime yol gösterici olabilir. Ancak bu durum taksirle işlenen her suçun diğer yasal şartların oluşması halinde zorunlu olarak erteleneceği anlamına gelmemelidir. Zira taksirli ile işlenen suçlarda kasıtlı suçlarla karşılaştırıldığında kusurluluk daha az ise de, failin sosyal tehlikeliliği daha az değildir.<sup>134</sup> Bu sebeple hakim, taksirli suçlarda her suçlu için ayrı ayrı değerlendirmede buluna-

---

göre ilamların kesinleşme tarihleride dikkate alındığında daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı 3 aydan fazla fazla hapis cezasına mahkum edilmeyen ve yargılandığı elektrik hırsızlığı suçundan da kısa süreli hapis cezası ile cezalandırılan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 51. maddesi uyarınca 'suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık' dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede oluşan kanaate göre hapis cezasının ertelenip ertelenmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekirken 'yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık' durumu irdelenmeden 'sanığın sabıkalı kişiliği ve suç işleme hususundaki eğilimi' şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeye dayanılarak ertelemeye yer olmadığına karar verilmesi' aktaran Parlar s. 339

<sup>132</sup> Öztürk/Erdem s. 442

<sup>133</sup> Hans Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, İstanbul 2007, Beta Yayınevi, s. 66, Mahkemenin sanık hakkında altı ayın altında kısa süreli hapis cezasına hükmedebilmesi için failde ve failin kişiliğinde bulunan özel şartlar, faili etkilemek veya hukuk düzenini korumak için hapis cezasına hükmedilmesini kaçınılmaz hale getiriyor olmalıdır. Kanunda öngörülen bu şartları taşııyorsa altı ayın altındaki hapis cezaları zorunlu olarak ertelenmekte ya da adli para cezasına çevrilmektedir.

<sup>134</sup> Toroslu s. 194

rak erteleme nin subjektif şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecektir.

Erteleme nin subjektif şartının tespitinde failin taksirinin derecesinin göz önünde tutulacağına dair, Türk Ceza Kanununda herhangi bir hüküm yoktur. Buna karşılık, 5237 sayılı TCK'nın 51/1-b maddesine göre, 'yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceğine kanaat' edinilen suçlu hakkında, diğer şartların da varlığı halinde, cezasının ertelenmesine karar verilebileceği kabul edilmiştir. Durum böyle olmakla beraber, failin işlediği suç taksirli bir suç ise, kanunumuzun sistemi bakımından da, hakim in, subjektif şartı takdir ederken, taksirin hafiflik derecesini göz önünde tutabilmesi hususunda bir engel yoktur. Gerçekten, erteleme kurumu hakim in, mahkumun gelecekteki hali hakkında yapacağı bir teşhise dayandığı için, taksirin hafiflik derecesi, bu teşhis yönünden yararlanabilecek niteliktedir.<sup>135</sup>

Ertelemede suçlu ile ilgili şartlarından birini teşkil eden, subjektif şartın takdirinde, çeşitli devletlerin kanunları hakime yardımcı olmak üzere bazı kriterler vermişlerdir. Bu kriterler içinde, failin kusurunun derecesini esas alan kriter de vardır. Sonuç olarak suçun taksir ile işlenmiş olması halinde ertelemeye liyakat mutlak olmasa da çoğu halde mevcuttur.<sup>136</sup>

Erteleme ehliyetini etkilemese de, fail hakkında verilen önceki mahkumiyete dayanılarak liyakat şartının gerçekleşmemesi sebebiyle reddedilen erteleme talebi kanuna aykırı sayılmamalıdır. Hatta, çok önce işlenmiş bir suç erteleme ehliyetine engel oluşturmasa dahi, bu hali subjektif liyakat noktasından dikkate alan hakim kanuna aykırı hareket etmiş sayılmaz. Zira erteleme kararı sanığın ilerde suç işlemeyeceği kanaatine varılması halinde verilmektedir. Bunun dışında, önceden açılan davada suçu işlediğinin sabit olmaması nedeniyle beraat etmiş bulunan kimsenin sonradan aynı nitelikte işlemiş olduğu suçtan dolayı verilen mahkumiyet hükmünde, beraatle sonuçlanan önceki dava hakim tarafından ertelemede subjektif liyakat noktasında dikkate alınabilecektir. Sanığın daha önceden hiç mahkum olmamış

<sup>135</sup> Kayıhan İÇEL, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul/1967 s. 217

<sup>136</sup> Önder s. 189

bulunması ertelemeye layık olduğu sonucunu doğurmaz, duruşmadaki hal ve tavırları ertelemeye layık olup olmadığını belirleyecektir. Önceden açılan takibi şikayete bağlı bir davanın, suçtan zarar gören kimsenin vazgeçmesi üzerine düşmesi halinde, sonradan işlenecek bir suçta, önceden düşmüş bulunan takibi şikayete bağlı davanın da incelenmesi neticesinde sanığın ertelemeye layık olup olmadığı hususu değerlendirilebilir. 765 sayılı TCK ve 647 sayılı CİK'in yürürlükte olduğu dönemde hakkında erteleme kararı verilen kimse, deneme süresini iyi hal ile geçirdikten sonra tekrar suç işlemesi halinde, önceki iyi hal ile geçirilen ertelenmiş ceza bu sebeple ertelemenin reddi için kabul edilemez ise de, geçmişte yaşanmış bir olay olarak kabul edilip bu noktadan suçlunun ertelemeye layık olmadığı neticesine varılırsa kanuna aykırı hareket etmiş sayılmaz.<sup>137</sup>

Kesintisiz ve müteselsil suçlarda sanığın ertelemeye layık olup olmadığı önem arz etmektedir. Sanığın suç işlemek hususunda ısrar etmesi ve bunu bir süre devam ettirmesi belki bunun manevi bakımından ertelemeye layık bulunmadığı hususunda bir kanaat verebilir. Fakat, kesintisiz ve müteselsil suçlarda mutlak surette ertelemeyi kabul etmemeye imkan yoktur. Öğretide bu konu tartışmalıdır. Zevk için müteselsil olarak hırsızlık suçunu işleyen ile, karnını doyurmak için müteselsil hırsızlık suçunu işleyen kimselerin ertelemeye liyakat bakımından aynı işleme tabi tutulmasına imkan yoktur.<sup>138</sup>

Ceza davasında sanığın cezalandırılması bakımından taşıdığı önemden ötürü göz önünde tutulması gereken her hangi bir meselede baş gösteren şüphe sanığın faydasınadır. Sanığa yüklenen suçun varlığı, cezayı ağırlaştırıcı özellikleri, takip kabiliyeti<sup>139</sup>, sanığın kastı ve fiili

<sup>137</sup> Önder s. 190, Yeni kanun döneminde Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda erteleminin subjektif unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun sanığın yargılamada gösterdiği pişmanlık ile belirleneceği belirtilmiştir.

<sup>138</sup> Önder s. 190

<sup>139</sup> Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınevi, 12. Bası, 2007, s. 64, 'Yargılamanın şarta bağlandığı durumlarda, bu ilkenin uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Sanığın fiilinin dava zamanışımına uğrayıp uğramadığı, fiilin af kapsamına girip girmediği, sanığın fiili hakkında kesin hüküm bulunup bulunmadığı ya da geçerli bir şikayetin var olup olmadığı şüpheli kaldığında, şüpheden sanığın faydalanıp faydalandırılmayacağı, bu ilkenin dayandırıldığı temele göre değişecektir. İlkenin temeli olarak, sanığın fiilinin dolayısıyla kusurluluğunun ispatının yapılmadığı durumlarda, onun mahkum edilmeyeceğinde görülürse, yukarıda sayılan durumlarda sanık mahkum edilmelidir. Çünkü söz



ile suç arasındaki illiyet bağı gibi önemli hususların bütün karanlık noktaları yapılan soruşturma ile aydınlanmamış olabilir. Sanığın bir suçtan dolayı cezalandırılmasının şartı, suçun şüpheye yer vermeyen bir kesinlikle, karanlığı barındırmayan bir aydınlıkla ispat edilmiş olmasıdır. Şüpheli ve karanlık olaylar ve iddialar üzerine sanığın zararına olacak kanaatlere varılmaz ve bu doğrultuda hüküm kurulmaz. Sanık böylece, bu yoldan karanlık ve şüpheden faydalanır. Karanlık ve şüphenin mahkumiyeti önleyici tesiri, sanığın beraati sonucunu verir.<sup>140</sup> Yani hakim, sübut bakımından bir kanaate varamazsa, şüphesini % 100 yenemezse, o hususu sabit olmamış kabul edecek ve sabit olmamanın sonuçlarına karar verecektir.<sup>141</sup> İşte buna, şüpheden sanığın yararlanması ilkesi (in dubio pro reo) denir.

'In dubio pro reo' kuralı ertelemede subjektif liyakat şartının belirlenmesinde önem arz etmektedir. Şöyle ki sanığın ileride suç işleyip işlemeyeceği konusunda hakim tam bir kanaate varamadığı zaman 'in dubio pro reo' kuralının uygulanıp uygulanmayacağı hususu gündeme gelecektir. Bir görüşe göre, failin ileride suç işleyip işlemeyeceği hususunda kesin bir kanaate varılamaması halinde 'in dubio pro reo' kuralı uygulanmalıdır; zira failin ileride ıslah olacağı kabul olunmalıdır. Esasen kabul edilen bu halin aksi olur ve fail bir suç işlerse, ertelenmiş ceza düşecek ve cezanın infazı yoluna gidilecektir. Fakat sanığın ıslah olmayacağı hususunda bir kanaat mevcut ise, bu halde erteleme hükümlerinin uygulanmasına imkan yoktur. Önder'e göre ise, sanığın ileride suç işleyip işlemeyeceği hususunda kesin bir kanaate varılamaması durumunda bu ilkenin uygulanmasına imkan yoktur; çünkü kanun hükmünün yorumunda sanık lehine hareket edilmesini gerektiren kural, bir hususun kesin surette tespitinin mümkün olmaması halinde uygulanamaz.<sup>142</sup> Erem'e göre; bütün araştırmalara rağmen suçlunun ertelemeye layık olup olmadığı hususunda gerekli

---

konusu durumlar sanığın kusurluluğuna ilişkin değildir. Aksine sanık hakkında kovuşturmanın yapılıp yapılmayacağına ilişkindir. Yok ilkenin temeli, hukuk devletinde ve bunun ilkelerine göre, bir kişinin fiilinin devletin cezalandırma yetkisi içinde olması için, bu konuda şüphe edilmemesi olduğu noktasında görülürse, bu konuda tereddüt edildiğinde, sanık lehine sonuç çıkarmak gerekir ve sanığı bu ilkeden yararlandırmak yerinde olur.'

<sup>140</sup> Turhan Tufan YÜCE, 'In Dubio Pro Reo' kaidesi', Ad. Der. Yıl: 53, Kasım-Aralık 1962, Sayı: 11-12, s. 1209

<sup>141</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 36

<sup>142</sup> Önder s. 193

bilgi elde edilememiş ise erteleme kararı verilemeyecektir. Bu çeşit bilgilerin maddi vakıalar alanına gireceği ve bu sahadaki şüphenin 'sanığın lehinde yorumlanacağı' kuralına tabi bulunduğu akla gelebilirse de, şüphenin sanığın lehinde yorumlanması, istisnai bir niteliğe sahip olan ve bir kanuni lütuf vasfını taşıyan ertelemeye geçerli olamaz.<sup>143</sup>

Siyasi suçların ertelenmesi hususunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara göre, adi suç-siyasi suç ayırımına erteleme konusunda yer vermek ve siyasi suç faillerinin ertelemeye mutlak faydalanmalarına imkan vermek lazımdır. Çünkü siyasi suç failleri ertelemeye her zaman layıktırlar. Ancak Erem, bu görüşü eleştirmekte ve bunu erteleme bahsinde yer vermenin doğru olmayacağını savunmaktadır.<sup>144</sup> Önder'e göre, siyasi suç bir kanaat meselesi ve bunun neticesidir. Siyasi suç faillerinin mutlak ertelemeye faydalanacağı kuralı hatalı olabilir. En iyi çözüm tarzı bu gibi kimselerin ertelemeye layık olup olmadığını, diğer suç faillerinde olduğu gibi, hakim takdirine bırakmaktır. Önder bu konuya ilişkin Alman Temyiz Mahkemesinin bir kararını aktarmaktadır. Bu karara göre, 'siyasi suç faillerinin mutlak surette ertelemeye layık olduklarını kabule imkan yoktur; çünkü siyasi suç bir kanaat, bir inanış ve bir değerlendirme neticesindedir. Failde bu inanış ve kanaat devam ettiği müddetçe ileride tekrar suç işleyecektir ve ertelemeye liyakat şartı bu sebeple gerçekleşmeyecektir. Fakat duruşma sırasında failin ileride suç işlemesinin saiki olabilecek olan siyasi telakkilerinden vazgeçtiği hususunda mahkemede bir kanaat oluşması halinde, diğer suçlar gibi siyasi suçun cezasının da ertelenmesi mümkündür.'<sup>145</sup>

Fransız hukukunda, siyasi suç yönünden, ertelemeye, ayrıcalıklı bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Bu hukuk sistemindeki erteleme'den siyasal suçluların faydalanabilecekleri kabul edildiği gibi, önceki siyasi suçun sonraki suça ilişkin ertelemeyi engellemeyeceği ve ertelemeye sonra işlenen yeni suçun siyasi suç olması halinde erteleme kararının düşmeyeceği benimsenmiştir. Gerçekten bu hukuk sisteminde ertelemeye engel olucu mahkumiyet, ya da düşürücü mahkumiyet olarak, 'genel hukuka' ilişkin adi suçların mahkumiyeti olarak gösterilmektedir. Yine aynı hukuk sisteminde yer alan dene-

<sup>143</sup> Erem (Tecil), s. 892

<sup>144</sup> Erem/Danışman/Artuk s. 802

<sup>145</sup> Önder s. 194

timli serbestlik kurumu, siyasi suçlular için uygulanmamaktadır; fakat önceki siyasi suç sonraki adi suç'un kontrolü serbestisine engel olmakta ya da herhangi bir 'adi suç' verilmiş kontrollü serbesti kararının düşmesini yol açmamaktadır.<sup>146</sup>

Kanunda yapılan düzenleme gereğince erteleme genel önlemeyi sağlayıcı bir tedbir olarak düşünülmemelidir. Bu nedenle genel önleme gerekçesiyle erteleme istediği reddedilmemelidir. Nitekim basın ya da başka nitelikteki suçların artmış olduğu gerekçesiyle erteleme istemi reddedilmemelidir.<sup>147</sup> Alman Ceza Kanunu'nun 56/3 maddesine göre ise, en az altı ay süreli olan hapis cezasının verildiği hallerde, hukuk düzeninin savunulması ceza verilmesi gerekli ise, ceza ertelenmez. Bu düzenleme ile altı aydan fazla hapis cezalarına mahkumiyet halinde erteleme kararı verilebilmesi için cezanın genel önleme işlevini dikkate alınabilecektir.<sup>148</sup>

Sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinde yer alan takdiri indirim nedenini uygulanması halinde subjektif koşulun oluştuğundan yola çıkarak erteleme kararının verilmesi gerektirmez. Ancak mahkeme takdiri indirim uyguladığı hallerde subjektif şartın oluşmaması nedeniyle ertelemeye yer olmadığına karar verecekse, çelişkiye düşmeden bunu kararda göstermesi gerekir.<sup>149</sup>

### dc) Cezanın Ertelenmesi Kararı

#### dc)Ertelme Kararına Hükmedek Mercii

Hapis cezasının infazının ertelenmesine hangi mercii karar vermesi gerektiği konusunda karşılaştırmalı hukukta iki ayrı çözüm yolu benimsenmiştir: bir çok ülkede, kişi hürriyetinin sınırlandırılmasına ait konularda tek yetkili merci yargı organı kabul edildiği için, erteleme yetkisinin de mahkeme ve hakime ait bulunması normal sayılmıştır.

<sup>146</sup> Köksal Bayraktar, Siyasal Suç, Fakülteler Matbaası, İstanbul/1982, s. 191

<sup>147</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Kazancı Yayınevi, Üçüncü Bası, s. 339

<sup>148</sup> Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu/Strafgesetzbuch, Beta Yayınevi, İstanbul/2009,

<sup>149</sup> 2. CD 15.02.2010, 3860-4066, 'sanığın yargılama sürecinde yargılama makamına karşı davranışları olumlu bulunarak hakkında 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına karar verildiği halde, yargılama sürecindeki tutum ve davranışları göz önüne alınarak aynı kanunun 51. maddesi uyarınca ertelemeye yer olmadığına karar verilmek suretiyle gerekçede çelişki yaratılması' aktaran Parlar s. 341

Bu konuda ulusal hukukumuzun benimsediği ilke, ceza verebilme yetkisine haiz bulunan bütün yargı organlarının, erteleme yetkisinin kullanabilmeleridir. Cezai hükümler verme yetkisine sahip tüm ilk derece mahkemeleri ve kanunun öngördüğü istisnai hallerde yüksek mahkemeler de cezanın ertelenmesine hükmedebileceklerdir.

Cezanın ertelenmesi için yargılamanın taraflarının istemleri ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında olduğu gibi sanık tarafından erteleme kararının kabul edilmesi aranmamıştır. Tarafların talebi olmasa dahi hakim erteleme kararını re'sen verebilir.<sup>150</sup>

### **dcB) Hapis Cezanın Ertelenmesinde Bölünebilirlik**

Eski zaman yürürlükte olan 647 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde, 'işlenen suçun değil hükmedilen sonuç cezanın' erteleneceği belirtilerek ertelemede bölünmezlik ilkesinin kabul edildiği belirtilmiştir.<sup>151</sup>

Yeni kanunda adli para cezasının ertelenemeyip hapis cezasının ertelenmesi söz konusu olduğundan ertelemede bölünmezlik bir bakıma anlamını yitirmiştir. Üç halde erteleme bölünmezliğinden söz edebiliriz: Birinci ihtimale; bir ceza, erteleme sınırının üstündeysen, hakim erteleme sınırı içinde kalan miktar erteleyip, diğer kısmın infazına karar veremez; örneğin, 3 yıl hapis cezasının 2 yılı erteleyip, 1 yıl infaz edemez. İkinci ihtimalde ise, tutukluluk halinde geçirilen kısmın mahsup edilip, diğer kısmın ertelenmesine karar verilemez.<sup>152</sup> Üçüncü ihtimalde, failin işlediği birden fazla suçtan birisinin cezasını erteleyip, diğerinin cezasının infazına karar verilmemelidir..<sup>153</sup> Zira böyle bir ayırım gerekçede çelişki yaratacaktır.

<sup>150</sup> Centel/Zafer/Çakmut s. 633, Seviner (Erteleme) s. 251

<sup>151</sup> Töngür s. 114

<sup>152</sup> Aksi görüş için bkz. Öztürk/Erdem s. 437, 'Buna karşılık, hükümlünün özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre, hükmedilen hapis cezasını tamamen karşılamıyorsa indirim yapıldıktan sonra kalan hapis cezasının ertelenmesi mümkündür'

<sup>153</sup> Demirbaş s. 664 Şu kararlar bu doğrultuda verildiği gibi, erteleme bölünmezliği kuralını da çok yerinde olarak açıklamaktadır. 'Cezaların şahsileştirilmesinin uygulanma biçimlerinden birisi olan erteleme sanığın kişiliği ile sıkı sıkıya ilişkili bulunması nedeniyle, mahkemece teker teker değil küll halinde mütalaa edilmesi gözetilmeden, aynı zamanda işlediği üç suçtan birisinin cezası paraya çevrilmesi ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesinde isabet yoktur. (6. CD. 9.5.1975, 2171/2257). Aynı gün işlenmiş olan her iki suçtan birinin cezası paraya çevrilmiş olan ikinci suçun cezasının, toplandığı suçtan ayrık düşünülerek ertelenmesine karar verilemez. (8. CD. 13.12.1977, 3447/8904) TCK nun 572/1 maddesi ile verilen ceza ertelendiği halde, 266/1 maddesi ile tayin olunan cezanın ertelenmesi isabetsizdir. (4. CD 5.12.1975, 6567/6597) Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul/1989, s. 193

İçtimaya dahil olan cezalardan biri erteleme sınırı içindeyken (iki yıl hapis), diğeri sınırın dışındadır. (üç yıl hapis) Böyle bir durumda iki yıl hapis cezası yönünden erteleme kararı verilebilecektir.<sup>154</sup>

Ertelemenin bölünmezliği ilkesi gereği ertelemeye ilişkin karar hapis cezasının tamamını kapsar; hapis cezasının bir kısmının ertelenmesi söz konusu değildir.<sup>155</sup>

### dcc) Gerekçe

Gerekçe; yargı mercilerinin kuşku ile başlayan ve infazla sonlanan zaman kesitinde, hükmün yazgısını belirleyen eylem, işlem, söz ve kararlarının, savunma hakkı ile kanun yollarının etkili olarak kullanılmasına olanak verecek şekilde tutarlı, yeterli, doğru, haklı, yasal, makul, vicdana uygun, olarak açıklanmasını hedefleyen bir etkinlik olarak tanımlanabilir.<sup>156</sup> Şekli bir tanım yapmak gerekirse; gerekçe (raison, ragione, mantiki sebep), psikolojik anlamdaki hükmün yani karar ile mütalaanın üçüncü unsuru olan 'sonuç'un mantık yönünden dayanağını oluşturur.<sup>157</sup>

Hükümlerdeki sonuçların mantıki delilleri olan gerekçeler, geriye veya ileriye bakarak bulduklarına göre iki çeşittir. Birinciler sonucun 'neden'ini, ikinciler 'niçin'ini oluşturur. Örneğin cezanın ertelenmesinin 'neden'i, suçlunun geçmişteki haline (yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa), 'niçin'i (tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaatin oluşması) ise geleceğine bakar. Keza suçluya ceza bir suç işlemiş olması nedeniyle ve bir daha suç işlememesi için verilir.<sup>158</sup>

Ertelemenin cezaların bireyselleştirilmesine ilişkin bir kurum olduğu ve talep olmadan da erteleme kararı verilebilir. Yürürlükteki 5237 sayılı TCK'nın 51 inci maddesi düzenlemesinde, cezanın ertelenmesi veya bunun aksi yönünde verilecek bir kararın, mahkeme tarafından gerekçelendirilmesi zorunluluğu yer almamaktadır. Bununla birlikte, Anayasamızın 141/3 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34/1 maddeleri mahke-

<sup>154</sup> Aksi görüş için Demirbaş s. 620

<sup>155</sup> Öztürk/Erdem s. 443

<sup>156</sup> Hilmi Şeker, Esbab-ı Mucibe'den-Retoriğe Hukukta Gerekçe, Beta Yayınevi, 2010 s. 14

<sup>157</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 73

<sup>158</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 75

me kararlarının gerekçeli olmasını hüküm altına almıştır. Bu hükümler karşısında denilebilir ki, mahkeme tarafından cezanın ertelenmesine karar verilmesi halinde, verilen kararın mutlaka gerekçeli olması gerekir.<sup>159</sup> Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir. Bazı ülke kanunlarında erteleme kararı verilmesi halinde gerekçe gösterilmesinin gerekliliği yanında ayrıca farklı bir hüküm de belirtilmiştir. Diğer taraftan kanunda açık hüküm bulunmasa dahi, hükmolunan cezaların derhal infazını gerektiren genel kurala bir istisna getirmesi dolayısıyla erteleme kararının verilmesi durumunda gerekçe gösterilmesi gerekmektedir.<sup>160</sup>

Erteleme kararının bir 'gerekçeye' dayanması zorunluluğu erteleme kurumunun iyi sonuçlar doğurmasını sağlamak amacını taşımaktadır. Erteleme ilk defa suç işleyenlere tanınmış bir kanuni hak değildir. İlk defa suç işlemiş olsa dahi suçlunun cezası ertelenemeyebilir. Yargıç münhasıran suçlunun ilk defa suç işlemiş olmasına bakarak ve yalnız bu sebebe dayanarak erteleme kararı veremez. Keza ilk defa suç işlemiş olanların ertelemeye layık oldukları yolunda kanuni bir 'karine' de mevcut değildir. Kanunen mevcut olmayan bir karinenin yargı kararları ile fiilen oluşturulmasının da önüne geçilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarında, ilk defa suç işleyenlerin cezalarının mutlaka erteleneceği yolunda bir karinenin varlığından söz etmek zordur. Kanun, erteleme kararının gerekçesini, mahkumiyet hükmünde göstermek zorunluluğunu hakime yüklemek suretiyle ertelemeyi zorunlu olarak uygulanan bir kurum haline dönüşmesinin önüne geçmek istemiştir. Hatta gerekçe göstermek zorunluluğu karşısında hakimin erteleme kararı vermekten ziyade vermeye eğilimli olacağı ve bu suretle erteleme kurumunun kötüye kullanılmayacağı ileri sürülmüştür.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Töngür s. 123 Dönmezer'e göre 'ret haline ilişkin gerekçenin gösterilmesi yerinde olmazsa da, Yargıtay'ın kararları bu hususta, menfi de olsa gerekçe gösterilmesi gerektiğini açıklamaktadır. Yargıtay, 'mahkemenin ne gibi makul, adil ve hukuki sebeplerden dolayı suçlunun cezasının ertelenmesi halinde bir daha suç işlemeyeceğine kanaat getirmemiş olduğunu araştırıp birer birer göstermeden ertelenen reddine karar vermesini' yolsuz saymaktadır. Talebin ret olduğu hallerde de mahkeme kararında mutlaka bir gerekçe gösterilmesi gerektiği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun bir kararı ile açıkça belirtilmiştir.' Dönmezer s. 330

<sup>160</sup> Süheyl Donay, 'Tecil Talebinin reddi halinde gerekçe göstermek zorunlu değildir', İÜHFİM, C. XXXVI S. 1-4, 1971, s. 631 vd. 'Fransız hukuk sisteminde hakimin takdir yetkisi tam olarak sınırsız olup hukuk hata halleri hariç Yargıtay'ın denetimine tabi değildir.'

<sup>161</sup> Faruk Erem, 'Cezaların tecili kararı ve bunun neticeleri', Ad. Der. Yıl 1948 S. 8, s. 885 vd.

Asıl sorun ise erteleme talebinin reddi halinde, hakimin gerekçe gösterip göstermemesi noktasındadır. Yargıtay erteleme talebinin reddi halinde gerekçe gösterilmesi gerektiği yolunda kararlar vermiştir. Fakat bu durum öğretilerde tartışmalıdır. Dönmezer-Erman'a göre, talep reddedildiği halde, gerekçe göstermek zorunlu değildir. Bu gibi hallerde ret kararının verilmesi, kanunun erteleme için koyduğu şartların yokluğunu da belirtir. Hatta gerekçe göstermenin zararları yararlarından daha çok olacaksa, haksız ve yersiz sonuçlara meydan vermemek için de gerekçe göstermek kaidesine bir istisna getirilmesi savunulmuştur. Buna göre, cezanın ertelenmesi isteği reddolunduğunda hakimi gerekçe göstermeğe mecbur tutmak 'o kişinin geçmişteki hal ve ahlaki durumunu herkesin gözü önüne yayıp serme ve dolayısıyla haysiyeti kırıcı ve cezalandırmadaki amacı aşan bir sonuç doğuracağı ifade edilmiştir.<sup>162</sup>

Anayasanın 141/3. maddesinin açık hükmü uyarınca hakim ve mahkemelerin vermiş olduğu her türlü kararın gerekçeli olması gerekmektedir. Kuşkusuz buna erteleme talebinin reddine ilişkin karar da dahildir. Nitekim Yargıtay, 7.6.1976 gün ve 4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; 'cezanın, sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören bireyselleştirme kurumu olduğu Anayasanın 135 inci (1982 Anayasası 141 inci) maddesinin son fıkrası ve CMUK. nun 32. maddesinde (5271 sayılı CMK 34. madde) yer alan bağlayıcı, açık hükümler karşısında TCK. nun 89 ve 647 sayılı Kanununun 6 ıncı maddelerinde (5237 sayılı TCK 51. maddesi) yazılı erteleme isteğinin reddi<sup>163</sup> halinde de mahkeme yasal bir gerekçe göstermek zorundadır' biçiminde bir karar almıştır.

<sup>162</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 76, aynı doğrultuda görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut s. 634, Gözübüyük s. 340, Adil Sanal, 'Tecil Talebinin Reddine Gerekçe Gösterilmesi Lazım mı', Ad. Der. Yıl 57, Sayı 4, Nisan/1966, s. 284, Sanal'a göre, tecil talebinin reddinde değil cezanın re'sen hakim tarafından tecil edilmesi halinde gerekçe gösterme mecburiyeti yoktur.

<sup>163</sup> Ertelemenin reddi halinde gerekçe gösterilmesini savunanlara göre, erteleme kurumunun denetimi bakımından gerekçe gösterilmesi şarttır. Nitekim Anayasanın 141/3 CMK 34. maddeleri bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını öngörmüştür. Bu durumda talebin reddi halinde de gerekçe gösterilmesi gerekmektedir. Kaldı ki erteleme hükümlerinin uygulanması hakimin takdirindedir. Takdiri olması uygulamada keyfiliğe yol açmamalıdır. Keyfiliği önlemek için de mahkemenin vermiş olduğu erteleme talebinin reddine ilişkin karar gerekçesi olmalıdır. Ayrıca gerekçenin olmayışı cezaların bireyselleştirilmesi ilkesine aykırı bir durum oluşturabilecektir. Hüseyin Denizhan, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Ertelme Kurumu Üzerine Bir İnceleme', TBB, Y. 19 S. 65, 2006 s. 237

Hukukumuzda gerekçe göstermek kural göstermemek ise istisnai bir durumdur. Yani özel durumlar gerekçe göstermemeyi gerektiriyorsa, özel normlarla veya içtihatlarla istisnalar kabul edilebilecektir. Kanun hükmüyle getirilen bu istisnaları Anayasa aykırı bulmamak gerekir.<sup>164</sup>

#### dcd) Lehe Kanun Uygulaması

5237 sayılı TCK'nın 51. maddenin sekizinci fıkrasında, 'Denetim süresi yükümlülöklere uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır' hükmüne yer verilerek, erteleme hapis cezası mahkumiyetinin sonuçlarını ortadan kaldırmayacağı öngörölmüştür. 'Ertelenin Kaldırılması' konusunu düzenleyen 765 sayılı Kanunun 95. maddesinde ise, erteleme süresinin suç işlemeden tamamlanması halinde, cezası tecil edilen mahkumiyetin esasen vaki olmayacağı belirtilmiştir. Böylece, hapis cezasının ertelenmesinin sonucu nedeniyle de eski düzenlemenin failin lehine olduğu anlaşılmaktadır. Kanun değişik 7. maddesinin üçüncü fıkrasında, hapis cezasının ertelenmesinde lehe olan hükmün uygulanacağı izah edilmiştir. Gerek ertelenin şartlarıyla ilgili 647 sayılı Kanunun 6. maddesi ve gerekse ertelenin sonucu hakkında 765 sayılı Kanunun 95. maddesi dikkate alınıp, eski ve yeni normlar mukayese edildiğinde, 'erteleme' müessesesinin doğurduğu netice itibariyle eski düzenlemenin failin lehine olduğunu söylemek isabetli olacaktır.<sup>165</sup>

Ertelenin konusunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 'Hapis cezasının ertelenmesi' başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasının 'b' bendi dikkate alındığında, 'suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması halinde' cezanın ertelenebileceği ifade edilmektedir. Böylece yeni düzenleme, eski düzenlemede olmayan 'pişmanlık' şartını getirmiştir ki, bu şart önceki düzenlemede bulunmadığı halde, 5237 sayılı Kanunla öngörölmüştür.<sup>166</sup> Bu durumda bir suçü birlikte işleyenlerden suçü kabul edenin ve pişmanlık duya-

<sup>164</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 77

<sup>165</sup> Şen s. 164 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut s. 633

<sup>166</sup> Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C I, Vedat Kitapçılık, İstanbul/2006, s. 159



nın cezası ertelenebilecekken, hapis cezasının ertelenmesinden fayda umulan, fakat suçunu ikrar etmeyen veya pişmanlık göstermeyen failin cezası ertelenmeyeceği savunulmuştur.<sup>167</sup> Bu nedenle 'erteleme müessesesi bakımından 51. madde daha ağır şartlar içerdiğinden, eskiye yönelik olarak 647 sayılı Kanunun 6. maddesinde öngörülen şartların uygulanması daha lehe olabilecektir.<sup>168</sup> Bu düşüncenin aksini savunan bir başka görüşe göre ise, sanığın geçmişteki hali ve suç işleme eğilimi bir yana bırakılarak, sadece yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığın değerlendirilmesinin öngörülmesi, 5237 sayılı TCK'nın daha lehe bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlar.<sup>169</sup> Çünkü böyle bir düzenleme erteleme kararının verilmesi için gerekli olan subjektif şartın kapsamını daraltmış olmaktadır. Tüm bu açıklamalar neticesinde subjektif unsur yönünden 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinde yer alan düzenleme sanığın lehinedir.

### **dce) Aleyhe Değiştirme Yasağı (Reformatio In Peius)**

Cezanın infaz biçimine ilişkin uygulamalar aleyhe değiştirme yasağı kapsamı içinde değildir.<sup>170</sup> Bu durumda ertelemenin hukuksal niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. Erteleme kurumunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin gerekçesinde, ertelemenin koşullu af olmaktan çıkarılıp ceza infaz kurumu haline getirildiği ifade edilmektedir. Yine kanunun 7/3. maddesinde erteleme kararının, infaz rejimine ilişkin bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucunun yapmış olduğu bu düzenlemelerden yola çıkılarak ertelemenin infaz rejimine ilişkin bir kurum olduğu ve bu nedenle aleyhe değiştirme yasağı kapsamının dışında tutulması gerektiği söylenebilir. Ancak böyle bir uygulama adil olmayan bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilecektir. O zaman nasıl bir çözüm getirilmesi gerektiği sorusu karşımıza çıkar. Ertelemenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara girmeden bu sorunun cevabının erteleme kurumunun düzenleniş amacında olduğu söylenebilir. Ertelemenin temel amacı, kişiyi cezaevine sokmadan cezasını toplum içinde çekerek ıslah olmasını sağlamaktır.

<sup>167</sup> İsmail Malkoç, Türk Ceza Kanunu, C I, Malkoç Kitabevi, 2008, s. 373, Şen s. 159

<sup>168</sup> Şen s. 160

<sup>169</sup> Centel/Zafer/Çakmut s. 665

<sup>170</sup> Serap Keskin, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı', Prof. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir/2001 Keskin s. 418

Kişinin cezası ertelenerek cezaevinin kötü koşullarından kurtarılmış olmaktadır. Zira kanun koyucu hükümlüye bir şans tanıyarak deneme süresini suç işlemeden ve yükümlülüklerle uygun şekilde geçirmesi halinde cezasının infaz edilmiş sayılacağı hükmünü getirmiştir. Bu şekilde düşünüldüğünde erteleme failin lehindedir ve sonradan verilecek hükümle kaldırılmamalıdır. Şekli bir yorumla yani ertelemenin infaz rejimine ait bir müessese olduğundan bahisle 'reformatio in peius' ilkesinin geçerli olmayacağını söylemek doğru olmayacaktır. Bu durumda erteleme kararı verilen hüküm temyiz edilir ve Yargıtay tarafından bozulursa, yeniden yapılacak ceza muhakemesi bakımından daha önce verilmiş erteleme kararı saklı kalacaktır. Çünkü erteleme, failin kişiliği ile ilgili bir karardır; bir kez verilince kazanılmış hak<sup>171</sup> oluşturur. Ancak yeniden yapılacak yargılama sonucunda verilen hapis cezasının süresi ertelemeye elverişli olmalıdır.<sup>172</sup> Eğer erteleme kararı savcı ya da katılan tarafından temyiz edilirse, Yargıtay'ca kararın bozulması durumunda, 'reformatio in peius' (aleyhe değiştirme yasağı kuralı) uygulanmaz. Yani önceki erteleme kararı sanık için kazanılmış hak teşkil etmeyeceğinden, mahkeme yapacağı yeni yargılamadan sonra erteleme kararı vermeyebilecektir.<sup>173</sup>

<sup>171</sup> Ceza hukukunda kazanılmış hak kavramı tartışmalıdır. Nurullah Kunter, 'Aleyhte Düzeltme Yasağı', İHFM, Cilt. XVIII, Sayı. 3-4, İstanbul/1952, s. 670 Reformatio in peius ilkesinin niteliği ile ilgili olarak çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bu kural 'kazanılmış hak' kavramıyla açıklanmaya çalışılmıştır. 1412 sayılı CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde kanunun 326 ıncı maddesinde yer alan bu kuralın gerekçesinde 'madelet' ve 'müktesep hak' kavramlarında bahsedilmektedir. Buradan yola çıkılarak denmiştir ki ilk hükümdeki sonuç, sanık bakımından kazanılmış hak oluşturur. Dolayısıyla sırf sanık üzerine temyiz üzerine sanığın kazanılmış hakkı elinden alınamaz. Nitekim Yargıtay, bugüne kadar vermiş olduğu kararların bir kısmında bu kuraldan 'kazanılmış hak' diye söz etmektedir. Ancak kazanılmış hak düşüncesi doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre Ceza Hukuku alanında 'kazanılmış hak' kavramının yeri yoktur. Zira ceza hukuku baştan aşağıya kamu düzeni ve sosyal savunma esasına dayanır. Suçlunun 'kazanılmış hak' kından bahsedilmesi, diğer söyleyişle suçun hak kazandıran bir araç olması ahlaken ve hukuken kabul edilemez. Kazanılmış hak düşüncesi, ceza adaletinin hukuki, ahlaki ve sosyal esaslarına aykırılık teşkil etmektedir. Kanun, sanık lehine temyizde suçlu lehine hareket edilmesini toplum yararı bakımından uygun görmüştür. Centel/Zafer/Çakmut s. 635, 4. CD 13.04.2009, 9578-7123, 'sanık tarafından temyiz edilen önceki hükümde, cezanın ertelenmemesi, para cezasının ertelenip, 20 taksitçe tahsiline karar verilmesine ve zorlama suçunda para cezasına hükmolunmamasına karşın 1412 sayılı CYY'nun 326/son maddesi uyarınca sanığın kazanılmış hakkı gözetilmeyerek yeni hükümde, cezanın ertelenmemesi, para cezasının 8 taksitte alınmasına karar verilip, zorlama suçunda hapis cezasının yanında para cezasına da hükmolunması'

<sup>172</sup> Öztürk/Erdem (Genel Hükümler) s. 443, Centel/Zafer s. 699, Hakeri s. 484,

<sup>173</sup> Demirbaş s. 662

### dd) Denetim Süresi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri

Ertelenen ceza, toplum içerisinde infaz edilmektedir. Toplum içerisinde de infaz olsa bile buna bir sınırlama getirilmesi gerekmektedir. Ertelemede cezanın infazını sınırlayan süreye deneme süresi denilmektedir.

Deneme süresinin belirlenmesinde çeşitli ülke kanunları ayrı yöntemlere sahiptirler. Bu sistemleri iki grupta toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi olan 'sabit süre sistemi'nde, deneme süresini kanun belirler. Yargıcın bu süreyi kısaltmak, uzatmak yetkisi yoktur. İkinci yöntem olan 'takdiri süre sistemi'nde ise, kanun deneme süresinin üst sınırını belirler. Bu sınırı aşmamak kaydıyla deneme süresinin belirlenmesi her olayda yargıcın takdirine bırakılır. Birde bu iki yöntemi bünyesinde birleştiren karma sistem söz konusudur. Alt ve üst sınırı kanun tarafından belirlen ve hakim denetim süresini bu sınırlar arasında belirlediği 'karma sistem'in erteleme kurumunun amacına uygun ve daha isabetli olduğu savunulmuştur.<sup>174</sup>

Nitekim yeni TCK'da deneme süresi 647 sayılı CİK'nunda olduğu gibi sabit olarak belirlenmemiştir. TCK m 51/3'e göre, deneme süresi bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere erteleme kararına ilişkin hükmün kesinleştiği tarihten itibaren işlemek üzere hakim tarafından belirlenir. Ancak denetim süresinin alt sınırı, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz. Bu durumda denetim süresi en az bir yıl olmak zorundadır. Şayet fail bir yıldan fazla hapis cezasına mahkum olmuşsa, bu süre en az verilen hapis cezasının süresi kadar olacaktır. Kanunda yer alan düzenlemede, erteleme kararı verildikten sonra hakime deneme süresini uzatma ya da kısaltma biçiminde herhangi bir yetki tanınmamıştır.<sup>175</sup>

Mahkeme tarafından, hükümlerle birlikte cezanın ertelenmesi kararı verilmesi halinde, denetim süresi, kararda mutlaka gösterilmelidir. Kararda, denetim süresinden bahsedilmemesi halinde, bu sürenin kararda belirtilen mahkumiyet süresinden az olmamak koşuluyla, bir yıl olarak kabulü gerektiği savunulmuştur.<sup>176</sup> Uygulamada ise denetim süresi belirlenmeden erteleme kararı verilmesi bozma nedeni sayılmıştır.<sup>177</sup>

<sup>174</sup> Erem/Danışman/Artuk s. 842

<sup>175</sup> Alman Ceza Kanunu'nun 56/a-2 maddesine göre, deneme süresi alt sınıra kadar kısaltılabilir veya sürenin sonra ermesinden önce, üst sınıra kadar uzatılabilir.

<sup>176</sup> Töngür s. 142

<sup>177</sup> 2. CD 03.03.2008, 20234-3709, '5237 sayılı TCK'nun 51/3. maddesi hükmüne aykırı

Denetim süresi, erteleme kararının verildiği andan itibaren işleme-ye başlar. Yargı yoluna başvuru süresi dikkate alındığında aksi durumun kabulü denetim süresinin uzamasına yol açacaktır. Buna karşılık uygulamada hükmün kesinleştiği anda denetim süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir.<sup>178</sup> Hapis cezasının infazının ertelenmesi kurumunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun 56a-2 maddesine göre, deneme süresi erteleme hakkında kararın kesinleşmesiyle başlar.

Denetimli serbestlik, doğrudan doğruya hapis cezası dışında alternatif yaptırıma mahkum edilen kişilerle, koşullu salıverilen, cezası tamamen veya kısmen ertelenen ya da şartlı cezaya mahkum edilen kişilerin, düzenli olarak belirli bir merkezdeki kişilerin denetimi, gözetimi ve tedavisine tabi olarak belirlenen yaptırımlara tabi tutulmasıdır. Bu sistem ile denetime tabi tutulan kişiye, belirlenecek deneme süresi içinde, sosyal çevrelerinden koparılmadan toplumda kalma şansı verilerek, sanığın ıslahı amaçlanmaktadır.

Kanunumuz deneme süresi içerisinde hükümlünün denetime tabi tutulmasını öngörmüştür. Kanununun 51. maddesinin 4. fıkrasına göre

---

olarak, sanığın hapis cezasının ne kadar süreyle ertelenmiş olduğu ve hangi tarihte infaz edilmiş sayılacağı belirsiz bırakılacak şekilde, denetim süresi belirlenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması' aktaran Parlar s. 384

<sup>178</sup> Öztürk/Ertem s. 444, Toroslu s. 426, Ali Rıza Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara/2005, s. 72, Aksi görüş için bkz. İçel (Genel Hükümler) s. 379, İçel'e göre, yeni sistemdeki denetim sürelerinin hükmün kesinleşmesinden itibaren başlayacağı açıktır. Aksi takdirde, hükmün kesinleşmesinden önce denetim başlanmayacağına göre eski sistemdeki gibi sürelerin denetimsiz geçirilmesi gibi yeni sistemin niteliğine ve amacına tamamen aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 767, 'Denetim süresi, mahkemenin erteleme kararı verdiği tarihten değil, hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren başlar Zira hapis cezasının ertelenmesi, cezanın infazı ile ilgili bulunduğu, kesinleşmemiş bir mahkumiyetin infazına başlanamaz. (CGTİK m. 4)' Centel/Zafer/Çakmut s. 637, 2. CD 13.10.2009 31539-38167, 'TCK'nın 51/3. maddesi gereğince cezası ertelenen hükümlü hakkında öngörülen denetim süresinin karar tarihinde başlayacağına dair TCK'nın 51. maddesinde bir hüküm bulunmadığı gibi aynı maddenin 4. fıkrası gereğince hükümlü aleyhine bazı kısıtlamalara karar verildiğinde bunların yerine getirilmesinin ancak kararın kesinleşmesiyle mümkün olacağı ve aynı maddenin 8. fıkrası gereğince denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılacağına düzenlendiği, bu nedenle ertelenen bir infaz rejimi olduğu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesi gereğince de hükmün infazı için kesinleşmesi gerektiğine dair düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; cezası ertelenen sanık hakkında TCK'nın 51/3. maddesi gereğince öngörülen denetim süresinin kararın kesinleşme tarihinde başlayacağı gözetilmeden, karar tarihinden itibaren başlayacağı belirtilmesi' aktaran Parlar s. 353

hükümlünün deneme süresi içerisinde; a) Eğer bir meslek veya sanat sahibi değilse, bunu sağlamaya yönelik bir eğitim programına devam etmesine, b) Eğer bir meslek veya bir sanat sahibi ise, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, mahkemece karar verilebilecektir. Ayrıca mahkeme, denetim süresi içerisinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir. (m. 51/5)<sup>179</sup>

Madde de yükümlülükler karar verilebilir denilerek, bu konuda hakimlere takdir yetkisi verilmiş ve ayrıca maddenin 6. fıkrasında, 'Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine de karar verebilir.' şeklindeki hükümle bu husus ayrıca vurgulanmıştır. Ancak denetim süresinde hükümlünün 4. fıkrada öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesine karar verilmişse, bu kararın infazı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanununun 14/b. maddesine göre denetimli serbestlik müdürlüklerince yerine getirilecektir.<sup>180</sup>

Bunun dışında denetim süresi içerisinde hükümlünün tabi olacağı denetim türü maddede tahdidi şekilde belirlenmiştir. Kanunilik ilkesi gereğince 51/4. maddesinde belirtilmeyen bir denetim türüne hükmedilmesi mümkün değildir.

#### de) Zararın Giderilmesi Koşuluna Bağlı Erteleme

5237 sayılı TCK'nın 51/2. maddesine göre, cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki

<sup>179</sup> Bununla beraber Yargıtay, denetim süresinin, herhangi bir yükümlülük belirlemeden ve de uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine karar verilemeyeceğini belirtmiştir. (10. CD. 2006/1284) Donay s. 82

<sup>180</sup> Töngür s. 137

hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanması kurumunun akisine 5237 sayılı yasanın 51. maddesinde düzenleme koşulu zarar giderme koşulu mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme, takdir yetkisini kullanırken, verilen zararın ağırlığını, hükümlünün ekonomik durumu itibarıyla oluşan zarar ödeme yeteneğinin bulunup bulunmadığını ve bu koşulun somut olayda ertelemeden beklenen yararı azaltıp azaltmayacağını değerlendirerek kararını vermesi gerekir.<sup>181</sup>

Kanunun giderilmesini istediği zarar maddi zarardır.<sup>182</sup> Zararın içerisine manevi zarar da dahil etmek erteleme kurumunun uygulanmasını zorlaştıracaktır.

Zararın giderilmesi koşuluna bağlı erteleme kararı verilebilmesi için suçtan zarar görenin davaya katılması zorunlu değildir.<sup>183</sup> Ancak uygulamada, ertelemenin zararın giderilmesi koşuluna bağlanabilmesi için davaya katılma koşulu aranmaktadır.<sup>184</sup>

Cezanın zarar giderilmesi koşuluna bağlanarak ertelenmesi için, suçtan zarar görenin istemde bulunması gerekmemektedir. Hakim bu hususta re'sen karar verecektir. Ancak tarafın böyle bir istemi varsa, reddi halinde kararda gerekçesini belirtmelidir. Zararın giderilmesinde aynen iade veya suçtan önceki hale getirme mümkün ise, öncelikle bu durumun gözetilmesi, son çare olarak zararın tazminine yer verilmesi gerekir.<sup>185</sup>

Kovuşturma ya da soruşturma aşamasında etkin pişmanlık veya başka nedenlerle zararın giderilmiş olması durumunda koşula bağlı erteleme kararı verilemeyecektir.<sup>186</sup>

<sup>181</sup> İçel s. 376

<sup>182</sup> Zeki Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara/2008, USA Yayıncılık, s. 461, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 765, Aksi görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut s. 635

<sup>183</sup> Centel/Zafer/Çakmut s. 636

<sup>184</sup> Öztürk/Erdem s. 443

<sup>185</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 765

<sup>186</sup> Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt I, 2009/Ankara, s. 1362

### df) Cezanın Ertelenmesi Kararının Neticeleri

Muhakeme neticesinde mahkeme tarafında verilen erteleme kararı ile birlikte hapis cezasının infazı denetim süresi sonuna kadar geriye bırakılır. Hükümlü aynı suçtan tutukluysa erteleme kararı ile serbest bırakılır.<sup>187</sup>

Mahkeme tarafından belirlenen denetim süresi içerisinde kasten suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine aykırı davranılması hali ile denetim süresi içerisinde suç işlenmemesi ve öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde kanunda belirtilen neticeler ortaya çıkacaktır.

### dfa) Denetim Süresin İçerisinde Kasten Suç İşlenmesi veya Denetimli Serbestlik Tedbirine Aykırı Davranılması Hali

5237 sayılı TCK'nın 51/7 maddesine göre, hükümlü deneme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işler veya denetimli serbestlik tedbirinin gereği olan yükümlülükler hakimin uyarısına, uymamakta ısrar ederse, erteleme kararı geri alınarak ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilecektir.

Erteleme kararı, ilk olarak hükümlünün deneme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi nedeniyle geri alınabilir. Bu durumda deneme süresi içinde işlenen yeni suç hakkında karar verecek olan mahkeme erteleme kararını geri alarak, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infazına karar verecektir.

Cezanın ertelenmesi kararı verilmesinden sonra işlenecek ikinci suçu cezasının miktarı ve türü önemli olmayacaktır. Hapis, adli para cezası veya güvenlik tedbirine hükmedilmesi arasında fark yoktur.

Denetim süresinin başlangıcından önce bir suç işlenmesi halinde, önceki cezanın infazına karar verilemeyeceği gibi, denetim süresi sonlandıktan sonra da suç işlenmesi halinde de aynen infaza karar verilemez.<sup>188</sup>

Kanunda kasıtlı suç işlenmesi halinde erteleme kararının kalakacağı ifade edilmiş ise de; kanun sistemimizde erteleme kararının

<sup>187</sup> İçel (Genel Hükümler) s. 380

<sup>188</sup> Töngür s. 146

düşmesi için kasıtlı işlenen suçun deneme süresi içerisinde işlenmesi yeterli olup, ayrıca deneme süresi içerisinde kesinleşmesi aranmayacaktır. Ayrıca 647 sayılı İnfaz Kanunundan farklı olarak, erteleme hallerinde cezanın tamamen infaz şartı getirilmemiş, cezanın tamamen veya kısmen infaz edilmesi hususunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Fakat hakimin bu takdir yetkisini kullanırken, yani cezanın kısmen mi, tamamen mi infaz edileceğine karar verilirken hangi ölçütlere göre hareket edeceği maddede gösterilmemiştir.<sup>189</sup>

Yukarıda, yabancı mahkemelerden verilen hükümlerin erteleme engel olduğunu belirtilmişti. Burada ortaya çıkan sorun ise, erteleme sonrasında yurt dışında bir suç işlendiği takdirde, bu suçtan dolayı erteleme düşüp düşmeyeceğidir. Öğretide kabul edilen husus, bu suçtan dolayı yurt dışındaki mahkumiyetin erteleme düşürmeyeceği, erteleme düşmesi için bu suçun Türkiye’de kovuşturularak Türkiye’de bir mahkumiyet kararının verilmesinin gerekli olduğudur.<sup>190</sup>

Erteleme düşmesine dair kararı son mahkumiyet hükmünü veren mahkeme verir. Ancak esasen erteleme düşmesinden kaynaklanan netice kendiliğinden meydana gelir ve bu mahkemenin kararı sadece bir beyan niteliğindedir.<sup>191</sup> Ancak uygulamada erteleme düşmesine ve cezanın infazına erteleme kararı veren mahkeme hükmetmektedir.<sup>192</sup>

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, deneme süreleri içinde işlenen taksirli suçların erteleme kararına etkisinin bulunmamasıdır. Dolayısıyla deneme süresi içerisinde işlenen taksirli suç, önceki mahkumiyet nedeniyle verilen erteleme kararını düşürmediği gibi, şayet süresi iki yılı geçmiyorsa yeni işlenen taksir suçtan dolayı verilen hapis cezasının ertelenmesi de mümkündür.

<sup>189</sup> Cezanın ertelenmesi kararının düşmesi için mahkumiyet kararının verilmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında hükmün kesinleşmesinin de beklenmesi yani, verilen mahkumiyetin ‘kesin yargı’ halini alması gerektiği belirtilmiştir. Töngür s. 148

<sup>190</sup> Demirbaş s. 656

<sup>191</sup> Hakeri s. 487, Centel/Zafer/Çakmut s. 639

<sup>192</sup> 8. CD 26.01.2010, 1564-656 ‘sanığın, ertelenmiş cezasının infazına ilk hükmü veren mahkemece karar verilmesinin gözetilmemesi’



### **dfb) Denetim Süresi İçerisinde Kasıtlı Bir Suç İşlenmemesi veya Yükümlülüklerin Gereğinin Yerine Getirilmesi**

Deneme süresi yükümlülükler uygun ve herhangi bir kasıtlı suç işlemekten geçirilmiş ise, ertelenmiş ceza infaz edilmiş sayılır. 647 sayılı CİK'nunda farklı olarak ertelemeye deneme süresinin yeni bir suç işlemeksizin ve eğer kararlaştırılmış ise yükümlülükler uygun bir şekilde geçirilmesi halinde mahkumiyet vaki olmamış sayılmayacak, mahkumiyet varlığını koruyacak, fakat ceza infaz edilmiş sayılacaktır. Bu durumda tekerrür ve erteleme gibi hallerde mahkumiyete bağlanan diğer sonuçlar uygulanabilecektir. Başka bir anlatımla, deneme süresi sorunsuz geçirilse dahi, erteleme, daha sonra işlenecek suçların ertelenmesine engel teşkil edeceği gibi, tekerrür bakımından da dikkate alınacaktır.

#### **Netice**

Erteleme, tesadüfi suçlular ile hayatında ilk defa suç işleyenler için kabul edilen önemli bir kurumdur. Yargılamanın hangi safhasında olursa olsun, hayatında hiç suç işlememiş, ancak cezası az olan suçta karışan sanık için cezaevinde girmemesi yönünden yeni bir şans tanımaktadır. Zira erteleme kapsamında kalan kısa süreli hapis cezalarının sanık üzerindeki etkisi olumsuz olmaktadır. Sanığın cezaevine girmektense belirlenen yükümlülüklerle cezasını toplum içerisinde çekmesi bütün gelişmiş hukuklarda kabul edilmektedir. Cezanın genel ve özel önleme etkisi kısa süreli hapis cezaları yönünden her zaman geçerlilik taşımamaktadır. İtiyat suçlular yönünden kısa süreli hapis cezaları caydırıcı olmadığı gibi, tesadüfi suçlular yönünden ıslah edici etkisi bulunmamaktadır. Bazı durumlarda kişi hakkında yalnızca dava açılması, sanık üzerinde güçlü bir baskı oluşturacağı gibi, bazı durumlarda sanığın duruşmaya çıkması durumu ceza vermekle eş değer etki yaratmaktadır. Bu nedenle yargılama aşamasının her safhasında erteleme müessesine kabul etmek cezaların caydırıcılığı etkisini azaltmadığı gibi, kişiye yeni bir şans vererek topluma yeninde kazandırılması yolunu açacaktır. Uygulamada özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda mahkemeler tarafından yoğunlukla uygulanmaktadır. Ancak, erteleme müessesinin yanlış uygulanması da suçların cezasız kaldığının intibasını yaratacağı gibi,

hakimin her somut olayda toplumsal gerçekleri dikkate alarak erteleme kurumunu uygulaması gerekmektedir. Ülkedeki ceza evlerindeki mahkum sayısının fazlalığı ve mahkemelerdeki iş yoğunluğu erteleme kurumunun uygulama alanını genişletmiştir. Ancak böyle bir saikle erteleme kurumunun bir çok sabıkası olan sanık yönünden de çoğu olayda uygulanması hukuk düzenini korumayacağı gibi ertelemenin getiriliş amacına uygun düşmeyecektir. Zira erteleme kurumunun getiriliş amaçlarından en önemlisi kişiyi cezaevine girmeden ıslah olmasının sağlanmasıdır. Erteleme kurumunun şartları oluşmadan her olayda uygulanması suçların önlenmesine hizmet etmeyeceği gibi artmasına yol açabilecektir. Bu nedenle ülkedeki hukuk birliğini sağlayan yüksek yargının erteleme kurumunun uygulanmasında objektif kriterler belirleyen kararları önemlidir. Böylece ertelemenin getiriliş amacına aykırı uygulamalarında önüne geçilmiş olacaktır.

### KAYNAKLAR

- Aksoy M., Ramazan, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Ad. Der. Yıl. 99 S. 31 Mayıs/2008
- Artuç, Mustafa, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Terazi Huk. Der. Y. 3 S. 21, Mayıs 2008
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuk Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı. Ankara/2013, s. 736-770
- Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner, 'Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi', Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s. 55-87
- Bakıcı, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara/2008
- Bayraktar, Köksal, Siyasal Suç, Fakülteler Matbaası, İstanbul/1982
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Bası, Ekim/2012
- Çınar, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara/2005
- Denizhan, Hüseyin, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme, TBB, Y. 19, s. 214-245
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ekim 2012, s. 656-666
- Donay, Süheyl, 'Tecil Talebinin reddi halinde gerekçe göstermek zorunlu değildir', İÜHF, C. XXXVI S. 1-4, 1971, s. 631-645
- Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi

- Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul/2003, Şefik Matbaası
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt. III Onikinci Bası
- Erem, Faruk, 'Cezaların tecili kararı ve bunun neticeleri', Ad. Der. Yıl 1948 S. 8, s. 885 vd.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ondördüncü Baskı, 1997,
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Kazancı Yayınevi, Üçüncü Bası, s. 336-364
- Gündel, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt I, 2009/Ankara
- Hafızoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayıncılık, Ankara/2008
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, 2009/Ankara
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Yayınevi, 5. Bası, 2013, s. 368-382
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul/1967
- İçel, Kayıhan, 'Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi', Değişen Toplum ve Ceza Hukuk Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50. Yılı ve Gelceği Sempozyumu, Sermet Matbaası, 1976, s. 321-344
- Jeschek, Hans Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, Beta Yayınevi, İstanbul 2007,
- Keskin, Serap, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı', Prof. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir/2001, s. 409-420
- Kunter, Nurullah, 'Aleyhte Düzeltme Yasağı', İHFM, Cilt. XVIII, Sayı. 3-4, İstanbul/1952, s. 664-679
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, Onsekizinci Baskı, Ekim/2010,
- Malkoç, İsmail, Türk Ceza Kanunu, C I, Malkoç Kitabevi, 2008,
- Meran, Necati, 'Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri', Terazi Huk. Der. Y. 3 S. 23 Temmuz/2008
- Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul/1989
- Önder, Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, Fakülteler Matbaası, İstanbul/1963
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, 2013, s. 431-446
- Parlar, Ali, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, Mayıs/2010

- Sana, Adil, 'Tecil Talebinin Reddine Gerekçe Gösterilmesi Lazım mı', Ad. Der. Yıl 57, Sayı 4, Nisan/1966, s. 280-285
- Seviner, Kemal, 'Cezaların Ertelenmesi', Ad. Der. Yıl 59 Sayı 5 Mayıs/1968, s. 242-255
- Şahbaz, İbrahim, 'Cezanın Ertelenmesinde İçtima Sorunu', Yar. Der. C. 27 S. 1-2 Y. 2001
- Şeker, Hilmi, 'Esbab-ı Mucibe'den-Retoriğe Hukukta Gerekçe', Beta Yayınevi, 2010
- Şen, Ersan, 'Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C I', Vedat Kitapçılık, İstanbul/2006
- Toroslu, Nevzat, 'Ceza Hukuku Genel Kısım', Savaş Yayınevi, Ankara/2012
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, 'Ceza Muhakemesi Hukuku', Savaş Yayınevi, 2010
- Töngür, Ali Rıza, 'Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme', Adalet Yayınevi, Ankara/2009
- Turhan, Faruk, 'Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar', EÜHFD, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, Cilt. X, Sayı. 3-4, Yıl. 2006, s. 27-54
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, 'Ceza Muhakemesi Hukuku', Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara/2010
- Yaşar, Osman, 'Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu', Seçkin Yayınevi, Ankara/2009
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, 'Alman Ceza Kanunu/Strafgesetzbuch', Beta Yayınevi İstanbul/2009
- Yenisey, Feridun, 'Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat', Beta Yayınevi, İstanbul/1988
- Yurtcan, Erdener, 'Ceza Yargılaması Hukuku', Beta Yayınevi, 12. Bası, 2007
- Yüce, Turhan Tufan, 'In Dubio Pro Reo' kaidesi, Ad. Der. Yıl: 53, Kasım-Aralık 1962, Sayı: 11-12

# TÜRK VERGİ SİSTEMİNDE GİDER PUSULASI UYGULAMASI

## RECEIPT FOR NON-TAXPAYERS IN TURKISH TAX SYSTEM

Cem Barlas ARSLAN\*

**Özet:** Etkin bir vergi sistemi için iyi dizayn edilmiş belge düzeni gereklidir. Mükelleflerin düzenlemek zorunda oldukları belgeler arasında gider pusulası da bulunmaktadır. Gider pusulası, sadece vergiden muaf esnafa değil, genel olarak fatura vermeye yetkili olmayanlarla yapılan işlemlerde düzenlenmektedir. Nitekim gider pusulası fatura hükmündedir.

**Anahtar Kelimeler:** Vergi Usul Kanunu, Gider Pusulası, Vergiden Muaf Esnaf, Özelge

**Abstract:** In order to have an efficient taxation process, a well - designed documentation system is needed. Receipt for non-taxpayers is one of the documents that taxpayers should issue. Receipt for non - taxpayer, is not only issued for tax - exempt craftsman, but also for ones who are not authorized to invoice. In fact receipt for non-taxpayers is equivalent to invoice.

**Keywords:** Tax Procedure Law, Receipt for Non-Taxpayers, Tax Exempt Craftsman, Letter Ruling

## GİRİŞ

Modern vergi sistemlerinde, sistemin işleyişi açısından mükelleflere aktif rol verilmektedir. Mükellefler, vergilendirme sürecinde edilgen olmayıp etkin bir unsur olarak, vergilerin devlet hazinelerine intikaline kadar önemli işlev görmektedir. Bunun bir sonucu olarak da mükelleflerin vergiye ilişkin çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır.

---

\* Arş. Gör. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Nitekim Türk vergi sisteminin işleyişi de mükellef odaklı bir yapı göstermektedir.

Türk vergi sistemi ana kurgusu itibarıyla beyan esasına dayanmaktadır. Beyan esasına dayalı vergilemede ise mükelleflere önemli görevler ve yükümlülükler düşmektedir. Bu yükümlülükler Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) belirtilmekle birlikte; maddi ödev olan vergi borcunu ödemek ile defter ve belge düzeni, bildirimler, kayıt düzeni, muhafaza ve ibraz ödevi gibi başlıca şekli ödevler bulunmaktadır. Vergi borcunun zamanında ve eksiksiz ödenmesi açısından, defter tutma ve belge düzeni, mükellefin ödevleri içinde bir bakıma vergilendirme sürecinin temelini oluşturmaktadır. Defter tutma ödevi, sağlıklı ve doğru belgelendirme ile bir bütün oluşturmaktadır. Nitekim, sistemde vergiye konu işlemlerin eksiksiz ve doğru kavranabilmesi ve vergilendirmenin sağlıklı yapılabilmesi belgelendirmeye ve belge düzenine bağlı olmaktadır.

VUK'da ifade edilen ve düzenlenmesi zorunlu olan belgelerden birisi de gider pusulasıdır. Kanun'un 234. maddesi uyarınca, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenler, defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabı ve çiftçilerin; vergiden muaf esnaftan yapacakları mal ve hizmet alımları ile birinci ve ikinci sınıf tüccarların, zati eşyalarını satan kimselerden satın aldıkları mallar için gider pusulası düzenlemesi öngörülmüştür. Gider pusulası, fatura düzenleme yetkisine haiz olmayanların gerçekleştirdikleri işlemlerde fatura hükmünde olan ve fatura yerine geçen bir belgedir. Her ne kadar Kanun lafzında gider pusulası uygulamasının vergiden muaf esnafa yönelik olarak kapsamı daraltılmışsa da Maliye Bakanlığı, kendisine verilen yetki doğrultusunda tebliğler aracılığıyla gider pusulasının uygulama alanını genişletmiştir.

## I. GİDER PUSULASI VE KAPSAMI

Çağdaş vergi sistemlerinin işleyişi, mükelleflerin tutacakları kayıtlara dayanmakta olup, vergi matrahlarının tespitinde dayanakların, vergi idaresince tutulacak kayıtlardan mükelleflerin tutacakları kayıt-

lara doğru kaydırıldığı görülmektedir<sup>1</sup>. Türk vergi sistemi de bu esas çerçevesinde şekillenmiştir. Bu bağlamda, mükelleflerin tutacakları kayıtlar ve belge düzeni, vergilendirmenin nihai amacı olan vergi borcunun tahsili açısından önem taşımaktadır.

Vergilendirme işlemlerinde, vergiyi doğuran olayın maddi sonuçlarının gerçeği yansıtması, olayın meydana geldiği anda belgeye bağlanması ile mümkün olmaktadır. Defter tutma ödevinin tamamlayıcısı niteliğinde olan belgelendirme, kanunda “belge düzenine uyma ödevi” olarak yer almaktadır. Öte yandan mükelleflerin vergiye tabi işlemleri, bir özel hukuk ilişkisi ortaya çıkarmakta ve düzenlenen belgeler vergiyi doğuran olayın tespitinde birincil derecede önemli olup, taraflar açısından delil niteliği taşımaktadır<sup>2</sup>.

VUK uyarınca düzenlenmesi gereken belgelerden birisi de gider pusulasıdır. Gider pusulası fatura düzenleme yetkisi olmayanlar ile yapılan alım-satım işlemlerinde düzenlenmekte ve Kanun uyarınca fatura hükmünde olmaktadır.

## A. GİDER PUSULASININ TANIMI

Gider pusulası; fatura vermek ve almak mecburiyetinde olan mükelleflerin, fatura verme yükümlülüğü olmayanlardan aldıkları mal ve hizmetlere yönelik olarak düzenledikleri, fatura hükmündeki kanuni bir belgedir. VUK’un 234. maddesinde gider pusulası;

*“Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabının ve çiftçilerin:*

*Vergiden muaf esnafa;*

*Yaptırdıkları işler veya onlardan satın aldıkları emtia için tanzim edip işi yapana veya emtiayı satana imza ettirecekleri gider pusulası vergiden muaf esnaf tarafından verilmiş fatura hükmündedir. Bu belge, birinci ve ikinci sınıf tüccarların, zati eşyalarını satan kimselerden satın aldıkları altın, mücevher gibi kıymetli eşya için de tanzim edilir.*

<sup>1</sup> Fatih Saraçoğlu, “Belge ve Kayıt Düzeninin Genel Nitelikleri, Kayıt Düzeninin Türkçe Olması Zorunluluğu”, Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi, S. 426, 15 Ekim 2004, s. 72.

<sup>2</sup> Doğan Şenyüz, Vergi Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa - 2005, s. 107.

*Gider pusulası, işin mahiyeti, emtianın cins ve nev'i ile miktar ve bedeli- ni ve iş ücretini ve işi yaptıran ile yapanın veya emtiayı satın alan ile satanın adlarıyla soyadlarını (Tüzel kişilerde unvanlarını) ve adreslerini ve tarihi ihtiva eder ve iki nüsha olarak tanzim ve bir nüshası işi yapana veya malı satana tevdi olunur.*

*Gider pusulaları, seri ve sıra numarası dahilinde teselsül ettirilir."*

biçiminde ifade edilmiştir. Madde hükmünde bahsi geçen vergiden muaf esnaf ise Gelir Vergisi Kanunu'nun 9. maddesinde belirtilmiştir<sup>3</sup>. Buna göre;

- Motorlu nakil vasıtaları kullanmamak şartı ile gezici olarak veya iş yeri açmaksızın perakende ticaret ile uğraşanlar,
- Bir iş yeri açmaksızın gezici olarak ve doğrudan doğruya tüketiciye iş yapan hallaç, kalaycı, lehimci, musluk tamircisi, çilingir, ayakkabı tamircisi, kundura boyacısı, berber, nalbant, fotoğrafçı, odun ve kömür kırıcısı, çamaşır yıkayıcısı ve hamallar gibi küçük sanat erbabı,
- Köylerde gezici olarak her türlü sanat işleri ile uğraşanlar ile aynı yerlerde aynı işleri bir iş yeri açmak suretiyle yapanlardan 47. maddede (basit usule tabi olma) yazılı şartları taşıyanlar,
- Nehir, göl, deniz ve su geçitlerinde toplamı 50 rüsum tonilatoya kadar makinesiz veya motorsuz nakil vasıtaları işletenler; hayvanla veya bir adet hayvan arabası ile nakliyecilik yapanlar,
- Ziraat işlerinde kullandıkları hayvan, hayvan arabası, motor, traktör gibi vasıtalar veya sandallarla nakliyeciliği mutat hale getirmeksizin ara sıra ücret karşılığında eşya ve insan taşıyan çiftçiler,
- Evlerde kullanılan dikiş, nakış, mutfak robotu, ütü ve benzeri makine ve aletler hariç olmak üzere, muharrik kuvvet kullanmamak ve dışarıdan işçi almamak şartıyla; oturdukları evlerde imal ettikleri havlu, örtü, çarşaf, çorap, halı, kilim, dokuma ürünleri, kırpıntı deriden üretilen ürünler, örgü, dantel, her tür nakış işleri ve turistik eşya, hasır, sepet, süpürge, paspas, fırça, yapma çiçek,

<sup>3</sup> 2014 yılında yürürlüğe girmesi öngörülen Yeni Gelir Vergisi Kanunu Tasarısında, esnaf muafılığı 7. madde kapsamında düzenlenmiştir.



pul, payet, boncuk işleme, tığ örgü işleri, ip ve urganları, tarhana, erişte, mantı gibi ürünleri iş yeri açmaksızın satanlar ile bu ürünlerin, pazar takibi suretiyle satılması ile ticarî, ziraî veya meslekî faaliyetleri dolayısıyla gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olanların düzenledikleri hariç olmak üzere; düzenlenen kermes, festival, panayır ile kamu kurum ve kuruluşlarınca geçici olarak belirlenen yerlerde satanlar,

- Ticari işletmelere ait atıkları mutaat olarak veya belli aralıklarla satın alanlar hariç, bir iş yeri açmaksızın kendi nam ve hesabına münhasıran kapı kapı dolaşmak suretiyle her türlü hurda maddeyi toplayarak veya satın alarak bu malların ticaretini yapanlara veya tekrar işleyenlere satanlar,
- Basit usule tabi olma şartlarını (genel şartlar) taşıyanlardan, kendi ürettikleri ürünleri satanlara münhasır olmak üzere el dokuma işleri, bakır işlemeciliği, çini ve çömlek yapımı, sedef kakma ve ahşap oyma işleri, kaşıkçılık, bastonculuk, semercilik, yazmacılık, yorgancılık, keçecilik, lüle ve oltu taşı işçiliği, çarıkçılık, yemenicilik, oyacılık ve bunlar gibi geleneksel, kültürel, sanatsal değeri olan ve kaybolmaya yüz tutan meslek kollarında faaliyette bulunanlar ile sözü edilen işlere benzerlik gösterdikleri Maliye Bakanlığı tarafından kabul edilen ticaret ve sanat işleri ile iştigal edenler

vergiden muaf esnaf sayılmaktadırlar. Bununla birlikte; ticari, ziraî veya mesleki kazancı dolayısıyla gerçek usulde gelir vergisine tabi olanlar ile sayılan işleri gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerine bağlılık arz edecek şekilde yapanlar, esnaf muafılığından faydalanamamaktadır. Öte yandan, ilgili maddede uyarınca, esnaf muafılığından faydalananlar faaliyetleri ile ilgili olarak satın aldıkları mallara ve giderlerine ilişkin, gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinden aldıkları belgeleri saklamak zorundadırlar.

Gider pusulası tanımlanırken her ne kadar vergiden muaf esnaf ile sınırlı tutulmuş olsa da, VUK'un mükerrer 257. maddesinin Maliye Bakanlığı'na verdiği yetkiye istinaden gider pusulası uygulamasının kullanım alanı ve kapsamı genişletilmiştir. 141, 159, 164, 173, 225 ve 385 ve Sıra No'lu VUK Genel Tebliği<sup>4</sup>, 54 seri No'lu Katma Değer

<sup>4</sup> 141 Sıra No'lu Tebliğ, 31.01.1981 tarih ve 17237 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de,

Vergisi Kanunu Genel Tebliği<sup>5</sup> ve 68 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanunla İlgili Genel Tebliği<sup>6</sup> ile gider pusulası uygulamasına yön verilmiştir. Bu bağlamda, vergi mükellefi olmayanlardan alınan ikinci el otomobil, gayrimenkul, bilgisayar, cep telefonu gibi ürünler ile telif ödemeleri ve arızı serbest meslek kazancı ödemeleri için de gider pusulası düzenlenmektedir.

Vergi mükellefi olmayan kimselerden alınan mallara ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken husus; satıcının bu faaliyetinin devamlılık gösterip göstermemesidir. Keza faaliyetin devamlılık gösterdiği durumlarda mükellefiyet tesis ettirilmesi gerekmektedir. Bu durumda satışı yapan, mükellef olması hasebiyle kendi adına düzenleyeceği fatura ile ticari işlemi belgelendirebilecek olup faaliyetin devamlılık unsuruna haiz olmadığı durumlarda ise gerçekleşen işlem, gider pusulası vasıtasıyla belgeye bağlanacaktır<sup>7</sup>.

## B. GİDER PUSULASI DÜZENLENMESİ VE KAPSAMI

Maliye Bakanlığı, kendisine verilen yetkiye istinaden 225 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile gider pusulasının şekil ve usulüne ilişkin düzenlemeler yapmıştır<sup>8</sup>. Buna göre;

- Gider pusulalarında; işin mahiyeti, cinsi, adedi, fiyatı, tutarı, toplamı, tevkif edilen vergi oranı ve net tutarı, işi yaptıran ile yapanın veya emtiayı satın alan ile satanın adlarıyla soyadları (tüzel kişilerde ünvanları), adresleri, varsa vergi dairesi ve hesap numarası, seri ve müteselsil sıra numarası ve düzenleme tarihine ilişkin bil-

159 Sıra No'lu Tebliğ, 11.12.1984 tarih ve 18602 sayılı Resmi Gazete'de, 164 Sıra No'lu Tebliğ, 17.02.1985 tarih ve 18669 sayılı Resmi Gazete'de, 173 Sıra No'lu Tebliğ, 03.04.1986 tarih ve 19067 sayılı Resmi Gazete'de, 225 Sıra No'lu Tebliğ, 01.02.1994 tarih ve 21536 sayılı Resmi Gazete'de ve 385 Sıra No'lu Tebliğ, 01.08.2008 tarih ve 26954 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>5</sup> 24.04.1996 tarih ve 22620 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>6</sup> 07.09.2006 tarih ve 26282 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>7</sup> Denizhan Dilmaç, "Türk Vergi Mevzuatında Gider Pusulası", www.muhassebe-vergi.com/makale.aspx?id=452, Erişim: 10 Aralık 2013.

<sup>8</sup> Bahsi geçen diğer tebliğler ile gider pusulasına ilişkin düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, uygulamanın çerçevesini 225 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği belirlemektedir.

gilere yer verilecektir.

- Gider pusulaları en az iki nüsha olarak düzenlenecektir. En az iki nüsha düzenlenmeyen ve bilgileri eksik olan gider pusulaları hiç düzenlenmemiş sayılacaktır.
- Düzenlenen gider pusulalarının ilk nüshası işi yapana veya malı satana verilecek, ikinci nüshası ise düzenleyen tarafından saklanacaktır.
- Gider pusulaları, mükellefler tarafından anlaşmalı matbaalara bastırılacak veya notere tasdik ettirilecektir. Gider pusulasının anlaşmalı matbaalarda bastırılmaması veya kullanılmasında “Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik” hükümlerine uyulacaktır.<sup>9</sup>

İfade edildiği üzere, Maliye Bakanlığı, yayımladığı tebliğler ile gider pusulasının kapsamını genişletmiş ve uygulanabilir durumları, verdiği çok sayıda özelge ile açıklığa kavuşturmuştur. Bu bağlamda gider pusulası; vergiden muaf esnaf ile yapılan ticari işlemlerin yanı sıra nihai tüketicilerden alınan mal ve hizmetler, iadeler, telif ödemeleri vb. çok sayıda işlem için de kullanılmaktadır<sup>10</sup>.

## II. ÖRNEK OLAYLAR VE ÖZELGELER

Maliye Bakanlığı'nın gider pusulasının kullanımı ve kapsamına ilişkin çok sayıda özelgesi bulunmaktadır. Bunlardan örnek niteliği taşıyan bir kısmına aşağıda yer verilmiştir.

İade Edilen Mallar *hk.*: ...54 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin B/1 bölümünde, tüketiciler tarafından satın alınan malların çeşitli nedenlerle iade edildiği durumlarda satıcılar tarafından iade edilen mal nedeniyle gider pusulası düzenleneceği ve tü-

<sup>9</sup> Uygulamada sıkça yapılan bir hata, gider pusulasının aslının pusulayı düzenleyende kalmasıdır. Oysa ki suretin, gider pusulasını düzenleyende, aslının ise mal ya da hizmet alınan kişide kalması gerekmektedir.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ali Özyer, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 4. Baskı, Ankara, Mart 2008, s. 417-419.

keticiden iade edilen mala ait belgenin geri alınacağı açıklanmıştır. Ancak, Bakanlığımıza yansıyan olayların yeniden değerlendirilmesi sonucunda, yukarıda bahsedilen işlemlerde fiili imkansızlıklar nedeniyle satın alınan mallara ait belgelerin satıcılara geri verilemediği anlaşılmıştır. Bu durumda da satıcılar, tüketicilerin iade ettikleri mallar için yine gider pusulası düzenleyecekler ve pusulada alış belgesinin ibraz edilemediğini açıkça belirteceklerdir (13.01.1997 tarih ve B.07.0.GEL.0.54/5408-122/01364 sayılı özelge).

***Danışmanlık Hizmetlerinde Gider Pusulası Düzenlenmesi hk.:*** ...danışmanlık hizmetlerinin gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerine yaptırılması halinde, bu danışmanlık hizmeti karşılığında alınan bedelin fatura, danışmanlık hizmetinin serbest meslek erbabına yaptırılması halinde serbest meslek makbuzu, ücret karşılığında başka bir kurumda çalışanlara yaptırılması halinde ücret bordrosu veya Vergi Usul Kanunu'nun 234. maddesinde sayılanlara yaptırılması halinde ise gider pusulası ile tevsik edilmesi gerekmektedir (07.05.1997 tarih ve B.07.0.GEL.0.29/2924-232-2095/18643 sayılı özelge).

***Basit Usul Erbabının Gider Pusulası Düzenlemesi hk.:*** ...basit usulde vergilendirilen mükellefler tarafından esnaf muafliğından yararlananlardan mal ve hizmet alımları sırasında gider pusulası düzenlenecek, ancak vergi tevkifatı yapılmayacaktır. Öte yandan, basit usulde vergilendirilen mükelleflerin, yanlarında çalışan işçilerine yaptığı ücret ödemelerini, gider pusulası düzenleyerek kayıtlarına intikal ettirmeleri mümkün bulunmaktadır (05.04.1999 tarih ve B.07.0.GEL.0.44/4428-22/12792 sayılı özelge).

***Nihai Tüketiciden Alınan Otomobil hk.:*** ...birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabının ve çiftçilerin vergiden muaf esnafa yaptırdıkları işler veya onlardan satın aldıkları emtia için gider pusulası düzenlemeleri ve bu belgeyi işi yapana veya emtiayı satana imza ettirmeleri gerekmektedir. Öte yandan, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinin 13 numaralı bendinde, 4108 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "diğer kişilerden" satın alınan mal ve hizmet için yapılan ödemeler vergi tevkifatının kapsamı dışına çıkartıldığından esnaf muaflığı kapsamı dışında kalan diğer kişilere yapılan ödemeler üzerin-

den tevkifat yapılmayacaktır. Bu nedenle, şirketiniz tarafından nihai tüketiciden alınan otomobil için gider pusulası düzenlenmesi ancak, vergi tevkifatının yapılmaması gerekmektedir (16.11.1999 tarih ve B.07.0.GEL.0.44/4422-33/49938 sayılı özelge).

Konuya ilişkin olarak verilen bir başka özelge ise şöyledir: ...araç satış sözleşmesinin Vergi Usul Kanunu'nda yer alan vesikalardan biri olmaması nedeniyle, vergi mükellefiyeti olmayan kişiden araç satış sözleşmesi ile satın aldığınız taşıt için gider pusulası düzenlemeniz gerekmekte olup, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinde, esnaf muafliğından yararlanmayan ve vergi mükellefiyeti bulunmayan şahıslardan yapılan alımlar için tevkifat yapılacağına dair hüküm bulunmadığından gelir vergisi tevkifatı yapmanıza gerek bulunmamaktadır (08.06.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.16.01-2010-GVK-94-70-373 sayılı özelge).

**Çiftçiden Tevkifata Tabi Olmayan Mal Alımı hk.:** ...gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçilerden, küspe, yem gibi zirai faaliyet sonucu elde edilen ürünlerin alımları sırasında müstahsil makbuzunun, toz şeker alımlarında ise gider pusulasının düzenlenmesi gerekir (19.11.1999 tarih ve B.07.GEL.0.41/4102-201/050679 sayılı özelge).

**Hammaliye Hizmeti hk.:** ...şirketiniz tarafından boşaltma işini yaptırdığınız kimselere ödenen hammaliye ücreti için gider pusulası düzenlenmesi ve düzenlenen bu belgenin işi yapana imza ettirilmesi gerekmekte olup, araç sürücüsü adına gider pusulası düzenlenmesi mümkün bulunmamaktadır (06.12.2000 tarih ve B.07.0.GEL.0.29/2926-234-297/57639 sayılı özelge).

**Gider Pusulalarında Bedel Sınırı Olmadığı hk.:** ...vergi mükellefi olmayan kişilerden yapmış olduğunuz mal ve hizmet alımlarında düzenleyecek olduğunuz gider pusulalarında yer alacak bedele ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır (23.12.2010 tarih ve B.07.1.GİB.4.61.15.01-606-51-2010-49 sayılı özelge).

**Gider Pusulasının Toplu Olarak Düzenlenemeyeceği hk.:** ...nihai tüketicilere düzenlenecek faturada, müşterinin adı soyadı ve adresinin bulunması mecburi olup, ayrıca T.C. numarasının da yer alacağına dair bir hüküm mezkur maddede yer almamaktadır. Ayrıca, gider

pusulasının, altın mücevher gibi kıymetli eşyanın alımının yapıldığı anda düzenlenmesi mecburi olup, gider pusulasının yılın belli dönemlerinde toplu olarak düzenlenmesi mümkün değildir (18.03.2011 tarih ve B.07.4.DEF.0.19.10.00-vuk-2010-1-6 sayılı özelge).

**Telif Ödemeleri hk.:** ...yurt içi ve yurt dışından vergi mükellefi olmayan gerçek kişi yazarlardan satın alınan telif hakları karşılığında ödenen bedelin gider pusulası ile tevsik edilmesi gerekmektedir. Ancak, yurt dışında bulunan ve vergi mükellef olmayan gerçek kişi yazarlara telif hakları karşılığında ödenen ücretin gider pusulası ile belgelendirilememesi durumunda o ülke mevzuatına göre muteber bir belgenin alınması halinde bu belge ile tevsik edilmesi mümkün bulunmaktadır (22.03.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.18.02-32234-8024-160 sayılı özelge).

**Gayrimenkul Alımı hk.:** ...daire satın aldığınız kişilerin bu işi arızı olarak yapmaları durumunda faaliyetlerinin devamlılığından ve teslimin ticariliğinden söz edilemeyeceğinden bu işlem KDV'ye tabi tutulmayacak ve düzenlenecek gider pusulasında KDV'ye yer verilmeyecektir (13.07.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.38.15.01-KDV-20-876-69 sayılı özelge).

Konuya ilişkin olarak verilen bir başka özelge ise şöyledir: ...şirketinizin vergi mükellefi olmayan kişilerden, satmak üzere satın aldığı gayrimenkuller için yukarıda belirtildiği şekilde gider pusulası düzenlenmesi ve gider pusulasının bu gayrimenkulleri satan kişiye imzalatılarak bir nüshasının satan kişiye verilmesi, vergi mükellefi olmayan kişilerden gider pusulası düzenlenerek satın alınan gayrimenkullerin satılması durumunda ise gerçek satış bedeli üzerinden fatura düzenlenmesi gerekmektedir (29.03.2011 tarih ve B.07.4.DEF.0.15.10.00-001-4 sayılı özelge).

**İkinci El Ev Eşyası Alımı hk.:** ...esnaf muaflığından yararlanmayan ve vergi mükellefiyeti bulunmayan şahıslardan ikinci el ev eşyası alımlarında gider pusulası düzenlenmesi gerekmekte olup, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinde, esnaf muaflığından yararlanmayan ve vergi mükellefiyeti bulunmayan şahıslardan yapılan alımlar için tevkifat yapılacağına dair hüküm bulunmadığından gelir vergi-

si tevkifatı yapılmasına gerek bulunmamaktadır (14.07.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.41.15.01-GVK-2011/1-83 sayılı özelge).

**Arizi Serbest Meslek Kazancı hk.:** ...turist rehberlerinin rehberlik faaliyetini arizi olarak yapmaları veya bu faaliyetleri dolayısıyla gelir vergisinden muaf olmaları halinde, serbest meslek makbuzu düzenlemeyecekleri, Şirketiniz tarafından kendilerine yapılan ödemelerin ise gider pusulası ile belgelendirilmesi gerektiği tabiidir (15.07.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.19.02-019.01-987 sayılı özelge).

**Ev Hanımlarının Evlerinde Gösterdikleri Faaliyet hk.:** ...ev hanımları tarafından evlerinde (herhangi bir bağıllık olmaksızın) yapılması halinde, bu işi yapan ev hanımlarının Gelir Vergisi Kanunu'nun 9/6 bendi uyarınca esnaf muaflığı kapsamına değerlendirilmesi ve gider pusulası düzenlemek suretiyle yapılan ödemeler üzerinden, aynı Kanunun 94. maddesinin 13/a bendi uyarınca %2 oranında gelir vergisi tevkifatının yapılması gerekir (14.09.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.45.15.01-GVK-40-27-88 sayılı özelge).

**Site Yönetimine Gider Pusulası Düzenlenmesi hk.:** ...şirketinizce site yönetiminin vergi mükellefiyetinin bulunmaması halinde devredilen elektrik trafosu için gider pusulası düzenlenmesi ve karşılığında yapılan ödemeler üzerinden tevkifat yapılmaması, ancak site yönetiminin vergi mükellefiyeti bulunması halinde ise devredilen elektrik trafosu için devir bedeli üzerinden site yönetimince fatura düzenlenmesi gerekmektedir (21.02.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.20.15.01-30-MUK-2012-11-129 sayılı özelge).

### III. İŞYERİ KİRA ÖDEMELERİNDE GİDER PUSULASI

Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 16.05.2013 tarihinde verdiği bir özelge, gider pusulasının kullanım alanına ilişkin yeni bir durum ortaya çıkarmıştır. Özelge kapsamı ve olası sonuçları açısından kamuoyunda tartışma konusu olmuştur.

Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı'nun konuyla ilgili özelgesi şöyle: ...268 seri numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliği ile getirilen zorunluluk kapsamında tahsilat ve ödemelerin banka veya Posta ve Telgraf

Teşkilatı Genel Müdürlüğü aracılığıyla yapılması suretiyle tevsik edilmesi, bu zorunluluğu ortaya çıkaran işlemin mükellefler bakımından Vergi Usul Kanunu'nda sayılan belgelerle tevsik zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, banka veya Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen belgeler işlemi (hizmeti) değil buna ilişkin tahsilat ve ödemeyi tevsik etmekte, bu işlemle ilişkin olarak borçlanılan tutarın ise kiraya verenin mükellef olması halinde düzenleyeceği fatura, mükellef olmaması halinde ise tarafınızca düzenlenecek gider pusulası ile tevsiki zorunlu bulunmaktadır (16.05.2013 tarih ve 70280967-105-89 sayılı özelge).

Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı'nın özelgesi itibariyle iş yeri kira ödemelerinde gider pusulası kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum, iş yeri kirası ödeyen mükellefleri vergi cezaları ile karşı karşıya bırakma ihtimalini gündeme getirmiştir. Öte yandan, kira geliri elde edenler için de benzer yaptırımlar söz konusu olabilecektir. Şöyle ki; iş yeri kira ilişkisinde, bugüne kadar gider pusulası düzenlemeyen mükellefler için geriye dönük olarak ceza tahakkuk edebilecektir. Örneğin, özgelgenin açıklamaları doğrultusunda gider pusulası düzenlemeyen işyerlerine, 2014 yılında düzenlemedikleri her gider pusulası için, 190 TL'den aşağı olmamak koşuluyla, aylık kiranın %10'u oranında "özel usulsüzlük cezası" kesilebilecek. Ceza tutarı da toplam olarak 97.000 TL'yi bulabilecektir. Önceki yıllar için zamanaşımı da dikkate alındığından kesilecek ceza miktarı artabilmektedir. Nitekim ceza tutarı; 2013 yılı için 94.000 TL'yi, 2012 yılı için 88.000 TL'yi, 2011 yılı için 80.000 TL'yi, 2010 yılı için 77.000 TL'yi, 2009 yılı için 76.000 TL'yi ve 2008 yılı için 68.000 TL'yi bulabilecektir. Toplam kesilecek ceza tutarının ise 483.000 TL'yi bulması söz konusu olabilecektir. Ayrıca, iş yeri kiralalarına ilişkin ödemelerini banka dekontları aracılığıyla tevsik ederek defterlerine gider yazan mükellefler için bu imkan ortadan kalkmaktadır.

Gayrimenkullerini iş yeri olarak kiraya verenler için de vergi cezası söz konusudur. Kiraya verilen iş yerinin bir işletmenin aktifine kayıtlı olması halinde fatura düzenlenmesi gerekmekte olup, iş yerinin bir işletmenin aktifine kayıtlı olmaması durumunda ise asgari özel usulsüzlük cezasının 1/5'i oranında (2014 yılı için 38 TL) ceza söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan kiralama işlemine ilişkin olarak gider



pusulası düzenlenmesi, vergi cezasının yanı sıra kiraya verenin farklı bir il ya da ülkede ikâmet etmesi durumunda da ortaya bir külfet çıkarmaktadır.

Durum böyle olmakla birlikte, bizimde katıldığımız pek çok görüşe göre gider pusulası düzenlenmesi zorunluluğu, yapılacak bir düzenleme ile çözüme kavuşturulacak ve mükelleflerin bu hususta ceza ile karşılaşmasının önüne geçilecektir<sup>11</sup> (Maliye Bakanlığı daha önce verdiği bir özeldesinde, iş yeri kira ödemelerini fatura, banka dekontu veya kira mukavelesi gibi ispat edici vesikalarla belgelendirilebileceğini belirtmiştir). Diğer taraftan daha önce yayımlanan bazı tebliğlerde banka dekontlarının tevsik edici niteliğine vurgu yapılmıştır. Örneğin, (her ne kadar doğrudan kira ödemelerine ilişkin olmasa da) 215 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde<sup>12</sup> "*Gider pusulası düzenlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda münhasıran bu tür ödemelere ilişkin olmak üzere Vergi Usul Kanununun mükerrer 257 nci maddesinin Bakanlığımıza verdiği yetkiye istinaden, düzenlenecek banka dekontları da gider pusulası hükmünde kabul edilecektir*" ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca, her ne kadar Maliye Bakanlığı gider pusulası düzenlenmesini öngörse de bahsi geçen bazı işlemlerde, banka dekontu, noter senedi vb. gibi belgelerin de vergi hukukunda belirlenen serbest delil sistemine binaen tevsik edici niteliği olduğu yönünde düşünceler bulunmaktadır<sup>13</sup>.

#### IV. ÖZELGELERİN BAĞLAYICILIĞI

VUK'un 413. maddesi uyarınca, mükellefler Gelir İdaresi Başkanlığı ya da yetkili kıldığı kurumlardan vergi uygulamasına dair şüpheye düştükleri durumlara yönelik olarak izahat talebinde bulunabilmektedirler. Dikkat edileceği gibi özeldeler, idarenin kişiye özel olarak verdiği açıklamalardır. Mükellefler kendilerine verilen özeldeler ışığında işlem gerçekleştirmekte ve bu eylem ve işlemleri dolayısıyla cezaya tabi tutulmamaktadır.

<sup>11</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Şükrü Kızılot, "Her Ay Kanada'ya Makbuz İmzalatmaya mı Gideceğim?", Hürriyet Gazetesi, 30 Ekim 2013, ve "Gider Pusulası Yazmayan İşyeri Kiracısına Ceza", Hürriyet Gazetesi, 21 Ekim 2013.

<sup>12</sup> 06.12.1998 tarih ve 23545 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>13</sup> Zübeyir Bakmaz, «Gider Pusulası Uygulamasında Yaşanan Tereddütler», E-Yaklaşım Dergisi, S. 226, Ekim 2011.

Özelgeler vergi hukukunun yardımcı/bağlayıcı olmayan kaynakları arasında yer almaktadır. Bu anlamda özelgeler verilen kişiyi bağlarken, diğer mükellefler için bir yaptırım ortaya çıkarmamaktadır. Ne var ki son dönemde yapılan düzenlemelerle birlikte özelgelerin de bağlayıcı bir karakter kazandığını ifade etmek yanlış olmaz.

VUK 140. madde, vergi incelemesinde uyulacak esasları düzenlemektedir. Maddenin 5. bendinde vergi incelemesi yapanların vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemeyecekleri belirtilmektedir. Diğer taraftan söz konusu maddenin 2. fıkrasında; *“...rapor değerlendirme komisyonları tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanla komisyon arasında uyumsuzluk oluşması halinde uyumsuzluğa konu vergi inceleme raporları üst değerlendirme mercii olarak, Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarları aşan tarhiyat önerisi içeren vergi inceleme raporları ise doğrudan, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı bünyesinde bir Başkan Yardımcısının başkanlığında dört grup başkanından oluşan beş kişilik merkezi rapor değerlendirme komisyonu tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir...”* biçiminde ifade edilmiştir.

VUK 140. madde ile ilgili olarak çıkarılan 425 sıra no’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği<sup>14</sup> ile yapılan açıklamada ise *“...vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar inceleme neticesinde tanzim edecekleri raporlarda vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı hususlara yer veremeyecekler, dolayısıyla da bu düzenlemelere aykırı olarak tarhiyat öneremeyeceklerdir. Ancak, bu raporların intikal ettirildiği Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu ile diğer rapor değerlendirme komisyonları, raporları değerlendirirken mevzuata ilave olarak Gelir İdaresi Başkanlığınca verilmiş olan özelgelere uygunluk kıstasını da tatbik edeceklerdir...”*

*...Rapor değerlendirme komisyonları raporları özelgelere uygunluk yönünden değerlendirirken eleştiri konusu yapılan hususla ilgili olan ve Gelir*

<sup>14</sup> 27.03.2013 tarih ve 28600 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

*İdaresi Başkanlığınca verilmiş özeldeleri dikkate alacak ve varsa adına rapor düzenlenen mükellefe verilmiş özeldge ile sınırlı kalmayacaktır. Raporla, özeldgede yer alan görüş aksine bir tenkit varsa rapor olumsuz değerdendir-meye konu edilecek ve 31/10/2011 tarihli ve 28101 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Rapor Değerdendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümlerine göre işlem yapılacaktır. Olumsuz değerdendirmenin yapılabilmesi için özeldgede yer alan görüşün tam olarak raporda tenkid edilen konuyla ilgili olması diğerd bir ifadeyle verilen izahatın aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulanabilir olması gereklidir. Ayrıca, rapor değerdendirme komisyonunun dikkate alacağı özeldgenin ilgili konuda Gelir İdaresi Başkanlığınca verilmiş en güncel özeldge olması gerektiğedi tabidir.*

*Diğerd taraftan rapor değerdendirme komisyonlarının bir özeldgenin 369 uncu maddenin birinci fıkrası kapsamında olduğu kanaatine varmaları hâlinde özeldgenin değerdendirilmesi amacıyla 140 ıncı maddenin dördüncü fıkrasında yer alan komisyon teşkil edilecek ve değerdendirme neticesinde verilen karar ilgili rapor değerdendirme komisyonu ile incelemeye yetkili olanı bağlayacaktır..."*

ifadelerine yer verilmiştir. Özeldgelerin bağlayıcı karakterine ilişkin olarak diğerd bir düzenleme, Rapor Değerdendirme Komisyonlarının Oluşturulması İle Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>15</sup> kapsamında yer almaktadır. Yönetmeliğın 8. maddesinde, "... Rapor değerdendirme komisyonları, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar tarafından düzenlenen vergi inceleme raporlarını, vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özeldgelere uygunluğu ile maddi hata ve usul hatası içerip içermediğedi yönünden değerdendirir...", 9. maddesinde "Merkezi Rapor Değerdendirme Komisyonu, Vergi Müfettişleri ile rapor değerdendirme komisyonları arasında uyuşmazlığa konu vergi inceleme raporlarını bir üst değerdendirme mercii olarak, vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özeldgelere uygunluğu ile maddi hata ve usul hatası içerip içermediğedi yönünden değerdendirir. Merkezi Rapor Değerdendirme Komisyonu, Vergi Müfettişleri tarafından düzenlenen ve 18 inci maddede belirlenen tutarın üzerinde

<sup>15</sup> 31.10.2011 tarih ve 28101 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

*tarhiyat önerisi içeren vergi inceleme raporlarını, vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu ile maddi hata ve usul hatası içerip içermediği yönünden değerlendirir.” 10. maddesinde de “Vergi Dairesi Başkanlığı Üst Rapor Değerlendirme Komisyonu, vergi incelemesi yapmaya yetkili kılınan diğer memurlar ile rapor değerlendirme komisyonları arasında uyumsuzluğa konu vergi inceleme raporlarını üst değerlendirme mercii olarak, vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu ile maddi hata ve usul hatası içerip içermediği yönünden değerlendirir.” açıklamalarına yer verilmiştir.*

Son olarak belirtmek gerekir ki, özelgelere ilişkin benzer bir vurgu, Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik<sup>16</sup> bünyesinde de yer almış ve 11. maddenin 4. fıkrasında; “*Vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde defterdarlıklar, Komisyonunda oluşturulmuş sirküler veya özelgeler ile konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir hususta özelge talebinde bulunulması hâlinde, Komisyon tarafından oluşturulan sirküler veya emsâl özelge havuzunda yer alan özelgelere uygun olmak şartıyla özelge verebilir.*” denilmiştir.

Görüleceği gibi özelgeler, genel itibariyle bağlayıcı niteliği bulunmamakla birlikte son düzenlemeler neticesinde bağlayıcı kaynaklar gibi bir güç kazanmıştır<sup>17</sup>. Maliye Bakanlığı tarafından son yıllarda özelge konusunda yapılan önemli değişikliklerle, özelge sisteminin daha merkezîyetçi bir yapıya kavuşturulması suretiyle, hata ve hak-sızlıkların önüne geçilmesi hedeflenmiş ve özelgelere olan güveni artırmak amacıyla özelgelerin sağladığı koruma düzeyi artırılmıştır<sup>18</sup>.

## SONUÇ

Gider pusulasının kullanım alanları Kanun maddesinde belirtil-diği gibi vergiden muaf esnaf ile sınırlı değildir. Gider pusulası, ver-giden muaf esnaftan alınan mal veya hizmet için düzenlendiği kadar,

<sup>16</sup> 28.08.2010 tarih ve 27686 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>17</sup> Hülya Tekneci, «Özelgelerin Vergi Hukukundaki Önemi», Mali Çözüm Dergisi, S. 118, Temmuz - Ağustos 2013, s. 154.

<sup>18</sup> Tekneci, a.g.m., s. 157.

nihai tüketicilerden alınan her türlü mal ve hizmet için geniş bir kullanım alanı bulunan bir belgedir.

Vergi idaresi gider pusulasının kullanım alanını genişletmiştir. Güncel olarak ise bizimde çalışma içinde değindiğimiz gibi iş yeri kiraları açısından gider pusulası düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş belirtilmiştir. Ancak, bahsettiğimiz üzere, bu uygulama mükellefleri ve iş yerini kiraya verenleri zor duruma düşüreceğinden yapılacak bir düzenleme ile olası olumsuzlukların önüne geçilebilecektir. Diğer taraftan, vergi idaresinin görüşüne karşılık Danıştay'ın geçmişte verdiği aksi yönde kararı bulunmaktadır. Danıştay 3. Daire konuya ilişkin olarak; *"...Noter satış senedi ile satın aldığı otomobiller için gider pusulası düzenlenmediği gerekçesiyle adına özel usulsüzlük cezası kesilen davacı şirkete bu otomobilleri satanlar ticaret ve serbest meslek erbabı veya vergiden muaf esnaf olmadığı gibi satışa konu otomobiller kişisel eşya kapsamında olmakla birlikte altın ve mücevher niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle davacı kurumun satın aldığı binek otomobiller için gider pusulası düzenlenmediğinden bahisle kesilen özel usulsüzlük cezasında kanuna uygunluk görülmemiştir. Bu sebepten ötürü de kişisel eşya niteliğindeki otomobil satın alan davacının gider pusulası düzenlenmesi gerektiği ve noter satış senedine dayanılarak işletmeye mal ve demirbaş girişi kaydı yapılamayacağı gerekçesiyle İdarece yapılan temyiz başvurusu oybirliğiyle reddedilmiştir."* biçiminde karar verilmiştir<sup>19</sup>. Bu durum ise iş yeri kiralarına ilişkin olarak gider pusulası düzenlenmesinden kaynaklı kesilecek cezaların yargı aşamasında, mükellefler lehine sonuçlanacağını göstermektedir.

## KAYNAKLAR

- Bakmaz, Zübeyir, "Gider Pusulası Uygulamasında Yaşanan Tereddütler", E-Yaklaşım Dergisi, S. 226, Ekim 2011.
- Dilmaç, Denizhan, "Türk Vergi Mevzuatında Gider Pusulası", www.muhasibevergi.com/makale.aspx?id=452, Erişim: 20 Aralık 2013.

<sup>19</sup> Danıştay 3.Dairesi, 28.05.1996 tarih ve E. 1996/507, K. 1996/2026.

- Kızılot, Şükrü, "Her Ay Kanada'ya Makbuz İmzalatmaya mı Gideceğim?", Hürriyet Gazetesi, 30 Ekim 2013,
- Kızılot, Şükrü, "Gider Pusulası Yazmayan İşyeri Kiracısına Ceza", Hürriyet Gazetesi, 21 Ekim 2013.
- Özyer, Mehmet Ali, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 4. Baskı, Ankara, Mart 2008.
- Saraçoğlu, Fatih, "Belge ve Kayıt Düzeninin Genel Nitelikleri, Kayıt Düzeninin Türkçe Olması Zorunluluğu", *Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi*, S. 426, 15 Ekim 2004.
- Şenyüz, Doğan, Vergi Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa - 2005.
- Tekneci, Hülya, "Özelgelerin Vergi Hukukundaki Önemi", Mali Çözüm Dergisi, S. 118, Temmuz - Ağustos 2013.

# VERGİ HUKUKU AÇISINDAN TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

## INDIVIDUAL APPEALS TO THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT WITH REGARD TO TAX LAW

Tuğçe AKDEMİR\*

**Özet:** Bu makalenin amacı, vergi hukuku açısından temel hak ve özgürlüklerin ihlalleri neticesinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak olan bireysel başvuru yolunun incelenmesidir. Öncelikle, 1982 Anayasası'na getirilen değişiklik ile Anayasa Mahkemesi'ne yapılabilecek olan bireysel başvuru yolu incelenecek; daha sonra, bireysel başvuru yolunun vergi hukuku alanında uygulanması ele alınıp çalışmaya, uygulamaya yeni giren bireysel başvuru kurumunun günümüzde vergilendirme alanında nasıl şekillenip etkinlik kazanacağı yönünde görüş ve beklentiler ile tamamlanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Yolu, Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması, Vergilendirme.

**Abstract:** The purpose of this essay is to present a review of the procedure of individual appeal against violations of the fundamental rights and freedoms to the Constitutional Court with regard to tax law. First of all, this article will begin with an examination of the aforementioned procedure which has been implemented as an amendment to the Constitution of 1982; subsequently, the practice of individual appeals in the field of tax law will be taken into evaluation; after which, this article will conclude in providing observations and prospects as to how the newly implemented concept of individual appeals will materialize and be executed in the field of taxation.

**Keywords:** Constitutional Court, Individual Appeals, Protection of The Fundamental Rights and Freedoms, Taxation.

## GİRİŞ

İnsan hakları, bireylerin yalnızca insan olmaları sebebiyle sahip oldukları ahlaki haklar olarak tanımlanmakta; özünde insan merkezci bir düşünce ile bütün insanların, ahlaki değerleri bakımından eşit oldukları kabul edilmektedir.<sup>1</sup>

\* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Çoban Ali Rıza, "İnsan Haklarının Korunması ve Bireysel Başvuru: Yeni Anayasa'da Bireysel Başvuruya Yer Verilmeli mi?", Yeni Türkiye, S.50, 2013, s.750.

İnsan haklarını tanıyan, güvence altına alan anayasa metinleri, insan haklarının korunması açısından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunu kabul ettiği takdirde bir taraftan, bireysel adaletin (Sübjektif İşlev) gerçekleştirilmesine katkı sağlarken; diğer taraftan, anayasal adaletin (Objektif İşlev) gerçekleşmesine yardımcı olacaktır.<sup>2</sup>

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile evrensel insan hakları standartlarına ulaşılması bakımından da önemli bir imkan sağlayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Türk Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunu etkin bir iç hukuk yolu olarak değerlendirdiği takdirde, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmadığı zaman, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesi ile başvuruyu reddedebilecektir.<sup>3</sup>

Günümüzde her ne kadar insan haklarına saygının geliştirilmesinde önemli adımlar atıldığı söylenebilse de bu hususun, kamu otoriteleri bakımından birincil nitelikte olduğu söylenememektedir. İşte bu sebeple insan hakları alanında etkin bir denetim yolunun açılmasıyla; diğer bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle birlikte, anayasanın hak odaklı hale gelmesi sağlanmakta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan yıllık on bine yakın başvuruyu azaltacağı umudu doğmuş olmaktadır.

## 1982 ANAYASASI'NDA BİREYSEL BAŞVURU

### I. Bireysel Başvuru Yönteminin Kavram, Kapsam ve İşlevi

Anayasallık sorununun Anayasa Mahkemesi'ne soyut (dava yolu) ve somut (itiraz yolu) norm denetim yolu ile taşınmasının yanında, 7.5.2010 tarihinde 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde yapılan değişiklik ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesi vd. ile üçüncü bir yol olarak, anayasal hakları ihlal edilen bireylere, Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvuru hakkının tanınması, diğer bir ifadeyle, teknik bir kavram olan "anayasa şikayeti" yolu ile anayasa yargısının artık daha bütüncü bir hale büründüğü söylenebilmektedir.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Çoban, agm., s.753.

<sup>3</sup> Altan Alparslan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s.146.

<sup>4</sup> Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye, 4.Bs., İmge Ki-



“Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü” başlıklı 11. maddesi, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve **kişileri** bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” Şeklinde düzenlendiğinden söz konusu 11. maddeyi de temel alarak 148. madde ile bireysel başvuru hakkı kişilere temel hak ve özgürlüklerin **dolaysız kullanımını** sağlamaktadır.<sup>5</sup>

Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin somutlaştırılarak uygulamaya geçirilmesi ile herkes,<sup>6</sup> AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilecektir. Böylece bireylere sübjektif hak koruması sağlayan anayasa şikayeti, demokratik hukuk devletinin yapılandırılması açısından da önemli bir işleve sahip olacaktır.<sup>7</sup>

Ayrıca başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olma şartının arandığı anayasa şikayeti, kesin hükümlere karşı ikincil bir başvuru niteliği taşıdığı için “olağanüstü-olağandışı bir kanun yolu veya hukuki bir çare” olarak adlandırılmaktadır.<sup>8</sup>

## II. Bireysel Başvuru Süreci

### A. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanlar

Anayasa’nın 148. maddesinde belirtildiği gibi 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesine göre, “**Herkes**, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” Böylece vergi ödeme gücüne sahip olan her “vergi yükümlüsü” ile “vergi ödevlileri” bireysel başvuru hakkına sahip olmaktadır.

tabevi, Ankara, 2007, s.93.

<sup>5</sup> Sağlam Fazıl, “Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s.21.

<sup>6</sup> Göztepe, Ece, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s.33.

<sup>7</sup> Kanadoğlu Korkut, “Anayasa Şikayeti”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1 İçinde, Der. Musa Sağlam, Ankara, 2011, s.107.

<sup>8</sup> Kılıç Haşim, “İnsan Hakları İhlallerini Önlemede Bireysel Başvurunun Rolü”, Yeni Türkiye, S.50, 2013, s.25.

Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre, *"Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir."*

Buradaki **"güncel ve kişisel hak ihlalinin"** bireye mağdur sıfatını kazandırmış olması yeterli görülürken, ayrıca kendisinin maddi veya manevi bir zarara uğramış olması gerekliliği aranmayacaktır.<sup>9</sup> Kendisi aleyhine sonuç doğurabilecek temel hak ve özgürlüğe aykırı olabilecek işlem, eylem veya ihmâlin güncelliği bireysel başvuru sırasında gerçekleşmiş olmalı veya devam etmeli ancak ileride doğması söz konusu bir potansiyel hak ihlali niteliği taşımamalıdır.<sup>10</sup>

Dikkat edilmesi gereken diğer bir önemli husus ise, bireysel başvuruların ancak güncel, kişisel hak ihlalinin **"doğrudan etkilenenler"** tarafından yapılacak olmasıdır. Burada amaçlanan durum, kanunların genel, nesnel, kişilik dışı bir nitelik taşımasından dolayı daha somut ve sınırlı alanlarda başvuruların yapılmasının sağlanmasıdır.<sup>11</sup> Böylece, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi (vergi yasaları, tüzük, yönetmelik, genel tebliği gibi) Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler için de bireysel başvuru yapılamayacaktır. (6216 sayılı Kanun madde 45/3)

Ayrıca, kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamayacağı gibi (örneğin; Türk vergi hukukuna göre vergi yükümlüsü sayılan kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekkülleri, vergi dairesi başkanlıkları) özel hukuk tüzel kişileri de sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilecektir.

Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar ise, bireysel başvuru yapamayacaktır. (siyasi haklar gibi)

<sup>9</sup> GözübüyükA.Şeref-Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.40.

<sup>10</sup> Gözübüyük- Gölcüklü, age., s.43.

<sup>11</sup> Oder, Bertil Emrah, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikayeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1 İçinde, Der. Musa Sağlam, Ankara, 2011, s.96.

## B. Kanun Yollarının Tüketilmiş Olması

Bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüğü kamu gücü tarafından ihlal edilenlerin kendilerine tanınan ve kanunda öngörülen idari-yargısal olağan kanun yollarını kullanarak herhangi bir çözüme ulaşamaması sonucunda kullanılacak bir yol olup yukarıda da belirtildiği üzere ikincil nitelikte, olağanüstü-olağandışı kanun yolu olarak tanımlanmaktadır.<sup>12</sup>

Ulusal hukukun koyduğu kurallara göre, kanun yollarının tüketilmesi hem biçim hem de öz yönünden olmalıdır. Öz yönünden kanun yollarının tüketilmesi, AIHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önünde ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu ifadeden anlaşılması gereken öz yönünden başvurunun her türlü hukuki uyumsuzluk için değil, sadece anayasada yer alan korumaya ve güvenceye sahip temel haklara ilişkin ihlalin kamu gücü tarafından kullanılarak yapılacak olmasıdır.<sup>13</sup> **Biçim yönünden** kanun yollarının tüketilmesi ise, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara (başvurunun karara bağlanması veya etkisiz olduğunun anlaşılması, başvurunun yetkili kişilerce yapılması gibi) uygun olacak şekilde bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olmasını gerektirir.<sup>14</sup>

Ancak vergi hukukunda, kural olarak "idari yollar" seçimlik başvuru yolu olarak düzenlendiği için ilgililerin Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmadan önce idari yolları tüketmesi gerektiğini zorunlu yollar arasında sayamayacağımızı belirtmek gerekir.<sup>15</sup> Bu durumun istisnasını ilk olarak, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'na göre idari başvuru yolu öngörülen **gümrük vergilerine** ilişkin uyumsuzluklar oluştur-

<sup>12</sup> Erdem Tahir, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu ve Vergi Hukuku Alanında Uygulama İmkânı", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.282, 2012, s.95.

<sup>13</sup> Nazalı Ersin, "Anayasa Mahkemesine Vergisel Yönlü Bireysel Başvuru Hakkının Olası Sonuçları", *Vergi Dünyası*, S.377, 2013, s.41.

<sup>14</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, age., s.68.

<sup>15</sup> Gümüşkaya Gamze, "Vergi Ödevlisinin Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurusunun Kabul Edilebilirlik Koşulları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Vergi Hukuku Toplantısı Özel Sayısı)*, Cilt:17, S.3-4, 2011, s.51.

maktadır. İkinci durumu, vergilendirme süreci içerisinde vergi idaresinin eylem, işlem veya ihmaline karşı açılacak olan **tam yargı davaları** oluştururken; üçüncü durum ise, Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 124. maddesine göre, "Vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanlar şikayet **yolu** ile Maliye Bakanlığına müracaat edebilirler." Şeklinde düzenlenmiş olup yargı yoluna gitmeden önce Maliye Bakanlığına şikayet yolu zorunlu tutulmuştur.

Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasının son kısmına göre, "Başvuruda bulunabilmek için **olağan kanun yollarının** tüketilmiş olması şarttır." Buna karşılık 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 2. fıkrasında ise, "İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş **idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.**" Bu düzenlemelerden hareketle, Anayasada yer alan olağan kanun yollarının tüketilmesine yönelik açık hükme karşın yasadaki düzenlemeye bakılacak olursa "olağan" ifadesine yer verilmemiş olması "olağanüstü" kanun yolunun da tüketilmesi gerektiği şekilde anlaşılabilir. Ancak, bu durumda yapılması gereken hak sahibinin lehine yorumla Anayasadaki düzenlemenin esas alınması veya 6216 sayılı Kanun'da Anayasaya uygun olarak değişikliğe gidilmesi gerektiğidir.<sup>16</sup>

### C. Bireysel Başvuru Dilekçesi ve Harcı

Bireysel başvuru usulü 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesine göre, bu kanunda ve içtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İchtüzükle düzenlenir.

Başvuru dilekçesinde başvuru sahibinin ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir.

<sup>16</sup> Şahbaz İbrahim, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s.83.

Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır.

Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir. Ancak bu hususta vekâletnamede özel bir yetkinin bulunmasına yönelik ayrıca açık bir düzenleme olmadığından uygulamada noterler vekâletnamelere “bireysel başvuru yapabilir” şeklinde hüküm düşmektedir.<sup>17</sup>

Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvurucu veya varsa vekiline on beş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir.

Ayrıca 6216 sayılı Kanun’un 75. maddesinin 8. fıkrasına göre, “2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu’na bağlı (I) sayılı tarifinin “A) Mahkeme Harçları” başlıklı bölümünün ilk cümlesine “yargı konularında” ibaresinden sonra gelmek üzere “, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda” ibaresi ve “I- Başvurma harcı” başlıklı fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.” Buna göre 69 Seri No.lu Harçlar Genel Tebliğine göre, 2013 yılı için Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru harcı 198,35 TL olarak belirlenmiştir.

#### D. Bireysel Başvuru Süresi

Bireysel başvurunun;

- Başvuru yollarının tüketildiği tarihten,
- Başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren

**otuz** gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurusunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder. (6216 sayılı Kanun madde 47/5)

<sup>17</sup> Deynekli Adnan, “Yargıtay’ın Anayasa Şikayetine Bakışı”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1 İçinde, Der. Musa Sağlam, Ankara, 2011, s.84.

Görüldüğü üzere, ihlal işlemine karşı bireysel başvuru yolunun olup olmadığına göre ayırım getirilmiş, sürenin başlangıcı ise, farklı şekillerde düzenlemiştir. Ancak, “başvuru yollarının tüketildiği tarihten” itibaren belirlenen otuz günlük süre konusu tartışma yaratabilir. Çünkü başvuru “başvuru yollarının tüketildiği” konusundaki bilgiyi ancak tebliğ ile öğrenebilecektir. Bu yüzden tebliğ yapılmadan önce sürenin başlatılmaması gerekir. Bu sebeple, kanun koyucunun olağan kanun yollarını öngörmesi halinde bunun tüketildiğinin tebliğ veya başka yolla öğrenildiği tarihten itibaren başlatılması gerekir. Aksi takdirde, “başvuru yollarının tüketildiği tarihten” başlatılacak otuz günlük süre, hak aramayı engelleyecektir.

Ayrıca Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Devlet işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” Bu yüzden Anayasadaki bu düzenleme 6216 sayılı Kanuna açıkça yansıtılmadığı gibi, kanunun 47. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, “başvuru yollarının tüketildiği” veya “ihlalin öğrenildiği” tarihten itibaren otuz günlük sürenin başlayacağına ilişkin düzenleme yerinde değildir. Böyle bir durumda Anayasanın doğrudan uygulanması veya yasanın bu hükmünün iptal edilmesi gerekir.<sup>18</sup>

Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, işleme karşı öngörülen kanun yolu başvurusunda “süreyi kaçırma, yanlış tebligat işlemleri nedeniyle kesinleşme veya bilinçli olarak yasa yoluna başvurmama yahut öngörülen kanun yolunun etkin olmayacağı düşüncesiyle tüketmeme” gibi nedenlerle kanun yolu tüketilmeksizin/ tüketilemeden kesinleşmiş işlemler bakımından, kesinleşme tarihinden itibaren otuz gün içerisinde bireysel başvuruda bulunulması gerektiğidir.<sup>19</sup>

AİHM’e bireysel başvuruda bulunabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren **altı aylık süre** öngörüldüğü halde (AİHS, m.35/1), Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda otuz günlük sürenin öngörülmesi başvuruya hazırlanma bakımından hak aramayı güçleştirebilir. Diğer taraftan, AİHM’nin süre konusunda iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair red kararını vermesi için geçen sürenin altı ay kadar uzun olmasına karşılık; iç hukukta öngörülen bu sürele-

<sup>18</sup> Şahbaz, agm., s.99.

<sup>19</sup> Şahbaz, agm., s.99.

rin kısa olması, iç hukuk yolunun tüketilmesi bakımından sorun yaratabilecektir.<sup>20</sup> Bu sebeple ön koşulların sağlanması açısından sürelerle ilgili sabit bir standart getirilmesi yerinde görülebilir.

### III. Bireysel Başvurunun Kabul Aşaması Açısından İncelenmesi

#### A. Kabul Edilebilirlik Şartları

Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için başvuru sürecine ilişkin şartların taşınması gerekir.

Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucağının önemli bir zarara uğramadığı başvurular ve başvuruda bulunanın hukuki yararının olmaması ile<sup>21</sup> açıkça dayanak-tan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.

Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına **oy birliği** ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir.

Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir.

Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir. (6216 sayılı Kanun madde 48)

#### B. Esas Hakkındaki İnceleme

Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Başkan iş yükünün bölümler arasında dengeli bir şekilde dağıtılması için gerekli önlemleri alır.

Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığı'na gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir. Ancak başvurunun bir örneğinin Adalet Bakanlığı'na gönderilmesi yürütmenin davaya taraf yapılmasına sebebiyet vermekte ve bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun düşmemektedir.

<sup>20</sup> Gözübüyük - Gölcüklü, age., s.69.

<sup>21</sup> Deyneki, agm., s.84.

Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir.

Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir.

Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebilir. Burada genel olarak geçici hukuki himaye tedbirlerinden bahsedilmekte<sup>22</sup> ve tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır.

Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.

Esas hakkında incelemenin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.(6216 sayılı Kanun madde 49)

#### IV. Bireysel Başvuru Kapsamında Verilen Kararlar

Anayasada bireysel başvuruya ilişkin kapsam ve çalışma usulü düzenlenirken Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda nasıl karar vereceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasanın 148. maddesinin son fıkrasına göre, "*Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.*" Ancak, bireysel başvuru gibi önemli bir konunun anayasada açıkça düzenlenmesi yerine, bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesine bırakılması bu kurumun hukuki güvence oluşturmasını zayıflatmıştır.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Deynekli, agm., s.85.

<sup>23</sup> Şahbaz, agm., s.109.



6216 sayılı Kanun'un 50. maddesine göre, bireysel başvuru konusunda verilebilecek kararlar ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, esas incelemesi sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verebilecektir.

### A. Başvuruda Bulunanın Hakkının İhlaline Karar Verilmesi

Esas inceleme sonucunda, ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Burada karşımıza çıkan tartışmalı husus ise, "yapılması gerekenler" ifadesinin içinin ne şekilde doldurulması gerektiğidir. Kim, nasıl, ne şekilde yapılması gerekenleri tespit edecek ve en önemlisi Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda yetkisini ne ölçüde kullanacaktır?<sup>24</sup>

Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Buradaki kanun düzenlemesine bakıldığında, ilgili mahkemenin son kanun yolu incelemesini yapan mahkeme olarak anlaşılması ise yerinde olacaktır.<sup>25</sup>

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuruçunun lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığı'na tebliğ edilir ve mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazete'de yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir. Ancak Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına bakıldığında, "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*" Şeklinde düzenlendiği görülürken; Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular

<sup>24</sup> Deynekli, agm., s.87.

<sup>25</sup> Deynekli, agm., s.87

sonucunda verilecek olan kararların ise hangilerinin Resmi Gazete'de yayımlanacağına ilişkin hususların İÇtüzükte düzenlenmesine karar verilmesi Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırı bir düzenleme oluşturmaktadır.<sup>26</sup>

### **B. Başvuruda Bulunanın Hakkının İhlal Edilmediğine Karar Verilmesi**

Esas inceleme sonucunda, Anayasa Mahkemesi başvuru hakkının ihlal edilmediği yönünde ise, başvurunun reddine karar verecektir.

Bununla birlikte, caydırıcı bir etki yaratması amaçlanarak, 6216 sayılı Kanun'un 51. maddesine göre, *"Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca iki bin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir."*

### **C. Bireysel Başvurudan Feragat**

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre çekişmeli yargıda geçerli olan "tasarruf ilkesi" (HMK madde 24) gereğince taraflar, dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecek; davacı dilerse, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçebilecektir. (HMK madde 307)

Şekle bağlı (yazılı feragat-sözlü feragat) bir usul işlemi niteliği taşıyan davadan feragat; içeriği bakımından, maddi hukuk işlemi sayılmaktadır.<sup>27</sup> Buna göre, davadan feragat, HMK'nın 303. maddesine göre, maddi anlamda kesin hüküm gibi sonuç doğuracak; kısacası tarafları, konusu, sebebi aynı olan dava yeniden açılmayacaktır. Diğer taraftan, HMK'nın 310. maddesine göre, hüküm kesinleşinceye kadar davacı tek taraflı irade beyanı ile davadan feragat edebilmekte ve bu hususta feragatın mahkeme tarafından ayrıca kabulüne gerek duyulmamaktadır.

<sup>26</sup> Şahbaz, agm., s.118.

<sup>27</sup> Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.528.

Hiç kimse açmış olduğu davayı sonuna kadar takip etme zorunluluğu altında tutulamayacağı için davadan feragat, her dava için uygulanabilir bir işlem niteliği taşımaktadır. 6216 sayılı kanun da aynı şekilde davadan feragat kurumunu kabul etmekte ve 50. maddenin 5. fıkrasına göre, “*Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir.*” Şeklinde düzenlendiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvurunun öznel işlevine ağırlık verip, nesnel işlevine ağırlık vermemesi, diğer bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklerin ihlali kararı verebilmesi için kişinin talebine bağlı olması feragat kurumunun da benimsendiğini bize göstermektedir.<sup>28</sup> Ancak bazı ülkelerde yargılamaya devam edilebileceği yönünde kararlar verildiği için iradenin fesada uğratılması halinde ve irade sakatlıkları durumunda başvurunun nereye yapılacağı ve nasıl uygulanacağı yönünde uygulamada bazı sorunlar gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.<sup>29</sup>

## BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN VERGİ HUKUKU ALANINDA UYGULANMASI

### I. Genel Olarak Vergi - Bireysel Hak İlişkisi

İnsanların varlıklarını sürdürebilmeleri, onların zorunlu olan ihtiyaçlarının giderilmesi ile gerçekleştiği için bu gereksinimlerin karşılanması amacıyla gösterilen çabalar olarak adlandırılan “ekonomik faaliyetler”<sup>30</sup> ile devletlere bir takım görevler düşmektedir.

Buna göre, bir taraftan sosyal ve demokratik devletlerin gerekleri doğrultusunda toplumdaki ihtiyaçlar giderilmekte, üretimde ve tüketimde etkinliğin sağlanması amacıyla kamusal yardımlar yapılmakta; diğer taraftan ise, kamu hizmetlerinde bulunabilmek amacıyla yapılan kamu harcamalarının finansmanı vergi ve benzeri gelirlerle sağlanmaktadır.

Vergi kanunları bu doğrultuda, mükelleflere vergiye ilişkin çeşitli ödevler yüklemektedir. Buna göre mükellefler, bu yükümlülüklerini kanunlarda öngörülen esas, şekil ve zamanlarda gerçekleştirmelidir-

<sup>28</sup> Oder, age., s.103.

<sup>29</sup> Deynekli, agm., s.88.

<sup>30</sup> Pekin, Tefvik, Ekonomiye Giriş, İstiklal Matbaası, İzmir, 1982, s.1.

ler. Ancak bu zorunluluk, mükelleflerin ödevlerini uygun bir şekilde yerine getirebilmesi amacıyla, idareye sıkı bir denetim ve yaptırım uygulama yetkisi de vermektedir.<sup>31</sup>

Kişilerin hak ve özgürlüklerine etkin müdahalelerden biri olarak kabul edilen devletin vergilendirme yetkisi, Anayasa'da güvence altına alınarak,<sup>32</sup> temelde "anayasal hukuk devletinin" sağladığı, belirli ilkelere doğrultusunda düzenlenen hukuki güvencelere dayanmaktadır.

Çağdaş demokratik uygarlıkların ulaşabileceği en önemli basamaklardan biri olan hukuk devleti,<sup>33</sup> insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uyan bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekte kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kuralları ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.<sup>34</sup> Kısacası hukuk devleti ilkesi ile devlet, sadece yönetilenlerin uymakla yükümlü olduğu kuralları koymakla kalmaz, aynı zamanda bireylere ve topluma hukuki güvenceler sağlayarak, koyduğu hukuk kuralları ile kendisini de bağlı sayar.<sup>35</sup> 1982 Anayasası'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2. maddesi, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir." şeklinde düzenlenerek hukuk devletini cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtmiştir.

Bu hususta, kamusal ihtiyaçların karşılanması amacıyla toplanacak olan vergilerin ülke sistemleri içerisinde başarılı, tasarruflu olabilmesi ve en önemlisi bireylerin hak ve özgürlüklerini esas alacak bir biçimde dengeli ve orantılı bir şekilde<sup>36</sup> uygulanabilmesi için hangi yolların izlenmesi gerektiği sorunu çıkmaktadır.

<sup>31</sup> Baklacioğlu, Sadık, Vergi Hukuku Ders Notları, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1965-1966, s.131.

<sup>32</sup> Çağan, Nami, "1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme", Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1983, s.69.

<sup>33</sup> Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 12. Bs., Yetkin Basımevi, Ankara, 2011, s.123.

<sup>34</sup> Nohutçu, Ahmet, İdare Hukuku, 2. Bs., Savaş Yayınları, Ankara, 2009, s.31.

<sup>35</sup> Günday, Metin, İdare Hukuku, 10. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.39.

<sup>36</sup> Uzun, Mehmet Cengiz, "Vergi Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.235, 2008, <http://www.vergisorumlari.com.tr/makale.aspx?makaleno=2182>, Erişim Tarihi: 17.06.2013.

1982 Anayasası'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2. maddesi ile "Vergi Ödevi" başlıklı 73. maddesi birlikte göz önüne alındığında, vergiye uyumlu bir toplumun oluşturulabilmesi, her şeyden önce **adil bir vergi sistemine** bağlı olduğu için vergide adaletin sağlanabilmesi adına "kimlerden, hangi şartlar altında ve nasıl vergi toplanabileceği" sorularına etkin bir çözüm bulmak gerektiği görülmektedir.

Adalet kavramı, temelinde kesin ve mutlak bir anlam taşımayan kişisel değer yargılarına bağlı subjektif nitelikte olduğu için, vergileme ilkeleri içerisinde yer alan vergide adalet kavramının temellendirilmesi de içinde bulunulan ekonomik, sosyal, siyasal ve hatta ahlaki düşüncelere göre farklılıklar gösterip nispi ve subjektif bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>37</sup>

Adaletli bir vergi, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarının göz önüne alınmasıyla hazırlanan ve hem yatay eşitliğe hem de dikey eşitliğe uygun olan bir vergidir. Buna göre:<sup>38</sup>

- **Yatay Eşitlik:** Aynı ya da benzer durumda olan yükümlülerin "eşitlere eşit muamele ilkesi" gereğince aynı boyutta ve aynı şekilde vergilendirilmesini ifade eder.
- **Dikey Eşitlik:** Sosyal ve ekonomik durumları birbirinden farklı olan yükümlülerin farklı muamelelere tabi tutulmasını ifade eder. Böylece, içinde buldukları duruma göre, bazı bireyler diğerlerine göre daha yüksek vergi ödeyeceklerdir.<sup>39</sup>

Burada amaçlanan husus, mükelleflerin birbirlerinden farklı olan kişisel, ailevi ve ekonomik durumlarına ve değişen ekonomik koşullara göre, iktisadi etkinliğin sağlanması adına **eşit bir şekilde vergilendirmeyi** gerçekleştirmektir.<sup>40</sup>

Ayrıca, bireyin özgürlüklerini devlete karşı koruyarak keyfi ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları engelleyen **vergilerin kanuniliği**

<sup>37</sup> Erginay, Akif, Kamu Maliyesi, 12. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 1987, s.43.

<sup>38</sup> Musgrave, Richard A., "Horizontal Equity, Once More", *National Tax Journal*, 1990, Vol.43, No: 2, s.113.

<sup>39</sup> Stiglitz, Joseph E., *Economics Of The Public Sector*, 3.Bs., W.W. Norton&Company, New York / London, 2000, s.469.

<sup>40</sup> Noord, Paul Van Den-Heady, Chistopher, "Surveillance of Tax Policies: a synthesis of findings in economic surveys", OECD Economics Department Working Papers, 2001, No:303, s.17.

**ilkesi** ile de hiçbir surette kanunsuz vergi alınmayacağı ifade edilmektedir.<sup>41</sup> Böylece, vergilerin kanuniliği ilkesi ile vergilerin, bir yandan genel-objektif düzenleyici işlemlerle konulması sağlanırken; diğer taraftan, yapılacak olan bireysel-sübjektif işlemler, vergi kanunlarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmektedir.<sup>42</sup>

Kısacası, “vergiciliğin anayasası” olarak da adlandırılabilen vergileme ilkeleri ile kanun koyucu tarafından belirlenen kurallar ile şekle ve usule ait sorunlar açıklanır. Böylece bu ilkelere uygunluk gösteren vergi sistemleri, bireylerin hak ve özgürlüklerini esas alarak toplum tarafından benimsendiği ölçüde uygulamada başarılı olacaktır.<sup>43</sup>

## II. Vergilendirme Alanında Bireysel Başvuruya Konu Olabilecek Haklar

### A. Mülkiyetin Korunmasını Talep Hakkı

Vergilendirme - mülkiyet ilişkisi, kamu yararı ölçüsünde tüm ekonomik menfaatler bakımından bireyin mülkiyet hakkına müdahale oluşturmakta; sonuç olarak bireyin malvarlığı, alınan vergi miktarı kadar eksilmektedir.<sup>44</sup>

Her türlü mali yükümlülüğün mülkiyet hakkına müdahale edebileceğinin kabulü ile burada dikkat edilmesi gereken husus, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge ve oranın keyfi olmaması ve hukuki güvenceler sağlaması gerektiğidir.<sup>45</sup>

Bireylerin mali durumlarını temelden sarsan ve ağır yük getiren vergiler, içinde bulunulan siyasi, ekonomik, sosyal şartlar gözetilerek Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca değerlendirilmeli, devletin varlığını sürdürebilmesi ve kamu hizmetlerini karşılayabilmesi açısından sahip olduğu vergileme yetkisinin meşruluk alanı dışına çıkmasına

<sup>41</sup> Güneş, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 2.Bs., XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.12.

<sup>42</sup> Öncel, Mualla-Kumrulu, Ahmet-Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 22.Bs.,Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.40.

<sup>43</sup> Tuncer, Selahattin, Kamu Maliyesi, 4. Bs., Yakın Ofset Matbaası, İstanbul, 1975, s.292.

<sup>44</sup> Yaltı, Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayım, İstanbul, 2006, s.49.

<sup>45</sup> Nazalı, agm., s.44.

izin vermemelidir.<sup>46</sup> Çünkü mülkiyet hakkına vergilendirme ile müdahale edilebilmesi ancak belirlilik ve öngörülebilirlik sağlayan vergilemede kanunilik ilkesi ile meşruluk kazanmakta,<sup>47</sup> böylece egemenlik hakkına sahip demokratik sosyal devletler, gerek toplumun gerekse devletin kendi ihtiyaçlarını adalet ilkesine uygun bir şekilde giderebilmektedir. Diğer taraftan ise, değişen ekonomik, siyasi ve sosyal olayların etkisiyle birlikte içinde bulunulan şartlara göre,<sup>48</sup> mülkiyet hakkına müdahaleyi vergilerin kanuniliği ilkesi çerçevesinde yeniden yapılandırabilmektedirler.

### B. Adil Yargılanma Hakkı

İnsan onuruna yaraşır bir şekilde bireylere özgürlüğünü veren adalet kavramı, temel haklar konusunda dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez nitelikler taşıdığı ölçüde oluşan adil bir hukuk sistemi ile herkese hakkı olanı verecek, böylece ideal hukuk düzeni sağlanmış olacaktır.<sup>49</sup>

AİHS' nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, her ne kadar sözleşmede tanımlanmamış olsa da sözleşme içeriğine bakıldığında belki de en kapsamlı "haklar demetini" barındırdığı görülebilmektedir.<sup>50</sup>

Adil yargılanma hakkı, bir taraftan adli mekanizmanın işleyişini sağlarken; diğer taraftan ise, adli mekanizmanın kurumlarını içermektedir.<sup>51</sup> Aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesini temel alan adil yargılanma hakkı ile bireylere hukuki güvenceler verilerek "adalet standardı" da bu şekilde sağlanmış olmaktadır.<sup>52</sup>

Adil yargılanma başlığı altında hangi tür uyuşmazlıklara güvence sağlandığı konusunda, madde metninden "medeni hak ve yükümlü-

<sup>46</sup> Erdem, agm., s.13.

<sup>47</sup> Yaltı, age., s.73.

<sup>48</sup> Sayar Nihad S., Kamu Maliyesi, 5.Bs., Sermet Matbaası, İstanbul, 1975, s.132.

<sup>49</sup> Kılıç, agm., s.30.

<sup>50</sup> "Mahkemeye başvuru hakkı, kanunla kurulmuş bağımsız tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, silahların eşitliği-çelişmeli yargılanma hakkı, susma hakkı, hazır bulunma hakkı, aksi kanıtlanuncaya kadar masum sayılma hakkı, delillere ilişkin haklar, gerekçeli karar hakkı, avukat ile temsil hakkı, aleni duruşma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı gibi."

<sup>51</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, age., s.266.

<sup>52</sup> Yaltı, age., s.81.

lüklerin" ile "suç isnatlarının" karara bağlanması şeklinde tahdidi olarak sayıldığı anlaşılmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, Anayasa Mahkemesi'nin de aynı şekilde AİHM' in uyguladığı gibi içinde bulunulan somut olayın koşullarına göre karar vermesi gerektiğidir. Örneğin, "**medeni hak ve yükümlülüklerden**" bahsedilirken, sadece özel hukuk medeni hak ve yükümlülüklerden değil aynı zamanda, kamu hukuku alanında değerlendirilen vergi hukuku gibi alanlar da dikkate alınmalıdır.

Demokrasinin temel unsurlarından biri olarak kabul edilen vergi ödevi<sup>53</sup> geniş yorumlanmalı ve Anayasa Mahkemesi tarafından da aynı şekilde adil yargılanma hakkı kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.

"**Suç isnatları**" açısından konuya bakılırsa, her ne kadar vergi suçlarında uygulanacak cezai yaptırımın niteliği tartışmalı olsa da temel olarak amaç hukuki yararın korunmasıdır. Suç, bir yandan hazine kaybını önlemek ve doğmuş olan vergi ziyasını telafi etmeyi de aşan amaç taşırken, diğer yandan da kamu düzeninin bozulmasını önlemeyi ve bozulan kamu düzeninin tesisini amaçlar.<sup>54</sup>

İşlenen suç "idari" nitelikteyse, verilen cezalar yükümlü ya da sorumlunun malvarlığına başvurmak şeklinde olur ve bu yaptırımlar idari yöntemlerle uygulanır. Eğer suç "adli vergi suçu" niteliğindeyse, hürriyeti bağlayıcı cezalara başvurulur, bu cezalardaki yaptırımlar ise ceza mahkemeleri tarafından ve ceza usulünde yazılı usul kurallarına uygun bir şekilde uygulanır.<sup>55</sup>

Bu hususta yapılması gereken Anayasa Mahkemesi'nin de aynı şekilde AİHM gibi konuya olumlu bakması, AİHS'nin 6. maddesi ile uyumlu hale getirilen Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin de göz önüne alınmasıyla sonuç olarak, gerek idari dava sürecinde gerekse adli yargılama sürecinde vergi yükümlülerinin ve sorumlularının adil yargılanma haklarına sahip olduğunu kabul etmesidir.

<sup>53</sup> Yaltı, age., s.91.

<sup>54</sup> Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005, s.23.

<sup>55</sup> Edizdoğan, Nihat-Taş, Metin-Çelikkaya, Ali, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Ankara, 2007,s.77.



### C. Diğer Hak ve Özgürlüklere İlişkin Bireysel Başvuru Yolu

Mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakları dışında AİHS kapsamında güvence altına alınan ve vergiye ilişkin düzenlemeler ve yaptırımlar konusunda diğer temel hak ve özgürlükler açısından da vergi ilişkisine bağlı ihlaller kapsamında denetim ve koruma talepleri söz konusu olabilir.

Vergilendirme yoluyla temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerden her bir özgürlük kendine ait özelliklere göre değerlendirilecektir.<sup>56</sup> Söz konusu bu özgürlüklerden özellikle, din ve vicdan özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yasağı gibi haller dikkate alınmaktadır.

Demokratik toplumlarda kişi dokunulmazlıklarının sınırları arasında kalan özel yaşam hakkı, uluslararası sözleşmelerde korunması gereken temel insan hakkı olarak tanınmıştır. 1982 Anayasası'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. madde hükmüne göre, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı hükmüne göre de aynı şekilde, "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*"

Böylece bireyin fiziksel ve duygusal dokunulmazlığı, onuru, saygınlığı, kimliği koruma altına alınmış, meslek sırrına ilişkin bilgilerin açıklanmaması yönünde bir koruma alanı yaratılmıştır. Buna göre, devletin bireyi izlemeye alması, mali faaliyetlerini araştırması gibi hal-ler özel yaşam hakkına müdahale oluşturacaktır.<sup>57</sup>

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 4. Ek Protokolü'nün "**Serbest Dolaşım Özgürlüğü**" başlıklı 2. maddesine göre, "*Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçebilme hakkına sahiptir.*"

*Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.*

<sup>56</sup> Erdem, a.g.m., s.104.

<sup>57</sup> Taş, Fatma, Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, s.30.

*Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörölmüş sınırlamalara tabi tutulabilir.*

*Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir.” Buna göre, vergi borcundan dolayı kişiye yurt dışına çıkış yasağı konulması halinde bu hükme aykırılık oluşturacaktır.*

Yurt dışına çıkış yasağı, vergi yükümlülerinin seyahat özgürlüğüne yapılan bir devlet müdahalesi niteliği taşımaktadır.<sup>58</sup> Anayasa Mahkemesi'nce; yurt dışı çıkış yasağı uygulamasının yasal dayanağı olan 5682 sayılı Kanun'un 22. maddesinde ki "...vergiden borcu olduğu pasaport vermeye yetkili bildirilenlere" şeklindeki düzenleme Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.<sup>59</sup> Ancak mahkeme, iptal kararının ortaya çıkaracağı hukuki boşluğu gidermek için kararın Resmi Gazete'de yayımından altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. İptal kararı 08.12.2007 tarihinde resmi gazetede yayınlanmıştır.

1982 Anayasası'nın "Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti" başlıklı 23. maddesinde "Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir." hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise "Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Yine Anayasa'nın "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması" 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." şeklinde hüküm bulunmaktadır.

Diğer taraftan "Vergi Ödevi" başlıklı 73. madde Anayasa'nın "Temel Hak ve Ödevler" kısmında yer almaktadır. Anayasa bütünü içinde vergi ödevini düzenleyen 73. maddesi sistematik bir biçimde değerlendirildiğinde, Anayasa da vergi ödevinin bir vatandaşlık ödevi olarak kabul edildiği açıktır. Anayasa Mahkemesi kararları da bu yöndedir.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Yaltı, Billur, "Vergi Borcu Nedeniyle Yurtdışına Çıkış Yasağı", *TBB Dergisi*, S.66, 2006, s.95.

<sup>59</sup> Anayasa Mahkemesi 08.11.2007 tarihli E. 2007/4, K. 2007/81 Sayılı Kararı.

<sup>60</sup> Yaltı, agm., s.110.

Bugün vergi yükümlülüğüne aykırılıklar veya vergi ödememe, devlete değil, demokratik toplum düzeni içinde başkasının haklarına zarar bağlamında algılanmalıdır. Nitekim AİHM, yakın tarihli sözleşmeye aykırı bulduğu Riener Kararı'nda<sup>61</sup>, vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı ile seyahat özgürlüğüne müdahalede meşru gerekçeyi, "kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma" bağlamında değerlendirmiştir.<sup>62</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin yurt dışına çıkış yasağına ilişkin 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin " ... vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere ..." hükmünü iptal etmesinde ki en önemli gerekçe yukarıda açıklanan Anayasal hükümler çerçevesinde, yerleşme ve seyahat hürriyetinin tebliğ ile sınırlandırılmayacağına ilişkindir. Yurt dışı çıkış yasağının tebliğ ile yapılamayacağı gibi uygulamanın tüm yasal unsurlarının yasada yerini alması gerekmektedir. Dolayısıyla, seyahat hürriyetine ilişkin sınırlama getirebilmek için, diğer bir ifade ile yurt dışı çıkış yasağı uygulayabilmek için, referans tamamen kanun olmalıdır. Bu temel esasın ihlali iptal gerekçelerinden birini oluşturmaktadır.<sup>63</sup>

Mükellefin, vergiye ilişkin hak ve özgürlüğünü etkileyebilecek diğer bir durum ise, **ayrımcılık yasağına** riayet edilmemesi oluşturmaktadır. Ayrımcılık yasağı, aynı hukuki durumda olanlara aynı hukuki muamelenin uygulanmasının gereği olarak eşitlik ilkesi çerçevesinde ele alınır.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Riener-Bulgaristan Davası 23.05.2006 tarihli No. 46343/99: "AİHM, yetkili mercilerin kararlarında ölçülülük ilkesini gereğince gözetmediklerini ve başvurana getirilen seyahat yasağının süresi belirsiz otomatik bir tedbir olduğunu kaydetmiştir. AİHM ayrıca ilgili hukuk ve uygulamalarda muğlaklık bulunduğunu kaydetmiştir. Uzun süre devam ettirilen bu seyahat yasağı güdülen amaçla, yani söz konusu verginin ödenmesini temin amacıyla orantılı değildir. Bu nedenle, AİHM 4 Numaralı Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM, başvuranın teoride seyahat yasağına itiraz etme olasılığı bulunmakla birlikte, uygulamada ulusal mahkemelerin seyahat yasağının kanuna uygunluğunu yalnızca usul bakımından incelediklerini ve şikayetin esasına bakmadıklarını kaydetmiştir. Dolayısıyla, AİHM Bulgar hukukundaki inceleme kapsamının çok sınırlı olduğundan bahisle oybirliğiyle Sözleşmenin 13. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir."

<sup>62</sup> Yaltı, agm., s.112.

<sup>63</sup> Aydoğmuş Mahmut, "Yurtdışı Çıkış Yasağı Uygulamasında Neler Değişti?", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.241,2008, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale.asp?makaleno=2297>, Erişim Tarihi: 19.06.2013.

<sup>64</sup> Sancakdar Oğuz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararların İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl -11 Mayıs 2007*, Danıştay Matbaası, Ankara, 2008, s.219.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde düzenlenen "**Ayrımcılık Yasağı**" başlıklı hükmüne göre, "Hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." Sınırlayıcı değil, örnekleyici olan madde hükümleri, mutlaka sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınan bir hakka yönelik olması gerekmektedir. Ayrıca 14. maddenin ihlal edilmiş sayılabilmesi için aynı zamanda ilgili olduğu hakta ihlal edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, salt ayrımcılık yasağı kapsamında bağımsız olarak bu hüküm ileri sürülemeyecek ancak sözleşme tarafından belirlenen bir hakka yönelik olarak ayrımcılığın yapılması halinde ileri sürülebilecek olduğudur.<sup>65</sup>

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek 12 Numaralı Protokol'ün "**Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması**" başlıklı 1. maddesine göre ise, vergilendirmede başlı başına bir ayrımcılık teşkil ettiğini düşünen mükellef Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvurabilecektir.

## SONUÇ

1789 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden bu yana insan hakları konusunda, önemli gelişmeler katedilmiş, AHİS'nin kabul edilmesi ve AİHM'nin kurulması ile birlikte sözleşmeye taraf olan ülkelerin insan haklarına aykırı davranışları engellenmek istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru için Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çıkarılan yasalar ve en önemlisi yapılan Anayasa değişiklikleri ile bu türden ihlallerin azaltılması amaçlanmıştır.

Anayasa ve AHİS kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklere gelebilecek herhangi bir ihlalin tespitinin ve tazminin amaçlanması, vergilendirme alanında da karşılaşılabilecek hak ihlallerinin önlenmesini temin edecektir. Ancak, uygulamaya yeni giren bireysel başvuru kurumunun günümüzde vergilendirme alanında nasıl şekillenip etkinlik kazanacağı ise, Anayasa Mahkemesi'nin ileride vereceği kararları ile görülecektir.

<sup>65</sup> Uzun, agm., <http://www.vergisorumlari.com.tr/makale.aspx?makaleno=2182>, Erişim Tarihi: 17.06.2013.

## KAYNAKLAR

- Altan Alparslan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, S.A: 142-151.
- Anayasa Mahkemesi 08.11.2007 tarihli E. 2007/4, K. 2007/81 Sayılı Kararı.
- Aydoğmuş Mahmut, "Yurtdışı Çıkış Yasağı Uygulamasında Neler Değişti?", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.241,2008,<http://www.vergisorunlari.com.tr/makale.aspx?makaleno=2297>, Erişim Tarihi: 19.06.2013.
- Baklacioğlu Sadık, Vergi Hukuku Ders Notları, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1965-1966.
- Çağan Nami, "1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme", Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1983, S.A:69-81.
- Çoban Ali Rıza, "İnsan Haklarının Korunması ve Bireysel Başvuru: Yeni Anayasada Bireysel Başvuruya Yer Verilmeli mi?", *Yeni Türkiye*, S.50, 2013, S.A: 749- 758.
- Deynekli Adnan, "Yargıtay'ın Anayasa Şikayetine Bakışı", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1 İçinde, Der. Musa Sağlam, Ankara, 2011, S.A: 77-88.
- Edizdoğan Nihat-Taş Metin-Çelikkaya Ali, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Erdem Tahir, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu ve Vergi Hukuku Alanında Uygulama İmkânı", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.282, 2012, S.A:83-106.
- Erginay Akif, Kamu Maliyesi, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1987.
- Göztepe Ece, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, S.A: 32-43.
- Gözübüyük A.Şeref-Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Gümüşkaya Gamze, "Vergi Ödevlisinin Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurusunun Kabul Edilebilirlik Koşulları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Vergi Hukuku Toplantısı Özel Sayısı), Cilt:17, S.3-4, 2011, S.A:33-57.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 2.Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye, 4.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2007.
- Kanadoğlu Korkut, "Anayasa Şikayeti", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1 İçinde, Der. Musa Sağlam, Ankara, 2011, S.A:107-115.
- Kılıç Haşim, "İnsan Hakları İhlallerini Önlemede Bireysel Başvurunun Rolü", *Yeni Türkiye*, S.50, 2013, S.A:28-33.
- Kuru Baki-Arslan Ramazan-Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Musgrave Richard A., "Horizontal Equity, Once More", *National Tax Journal*, 1990, Vol.43, No: 2, S.A:113-122.

- Nazalı Ersin, "Anayasa Mahkemesine Vergisel Yönlü Bireysel Başvuru Hakkının Olası Sonuçları", *Vergi Dünyası*, S.377, 2013, S.A: 40-46.
- Nohutçu Ahmet, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2009.
- Noord Paul Van Den-Heady, Chistopher, "Surveillance of Tax Policies: a synthesis of findings in economic surveys, OECD Economics Department Working Papers, 2001, No:303, S.A: 1-87.
- Oder Bertil Emrah, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikayeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1 İçinde, Der. Musa Sağlam, Ankara, 2011, S.A: 89-106.
- Öncel Mualla-Kumrulu Ahmet-Çağan Nami, *Vergi Hukuku*, 22.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2011.
- PekinTevfik, *Ekonomiye Giriş, İstiklal Matbaası*, İzmir, 1982.
- Sağlam Fazıl, "Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Ankara, 2011, S.A: 20-31.
- Sancakdar Oğuz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararların İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl -11 Mayıs 2007, Danıştay Matbaası*, Ankara, 2008, S.A:211-293.
- Sayar Nihad S., *Kamu Maliyesi*, 5.Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1975.
- Stiglitz Joseph E., *Economics Of The Public Sector*, 3.Baskı, W.W. Norton&Company, New York / London, 2000.
- Şahbaz İbrahim, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Ankara, 2011, S.A: 71-127.
- Şenyüz Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005.
- Taş Fatma, *Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Tuncer Selahattin, *Kamu Maliyesi*, 4. Baskı, Yakın Ofset Matbaası, İstanbul, 1975.
- Uzun Mehmet Cengiz, "Vergi Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.235, 2008, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale.aspx?makaleno=2182>, Erişim Tarihi: 17.06.2013.
- Yaltı Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayın, İstanbul, 2006.
- Yaltı Billur, "Vergi Borcu Nedeniyle Yurtdışına Çıkış Yasağı", *TBB Dergisi*, S.66, 2006, S.A:95-120.

# KAMU HUKUKU İLE ÖZEL HUKUKUN KESIŐTİĐİ YER: KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM YOLU

LE POINT DE L'INTERSECTION DU DROIT PRIVE ET DU DROIT PUBLIC:  
LA VOIE DE L'ARBITRAGE DANS LES CONTRATS DE CONCESSION

Hayrettin YILDIZ\*

**Özet:** Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hukukunun daha belirleyici bir ifadeyle idare hukukunun alanına giren bir sözleşme türüdür. İdare bu yolla kendisine mali açıdan büyük külfetler getirmesi muhtemel kamu hizmetlerini özel kişilere gördürmektedir. Diğer taraftan tahkim konusu, common law olarak nitelendirebileceğimiz özel hukukun alanına girmektedir. Bu yönüyle tahkim esasında bir özel hukuk kurumudur. Bu makalede de, bu iki farklı hukuk dalına ait bu iki farklı kurum ve kavram kaynaştırılmaktadır ve bir bütün olarak ele alınmaktadır. Bu açıdan öncelikle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliği ele alınacak, tahkim kurumuna yönelik bazı açıklamalarda bulunulacak, tahkim kurumunun idare hukukuna nüfuz etme sürecinden bahsedilecek ve nihayet kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yönteminin benimsenmesi durumunda, nasıl bir yol izleneceği konusu ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, Tahkim, İdare hukukunda tahkim yasağı ilkesi, Anayasa Mahkemesi, Daniştay.

**Abstrat:** Les contrats de concession entrent dans le domaine de droit public, plus particulièrement dans le droit administratif. Par le biais des contrats de concession l'administration, concède un service public qui peut lui causer des charges financières lourdes, à une personne généralement de droit privé. Dans l'autre coté, l'arbitrage est un sujet de droit privé, qualifié comme *common law*. De cet effet, l'arbitrage est une institution de droit privé. Alors dans cet article, on fait la composition de ces deux notions et institutions déduites de différents domaines de droit en les prenant en considération dans leur intégralité. Ainsi, dans cet article les contrats de concession seront expliqués, quelques explications à propos de l'institution de l'arbitrage seront faites, le processus de l'expansion de l'institution de l'arbitrage dans le droit administratif sera traité. Enfin, on va se pencher sur le sujet de la méthode de l'arbitrage qui sera obtenue au cas où il y a un conflit résultant de l'application d'un contrat de concession.

**Les mots clés:** Les contrats de concession, L'arbitrage, Le principe de l'interdiction de l'arbitrage dans le droit administratif, Le Conseil Constitutionnel, Le Conseil d'Etat

\* Arş. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuk Anabilim Dalı

## GİRİŞ

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, yap-işlet-devret ve yatırım sözleşmeleri benzeri sözleşmelerin konusunu oluşturan işlerin mali değeri çok yüksektir. İdare kamu hizmetlerini özel kişilere gördürürken, yeni teknoloji ve uzmanlık gerektiren işleri, idareye personel istihdamı, teknoloji üretimi ve yatırım için mali kaynak ayırma külfeti yüklemekten gerçekleştirmeye çalışmaktadır<sup>1</sup>. Üstelik bu sözleşmeler uzun bir süre için akdedilmekte ve sözleşmenin ifası için taraflar büyük mali kaynaklar aktarmaktadırlar. Bu uzun süre içerisinde, ülke siyasi ve politik açıdan bir çok değişime uğrayabilmekte ve bazen yatırımcıların aleyhine durumlar ortaya çıkabilmektedir<sup>2</sup>. Yatırımcılar bu tür risklerden korunmak ve ulusal yargıların yavaşlığını bertaraf etmek amacıyla, sözleşmenin tarafları arasında çıkması muhtemel ihtilafların tarafsız bir yargılama makamı, daha açık bir ifadeyle bir tahkim makamı tarafından çözüme kavuşturulması yönünde talepte bulunmaktadırlar.

Ayrıca idare hukuku ve yargısı içerisinde kalındığında, kamu gücü ile donatılan idare taleplerini sözleşmenin karşı tarafına empoze edebilmekte, diğer taraftan uyuşmazlık söz konusu olduğunda idari yargı organları, doğal bir şekilde kamu yararını temel alarak idareyi koruyan bir tavır benimseyebilmektedir. Bu tür kaygılar uyuşmazlıkların çözümünde tahkim kurumunun ihdasını gerekli kılmaktadır. Devlet böylece bir taraftan tahkim kurumuna izin vererek yatırımcıyı teşvik etmeye, bir taraftan özel hukukta uygulanan tahkim kurumunu kamu hukukuna da yayarak, Türkiye'yi tahkim cenneti sayılan ülkeler arasına sokmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla bu makalede kamu hukuku ile özel hukuk dallarının bir anlamda kompozisyonu sonucu oluşan, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim konusu ele alınacaktır.

Bu yüzden çalışmanın devamında öncelikle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliğinden bahsedilecek (I), sonra genel olarak tahkim müessesesi ele alınacak (II), daha sonra da idare hukuku bakımından tahkimin uygulanabilirliği tartışılacak (III) ve nihayet kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim kurumunun nasıl uygulandığına değinilecektir.

<sup>1</sup> Özay İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 394

<sup>2</sup> Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 154



## I. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

İmtiyaz sözleşmeleri idare hukukunun yegane sözleşme tipi değildir. Bu sözleşme dışında da idare bir çok şekilde bir kamu hizmetini başta özel hukuk kişileri olmak üzere başka kişilere gördürebilir. Bunlara idari sözleşmeler denir. Örnek vermek gerekirse mali iltizam sözleşmeleri, kamu istikraz (borçlanma) sözleşmeleri, yeraltı ve yerüstü servetlerinin işletilmesine ilişkin sözleşmeler, orman işletme sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri ve nihayet imtiyaz sözleşmeleri birer idari sözleşmedir<sup>3</sup>. İdari sözleşmeler, kısaca konusunu bir kamu hizmetinin yürütülmesini oluşturduğu sözleşmelerdir. Yani idare bu sözleşme ile esasında bir kamu hukuku tüzel kişisi tarafından yerine getirilen (getirilmesi gereken, getirilecek olan) bir işi, idari sözleşme akdederek başka bir kişiye devretmektedir. Bu bakımdan bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşmenin karşı tarafının bir kamu hizmetini ifa etmesi ya da bu kamu hizmetinin ifasına doğrudan doğruya katılması gerekir<sup>4</sup>.

İmtiyaz sözleşmesi ise yukarıda bahsettiğimiz üzere idari sözleşme türlerinden sadece birisini oluşturmaktadır<sup>5</sup>. İmtiyaz sözleşmesi (*contrat de concession*), bir özel hukuk kişinin bir kamu tüzel kişisi ile yaptığı sözleşme uyarınca, kullanıcılardan alınacak ücret karşılığında bir kamu hizmetini kendi kar ve zararına olarak kurup işletmesidir<sup>6</sup>. Bu tanımdan da çıkarılabileceği üzere imtiyaz sözleşmesinin dört unsuru vardır; öncelikle her sözleşme gibi imtiyaz sözleşmesi de iki taraflıdır, idare ve özel hukuk kişinin iradelerinin uyuşmasıyla akdedilir. İmtiyazın konusu, bir kamu hizmetinin kurulup işletilmesidir. İmtiyaz alan kişi bu hizmeti hizmetten yararlanacak olan üçüncü kişilerden

<sup>3</sup> Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 14. Baskı, Bursa, 2013, s. XIX

<sup>4</sup> Günday Metin, İdare hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 186

<sup>5</sup> Bununla beraber hem yargı kararlarında hem doktrinde imtiyaz sözleşmesinin tanımında yanlışlık yapılmaktadır. Yargı kararlarında imtiyaz sözleşmesinin tanımı yapılırken “bir kamu hizmetinin uzun bir süre boyunca bir özel kişiye gördürülmesi” şeklinde tanım yapılmaktadır. Ancak yukarıda gördüğümüz gibi bu tanım kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tanımı değil, genel olarak idari sözleşmenin tanımıdır. Kemal Gözler yargı kararlarındaki bu yanlış ısrarı “imtiyaz saplantısı” olarak nitelendirmektedir. İmtiyaz saplantısı için bkz. Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit., s. 575

<sup>6</sup> Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit., s. 559

aldığı ücretle karşılar. Son olarak imtiyazı alan kişi bu hizmeti kendi kar ve zararına (*à ses frais et à ses risques*) işletir. İmtiyazcı bu yolla yatırım masraflarını ve imtiyaz için ödediği ücreti karşılamaya çalışır<sup>7</sup>. İmtiyaz sözleşmesine konu olan hizmetler genelde büyük masraflar gerektirir. Bu yüzden imtiyazcı kişinin yaptığı masrafları karşılayabilmesi ve nihayet kara geçebilmesi için imtiyaz sözleşmeleri genellikle 40-50 yıl gibi uzun bir süreyi kapsayacak şekilde akdedilir<sup>8</sup>. İmtiyaz sözleşmesinde idari otorite, imtiyaz veren (*l'autorité concédante*) olarak nitelendirilirken, özel hukuk kişisi imtiyazı alan, imtiyazcı ya da imtiyaz sahibi (*cessionnaire*) olarak adlandırılır<sup>9</sup>.

Yukarda yaptığımız tanıma uygun olarak, ilk defa 1935 tarihli bir kararında Danıştay, imtiyaz sözleşmesini “yardımlı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istidası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukaveleler” olarak tanımlamaktadır<sup>10</sup>.

İmtiyaz sözleşmesi halen yürürlükte olan 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Kanununun 1. maddesine göre devlet adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Anayasanın 155. maddesine göre de herhangi bir kişi ile imtiyaz sözleşmesi akdedilirken Danıştay’ın görüşünün alınması zorunludur. Ancak Danıştay tarafından en geç iki ay içerisinde bildirilecek olan bu görüşle idare bağlı değildir. Bakanlar Kurulu ya da yetkili idare, Danıştay’ın görüşünü uygun görmezse, sözleşmeyi önceden belirlediği şekilde akdedebilir<sup>11</sup>. 1910 tarihli kanunun dışında idareye imtiyaz verme yetkisi veren bir başka kanun da 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’dur. Belediye

<sup>7</sup> Chapus René, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 15. Baskı, Paris, 2001, s. 637

<sup>8</sup> Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit., s. 460

<sup>9</sup> Chapus René, Droit administratif général, op.cit, s. 637s. 638

<sup>10</sup> Karahanogulları O., (2002), Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ankara, Turhan Kitabevi; Aktaran: Aslan Zehreddin - Arat Nilay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2 ss.1-25

<sup>11</sup> Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit., s. 460

Kanununun 15. maddesine göre belediye, kanunun e (su tedariki, atık sular), f (toplu taşıma) ve g (katı atık) bentlerinde belirtilen hizmetleri, Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir. Görüldüğü gibi imtiyazı verecek olan idare hangisi olursa olsun, konu hakkında Danıştay'ın görüşünün alınması gerekmektedir.

Yukarda zikredilen kanunlar bir anlamda geleneksel imtiyaz verme usullerini düzenlerken, ayrıca başka bazı kanunlar da bazen imtiyaz kavramını zikrederek bazen de bu kavram kullanılmadan yine imtiyaz olarak nitelenebilecek sözleşmelerin akdedilmesini düzenlemektedir. Bu kapsamda 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 28 Mayıs 1988 Tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 9 Mayıs 2013 tarih ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu, 8 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, 16 Temmuz 1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun vs. sayılabilir. Doktrin kahir ekseriyeti ve en önemli kalemleri, bu kanunlar tarafından düzenlenen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleri olduğunda hemfikirdir<sup>12</sup>.

## II. İhtilaf Çözme Yöntemi Olarak Tahkim

Genel olarak tahkim müessesesi (*arbitration, arbitrage*) esasında bir özel hukuk kurumudur<sup>13</sup>. Bu yolla taraflar bir hukuk düzeni içerisinde, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek üzere karar verme yetkisini, devlet mahkemeleri yerine resmi olmayan bir ya da birden çok hakeme havale etmektedirler<sup>14</sup>. Tahkim kurumuna daha ziyade medeni ve ticari konularda doğan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla başvurulur. Ta-

<sup>12</sup> Günday Metin, İdare hukuku, op.cit, ss. 355-362, Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit, ss. 571-574, Gözübüyük Şeref- Tan Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, ss. 642-645,

<sup>13</sup> Günday Metin, İdare hukuku, op.cit, ss. 353

<sup>14</sup> Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, op.cit, s. 1

raflar, aralarındaki uyuşmazlığın bağımsız bir hakem ya da hakemler kurulu tarafından çözüme kavuşturulacağını, bu uyuşmazlık ortaya çıkmadan evvel kararlaştırabilecekleri gibi uyuşmazlık çıktıktan sonra da kararlaştırabilirler<sup>15</sup>.

Özel hukuk ilişkilerinde olduğu gibi tahkimde de esas olan tarafların iradesinin özerkliği ve serbestliğidir. Taraflar ihtilafı çözüme kavuşturacak olan hakemleri, hakemlerin sayısını ve niteliklerini, seçilme usullerini, tahkim anlaşmasının içeriğini, tahkimin yapılacağı yeri, ihtilaf ve tahkime uygulanacak hukuku, yargılamanın usul ve esaslarını ve yargılamada kullanacak olan dili özgür iradeleriyle belirleme imkanına sahiptirler<sup>16</sup>.

Tahkimde, taraflar aralarındaki sözleşmenin uygulanmasından dolayı aralarında çıkabilecek ihtilafı, devlet mahkemelerine başvurmadan çözüme amacı güderler<sup>17</sup>. Bu açıdan tahkim yargılamasının esasında devlet yargılamasına alternatif, ona ikame bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu söylenebilir. Tahkim usulünde yargılama sürecinin devlet mahkemelerine nazaran daha hızlı bir biçimde ilerlemesi, yargılamada basitlik, çabukluk ve ucuzluk esaslarının benimsenmesi ve taraflara yararında bahsettiğimiz özgürlükleri tanınması, tahkim yönteminin benimsenmesinin temel nedenlerini oluşturmaktadır<sup>18</sup>. Buna ilaveten devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalar halka açık iken, tahkim kurumlarında yapılan yargılamaların halka kapalı yapılabilmesi imkanı vardır<sup>19</sup>. Buna binaen, ticari sınırlarının rakip firmalar ya da üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini arzu etmeyen müteşebbisler de, uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkimi benimseme yoluna gitmektedirler.

Tahkim müessesesi, doktrin tarafından taraf iradesinin serbestisi ve mecburiyeti açısından ihtiyari tahkim ve mecburi tahkim; tahkimin daimi ya da geçici oluşuna göre geçici (arızı, *ad hoc*) tahkim ve ku-

<sup>15</sup> Karataş Sinem, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi (Son Anayasal Değişikliklerle) Ankara, 2011, s. 2 ([http://www.dayanirsagkan.av.tr/site/?page\\_id=40](http://www.dayanirsagkan.av.tr/site/?page_id=40)- 21 Kasım 2013)

<sup>16</sup> Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Op.Cit, S. 1

<sup>17</sup> Bourmonville De Philippe, Droit Judiciaire: L'arbitrage, Editions Larcier, Bruxelles (Belgique), 1999, S. 55

<sup>18</sup> Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılık Unsuru, *Adalet Dergisi*, Ankara, Sayı 15, Yıl 2003, s. 121

<sup>19</sup> Ibid.

rumsal tahkim; tahkimin yabancılik unsuru içerip içermemesine göre milli tahkim ve milletlerarası tahkim; uyuşmazlığın türüne göre alelade tahkim ve ticari tahkim gibi ayrımlara tabi tutulabilmektedir<sup>20</sup>. Bu ayrımlardan en çok öne çıkanı milli tahkim ve milletlerarası tahkim ayrımıdır. Milli tahkim her devletin ulusal kanunlarına uygun olarak oluşturulan ve ona tabi olan tahkim türü iken, milletlerarası tahkim uluslararası mevzuata göre ve ona uygun olarak yürütülen tahkim türüdür. Milletlerarası tahkim, ayrıca belli bir ulusal hukukun sınırları içine sokulamayan tahkim olarak da tanımlanabilmektedir<sup>21</sup>.

Taraflar aralarında çıkan ya da çıkması muhtemel ihtilafların kendileri tarafından oluşturulacak bir hakem heyeti tarafından çözüme kavuşturulacağını, aralarında akdettikleri sözleşmeye bir ek hüküm (tahkim şartı) ilave ederek kararlaştırabilecekleri gibi, aralarındaki sözleşmeden bağımsız olarak ayrıca düzenledikleri bir tahkim sözleşmesi yoluyla da kararlaştırabilirler<sup>22</sup>. Bu husus gerek bir tahkim şartı ile gerekse ayrı bir sözleşme ile belirlensin, amaç her halükarda normal yargının bertaraf edilmesidir<sup>23</sup>. Taraflar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hususlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar için tahkime gidilmesini kararlaştırabilirler<sup>24</sup>. Üzerinde tahkime gidilecek husus başka kişilerin iradesine müdahale niteliğinde ise ya da kamu düzenine aykırı ise taraflar tahkime gidemezler.

### III. İdare Hukukunda Tahkimin Yeri

Kamu hukuku ve idare hukukuna hakim kavram kamu yararadır. Bu yüzden İdare, kamu yararını temel alarak idari eylem ve işlemlerde bulunurken, kamu yararını gözeterek hareket eder ve kamuyu temsil ederek işlemler gerçekleştirir. İdarenin kamu adına hareket ederken toplumun yararını gerçekleştirebilmesi için de idare kamu gücü

<sup>20</sup> Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, op.cit, s. 3, Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılik Unsuru, op.cit, s. 122-123, Karataş Sinem, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi, Op.Cit, S. 2

<sup>21</sup> Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılik Unsuru, op.cit, s. 125

<sup>22</sup> Özkan Cahit, İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim (<http://okul.selyam.net/docs/index-98210.html?page=4>, 21 Kasım 2013), s. 8

<sup>23</sup> Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, op.cit, s. 2

<sup>24</sup> Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılik Unsuru, op.cit, s. 121

ayrıcılıklarıyla donatılmıştır. Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen ve özel hukuktaki ilişkileri aşan birtakım yetki ve durumlardır<sup>25</sup>. Bilindiği üzere özel hukukta tarafların eşitliği ve iradelerin serbestliği ilkesi geçerlidir. Kimse kimseye sözleşme akdederken üstün konumda değildir. Ancak idare hukukunda durum bunun tersidir; idarenin iradesi, hukuki ilişkiye girdiği kişi ile ne eşittir ne de idare bu hukuki ilişkiyi kurarken bütünüyle serbesttir, zira söz konusu irade kamu yararı ile sınırlandırılmıştır. Çünkü idare hukukunda esas olan taraf eşitliği değil, kamu yararının üstünlüğüdür. Bu yüzden idareye bir takım özel hukuku aşan kamu gücü ayrıcalıkları tanınmıştır. Kamu gücü ayrıcalıkları çok çeşitlidir; bunlar arasında, tek yanlı işlemler yapabilmek, idarenin kendi borcunu re'sen tahsil edebilmesi, bazı vergi ve harçlardan muafiyetler vs. sayılabilir. Tahkim kurumunda tarafların mutlak eşitliği söz konusu olduğundan, tahkimin idare hukuku tarafından kabul edilmesi, hukuki açıdan sancılı süreçlerin yaşanmasına neden olmuştur.

Çalışmanın bu kısmında öncelikle idare hukukunda tahkim yasasına değinilecek (A) daha sonra da bu yasağın anayasal düzenlemelerle nasıl bertaraf edildiğine ve yasal düzenlemelerle nasıl düzenlendiğine (B) değinilecektir.

### A. Tahkim Yasağı İlkesi

Özel hukuk ilişkilerinde ve tahkim kurumunda taraf iradelerinin serbestliği ve eşitliği söz konusu olduğundan, idarenin özel hukuk kişisi ile arasındaki uyuşmazlığı tahkime götürmesi durumunda, idarenin iradesi hukuki açıdan özel hukuk kişisi ile eşit duruma gelmektedir. Bu eşitlik kabul edilmediğinden, kural olarak kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesi kabul edilmemiştir. Buna “*kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurma yasağı ilkesi*” (*Le principe interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage*) denmektedir<sup>26</sup>. Tahkimin rastlantısal sonuçlar doğurması, tahkimin özel hukuk temelli bir yargılama türü olması, idarenin devlet dışında bir yargılama mekanizmasına tabi ola-

<sup>25</sup> Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit, 51

<sup>26</sup> Chapus René, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13. Baskı, Paris, 2001, s. 268, Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2009, s. 240

mayacağı düşüncesi, idare hukukundaki kamu yararı ve kamu düzeni kavramına aykırılık gibi sebepler söz konusu tahkim yasağının temelinde yatan nedenlerdir<sup>27</sup>. Nitekim, Fransız Danıştay'ı bir tavsiye kararında bu kuralın Fransız hukukunun genel ilkelerinden biri olduğunu belirtmiştir<sup>28</sup>. Dolayısıyla idare hukukunda kural ve esas olan tahkim yasağıdır. Bu kuralın dışlanarak idari sözleşmelerde tahkim yönteminin benimsenmesi, istisnai bir durumdur. Bildiğimiz üzere hukukta norm yorumlanırken istisnalar dar yorumlanır. Bu yüzden kaideye istisna getirilirken, söz konusu istisnanın kanunla düzenlenmesi ve açıkça belirtilmesi gerekir. Nitekim genel kural bu olmakla beraber, Fransız hukukunda bir çok yasa ile bu kurala istisnalar getirilmiştir<sup>29</sup>. Aynı şekilde, Fransız yargı içtihatlarında, uluslararası ticari yararın (*les intérêts du commerce international*) söz konusu olması durumunda kamu tüzel kişilerinin uluslararası ticari tahkime (*l'arbitrage international*) gidebileceği uzun süreden beri kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Türk idare hukukunda da uzun bir süre boyunca, idarenin bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla özel hukuk kişileriyle yapılacak sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tahkime gidilemeyeceği, bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun yasak olduğu düşünülmüştür. Örneğin, 11 Mayıs 1994 tarihinde yürürlüğe giren ve hükümete özelleştirme uygulamaları konusunda düzenleme yapma yetkisi veren 3987 sayılı yetki yasasının 3. maddesinde "özelleştirme akidlerinin uygulanması sırasında çıkabilecek hukuki uyuşmazlıkların yürürlükteki kanunlar hükümlerine göre Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince yahut - uluslararası hakemlik dahil - tahkim yollarına başvurularak çözümlenmesi" hükmü getirilmek suretiyle özelleştirmelerde tahkim kurumunun - bu alanda - ihdası amaçlanmıştır. Kanun koyucu burada özelleştirme sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bir tahkim müessesesi tarafından çözüme kavuşturulmasına izin vermeyi amaç-

<sup>27</sup> Karataş Sinem, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi, op.cit, ss. 4-6

<sup>28</sup> Fransız Danıştay'ının 6 Mart 1986 tarihinde belirttiği görüşü, EDCE 1987, görüş numarası; 38, Aktaran; Chapus René, Droit du contentieux administratif, op.cit, s. 268

<sup>29</sup> Bu istisnanın Fransız hukukunda düzenlenmiş olduğu kanunlar için bakınız, Gözler Kemal, İdare Hukuku, Op.Cit, S. 240

<sup>30</sup> Chapus René, Droit du contentieux administratif, op.cit, s. 273, Gözler Kemal, İdare Hukuku, op.cit, s. 241

lamıştır. Ancak Anayasa mahkemesi bu hükmü Anayasa'nın 9. ve 142. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir<sup>31</sup>. Daha sonra Bakanlar Kurulu tarafından "Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkında Karar" çıkartılmış ve söz konusu kararda "TEAŞ ve Üretim Şirketi arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğacak ihtilaflarda Türk Mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmış bulunan uluslararası mahkemeler ve tahkim kuruluşları yetkilidir" hükmü getirilmiş ancak yine hem bu karar hem de kararın uygulama tebliği hakkında Danıştay tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir<sup>32</sup>.

## B. Yasağın Bertaraf Edilmesi

Tahkim yasağı ekonomik gelişme ve çeşitlilikle beraber idarenin hareket alanını sınırlamakta, buna karşılık yap-işlet-devret türünden imtiyaz sözleşmeleri akdedilirken devlet yabancı sermayeden de yararlanmak istemekte, yabancı sermaye ise akdedilecek sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasını talep etmekteydi<sup>33</sup>. Aynı şekilde, yabancı yatırımcılar, Türkiye'de yargılama işlevinin yavaşlığını göz önüne getirerek devlet mahkemelerinin haklarını istenilen çabuklukta teslim edemeyeceklerini, hatta kamu hizmetlerinin gerekleri karşısında haklı olsa bile yatırımcı lehine karar verilmeyebileceği, dolayısıyla devlet mahkemelerinin idareden yana tavır takınabileceği itirazını ileri sürüyorlardı<sup>34</sup>. Hem bu gerekçelerle hem de yukarıda bahsi geçen yargı kararlarına tepki olarak kurucu iktidar tarafından önce, 13 Ağustos 1999 tarihinde 4446 sayılı kanun ile Anayasanın 47. maddesine eklenen hükümlerle "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir" denilmek suretiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilen bazı sözleşmelerin yasa koyucu tarafından özel hukuk

<sup>31</sup> Anayasa Mahkemesi, 7.7.1994 tarih ve E. 94/49-K. 94/45-2. RG; 10.9.1994, sayı: 22047, s. 7 Aktaran, Gözübüyük Şeref- TAN Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, op.cit, s. 558

<sup>32</sup> Danıştay 10. D; E. 996/8972 sayılı kararı; Aktaran, Ibid., s. 559

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Özay İl Han, Günışığında Yönetim, op.cit, s. 394



sözleşmeleri olarak nitelenebilmesi olanağı doğdu<sup>35</sup>. Hukukumuzda özel hukuk sözleşmelerinde tahkime gidilmesine izin verilmektedir. Yasa koyucu tarafından bir idari sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlanması durumunda, bu tür sözleşmeler için dolaylı olarak tahkime gidilebilmesine imkan sağlanmış olmaktadır<sup>36</sup>. Ancak bu hüküm genel olarak idari sözleşmelerde tahkimi serbest bırakmamakta, sadece yasa koyucuya idari sözleşme niteliğinde olan bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak vasıflandırılması imkanını vererek, dolaylı olarak tahkim gitme imkanını doğurmaktadır.

Tali kurucu iktidar, yasa koyucu tarafından idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ile yetinmemiş yine 4446 sayılı kanunla idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun düzenlendiği Anayasanın 125. maddesine şu hükmü eklemiştir “... Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir”. Böylece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine şüpheye yer bırakmayacak şekilde izin verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm bütün idari sözleşmeleri kapsamamakta sadece taraflar arasında çıkabilecek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili ihtilaflarda tahkime gidilmesine izin vermektedir<sup>37</sup>. Değişikliğe paralel olarak idari yargı mevzuatında da gerekli değişiklikler yapılarak, idari yargı organlarının tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara bakabilecekleri şeklinde düzenlemeler yapılmıştır<sup>38</sup>. Yani devlet mahkemelerinin yargı yetkisi, taraflar tahkim yoluna gidilmesini kararlaştırmamışsa devreye girebilecektir.

<sup>35</sup> Gözübüyük Şeref- Tan Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, op.cit, s. 561

<sup>36</sup> Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 396

<sup>37</sup> Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit, 525

<sup>38</sup> İdari yargı mevzuatının uğradığı değişiklikler şu şekildedir; 2577 sayılı İYUK madde 2 fıkra 1-c ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri hakkında Kanunu madde 5 fıkra 1-c (her iki kanun için aynı hüküm)“Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”, 2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 24 fıkra 1-j “...Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar”.

Anayasada tahkim yolunun öngörülmesini müteakip, Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörüldüğü durumlarda, taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken usul ve esasların belirlenmesi için 21 Ocak 2000 tarihinde 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun” yürürlüğe girmiştir. 4501 sayılı kanunu 6. maddesine göre “Bu kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde, 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk usulü Muhakemeleri Kanunu ile 20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun tahkim ile ilgili hükümleri uygulanacaktır”<sup>39</sup>.

4501 sayılı kanunun 4. maddesine göre tahkim yolunun öngörülmesi durumunda tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki HMK’nın tahkim ile ilgili hükümleri milli tahkimin mevzu bahis olması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Yani taraflar aralarındaki uyuşmazlığı milli tahkimde çözüme kavuşturacaklarsa, tahkim anlaşmasına Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır. Nitekim, HMK md. 407’ye göre tahkimin uygulanma alanı bulabilmesi için uyuşmazlığın yabancılik unsuru içermemesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi gerekir<sup>40</sup>.

4501 sayılı kanunun 3. maddesinde yabancılik unsurunun bulunduğu durumlarda milletlerarası tahkime gidilebileceği hüküm altına alınmıştır. Yabancılik unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uyulması gereken usul ve esaslar, 21 Haziran 2001 tarihinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmiştir. Dolayısıyla idare ile özel hukuk kişisi akdedilen sözleşme yabancılik unsuru barındırıyorsa, milli tahkim hükümleri değil milletlerarası tahkim hükümleri uygulanacaktır.

<sup>39</sup> Aslan Zehreddin- BERK Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar (İçtihatlı), Alfa yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2011, s. 994

<sup>40</sup> Tuncay Ahmet, Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı, Session 2D, Uluslararası Hukuk, International Conference on Eurasian Economies, 2013, s. 880

Son olarak, 5 Haziran 2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımcılar Kanunu da 3. maddesinde (e bendi) uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin benimsenmesine olanak vermektedir. Maddeye göre "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli ya da milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir"<sup>41</sup>. Bu hüküm ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkime gidilmesine olanak vermektedir.

#### IV. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkimin Uygulanması Yöntemi

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda benimsenecek olan tahkim usulü ihtiyari tahkim usulüdür. Zira bu tür ihtilaflarda tahkime gidilmesine izin veren hükmün genel çerçevesini düzenleyen Anayasanın 125. maddesi tahkime gidilmesini zorunlu olarak şart koşmamakta açık bir ifadeyle " ... milli ya da milletlerarası tahkime gidilebilir" demektedir. Dolayısıyla tahkime gidilip gidilmemesi tarafların iradesine bırakılmıştır.

Yazının devamında mevzuatta geçen yabancılik unsurundan ne kastedildiğine (A), tahkim anlaşmasının unsurlarına (B) ve tahkim yargılaması sonrasında verilen karara karşı hangi yargı yoluna (C) gidileceğine değinilecektir.

##### A. Yabancılik Unsurunun Tanımlanması ve Tahkim Türüne Etkisi

4501 sayılı kanun sadece yabancılik unsurunun bulunduğu imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkim sözleşmesi yapılırken uyulması gerekli ilke ve esasları düzenlemektedir<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit, 525, Gözübüyük Şeref- Tan Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, op.cit, s. 562, Gözler Kemal, İdare Hukuku, op.cit, s. 244

<sup>42</sup> Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Huku-

Öncelikle, yabancılık unsurundan kastedilen imtiyaz sözleşmesinin karşı tarafının yabancı şirket olacağı değildir. 4501 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinde yabancılık unsurunun tanımı yapılmaktadır. Hükme göre, sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri yabancılık unsurunun bulunduğunu gösterir. Akdedilecek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde yabancılık unsurunun varlığı, yine zorunlu olarak milletler arası tahkime gidileceği anlamına gelmemektedir. Yabancılık unsurunun varlığı halinde dahi, sözleşmenin tarafları dilerlerse uyuşmazlıklarını milli tahkime, dilerlerse milletlerarası tahkime götürürler<sup>43</sup>.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu da 2. maddesinde yabancılık unsurunun tanımını ve içeriğini belirttikten sonra son fıkrasında “21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır” demek suretiyle, kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinde esas alınacak yabancılık unsuru tanımının, 4501 sayılı kanunda belirtilen tanım olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yabancılık unsurunun tespiti 4501 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının c) bendindeki tanım esas alınacak, ancak yabancılık unsurunun varlığı durumunda taraflar aralarındaki uyuşmazlığı milletlerarası tahkime giderek çözüme kararına varırlarsa, 4686 sayılı Milletlerarası tahkim kanununa tabi olacaklardır. Yani yabancılık unsurunun tanımı 4501 sayılı kanuna, tahkim usul ve esasları 4686 sayılı kanuna göre yerine getirilecektir. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. maddesinin 5. fıkrasında “4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tabidir” denmektedir.

ku, op.cit, s. 158-159

<sup>43</sup> 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanunun 3. maddesi.

## B. Tahkime İlişkin Diğer Hususlar

4501 sayılı kanununun 4. maddesine göre taraflar tahkim anlaşmasını iki şekilde yapabilirler. Bu bakımdan, tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir<sup>44</sup>.

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde tahkime ilişkin bütün hususlar belirtilmez. Hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği, tahkime uygulanacak kurallar, tahkimin yapılacağı yer, hakemlerin sayısı ve nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun benimseyeceği yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun ne olduğu, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenmesi gerekir. Yine belirtmek gerekir ki, tarafların herhangi bir organize tahkim kurumunun yargılama usulünü yetkilendirdikten sonra, tahkim şartı veya sözleşmesinde ayrı usul kuralları öngörmeleri mümkün değildir<sup>45</sup>. Yani yukarıda bahsi geçen içerik, kurumsal tahkime değil ad hoc tahkime gidilmesi durumunda ayrıntılı olarak belirlenmelidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasını şart koşturmuştur (md 4). Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için de, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir (md 4/2). Hükme göre, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

2575 sayılı Danıştay Kanununun 23. maddesinde Danıştay'ın görevlerinden birinin de kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri

<sup>44</sup> Aynı hüküm Milletlerarası Tahkim Kanununun 4. maddesinde de geçmektedir.

<sup>45</sup> Orak Cem Çağatay, 4501 sayılı kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru, (<http://cakmak.av.tr/pdf/4501.pdf> - 21 Kasım 2013), s. 1

hakkında görüş bildirmek olduğu belirtilmiştir. Danıştay'ın inceleme sonrası bildirdiği görüş bağlayıcı olmamakla beraber, bu inceleme sözleşmede tahkim şartının ne şekilde yer aldığı, sözleşmenin yabancılık unsuru içerip içermediği ve 4501 sayılı kanunun hükümlerinde uyulup uyulmadığı etrafında şekillenecektir<sup>46</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, mevzuata aykırı olarak hazırlanmış bir imtiyaz sözleşmesini iptal etme yetkisini Danıştay her durumda haizdir. Bu durumda söz konusu olan görüş bildirmek olmaktan çıkıp, yargısal denetim faaliyetine dönüşür.

Hakemlerin sayısı konusunda Milletlerarası Tahkim Kanunu tarafları serbest bırakmakta, ancak bu sayının tek olması gerektiğini belirtmektedir (md 7).

### C. Hakem Kararına Karşı Yargı Yolu

Hem Milletlerarası Tahkim Kanunu (md 15) hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu (md 439) hakem ya da hakemlerin verdiği karara karşı yalnızca iptal davasının açılabilceğini hüküm altına almaktadır. Ancak milletlerarası tahkim kanununa göre iptal davasında yetkili mahkeme asliye hukuk mahkemesi iken, hukuk muhakemeleri kanununda yetkili mahkemenin tahkim yerindeki mahkeme olduğu belirtilmiştir. Bahsi geçen hükümlere göre iptal davasına bu mahkemelerde öncelikle ve ivedilikle bakılmalıdır. İptal davasının açılma süresi, kararın taraflara bildirildiği tarihten itibaren 30 gündür. İptal davası hakkında verilen karara karşı temyiz yoluna gidilebilir, ancak karar düzeltme yoluna gidilemez<sup>47</sup>.

İptal başvurusunda bulunan taraf, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını, kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini, hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini, hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin

<sup>46</sup> Ibid., s. 2

<sup>47</sup> Karataş Sinem, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi, op.cit, s. 14

tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını, tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini ispat ederse karar iptal edilebilir (MTK md 15). Aynı şekilde, eğer yetkili mahkeme, hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı veya kararın kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varırsa, hakem kararı iptal edilebilir. Dolayısıyla mahkemenin amacı, tarafların arasındaki uyuşmazlığı çözmek değil, Tahkim anlaşmasına uyulup uyulmadığı veya tahkim anlaşması ve yargılanmasının hukuka uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediği ile sınırlıdır. İptal kararının temyiz mahkemesine götürülmesi durumunda, temyiz mahkemesi yine aynı şekilde verilen kararın hukuka uygunluğu ve yukarıda belirtilen hususlarla sınırlı bir şekilde inceleme yapacaktır.

## SONUÇ

Yapılan değişiklikler sonrası yabancı ve yerli yatırımcıların sözleşmeden kaynaklanan anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulması konusundaki kaygıları giderilmiş, tahkim uygulaması sayesinde imtiyaz almak ve dolayısıyla yatırım yapmak için daha istekli olmaları sağlanmıştır. Ancak, Türk mevzuatında yapılan yasal düzenlemeler ile Türkiye tahkim müessesesi bakımından Avrupa ülkeleri ile aynı düzeye gelmiş olsa da, mevzuat alanında elden edilen başarı uygulamaya yansıtılmamış ve Türkiye bazı Avrupa ülkeleri gibi tahkim cenneti sayılan ülkeler arasında girememiştir<sup>48</sup>.

Bununla beraber, tahkim kurumunu idare hukukunun içine nüfuz etmesiyle beraber, söz konusu kurumun bu dalın temel öğelerini oluşturan hukuki istikrar, hukuki güvenlik, kamu hizmeti, kamu yararı gibi kavramları da etkileyeceği kuşkusuzdur. Dolayısıyla, kamu hizmeti ve belirtilen diğer kavramların, tahkim kurumu ile bir arada yaşamasını kolaylaştıracak, 4501 sayılı kanundan öteye geçen yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ileri sürülmektedir<sup>49</sup>. Nitekim bu

<sup>48</sup> Ekşi Nuray, Yargıtay Kararları Işığında İcc Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 1, Kış 2009, s. 54

<sup>49</sup> Özay İl Han, Günışığında Yönetim, op.cit, s. 399

kanun kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde takip edilecek tahkim yolunu düzenlemekten ziyade, uygulanacak hükümler için HMK'ya, MÖHUK'a ya da 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa atıf yapmaktadır. Bu durum mevzuatta da dağınıklığa yol açmakta ve bütünsel bir okumaya imkan vermemektedir.

### KAYNAKLAR

- Aslan Zehreddin – Arat Nilay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2 ss.1-25
- Aslan Zehreddin- BERK Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar (İçtihatlı), Alfa yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2011
- Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılık Unsuru, *Adalet Dergisi*, Ankara, Sayı 15, Yıl 2003, ss. 116-144
- Bournonville De Philippe, Droit Judiciaire: L'arbitrage, Editions Larcier, Bruxelles (Belgique), 1999
- Chapus René, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 15. Baskı, Paris, 2001
- Chapus René, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13. Baskı, Paris, 2001
- Ekşi Nuray, Yargıtay Kararları Işığında İcc Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, Sayı: 1, Kış 2009, ss. 54 -74
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2009
- Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 14. Baskı, Bursa, 2013
- Gözübüyük Şeref- TAN Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011
- Günday Metin, İdare hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011
- Nomer Ergin – Ekşi Nuray – Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2008
- Orak Cem Çağatay, 4501 sayılı kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru, (<http://cakmak.av.tr/pdf/4501.pdf> - 21 Kasım 2013),
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
- Özkan Cahit, İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim, (<http://okul.sel-yam.net/docs/index-98210.html?page=4>, 21 Kasım 2013),
- Tuncay Ahmet, Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı, Session 2D, Uluslararası Hukuk, International Conference on Eurasian Economies, 2013, ss. 879-884



# ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE ÇELİŞME İLKESİ PRINCIPLE OF CONTRADICTION IN CONSTITUTIONALITY REVIEW

Özen ÜLGEN\*

**Özet:** Anayasaya uygunluk denetiminin kendine özgü nitelikleri nedeniyle, çelişme ilkesi temel bir yargılama güvencesi olarak tanınmamaktadır. Bununla birlikte, Avrupa uygulamasında bu ilkenin özgün uyarlamaları olduğu tespit edilebilmektedir. Bu çalışma, teori ve uygulamada karşılaştırmalı hukuk örneklerini değerlendirdikten sonra, bu çerçevede Türk Anayasa Mahkemesine yazılı açıklama gönderme hakkı ile sözlü açıklamada bulunma olanağının rolünü incelemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, iptal davası, itiraz yolu, Çelişme İlkesi, Yazılı açıklama, Sözlü açıklama.

**Abstract:** Because of the special features of the constitutional review, adversarial principle is not recognized as a fundamental guarantee of the procedure. However, we can observe some examples in Europe. This study aims to analyze the role of the right to submit written statements to the Turkish Constitutional Court and the possibility to present oral explanations.

**Keywords:** Constitutional Court, constitutional review, adversarial principle, contradiction, written statements, oral explanations.

Çelişme ilkesi, muhakeme sürecinde, yargılamanın bütün süjelerinin birbirlerinin fikirlerini öğrenmesini, bunlara cevaplar üretebilmesini ve böylece hep birlikte düşünebilmelerini sağlamaya yönelik temel bir yargılama ilkesidir.<sup>1</sup> Bir yanda tarafların hak ve menfaatlerini korunmasının güvencesi olan bu ilkenin diğer bir işlevi de yargı-

\* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı  
1 Kunter-Yenisey, 2000, ss.40-41.

cın sağlıklı bilgiye ulaşmasını sağlamaktır.<sup>2</sup> Bugün gelinen aşamada, hukuk yargılaması usulünde olduğu kadar ceza yargılaması ve idari yargılama usullerinde de çelişme ilkesi ve buna bağlı olarak silahların eşitliği ilkesinin sağlanması adil yargılanma hakkının alt unsurları olarak kabul görmekte ve gerek ulusal gerekse ulusal üstü yargı organlarıncı korunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, diğer yargılama usulleri bakımından bu ilkeyi koruma görevi üstlendiği halde, Anayasaya uygunluk denetiminde çelişme ilkesi temel bir yargılama ilkesi olarak kabul görmektedir. Şüphesiz bu sonucun oluşmasında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6.maddesinde anayasa yargısına açıkça yer verilmemiş olması ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) bu konudaki sınırlı içtihadının rolü yadsınamaz. Zira diğer yargılama usullerindeki gelişmelerde İHAM içtihadının önemli bir katkı sunduğu görülmektedir.<sup>3</sup>Bununla birlikte, anayasa yargısındaki eksikliğin asıl nedeninin yargılama teorisine dayandığı ve anayasaya uygunluk denetiminin niteliğinden kaynaklandığını ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Bu çalışmada, çelişmeli yargılama ilkesinin anayasaya uygunluk denetiminde uygulanabilirliği ya da daha doğru bir ifadeyle bu ilkenin nasıl uyarlanabileceği hususu ele alındıktan sonra, Türk hukukunda yazılı ve sözlü açıklama yapma hakkının bu ilkenin sağlanmasına ne derece hizmet ettiği eski ve yeni düzenlemeler ile uygulama ışığında değerlendirilecektir.

## I. Anayasaya Uygunluk Denetiminde Çelişme İlkesinin Uygulanabilirliği

Anayasaya uygunluk denetimi, kurallar kademelenmesinde alt sırada bulunan bir normun (kanun, kanun hükmünde kararname vb.), onun üstünde yer alan anayasaya uygunluğunun incelenmesidir. Bu inceleme sonucunda alt norm üst norma uygun değilse, iptal edilerek

<sup>2</sup> Idoux, s.16.

<sup>3</sup> Somut norm denetiminde, başvuran mahkeme önündeki davanın sonucunun doğrudan etkilenmesi halinde çelişme ilkesinin uygulanması yönünde bkz. Ruiz-Mateos/Spain, 23.06.1993 Bu kararın ve konunun detayları için bkz. İnceoğlu, 2005, ss.76-77 ve 249-257.

hukuk düzeninden ayıklanır ve böylelikle objektif hukuk düzeninin korunması sağlanır. Bu durum bireylerin subjektif haklarının ötesinde sonuç doğurduğundan, yapılan yargılamanın objektif bir niteliği olduğu kabul edilir.<sup>4</sup> Davanın objektif niteliğinin, yargıca resen hareket etme olanağı tanınmanın yanı sıra başvuruçuların rolünü sınırlama gibi bir sonucu da vardır. Bu çerçevede başta davanın objektif niteliği olmak üzere anayasaya uygunluk denetiminin özelliklerinden kaynaklanan teorik sorunlar değerlendirildikten sonra Avrupa uygulamasında dikkat çeken düzenleme ve uygulamalar incelenecektir.

### a) Anayasa yargısında çelişme ilkesine yönelik teorik sorunlar

Çelişme ilkesinin uygulanabilmesi öncelikle iki farklı "taraf" olmasını gerektirir. Öğretide klasik görüş, davanın objektif niteliği nedeniyle anayasaya uygunluk denetiminde taraf kavramından söz edilemeyeceğini kabul etmektedir.<sup>5</sup> Mahkemeyi harekete geçiren kişiler taraf değil, başvuruçudur. Başvuruçular da, kendi subjektif çıkarları için değil, Anayasal düzeninin korunması amacıyla hareket eden birer "savcı" konumundadır.<sup>6</sup> Başvuruçuların subjektif haklarının korunması söz konusu olmadığı gibi, teknik anlamda bir karşı taraf da bulunmamaktadır. Anayasaya uygunluk denetiminde tarafların olmadığı kabul edildiğinde ise, bunun doğal sonucu olarak çelişme ilkesi usul güvenceleri arasında yer almamaktadır.

Anayasa yargısına teorik açıdan bakıldığında, dava konusunun bir norm olması nedeniyle yargılama hukukundaki teknik anlamıyla taraf kavramı söz konusu olmasa da, bir normun anayasaya uygun ya da aykırı olduğu yönünde çelişen iki görüş olduğunun kabulü gerekir.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Tanör, 1969, ss.101-102; Azrak,1962 s.27; Kanadoğlu, 2006, s.112; Drago, 2002, s.373; Hocaoglu/Ocakçioğlu, 1971, s.285.

<sup>5</sup> Uyuşmazlığın objektif niteliği ile taraf kavramının bağdaşmadığı yönündeki bu görüşün kaynağı idari yargıdaki iptal davalarıdır. İdari yargıda iptal davalarının objektif niteliği üzerine bkz. Azrak, 1977,ss.145-155. Ancak, idari yargıda 20.yüzyıl başında değişmeye başlayan bu yaklaşım, Fransa'da ve Fransız idari yargı sisteminden oldukça etkilenen Türk öğretisinde büyük ölçüde yerini korumuştur. İdari yargıdaki tüm gelişmelere rağmen, anayasaya uygunluk denetimi söz konusu olduğunda daha muhafazakâr bir tutum görülmektedir. Schmitt, 2007, s.728.

<sup>6</sup> Drago, 1996, s.13.

<sup>7</sup> Fransız öğretisinde, anayasaya uygunluk denetiminde taraf kavramını kabul etmeyen Drago da, çelişme ilkesinin normun anayasaya uygun ya da aykırı olduğu

İşlemi yapan organ, işlemin Anayasaya uygun olduğu kanısında iken, başvuru hakkına sahip olan mercii işlemin Anayasaya aykırı olduğu kanısındadır. Her ikisi de, Anayasanın kendi siyasal eğilimlerini/çıkarlarını en iyi şekilde tatmin edecek yorumunu savunmaktadır.<sup>8</sup> Bu aktörlerin amacı kendi Anayasa yorumları konusunda yargıcı ikna etmek olacaktır.

Anayasaya uygunluk denetimi bakımından çelişme ilkesi için, ilk etapta her iki görüşün de gerekçelerini Mahkeme'ye iletme olanağına sahip olup olmadığı araştırılabilir. İkinci aşamada ise, birbirlerinin gerekçelerini öğrendikten sonra bunlara cevap verme olanağının tanınması gündeme gelecektir. Davanın objektif niteliğinin bir önemli sonucu da yargıcın resen araştırma yapabilmesidir. Tıpkı idari yargıda olduğu gibi, raportör ve son olarak yargıç tarafından resen dikkate alınan hususların taraflara bildirilmesi ve görüşlerinin alınması da mümkündür.<sup>9</sup> Bütün bu olasılıklar, yargılamanın objektif niteliğini değiştirmeden, zenginleştirilmesini sağlar.

Anayasaya uygunluk denetimi, diğer yargılama usulleri arasında en çok idari yargılama usulü ile paralellik gösterebilir. İdare tarafından yapılan genel düzenleyici bir işlemin hukuka uygunluğunun incelenmesi ile bir kanun hükmünde kararname ya da kanunun Anayasaya uygunluğunun incelenmesi arasında usul bakımından bir fark yaratmanın haklı bir nedeni yoktur. Dolayısıyla, başlangıçta idari yargı örnek olarak görülebilir. Bu noktada, idari yargıdan farklı olarak anayasaya uygunluk denetiminde başvuru için menfaat ya da hakkın ihlali koşulu aranmıyor oluşu akla gelebilir. Oysa bu yönde bir inceleme yapılmıyor olması başvurucuların kişisel menfaat ve haklarının korunmasına hiç hizmet edilmediği anlamına gelmemektedir. Bazı durumlarda, başvurucuların kişisel menfaatlerinin Anayasaya aykırı normların hukuk düzeninden ayıklanması gibi kamu yararına bir sonucun doğmasını sağladığı gözden kaçırılmamalıdır.<sup>10</sup> Kaldı ki,

---

yönündeki iddiaların karşı karşıya gelmesi biçiminde gündeme gelebileceğini kabul etmektedir. Drago, 2006, s.373.

<sup>8</sup> Santolini, 2010, s.14.

<sup>9</sup> Schrameck, 1996, s.633.

<sup>10</sup> Santolini, 2010, s.293.

başlangıçta yapılan tanımda da vurgulandığı gibi, çelişme ilkesi, usul hukukuna ilişkin bir güvence olarak tarafların menfaatlerinin savunulmasına hizmet ettiği kadar, yargıçların muhakeme süreçlerini kolaylaştırma ve zenginleştirme işlevi de görür. Dolayısıyla, sadece bir menfaat çatışması olduğu durumlarda çelişme ilkesinin bir teminat olarak kabul edilmesi eksik kalacaktır.<sup>11</sup>

Her yargılama usulünün kendi özelliklerinden kaynaklanan nedenlerle bazı farklılıklar oluşması, başka bir ifadeyle ilkenin o yargılama usulünün özelliklerine uyarlanması olağan karşılanmalıdır. İptal davası ile itiraz yolunun kendine has özellikleri dikkate alındığında, çelişme ilkesinin diğer yargılama usullerinde uygulandığından daha farklı uygulanması kaçınılmazdır. Bu noktada en önemli farklılığın tarafların oluşumu ve rolünün sınırlanması doğrultusunda olduğu görülmektedir.

Anayasaya uygunluk denetiminin toplumun geniş kesimlerini etkileyen genel düzenleyici işlemler üzerinde yapılması nedeniyle ilgili kişi sayısı bir hayli fazladır. Anayasa Mahkemesi kararlarının herkes için bağlayıcı olduğu da dikkate alınrsa, Anayasa Mahkemesi önündeki başvurularda katılma taleplerinin bir hayli çok olacağı varsayılabilir. Bu doğrultuda, herkesin görüş bildirme hakkı olması gerektiği ileri **sürülebilirse de, belirli usul haklarının** tanınmasında sınırlama yapılması yargılamanın hızlandırılması ve usul ekonomisi **açısından vazgeçilmezdir.**

Anayasa Mahkemesine başvuru hakkının sınırları belirlenirken, genel bir *actio popularis* hakkı tanınmaması da aslında Anayasa Mahkemelerinin yoğun iş yükü altında kalarak işlevsizleşmesinin önüne geçilmesi amacı taşır. Dolayısıyla, sınırlı bir başvuru hakkı tanındıktan sonra, yargılama sürecinde dosyayı işlemekten etkilenen herkesin katılımına açmak çelişkili bir yaklaşım olur ve sistemi işlemez hale getirme riski taşır. Bu tür sakıncalı olasılıkların önüne geçilmesi için, anayasaya uygunluk denetiminin işlevine uygun bir seçim yapılması zorunludur. Temel amaç, en geniş katılımı karşıt fikirlerin ortaya çıkmasını sağlamak olmalıdır.

<sup>11</sup> Schrameck, 1996, s.630.

Anayasaya aykırılık (iddia) tarafının, iptal davası başvurusunda bulunanlarca oluşturulacağı açık olmakla birlikte Anayasaya uygunluk (savunma) tarafının kim/kimlerden teşekkül edeceği de bir başka tartışma konusudur. Elbette ilk akla gelen işlemi yapan organ olarak kanun ve içtüzük hükümleri bakımından yasama organının, kanun hükmünde kararname bakımından ise yürütme organının bu görevi üstlenmesidir. Bu noktada, özellikle itiraz yolu başvurularında, başvuru konusu normun dönemin yasama ya da yürütme organı tarafından yapılmamış olma olasılığını da dikkate almak gerekir. Bununla birlikte, Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen bir normu yürürlükten kaldırmamış ya da değiştirmemiş bir organın da, o normu Anayasaya uygun kabul ettiğini varsaymak yanlış olmayacaktır. Aksi takdirde, bu organın evleviyetle normu Anayasaya uygun hale getirmiş olması beklenir.

İşlemi denetlenen organın yasama organı olması da, savunma tarafının belirlenmesi sorununa özgünlük katmaktadır. Yasama organının oylama esasıyla çalışan bir kurul niteliğinde olması, olası savunma yazısının kim adına yazılacağı sorusunu akla getirmektedir. Çoğunlukla başvuruçular arasında da yasama organı üyeleri bulunması ilginç bir durum ortaya çıkarmaktadır. İlkesel açıdan bakıldığında, kurul yapısı ile çalışan diğer idari makamlar gibi, yasama meclislerinin de işlemi yapan organ olarak görüşlerini Anayasa Mahkemelerine iletebilecekleri düşünülebilir. Nitekim birçok ülkede, meclisler Anayasa Mahkemesi önünde taraf olabilmektedir. Ancak, bazı teorik ve pratik nedenlerle, meclisler yerine veya onlarla birlikte başbakanlık ya da hükümete de bu yönde bir yetki tanındığı görülmektedir.<sup>12</sup>

Yasama organı yerine daha belirlenebilir olan hükümete yönelmek öncelikle pragmatik bir tercihtir. Yasama meclisi tarafından kabul edilen metinlerin büyük çoğunluğu ya doğrudan hükümet tasarısı ya da hükümet destekli tekliflerdir. Yasama organına göre daha hızlı hareket etme kabiliyeti de dikkate alındığında, *cevap verme* yetkisinin yasama meclisi yerine başbakanlık ya da hükümet yetkililerine verilmesi anlaşılabilir. Yasama organı işleminin yürütme organı tarafından

<sup>12</sup> Sadece iptal davası başvurularında değil, itiraz yolu ile yapılan başvurular üzerine de, başbakanlık, hükümet, meclis ya da meclisler Anayasa Mahkemesi önünde doğrudan taraf olabilmekte ya da görüşlerini iletebilmektedir.

*savunulması* kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı gözükmeyle birlikte, parlamenter sistemin işleyişi göz önünde bulundurulduğunda bu çözümü de yadırgamamak mümkündür. Kaldı ki, birçok ülkede yasama organının tarihsel rolü ve sembolik anlamı onun savunma yapmasının önünde bir engel olarak görülmekte ve onun adına bu işlevi yürütmenin üstlenmesi bu açıdan da tercih edilmektedir. Örneğin, Fransa'da meclislerin sürece katılması yönündeki girişimler, milletin temsilcilerinin tercihlerini ve görüşlerini haklı göstermek zorunda olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.<sup>13</sup> İtalya'da da, anayasa yapım çalışmalarında parlamentonun bu rolü üstlenmesi tartışılmış, ancak davalı konununun parlamentonun saygınlığına uygun olmadığı ileri sürülerek teklif oybirliğiyle reddedilmiştir.<sup>14</sup> Bu anlayışa göre, parlamento kendi işlemini savunmak durumunda olmamalıdır. Nitekim İtalya'da, cevap hakkının başbakanlık tarafından kullanılması devletin hukuk düzeninin birliğinden hükümetin sorumlu olmasıyla da açıklanmaktadır.<sup>15</sup>

Temel iddia ve savunma makamları bu şekilde oluşturulduktan sonra, bu sürece katılacak diğer kişi/kurumların nasıl belirlenebileceği sorusu akla gelmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, Anayasaya uygunluk denetimi oldukça geniş bir yelpazeyi ilgilendirmektedir. Burada bir tercih yapılırken öncelik başvuran dışındaki dava açma hakkına sahip olan kişi ve kurumlara verilebilir. Böylelikle, dava açma yetkisi ile davaya katılma yetkisi arasında bir paralellik sağlanmış olur. Yine itiraz yolu başvuruları bakımından, itiraz yoluna başvuran mahkeme önündeki tarafların da ya bizzat Anayasa Mahkemesi önünde taraf olması ya da onların konuya ilişkin görüşlerinin dava mahkemesi aracılığıyla Anayasa Mahkemesine iletilmesi önemli ve gereklidir.

Son olarak, Anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için tarafların yargılamaya katılımının zorunlu bir unsur olmadığı vurgu-

<sup>13</sup> Sürece ilişkin bkz. Mathieu/Verpeaux, 2002, s.209 ve Rousseau, 1997, ss.51-52. İlgili komisyon raportörünün bu rolü üstlenmesine ilişkin teklif ise, raportörün meclis adına konuşma yetkisi olmadığı ve bu kişinin görevinin tasarının kanunlaşması ile sona erdiği gerekçeleriyle reddedilmiştir. Bununla birlikte, 2001 yılında, Millet Meclisi ve Senato ilgili komisyonlarının raportörleri Anayasa Konseyi'ne sözlü açıklama yapmak üzere davet edilmiş ve bu sefer daveti kabul eden raportörlerin açıklamaları dinlenmiştir.

<sup>14</sup> Santolini, 2010, s.311.

<sup>15</sup> (çev.Clare Tame), İtalian Constitutional Court, 2012, s.42.

lanmalıdır. Gerek başvuru, gerekse işlemi yapan organ herhangi bir katılımında bulunmasa bile, Anayasa Mahkemesi başvuruyu inceler ve karara varabilir. Bu sürece tarafların katılımı, yargılamanın niteliğinin arttırılmasını ve bu doğrultuda gerekçeli kararın daha doyurucu olmasını sağlama işlevi görür. Nitekim Anayasaya uygunluk denetiminde çelişme ilkesine yer veren düzenleme ya da uygulamaların hiçbirinde tarafların oluşmaması yargılamanın seyrini etkilememektedir. Anayasaya uygunluk denetiminin objektif niteliği de bunu gerektirir. Bu çerçevede, uygulamada kimlere, nasıl bir katılım olanağı verildiğinin incelenmesi Türkiye örneğini konumlandırmak bakımından da faydalı olabilir.

### b) Avrupa Uygulamasında Çelişme İlkesi

Avrupa tipi anayasa yargısının önemli ismi Kelsen, 1928 yılında yazdığı makalede, Anayasa Mahkemesi önünde sözlü yargılama usulünün uygulanmasını, işlemi yapan organa işlemin hukuka uygunluğunu savunma olanağı verilmesini ve tüm bileşenlerin (başvuru, işlemi yapan organ, itiraz yoluna başvuran mahkeme önündeki taraflar) Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamaya katılmalarını önermiştir. Kurul biçiminde olanlar başkanları ya da bir görevlileri aracılığıyla temsil edilebilirler.<sup>16</sup> Nitekim karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, birçok ülkede, anayasaya uygunluk denetimi usulünün anayasanın farklı yorumlarını savunan taraflar arasında geçen bir dava gibi düzenlediği görülmektedir.

Fransa ise bu gruptan biraz farklı bir örnektir. Daha önce belirtildiği gibi, öğretilerde önemli bir ağırlık, Anayasaya uygunluk denetiminin objektif niteliği dolayısıyla yargılamada taraf kavramından bahsedilemeyeceği kanısındadır.<sup>17</sup> Buna rağmen, Anayasa Konseyi Eski Başkanı *Badinter*, Anayasa Konseyinin yargısal bir makam olduğunu ve diğer tüm yargılama organları gibi Anayasa Konseyinin de yargılamanın temel ilkelerinden olan çelişme ilkesine uyma yükümlülüğü olduğunu kabul etmiş ve yazılı kuralları olmadığı halde bu doğrultuda bir uygu-

<sup>16</sup> Kelsen,1928, ss.248-249.

<sup>17</sup> Davanın objektif niteliğine yönelik İtalya- Fransa arası yaklaşım farkı için bkz. Schmitt, 2007, ss.719-747.



lama başlatmıştır.<sup>18</sup> Normatif bir düzenlemeye dayanmaması ilkenin güvencesiz olduğu izlenimi verse de, bu durumun uygulamaya esneklik kazandırdığı ve herhangi bir normun düzenleyebileceğinden daha etkin bir usulün uygulanabildiği ileri sürülmektedir.<sup>19</sup>

Burada bütün ülkelerin ayrıntılı olarak incelenmesi elbette olanaklı değildir. Bu çerçevede, sadece çelişme ilkesinin gelişmesinde Türkiye'ye örnek olabilecek nitelikteki kural ve uygulamaların kısaca ele alınması amaçlanmaktadır. Uygulamadaki bu durumun, teorik tartışmaların bugün ağırlığını yitirdiğini göstermesi bakımından önemli olduğu kanısındayız.

Fransız sisteminde, her başvuru sonrasında Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından bir raportör belirlenmekte ve bu kişi Genel Sekreterlik yardımıyla heyetin tartışmasına sunulmak üzere bir karar taslağı hazırlamaktadır.<sup>20</sup> Raportör, kendisini aydınlatacağını düşündüğü her kişiyle her konuda iletişim kurabilir. Ancak, bu serbestlik içinde bir teamül hukukunun bulunduğu görülmektedir.

Daha önce de belirtildiği gibi, çelişme ilkesinin anayasaya uygunluk denetiminde de uyulması gereken bir ilke olduğuna inanan Anayasa Konseyi Başkanı *Badinter*, 1986 yılında her iki Meclis Başkanına da çağrıda bulunmuş ancak olumlu bir cevap alamamıştır.<sup>21</sup> Bu nedenle dolaylı bir yol tercih edilmiş ve cevap verme olanağı Başbakanlık bünyesinde idari bir birim olarak görev yapan Hükümet Genel Sekreterliğince kullanılmaya başlanmıştır. Hükümet Genel Sekreterliği sadece

<sup>18</sup> Rousseau, 1997, s.51.

<sup>19</sup> Vedel, 1996, ss.548-549.

<sup>20</sup> Raportör üye ya da gerekirse üyeler Anayasa Konseyi Başkanı tarafından belirlenir. Anayasa Konseyi Genel Sekreteri ise, Başkanın önerisi üzerine cumhurbaşkanınca karşı-imza kuralına uyularak atanır.

<sup>21</sup> Bu öneri, parlamento komisyonundaki raportör ile başvuru sahiplerinden birinin Anayasa Konseyi raportör-üyesi önünde karşı karşıya gelmesine yöneliktir. Her iki başkanın da karşı fikirlerin bir araya gelmesini sağlayacak başka bir yol bulunması konusunda girişimde bulunmaması bu tavırlarının samimiyezsizliği olarak yorumlanmıştır. Rousseau'ya göre, Konseyin karşıt görüşleri dinleyerek uyuşmazlıkları çözen bir yargıç konumuna geçmesini sağlayacak bir usul sorununun çözümünün cohabitation öncesinde Mitterand tarafından atanan bir başkanın talebinin karşılanmasıyla sağlanmaması yönünde irade göstermişlerdir. Kaldı ki, bu kurumlar arasında resmi olmayan ve kurumsallaşmamış bir ilişki zaten mevcuttu. Bu ilişki zamanla "doğal" bir kural haline geldiği halde yazılı olarak kabul edilmemiştir. Rousseau, 1997, s.52.

kabul edilen hükümet tasarıları için değil, hükümet katılmadığı halde milletvekilleri ya da senatörler tarafından verilen önergelerin kabulü ile ortaya çıkan hükümler bakımından da bu rolü üstlenmektedir.<sup>22</sup>

Önce, Anayasa Konseyinde raportör üye başkanlığında bir toplantı yapılır. Bu toplantının incelenen hükümlerin kabul edilmesinde meclis çalışmalarının incelenmesi ile anlaşılması mümkün olmayan nedenler varsa bu konuda bilgi edinilmesi ve savunma için ilk cevap olanağının kullanılması gibi iki temel amacı vardır.<sup>23</sup> Ardından, Hükümet Genel Sekreterliği, *yazılı cevap* niteliğinde bir metin hazırlar. Hazırlanan cevap iki temel belgeden oluşur. Birinci belge başvuru dilekçesine cevap formatında hazırlanır. Diğeri ise, başvuru dilekçesinde yer almayıp raportör tarafından dile getirilen hususlara cevap veren bir bilgi notu (*fiche technique*) niteliğindedir. Bu belgelerden ilki başvuruculara iletilmediği halde, ikincisi yeni tartışmalara yol açmamak için başvuruculara iletilmez. Dolayısıyla, başvurucular da sadece ilk belgeye cevap yazabilirler. Son olarak, Hükümet Genel Sekreterliği, bu cevapta belirtilen hususlar hakkında kısa bir not yazabilir.<sup>24</sup>

Başvurucular ve *karşı-taraf* adına hükümet arasında geçen bu sürecin dışında, her türlü kişi yazılı görüşünü Anayasa Konseyine iletebil-

<sup>22</sup> Jan, 2001, s.155.

<sup>23</sup> Schrameck, 1995, s.85. Bu toplantının daha verimli geçmesini sağlamak adına Hükümet Genel Sekreterliği ile Anayasa Konseyi Genel Sekreterliği arasında ciddi bir telefon trafiği yaşanmaktadır. Öncesinde Hükümet Genel Sekreterliğinde cevap metni hazırlanması için toplantı yapılır. Kaç toplantı yapılacağı, bu toplantılara kimin katılacağı ve konusu Hükümet Genel Sekreterliğinin takdirindedir. Genellikle Genel Sekreter, Teknik Danışman, Anayasal İşlerden Sorumlu Müdür ve dava konusu kanun ile ilgili Bakanlık temsilcileri yer alır. Anayasa Konseyine temsilen kimin gideceğine ve yazılı görüşün hangi kısmının kim tarafından yazılacağına karar verilir.

<sup>24</sup> Drago, 2006, ss.377-379. DC 86-207 sayılı ve 25-26 Haziran 1986 tarihli karardan beri, Hükümet Genel Sekreterliğince hazırlanan görüş cevap hakkı için başvuruculara iletiliyor. 1976'da başvuruda bulunan Millet Meclisi Başkanı, cevap vermek için Senato Başkanı ve Hükümet tarafından verilecek görüşleri talep etmiş ancak bu talep kabul edilmemişti. Santolini, 2010, s.267, dipnot 694. 1993 yılından beri de, Anayasa Konseyi kararlarında, hükümet görüşüne başvurucular tarafından verilen cevabın da dikkate alındığı açıkça belirtiliyor. İlk karar DC 92-216, 20 Ocak 1993. Anayasa Konseyi, 1996'dan beri başvurucular adına olmak kaydıyla tek imzalı olarak da bir cevap metni verilmesini kabul ediyor. Massieu, 2004, dipnot 99. Bu tarz dilekçeler gerekli koşulları sağlamadığı gerekçesiyle reddedilse bile internet sitesinden yayımlandığı gibi Anayasa Konseyi üyelerince de dikkate alınabiliyor.

mektedir. Bu görüşler iptal davası konusunun lehinde ya da aleyhinde olabileceği gibi, sadece konu hakkında Konseyi aydınlatma amacıyla da hazırlanabilir. Bunlar arasında öğretinin seçkin isimlerinin, meslek örgütleri, sendikalar ve diğer baskı gruplarının görüşleri de yer almaktadır. 2003 yılında incelenen bir dosyada, muhalefette olan Sosyalist Parti'nin Senato Grup Başkanı da bu yolu kullanarak görüşlerini Anayasa Konseyine iletmıştır.<sup>25</sup> Bu çok çeşitli kişi ve gruplardan gelen yazılı görüşler Konsey üyelerine ulaştırılmakla birlikte müzakereye açılmaz. Bununla birlikte, üyeler resen dikkate aldıkları hususlar bakımından bunlardan faydalanabilir. Başvurucular ve hükümet bu yazılı görüşlere ulaşamamaktadır.<sup>26</sup>

Bu süreçte, hükümet kanadının Anayasa Konseyi önünde sözlü olarak da açıklamalarda bulunabildiği, başvurucuların ise bu olanaktan yoksun olduğu görülmektedir. İlk olarak 2004 yılında, bu yöndeki talepler kabul edilerek içlerinde sosyalist parti millet meclisi ve senato grup başkanlarının da yer aldığı 5 kişi raportör tarafından dinlenmiştir.<sup>27</sup> Bir diğer eksiklik, başvurucuların hükümetin yazılı cevabına ulaştığı halde bilgi notlarına ulaşamamasıdır. Aynı şekilde, resen dikkate alınan hususlar konusunda iki tarafın da görüşüne başvurulmamaktadır. İdari yargıda tarafların bilgisine sunulmamış hiçbir veriye dayanarak karar verilemezken, anayasa yargıcı bireylerden gelen yazılı görüşlere dayanarak da karar verebilmektedir.<sup>28</sup> Sözlü açıklama sürecinin mahkeme heyeti önünde değil, sadece raportör üye önünde gerçekleşmesi durumu da eklendiğinde, öğretilerde bu uygulamanın çelişme ilkesi uyarlaması olarak değil, ciddi bir bilgi/görüş alışverişi olarak nitelendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır.<sup>29</sup>

2008 Anayasa değişikliğine dayanarak 2010 yılında başlayan itiraz yolu benzeri usul (*question prioritaire de constitutionnalité*) bakımından Anayasa Konseyi kendi kabul ettiği içtüzükle çelişme ilkesini açıkça düzenlemeyi tercih etmiştir. Buna göre, ilk aşamada, başvuruya yol açan davanın tarafları ile cumhurbaşkanı, başbakan ve meclis başkan-

<sup>25</sup> DC 2003-478, 30 Temmuz 2003. Massieu, 2004, dipnot 105.

<sup>26</sup> Schrameck, 1996, s.87.

<sup>27</sup> Massieu, 2004, s.363.

<sup>28</sup> Spitz, 2004, s.133; Vedel, 1996, s.549.

<sup>29</sup> Drago, 2006, s.375; Spitz, 2004, s.137.

ları yazılı görüşlerini Anayasa Konseyine iletebilir. İkinci aşamada, birbirlerinin görüşlerini öğrenen bu kişiler cevap niteliğinde bir görüş daha hazırlayabilir. Duruşma yapılmasına karar verildiği takdirde, bu kişiler davet edilir ve burada görüşlerini sözlü olarak da belirtebilirler. Duruşma herkese açık olduğu gibi, video kayıtları internet sitesinde yayınlanmaktadır. Özel bir menfaati olduğunu ispat eden 3.kişilere de davaya katılma olanağı tanındığı gibi, resen dikkate alınabilecek hususlar da görüşlerinin alınması için bu kişilere bildirilmektedir.

Belçika, çelişme ilkesine ve hatta silahların eşitliği ilkesine uygun bir yargılama süreci öngörmüştür. Bildirim, cevap, cevaba cevap ve son olarak duruşma aşamalarının yanı sıra raportör raporuna da cevap verme olanağı tanıyan bu süreç Belçika Anayasa Mahkemesi Kanununda büyük ölçüde düzenlenmiştir.<sup>30</sup> Buna göre, iptal davası başvurularında, hükümete, bölge hükümetlerine ve meclis başkanlarına bildirimde bulunulur.<sup>31</sup> (m.76) Hükümet adına bildirimler başbakanlığa yapılmakta ve oradan cevaplanmaktadır. (m.80) Uygulamada, meclis başkanlarının müdahale etmedikleri, bu işi daha ziyade hükümetlere bıraktıkları görülmektedir.<sup>32</sup>

Aynı bildirim, itiraz yolu çerçevesinde davanın diğer tarafına da yapılır. Ayrıca, ilk inceleme sonucunda başvuru kabul edilebilir bulunursa Fransızca, Hollandaca ve Almanca olarak başvuran ve başvuru konusu Resmi Gazetede (*Moniteur Belge*) yayınlanır. Resmi Gazete yayımını takip eden 30 gün boyunca başvuru dilekçesi Anayasa Mahkemesi Kaleminde incelenebilir. (m.74) İtiraz yolu başvurularında, başvuran mahkeme önündeki dava konusuna ilişkin menfaatini ispat eden herkes, bu 30 gün içinde mahkemeye yazılı görüşünü iletebilir. Bu yolla Mahkemeye yazılı görüş ileten herkes "taraf" addedilir. (m.87)

<sup>30</sup> Dikkat dağıtma riskini önlemek amacıyla, ilgili ülke Anayasa Mahkemesi Kanunu maddelerinin cümle sonunda parantez içinde gösterilmesi usulü benimsenmiştir.

<sup>31</sup> Başvuru hükümet tarafından yapılmışsa, bölge hükümetlerine ve yasama meclisi başkanlarına; bölge hükümetlerince yapılmışsa hükümete, diğer bölge hükümetlerine ve yasama meclisi başkanlarına; meclis başkanı tarafından yapılmışsa hükümete, bölge hükümetlerine ve diğer meclis başkanlarına; menfaatini ispat eden bir vatandaş tarafından yapılmışsa hükümete, bölge hükümetlerine ve yasama meclisi başkanlarına bildirimde bulunulur. Bu bildirimde, yazılı açıklama verebilecekleri süre de belirtilir. (m.78) Bu süre 45 gündür. (m.85)

<sup>32</sup> Santolini, 2010, s.312.

Bu şekilde gelen yazılı görüşler diğer taraflara, başka bir ifadeyle başvuran ve diğer yazılı görüş verenlere iletilir ve 30 gün içinde cevap dilekçesi verebilecekleri belirtilir. Bu sürenin sonunda da, yeni gelen görüşler taraflara iletilir.(m.89) İptal davasında ise, 30 gün içinde gelen görüş başvurana iletilir ve 30 gün içinde cevap dilekçesi yazabileceği belirtilir. Başvuran tarafından hazırlanan cevap da, cevaba cevap için diğer tarafa iletilir.(m.89/2) Kanunda belirtilen tüm süreler Anayasa Mahkemesi Başkanı tarafından uzatılıp kısaltılabilir.(m.89bis)

Yazılı açıklamalar üzerinden işleyen süreç sonucunda hazır olduğunda duruşma günü belirlenir ve taraflar bu esnada ortaya çıkan sorunlara cevap vermeye davet edilir. Cevap, ek dilekçe biçiminde yazılı olarak ya da duruşma sırasında sözlü olarak verilebilir.(m.90) Duruşma günü ve raportör raporu duruşmadan 15 gün önce taraflara bildirilir ve duruşmaya kadar olan süre içerisinde dosya incelenebilir. (m.103)

İspanya'da, başvuru kabul edildikten sonra Parlamento'ya Millet Meclisi ve Senato Başkanları aracılığıyla ve hükümete Adalet Bakanlığı aracılığıyla bildirim yapılır. Bu kurumlar 15 gün içinde görüşlerini Anayasa Mahkemesine iletebilir. (m.34) İtiraz yolu başvurularında bunların yanı sıra Başsavcılığa da bildirim yapılır. Başsavcılık tarafsız olarak Anayasanın objektif koruyucusu olma işlevine sahiptir. İtiraz yolunda başvuran mahkeme önündeki tarafların da doğrudan Anayasa Mahkemesi önünde taraf olmasına olanak sağlanmaktadır.<sup>33</sup> Başvuru öncesi davanın taraflarının ve varsa savcılığın görüşünün alınması ve bu görüşlerin de Anayasa Mahkemesine iletilmesi ile yetinilmemiştir.<sup>34</sup> Bunun için itiraz yolu başvurusunun kabul edildiğine dair kararın Resmi Gazetede (*Boletín Oficial del Estado*) yayımlanmasını takip eden 15 gün içinde talepte bulunmak gerekir. (m.37) İspanya'da, Belçika'dan farklı olarak, bu görüşlerin karşılıklı bildirim ve bunlara cevap hakkı usulü düzenlenmemiştir.

<sup>33</sup> Santolini, 2010, s.263.

<sup>34</sup> İspanya'da bu usulün oldukça yeni olduğu belirtilmelidir. Uzun süre, kanunda taraflara Anayasa Mahkemesi önünde taraf olma olanağı tanınmamış, Mahkeme de bu yöndeki talepleri reddetmiştir. Bkz. Bon/Moderne/Rodriguez, 1984, s.87. Bu yeni düzenlemede Ruiz- Mateos kararının etkili olduğu kabul edilmektedir.

İtalya'da da, İspanya'ya benzer bir durum söz konusudur. İtiraz yoluna başvuran mahkeme Başbakanlık, Meclis Başkanı ve baktığı davanın taraflarına bildirimde bulunur. (m.23/son) Başvuru Resmi Gazetede (*Gazzetta Ufficiale*) yayınlanır ve bu tarihten itibaren taraflar dosyayı inceleyebilir. İtiraz yoluna başvuran mahkeme önündeki taraflar da Anayasa Mahkemesi önünde taraf olabilir.(m.25) Tarafların oluşmaması incelemenin devam etmesine engel değildir. (m.26/2) Hükümet adına Başbakanlık cevap verme rolünü üstlenir. Anayasa Mahkemesi önünde Başbakanlık Devletin Avukatı (*Avvocato generale dello stato*) tarafından temsil edilir. Bu kişi büyük oranda itiraz konusu normun lehinde görüş bildirirse de, bazı durumlarda normun Anayasaya aykırı olduğunu kabul eder ya da bu konuda bir görüş belirtmeyecek çekimser kalır. İtalya'da duruşma yapılması zorunlu olmamakla birlikte, yapıldığı takdirde raportör-üye raporunu sunduktan sonra taraf avukatları söz alır. Avukatlar sözlerini tamamladıktan sonra konuşma hakkı hükümet adına Devletin Avukatına verilir.<sup>35</sup> Taraflarca sunulan tüm belge ve bilgiler diğer tarafların bilgisine açıktır, bir kopyası alınarak inceleme yapılabilir.<sup>36</sup>

İtalyan Anayasa Mahkemesi, 1991'e kadar 3.kişilerin müdahale taleplerine olumsuz yanıt vermiştir. Bu tarihte verdiği bir kararla subjektif hakkı etkilenen 3.kişilere de kapısını açmıştır. Ancak, kimlerin bu kapsamda kabul edileceği konusunda net ve açık ölçütler bulunmamaktadır, takdir büyük oranda Anayasa Mahkemesindedir.<sup>37</sup> Uygulamada meslek örgütleri ve dernekler tarafından yapılan başvurular kişisel başvurulara göre daha çok kabul görmektedir. Ancak bu durum bütün dernek ve meslek örgütleri için geçerli değildir. Özellikle sendikalar tarafından yapılan taleplerin belirgin bir biçimde reddildiği tespit edilmiştir. İstatistiksel olarak 3.kişilerin müdahalesinin kabul edildiği başvuru sayısının yılda on tanenin altında olduğu belirtilmektedir.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> (çev.Clare Tame) The Italian Constitutional Court, 2012, ss.42-44.

<sup>36</sup> Schmitt, s.734.

<sup>37</sup> Ricci, 1996, s.72. Anayasa Mahkemesi, bu talepleri Anayasanın 24.maddesine dayanarak kabul etmiştir.

<sup>38</sup> Santolini, 2010, s.311.

Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanununun 63.maddesine göre, iptal davası başvurularında da hemen bir duruşma tarihi belirlenir. Başvurucular ve savunma makamı olarak görevdeki hükümete bildirimde bulunulur. İtiraz yolu başvurularında başvuran mahkeme önündeki davanın taraflarına da duruşmaya katılmaları için bildirimde bulunulur. Hükümet, en geç duruşma tarihinden bir hafta önce yazılı görüşünü Mahkemeye iletebilir.

Almanya'da da, Anayasa Mahkemesi hakkında kanunun 77.maddesine göre, her iki meclis (*Bundestag ve Bundestrat*) ve hükümete Anayasaya aykırılık konusundaki görüşlerini bildirmeleri için fırsat verilir. Bu organlar, itiraz yolu başvurularında da, her aşamada sürece dahil olabilirler. Başvuran mahkeme önündeki taraflar da, Anayasa Mahkemesi önünde görüşlerini ifade edebilir. (m.82)

Daha önce belirtildiği gibi, İspanya'da da parlamentoya katılma hakkı verildiği halde bu yetkinin çok nadir kullanıldığı görülmektedir. Millet Meclisi İçtüzüğüne konuya ilişkin düzenleme bulunmazken, Senato İçtüzüğü 2000 yılında değiştirilerek sadece iptal davası başvurularına katılım bakımından bir düzenleme yapmıştır. Almanya'da ise, her iki meclis de basit çoğunlukla alacakları kararlar davaya katılabilmektedir.<sup>39</sup> Örneğin, *Bundestag* İçtüzüğü'nün 75/j maddesine göre, Mahkemeye sunulacak görüş Hukuk İşleri Komisyonu tarafından hazırlanmakta ve onaya sunulmaktadır.

## II. Türk hukukunda çelişme ilkesini sağlamaya yönelik düzenlemeler

Kuruluşundan günümüze Anayasa Mahkemesi kanunları incelendiğinde, yazılı açıklama gönderme hakkı ile sözlü açıklamada bulunma olanağı olarak nitelendirilebilecek iki tür düzenleme dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeleri "*etkili ve adil bir yargılama yapılmasını kolaylaştıran yargılama usulüne ait haklar*" olarak tanımlamaktadır. Mahkemeye göre, "*davanın taraf veya ilgililerine davaya katkı sağlamaya yönelik bazı haklar tanınması adaletli bir hukuk düzeni kurup, sürdürmeyi ilke edinen hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.*"<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Santolini, 2010, s.312. Bkz. Özellikle dipnot 829.

<sup>40</sup> E.2011/59, K.2012/34.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yazılı açıklama gönderme belirli kişi/gruplara kanunla tanınmış bir hak olduğu halde, sözlü açıklamanın yapılabilmesi tamamen Anayasa Mahkemesinin takdirindedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında, yazılı açıklama alındığı ya da sözlü açıklama dinlendiği, kimlerin sözlü açıklamada bulunduğu gibi hususlar “*Esas inceleme*” başlığı altında karar verilirken dikkate alınan diğer belgeler arasında sayılmaktadır. Bu kararların az bir kısmında, yapılan açıklamaların özeti de konulmuştur.<sup>41</sup> Ancak, çoğunlukla bunlara ilişkin sağlıklı bir bilgiye ulaşmak olanaklı değildir. Bu kısımda, Mahkeme kararlarında belirtildiği kadarıyla yazılı ve sözlü açıklamaların çelişme ilkesine ne derece hizmet ettiği sorgulanacaktır.

#### a) Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yazılı Açıklamanın Rolü

1961 Anayasasıyla Anayasa Mahkemesinin kurulmasının ardından, 44 sayılı Kanun için hazırlanan hükümet tasarısında, yalnızca Meclis Başkanlarına yazılı açıklama gönderme hakkı tanınmıştı.<sup>42</sup> Adalet Komisyonundan aynen geçen madde, Anayasa Komisyonu önüne geldiğinde ciddi biçimde eleştirilerek değiştirilmiştir. Meclis Başkanlarının tarafsızlığı ilkesine vurgu yapılan bu eleştirilerde, tartışmalara katılması, oy kullanması yasaklanmış birinin önemli siyasi tepkiler yaratabilecek nitelikteki bir konuda görüş bildirmesinin sakıncalarına değinilmiş ve Meclis içinde birbirinden farklı görüşlerin olduğu hatırlanmıştır.

İptal davası yoluyla yapılan başvurularda, davalının TBMM ya da meclislerden biri olmadığı, sadece bir hukuk normu olduğu belirtilmiş, özellikle itiraz yolu başvuruları bakımından yıllar sonra yapılacak bir başvuruda dönemin yasama organının muhatap alınmasının yersiz olduğu ileri sürülmüştür. Aslında, asıl sorunun Anayasayı anlayış ve yorumlayış sorunu olduğunu belirten Komisyon, yıllar içinde hükümlerin yorumlanmasındaki değişikliklerde siyasi partilerin rolü-

<sup>41</sup> Yazılı açıklamanın özeti yer alan karar: E.1968/15, K.1968/13. Karşı oyda yazılı açıklamanın özeti yer alan karar için bkz. E.1988/37, K.1989/36. Sözlü açıklama özeti yer alan kararlar: E.1967/13, K.1969/5; E.1967/32, K.1968/57; E.1969/68, K.1970/34; E.1970/3, K.1970/35; E.1970/48, K.1972/3; E.1972/49, K.1974/1; E.1975/183, K.1976/15; E.1981/3, K.1981/27; E.1985/1, K.1986/4; E.1996/5, K.1996/26.

<sup>42</sup> Millet Meclisi Tutanakları Sıra Sayısı 54, s.60.



nün yadsınamayacağını vurgulamıştır. Bu nedenle de, yazılı açıklama gönderme yetkisinin, istedikleri takdirde, iptal davası açma yetkisine sahip siyasi parti ve siyasi parti gruplarınca kullanılması yönünde bir düzenleme yapılmıştır.<sup>43</sup> Buna göre, siyasi partiler ve meclis grupları sadece dava konusu normun Anayasaya aykırı olmadığı yönünde görüş bildirebileceklerdir.(m.30)

1982 Anayasası döneminde kabul edilen 2949 sayılı Kanununun *Tebliğat* başlıklı 31.maddesi de aynı yönde bir düzenleme getirmektedir. 1982 Anayasasının iptal davası açma yetkisini sınırlamasına paralel olarak, yazılı açıklama gönderme yetkisi de daralmış ve sadece iktidar ve ana muhalefet partisi meclis gruplarına bu yetki tanınmıştır. İktidar partisi meclis grubuna tanınan iptal davası açma yetkisinin belki de en işlevsel sonucu, yazılı açıklama yoluyla iktidar partisine Anayasaya aykırılığı ileri sürülen normun Anayasaya uygun olduğunu ileri sürme olanağı tanınmasıdır. Şüphesiz, bu yetki ihtiyari bir yetkidir ve kullanılmaması durumunda da Anayasa Mahkemesi incelemesini sürdürüp kararını verebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında yazılı açıklama yapıldığı belirtilen karar sayısı bir hayli azdır.<sup>44</sup>

Yazılı açıklama verme yetkisi, iktidar partisi meclis grubu tarafından kullanıldığında bir tür cevap hakkı gibi düşünülebilirse de, öğretide yazılı açıklama verenlerin hasım fonksiyonunu ifa etme durumunda olmadığı özellikle ifade edilmiştir.<sup>45</sup> Elbette hasım konumunda olmakla birlikte, iktidar partisi meclis grubuna başvuru dilekçesinde ileri sürülen görüşler aleyhinde görüş bildirme ve böylelikle yargıcın muhakemesini zenginleştirme hakkı tanınması son derece önemlidir.<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesi de, bir kararında, iktidar partisi meclis grubu tarafından verilen yazılı açıklamayı *cevap* olarak nitelendirmiştir.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Millet Meclisi Tutanakları Sıra Sayısı 54, ss.39-40.

<sup>44</sup> E.1968/15, K.1968/13; E.1970/25, K.1970/32; E.1987/23, K.1987/27; E.1987/16, K.1988/8; E.1987/22, K.1988/19; E.1988/5, K.1988/55; E.1988/32, K.1989/10; E.1988/37, K.1989/36; E.1990/31, K.1990/24; E.1990/5, K.1990/28; E.1990/25, K.1991/1; E.1990/36, K.1991/8; E.1994/43, K.1994/42-2.

<sup>45</sup> Duran, 1962, s.451.

<sup>46</sup> Aynı yönde Balta, 1970, s.109. Bu yetkinin işlemin mimarına (TBMM) tanınması yönünde Sunar, 1978, ss.35-36; Başbakanlık'a tanınması yönünde Gözler,2000, s.948.

<sup>47</sup> E.1990/25, K.1991/1.

Bu görevin, hükümet ya da Başbakanlık yerine iktidar partisi meclis grubunca üstlenilmesi özellikle kuvvetler ayrılığı ilkesine uygunluk yönündeki eleştiriler bakımından yerinde bir tercih olmuştur. Diğer siyasi parti gruplarına da aynı hakkın tanınması ise, bu partilerin geçmiş ya da gelecek dönemlerde iktidar olma potansiyeli bakımından kayda değer bir zenginliktir. Özellikle itiraz yolu başvurularında, bu partilere kendi dönemlerinde kabul edilmiş işlemleri savunma olanağı ortaya çıkmıştır. 1982 Anayasasının iptal davası açma yetkisindeki kısıtlamalara paralel olarak bu olanağı sadece iktidar ve ana muhalefet partisine tanınması ise bu özgün yöntemin de anlamsız biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur.

1961 ve devamında 1982 Anayasası dönemlerinde, yazılı açıklama gönderme hakkı sahipleri bakımından, kuvvetler ayrılığı veya taraf teorileri bakımından sorun olmayacak örnek bir düzenlemeye sahip olduğu düşünülebilir. Ancak bu yetkinin nasıl kullanıldığı incelendiğinde ciddi uygulama sorunları ile karşılaşmaktadır.

Uygulamada karşılaşılan ilk sorun, dava dilekçesi ve orada sunulan Anayasaya aykırılık gerekçeleri hakkında bilgi sahibi olunmasına ilişkindir. 1968 yılında dönemin iktidar partisi Cumhuriyet Senatosu grup başkanlığı yazılı açıklama yapıp yapmayacağına karar vermek için dava dilekçesinin bir örneğini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi, grup başkanının ya da onun belge vereceği bir temsilcinin Anayasa Mahkemesine gelmek suretiyle dava dilekçesini inceleyebileceğine karar vermiştir.<sup>48</sup> Oyçokluğu ile alınan kararda bazı üyeler bilgi edinmenin dava dilekçesi örneklerinin başvurucaya gönderilmesi yoluyla yapılması gerektiğini ileri sürmüştü de, Anayasa Mahkemesinin daha sonraki kararlarında da aynı tutumu sürdürdüğü görülmektedir.<sup>49</sup>1973 yılına gelindiğinde ise, Anayasa Mahkemesi, yazılı açıklama yapmayı tasarlamamanın yeterli olmadığını, dava dilekçesi örneklerinin incelenebilmesi için ilgili parti meclis/senato grubunun yazılı açıklama yapılması yönünde bir grup kararı alması gerektiğine hükmetmiş-

<sup>48</sup> E.1968/15, K.1968/13.

<sup>49</sup> E.1970/1, K.1970/31; E.1970/25, K.1970/32. İkinci kararda, Adalet Partisi doğrudan incelemeyi Anayasa Mahkemesinde yapmayı talep etmiş ve bu talep oybirliği ile kabul edilmiştir.

tir.<sup>50</sup> İptal davası açma yetkisinin kullanımında olduğu gibi, grup kararının da salt çoğunlukla alınması gerekmektedir.

2010 Anayasa değişikliğinin ardından kabul edilen 6216 sayılı Kanununun 39/4. maddesi yazılı açıklama verme hakkını yeniden düzenlemiştir. Yeni düzenleme ile yazılı açıklama verme yetkisi iktidar ve ana muhalefet partisi meclis gruplarının yanı sıra Başbakanlık ve TBMM Başkanlığına da tanınmıştır. İptal davası başvurularında, başvurunun esasının incelenmesine karar verildiği takdirde, Anayasa Mahkemesi bu grup ve kurumlara dava dilekçesi ve eklerini göndermek zorundadır.

Anayasa Mahkemesine yazılı açıklama gönderme yetkisinin bu şekilde genişletilmesinin kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, Anayasa Mahkemesi eski yorumlarından vazgeçerek bu kişilerin davanın tarafı sayılabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre,

*“Kuralda yazılı görüş bildirme yetkisi tanınan kurumlar bir kanunun yasaşma sürecine katkısı ve ilgisi olan kurumlardır.(...) Dava konusu kuralda yer alan düzenlemeler etkili ve adil bir yargılama yapılmasını kolaylaştıran yargılama usulüne ait haklardır. Usul kanunlarında davanın taraf veya ilgililerine davaya katkı sağlamaya yönelik bazı haklar tanınması adaletli bir hukuk düzeni kurup, sürdürmeyi ilke edinen hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.(...)”*

*Diğer taraftan, bir davanın tarafı veya ilgilisi konumunda bulunan kurum veya kişilere görülmekte olan davanın konusuyla ilgili olarak görüşlerinin sorulması ve bu kişilere bazı usuli haklar tanınması, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen “Hiçbir organ, makam veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.” şeklindeki kuralın kapsamında değerlendirilemez.”<sup>51</sup>*

Anayasa Mahkemesinin yeni tutumu karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere paraleldir. Gerçekçi bir yaklaşımla, bu yetkinin iktidar

<sup>50</sup> E.1973/43, K.1973/39. Aynı yönde E.1974/19, K.1974/31. Her iki kararda da sadece üye Abdullah Üner karşı oy kullanmıştır.

<sup>51</sup> E.2011/59, K.2012/34.

partisi meclis grubu tarafından kullanılması ile başbakanlık tarafından kullanılması arasında bir etki farkı olmayacağına da kabulü gerekir. Nitekim bu yetki bugüne kadar sadece iktidar partisi meclis gruplarıca kullanılmış ve bu yetkinin kullanıldığı başvuruların büyük çoğunluğunda en az bir madde Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Dolayısıyla, Mahkemenin ciddi bir etki altında kalmadığı düşünülebilir. Bununla birlikte, bir karşı oy yazısında, iktidar partisince verilen yazılı açıklamada, Anayasa Mahkemesine ağır eleştiri ve gözdağı niteliği taşıyan kimi bölümler bulunduğu belirtilmiştir.<sup>52</sup> Cevap dilekçesinin gözdağı niteliği taşıması halinde cezai yaptırım uygulanması önemli bir adım olur.

Yeni düzenlemede, grup kararının salt çoğunlukla alınması ve sadece Anayasaya uygunluk doğrultusunda görüş bildirilmesine ilişkin eski koşullara yer verilmemiştir. Bu durumda, artık siyasi parti gruplarının kendi iç yönetmeliklerinde öngörülen çoğunlukla yazılı açıklama yapabilecekleri ve bu görüşün de Anayasaya aykırılık doğrultusunda da olabileceği kabul edilmelidir.

Bu olumlu değişikliklerin yanı sıra, itiraz başvuruları bakımından yazılı açıklama gönderme yetkisinin kaldırılmış olması ise büyük bir eksiklik olarak görülebilir. Her ne kadar bugüne kadar sadece bir itiraz yolu başvurusunda iktidar partisinin yazılı açıklama gönderdiği görülmekte ise de, bu yetkinin kaldırılması için makul bir sebep bulunmamaktadır.<sup>53</sup> Mevcut durumda, itiraz yolu başvuruları bakımından sadece başvuran mahkeme önündeki davanın taraflarının görüşleriyle yetinilecektir.<sup>54</sup> Oysa norm iptal edildiği takdirde herkes için etkili

<sup>52</sup> E.1990/31, K.1990/24, Yekta Güngör Özden karşı oyu. Aynı yazıda, diğer usul kurallarına uyulmadığı da belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu iddialara yanıt vermemiş olması önemli bir eksikliktir.

<sup>53</sup> E.1990/5, K.1990/28. İtiraz yolu başvurularında bu hakkın tanınması unutulmuş olabilir. Ancak, böyle değilse, itiraz yolu başvurularında cevap hakkının kaldırılması Ruiz-Mateos kararının sonuçlarından kurtulma amacıyla açıklanabilir. "İktidara" cevap hakkı tanınmadığında, itiraz yoluna başvuran mahkeme önündeki taraflara da bir hak tanınmıyor olması çelişme ilkesini bireyler bakımından ihlal etmeyecektir. Mevcut iktidar, tarafların Anayasa Mahkemesi önüne gelmesini engellemek için kendi cevap yetkisini kaldırmış olabilir.

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, dava mahkemesi önündeki tarafların görüşlerinin alınmamasını işin geri çevrilmesini gerektirecek bir eksiklik olarak kabul etmektedir. Örn. E.2003/74, K.2003/79. Tarafların görüş bildirmesi zorunda

olacağı ve bu açıdan iptal davası ile aynı sonuçları doğuracağı dikkate alındığında hukuk düzeninin bütünlüğünden sorumlu olanlara aynı şekilde *savunma* olanağı tanınması önemlidir.

Yazılı açıklama gönderme yetkisine ilişkin düzenlemelerde bir diğer eksiklik, bu yetkinin kullanılabilmesi sürenin kanunda yer almamasıdır. İktüzükte (m.71), bireysel başvurularda Adalet Bakanına 30 günlük bir süre tanındığı halde, iptal davaları bakımından bir süre belirtilmemiştir. Yazılı açıklama gönderme yetkisinin Anayasa Mahkemesinin dava dilekçesi ve eklerini koyduğu bir bildirimle başladığı dikkate alındığında, sürenin bu bildirimde Anayasa Mahkemesi tarafından belirleneceği varsayılabilir. Elbette, alt ve üst sınırların kanunda belirlenerek yetkinin Anayasa Mahkemesine devredilmesi tercih edilebilirdi.

Anayasa Mahkemesi, kanunda açıkça yazılı açıklama verme yetkisine sahip olanlar dışında kalanlara yazılı açıklama yapma olanağı tanımamaktadır. Dolayısıyla, bu kişilerin dava dilekçesini inceleme taleplerini de kabul etmemektedir. Bu çerçevede, bir senato kararının iptali için açılan davada Senato Başkanlığının ve yine dava konusu kanunla doğrudan ilgili bir sivil toplum kuruluşunun başvurusu "*kanunda yeri olmadığı*" ve "*Anayasaya uygunluk denetiminde taraf olma ve savunma*" söz konusu olmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir.<sup>55</sup> Ancak, az sayıda kararında, yine iptal davası açma yetkisine sahip olan ama yazılı açıklama gönderme yetkisine sahip olmayan kurumlardan (üniversite) yazılı görüş talep edildiği tespit edilmektedir.<sup>56</sup> Yine bazı kararlarında, sözlü açıklama için davet ettiği kişilerin açıklamalarını yazılı olarak da Mahkeme'ye bıraktıkları görülmektedir.<sup>57</sup> Şüphesiz ki, kendiliğinden kullanılmadığı için, bu tür yazılı belgeler teknik anlamda *yazılı açıklama hakkı* kapsamında değerlendirilemez. Aynı şekilde, zaman zaman öğreti görüşlerine adeta bu kişilerden yazılı görüş alınmış gibi yer

<sup>55</sup> olmayıp, dava mahkemesinin görüş talep etmesi yeterlidir. Senato Başkanlığının başvurusu için bkz. E.1973/43, K.1973/39, Kt.25.12.1973 ve E.1973/44, K.1973/40, Kt.25.12.1973, RG.19.02.1974. Emekli İnkılap Subayları Derneğinin talebi için bkz. E.1971/52, K.1972/1, Kt.03.02.1972.

<sup>56</sup> E.1969/31, K.1971/3.

<sup>57</sup> E.1970/48, K.1972/3; E.1990/25, K.1991/1.

verilmesi yanlıtıdır.<sup>58</sup> Dolayısıyla, yazılı açıklama, sadece kanunda belirtilen kişilerce kullanılabilen ve başvuru dilekçesine cevap niteliği taşıyan bir belge olarak kabul edilebilir.

### b) Anayasaya Uygunluk Denetiminde Sözlü Açıklamanın Rolü

Anayasa Mahkemesi, kural olarak, iptal davası ve itiraz yolu başvurularını dosya üzerinden inceleyerek karara bağlar. Ancak, gerekli gördüğü takdirde, ilgilileri sözlü açıklama yapmaya davet edebilir (44 sayılı Kanun m.29-30; 2949 sayılı Kanun m.30-31; 6216 sayılı Kanun m.43). Yazılı açıklamadan farklı olarak sözlü açıklama yapma olanağı tüm ilgililere tanınmıştır.

44 sayılı Kanununun kabul edildiği dönemde, öğretide klasik görüşün ön planda olması nedeniyle taraf terimi yerine ilgili ifadesinin tercih edilmesi şaşırtıcı değildir. Üstelik bu tercih taraflardan daha geniş bir kitleye hitap etmesi nedeniyle de çok isabetlidir. İlgililer ifadesi, yargılamanın *tarafı* sayılabilecek çeşitli bileşenlerin yanı sıra, Mahkemenin konuya ilişkin bilgisi olan uzmanları dinleyebilmesini de sağlamaktadır. Bilirkişilik müessesesine benzer bir yanı olan bu ikinci işlev, 6216 sayılı Kanununun 43/1.maddesinde ayrıca düzenlenmiş ve ilgililer ifadesinin yanında “konu hakkında bilgisi olanların” da çağrılabilceği açıkça belirtilmiştir. Eski düzenlemelerde bu yönde bir ayırım yapılmadığı halde, uygulamanın hep bu şekilde olduğu, dolayısıyla kanunun bir yenilik getirmediği kabul edilebilir.

Daha önce belirtildiği gibi, sözlü açıklama yapılması bir hak değil, Anayasa Mahkemesinin takdirinde bir olanaktır. Başvuru dilekçesinde, sonrasında veya gönderilen yazılı açıklamada sözlü açıklama yapma talep edilebilir.<sup>59</sup> Bazı durumlarda, dava konusu normla ilgili kurum veya kuruluşlar da bir yazı ile talepte bulunmuşlardır.<sup>60</sup> Ancak,

<sup>58</sup> Örneğin, çekimser oyların nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak Prof. Dr. Erdoğan Teziç ve Prof. Dr. Ergun Özbudun’un görüşlerine yer verilen karşı oy yazısı, bu görüşlerin kim tarafından istendiği ve Anayasa Mahkemesine nasıl ulaştığı konusuna açıklık getirmemektedir. E.1996/19,K.1996/13. Bu konuda ayrıca bkz. Gözler, 2000, s.949.

<sup>59</sup> Başvuru dilekçesinde talep: E.1967/6, K.1968/9; E.1995/38, K.1996/7. Başvurucunun sonradan talebi: E.1965/32, K.1966/3.

<sup>60</sup> Sayıştay Kanununa ilişkin olarak Sayıştay talebi: E.1967/13,K.1969/5; Özel Öğretim Kurumları Kanunu için Türkiye Özel Yükseköğretim Kurumları Derneği:

bu taleplerin hepsi hatırlatma niteliğinde olup, Mahkemece gerekçeli olarak karara bağlanması zorunlu değildir. Mahkeme üyelerinden biri tarafından talep edildiğinde, oylama yapılarak çoğunluk sağlandığı takdirde ilgiliye bildirim yapılır. Anayasa Mahkemesi önünde sözlü açıklama yapmaya davet edilen kişiler bu davete uymak durumundadır.(6216 sayılı Kanun m.62)<sup>61</sup> Cumhurbaşkanı kendisi adına birini gönderebilir.<sup>62</sup>

Sözlü açıklama uygulamasının iki işlevinden ilki yargılamanın çeşitli bileşenlerine (başvurucu-işlemi yapan organ/savunma) görüşlerini açıklama olanağı sunmaktır. Burada savunma tarafına sözlü açıklama olanağı tanındığı takdirde, başvuruculara da bu olanağın tanınması silahların eşitliği ilkesine daha uygundur. Nitekim 44 sayılı Kanun hazırlık çalışmaları sırasında Anayasa Komisyonunca kabul edilen madde gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmiştir.<sup>63</sup> Yine, milletvekillerince yapılan bir başvuruda başbakanlıkça sözlü savunma talebi olduğu takdirde bunların yanıtlanması ve kendi iddialarının daha ayrıntılı açıklanması için içlerinden birine de aynı hakkın tanınması istenmiştir.<sup>64</sup> Bununla birlikte, sözlü açıklama yapıldığı belirtilen kararların çok azında her iki tarafın da davet edildiği görülmektedir.<sup>65</sup>

İkinci yönü ise, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bilgisini arttırmak ve ilgililerin uzman görüşlerini almak üzere ilgilileri davet etmesidir. Bu kişiler de çoğu zaman konuyla doğrudan ilgili olmakla birlikte, zaman zaman tarafsız bilirkişi gibi de düşünülebilirler.<sup>66</sup> Bir

E.1969/31,K.1971/3.

<sup>61</sup> 6216 sayılı Kanundan önce, sözlü açıklama için davet edilen kişiler, gelmedikleri takdirde incelemenin dosya üzerinden yapılması öngörülmekteydi. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi davetine cevap vermemek mümkündü. (44 sayılı Kanun m.30, 2949 sayılı Kanun m.31) Çalışma Bakanlığının davete cevap vermediği bir örnek için bkz.E.1970/48,K.1972/3.

<sup>62</sup> Cumhurbaşkanı kendi açtığı iptal davasında gerekçe göstermeksizin kimseyi görevlendirmeyi bir başvuru için bkz.E.1975/183,K.1976/15.

<sup>63</sup> Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Sıra Sayısı 54, s.40.

<sup>64</sup> E.1995/38,K.1996/7. Başbakanlıkça sözlü savunma yapıldığına dair bir ifadenin yer almadığı kararda başvurucuların bu talebine de cevap verilmemiştir.

<sup>65</sup> E.1967/19, K.1969/6; E.1969/52,K.1972/21; E.1970/48, K.1972/3; E.1972/49,K.1974/1; E.1985/1, K.1986/4; E.1988/5, K.1988/55; E.1989/6, K.1989/42.

<sup>66</sup> Nüfus Kanunu için grafoloji uzmanı (E.1981/3, K.1981/27); Orman Kanunu için İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi öğretim üyesi (E.2003/100, K.2004/33); Türk Ceza Kanununun uygulanma koşulları için ceza hukuku öğretim üyeleri

kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda bilirkişinin bilgisine başvurulması söz konusu değildir.<sup>67</sup> Yine de, teknik bilgileri için çağrılan bazı kişilerin, Anayasaya uygunluk/aykırılık konusunda da görüş bildirdikleri bir gerçektir.<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi, zaman zaman bu kapsamdaki ilgililerden sözlü açıklama yerine yazılı bilgi istenmesi yoluna da başvurmuştur.<sup>69</sup>

Bugüne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından sözlü açıklamaya davet edilen kişilerin çok çeşitli sıfatları vardır. Ağırlıklı olarak ilgili bakanlık ve kamu kuruluşlarından açıklama talep edilmekle birlikte, çeşitli meslek örgütleri, dernekler ve sendikaların da görüşlerine başvurulduğu tespit edilebilir.<sup>70</sup> Elbette, başvuruçular ve hatta itiraz yoluna başvuran mahkeme önündeki taraflar da bu yolla Anayasa Mahkemesi önünde görüşlerini açıklama olanağı bulmuştur.<sup>71</sup> Kendileri ile ilgili düzenlemeler bakımından, Sayıştay, Yüksek Seçim Kurulu, Yükseköğretim Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu gibi kurumlardan da sözlü açıklama yoluyla görüş istendiği görülmektedir.<sup>72</sup>

Sözlü açıklamanın ağırlıklı olarak ilgili bakanlık ya da bakanlık bünyesindeki genel müdürlükler tarafından yapılması, Anayasa Mah-

(E.2005/79, K.2009/38); tam gün yasasıyla ilgili bazı rektör ve tıp fakültesi dekanları (E.2010/29, K.2010/90); Tohumculuk Kanunu ile ilgili ziraat fakültelerinden çeşitli öğretim üyeleri (E.2007/2, K.2011/13) bu kapsamda değerlendirilebilir.

<sup>67</sup> Hocaoglu/Ocakcioğlu, 1971, s.285; Gözler, 2000, s.949.

<sup>68</sup> E.1990/25, K.1991/1 Yekta Güngör Özden Karşı oyu.

<sup>69</sup> E.1970/48, K.1972/3. Bu tür yazılı bilgi istemlerinin dayanağı 2949 sayılı Kanunun 43. ve 6216 sayılı Kanunun 62.maddesidir.

<sup>70</sup> Sendika ve konfederasyonlar: E.1969/68, K.1970/34; E.1970/3, K.1970/35; E.1970/48, K.1972/3. Türkiye Barolar Birliği: E.1996/5, K.1996/26. Türkiye Belediyeler Birliği: E.2008/34, K.2008/153; E.2010/83, K.2012/169. Türk Tabipler Birliği: E.2010/29, K.2010/90. Çiftçi Sendikaları Konfederasyonu E.2007/2, K.2011/13. Elektrik Sanayicileri ve İşadamları Derneği: E.2001/293, K.2002/28; E.2001/389, K.2002/29.

<sup>71</sup> Sadece başvuruçuların dinlendiği kararlar: E.1963/173, K.1965/40; E.1965/32, K.1966/3; E.1967/6, K.1968/9; E.1967/19, K.1969/6; E.1967/27, K.1968/49; E.1967/43, K.1969/31; E.1991/18, K.1992/20; İtiraz yoluna başvuran mahkeme önündeki taraflar: (davacı taraf) E.1966/31, K.1967/45. Davalı idare örnekleri: E.1967/37, K.1968/46; E.1969/31, K.1971/3; E.1993/17, K.1993/41; E.1993/18, K.1993/42; E.1993/19, K.1993/43.

<sup>72</sup> Sayıştay: E.1967/3, K.1969/5; YÖK: E.1991/21, K.1992/42; E.1993/25, K.1994/2; YSK: E.1994/83, K.1994/78; SPK: E.2000/8, K.2003/104; Özelleştirme İdaresi: E.1996/57, K.1997/3; TMSF: E.2004/4, K.2005/25; TAİK: E.2007/105, K.2008/75.



kemesinin bu yetkisini bir cevap olanağı gibi kullandığını göstermektedir. Bir kanunun ilgili olduğu bakanlık, büyük olasılıkla o kanunun hazırlık sürecinde önemli bir rol oynadığından, Mahkeme bu yolla hem kanunun amacı ve uygulaması hakkında daha detaylı bilgi edinebilmekte hem de hazırlayıcılarına kanunu savunmak için bir fırsat vermektedir. Bu noktada sözlü açıklama yapılmasının iptal davaları ile sınırlı olmadığı, itiraz yolu başvurularında da Anayasa Mahkemesinin bu olanağı kullanabildiği belirtilmelidir. İtiraz yolu başvurularında yazılı açıklama gönderme yetkisinin kaldırılması karşısında, sözlü açıklama yoluyla cevap hakkının tanınması ayrı bir önem kazanmıştır. Bu noktada, itiraz yoluna başvuran mahkeme önündeki davalı idare sözlü açıklamada bulunmak üzere davet edildiğinde, diğer tarafların da Anayasa Mahkemesi önüne davet edilmesinin AİHM kararları gereğince de dikkat edilmesi gereken bir husus olduğu unutulmamalıdır.

Sözlü açıklama isteme yetkisinin kullanımında Anayasa Mahkemesine bırakılan geniş takdir yetkisi uygulamada çelişme ilkesine uygun yargılama yapılmasını sağlayacak niteliktedir. Açık düzenleme bulunmasa da, sürecin Fransız Anayasa Konseyi'ne benzer şekilde uygulama yoluyla geliştirilmesi mümkündür. Bireysel başvurunun ardından iş yükü artmışsa da, yazılı sürecin dosya üzerinden tüm "taraflara/bileşenlere" açılması ve sözlü açıklama kısmında da sınırlı bir süre tanınarak bu kişilerin dinlenmesi zorlayıcı bir ek yük getirmeyecektir.

### **Sonuç:**

Bugün sadece başvuru dilekçesi ile yetinen, katılımcı bir tartışmaya yer vermeyen yargılama usulleri artık terk edilmektedir.<sup>73</sup> Teorik açıdan bakıldığında, anayasaya uygunluk denetiminde taraf kavramı tartışmalıdır. Ancak uygulamada, eşit silahlara sahip tarafların uyumsuzluğunun hakemi konumunda olan yargıç heyeti önünde karşılıklı görüşlerini ileri sürebildikleri bir dava olarak düşünülmemesi için bir sebep bulunmamaktadır.<sup>74</sup> Bu kişiler taraf olarak değil de, katılımcı, bileşen gibi sıfatlarla da nitelenebilirler. Önemli olan, karşıt görüşle-

<sup>73</sup> Santolini, 2010, s.263.

<sup>74</sup> Spitz, 2004, s.123.

rin birbirine eşit silahlarla mücadele etmesinin sağlanmasıdır. Nitekim İHAM tarafından verilen *Ruiz-Mateos* kararından sonra, özellikle itiraz yolu başvuruları bakımından Avrupa'da önemli ilerlemeler yaşandığı bir gerçektir.

Türk hukuku, başlangıçta birçok Avrupa ülkesinin ilerisinde düzenlemeler içerdiği halde, son yasal değişiklikle itiraz yolu başvuruları bakımından cevap hakkının kaldırılması bir geriye gidiş olarak nitelendirilebilir. Cevap hakkını kullanabileceklerin sayıca arttırılması reel bir katkı sağlamazken, usulde birtakım uygulama yanlışlarının düzeltilmesi kayda değer bir ilerleme olarak görülebilir. İtiraz yolunda da yazılı açıklama yetkisinin getirilmesi, yazılı açıklama sonrası bir kez daha cevap haklarının tanınması, sözlü açıklamalarda tüm ilgililerin aynı anda bir araya getirilmesi ve birbirlerine cevap verebilmelerinin sağlanması önümüzdeki dönemde beklenen gelişmeler olacaktır.

Bugünkü haliyle, Türk Anayasa Mahkemesi önünde sadece TBMM Başkanlığı, Başbakanlık, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis gruplarına tanınmış bir cevap hakkı söz konusudur. Uygulamada, sözlü açıklama olanağının da büyük ölçüde bir cevap hakkı gibi kullanıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin, kendi muhakemesini besleyecek tüm bileşenlere kapısını açması, kararına yön verecek hukuki gerekçeleri zenginleştirmesi bakımından önemlidir.

Çelişme ilkesinin uygulanmasında en önemli hususlardan biri de, gerek başvurucular gerekse karşı taraftan gelen görüşlerin mahkeme kararında dikkate alınması ve gerekçenin buralardaki iddialara cevap verebilecek nitelikte hazırlanmasıdır. Herkes için bağlayıcı kararlar alabilen bir Mahkemenin, dava dilekçeleri ile birlikte yazılı ve sözlü açıklama tutanaklarını da internet sitesinden yayınlaması, sürecin şeffaflaştırılmasını sağlayacak ve hukuk devleti yolunda olumlu bir adım olacaktır.

### KAYNAKLAR

- Azrak Ali Ülkü, "Türk Anayasa Mahkemesi", İÜHFİM, İstanbul,1962, C.28, S.3-4, ayrı bası.
- Azrak Ali Ülkü, "İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler", *Onar Armağanı*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdari İlimler Yayını, İstanbul, 1977, ss.145-155.
- Balta Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yay. 117, Ankara, 1970.
- Bon Pierre/Moderne Franck/Rodriguez Yves, La justice constitutionnelle en Espagne, Economica-PUAM, 1984.
- Drago Guillaume, "Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature", *L'unité du droit: Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996.
- Drago Guillaume, Contentieux Constitutionnel Français, PUF, Paris, 2006.
- Duran Lütfi, "Mevzuat Kroniği", İÜHFİM, C.28, S.2, İstanbul, 1962, ss.449-475.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin, Bursa, 2000.
- Hocaoğlu A.Şeref/Ocakçioğlu İsmet, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971.
- Idoux Pascale, La contradiction en droit administratif français, Université de Montpellier, Montpellier, 2005.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.bası, Beta, İstanbul, 2005.
- Jan Pascal, Le procès constitutionnel, *LGDJ, Paris, 2001*.
- Kanadoğlu Korkut, Anayasa Mahkemesi, Beta, İstanbul, 2004.
- Kelsen Hans, "La garantie juridictionnelle de la constitution", *RDP - 45,1928*, ss.197-257.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2000.
- Massieu Virginie, "L'audition par le conseil constitutionnel de parlementaires saisissants", *RFDC - 58*, Paris, 2004, ss.363-370.
- Mathieu Bertrand/Verpeaux Michel, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, *LGDJ, Paris, 2002*.
- Ricci Roland, Le procès constitutionnel en Italie, Economica-PUAM, Paris, 1996.
- Rousseau Dominique, Sur le Conseil Constitutionnel, Descartes & Cie, Paris, 1997.
- Santolini Thierry, Les parties dans le procès constitutionnel, Bruylant, Bruxelles,2010.
- Schmitt Sylvie, "La nature objective du contentieux constitutionnel des normes: les exemples français et italien", *RFDC- 72*, 2007,ss.719-747.
- Schrameck Olivier, "Quelques observations sur le principe du contradictoire", *L'Etat de droit, Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, ss.629-640.
- Schrameck Olivier, "Les aspects procéduraux des saisines", 20 ans de saisine parlementaire du droit constitutionnel, Economica, Paris, 1995, ss.81-89.

- Spitz Pierre-Éric, "La question de la procédure devant le Conseil Constitutionnel", in *Le Conseil Constitutionnel en questions*, (sous la direction de Dominique Rousseau), L'Harmattan, Paris, 2004.
- Sunar Kemal Sahir, *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Üzerinde Düşünceler ve Eleştiri*, İstanbul, 1978.
- Tanör Bülent, *Anayasa Hukuku Meseleleri - Temel Hak ve Hürriyetlerin Rejimi ve Anayasa Yargısı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1969.
- Vedel Georges, "Reflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil Constitutionnel", *Mélanges à Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, ss.537-556.
- (çev.Clare Tame), *Italian Constitutional Court*, 2012, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc\\_Checosa\\_2013\\_UK.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc_Checosa_2013_UK.pdf)
- Türk Anayasa Mahkemesi Kararları ve mevzuat için: [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)
- Tutanaklar için [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr) /
- Yabancı mevzuat: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)(Fransa); [www.const-court.be](http://www.const-court.be) (Belçika); [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)(İspanya); [www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at)(Avusturya); [www.iuscomp.org](http://www.iuscomp.org) (Almanya). (Son Erişim Tarihi: 11.08.2013)

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN GÄFGEN KARARI BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE İŞKENCE TEHDİDİ İLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANIMI SORUNU

A PROBLEM ON THE USAGE OF THE EVIDENCE RECEIVED BY THREATENING WITH TORTURE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW WITHIN THE CONTEXT OF THE GÄFGEN JUDGMENT BY EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Murat Volkan DÜLGER\*

**Özet:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 2010 yılında vermiş olduğu Gäfgen v. Almanya kararı ile ceza muhakemesi alanında bitmek bilmeyen bir tartışmayı, daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir. On bir yaşındaki bir çocuğun hayatını kurtarmak saikiyle, şüpheli Magnus Gäfgen'den işkence tehdidi ile alınan ikrardan yola çıkılarak elde edilen delillerin, şüphelinin ikrarının doğrulanması için kullanılmasının, yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediği hem Alman Mahkemeleri hem de AİHM tarafından tartışılmıştır. Sonuçta hem ulusal mahkemeler hem de AİHM, şüpheliden işkence tehdidi ile alınan ikrarın hukuka aykırı olduğunun ve bunun yargılamada kullanılmayacağıının, şüpheliye yargılama başlamadan önce bildirildiğini; buna rağmen şüphelinin kendi isteğiyle ikrarda bulunduğunu, hukuka aykırı olarak alınan ikrardan yola çıkılarak elde edilen maddi delillerin yalnızca şüphelinin hukuka uygun olarak verdiği ikrarlarının doğruluğunun denetlenmesinde kullanıldığını ve bunun yargılamayı adil olmayan bir hale getirmedeğini belirtmişlerdir. Bu kararın hukuka uygun olduğu yönünde görüşler olmakla birlikte; bunun karşısında her durumda hukuka aykırı delil kullanılmasının yargılamayı adil olmayan hale getirdiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Makalemizde kararın detaylı bir analizi yapılmak suretiyle, esas olarak bu iki karşıt görüş inceleme konusu yapılmakta ve sonuç olarak kendi görüşümüz belirtilmektedir.

**Anahtar Sözcükler:** Hukuka aykırı delil, hukuka aykırı delilin uzak etkisi, zehirli ağacın meyvesi, dışlama kuralı, işkence tehdidi, insanlık dışı ve kötü muamele,

**Abstract:** The Gäfgen v. Germany judgment that was delivered by European Court of Human Rights (ECHR) on 2010, so that a storm was brewing in the criminal procedure law. There was a serious discussion in the courts of Germany and ECHR, if the issue on receiving evidence from suspect Magnus Gäfgen's acknowledge by threate-

\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ning with torture and using them for correction of the suspect's acknowledge with the inducement of rescuing an eleven year old kid's life, was effected fair trial or not. In conclusion both national courts and ECHR, indicated that the suspect was informed before the proceeding get started, receiving the acknowledge by threatening with torture is contrary to law and can not be used in the proceeding, however the suspect acknowledged by his own will, the evidence received by the illegal acknowledge can be used only for checking the truth on the legal acknowledges, also this doesn't make a proceeding unfair. There are some remarks in the doctrine in accordance with this judgment, however some further remarks as using any illegal evidence makes the proceeding unfair in any case. In this article these two contrary point of views are being examined basically by analysing the judgment in detail and our own opinion is being determined at the end.

**Keywords:** Unlawfull obtained evidence, distant action of unlawfull obtained evidence, fruits of poisonous tree, exclusionary rule, thread of torture, inhuman or degrading treatment.

## GİRİŞ

İşkence yasağının ve işkenceyle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde bir ispat aracı yani delil olarak kullanılamayacağına istisnaları olup olamayacağı yalnızca ülkemizde ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun büyük ölçüde temel alındığı Almanya'da değil; tüm dünyada tartışmalı bir konudur. Nitekim hukuka aykırı delil ve bunların uzak etkisi kurallarının ortaya çıktığı ve çok katı bir şekilde uygulandığı Anglo Sakson hukuk sisteminde de bu konu üzerinde bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir. Bu konuyla ilgili olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasasına 4. Ek (The Fourth Amendment) yapılmış, bu konuyla ilgili olarak "dışlama kuralı" (exclusionary rule) getirilmiş ve çok sayıda mahkeme kararında konu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu örnek, tüm dünya hukuk sistemleri açısından tartışmalı olan bu konunun önemini göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu sorunu Gäfgen v. Almanya (Başvuru No. 22978/05) kararı<sup>1</sup> ışığında kendine göre bir çözüme ulaştırmaya çalışmış, daha doğrusu sosyal, etik ve felsefi açıdan zor bir olayı bize göre çözümsüz bırakarak, sorunu daha da karmaşık

<sup>1</sup> Gäfgen v. Almanya, Başvuru 22978/05, 1.6.2010, Kararın İngilizce (orijinal) metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015> Kararın Türkçe metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111106>, 19.2.2013.

hale getirmiş, işkence ve insanlık dışı aşağılayıcı muamele karşısında bugüne kadar sağlanan kazanımları da riske atmıştır.

AIHM Büyük Kurulu, 1 Haziran 2010 tarihinde verdiği kararda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AIHS) 3. maddesi uyarınca, bir kişinin hayatının risk altında olması hali de dahil olmak üzere, işkence yasağının hiçbir istisnaya yer vermediğini belirtmiştir. Nitekim AIHM Dairesi tarafından verilen kararın gerekçesinde de Büyük Dairenin bu kararı aynen yer almaktadır. İşkencenin tamamen yasak olduğu ve bir sorgu yöntemi olarak kabul edilemeyeceği konusunda -en azından modern hukuk devleti olduğunu iddia eden- tüm ülkelerde bir uzlaşma bulunmaktadır.

Ancak işkencenin yasak olmasına ilişkin bu uzlaşmanın varlığına rağmen, özellikle ceza davalarında işkencenin faili ve mağduru ile ilgili olarak AIHS'in 3. maddesinin ihlalinin ne gibi yasal sonuçları olacağı hala tartışma konusudur. Nitekim AIHM de önüne gelen bu başvuruda, işkence yasağı konusundaki ilkeyi ve temel hakların AIHS kapsamında korunmasının etkinliğinin gerekliliğini bir kez daha vurguladıktan sonra, söz konusu kararda bu tartışmaya girmiştir. Sonuç olarak kararda bir yandan soruşturmanın ayrıntılı yapılması ve faile verilecek cezanın caydırıcı olması tartışılırken diğer yandan yargılama sürecinde işkence veya aşağılayıcı kötü muamele mağduru olan kişiden, bu eylemler yoluyla, elde edilen delillerin değerlendirme dışı bırakılması konusu kapsamlı olarak tartışılmıştır<sup>2</sup>.

Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde, on bir yaşında bir çocuğun kaçırılması ve nerede olduğuna ilişkin polis tarafından sorgulandığı sırada tabi tutulduğu muamelenin, Sözleşmenin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muamele olan işkence olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş ifadesinin ceza davasında delil olarak kullanılmış olması nedeniyle, bir kimsenin kendini etkili bir şekilde savunma hakkını ve kendini suçlamama hakkını içeren Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Stephan Ast, "The Gäfgen Judgment of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Criminal Proceedings", German Law Journal, Vol.11, No.12, 2010, s.1393.

<sup>3</sup> Gäfgen v. Almanya, §2.

AİHM, davanın yasal değerlendirmesinde, öncelikle işkence tehdidinin AİHS'in 3. maddesi kapsamında insanlık dışı davranış oluşturduğunu ve bu şekildeki bir davranışın, birinin hayatı tehlikede olsa dahi haklı görülemeyeceğini belirtmiştir. Böyle bir tutumun kurbanı olan kişiye verilecek haklı tazminatın aynı zamanda dikkat çekici bir ceza olması gerektiği belirtilmektedir. Buna bağlı olarak AİHM, işkence tehdidi altında itiraf edilmek suretiyle elde edilen delillerin ceza yargılamasında kabul edilebilir olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Bu bağlamda AİHM, AİHS'in 6. maddesi bakımından aşağıda ayrıntılarına değinilecek olan çeşitli ayırım ve ayrıntılara girecek bir bütün olarak yargılamanın adillığının etkilenmediği yönünde bir karar vermiştir.

Başvuruda ihlal edildiği ileri sürülen hükümler, AİHS'in 3. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. AİHS'in 3. maddesinde "*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.*", AİHS'in 6. maddesinde ise "*Herkes ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...*" düzenlemeleri yer almaktadır.

AİHS, Alman iç hukukunda usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulduğu için sözleşme hükümleri ve AİHM kararları Almanya'da yazılı hukuk ile aynı konumdadır<sup>4</sup>. Dolayısıyla Alman Federal Mahkemesi de dahil olmak üzere Alman Mahkemeleri AİHS hükümlerini uygulamak zorundadırlar<sup>5</sup>. Aynı durum ülkemiz açısından da geçerlidir ve AİHS iç hukukumuzun bir parçasıdır. Ayrıca CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde<sup>6</sup> AİHM'in bir ceza hükmü hakkında vermiş olduğu ihlal kararı yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu açıdan Alman Hukuku ile Türk Hukuku arasında bir fark bulunmamaktadır.

<sup>4</sup> Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2009, pr. 3, 6.

<sup>5</sup> Ast, s.1393.

<sup>6</sup> CMK m.311 "(1) Kesinleşen bir hükümlerle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı halde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür: ... (f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması..."



Çalışmamızda işkence yasağı bağlamında hukuka aykırı delil ve delil yasaklarının genel teorisinin incelenmesinden ziyade; söz konusu karar ve sonuçları inceleme konusu yapılarak kararın yapısının takip edilmesine özen gösterilmiştir. Bu bağlamda öncelikle davanın olguları sunulmakta; sonrasında ise AİHM kararı, konuya bakış açısı ve etkileri değerlendirilmektedir. Böylelikle çalışmamızda AİHM'in argümanları analiz edilmekte ve konuya yaklaşımı değerlendirilmek suretiyle genel bir bakış açısı getirilmeye çalışılmaktadır. Son olarak konuyla ilgili kendi görüşlerimiz ve bize göre olması gereken hukuk belirtilmektedir.

### I. Başvuru Konusu Olay ile Almanya'da ve AİHM Ötünde Görülen Yargılama Süreci

Frankfurt'ta yaşayan hukuk fakültesi öğrencisi Magnus Gäfgen (MG), 27.9.2002 tarihinde Frankfurt'da bir bankacının oğlu olan on bir yaşındaki Jakob von Metzler'i (JM), ablasının arkadaşı olmasından faydalanarak, ablasının ceketini kendisinin evinde unuttuğunu söyleyerek kandırması, apartman dairesine getirmiş, boğarak öldürmüş ve cesedini gizlemiştir. MG, olayın devamında JM'nin ailesinin evine fidye isteyen bir not bırakmış, bu notta JM'nin kaçırıldığını ve kaçırılanlar tarafından bir milyon Euro istendiğini belirtmiştir. Bu notta ayrıca, çocuğu kaçırılanların fidyeyi aldıktan ve ülkeden ayrıldıktan sonra, ailenin çocuğu yeniden görebileceği yazılmıştır. Başvurucu daha sonra JM'nin cesedini arabayla Frankfurt'tan yaklaşık bir saat uzaklıktaki Birstein yakınlarında bulunan ve özel mülk olan bir gölete götürmüş, burada iskelenin altına gizlemiştir. Aile, durumu polise haber vermiş ve polis yönlendirmesiyle fidyeyi 30 Eylül 2002 gecesi saat 01:00 sularında tramvay istasyonunda ödemiştir. Önceden gerekli tedbirler alınarak MG fidyeyi aldığı andan itibaren polis gözetimi altına alınmış ve aynı günün öğleden sonrasında Frankfurt havaalanında yakalanmıştır<sup>7</sup>.

Polis, MG'nin dairesinde yaptığı arama esnasında fidye için aldığı paranın bir kısmını ve cinayet planına ilişkin notu bulmuş ve bunlara el koymuştur. Bu sırada MG, kendisine yardım eden iki kişi daha olduğunu ve JM'yi göl kenarında bir kulübede tuttuklarını belirtmiştir. *Soruşturmada görevli emniyet müdür yardımcısı Daschner (D)*,

<sup>7</sup> Gäfgen v. Almanya, §10-13.

polis memuru Ennigkeit'e (E), çocuğun bulunduğu yeri ortaya çıkarmak için MG'nin fiziksel acı verileceği tehdidi ile korkutulmasını ve hatta gerekirse böyle bir acıya maruz bırakılmasını emretmiştir. Bunun üzerine polis E., başvuruçuya eğer çocuğun nerede olduğunu söylemezse, özel olarak eğitilmiş bir kişi tarafından kendisine iz bırakmadan, dayanılmayacak kadar ağır acı verecek bir muamelede bulunulacağını söylemiştir. Başvurucunun ifadesine göre aynı memur, daha sonra kendisini dev gibi iki siyah adam ile aynı hücreye kapatarak, kendisine cinsel saldırıda bulunmalarını sağlamakla tehdit etmiştir. Bu memur ayrıca defalarca elleriyle başvuruçunun göğsüne vurmuş ve bir keresinde de başını duvara çarpmıştır. Hükümet ise başvuruçuya sorgulama sırasında fiziksel saldırıda bulunulduğu ve cinsel saldırıya tabi tutma tehdidinde bulunulduğu iddialarını reddetmiştir. E'nin bu tehdidi dolayısıyla (ancak fiziksel olarak uygulama yapılmadan) MG, JM'yi aslında öldürdüğünü ve cesedinin nerede olduğunu on dakika kadar sonra açıklamıştır. Daha sonra başvuruçuyu, polis M ve birkaç polisle birlikte bir arabayla Birstein'e götürülmüş ve orada video kaydı yapılırken cesedin bulunduğu yeri tam olarak göstermiştir. Polis, JM'nin cesedini, başvuruçunun dediği gibi Birstein yakınında bulunan bir göletteki iskelenin altında bulmuştur. Başvuruçuyu, cesedi bıraktığı yere ağaç parçacıkları üzerinde çıplak ayakla yürümeye zorlandığını ve polisin talimatları üzerine cesedin tam yerini göstermek zorunda kaldığını iddia etmiştir. Hükümet ise başvuruçunun ayakkabısız yürümek zorunda kaldığı iddiasını reddetmiş, böyle bir durumun bulunmadığını belirtmiştir<sup>8</sup>.

Polis, yaptığı kriminal inceleme sonucunda, cesedin bulunduğu Birstein yakınlarındaki göletin kenarında MG'nin arabasına ait lastik izlerini tespit etmiştir. MG elde edilen bu deliller neticesinde, Birstein'de yapılan işlemde dönüşte JM'yi kaçırıp öldürdüğünü ikrar etmiştir. Daha sonra polis, başvuruçunun götürdüğü yerlerde JM'nin okul kitaplarını, sırt çantasını, giysilerini ve MG'nin fidye mektubu yazmak için kullandığı daktilonun içinde bulunduğu konteynırı bulmuştur. 2 Ekim 2002'de JM'nin cesedinde yapılan otopsi, JM'nin boğularak öldürüldüğünü teyit etmiştir<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Gäfgen v. Almanya, §14-17.

<sup>9</sup> Gäfgen v. Almanya, §18.

1 Ekim 2002 tarihinde polis tarafından düzenlenen bir notta, Frankfurt Emniyet Müdür yardımcısı D'nin, o sabah JM eğer hayatta ise yiyeceği bulunmadığı ve hava soğuk olduğu için yaşamının tehlikede olduğuna inandığını söylediği tespit edilmiştir. Emniyet Müdür Yardımcısı D, çocuğu kurtarmak amacıyla, iz bırakılmayacak şekilde başvurucuya ağır acı verileceği tehdidinde bulunması için polis E'ye talimat vermiştir. Bu uygulamanın tıbbi gözetim altında yapılması gerektiği belirtilmiştir. Müdür yardımcısı D, ayrıca, bir başka polise başvurucuya verilmek üzere "gerçeği söyletme serumu" bulması için talimat verdiğini kabul etmiştir. Bu nota göre, başvurucuya yönelik tehditte bulunmanın amacı, kaçırma olayıyla ilgili ceza soruşturmasının derinleştirilmesi değil, sadece çocuğun yaşamını korumaktır. Aslında acı vermekle tehdit edilen başvurucunun daha sonra JM'nin cesedinin bulunduğu yeri söylemesi üzerine başkaca bir işlem yapılmamıştır<sup>10</sup>.

MG, 4 Ekim 2002'de polise; 4, 14 ve 17 Ekim 2002 tarihlerinde savcıya verdiği ifadelerde ve 30 Ocak 2003 tarihinde bir yargıç tarafından yapılan sorgusunda, 1 Ekim 2002 tarihli ikrarını teyit etmiştir<sup>11</sup>.

Frankfurt Bölge Mahkemesi'nde (FBM) 9 Nisan 2003 tarihinde yapılan yargılamanın ilk duruşmasında MG, muhakemeye devam edilmemesi (iddianamenin iadesi)<sup>12</sup> için ilk başvuruda bulunmuştur. MG bu talebini, ikrarda bulunmadan önce, polis E tarafından kendisine ağır acı vermekle ve cinsel saldırıda bulunmakla tehdit edilmiş olmasına dayandırmıştır. MG bu muamelenin, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (CCP) 136a maddesine<sup>13</sup> ve AİHS'nin 3. maddesine ay-

<sup>10</sup> Gäfgen v. Almanya, §20.

<sup>11</sup> Gäfgen v. Almanya, §22.

<sup>12</sup> "to discontinue the criminal proceedings"

<sup>13</sup> "(1) Şüpheli veya sanığın karar verme iradesini açığa vurma özgürlüğü işkence, kötü muamele, fiziksel müdahale, yorma, ilaç verme, aldatma ve hipnozla engellenemez. Zor kullanma ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkündür. Şüpheli veya sanığı ceza muhakemesi kanununun izin vermediği eylemlerle tehdit etmek veya yasayla öngörülmemiş bir menfaat vaadinde bulunmak yasaktır. (2) Şüpheli veya sanığın belleğini veya belirli bir durumu anlama ve kabul etme (Einsichtsfähigkeit) yeteneğini zayıflatan eylemler yasaktır. (3) Bu maddenin (1) ve (2). fıkralarındaki yasaklar, şüpheli veya sanık [yapılması düşünülen eyleme] rıza göstermiş olsa dahi uygulanır. Bu yasağa aykırı olarak alınan ifadeler, şüpheli veya sanık bunların kullanılmasına rıza gösterse dahi, [delil olarak] kullanılamaz.

kırı olduğunu belirtmiş ve aleyhindeki iddianamenin iade edilmesini istemiştir. MG alternatif olarak, 1 Ekim 2002 tarihinde kendisine uygulanan şiddet tehdidinin etkileri sürdüğü sırada (Fortwirkung) soruşturma makamlarına verdiği ifadelere bu ceza davasında dayanılmayacağına dair bir beyanda bulunulmasını istemiştir. MG ayrıca, CCP 136a maddesi ihlal edilmek suretiyle ikrarı alındıktan sonra soruşturma makamları tarafından çocuğun cesedi gibi bulgulara ulaşıldığı için, “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” (Fernwirkung) ilkesi gereği, bu bulguların delil olarak kullanılmasının yasak olduğunu belirten bir beyanda bulunulmasını istemiştir<sup>14</sup>.

FBM, MG'nin mağdurun nerede olduğunu söylemeyecek olursa ağır acı verilmekle tehdit edildiğini kabul etmiştir. Ancak MG'nin cinsel saldırıyla tehdit edildiğinin veya başka bir şeyden etkilendiğinin kanıtlanmadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla FBM öncelikle, polis tarafından yapılan bu tehdidin, CCP m.136a'nın, Alman Anayasası m.1<sup>15</sup> ve m.104/1'in<sup>16</sup> ve AIHS m.3'ün ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir. Bu tespite rağmen yani MG'nin anayasal haklarının ihlal edilmiş olmasına rağmen, FBM, bunun ceza kovuşturmasının yapılmasına engel olmadığı sonucuna varmış ve başvuruyu reddetmiştir<sup>17</sup>.

Bu aşamada MG, Bölge Mahkemesine iki başvuruda bulunmuştur: *Muhakemenin durdurulması (iddianamenin iadesi) ve kendisinden elde edilen (ikrara dayalı) delillerin kullanılmaması*. Bu taleplerden ilkiyle ilgili olarak Bölge Mahkemesi, MG'nin anayasal haklarına aykırılık bulunmasına rağmen, bu durumun ceza davasının görülmesini engellemediğini ve dolayısıyla davaya devam edilebileceğini söylemiştir. Bölge Mahkemesine göre, söz konusu sorgulama yönteminin kullanılması, kanunen yasaklanmış olmasına rağmen savunma haklarını ceza davasının görülmesini engelleyecek kadar kısıtlamamıştır. Sanığa isnat edilen suçların ağırlığı göz önünde tutulduğunda, ceza davasına devam edilmesini engelleyecek kadar, hukukun üstünlüğüne istisnai ve hoş görülemeyecek bir aykırılık bulunmamaktadır<sup>18</sup>. Taleplerin ikincisiyle

<sup>14</sup> Gäfgen v. Almanya, §24, 25.

<sup>15</sup> “İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onuruna saygı göstermek ve korumak, bütün devlet kuruluşlarının görevidir.”

<sup>16</sup> “Tutulan kişiler, maddi veya manevi kötü muameleye tabi tutulamaz.”

<sup>17</sup> Frankfurt LG – Bölge Mahkemesi, 23 Strafverteidiger 327, 2003.

<sup>18</sup> Görüldüğü üzere Alman Mahkemesi somut olay açısından hukuksal menfaatlerin

ilgili olarak ise FBM, CCP m.136/a(3) gereğince, MG'nin poliste, savcılıkta ve sorgu yargıcı önünde verdiği ifadelerin ve ikrarların yasaklanmış sorgu yöntemleriyle elde edildiklerinden dolayı ceza davasında delil olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle MG'nin bu yasak sorgu faaliyetlerinin bir sonucu olarak verdiği her ifade, hukuka aykırı bir delildir ve muhakemede kullanılamaz. Bu delil dışlama (Beweisverwertungsverbot – Exclusionary Rule) işlemi, sadece yasadışı tehditten hemen sonra verilen ifadeleri değil; ayrıca CCP 136a maddesinin ihlalinin sonuçları devam ettiği sürece, o günden itibaren soruşturma makamlarına verilen bütün diğer ifadeleri de kapsamaktadır<sup>19</sup>.

FBM, MG'nin itiraflarının ve bildirimlerinin CCP m.136a/3 doğrultusunda delil olarak kabul edilemez olduğunu belirtirken, MG'nin ifadeleri sonucunda elde edilen delilleri (çocuğun cesedi, tekerlek izleri vs.) bundan hariç tutmuş ve bunların yargılamada kullanılabileceğine karar vermiştir<sup>20</sup>. Diğer bir deyişle, bunların hukuka uygun delil niteliğini taşıdığını ve kullanılabilir olduğunu ifade etmiştir. Bölge Mahkemesi bu sonuca, hem değerlendirme dışı bırakılacak deliller hem de değerlendirilebilecek deliller açısından ilginç bir ayırım yaparak ulaşmıştır. Buna göre yasak yöntemlerin kullanılması suretiyle sebep olunan usulsüzlük ancak, sanığın sonraki ifadesi sırasında, acıya tabi tutma tehdidinin bir sonucu olarak verdiği önceki ifadelerinin kendisine, aleyhine delil olarak kullanılamayacağına ilişkin bir bilgilendirme yapılması halinde giderilebilirdi. Buna karşın gerçekte başvuruca sadece ifade vermeme hakkı bulunduğu söylenmiş, kendisine hukuka aykırı elde edilen delillerin kabul edilebilir olmadığına dair bir bilgi verilmemiştir. Dolayısıyla başvuruca'nın sonraki ifadelerini vermeden önce yapılan bilgilendirme, bir "nitelikli bilgilendirme" (qualifizierte Belehrung) değildir<sup>21</sup>. Görülüşü üzere burada, karşılaşılan hassas durum neticesinde, hukuka aykırılığın giderilebilmesi için adeta tıp hukukunda kullanılan "aydınlatılmış onam" benzeri bir "aydınlatılmış bilgilendirme" yapılması gerektiği, bu yapılmadığı takdirde, kötü muamele akabinde verilen ifadeden sonra verilen ifadelerin de mağ-

---

değerlendirilmesini yapmış ve yaşam hakkını, adil yargılanma hakkına üstün tutarak bu yönde bir karar oluşturmuştur.

<sup>19</sup> Gäfgen v. Almanya, §28, 29.

<sup>20</sup> LG Frankfurt, 23 Strafverteidiger 325, 2003.

<sup>21</sup> Gäfgen v. Almanya, §30.

duriyet devam ettiği için hukuka aykırı oldukları belirtilmiştir. FBM, delil olarak kabul edilemeyecek bulguları bu ifadelerle sınırlamıştır. Buradan hareketle yasaklanmış yöntemlerle kendisinden alınan ifadeler sonucu soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların, ceza davasından dışlanacaklarına ve kullanılmayacaklarına dair bir beyanda bulunması için başvuruçunun yaptığı başvuruyu reddetmiştir<sup>22</sup>. FBM'nin kararının ilgili bölümü şu şekildedir:

*“Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine aykırılığın, bir ifade sonucu elde edilen bulguların delil olarak kullanılmamasını gerektirecek kadar geniş bir etkisi yoktur. Mahkememiz, müelliflerin ve mahkemelerin uzlaştırıcı (Mittelmeinung) görüşlerine katılmaktadır; buna göre, olayın içinde bulunduğu özel şartlar içinde menfaatler dengelenmelidir; bu denge bakımından özellikle temel haklara ilişkin maddeler gibi, hukuk düzeninin açıkça ihlal edilip edilmediği ve soruşturma konusu suçun ağırlığı dikkate alınmalıdır. Mevcut olayda fiziksel şiddet uygulama tehdidi şeklinde sanığın temel haklarına yöneltilen müdahalenin ağırlığı ile bir çocuğun öldürülmesi şeklinde sanığa isnat edilen ve soruşturulması gereken suçun ağırlığı tartıldığında söz konusu suç, sanığın ifadesinin bir sonucu olarak özellikle çocuğun cesedinin bulunması ve daha sonra yapılmış otopsi gibi bulguların kullanılmaması talebi karşısında ağır basmaktadır.”*

Bu ise bizde FBM'nin aslında hukuka aykırı delillerin uzak etkisi kuramını dışladığını, hukuka aykırı yöntemlerde elde edilen delillere dayanılarak elde edilen delillerin belli koşullar halinde kullanılmasının mümkün olduğunun kabul edildiği düşüncesinin oluşmasına yol açmıştır. Ancak kararda da belirtildiği üzere bu bakış açısı aslında Alman ceza muhakemesi hukuku öğretisinde ve mahkeme kararlarında görülen ve korunan hukuksal yararları değerlendirmek suretiyle hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılıp kullanmayacağına karar veren görüştür.

Tüm bunlardan sonra MG, suçlamalara cevap olarak JM'yi öldürdüğünü ikrar etmiş; hatta başlangıçtan beri JM'yi öldürme amacıyla hareket ettiğini de itiraf etmiştir. Mahkeme, 28.7.2003 tarihinde MG'yi zorla kaçırma ve kasten öldürme eyleminden dolayı kendisini suçlu bulmuş ve müebbet hapse mahkum etmiştir<sup>23</sup>. Bazı Alman yazarlar so-

<sup>22</sup> Gäfgen v. Almanya, §31.

<sup>23</sup> LG Frankfurt, 5-22 E. 2/03 3490 K. 230118/02, <http://juris.de>.

ruşturma ve kovuşturma sürecinden öğrenilen olguların ve bulunan delillerin, MG'nin duruşmadaki ikrarlarına ve elde edilen diğer delillere dayandığını belirterek, MG'nin işkence tehdidiyle vermiş olduğu ifadelerin bu kararın oluşumunda etkili olmadığını ima etmektedirler<sup>24</sup>. İleride ayrıntılı olarak ifade edeceğimiz üzere biz bu görüşe katılmıyoruz.

FBM, duruşma esnasında başvuruçunun susma hakkı ve önceki ifadelerinin delil olarak kullanılmayacağı konusunda yeniden bilgilendirilerek gerekli olan nitelikli bilgilendirmenin yapıldığını belirtmiştir. Başvuruçucu, nitelikli bilgilendirmenin ardından, JM'yi kaçırap öldürdüğünü ikrar etmiştir. Başvuruçunun duruşma sırasında suçun planlanmasıyla ilgili beyanları, mahkemenin olayları tespitinde tek temel değilse bile esaslı bir temel oluşturmuştur. JM'nin ablasının ifadesi, fideye mektubu ve başvuruçunun evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili bir not, başvuruçunun bu beyanlarını doğrulamıştır. Suçun işlenişyle ilgili maddi olayların tespitinin, münhasıran başvuruçunun yargılama sırasındaki ikrarına dayandırıldığı belirtilmiş; diğer bulguların ise başvuruçunun doğru söylediğini gösterdiğini ve bu amaçla kullanıldığı ifade edilmiştir. Bu bulgular arasında çocuğun ölüm sebebi hakkındaki otopsi raporu, çocuğun cesedinin bulunduğu göletin kenarındaki başvuruçunun arabasının lastik izleri ve fidyeden elde edilip evde bulunan ve banka hesabına yatırılan paraların yer aldığı belirtilmiştir<sup>25</sup>.

Bölge Mahkemesi ayrıca, başvuruçunun CCP 136a maddesinde yasaklanmış sorgulama yöntemleriyle sorgulanmış olduğunu tespit etmiştir. Bölge Mahkemesine göre, Müdür Yardımcısı D ile polis E'nin bu tehditler nedeniyle suçlu olup olmadıkları veya ne ölçüde suçlu oldukları, kendileri aleyhinde devam eden soruşturmanın sonucunda belli olacaktır. Ancak bu görevlilerin iddia konusu yasadışı eylemleri, başvuruçunun işlediği suçta hafifletmemiştir. Yürütme organına mensup polislerin yanlış hareketleri, yargı organının maddi olayları hukuka göre değerlendirmesini engellememektedir ve engellenmemelidir<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Ast, s.1393.

<sup>25</sup> Gäfgen v. Almanya, §34.

<sup>26</sup> Gäfgen v. Almanya, §36.

Mahkumiyet kararından sonra MG, Federal Adalet Mahkemesi'ne (BGH) başvuruda bulunmuş ve Bölge Mahkemesi'nin yapmış olduğu ön başvuruyu reddetmesini şikayet konusu yapmıştır. Bunun yanı sıra Bölge Mahkemesinin yasaklanmış yöntemlerle alınan ifadeler sonucu soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların, ceza davasında kullanılmayacaklarına dair bir beyanda bulunmayı reddetmesi de söz konusu şikayette belirtilmiştir. Federal Savcı ise vermiş olduğu mütalaada diğer argümanların yanı sıra her halükarda böyle bir şikayetin temelini olmadığını; çünkü Bölge Mahkemesinin başvuruçunun önceki ifadelerinin delil olarak kabul edilmeyeceğine dair bilgilendirmede bulunduktan sonra başvuruçunun yalnızca duruşmada verdiği ikrarı kullandığını belirtmiştir. BGH, MG'nin başvurusunu hiçbir gerekçe göstermeksizin 21 Mayıs 2004 tarihli kararı ile reddetmiştir<sup>27</sup>.

Bunun üzerine MG, 23 Haziran 2004'te Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Başvuruçucu 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından sorgulanma biçimiyle ilgili olarak Anayasanın 1/1. fıkrasının ve 104/1. fıkrasının 2. cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi de MG'nin başvurusunu, 14 Aralık 2004 tarihli kararı ile reddetmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre dava dışında temel hakların ihlal edilmiş olması, ceza mahkemesinin yargılama sırasında yaptığı tespitlere dayanarak verdiği bir kararın anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmayı gerektirmemektedir. Dava konusu olayda ceza mahkemeleri, polis tarafından kullanılan soruşturma yöntemlerinin yasak olduğunu tespit etmişler, fakat bu tespitten çıkarılacak hukuki sonuçlar konusunda başvuruçudan farklı düşünmüşlerdir. Ceza mahkemeleri söz konusu davranışların bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin kullanılmayacağı, fakat ceza davasının devam etmesine karşı özel bir engel bulunmadığı görüşünü kabul etmişlerdir. Federal Anayasa Mahkemesine göre, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasıyla oluşan usule ilişkin kusurun, ceza mahkemeleri tarafından telafi edildiği söylenebilir; çünkü ceza mahkemeleri bu şekilde elde edilen ifadelerin kabulünü yasaklamışlardır. Bu

<sup>27</sup> Gäfgen v. Almanya, §37-39.



yasak, ilgili kişinin haklarına aykırılıkları telafi etmek için, CCP'nin 136a/3 fıkrasında öngörülmüş, ancak ceza davasının görülmesine engel oluşturabilecek önemli usule ayrılık koşulları yasada yer almamıştır. Örneğin, başvurunun iddiasında yer aldığı üzere, mahkemelerin yasak yöntemlerle elde edilen delillerin dışlanması yasada belirtilmiş iken bunun muhakemenin yapılmasını engellemesi yasada belirtilmemiştir. Bu durumda başvuru, söz konusu soruşturma yöntemlerinin neden sadece bu suretle elde edilmiş ifadelerin kullanılmasını yasaklamakla kalmaması, fakat ayrıca aleyhindeki ceza davasının görülmesine karşı bir engel oluşturması gerektiğini açıklayamamıştır. Federal Anayasa Mahkemesi ikinci olarak, başvurunun Bölge Mahkemesi'nin tehdit altında alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen bulguların davadan dışlanması talebini reddetmesiyle ilgili olarak başvurunun yaptığı anayasa şikayetini de temelsiz bulmuş, başvurunun bu meseleyi Federal Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmemiş olduğunu belirtmiştir.

Bu yargılama sürecinin sonucunda Alman Mahkemeleri, MG'ye uygulanan işkence tehdidinin hukuka aykırı olduğunu ve bu tehdit neticesinde elde edilen ikrarın yargılama esnasında ispat aracı olarak kullanılamayacağını; buna karşın, MG'nin ikrarının neticesinde elde edilen çocuğun cesedi, tekerlek izleri ve diğer delillerin MG'nin mahkeme önünde kendi isteğiyle verdiği ikrarın tevsik edilmesinde kullanılabileceğini kabul etmişlerdir<sup>28</sup>.

Bu esnada başvurunun, polis memurları D ve E hakkında, kendisine işkence yaptıkları iddiası ile Frankfurt Bölge Mahkemesinde suç duyurusunda bulunması sonucunda bu kişiler hakkında ceza davası açılmıştır. Bölge Mahkemesi vermiş olduğu kararda, başvurucuya uygulanan sorgu yönteminin hukuka uygun olmadığını belirtmiş, Anayasanın 1. maddesindeki insan onurunu ihlal eden bu yöntemin kullanılmasının gerekliliği savunmasına itibar etmemiştir. FBM'ye göre insan onuruna saygı, Anayasanın 104/1. maddesinin 2. cümlesinde ve AİHS'in 3. maddesinin merkezinde yer almaktadır. İnsan onurunun

<sup>28</sup> Antoine Buyse, "Introductory Note to European Court of Human Rights (Grand Chamber): Gäfgen v. Germany", International Legal Materials, American Society of International Law, Washington D.C., Vol.49, No.6, 2010, s.1597.

korunması mutlak olup, hiçbir istisnaya veya menfaatlerin dengelenmesine izin vermemektedir. Sonuç olarak FBM polisleri para cezasına mahkum etmiş ve cezalarını ertelemiştir. Ayrıca söz konusu polisler suç soruşturmasıyla ilgili olmayan başka bölümlere atanarak kariyerleri açısından da kayba uğramışlardır<sup>29</sup>.

Nihayetinde, Alman hukuk sisteminde öngörülen tüm iç hukuk yollarını tüketen MG, 15.6.2005 tarihinde, AİHM'e başvuruda bulunmuştur<sup>30</sup>. 30.6.2008 tarihinde AİHM'in 5. Dairesi, AİHS'in 3. maddesinin ihlali olduğunu fakat MG'nin söz konusu ihlalden mağduriyetinin devam ettiğini iddia edemeyeceğine, bunun yanında AİHS'in 6. maddesinin ihlali olmadığına karar vermiştir<sup>31</sup>. AİHM Büyük Dairesi, AİHS'in 34. maddesi gereğince 11'e karşı 6 oyla MG'nin AİHS'in 3. maddesinin ihlalden kaynaklanan mağduriyetinin devam ettiğini öne sürebileceğine; ancak yine 11'e karşı 6 oyla AİHS'in 6. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının ihlali olmadığına karar vermiştir. AİHM'in kararının gerekçeleri ve bu sonuca ulaşan akıl yürütmesi aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanmaktadır.

<sup>29</sup> Gäfgen v. Almanya, §48, 49.

<sup>30</sup> MG'nin kendi isteğiyle ikrarda bulunmasına rağmen yargılandığı davayı bu aşamalara kadar getirmesinin ardında yatan amaç kısaca şu şekilde özetlenebilir: Alman Ceza Kanunu'nun 211. maddesine göre, bir kimsenin öldürülmesinde açgözlülük, ihanet veya başka bir suç gizlemek gibi cezaı artırıcı nitelikli unsurların bulunması halinde, bu eylem nitelikli öldürme olarak kabul edilmektedir. Nitelikli öldürmenin cezası ömür boyu haptir. Ceza mahkemesinin sanığın suçunun özel bir ağırlığa sahip olduğunu söylemesi, başka şeylerin yanında, sanık hakkında daha sonra verilebilecek koşullu salıverme kararı üzerinde etkili olabilmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun 57a maddesine göre, hükümlü hapis cezasının on beş yılını çekmiş ise, kamu güvenliği bakımından sakınca bulunmaması ve sanığın suçunun cezanın infazına devam edilmesinin gerekmemesi halinde, ömür boyu hapis cezasının kalan kısmının askıya alınabilecektir. İşte MG, aslında bu şartlı tahliyeden yararlanmak için bir savunma stratejisi olarak kendi isteğiyle ikrarda bulunmuştur. Ancak bu ikrarına rağmen, mahkemenin kasten öldürme suçunun özel bir ağırlığa sahip olduğunu kabul etmesi ve şartla tahliye hakkı vermemesi neticesinde, bu kez de hukuka aykırı delillerin uzak etkisi kuramından hareketle tüm yargılamanın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla söz konusu başvuruları yapmıştır. Buradaki nihai amaç bize göre erken şartlı tahliyeden yararlanabilmektir; bu amaç gerçekleşmeyince ulusal mahkemeler önünde, mam özellikle Frankfurt Bölge Mahkemesi'nde, bu kadar hararetle öne sürülen yasak delil ve zehirli ağacın meyvesi kuramı, özellikle AİHM önünde başvurunun temel dayanağı haline getirilmiştir.

<sup>31</sup> Gäfgen v. Almanya, Başvuru 22978/05, 30.6.2008, Kararın İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015>, 18.2.2013.

## II. AİHS'in 3. Maddesinin (İşkence ve Kötü Muamele Yasağı) İhlali Açısından Kararın Değerlendirilmesi

AİHS'in 3. maddesi ile işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı davranışta bulunma ve cezalandırma yasaklanmıştır<sup>32</sup>. Buradan hareketle AİHM, dava sırasında “şiddetli acı tehdidinin, insanlık dışı davranış olarak mı işkence olarak mı nitelendirileceği” ve “buna genel geçer bir kurala göre mi yoksa somut olaya göre mi karar verileceği” şeklinde iki soruya yanıt aramak zorunda kalmış ve kararını bu sorulara verdiği yanıt çerçevesinde oluşturmuştur. Mahkemenin bu olayda çözmesi gereken esas sorun olan 6. maddenin ihlalinin olup olmadığının tespit edilmesi için öncelikle bu sorulara yanıt vermesi gerekmiştir. Dolayısıyla kararda öncelikle 3. madde açısından inceleme yapılmıştır.

### 1. Mağdura Uygulanan Tehdidin Derecesi ve İşkence Tehdidinin İhlal Olarak Kabulü

İnsanlık dışı ve kötü davranışın ne olduğuna ilişkin AİHS’de herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Bu nedenle AİHM zaman içerisinde insanlık dışı davranışın tanımıyla ilgili bir içtihat oluşturmuştur<sup>33</sup>. Tanıma göre insanlık dışı davranışın etkileri göz önüne alındığında, ya gerçek bedensel zarara ya da büyük ölçüde fiziksel/ruhsal acıya sebep olunması gerekmektedir<sup>34</sup>. Yalnızca bu tarz etkilerin üzerinde gerçekleştiği kişi için söz konusu davranışın “mağduru” denilebilmektedir. Ayrıca davranış, “*minimum düzeyde ciddiyete*” (*must attain a minimum level of severity*)<sup>35</sup> ulaşmış olmalıdır<sup>36</sup>. Söz konusu minimum düzeyin

<sup>32</sup> Çeşitli kaynaklarda “aşağılayıcı davranış” kavramı yerine, “onur kırıcı davranış” terimi kullanılmaktadır. Bizkararının Türkçe çevirisine sadık kalmak amacıyla kavramı tercih ediyoruz. Ayrıca “insanlık dışı ve aşağılayıcı davranış” ifadesinin yerine geçmek üzere kısaca “kötü davranış/muamele” ifadesi de kullanılmaktadır.

<sup>33</sup> Gäfgen v. Almanya, §88-91.

<sup>34</sup> Kudla v. Polonya (GC), 2000-XI Eur. Ct. H. R. 510, §91-92.

<sup>35</sup> İrlanda v. Birleşik Krallık, 2 Eur. H.R. Rep. 25, §162; Labita v. İtalya, 2000-IV Eur. Ct. H.R., §120; Selmouni v. Fransa, 25803/94, 29 EHRR 403, ECHR 1999 - V, §101; Gäfgen v. Almanya, §88-89.

<sup>36</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz: Robin C. A. White/Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey The European Convention on Human Rights, 5. Bası, New York, Oxford University Press, 2010, s.170; David Harris/Michael O’Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Harris, O’Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2009, s.74.

değerlendirilmesi, somut olaya göre değişmektedir: *Acı çektirme niyeti, davranışın amaçları, davranışın süresi ve içeriği, davranışa maruz kalan kişinin durumu* gibi unsurlar bunun tespitinde dikkate alınmaktadır<sup>37</sup>. Ancak bu konudaki nihai değerlendirmede mutlaka Avrupa kamu düzeninin ortak standartları göz önünde bulundurulmalıdır<sup>38</sup>. Buna göre insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin “*asgari ağırlık düzeyine ulaştığı halde, işkence olarak nitelendirilmek için gerekli unsurlardan*”<sup>39</sup> en az birini taşımayan bir muamele” olarak tanımlanması mümkündür<sup>40</sup>.

Mahkemeye göre, herhangi bir muamelenin Sözleşmenin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bu ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara bağlı olarak değerlendirilmektedir<sup>41</sup>. Muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik<sup>42</sup>, ayrıca heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği<sup>43</sup>, dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir<sup>44</sup>. Mahkeme, önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş bir muameleyi “*insanlık dışı*” muamele olarak nitelendirmekte<sup>45</sup>; mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek

<sup>37</sup> White/Ovey, s.170; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.74, 75; Ast, s.1396.

<sup>38</sup> Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.176.

<sup>39</sup> Mahkemeye göre işkencenin unsurları şunlardır: I. Maddi Unsur: Eylem, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ıstırap vermelidir. Bir eylemin bu nitelikte olup olmadığı, eylemin yoğunluğuna, uygulama süresine ve koşullarına, mağdur üzerinde yarattığı fiziksel ve ruhsal etkilere, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlığı gibi etkenler dikkate alınarak değerlendirilir. II. Manevi Unsur: Eylem kasten gerçekleştirilmelidir. Eylemin ikrar veya bilgi elde etmek, cezalandırmak, gözdağı vermek veya zorlamak veya ayrımcılık gibi bir özel kastla gerçekleştirilmesi gerekir. III. Fail: Eylem, resmi sıfatla hareket eden kişiler tarafından veya bu kişilerin bilgisi veya onayı çerçevesinde üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır.

<sup>40</sup> Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.19.

<sup>41</sup> İrlanda v. Birleşik Krallık, Seri A no. 25, 18 Ocak 1987, §162; Jalloh v. Almanya, Başvuru No.54810/00, ECHR 2006-IX, §67.

<sup>42</sup> Aksoy v. Türkiye, Reports 1996-VI, 18 Aralık 1996, §64; Egmez v. Kıbrıs, Başvuru No. 30873/96, ECHR 2000XII, §78; Krastanov v. Bulgaristan, Başvuru No. 50222/99, 30 Eylül 2004, §53.

<sup>43</sup> Selmouni v. Fransa, §104; Egmez v. Kıbrıs, §53.

<sup>44</sup> Gäfgen v. Almanya, §88.

<sup>45</sup> Labita v. İtalya, §120; Ramirez Sanchez v. Fransa, Başvuru No. 59450/00, ECHR

şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen bir muameleyi ise “aşağılayıcı” muamele<sup>46</sup> olarak kabul etmektedir<sup>47</sup>. Mahkeme, belirli bir kötü muamele biçiminin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verirken, Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence kavramı ile insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayırım yapılmış olmasına dikkat etmektedir<sup>48</sup>. Mahkemenin vermiş olduğu daha önceki kararlarında da kaydedildiği gibi, Sözleşmenin böyle bir ayırım yapmaktaki amacın, çok ağır acılara neden olan kasıtlı insanlık dışı muamelelere özel bir vurgu yapmak olduğu görülmektedir<sup>49</sup>. İnsanlık dışı ve aşağılayıcı davranışlar ile işkence arasında niteliksel bir ayırım yapılmasına karşın biri diğerine göre hafif ya da ağır olarak nitelendirilmemektedir.

Eğer ortada kastla gerçekleştirilen bir eylem ve sert baskı ile yoğun fiziksel acı veya ruhsal acı gibi ağırlaştırıcı sebepler varsa, insanlık dışı davranışın, işkence halini aldığı kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Bunun yanında işkence olarak tanımlanan bir davranışın amacı, genellikle birinden bilgi elde etmek, birine ceza uygulamak veya birinin gözünü korkutmaktır<sup>51</sup>. Ancak bu tanımın AIHM tarafından ve sözleşmenin yorumlanması çerçevesinde yapıldığı unutulmamalıdır<sup>52</sup>.

Mahkeme kararında, başvuru konusu olayda emniyet müdür yardımcısı D'nin, son olarak başvurucuyu işkence ile tehdit etme emri vermeden önce, kendisine bağlı birim amirlerine başvurucuya gerekirse güç kullanılması şeklinde birkaç kez emir verdiğiinden, kendisinin emri anlık bir kararla verdiğinin kabul edilemeyeceğini, bu eylemde

2006-IX, §118.

<sup>46</sup> Keenan v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 27229/95, ECHR 2001-III, §110, Jalloh v. Almanya, §68.

<sup>47</sup> Gäfgen v. Almanya, §89.

<sup>48</sup> Önok, s.170, 171.

<sup>49</sup> Gäfgen v. Almanya, §90. Ayrıca bkz: İrlanda v. Birleşik Krallık, §167; Aksoy v. Türkiye, §63; Selmouni v. Fransa, §96.

<sup>50</sup> İrlanda v. Birleşik Krallık, §167; Gäfgen v. Almanya, §90.

<sup>51</sup> Akkoç v. Türkiye, 2000-X Eur. Ct. H.R., §115; Gäfgen v. Almanya, §90. İşkence ve Diğer İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranış ve Cezaların Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi m. 1/1'de yer alan tanım ile karşılaştırınız. Ayrıca bkz: Eric Hilgendorf, “Folter im Rechtsstaat?”, JuristenZeitung, 59. Jahrg., Nr.7, 2 April 2004, s.331, 334.

<sup>52</sup> TCK'nın 94. maddesinde yer alan işkence suçu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: Önok, s.273 vd.

açıkça kastla (önceden tasarlanarak) hareket edildiğini belirtmektedir. Kararda ayrıca belirtilen bir diğer husus da başvurucunun sorgu odasında gözaltında bulunduğu sırada kelepçeli olduğu ve dolayısıyla korunmasız ve kısıtlı bir durumda bulunduğu anlaşıldığıdır. Buna göre Mahkeme kararında, Alman ulusal mahkemelerinin yaptığı tespitler ve kendi önündeki verileri göz önünde tutarak, JM'nin yaşamının kurtarılabilmesine inanan polislerin bu sorgulama yöntemine ikna olduklarını belirtmektedir<sup>53</sup>. İleride 6. madde açısından yapılan değerlendirmede görüleceği üzere, bu nitelendirme Mahkemenin kararında etkili olmuştur.

AİHM önünde yapılan yargılamalarda sivil toplum örgütlerinin ve hükümet tarafının danışmanlarının davaya katılması ve görüş bildirmesi sıkça karşılaşılan bir durum olmaya başlamıştır. Öte yandan başvurucu tarafından mağdur edilen kişilerin davaya katılması ise ancak istisnai durumlarda uygulanan bir yöntemdir. Bu davanın önemi ve etkileri nedeniyle söz konusu istisnai durum uygulanmıştır. Bu kapsamda hem JM'nin anne ve babası hem de bir sivil toplum kuruluşu olan Redress Trust mahkemede dinlenmiş ve görüşlerini sunmuşlardır. Nitekim Mahkeme kararında, katılan her iki tarafın da görüşlerine yer vermiştir. JM'nin anne ve babası Hükümetin görüşlerini desteklerken, Redress Turst ise işkence tehdidi mağduriyeti açısından MG'nin yanında yer almıştır<sup>54</sup>. Bu bağlamda Redress Trust, özellikle Yunanistan davası<sup>55</sup> ile Akkoç v. Türkiye<sup>56</sup> davasında Sözleşme organlarının yaptıkları tespitlere dayanarak belirli bir eylemin işkence oluşturabilmesi için, fiziksel yaralamaya sebebiyet verilmiş olmasının gerekmediğini vurgulamıştır. Zihinsel tahribatın kendisi de yaygın bir işkence biçimidir; dahası Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin yasaklandığı bir eylemle sırf tehdit etmenin bile, bu maddeyi ihlal edebileceğini teyit etmektedir<sup>57</sup>.

Somut olayda AİHM, işkence tehdidinin önemli derecede korkuya, ıstıraba ve ruhsal acıya yol açtığını belirtmiştir. Zira MG, cesedi nereye sakladığını itiraf etmesi için, önemli ölçüde tehdit edilmiştir ve bu teh-

<sup>53</sup> Gäfgen v. Almanya, §95, 105, 106.

<sup>54</sup> Buyse, s. 1597, 1598.

<sup>55</sup> 12 Yearbook 170, 1969, s.461.

<sup>56</sup> Başvuru No. 22947/93 ve 22948/93, ECHR 2000-X, §25 ve 116, 117.

<sup>57</sup> Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, seri A no.48, 25.2.1982, §26.

dit söz konusu etkilerin elde edilmesi amacıyla polis memurları tarafından gerçekleştirilmiştir. Somut olayın koşullarına ilişkin olarak AİHM, sanık aleyhine olan davranışların Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında minimum düzeyde ciddiyete eriştiğine karar vermiştir. Bununla birlikte AİHM, uygulanan eylemler içindeki şiddet düzeyinin işkence eşliğine ulaşmadığını belirtmiştir<sup>58</sup>. Ayrıca Redress Trust, Labita v. İtalya davasına<sup>59</sup> atıfta bulunarak, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının mutlak olduğunu ve mağdurun tutumu veya olayın şartlarını dikkate alan herhangi bir sınırlama ve haklı gösterilebilecek bir hal bulunmadığını vurgulamıştır<sup>60</sup>.

Bu bağlamda herhangi birini fiziksel bir temas olmaksızın dahi işkence ile tehdit etmek yasaktır; zira bu eylem en azından insanlık dışı davranış olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu husus kararda Mahkeme tarafından açıkça belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşmenin 3. maddesiyle yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunulması, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, 3. maddenin ihlalini oluşturacaktır. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından insanlık dışı muamele oluşturmaktadır<sup>61</sup>.

## 2. İşkence, İşkence Tehdidi ve İnsanlık Dışı Muamelenin Hiçbir Koşulda Meşru Kabul Edilemeyeceği Kuralı

AİHM bir olayın koşullarını değerlendirirken, sanık aleyhine öne sürülen davranışın gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği sorusuna cevap aramaktadır. Çünkü ilk bakışta insanlık dışı davranış tanımının; kolluk tarafından uygulanan meşru kuvvet, şüphelinin/failin hakim kararıyla hapsedilmesi ya da savaş sırasında dövüşmek gibi yasaklanmayan davranışları da kapsadığı görülmektedir. Eğer bu gibi davranışlar haklı bir şekilde gerekçelendirilirler ise artık insanlık dışı davranış olarak nitelendirilemezler. Buna göre bazı eylemler ilk bakışta kötü muamele olarak görülseler de gerekçelendirilmek kaydıyla bunların hukuka ve dolayısıyla Sözleşmenin 3. maddesine uygunlukları söz konusu olabilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus

<sup>58</sup> Gäfgen v. Almanya, §101-108.

<sup>59</sup> Başvuru No. 26772/95, ECHR 2000-IV, §119.

<sup>60</sup> Gäfgen v. Almanya, §86, 103.

<sup>61</sup> Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, §26; Gäfgen v. Almanya, §91, 108.

bunların sözleşmenin kapsamı dışında değerlendirilmeleridir. Dolayısıyla bu tür eylemler 3. maddenin istisnasını oluşturmayıp, bu maddenin dışında yer aldıklarından bu madde kapsamında değerlendirilmemektedirler. AİHM'e göre işkence, işkence tehdidi ve insanlık dışı davranışlar hiçbir zaman ve koşulda meşru olarak kabul edilemezler ve meşru bir zemine dayandırılmazlar<sup>62</sup>. Bunun en ileri noktasını ise devlet otoritesi tarafından gerçekleştirilen işkence tehdidinin, bir çocuğun hayatını kurtarmak da dahil olmak üzere, düşünülebilen her koşulda insanlık dışı davranış olarak kabul edilmesidir.

Nitekim Mahkeme bu hususu kararında da açıkça ifade etmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 3. maddesi demokratik toplumların en temel değerlerinden birisini içermektedir. Sözleşmenin diğer maddelerinden farklı olarak, bu madde için herhangi bir istisna hükmüne yer verilmesi ve bu maddenin ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile Sözleşmenin 15/2. maddesine göre askıya alınması mümkün değildir<sup>63</sup>. Mahkeme, terör veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşmenin işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmektedir<sup>64</sup>. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesi bakımından başvurucunun işlediği iddia edilen suçun niteliğinin bir öneminin bulunmadığını belirtmektedir<sup>65</sup>.

AİHM bu noktada korunan hukuksal değerleri değerlendirmeyi kabul etmemektedir<sup>66</sup>. Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence yasağının hiçbir istisnaya yer vermediği açık ve kesindir<sup>67</sup>. Aynı kural işkence tehdidi yasağı için de geçerlidir<sup>68</sup>. İşkencenin katı şekilde

<sup>62</sup> Gäfgen v. Almanya, §107.

<sup>63</sup> Selmouni v. Fransa, §95; Labita v. İtalya, §119.

<sup>64</sup> Chahal v. Birleşik Krallık, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, 15 Kasım 1996, §79; Labita v. İtalya, §119.

<sup>65</sup> Gäfgen v. Almanya, §87. Ayrıca bkz: V. v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 24888/94, ECHR 1999-IX, §69; Ramirez Sanchez v. Fransa, §116; Saadi v. İtalya, Başvuru No. 37201/06, ECHR 2008 ..., §127.

<sup>66</sup> Gäfgen v. Almanya, §87, 176. Ayrıca bkz: İrlanda v. Birleşik Krallık, §163; Chahal v. Birleşik Krallık, 23 Eur. H. R. Rep. 413, §79-81, 1997; Saadi v. İtalya, 37201/06, §138.

<sup>67</sup> AİHS m. 15/2 ve İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 2/2'de açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.5, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi m.7, Cenevre Sözleşmesi m.3/1a, m.3/1c.

<sup>68</sup> Ast, s.1397. Karşıt görüş için bkz: Rolf Dietrich Herzberg, "Folter und Menschen-



yasaklanması, tarihten öğrenilen önemli bir dersin sonucudur<sup>69</sup>. Hatta Avrupa Konseyinin oluşması ve etkili bir koruma mekanizmasının oluşturulması (öncesinde Komisyon ve Divan, sonrasında Mahkeme) bu acı dersin sonucudur<sup>70</sup>. Yakın tarihte Guantanamo’da yaşananlar, bu konudaki istisnaların kabul edilemezliğinin bir örneğidir<sup>71</sup>. Dolayısıyla meşru işkence ve meşru olmayan işkence ayrımı veya işkencenin kovuşturma ve güvenlik için yapılma amaçlarına göre ayırım yapmak uygun değildir. İşkenceyi gerekli gösteren durumlar, her zaman şüphenin bulunduğu durumlardır ve şüphe yanlış olabilir. Ayrıca işkence kabul edilirse, bu uygulamanın belirli bir sınırı olmayacaktır<sup>72</sup>. Bunlar tarihi ve uygulamadan kaynaklanan sebeplerdir. Hukuki ve etik açıdan bakıldığında ise insan onurunun garantisinden veya devletin meşruluk koşullarından yola çıkılarak işkence yasağının önemi hakkında çıkarım yapılabilir. Bu ahlak bilimine, sonuççu veya amaçsal etik teori üzerinde üstünlük sağlamaktadır<sup>73</sup>.

Somut olayın gösterdiği durum karşısında Mahkemenin bu olaya kadar olan kararlarındaki tavrının sonuçlarının, Alman hukuk öğretisi ve uygulaması tarafından kabul edilmesi güç olacaktır. Hatta bu gibi durumlarda işkence ve kötü muamelenin mazur görülebileceğini ilişkin Alman öğretisinde görüşler bulunmaktadır<sup>74</sup>. JM’nin hala hayatta olduğunun ve MG’den ikrar elde etmeye yönelik girişimlerin hiçbirinin başarılı olmadığını varsayıldığı halde MG, çocuğu nereye sakladığını ortaya çıkarmakla yasal olarak yükümlü olacaktır.

würde”, *JuristenZeitung*, 60. Jahrg., Nr.7, 1 April 2005, s.321, 325, 328.

<sup>69</sup> Tarihsel özet için bkz Edward Peters, *Torture*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, s.1-187, Mehmet Semih Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasası*, 2. Bası, İstanbul, Kavram, 1994, s.157-169; Önok, s.41-57.

<sup>70</sup> Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması ve 14 Nolu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler”, C.II, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.239, 240.

<sup>71</sup> Amnesty International, USA: *Shadow over Justice*, <http://amnesty.org/en/library/info/AMR51/094/2010/en>, 30.3.2013.

<sup>72</sup> Jan Joerden, “Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern”, *13 Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2005, s.495, 518.

<sup>73</sup> Luis Greco, “Die Regeln hinter der Ausnahme: Gedanken zur Folter in sog. Ticking Time bomb – Konstellationen”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol.154 No.11, 2007, s.628; Ast, s.1397.

<sup>74</sup> Bu gibi davalarda işkencenin meşru görülmesine ilişkin olarak bkz: Winfred Brugger, “Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?”, *JuristenZeitung*, 55 Jahrg., Nr.4, 18 Februar 2000, s.165. Joerden, s. 503.

Aksi halde MG ihmal suretiyle kasten öldürmeden sorumlu olurdu. Ancak polisin, yasaya uymaması ve çocuğu nereye sakladığını söylemesi için MG'ye baskı yapması, yasa dışı olacaktı. Bu durumda hangi menfaatlerin tehlikede olduğu düşünülduğünde, bir yanda çocuğun hayatının diğer yanda MG'nin irade özgürlüğünün bulunduğu görülmektedir. Farklı bir açıdan bakıldığında ise, Alman hukuku açısından söz konusu olayda kamu görevlileri haricindeki diğer herkesin şüpheliyi işkence tehdidinde maruz bırakmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla MG'yi, meşru savunma halinde bulunan herhangi bir kişiye teslim etmek kabul edilebilir. Bu akıl yürütme, işkence yasağının nedeninin yalnızca buna maruz kalan kişi üzerindeki olumsuz etkileri olmadığını ortaya koymaktadır<sup>75</sup>. Bunun ilk sebebi, insanları doğası gereği özünde sınır bulundurmeyen böyle bir şiddet tehlikesinden korumak için kamu gücünün sınırlandırılmasıdır. Nitekim devletin haklı bir mazeret olmaksızın acı verici cezalar vermesi, kökleri tarihe dayanan bir durumdur<sup>76</sup>. İşkence ve işkence tehdidi belki de şiddetin gücünün en yoğun halini taşımaktadır, zira buna maruz kalan kişi tamamen devletin merhametine kalmaktadır<sup>77</sup>. Sonuç olarak AİHM, işkence yasağının hiçbir istisnasını kabul etmemekte haklıdır<sup>78</sup>.

Mahkeme 3. madde açısından yapmış olduğu değerlendirmede, bu maddenin ihlali açısından somut durumun özelliğini de dikkate alarak şu gerekçeye dayanmıştır:

*“107. Bu bağlamda Mahkeme, polislerin eylemlerindeki saikin çocuğun yaşamını kurtarmak olduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesi ile Mahkeme'nin yerleşik içtihatları göz önünde tutulduğunda, mağdurun eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun, kötü muamele yasağının uygulanacağını vurgulamak gerekir (bk. yukarıda parag. 87). Bir kimsenin yaşamı risk altında olsa bile, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yapılamaz. Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile, bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Muğlak olmayan terimlerle düzenlenmiş*

<sup>75</sup> Ast, s.1398.

<sup>76</sup> Mark Janis/Richard Kay/Anthony Bradley, European Human Rights Law – Text and Materials, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2000, s.94.

<sup>77</sup> İşkence hali, güç açısından en yüksek meydan okumadır; zira kimse emredilmiş bu eylemi bir başkasıyla ikame edemez. Güç, tehdit ve kuvvet arasındaki ilişkiyle ilgili olarak geliştirilmiş etkileşim aracı için bkz: Niklas Luhmann, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt am Main, Shurkamp, 2000, s.45, 55.

<sup>78</sup> Ast, s.1398.

olan Sözleşme'nin 3. maddesi, en zor koşullarda bile, her insanın mutlak ve vazgeçilemez nitelikte işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun, herhangi bir istisnaya veya haklaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir.

108. Başvurucunun tabi tutulduğu muameleyi karakterize eden faktörleri göz önünde tutan Mahkeme, başvurucudan bilgi almak için kendisine yapılan gerçek ve yakın bir tehdidin, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek asgari ağırlık düzeyine ulaştığına ikna olmuştur. Mahkeme'nin İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 1. maddesindeki tanıma atıfta bulunan kararlarına ve Redress Trust'ın atıfta bulunduğu uluslararası insan hakları izleme organlarının görüşlerine göre, işkence hem fiziksel ve hem de zihinsel ıstırapı kapsadığından, bir işkence tehdidi de işkence oluşturabilir. Özellikle fiziksel işkence korkusunun kendisi, zihinsel işkence oluşturabilir. Ancak belirli bir fiziksel işkencenin psikolojik işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele oluşturup oluşturmadığına dair nitelendirmenin, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara ve özellikle uygulanan baskının ağırlığına ve verilen ıstırapın yoğunluğuna bağlı olduğu konusunda geniş bir uzlaşma bulunduğu anlaşılmakta ve Mahkeme de böyle düşünmektedir. İşkence tespit ettiği olaylar ile başvurucunun olayını karşılaştıran Mahkeme, mevcut olayda başvurucunun tabi tutulduğu sorgulama yönteminin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış insanlık dışı muamele oluşturacak kadar ağır olduğu, fakat işkence eşliğine ulaşmak için gerekli zalimlik düzeyine varmadığı kanaatinde dir."

### **3. Mağdurun Fiziksel İşkence ve Kötü Muamele Gördüğüne İlişkin İddiaları**

Yukarıda başvuru konusu olaya ilişkin açıklamalarda yer verdiğimiz üzere, başvuru işkence tehdidinin yanında kendisine gözaltındayken polisler tarafından fiziksel saldırıda bulunulduğunu ve ayrıca yer gösterme amacıyla Birstein'e götürüldüğünde de fiziksel acı duyacağı şekilde kötü muameleye tabi tutulduğunu iddia etmektedir. Başvurucunun bu iddiaları elde edilen delillerin hukuki niteliği açısından önemli olduğu için hem 3. hem de 6. maddenin ihlali ihtimali açısından değerlendirilmelidir.

Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair kararını dayandıracığı delilleri değerlendirirken, “makul kuşku kalmayacak” şeklinde bir kanıtlama standardını benimsemektedir. Ancak bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamalarından veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelere de ulaşılabılır<sup>79</sup>. Mahkeme, özellikle bir kimsenin sağlığı iyi durumdayken gözaltına alındığı halde salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun görülmesi halinde, bu yaraların nasıl oluştuğuna dair mantıklı bir şekilde açıklama yapmanın devletin yükümlülüğü olduğunu, devletin bunu yapamamasının Sözleşmenin 3. maddesi bakımından açık bir sorun oluşturacağına karar vermiştir<sup>80</sup>. Sözleşmenin 3. maddesi bakımından iddialarda bulunulduğu zaman, Mahkeme çok titiz bir inceleme yapmaktadır<sup>81</sup>. Ancak Mahkemenin benzer durumlarda ısrarla belirttiği üzere iç hukukta bu konuda bir dava görülmüş ise kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek, ulusal mahkemelerin işi olduğundan Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir<sup>82</sup>. Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitleriyle bağlı olmamakla birlikte, normal koşullarda kendisini ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin ulaştığı tespitlerden ayrılmaya götürecek sağlam unsurların bulunması gerektiğini belirtmektedir<sup>83</sup>.

Konuya öncelikle başvuru sırasında fiziksel saldırı, yaralama ve cinsel saldırıyla tehdit edildiğini iddiaları açısından yaklaşan Mahkeme, hükümetin karşı çıktığı bu iddiaların makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmış olup olmadığını değerlendirirken, başvuru sunduğu tıbbi belgeleri göz önünde tutmuş ve başvuru sırasında sorgu sırasındaki saldırı iddialarının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmiştir. Bu belgeler, aslında başvuru göğsündeki bereleri tıbbi muayeneden önceki gün aldığını göstermektedir. Bununla birlikte Mahkeme, başvuru yaralarının sebebine ilişkin

<sup>79</sup> Jalloh v. Almanya, §67; Ramirez Sanchez v. Fransa, §117.

<sup>80</sup> Tomasi v. Fransa, Seri A no. 241-A, 27 Ağustos 1992, §110; Ribitsch v. Avusturya, Seri A no. 336, 4 Aralık 1995 §34; Aksoy v. Türkiye, §61; Selmouni v. Fransa, §87.

<sup>81</sup> Matko v. Slovenya, Başvuru No. 43393/98, 2 Kasım 2006, §100; Vladimir Romanov v. Rusya, Başvuru No. 41461/92, 24 Temmuz 2008, §59.

<sup>82</sup> Klaas v. Almanya, Seri A no.269, 22 Eylül 1993, §29; Jasar v. “Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti”, Başvuru No. 69908/01, 15 Şubat 2007, §49.

<sup>83</sup> Gäfgen v. Almanya, §92, 93.

Hükümetin açıklamaları yanında, JM'nin anne babasının bu noktadaki görüşlerine de önem vermiştir. Bu bağlamda Hükümet ile JM'nin anne ve babası, başvurucunun 2005'te yayımlanan kitabındaki<sup>84</sup> beyanlarına dayanarak, başvurucunun cildindeki lezyonlar dahil aldığı bütün yaraların, yakalama işlemi yapılırken yüzüstü yatırıldığı sırada meydana geldiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvurucunun ek iddialarının kanıtlanmadığını belirttiklerini kaydetmiştir. Başvurucunun fiziksel yaralarını sorgu sırasında aldığını, en azından Mahkeme önünde iddia ettiği kadar, delilleri dinleyen ve değerlendiren ulusal mahkemeler önünde iddia etmediğinin anlaşıldığı belirtilmektedir. Ayrıca tıbbi belgelerin, yaraların muhtemel sebebine ilişkin bir açıklama getirmediği görülmektedir. Yukarıda anlatılanlar karşısında Mahkeme, başvurucunun sorgu sırasında fiziksel saldırılara ve yaralara ilişkin şikayetleri yanında cinsel istismara uğradığı iddiasının, makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmadığı sonucuna vardığını belirtmiştir<sup>85</sup>.

Mahkeme ikinci olarak, başvurucunun Birstein'de ayakkabısız olarak odunlar üzerinde yürütüldüğü ve doğrudan cesedin bulunduğu yeri göstermeye ve diğer bulguları açıklamaya zorlandığı böylelikle Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muameleye tabi tutulduğunu iddiasını da değerlendirmiştir. Hükümet bu iddialara da karşı çıkmıştır. Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitlerine göre, başvurucunun sorgudan sonra JM'nin cesedini sakladığı gölete polislerle birlikte gelmeyi kabul ettiğini kaydetmiştir. Mahkeme, başvurucunun Birstein yolunda hazır bulunan polisler tarafından JM'nin cesedinin bulunduğu yeri tam olarak göstermesi için sözlü olarak tehdit edildiğine dair bir belirtinin bulunmadığını; ancak, başvurucunun Birstein'deki delilleri göstermesinin, Emniyet Müdürlüğünde yapılan tehditlere bağlı olup olmadığı veya ne ölçüde bağlı olduğu meselesinin, Sözleşmenin 6. maddesi altında karara bağlanması gereken bir mesele olduğu belirtmiştir. Tıbbi belgelerde başvurucunun ayakaltlarında şişlikler ve su toplamaları bulunduğu belirtildiğinden, Mahkeme başvurucunun ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı iddiasının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmiştir. Ancak önlerindeki delilleri inceleyen ulusal

<sup>84</sup> Magnus Gäfgen, *Allein mit Gott – der Weg zurück*, 2005, s.57-61.

<sup>85</sup> Gäfgen v. Almanya, §96-98.

mahkemeler, başvurucunun ulusal mahkeme önündeki davanın başlangıcında dile getirmedığı bu iddiaları kanıtlanmış görmemişlerdir. Doktorların muayeneleri bu yaraların sebebini ortaya koyamamıştır. Bu koşullarda Mahkeme, başvurucunun bu konudaki iddialarının makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlandığını kabul etmemiştir<sup>86</sup>.

Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun işkence ve kötü muameleyle yönelik üç iddiasından ilki olan başvurucunun JM'nin yerini söylemesini sağlamak için 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından, dayanılmaz bir acıya tabi tutulmakla tehdit edildiğinin kanıtlandığını kabul etmiştir<sup>87</sup>. Mahkeme diğer iki iddia, ifade ve sorgulama sırasında ve Birstein'deki yer gösterme esnasında fiziksel kötü muameleyle maruz kalma açısından ise açıkça kanıtlanan bir durum olmadığından ihlalin gerçekleşmediğine karar vermiştir.

#### 4. Mağdur Statüsünün Devamlılığı Sorunu

##### a. İddialar ve Yanıtlar

AIHM'nin yerleşik içtihatları gereğince AIHS hükümlerinin ihlali dolayısıyla ortaya çıkan "mağdur" statüsü, ulusal makamlar zarar gören kişi için gereken tazmini sağlayıp durumu düzeltmek için çaba göstermedikçe devam etmektedir. Dolayısıyla mağduriyetin ve buna bağlı olarak ihlalin sürekliliği söz konusu olmaktadır. Tasarlanarak gerçekleştirilen kötü muamele hallerinde, yaşananlar hakkında etkili ve ayrıntılı soruşturma yapılması ve zarar gören kişiye tazminat verilmesi gerekmektedir<sup>88</sup>. Bunun ötesinde AIHM, işkence veya kötü muameleyi uygulayan kişiler hakkında soruşturma yapılmasını ve tatmin edici bir ceza verilmesini talep etmektedir<sup>89</sup>. Buna ek olarak, hakkında soruşturma açılan kişilerin geçici olarak görevlerinden uzaklaştırılmalarının, ciddi davalarda ise hüküm giyen kişilerin işten çıkarılmalarının gerektiğini ifade etmektedir<sup>90</sup>.

Somut olayda Alman Mahkemeleri ve AIHM, 3. maddenin ihlali bulunduğunu saptamışlardır. İki polis memuru, Frankfurt Bölge Mah-

<sup>86</sup> Gäfgen v. Almanya, §99.

<sup>87</sup> Gäfgen v. Almanya, §100.

<sup>88</sup> Gäfgen v. Almanya, §116-118.

<sup>89</sup> Gäfgen v. Almanya, §117, 119, 123.

<sup>90</sup> Gäfgen v. Almanya, §125.

kemesi tarafından tehdit ve tehdide azmettirmeden suçlu bulunmuşlardır. Ancak verilen para cezaları son derece ılımlı olmuştur: Polis memuru E.'ye 3.600 Euro, polis memuru D.'ye 10.800 Euro ceza verilmiştir<sup>91</sup>. Disiplin yaptırımı olarak ikisi de kurumun, suç soruşturmalarında görev alamayacakları mevkilerine tayin edilmiştir. Ancak D daha sonra terfi etmiştir.

Daire tarafından verilen ilk kararda, ulusal mahkemelerin 3. maddenin ihlalini kabul etmeleri ve polislere ceza verilmesinin yanı sıra, özellikle soruşturmada yasak yöntemlerin kullanılmasının, başvurunun duruşma öncesinde vermiş olduğu ifadelerin yargılamada delil olarak kabul edilmemesi şeklinde bir yaptırımla sonuçlanmasının, mağduriyet statüsünün devam etmediği şeklinde yorumlanması gerektiğine karar verilmiştir<sup>92</sup>.

Başvurucu ise diğer nedenlerin yanı sıra özellikle, ancak Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bütün bulguların davadan dışlanmasıyla eski hale (*status quo ante*) dönülebileceğini iddia etmiştir. Kabul edilmeleri nedeniyle yargılamanın sonucunu daha baştan belirlemiş olan bu deliller, zımnen kendisinin mahkumiyetini ve verilebilecek azami cezanın verilmesini sağlamıştır. Sadece duruşma öncesinde zorlama sonucu verdiği ifadelerin dışlanması, giderim için yeterli değildir; çünkü maddi deliller bir kez kabul edildiğinde, artık bu ifadeler iddia makamının kendisi aleyhindeki iddiaları için gerekli değildir<sup>93</sup>. Dolayısıyla başvuru zehirli ağacın meyvesi öğretisinden hareketle, bir şekilde kendisinden hukuka aykırı olarak elde edilen ifadelerle dayanan ve/veya bağlantısı olan tüm delillerin yargılamadan dışlanmasıyla mağduriyetinin sona ereceğini iddia etmiştir.

Hükümet ise diğer iddialara karşı yanıtlarının yanı sıra özellikle bu önemli iddiaya karşı, Frankfurt Bölge Mahkemesi'nin sadece 1 Ekim 2002 tarihindeki ikrarı değil; aynı zamanda başvurunun duruşma öncesinde polis, savcı ve bir yargıç önünde verdiği sonraki bütün ikrarlarını da dışladığını; ancak başvurunun, önceki ikrarlarının delil olarak kullanılmayacağı konusunda bilgilendirildikten sonra, duruş-

<sup>91</sup> LG Frankfurt, 58 Neue Juristische Wochenschrift 692, 2005.

<sup>92</sup> Gäfgen v. Almanya, §109.

<sup>93</sup> Gäfgen v. Almanya, §111.

manın ikinci gününde ve henüz her hangi bir delil ortaya konulmadan önce yeni ve tam bir ikrarda bulunduğunu belirterek yanıt vermiştir<sup>94</sup>.

### b. Konuyla İlgili İlkeler

Mağduriyet statüsünün devam etmediğine ilişkin tespitın yapılabilmesi için, öncelikle 3. maddenin ihlal edildiğinin belirlenmesi, sonrasında da mağduriyetin giderilmesine ilişkin ilkelerin ortaya konulması ve ilkeler açısından tek tek inceleme yapılması gerekmektedir. Söz konusu davada bu ilkelerin ortaya konulması hem Mahkeme hem de Redress Trust örgütü tarafından yapılmıştır<sup>95</sup>. Buna göre söz konusu ilkeler şunlardır:

İlk olarak, kötü muameleden sorumlu olanların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek bir soruşturma yapılmalıdır<sup>96</sup>. İkinci olarak devletler, işkence ve yasak olan diğer kötü muameleleri işleyenleri etkili bir şekilde cezalandıracak ve ileride yeniden suç işlemelerini önleyecek nitelikte etkili bir ceza adalet sistemine sahip olmakla yükümlüdürler<sup>97</sup>. Üçüncü olarak, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yeterli bir şekilde giderimi için, özellikle maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini sağlayacak etkili medeni hukuk yollarının bulunması da gerekir. Mahkeme'nin kendisi de sürekli olarak, ağır ihlal olaylarında sadece bir karar vermiş olmanın yeterli bir adil karşılık oluşturmayacağını söylemiş ve manevi tazminata hükmetmiştir<sup>98</sup>. *Dördüncü olarak*, işkencenin devam eden sonuçlarına yönelik olarak hakların telafisi için, irade dışında verilmiş ikrarların dışlanması gerekir. *Beşinci olarak*, devlet yasak eylemin tekrarlanmamasını güvence altına alan tedbirler almalıdır<sup>99</sup>.

Bu başvuru açısından ise dördüncü ilke diğerlerinden çok daha fazla öneme sahiptir. Doğru bir sonuca ulaşabilmek için 6. maddenin ihlalinin olup olmadığına ilişkin tespitler, dördüncü ilkenin yerine getirilip getirilmediğine bakılarak yapılabilir.

<sup>94</sup> Gäfgen v. Almanya, §113.

<sup>95</sup> Gäfgen v. Almanya, §114-119.

<sup>96</sup> Assenov ve diğerleri v. Bulgaristan, Reports 1998VIII, 28 Ekim 1998, §102.

<sup>97</sup> Nikolova ve Velichkova -Bulgaristan, §63.

<sup>98</sup> Selçuk ve Asker v. Türkiye, Reports 1998-II, 24 Nisan 1998, §117-118.

<sup>99</sup> Gäfgen v. Almanya, §114.



### c. Mahkemenin Mağduriyet Statüsüne İlişkin Kararı

Mahkeme mağduriyet statüsünün devamının belirlenmesine ilişkin ilkelerden öncelikle, ulusal makamların açıkça veya özü itibarıyla Sözleşmeye aykırılığı kabul etmiş olup olmadıklarını incelemiştir. Bu inceleme neticesine Mahkeme, bu sorun hakkında kendilerinden karar verilmesi istenen ulusal mahkemelerin açıkça ve hiç tartışmasız bir biçimde, başvuruçunun ifadesinin alınma yönteminin Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiğini kabul ettiklerine ikna olduğunu açıklamıştır<sup>100</sup>.

Mahkeme önündeki yargılamada başvuruyu ilk olarak inceleyen Daire, 2008 tarihli kararında, başvuruçunun insanlık dışı muameleyle tabi tutulduğunu, ancak mağduriyet statüsünün devam etmediğini, zira Alman Mahkemelerinin açık bir biçimde hak ihlali yapıldığını kabul ettiklerini, ayrıca bu muameleyi uygulayan kişilerin cezalandırıldığını ve bu yolla elde edilen ifadelerin yargılamanın dışında tutulduğunu belirtmiştir. Büyük Daire ise konuya bir başka açıdan yaklaşmıştır ve polisler verilen cezaların kendilerine açıkça müsamaha davranıldığını gösterecek kadar orantısız olduğunu belirtmiştir. Azınlık görüşü veren altı yargıç ise bir başvuruçunun mağduriyet statüsünün devam edip etmediğinin kendisine insanlık dışı muamelede bulunan polis memurlarına verilen cezanın ağırlığına bağlı olmadığını belirtmişlerdir. Söz konusu yargıçlar, Mahkeme içtihatlarına göre bu tür sorunların -dostane çözümler dışında- ulusal makamların yetkisine bırakıldığını ifade etmişlerdir. Dolayısıyla mağduriyet statüsü, ulusal makamların işi olan ceza verme ve cezanın miktarını belirleme hususu dikkate alınmaksızın belirlenmelidir. Buna karşın, çoğunlukta yer alan yargıçlar, işkenceye karşı mücadelede Sözleşmeye taraf devletlerin caydırıcı ve etkili politikalar uygulamalarının insan haklarının ayakta tutulması çok önemli olduğuna açıkça işaret etmişlerdir. Bu en azından işkence veya insanlık dışı muamelelerle ilgisi olan devlet görevlileri için basit cezalardan daha sert cezaların verilmesini gerektirmektedir. Buna ek olarak, mağdurların zararlarına karşılık giderim elde edebilmelerine yönelik ulusal düzeyde etkin, yeterli ve erişilebilir iç hukuk yollarına erişme hakları olmalıdır<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Gäfgen v. Almanya, §120.

<sup>101</sup> Buyse, s. 1599, 1599.

Mahkeme, ilke olarak Sözleşmenin herhangi bir ihlaline karşılık giderim sağlamanın, ilk önce ulusal makamların görevi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvurucunun iddia edilen ihlalden ötürü mağdur olup olmadığı sorununun, Sözleşme organları önündeki yargılamanın her aşamasında gündeme gelebileceğini açıklamıştır<sup>102</sup>. Mahkeme açıkça, başvurucu lehine bir karar veya tedbirin, ulusal makamlar tarafından açıkça veya özü itibarıyla Sözleşmenin ihlal edildiğini kabul etmedikçe ve ihlale karşılık bir giderim sağlamadıkça, kural olarak Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından başvurucunun "mağdurluk" statüsünün kalkması için yeterli olmadığını ifade etmiştir<sup>103</sup>.

AİHM, hafifletici nedenlerin varlığına rağmen polis memurlarına verilen bu cezaların söz konusu suçların ağırlığı karşısında bir orantısızlık göstergesi olduğunu belirtmektedir<sup>104</sup>. AİHM, ileride karşılaşılabilecek zor durumlarda AİHS'in 3. maddesinin ihlalinin önlenmesi için gereken caydırıcı etkinin yaratılmadığını saptamıştır. AİHM bu orantısızlığa ilişkin olarak daha önce karara bağlamış olduğu Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan davasına atıf yapmıştır<sup>105</sup>. Bu davada iki polis memuru, bir kişiyi kasti olarak ağır fiziksel yaralamaya maruz bırakmışlardır. Sonrasındaki ihmalkarlıkları kişinin ölümüyle sonuçlanmıştır. Bu polis memurları Gäfgen olayında olduğu gibi hukukun izin verdiği minimum düzeyde ceza ile cezalandırılmışlardır<sup>106</sup>. Mahkeme bu durumda 2. maddeyle birlikte 3. maddenin de ihlal edildiğine (2. madde için verilen karar 3. maddeyi de kapsadığı için 3. madde açısından ayrıca bir karar vermenin gereksiz olduğuna) karar vermiştir<sup>107</sup>. Bu atıf, Mahkemenin olaya bakış açısını göstermesi açısından önemli bir ipucudur.

Mahkeme, AİHS'in 1. maddesinden, Sözleşmenin insan hakları ihlallerini etkili bir şekilde önlemesi gerektiği kuralını çıkarmaktadır.

<sup>102</sup> Siliadin v. Fransa, Başvuru No. 73316/01, ECHR 2005-VII, §61; Scordino v. İtalya (no. 1), Başvuru No. 36813/97, ECHR 2006V, §179.

<sup>103</sup> Eckle v. Almanya, Seri A no. 51, 15 Temmuz 1982, §66; Dalban v. Romanya, Başvuru No. 28114/95, ECHR 1999-VI, §44; Siliadin v. Fransa, §62; Scordino v. İtalya (no. 1), §180.

<sup>104</sup> Gäfgen v. Almanya, §123-125; aksi için bkz: Gäfgen v. Almanya, §6.

<sup>105</sup> Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, Başvuru 7888/03, §60-64, 20.12.2007. Ayrıca, Harris/O'Boyle/Bates/ Buckley, s.48-52,108-111.

<sup>106</sup> Ast, s.1399.

<sup>107</sup> Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, §64.

Bir devlet, Sözleşme tarafından garanti altına alınan insan haklarının gerçekleşmesini ve uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Adı geçen haklar, “teorik ve hayali” değil; “pratik ve etkin” olmalıdır<sup>108</sup>. Mahkeme, bir soruşturmanın pratikte de etkili olabilmesi için, devletin Sözleşmenin 3. maddesine aykırı uygulamaları cezalandıran hükümler koymasını bir ön koşul olarak kabul etmektedir<sup>109</sup>. Buna uygun olarak, bir devletin mahkemeleri kendi iç hukuklarında yer alan yasalar ile olduğu gibi AİHS ile de bağlıdırlar. Bu sebeple ceza mahkemelerinin Sözleşme tarafından korunan hakların etkililiğini göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Üstelik mağdurun bu yükümlülüğe karşılık olarak hiçbir zaman bir yaptırım talep etme hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişinin içinde bulunduğu “mağdurluk” durumu (mağdurluk statüsünün devam ettiğinin tespit edilmesi), sadece AİHS’in ilerideki ihlallerini önlemek adına önem taşımaktadır<sup>110</sup>.

AİHM, polislerin başvurucuya karşı işlemiş oldukları suçlar nedeniyle çok az ve ertelenen cezalarla cezalandırıldıklarını belirtmektedir. Mahkeme bu bağlamda, bireysel suçluluğun derecesi hakkında karar vermenin<sup>111</sup> veya suçluya verilecek uygun cezayı belirlemenin kendisinin görevi olmadığını, bu konuların münhasıran ulusal mahkemelerin görev alanına girdiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşmenin 19. maddesine göre ve Sözleşmenin hakları teorik veya görünüşte değil ama pratik ve etkili bir şekilde güvence altına almayı amaçladığı ilkesi uyarınca, devletin kendi egemenlik alanında bulunanların haklarını koruma yükümlülüğüne yeterince uymasını sağlamak zorundadır<sup>112</sup>. Bundan çıkan sonuca göre Mahkeme, devlet görevlilerinin kötü muamelelerine karşılık uygun yaptırımları seçmenin, ulusal mahkemelerin işi olduğunu kabul etmekle birlikte gözetim fonksiyonunu sürdürmeli ve eylemin ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunduğu olaylara müdahale etmelidir. Aksi takdirde devletin etkili bir soruşturma yapma görevi anlamını büyük

<sup>108</sup> Artico v İtalya, 3 Eur. H. R. Rep. 1, §33, 1980.

<sup>109</sup> X ve Y v. Hollanda, 8 Eur. H. R. Rep. 235, §27, 1985; Gäfgen v. Almanya, §117. Bkz: Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 107, 384.

<sup>110</sup> Ast, s.1399.

<sup>111</sup> Öneriyıldız v. Türkiye, Başvuru No. 48939/99, §116; Nachova ve diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No. 43577/98 ve 43579/98, ECHR 2005-VII, §147.

<sup>112</sup> Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, §61, 62; Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye, §66.

ölçüde kaybedecektir<sup>113</sup>. Bu sorun suçluluğun bireysel olmasının bir yansımasıdır. Bu sorun sadece delillere ve olayla ilişkili kişilerle doğrudan temas eden ve bunun gibi benzer davalar ile sürekli karşılaşan olay yeri mahkemeleri tarafından çözülebilmektedir. Bu sebeptendir ki AİHM, yalnızca ulusal mahkemelerin faile gereken cezayı vermekten kaçındığı hallerde duruma müdahale etmektedir.

Mahkeme kararında, bu davanın keyfi ve vahşice eylemlerde bulunan devlet görevlilerinin bu eylemleri gizlemeye çalıştığı ve Mahkemenin infaz edilebilir bir hapis cezası verilmesinin daha uygun olacağını düşündüğü diğer bazı davalarla<sup>114</sup> karşılaştırılabilir nitelikte olmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, birine günlüğü 60 Euro'dan 60 gün, diğerine ise günlüğü 120 Euro'dan 90 gün karşılığı sembolik para cezaları verilmesi ve daha sonra bu cezaların ertelenmesi, davalı devletin cezalandırma pratiğine uygun olsa bile; bu cezaların Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali için yeterli bir karşılık olarak görülemeyeceği de vurgulanmıştır. Sözleşmenin çekirdek haklarından birinin ihlaliyle açıkça orantısız olan böyle bir cezanın, gelecekte zor durumlarda kötü muamele yasağının ihlallerini önlemek için gerekli caydırıcılığa sahip olmadığı açıkça belirtilmiştir<sup>115</sup>.

Mahkeme ayrıca, verilen disiplin cezalarıyla ilgili olarak, hem D ve hem de E'nin soruşturma ve yargılama sırasında, suçların soruşturulması ile doğrudan ilgili olmayan birimlere nakledildiklerini, D'nin daha sonra, Emniyet Genel Müdürlüğü Teknoloji, Lojistik ve İdare Başkanlığına atandığını tespit etmiştir. Mahkeme bu davadaki olayların, benzer diğer olaylarla aynı vahamette olmadığını kabul etmekle birlikte, yine de D'nin daha sonra bir polis biriminin başına atanmış olmasının, yetkililerin Sözleşmenin 3. maddesine aykırılığın ağırlığına yeterince karşılık verip vermedikleri konusunda ciddi kuşkular doğurduğunu tespit etmiştir<sup>116</sup>.

AİHM, hafif yaptırım itirazına ek olarak MG'nin tazminat iddiası ve bu iddiayı gündeme getirebilmek için yasal yardıma ulaşmasının

<sup>113</sup> Gäfgen v. Almanya, §123.

<sup>114</sup> Örneğin Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, §63; Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye, §67-72.

<sup>115</sup> Gäfgen v. Almanya, §124.

<sup>116</sup> Gäfgen v. Almanya, §125.

üç yıldan fazla zaman almasını eleştirmektedir<sup>117</sup>. Nitekim başvuru-  
cu, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin bir sonucu olarak uğradığı  
zararlara karşılık tazminat almak üzere de talepte bulunmuştur. Mah-  
keme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin ulusal düzeyde tazminat  
ödenmesi suretiyle telafi edilmesi konusunda, öncelikle başvuru-  
cunun tazminat davası için adli yardım başvurusunun üç yıldır devam  
ettiğinin ve başvurunun Mahkeme önünde yargılanması esnasında  
henüz bir duruşma yapılmadığına ve talebin esasıyla ilgili bir hüküm  
verilmediğine işaret etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme-  
nin 3. maddesinin ihlalinin ağırlığını dikkate alarak, manevi zararlara  
karşılık Sözleşmenin 41. maddesi gereğince tazminata hükmettiğini  
belirmiştir<sup>118</sup>. Mahkeme, bir Sözleşme ihlali için uygun ve yeterli bir  
giderimin ancak, tazminat başvurusunun ulaşılabilir, yeterli ve etki-  
li olması koşuluyla sağlanabileceği kanaatindedir. Özellikle tazminat  
davasındaki aşırı gecikme, hukuk yolunu etkisiz kılacaktır<sup>119</sup>. Mahke-  
me, başvuru-  
cunun talebinin esası hakkında ulusal mahkemelerin üç  
yıldan fazla bir süredir karar vermemiş olmalarının, mevcut olayda  
tazminat davasının etkililiği konusunda ciddi kuşkular doğurduğunu  
tespit ettiğini belirtmiştir<sup>120</sup>.

Mağduriyet statüsünün devam edip etmediğinin belirlenmesi açı-  
sından en önemli tespit, 6. maddenin ihlaliyle bağlantısı açısından ya-  
pılmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşmedeki bir hakkın ihlalinin te-  
lafi için hangi giderim tedbirinin uygun ve yeterli olduğu meselesinin,  
olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğunu ve buna göre karar  
verilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme-  
nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılma-  
sının başvuru-  
cunun hakkındaki bir ceza davasında kendisinin aleyhine bir  
sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin,  
yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yar-  
gılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin  
alınmasını ve özellikle Sözleşmenin 3. maddesiyle elde edilen delil-  
lerin dışlanmasını gerektirebileceği ihtimalini yok saymadığını açıkça

<sup>117</sup> Gäfgen v. Almanya, §126, 8.

<sup>118</sup> Selçuk ve Asker v. Türkiye, §117 ve 118.

<sup>119</sup> Sözleşme'nin 6. maddesindeki 'makul süre' şartına uymama nedeniyle tazminat  
davası bakımından bkz: Scordino v. İtalya, No. 1, §195.

<sup>120</sup> Gäfgen v. Almanya, §126, 127.

ifade etmiştir<sup>121</sup>. Ancak Mahkeme, başvuru konusu olayda bu mesele hakkında karar vermenin gerekli olmadığını; soruşturma sırasında yasaklanmış yöntemle yapılan sorgulamanın, başvurucunun yargılanmasında devam eden bir etkiye sahip olup olmadığını ve kendisi için dezavantajlar doğurup doğurmadığının incelemesinin gereksiz olduğunu belirtmiştir<sup>122</sup>.

Yukarıda yaptığı tespitler ışığında Mahkeme, her halükarda ulusal makamlar tarafından alınan farklı tedbirlerin, kendisinin içtihatlarında ortaya koyulan giderim şartını tam olarak karşılamadığını, bu nedenle davalı devletin, başvurucuya Sözleşmenin 3. maddesini ihlal eden muamele için yeterli bir giderim sağlamadığını ve sonuç olarak, başvurucunun hala Sözleşmenin 34. maddesi anlamında 3. maddenin ihlalden ötürü mağdur olduğuna karar vermiştir<sup>123</sup>.

#### **d. Mahkemenin Karar Vermeye Gerek Görmemesinin Anlamı Nedir? MG'nin Mağduriyeti, Yargılama Esnasında Kendisi İçin Bir Avantaj Oluşturur mu?**

Alman ceza hukuku öğretisinde, Mahkemenin belirli bir karar vermekten kaçınan ve eleştirilmesi gereken tavrının lehinde görüşler ileri sürülmektedir. Aslında bu yaklaşımın, Alman ceza hukuku açısından baskın görüş olduğu söylenebilir. Türk ceza muhakemesinden farklı olarak Alman öğretisi, her suç, dava ve olayda uygulanması gereken temel bir kuralın/ölçütün belirlenmesinden ciddi anlamda kaçınmakta; bunun yerine her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılması tercih edilmektedir<sup>124</sup>. Bu görüşe göre, söz konusu dava, başvurucuya karşı işkence tehdidinde bulunan ve kendilerine bunun karşılığında orantısız yaptırım uygulanan failere verilen cezalara müdahale edilmesini gerektirir nitelikte değildir, dolayısıyla söz konusu dava bu ilkenin bir istisnasını oluşturmamaktadır. Diğer şartların yanı sıra ve yukarıda anılan Nikolova v. Bulgaristan davasının aksine, başvuru konusu olayda zarar gören kişiye, kendisi aleyhine işlenen suç hakkında

<sup>121</sup> Gäfgen v. Almanya, §128.

<sup>122</sup> Gäfgen v. Almanya, §129.

<sup>123</sup> Gäfgen v. Almanya, §129, 130.

<sup>124</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.II, Adalet Yayınevi, 7. Bası, Ankara, 2013, s. 183;

neden gösterilmiştir. MG'den, JM'yi sakladığı gerekçesiyle doğrudan şüphelenilmiş ve JM'nin hayatının büyük olasılıkla tehlikede olduğu varsayılmıştır. Bu sebeple, adaletsizlik insan hakları ihlaline ilişkin olsa da önemsiz ciddiyette olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bir başka davada MG'nin muzdarip olduğu bu durumun meşru savunmadan kaynaklanabileceği; zira faillerin her zaman kendi haklarını mevzu bahis edecekleri belirtilmektedir. Ayrıca polis memurlarına verilecek daha ağır bir cezanın, ilerideki ihlalleri önlemesi açısından daha etkili olup olmayacağına açık ve kesin olmadığı, burada daha önemli olan hususun ceza mahkemelerinin, işkence tehdidinin her türlü durumda yasak olduğu teamülünü aydınlatmış olmaları gerçeği olduğu ifade edilmektedir<sup>125</sup>. Görüldüğü üzere bu yaklaşımda davaya yalnızca 3. maddenin ihlali açısından yaklaşmış, ancak 3. maddenin ihlali yoluyla elde edilen delilin yargılamaya etkisi ve bunun 6. maddenin ihlali oluşturup oluşturmadığı tartışma konusu yapılmamıştır.

Bunun ötesinde Mahkeme, AİHS'in 3. maddesinin ihlalinin, ceza yargılamasının ihlal edilmesi sonucunda elde edilen delillerin dışlanmasını gerektirip gerektirmediği konusunda bir tespit bulunmamaktadır<sup>126</sup>. Bu tespit, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği sorusuyla kesişmektedir. Yukarıdaki görüşle paralel olarak, her ne kadar AİHS'in 3. maddesinin ihlali nedeniyle mağdur olduğunu söylese bile, MG'nin gerçekte nadiren ulaşılan bir avantaja sahip olduğu da belirtilmektedir<sup>127</sup>.

Öncelikle ifade etmeliyiz ki Mahkemenin bu tavrını eleştirmemek mümkün değildir. Mahkeme 3. maddenin ihlali ve mağduriyet statüsünün devamı açısından uzun açıklamalar yaptıktan, bu konudaki ilkeleri ortaya koyduktan ve bununla ilgili (içtihat niteliğindeki) çok sayıdaki kararına atıf yaptıktan sonra, gerekçe göstermeksizin yargılayanın esas can alıcı noktasıyla ilgili karar vermenin gereksiz olduğunu belirterek bu konuda adeta karar vermekten, görüş bildirmekten kaçınmıştır. Bu durum ilerleyen sayfalarda göreceğimiz üzere, kararın can alıcı noktası olan 6. maddenin ihlali iddiası hakkında karar vermekten kaçınmanın da zeminini oluşturmuştur. Oysa ulusal mahke-

<sup>125</sup> Ast, s.1399, 1400.

<sup>126</sup> Gäfgen v. Almanya, §128,129.

<sup>127</sup> Ast, s.1400.

meler açısından da geçerli olduğu üzere hiçbir mahkeme önüne gelen uyuşmazlık hakkında karar vermekten kaçınmaz. Ulusal mahkemeler açısından geçerli olan bu ilke evleviyetle ulusal üstü bir mahkeme açısından da geçerlidir. Bu kuralın geçerli olmaması için mahkeme önüne götürülen uyuşmazlığın ulusal ve ulusal üstü mahkemelerin yetki sahasına girmemesi gerekir ki bu en başta kabul edilebilirlik süzgecinden geçirilirken yapılmaktadır. Bize göre kabul edilebilirlik aşamasından geçmiş bir başvurunun belli bir kısmı için karar verip belli -ve en önemli- kısmı için karar verilmesine gerek olmadığını belirtmesi, Mahkemenin söz konusu olay karşısında aciz kaldığını beyan etmesi anlamına gelmektedir.

Öte yandan, yargılamanın sonucunda bu durum MG açısından bir avantaj oluşturmada da, bir an için bunun bir avantaj oluşturduğu kabul edildiğinde dahi, mağdurun karşılaşmış olduğu işkence tehdidi (ve birçok olayda işkence ve/veya kötü muamele) dikkate alındığında, böyle bir muameleye tabi olmanın bir avantaj gibi gösterilmesi, bize göre mantıklı ve hukuki değildir. Bu mantıkla hareket edildiğinde, hukuka aykırı delil elde etme ve kullanma yasağının sıkı bir şekilde uygulandığı hukuk sistemlerinde kendilerinden delil elde etmek için işkence ve kötü muameleye tabi tutulan suçlular bunun bir avantaja dönüşeceğini düşünerek memnun olacaklar ve hatta bunun kendilerine uygulanmasını isteyeceklerdir. Peki ayırım yapılmaksızın suç şüphesi altında olan masumlara da bu muamelenin uygulanması halinde masum kişinin duygu durumu ve avantajı ne olacaktır? Bize göre bu yanıt olmayan bir sorudur. Bir masumun suçsuz yere mahkum olmasındansa yüz suçlunun dışarıda olmasının yeğlendiği bir hukuk sisteminde, insan onurunun korunmasının önemli bir parçası olan bu alanda böyle bir avantajdan bahsetmek bize göre yerinde bir tercih değildir. Bunun MG açısından gerçekten bir avantaj olup olmadığını aşağıda yer alan bölümde ayrıca inceleyeceğiz.

## II. AİHS'in 6. maddesinin İhlali Açısından Kararın Değerlendirilmesi

Başvurucu, yukarıda açıklanan 3. maddeye ilişkin ihlal iddiasının yanında bu suretle kendisinden alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen delilin kabul edilmesinin ve kullanılmasının adil yargılanma



hakkını da ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Aşağıda yer alan açıklamalar bu iddiaya ilişkindir:

Ulusal mahkemeler önünde yapılan yargılamanın adil olup olmadığı, Mahkemenin kararının 3. maddenin ihlali konusundan sonra ikinci, bağımsız ve en tartışmalı konusunu oluşturmaktadır. Çocuğun cesedi, MG'nin işkence tehdidi altında vermiş olduğu ikrarın hemen sonrasında bulunmuştur. Bu, devlet görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri neticesinde elde edilen delillerin (bilgilerin) bir suçlamanın ispatında kullanılamayacağı anlamına gelen "zehirli ağacın meyvesi öğretisi" ile doğrudan bağlantılıdır. Hemen belirtelim ki bu öğreti hem susma hakkıyla hem de kendini suçlamama hakkıyla bağlantılıdır<sup>128</sup>. Ayrıca Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletler, konuyla ilgili uluslararası sözleşmeler (örneğin İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi) ve hatta ABD ve Güney Afrika Cumhuriyeti gibi Avrupa'ya dahil olmayan bazı ülkeler gibi bu öğretiyi kabul eden ülke ve sözleşmelerde bu öğretinin şartları ve uygulaması üzerinde olması gerektiği gibi bir uzlaşma olmadığını kaydetmektedir.

Mahkemenin kararı esas olarak iki ana bölümden oluşmaktadır. Öncelikle 3. maddenin ihlali iddiaları incelenerek bir sonuca varılmış ve bu sonucun verilerinden hareketle esas husus olan 6. maddenin ihlali iddiaları incelenmiş ve bunun hakkında da bir karar verilmiştir. Biz de çalışmamızda Mahkemenin bu yöntemini izleyerek, 3. madde açısından yapmış olduğumuz incelemenin sonucundan hareketle 6. maddeye ilişkin ihlal iddialarını inceleyeceğiz.

Bu başlık altında ilk olarak başvuruçunun iddiaları, hükümetin yanıtları ve bu dava açısından özel bir öneme sahip olan davaya katılan üçüncü kişilerin görüşleri özetlenerek ve yorumlanarak aktarılacaktır. Devam eden bölümde Mahkemenin, muhakeme ve delil değerlendirme kurallarının ulusal hukuk makamlarınca belirlenmesinin gerektiğine ilişkin tespiti açıklanacaktır. Daha sonra adil yargılanma hakkının içeriğinin ve dava konusu olayda bu hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde özel kurallara ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Ayrıca bu bölümde AİHM'in hukuka aykırı delillerin kullanılmasını hatalı bulduğunu üstü kapalı olarak kabul etmesine de yer

<sup>128</sup> Buyse, s. 1598.

verilecektir. Bundan sonra AİHM'in bir postulat olarak kabul ettiği ve hem AİHM'in hem de Alman Mahkemelerinin yargı çevresi açısından geçerliliğini kabul ettiği dışlama kuralı ve sınırları incelenecektir. Son olarak da AİHM'in adil yargılanma hakkının ihlalini kabul etmemesinin gerekçesi açıklanacaktır.

Özet olarak ifade etmeliyiz ki Mahkemeye göre yargılama; AİHS'in 6. maddesi kapsamında tamamen adil gerçekleşmiştir; çünkü MG'ye yargılama esnasındaki (mahkeme önündeki) itirafından yola çıkılarak mahkumiyet hükmü verilmiştir. Bu itirafın, MG'nin mağduru olduğu kötü muameleyle bir ilgisi bulunmamakta<sup>129</sup> ve bu bağlamda mağduriyet statüsünün devam etmesinin bir önemi kalmamaktadır.

### 1. İddialar ve Savunmalar

Başvurunun ilk olarak değerlendirildiği Dairede, Sözleşmenin 6. maddesinin 1 ve 3. fıkralarının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Daire, soruşturma sürecinde yasak yöntemlerle sorgulamanın devam eden etkisi nedeniyle, başvuruçunun yargılama öncesinde soruşturma makamlarına verdiği ifadelerin Bölge Mahkemesi tarafından kullanılmadığını gözlemlediğini belirtmiştir. Buna karşın ulusal mahkemenin, başvuruçudan alınan ifadelerin dolaylı bir sonucu olarak elde edilen bazı bulguları kullandığı tespit edilmiştir. Daire, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak hukuka aykırı şekilde alınan bir ikrarın meyvesi olarak elde edilen delillerin kullanılmasının, tıpkı ikrarın kendisinin kullanılmasında olduğu gibi, yargılamayı bir bütün olarak adil olmaksızın çıkaracağına dair güçlü bir karine bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak somut olayın özel şartları içinde başvuruçunun mahkumiyeti için asıl temel alınan olgunun yargılama sırasında verdiği yeni ikrar olduğu belirtilmiştir. Tartışma konusu maddi deliller (real evidence) de dahil olmak üzere diğer bulgular, sadece bir yan (accessory) delil niteliğinde olup, sırf ikrarın doğruluğunu kanıtlamak için kullanılmışlardır. Daire, tartışma konusu delillerin kabulü karşısında, başvuruçunun duruşmada ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığını ileri sürmesine, ikna olmadığına işaret etmiştir. Daireye göre, başvuruçucu müdafii yardımını aldığı ulusal mahkeme önündeki davada, pişmanlık

<sup>129</sup> Ast, s.1400.

saikiyle ikrarda bulunmayı istemiştir. Yargılama sırasında ikrarların farklılaşmış olması ise savunma stratejisinin değiştiğini göstermektedir. Başvurucu ayrıca, yargılama sırasında, tartışma konusu maddi delile itiraz etme imkanı bulmuştur. Daire, Bölge Mahkemesinin bu delili kabul etmeye karar verirken bütün menfaatleri tartma imkanı bulduğunu da kabul etmiştir. Bu unsurlar karşısında Daire, tartışma konusu bulguların kullanılmasının, başvurucunun yargılanmasını bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirmedeği sonucuna varmıştır<sup>130</sup>.

Başvurucu, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen maddi delillerin kabul edilmesinin, ulusal mahkeme önündeki ceza davasını Sözleşmenin 6. maddesini ihlal eder hale getirdiğini; bu deliller bir kez kabul edilince, artık savunma hakkında bütünüyle yoksun bırakıldığını ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca kendini suçlamama ilkesiyle sağlanan korumadan da yoksun kaldığını; zira Birstein'da ve Birstein'dan dönerken bulunan delillerin, kendisini bunların nerede olduklarını göstermeye zorlayan polisin emriyle elde edildiklerini iddia etmiştir. Başvurucu, JM'nin cesedini gizlediği yere doğru ağaçlar arasında ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığını, cesedi gizlediği yere doğru gidişi ve sonra cesedi bulması sırasında video kaydının yapılmış olmasının Birstein'deki olayların çocuğu kurtarmakla ilgili olmayıp, kendisinin mahkûmiyetini sağlamayı amaçlayan bir delil bulmakla ilgili olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, tartışma konusu maddi delillerin mahkumiyet kararının verilmesinde sadece birer yan delil değil, belirleyici deliller olduklarını, kendisi hakkında başka isnatlarda bulunulabileceği halde; nitelikli kasten öldürme suçu isnadında bulunabilmek ve bu suçtan mahkum edebilmek için ikrar sonucu elde edilen kendini suçlandırıcı delillerin mutlaka gerekli olduğunu, o sırada polisi bu delile götüren başkaca temiz (hukuka uygun) bir yolun bulunduğu varsayımının geçerli olmadığını, polisin bunları başka bir yoldan bulup bulamayacağını tamamen bir spekülasyon olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre, ilk derece mahkemesi yargılamanın hemen başında Sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilerek elde edilen delillerin dışlanması talebini reddettiği için, bu noktadan itibaren yargılamanın sonucu önemli ölçüde belirlenmiştir. Dolayısıyla bundan sonra kendisinin susma hakkına dayanma veya JM'nin kaza ile öldüğünü

<sup>130</sup> Gäfgen v. Almanya, §147-149.

iddia etme veya cezanın hafifletilmesi umuduyla ilk aşamada tam bir ikrarda bulunma gibi savunma stratejileri etkisiz hale gelmiştir. Başvurucu, duruşmanın ikinci gününde sadece kısmen ikrarda bulunduğunu ve dışlanmasını istediği bulguların duruşmada sunulmasından sonra yargılamanın sonunda JM'yi kasten öldürdüğünü kabul ettiğini belirtmiştir. Nitekim ulusal mahkeme önündeki yargılamada, iddia makamı ve savcı yardımcılarının cezanın hafifletilmesi ihtimaline karşı çıkarken, kendisinin zaten kanıtlanmış olan hususları ikrar ettiğine işaret etmişlerdir. Ayrıca başvurucuya göre, sorgulama yöntemi ister işkence, isterse insanlık dışı muamele olsun, Sözleşme ve uluslararası kamu hukuku kuralları (ICCPR md. 14 ve BM İşkenceye Karşı Sözleşme md. 15 ve 16), "işkence ve insanlık dışı muamele mutlak yasağı" ihlal edilmek suretiyle elde edilen bütün delillerin dışlanmasını gerektirmektedirler. Başvurucu, ulusal mahkemelerin ve Dairenin görüşlerinin aksine, Sözleşmenin 3. maddesindeki mutlak hakkın korunması, mahkumiyete varılması gibi yararlarla dengelenemeyeceğini, dengelenmemesi gerektiğini; söz konusu delillerin dışlanmasının, kural olarak, işkence ve kötü muamele içeren bütün teşviklerin ortadan kaldırılması ve uygulamada bu tür davranışların önlenmesi için zorunlu olduğunu ifade etmiştir<sup>131</sup>.

Hükümet verdiği yanıtlarda, başvurunun Birstein'de veya dönüş sırasında ayakkabısız yürümeye zorlandığı veya başkaca tehditlere tabi tutulduğu iddiasını reddetmiş; ancak yargılamanın başında BGH'nin Birstein'de bulunan söz konusu bulguları davada delil olarak kullanmaya karar verdiğini kabul etmiştir. Hükümete göre başvuru, mahkeme önünde susabileceği veya yalan ifade verebileceği halde, suçun sorumluluğunu üzerine almak istediği için yargılama sırasında pişmanlık saikiyle ikrarda bulunmak istediğini söylemiş ve dava mahkemesinin kendisine haklarını hatırlatmasından sonra duruşmanın ikinci günü ikrarda bulunmuş, bu ikrardan da anlaşıldığına göre JM'yi kasten öldürmüştür. Başvurucunun duruşmadaki ilk ikrarı ile ikinci ikrarı arasında fark küçük olup, ilk ikrarında sadece JM'yi öldürmenin başlangıçta kendi planının bir parçası olduğu kabulüne yer vermemiştir. Hükümete göre bu ek kabul, öldürmenin kanıtlanması konusunda gerekli bir unsur değildir. Hükümet başvurunun mah-

<sup>131</sup> Gäfgen v. Almanya, §150-153.

kumiyetinin yargılama sırasında iradi olarak verdiği ikrara dayandığını vurgulamıştır. Hükümet özellikle, JM'nin cesedi ve ceset üzerinde yapılan otopsi raporu ile başvurucunun arabasının göletin yakınındaki tekerlek izleri gibi, Birstein'e gidişten sonra elde edilen bulguların yan delil niteliğinde olup, sadece başvurucunun duruşmada verdiği ikrarın doğruluğunu test etmek için kullanıldığını belirtmiştir. Nitekim bu husus, başvurucuyu mahkum eden BGH'nin kararında açıkça belirtilmiştir. Hükümet, Sözleşmenin 6. maddesinin delillerin kabul edilebilirliği konusunda her hangi bir kural getirmediğini, bu meselelerin esas itibarıyla ulusal hukuklara ait bir düzenleme konusu olduğunu ifade etmiştir. Hükümet, Sözleşmeye göre bir katile karşı ceza yasasını uygulamakla yükümlü olduğunu; üstelik çocuk kaçıran bir katilin mahkum edilmesinde çok büyük bir kamu yararı bulunduğunu vurgulamıştır. Hükümet ayrıca, "zehirli ağacın meyvesi"nin kullanılmasının yasaklanmasında çok ileriye giden Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin içtihadının da çok dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerektiğini savunmuştur. Yüksek Mahkeme, örneğin Nix v. Williams davasında olduğu gibi, olayın şartları içerisinde, her halükarda bulunabilecek cesedin; usule aykırı bir soruşturmadan sonra, delil olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Hükümet mevcut olayda da durumun böyle olduğunu, JM'nin cesedinin başvurucunun daha önce gittiği bir yerde saklanmış olduğunu ve cesedin er ya da geç bulunacağını iddia etmiştir<sup>132</sup>. Sonuç olarak hükümet savunmasında, hukuka aykırı yolla elde edilen delilden yola çıkılarak elde edilen delil, zaten diğer yollardan elde edilebilecek bir delil ise bunun kullanılabileceğini ve bu durumda bir hukuka aykırılık olmadığını ileri sürmüştür.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu davanın ilginç yönlerinden birisi hem hükümetin hem de başvurucunun yanında üçüncü kişilerin davaya katılımının kabul edilmesidir. Bunlardan JM'nin anne ve babasının hükümeti destekleyen görüşlerinde bazı ilginç hususlar tespit edilmiştir. Buna göre; başvurucu, dava mahkemesinin hükmü üzerinde hafifletici bir etkisi olmayacağını farkında olduğu halde, tam ve serbestçe ikrarda bulunduğunu iddia etmiştir. Daha sonra başvurucu tarafından çıkarılan "Alone with God - The Way Back" adlı kitapta,

<sup>132</sup> Gäfgen v. Almanya, §154-157.

duruşmadaki ikrarına polisteki sorgusunun sebep olduğunu ima eden her hangi bir ifade bulunmamaktadır. Başvurucu bu kitapta, duruşmada yeni bir ikrarda bulunmasının saikiyle ilgili olarak, pişmanlığını ifade etmek istediğini tekrarlamıştır. Böylece başvurucu, ikrarının alacağı ceza üzerinde bir etkisinin olmama riskine rağmen bu riski üstlenmiş ve eylemlerini bütün ayrıntılarıyla anlatmıştır; ancak neticede bu risk gerçekleşmiştir ve kendisi hakkında bir ceza indirimi ya da şartla tahliye olanağı uygulanmamıştır<sup>133</sup>. Bu ifadenin önemi MG'nin tüm bu hukuki girişimleri (BGH önünde yapmış olduğu ikrar dahil) daha hafif bir ceza almak ya da şartlı tahliye olanağından yararlanmak amacıyla gerçekleştirmiş olmasıdır. Ancak JM'nin anne ve babasının bu argümanları, özellikle MG'nin yazmış olduğu kitaba atıf yaparak bunu yapmış olmaları, MG'nin dayandığı zemini sorgulanır hale getirmektedir.

Davaya katılan diğer üçüncü kişi Redress Trust ise işkence veya kötü muameleyle elde edilen delillerin kabul edilmesini yasaklayan dışlama kuralının (exclusionary rule) varlık nedeninin şu noktalara dayandığını söylemiştir: (i) işkence sonucu elde edilen ifadenin güvenilir olmaması; (ii) işkencenin uygar değerlere tecavüz etmesi; (iii) dünyanın her yerinde işkenceyi teşviki ortadan kaldırma amacına sahip bir politika bulunması; (iv) temel hakların korunmasını sağlama gereği; (v) yargılama sürecinin bütünlüğünü koruma gereği<sup>134</sup>. Redress Trust'a göre, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin özellikle 15. maddesi biraz daraltmış olmasına rağmen dışlama kuralının sadece ikrarları değil; aynı zamanda işkence altında alınan bir ifadenin sonucu olarak bulunan türev (dolaylı) delilleri de kapsadığının savunulabileceğini, nitekim Mahkemenin de daha önce bu yönde vermiş olduğu kararlarının bulunduğunu<sup>135</sup> ifade etmiştir<sup>136</sup>.

## 2. Mahkeme, Muhakeme Kurallarının Belirlenmesinin Ulusal Mahkemelere Ait Olduğunu Belirtmiştir

Mahkeme, konuya ilişkin ilkeleri belirlerken ilk olarak bir ulusal mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hata-

<sup>133</sup> Gäfgen v. Almanya, §159.

<sup>134</sup> Gäfgen v. Almanya, §160.

<sup>135</sup> Jalloh v. Almanya, §99, 104 - 107; Harutyunyan v. Ermenistan, Başvuru No. 36549/03, §63.

<sup>136</sup> Gäfgen v. Almanya, §161.

lar, Sözleşmenin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmedikçe, bu hataları incelemenin kendi görevi olmadığını ifade etmiştir<sup>137</sup>. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 6. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabul edilebilirliği (değerlendirilmesi) konusunda özel bir düzenleme içermemekte; dolayısıyla bunun belirlenmesi öncelikle ulusal hukuktaki düzenlemelerin konusunu oluşturmaktadır<sup>138</sup>. Nitekim Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kuralların öncelikle ulusal mahkemelerin sorunu olduğunu, onların yerine geçip değerlendirme yapmasının uygun olmadığını<sup>139</sup> kabul etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal mahkemelerin deliller hakkındaki takdirini genel bir değerlendirmeye tabi tutmamaktadır. Bu durum yalnızca ulusal mahkemelerin kendilerine sunulan olgulara rağmen, keyfi ya da ağır bir adaletsiz karar vermeleri halinde söz konusu olmaktadır<sup>140</sup>. Delillerin kabulünün ve değerlendirilmesinin ulusal mahkemelerin yetki alanında olması nedeniyle bu mahkemelerin delilleri iyi değerlendirip değerlendirmedikleri, Mahkemenin yetkisi dışındadır<sup>141</sup>. Buna göre kural olarak bir delil türünün, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin, iç hukuk açısından kabul edilebilir olup olmadığına karar vermenin Mahkemenin görevi olmadığı; esas cevap verilmesi gereken sorunun, delillerin elde edilme yolu da dahil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusu olduğu ifade edilmiştir<sup>142</sup>. Bu bağlamda 6. madde, ancak hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkardığı zaman devreye girmektedir<sup>143</sup>. Nitekim öğretiyeye göre önemli fırsatlar çıkmış olmasına rağmen (ki bunlar içinde en önemlisi inceleme konusu yaptığımız karardır) Mahkeme bu konuda açık ve kesin bir karar vermekten ve bir tutum takınmaktan bilinçli olarak kaçınmakta-

<sup>137</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256.

<sup>138</sup> Schenk v. İsviçre, Seri A no. 140, 12 Temmuz 1988, §45, 46; Teixeira de Castro v. Portekiz, Reports 1998IV, 9 Haziran 1998, §34; Heglas v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No. 5935/02, 1 Mart 2007, §84.

<sup>139</sup> Nuala Mole/Catharina Harby, A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbook No.3, 2. Bası, Council Of Europe Publishing, Strasbourg, 2003, s.46.

<sup>140</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.258.

<sup>141</sup> Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002, s.274.

<sup>142</sup> Gäfgen v. Almanya, §162, 163.

<sup>143</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256; İnceoğlu, s.274. Ayrıca bkz: Chalkey v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 63831/00.

dir<sup>144</sup>, ancak Mahkemenin verdiği kararlar bir şekilde iç hukuk düzeni ve mahkemeler için bağlayıcı veya en azından yol gösterici iken böyle bir gerekçeye sığınmayı anlayabilmek mümkün değildir<sup>145</sup>.

Buradan hareketle Mahkeme, başlangıçtan itibaren Sözleşmedeki hakları ihlal edilerek elde edilen delillerin kullanılmasına karşı çıkan başvuru aleyhindeki ceza davasının, bir bütün olarak adil olup olmadığını incelerken ilk olarak Sözleşme ihlalinin niteliğine ve bu ihlalle elde edilen tartışma konusu delilin kapsamına bakmak zorunda olduğunu belirtmiştir<sup>146</sup>. Nitekim kararını verirken önce bu alana ilişkin ilkeleri belirlemiş sonrasında kendi bakış açısıyla söz konusu kuralları somut olaya uygulayarak bir sonuca ulaşmıştır.

Başvurucunun, işkence ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ile elde edilmiş delillerle mahkum edildiğini iddia etmesi halinde de Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi işinin ulusal mahkemelere ait olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, ulusal mahkemenin keyfi bir değerlendirme yapıp yapmadığının veya ikrar delilinin güvenilirliğinin ulusal mahkeme tarafından değerlendirilmesinde başvuruca sağlanan güvencelerin yeterli olup olmadığını denetlemektedir<sup>147</sup>.

### 3. Adil Yargılanma Hakkı Açısından Özel Kuralların Belirlenmesi ve Yorumu

Adil yargılanma hakkının içeriğinin ve bu hakkın inceleme konusu davada ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde öncelikle AİHM'in varsaydığı kuralların yapısının analiz edilmesi önem arz etmektedir; çünkü Mahkemenin delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak varsaydığı özel kurallar açık değildir. Mahkeme, gerekçelerin-

<sup>144</sup> Ünver/Hakeri, s.184.

<sup>145</sup> "...İHAM'ın ulusal yargı makamlarının yerine geçmemesini gerekçe olarak göstermek anlaşılabilir bir tutum değildir. İHAM'ın verdiği kararlar, bir taraftan yargılamanın yenilenmesi kanun yolları aracılığıyla iç hukuk yargılamasını diğer taraftan kanun koyucuların kanuni düzenlemelerini ve keza açıkça kavramlara verdiği anlam itibarıyla da hukuk kurallarının uygulamasını birbir etkilemekte, yerel mahkemeler İHAM kararlarına bakarak uygulama yapmaktadırlar. Dolayısıyla İHAM'ın devlet eylemlerini yargılayan konumda olması, hukuka aykırı delili kullanabilmesi için ona bir imtiyaz tanımamaktadır." Ünver/Hakeri, s.214.

<sup>146</sup> Gäfgen v. Almanya, §170.

<sup>147</sup> İnceoğlu, s.284.



de haksız olarak değerlendirilebilecek tek bir usuli işlem ile tüm bir yargılamayı açıkça ayırmaktadır. Tek bir haksız usuli işlem tüm bir yargılamayı haksız hale getirebilir ama bu, her zaman böyle olmak zorunda değildir. Bir yargılamanın haksızlığı zorunluluk veya nedensellik meselesinden çok yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesi meselesidir<sup>148</sup>. Dolayısıyla iki tür kuralı sanık hakları doğrultusunda ayırt etmek mümkün olmaktadır. İlk kural, mahkemenin adil bir yargılama ve adil bir karar sağlamasına ilişkindir. Bu kural, yargılamanın sonuçlarını ilgilendirmektedir. İkinci tür kurallar, özel usuli işlemlerin yasaklanmasını emreder<sup>149</sup>. Ancak bu gibi kuralların ihlali, her zaman zorunlu olarak ilk kuralın ihlal edilmesiyle sonuçlanmaz; zira bir yargılamanın adil olması, tüm yargılamanın değerlendirilmesine bağlıdır. Bu yüzden ikinci tür kuralların ihlali, bazı durumlarda AİHS'in 6. maddesi anlamında hukuki sonuçlar yaratmaz. Ancak yargılamanın bir bütün olarak adaletsizliğini yadsıması halinde AİHM'in ikinci türden bir kuralı kabul etmesi gereklidir.

Mahkeme, yargılamayı adil olmaktan çıkaracak usuli işlemleri belirlemek zorundadır. Bir yargılamanın adil olup olmaması söz konusu davada MG'nin itiraflarında olduğu gibi yalnızca tesadüfen ortaya çıkan koşullara veya diğer davalardaki gibi savunmanın diğer haklarının göz ardı edilip edilmediği hususuna bağlı olmamalıdır. Bu sebeple, AİHM delillerin kullanılması ile ilgili olarak özel kuralları ilke olarak benimsemektedir<sup>150</sup>. Bunun yanında bahsedilen kuralların zayıf olduğu söylenebilir; zira ihlalleri söz konusu olduğunda "yaptırım"a başvurulmamaktadır<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> Gäfgen v. Almanya, §163-165; White/Ovey, s.243.

<sup>149</sup> İki husus arasında benzer ayırım için bkz: Stephan Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2010, s.16. Etki veya nedensellik - neden ve sonuç - normlar ayırt edilebilir. Bu, yapılan değerlendirme sonucunda ortaya çıkan etkinin araştırması olan adil yargılanmanın dönüştürülmesine dair öğretinin alışılmamışlığıdır.

<sup>150</sup> Anayasa kuralları gibi usul kuralları ve işkence yasağı gibi düzenleyici kurallarla olan ilişkisi için bkz Matthias Mittag, "A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure", German Law Journal, Vol.7, No.8, 2006, s.637, 643.

<sup>151</sup> Karar alternatif yünden anlaşılabilir. AİHM, varsayımsal olan ikinci türde kuralları kabul eder ve yargılamanın sonuçları üzerindeki ihlallerin çarpıcı etkisini inkar eder. Bununla birlikte karara bakıldığında Mahkemenin bu kuralları sadece varsayımsal olarak kabul etmediği görülmektedir.

AİHM'in bu çerçevedeki özel kuralları ilke olarak benimseyip benimsemeyeceği ihtilaflı bir konudur<sup>152</sup>. Mahkeme şimdiye kadar, Schenk v. İsviçre kararında olduğu gibi, bu şekildeki kuralları benimsemeyi reddetmiştir<sup>153</sup>: "AİHS m.6, adil yargılanma hakkını koruma altına alırken delillerin kabul edilebilirliğine dair hiçbir kuralı şart koşmaz. Bu sebeple bu temel olarak ülke hukuku kapsamında yapılması gereken bir düzenlemedir. Mahkeme, prensip ve mücerret olarak şimdiki gibi yasa dışı elde edilen delillerin kabul edilebileceğini göz ardı edemez. Burada yapılması gereken tek şey, yapılan yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını saptamaktır" AİHS'in 6. maddesinde adil yargılanma hakkı koruma altına alınırken delillerin kabul edilebilirliğine dair hiçbir kuralı şart koşulmamaktadır<sup>154</sup>. Bu görüşten hareketle Mahkeme, hukuka aykırı delillerin yargılamada kabul edilmesinin kendiliğinden bir 6. madde ihlali oluşturmayacağını belirtmektedir<sup>155</sup>.

Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesi bakımından özellikli bir durum bulunduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşmede güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan birinin ihlali sonucu elde edilen bir delilin kabulü yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğuracaktır<sup>156</sup>. Mahkeme, ikrarlar konusunda, işkence<sup>157</sup> veya Sözleşmenin 3. maddesine aykırı diğer kötü muameleler<sup>158</sup> sonucu elde edilmiş ifadelerin, maddi olayları kanıtlamak üzere ceza davasında delil olarak kabulünün, yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getireceğini ifade etmektedir. Bu tespit, ifadelerin kanıtlayıcılık değeri bulunup bulunmadığına ve kullanılmalarının, sanığın mahkumiyeti bakımından belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmalıdır. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal eden

<sup>152</sup> Detaylı analiz için bkz: Karsten Gaede, *Fairness als Teilhabe - Das Recht auf Konkrete und Wirksame Teilhabe durch Verteidigung Gemäss Art. 6 EMRK*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2007, s.804, 813.

<sup>153</sup> Schenk v. İsviçre, §46.

<sup>154</sup> Bkz: Khan v. Birleşik Krallık, 2000-V Eur. Ct. H.R., §35; Gäfgen v. Almanya, §162-165.

<sup>155</sup> Mole/Harby, s.46.

<sup>156</sup> İçöz v. Türkiye, Başvuru No. 54919/00, 9 Ocak 2003; Jalloh v. Almanya, §99 ve 104; Göçmen v. Türkiye, Başvuru No. 72000/01, 17 Ekim 2006, §73-74; Harutyunyan v. Ermenistan, §63.

<sup>157</sup> Örs ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No. 46213/99, §60; Harutyunyan v. Ermenistan, §63, 64, 66; Levinta v. Moldava, Başvuru No. 17332/02, §101, 104, 105.

<sup>158</sup> Söylemez v. Türkiye, Başvuru No. 46661/99, 21 Eylül 2006, §107, 122-124; Göçmen v. Türkiye, §73-74.

bir kötü muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılması konusunda ise şiddet eylemlerinin, en azından işkence olarak nitelendirilebilecek eylemlerin, bir sonucu olarak elde edilen delile, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman mağdurun suçluluğunu kanıtlamak üzere dayanılamayacağı kanaatindedir. Bunun aksine bir kabul, Sözleşmenin 3. maddesini oluşturanların yasaklamak istedikleri ahlaken kınanacak türden bir eylemi dolaylı olarak meşrulaştırmaya hizmet eder; bir başka deyişle *“vahşiliğin üzerine hukuk örtüsü örter”*<sup>159,160</sup>. Mahkeme, susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen delilin kullanılması konusunda, bu hakların genel olarak tanınan ve Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma kavramının kalbinde yer alan genellikle tanınmış uluslararası uygulamalar olduğunu hatırlatmaktadır. Bu hakkın esas varlık nedeni sanığı, yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak ve böylece adli hatadan kaçınılmasına katkıda bulunmak ve Sözleşmenin 6. maddesinin amaçlarını yerine getirmektir. Nitekim Mahkeme, Saunders v. Birleşik Krallık davasında, bir hileli hisse senedi hareketi suçunda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yürütülen soruşturmada, soruşturma esnasında yemin altında ifade alan müfettişlere karşın, ifadesinin alınan susma ve kendi aleyhine delil vermeme hakkının olmamasını ve yasada açıkça müfettişlerin sorduklara sorulara verilen yanıtların aleyhte delil olarak kullanılabilmesinin düzenlenmesini 6. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir<sup>161</sup>. Özellikle kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını kanıtlamak istediğini varsaymaktadır<sup>162</sup>. Zira ceza davalarında hakkaniyete uygun yargılama, sanığın kendi mahkumi-

<sup>159</sup> Jalloh v. Almanya, §105)

<sup>160</sup> Mahkeme Jalloh v. Almanya kararında, işkence kapsamına girmeyen fakat insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilecek bir eylemle elde edilen maddi delilin kullanılmasının her zaman, yani özellikle delile atfedilen ağırlığa, kanıtlayıcılık değerine ve sanığın delili kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz etme fırsatı bulup bulamadığına bakılmaksızın, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği sorununu çözmeden bırakmıştır. Olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle o davada Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

<sup>161</sup> Saunders v. Birleşik Krallık, Reports 1996-VI, 17 Aralık 1996.

<sup>162</sup> Gäfgen v. Almanya, §165-168. Ayrıca bkz: Saunders v. Birleşik Krallık, Reports 1996-VI, 17 Aralık 1996, §68; Heaney ve McGuinness v. İrlanda, Başvuru No. 34720/97, ECHR 2000-XII, §40; Jalloh v. Almanya, §100.

yetine yardımcı olmama; bir başka deyişle kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmama hakkını içermektedir. Her ne kadar Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça yer almasa da suç isnadı içeren davalara ilişkin olarak kişinin kendi kendini suçlayıcı bir duruma düşmemesini sağlamak için susma ve kendini suçlamama hakkının<sup>163</sup> yer aldığı zımnen kabul edilmektedir<sup>164</sup>.

AIHM'in ise açık saptamalardan kaçındığı kolaylıkla görülmektedir. Ulusal mahkemelerin aksine usul kurallarını detaylı bir şekilde belirlemek, mahkemenin görevi kapsamına girmemektedir. Oysaki hem ulusal yargı makamları hem de AIHM, ne tür kesin (güvenilir) delillerin kullanılabileceğine dair kuralı belirginleştirmelidir. Ayrıca böyle bir kuralı gerekçelendirmeleri ve yargılama sırasında bir kural ihlali olduğunda yasal bir yaptırıma bağlanıp bağlanmayacağına karar vermeleri de gerekmektedir. Bu bağlamda yapılacak tespit ise dışlama kuralının içeriğinin doldurulması ile olacaktır.

#### 4. Dışlama Kuralının Somut Olaya Uygulanması

##### a. Dışlama Kuralı ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunun Yaklaşımı

Dışlama kuralı (exclusionary rule), mahkeme içtihatları tarafından yaratılan ve ceza soruşturmasına muhatap olan kişilerin hakları ihlal edilerek (hukuka aykırı şekilde) delil toplanmasını yasaklayan bir kuraldır. Hukuka aykırı arama ve el koyma ile ele geçirilen delilin

<sup>163</sup> AIHM susma hakkını şu şekilde açıklamaktadır: "Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça belirtilmemekle beraber, susma hakkı ve kendi kendini suçlamama hakkı (the right not to incriminate oneself), 6. maddedeki adil yargılanma fikrinin temelini oluşturan uluslar arası standartlarda genel kabul görmüş haklardır. Bu hakların amaçlarından biri, yetkililerin uygun olmayan zorlamalarına (improper compulsion) karşı sanığın korunmasına ve böylelikle, adli hataların önlenmesine ve 6. Maddenin amaçlarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaktadır... Kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayanır. Bu anlamda, bu hak Sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesi ile sıkı sıkya bağlantılıdır. Kendini suçlamama hakkı öncelikle, sanığın susma isteğine saygı ile ilgilidir." Saunders v. Birleşik Krallık, 17.12.1996, Reports 1996-VI, No.24, §68, 69; John Murray v. Birleşik Krallık, 8.2.1996, Reports 1996-I, No.I, §45. Bkz: Billur Yaltı Soydan, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı III", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.145, Ekim 2000, s.124.

<sup>164</sup> İnceoğlu, s.262, 263.

bir kişinin mahkumiyetinde kullanılamayacağı ilk olarak 1914 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda belirtilmiştir<sup>165</sup>. 1961 yılında verilen Mapp v. Ohio kararında<sup>166</sup> ise dışlama kuralı olmaksızın Anayasanın Dördüncü Ekinin koruma alanının, etkili bir şekilde uygulamasının mümkün olamayacağı belirtilmiştir<sup>167</sup>. Dolayısıyla bu kural hukuk dünyasına ilk olarak Amerikan Mahkemeleri tarafından getirilmiştir<sup>168</sup>.

Devlet görevlilerinin<sup>169</sup> hukuka aykırı eylemlerinin bir sonucu olarak öğrendikleri bilgilerin her hangi bir biçimde sanığın aleyhine kullanılması yasağı, Amerika Birleşik Devletleri hukuk geleneğine derin bir şekilde kök salmıştır<sup>170</sup>. Bu yasak, zorlamalı ikrarla elde edilen bilgiler için de geçerlidir<sup>171</sup>. Bunun anlamı, eğer ikrar ek bir delil elde edilmesine yol açmışsa ikrarla birlikte, bu delil de mahkeme tarafından kabul edilemeyecektir (hukuka aykırı delilin uzak etkisi/zehirli ağacın meyvesi)<sup>172</sup>. Bununla birlikte delil ancak hukuka aykırılığın, delilin bulunmasında etkili bir neden olması halinde dışlanmaktadır; bir başka deyişle hukuka aykırı eylemin “olmaması” halinde, delilin bulunamayacağının gösterilmesi durumunda, delil dışlanmaktadır<sup>173</sup>. Polisin hukuka aykırı eylemi ile delilin bulunması arasındaki bağlantı,

<sup>165</sup> Weeks v. Birleşik Devletler, 232 U.S. 383, 34 S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914).

<sup>166</sup> Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed.2d 1081 (1961).

<sup>167</sup> John M. Scheb/John M. Scheb II, Criminal Law & Procedure, 7. Bası, Belmont CA, Wadsworth Cengage Learning, 2011, s.466.

<sup>168</sup> Dışlama kuralı, delil elde etme yasağı, dosyadan çıkartılma ve hükme esas alınmama ile doğrudan ilgilidir. Amerikan hukukunda en sık uygulanan muhakeme kurallarından birisi olup, her delil türü için ayrı ayrı incelenmektedir. Bkz: Wayne R. LaFave/Jerold H. Israel/Nancy J. King, Criminal Procedure, 4. Bası, St. Paul, Thomson & West, 2004, s. 496 vd.

<sup>169</sup> Devlet görevlisi kavramı burada özellikle kullanılmıştır. Zira Amerikan Hukuk Sistemi açısından belirtilen bu kavram için bizim hukukumuzda kullanılan kamu görevlisi kavramının kullanılması aynı anlamda olmayacaktır. Devlet görevlisi, idarenin ajanı olarak çalışan ve özlük hakları açısından idareye bağlı görevliler anlamında kullanılmaktadır.

<sup>170</sup> U.S. Supreme Court, no.82-1651, Nix v. Williams, 11 Haziran 1984 tarihli karar, 467 U.S. 431 (1984), s.441 vd.; U.S. Supreme Court, no.82-5298, Segura v. United States, 5 Temmuz 1984 tarihli kararı, 468 U.S. 796 (1984), s.796, 797, 815; U.S. Supreme Court, no.07-513, Herring v. United States, 14 Ocak 2009 tarihli kararı, 555 U.S. (2009), II. A. kısım ve diğer referanslar).

<sup>171</sup> U.S. Supreme Court, no.50, Blackburn v. Alabama, 11 Ocak 1960 tarihli karar, 361 U.S. 199, s.205 - 207, U.S. Supreme Court, no.8, Townsend v. Sain, 18 Mart 1963 tarihli karar, 372 U.S. 293 (1963), s.293, 307 - 309).

<sup>172</sup> Nix, s.441 ve Segura, s.804.

<sup>173</sup> Scheb/Scheb II, s.466.

kusuru dağıtacak kadar birbirinden uzak ise dışlama kuralı uygulanmaz. Örneğin, polisin delili bulmak için bağımsız bir kaynağa dayanması halinde<sup>174</sup> veya bir Anayasa hükmü (Amerikan Anayasası) ihlal edilmemiş olsaydı delil sonuçta ve kaçınılmaz olarak zaten bulunacak ise<sup>175</sup> delil dışlanmaz<sup>176</sup>. Aksine durumda ise hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillerin dışlanması, hükme esas alınmaması gerekir.

ABD hukukunda ve Anglo Sakson hukuk sistemine bağlı diğer ülke hukuklarında bu kuralın kapsamı ve uygulanışı hakkında, ayrıntılarında farklılıklar olmakla beraber, genel olarak bir konsensüs bulunmaktadır. Ancak AİHS'e taraf devletlerde dışlama kuralının kapsamı konusunda, benzer şekilde, açık bir konsensüs bulunmamaktadır; nitekim bu durum Mahkeme tarafından da tespit edilmiştir<sup>177</sup>.

Alman hukuku açısından konuya bakıldığında ise, ilk olarak bu kuramın Alman öğretisindeki baskın görüş tarafından reddedildiği ve hukuka aykırı delil nitelemesi dolaylı yollardan elde edilen delillere de yayılmak yerine, yalnızca doğrudan doğruya hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerle sınırlı olarak kabul edilmektedir<sup>178</sup>. Herhangi bir delilin, Sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilmek suretiyle elde edilmesinin dolaylı sonucu olan, bu delillerin ceza yargılamasında kullanılabilmesi kuralının belirtilmesinin, söz konusu kararın en önemli sonucu olduğu; zira bunun hem Alman Hukuku hem de AİHM içtihatları<sup>179</sup> açısından yeni bir kural olduğu ifade edilmektedir<sup>180</sup>. AİHM bu kuralı iki gerekçe ile haklı göstermektedir: İlki ceza yargılamasının meşrulaştırılmasına ilişkindir: *"Yargılama usulünün bütünlüğünü korumakta hayati önem taşıyan kamu yararı vardır. Bu sebeptir ki medeni toplumun değerleri hukuk kurallarına göre kurulmuştur"*<sup>181</sup>. İkinci argüman ise AİHS

<sup>174</sup> Nix, s.441-444 ve Segura, s.796, 797, 804, 805, 815.

<sup>175</sup> Nix, s.441-444.

<sup>176</sup> Gäfgen v. Almanya, §73.

<sup>177</sup> Gäfgen v. Almanya, §69.

<sup>178</sup> Ünver/Hakeri, 209.

<sup>179</sup> AİHM, AİHS m. 3'ün ihlal edilmesi suretiyle yapılan kötü muamele sonucunda elde edilen beyanların, şiddet eylemlerinin doğal sonucu olarak elde edilen somut delillere benzer şekilde genel olarak kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. Gäfgen v. Almanya, §166-168; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 257. Bu konudaki en önemli karar için bkz: Jalloh v. Almanya, §105-108. AİHM'in, Gäfgen v. Almanya, §73'te atf yaptığı ABD Yüksek Mahkemesi "zehirli ağacın meyvesi" öğretisini kabul etmektedir. Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 441, 1984.

<sup>180</sup> Ast, s.1402.

<sup>181</sup> Gäfgen v. Almanya, §175.

kapsamında korunan insan haklarının etkinliğine ilişkindir: “AİHS m.6 kapsamında AİHS m.3 tarafından kesinlikle yasaklanmış bir davranışla elde edilen delillerin kabul edilebilirliği, kanun uygulayıcı devlet görevlilerinin söz konusu açık yasağa rağmen bu gibi yöntemleri kullanmak açısından teşvik edici olabilir”<sup>182</sup>.

Bu önleyici amaç Alman öğretisinde dikkatli bir şekilde kabul edilmiştir. Zira kolluk kuvvetlerinin ihlallerinin önlenmesinin özel araçları ceza ve disiplin yaptırımları olup, bunlar ceza yargılamasının elini kolunu bağlayan ve haklı bir cezanın verilmesi için engel oluşturan bir yaptırım anlamına gelmemektedir<sup>183</sup>. Bunun yerine Alman içtihatları, delil kullanma yasaklarını (Beweisverwertungsverbote) haklı gösteren veya reddedilmesini gerektiren amaçların karşılaştırılmasında üç prensip kabul etmiştir<sup>184</sup>. Cezalandırmanın meşruluğunu korumak ilk amaçtır<sup>185</sup>. Bu kural, söz konusu davada önem teşkil etmektedir; zira ceza davası, işkence eylemine veya insanlık dışı muameleye dayandığı izleniminden kaçınmak zorundadır. İkinci kural, ceza yargılamasının amacına, diğer bir deyişle gerçeği ortaya çıkarma ve adil bir ceza verme amacına karşılık gelmektedir<sup>186</sup>. Bu amaç en çok, aşikar delillerin kullanımının yasaklanması ile çalışmaktadır. Son olarak bilgiyi kontrol etme hakkı (Informationsbeherrschungsrechte) kabul edilmektedir<sup>187</sup>. Bunlar bireyin bilgiyi ne zaman ve ne şekilde sağlayacağını belirlemesine ilişkin yasal olarak kabul edilmiş haklardır. Eğer bu hak ihlal edilirse, örneğin kişi hukuka aykırı olarak bilgi vermeye zorlanırsa, o zaman bu kişi ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahip olacaktır (Folgenbeseitigungsanspruch)<sup>188</sup>.

Kamu hukukunda sübjektif hak ihlali olduğunda benzer haklar geniş bir şekilde kabul edilmiştir<sup>189</sup>. Bu varsayımlar sayesinde bazı delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmesinin yasaklanmasının ya-

<sup>182</sup> Gäfgen v. Almanya, §176-178.

<sup>183</sup> Bkz: Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, München, C. H. Beck, 26. Bası, 2009, §24, 60.

<sup>184</sup> Knut Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, Berlin, Dunccker & Humblot GmbH, 1990, s.14-29.

<sup>185</sup> 31 BGHSt, 304, 308.

<sup>186</sup> 27 BGHSt, 355, 357.

<sup>187</sup> Amelung, 24, 30.

<sup>188</sup> Ast, s.1403.

<sup>189</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Bası, Münih, C. H. Beck, 2009, §30.

ratacağı uzak etkilere (Fernwirkung) rağmen; kullanılması haklı gösterilmektedir. Kural olarak işkence tehdidinin sonucu olarak bulunan delillerin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu tür deliller, söz konusu delil ancak yasal yoldan da elde edilmişse kullanılabilir. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmesine ilişkin bir olayda bahsedilen hakkı fiilen onaylamıştır. Ancak Mahkemenin gerekçeleri, münhasıran objektif bir bakış açısına dayandırılmıştır<sup>190</sup>.

Alman Hukuku delil elde etme veya kullanma yasaklarının uzak etkisini yalnızca “*dar anlamda*” kabul etmektedir<sup>191</sup>. Bu bağlamda Federal Mahkeme (BGH), ceza yargılamasında hukuka aykırı olarak yapılan soruşturma kapsamında elde edilen delillerin kabul edilip edilmeyece-

<sup>190</sup> Ast, s.1403.

<sup>191</sup> “...böyle genel bir değerlendirme yasağının bulunmadığı Alman hukukunda her eksik elde edilen delilin(,) elde edilmiş olan bu delilin değerlendirilmezliği sonucuna yol açmayacağı kabul edilir. Buna göre delilin hukuka uygun olmayan yollardan elde edilmiş olması, elde edilmiş olan delilin değerlendirme yasağı içinde olduğunun kabulü bakımından mutlak zorunlu bir koşul değildir. Yani delil elde etmenin hukuka aykırı olması başka, elde edilmiş olan delilin değerlendirme yasağı içinde olduğunun kabulü başka bir şeydir. Alman hukukunda delil elde etme yasağının ihlalinin ne zaman bir değerlendirme yasağına yol açacağına ilişkin genel bir kural bugüne kadar geliştirilebilmiş değildir. Bununla birlikte delil değerlendirme yasağının belirlenmesine ilişkin bazı kriterlerin geliştirildiği söylenmelidir. Delil elde edilmesi usulünü düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan bir hükmün ihlal edilmiş olması halinde elde edilmiş olan delilin hükmün kurulması sırasında kullanılabilir olup olmadığı her münferit durum değerlendirilmek suretiyle tespit edilmelidir. Bu konuda Alman hukukunda değişik görüşler ortaya çıkmıştır: İhlal edilmiş olan, delil elde edilmesine ilişkin normun korunma alanı. Hakların korunmasında kişilerin bireysel menfaatleri karşısında ceza takibatı yapılmasında devletin menfaatlerinin tartışıldığı tartışım teorisi. Hak alanı teorisi. Bu teori Federal Alman Yargıtay'ı tarafından geliştirilmiştir. Teori Al. CMK m.55 II de yer alan öğretme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin bir davada gerçekleştirilmiştir. Teoriye göre delilin elde edilmesi ile gerçekleşen hukuka aykırılığın sanık haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmalıdır. Teori ihlalin hak alanına müdahalenin önemli mi, az önemli mi yoksa önemsiz mi olduğunu inceler. Sanığın hakları önemli bir şekilde ihlal edilmiş ise hukuka aykırı delil dosyadan çıkarılmaktadır. İhlal ikinci derecede kalmış ve sanık hakları bakımından önem taşımamakta ise delil hukuka aykırı olmasına rağmen kullanılmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken ihlal edilmiş olan normun kimin yararına konmuş olduğuna bakılır. Bu çerçevede değerlendirme üç noktada yapılır: -İhlal edilen normun muhakemede koruduğu menfaat; -Normun konulmasındaki amaç; -Gerçekleşmiş bulunan ihlalin sanığın hukuki durumunda meydana getirdiği sonuçlar.” Veli Özer Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.II, Ed: Eric Hilgendorf/Yener Ünver, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010, s.919, 920.



ği problemine ilişkin kararlar vermiştir<sup>192</sup>. Bu problemi çözebilmek için BGH, sanığa atılı suçlamanın önemi ve hukuka aykırı olan unsurlar gibi davanın içinde bulunduğu koşulları göz önünde bulundurmaktadır. BGH, 34 BGHSt 362 sayılı davada, şimdiki davada olduğu gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CCP) 136a maddesine aykırı olarak cebir (baskı/zorlama) bulunduğunu tespit etmiştir. Sanık, polis ile işbirliği yapan bir başka sanık ile birlikte hücreye hapsedilmiştir. Sanık, gerçekleştirdiği hırsızlığı diğer sanığa açıklamıştır. Böylece bir başka iddia makamı tanığı bulunmuştur. Mahkeme bahsedilen tanık beyanının kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Efektif bir kovuşturma ve suçun önlenmesine ilişkin olarak BGH tek bir yasadışı davranışın, tüm yargılamayı engellememesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca tanığın başka türlü tespit edilemeyeceği sonucuna varılmasının da neredeyse mümkün olmadığı ifade edilmiştir. CCP m.136a/3; yalnızca icbar, tehdit ve hile yasağı ihlallerinden elde edilen ifadelerin delil niteliğini haiz olmadığını ortaya koymaktadır. Bu sebeple, ifadelerin dolaylı sonuçlarının genel olarak kabul edilemez olduğunun söylenmemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>193</sup>.

Bunlara ek olarak Alman hukuku öğretisinde bu olayda ya da patlayacak olan bombanın yerini bilen teröristin ifadesinin alınması sırasında, polis tarafından uygulanan işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelenin, üçüncü kişi yararına zaruret hali veya meşru müdafaa olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten yazarlar bulunmaktadır<sup>194</sup>. Ancak bu gibi istisnai olaylarda, işkence yasağının istisnai olarak kabul edilmemesinin Almanya'da hala tartışmalı olduğu; en azından bu gibi olaylarda işkencenin uygulanmasını kabul eden Brugger'in görüşünün bir çok Alman devletler hukuku ve ceza hukuku bilim adamı tarafından benimsenmediği ve aynı zamanda çoğunluğun bu görüşe karşı çıktığı ifade edilmektedir. Bu sorunun Almanya açısından artık hukuki bir problem olmaktan çıkıp, hukuki araçlarla çözülemeyen ahlaki bir sorun olduğu da ifade edilmektedir<sup>195</sup>. Ayrıca

<sup>192</sup> 29 BGHSt 244; 32 BGHSt 68; 34 BGHSt 362.

<sup>193</sup> Ast, s.1404.

<sup>194</sup> Brugger, s.167 vd.

<sup>195</sup> Walter Perron, "İşkenceye Dönüş - Özgürlükçü Hukuk Düzeni Tehlikede Mi?", Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs - 4 Haziran 2010), C.II, Ed: Adem Sözüer, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013, s.1626, 1627.

bu tür olaylarda hata riskinin daima mevcut olduğu; polis, çocuğun ölmüş olduğunu bilseydi işkence tehdidinin hiçbir görüşe göre meşru olamayacağı, hayat kurtarmak için işkenceye izin verilmesi halinde kurtarma şansının olup olmadığı kesin olmadığı durumlarda da uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği; hukuka uygun yapılan işkencenin ikinci büyük sorunlu alanının, pratik uygulaması ve kontro- lüyle ilgili olduğu belirtilmektedir<sup>196</sup>.

### **b. AİHM'nin Dışlama Kuralına Yaklaşımı ve Somut Olaya Uygulanışı**

Somut olay açısından konu irdelendiğinde, öncelikle tartışma konusu olan delillerin neler olduğunun ortaya konulmasının gerekli olduğu görülmektedir. Mahkeme kararında, Sözleşmenin 6. maddesine göre yapacağı değerlendirme açısından, başvurucunun Sözleşmenin 3. maddesine aykırı sorgulanması ile başvurucunun ifadelerinin bir sonucu olarak bulunan JM'nin cesedi ve sonrasında alınan otopsi raporu, başvurucunun arabasının gölet kenarında bıraktığı tekerlek izleri, JM'nin sırt çantası, elbiseleri ve başvurucunun daktilosu gibi toplanan maddi deliller arasındaki nedensellik ilişkisinin belirleyici olduğunu belirtmiştir. Bir başka deyişle Mahkeme, tartışma konusu maddi delillerin, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal eden polis tarafından yapılan sorgunun doğrudan bir sonucu olarak toplandığını ifade etmiştir<sup>197</sup>.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, Mahkemeye göre, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin karar aşamasında kullanılmasının, kendiliğinden bir yargılamayı adaletsiz hale getirmeyeceğidir. Dolayısıyla Mahkeme, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılması yasağını kabul etmemiştir<sup>198</sup>. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal eden yöntemle elde edilen delilin, başvurucu aleyhindeki ceza davasından dışlanmaması halinde, 6. madde bakımından bir sorun doğuracağını belirtmiştir. Mahkeme, başvurucunun soruşturma sırasında tehdit veya tehdidin süren etkisi altında verdiği ikrarlardan hiçbirinin Bölge Mahkemesi tarafından kabul edil-

<sup>196</sup> Perron, s.1628, 1629.

<sup>197</sup> Gäfgen v. Almanya, §171.

<sup>198</sup> Friedrich Christian Schroeder, "Ceza Mahkemesinde 'Fair Trial' İlkesi" Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, 2004, s.170, 171.

mediğini kaydetmektedir. Ancak Bölge Mahkemesi, duruşmanın başında başvuruçunun talebini reddetmekle, soruşturma makamlarının başvuruçunun Sözleşmenin 3. maddesine aykırı muamelenin süren etkisi altında verdiği ifadelerin bir sonucu olarak topladıkları bulguların kabul edilmemesi talebini de reddetmiştir<sup>199</sup>.

AIHM'in Gäfgen yargılamasının BGH'nin yukarıda anılan kararı ile benzerlikler taşıdığı ve aynı doğrultuda olduğu ileri sürülmüştür. Zira reddedilen deliller, temel bir insan hakkı ihlali sonucunda bulunmuştur. Buna karşın 27 BGHSt 355 sayılı davada ise BGH hukuka aykırı delilin uzak etkisini kabul etmiştir; zira anayasal bir hak olan haberleşme özgürlüğü ihlal edilmiştir<sup>200</sup>. Ancak bu karar incelendiğine, sanığa yüklenen suçun önemli bir ağırlıkta olmadığı görülmektedir<sup>201</sup>. Bu ise bize dışlama kuralının cezanın ağırlığının ve toplumdaki etkisinin önemsiz olduğu davalarda rahatlıkla uygulandığını, bunun tersi durumlarda ise bu kuralın uygulanmadığını ve temel bir insan hakkı ihlalinin olduğu durumlarda dahi hukuka aykırı yoldan elde edilen delilden yola çıkılarak elde edilen delillerin yargılamada rahatlıkla kullandığını düşündürmektedir.

Yukarıdaki paragrafta atıf yapılan Schenk ve Khan davalarına da -bu hususta belirleyici kararlar olması nedeniyle- değinmekte yarar bulunmaktadır. Schenk v. İsviçre davasında, başvuruçunun üçüncü kişi arasında yapılan konuşmaların İsviçre ceza yasasına ve diğer yasalara aykırı olarak kayda alınmasına rağmen bu delillerin kabul edilmesi suretiyle başvuruçunun suçlanmıştır. Çünkü bu davada şu nedenlerle tüm yargılamanın adil olmadığı kabul edilmemiştir: İlk olarak, savunma hakkı ihmal edilmemiştir. Özellikle savunmanın, hem kayıtların özgünlüğüne hem bunların delil olarak kabulüne itiraz etme ve hem de bu kayıtlarda yer alan konuşmaları teşvik eden üçüncü kişiyi ve polis memurunu sorgulama imkanı olmuştur. İkinci olarak söz konusu kayıtlar mahkumiyetin dayandığı tek deliller değildir. Schenk v. İsviçre kararı Khan v. Birleşik Krallık kararında da uygulanmış ve yine benzer şekilde 6. maddenin ihlalinin olmadığı tespit edilmiştir. Bu davada,

<sup>199</sup> Gäfgen v. Almanya, §172.

<sup>200</sup> Aksine, AIHM, AIHS m.8 ihlalinin yer aldığı davalarda, elde edilen delillerin kabul edilebilir olduğunu saptamıştır. Bkz: Schenk v. İsviçre, §46-49; Khan v. Birleşik Krallık, §38-40.

<sup>201</sup> Ast, s.1404.

başvurucu ile X arasında, ikincinin evinde yapılan ve polis tarafından elektronik dinleme cihazları tarafından tespit edilip kaydedilen görüşmeler bulunmaktadır. Bu kayıtlar, başvurunun uyuşturucu ticareti iddiasıyla yargılandığı bir davada delil olarak kabul edilmiştir. Schenk v. İsviçre davasına karşıt olarak, bu donanım ve bunun kullanılarak görüşmelerin kaydedilmesi ulusal ceza hukukuna aykırı değildir ve bu kayıtlar başvurunun mahkumiyetinde temel alınan tek delildir. Buna karşın, bu son düşünceye Mahkeme tarafından fazla itibar edilmiştir, zira kayıtlar hem çok sağlam bir delildir hem de şüphesiz güvenilirdir. Nitekim Schenk v. İsviçre davasında da kayıtlar gerçekten önemliydi ve ihtimalen en önemli delildi. Ayrıca Başvurucu, Schenk v. İsviçre davasında olduğu gibi, üç aşamalı ulusal mahkemelerin her aşamasında delillerin özgünlüğüne ve kabul edilebilirliğine itiraz edebilmiştir; ancak bu itirazlar delilin muhakemeyi adaletsiz hale getirmesi halinde zaten dışlanacağı gerekçesiyle reddedilmiştir<sup>202</sup>.

Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan “işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele görmeme” hakkı ihlal edilerek elde edilen delillerin kabul edilebilirliği açısından ise durum değişmektedir. Yukarıda da değindiğimiz Jalloh v. Almanya davasında, başvuru uyuşturucu ticaretinden suçlu bulunmuş ve alt ay tecilli hapis cezasına mahkum olmuştur. Bu kişi hakkındaki en önemli delil, kendisine zorla verilen kusturucu bir ilaçın etkisiyle kusması sonucu ele geçirilen uyuşturuculardır. Zorla ilaç verme eylemi Alman hukukuna göre hukuka aykırı kabul edilmezken; Mahkeme, bunu Sözleşmenin 3. maddesinin “insanlık dışı ve kötü muamele görmeme hakkının” bir ihlali olarak kabul etmiş ancak işkence olarak nitelendirmemiştir. Kusturucu verilmesi işkence boyutuna ulaşırdı, bunun delil olarak kabul edilmesi tartışmasız bir şekilde 6. maddenin ihlalini oluştururdu. Mahkeme kararına göre, “suçlayıcı deliller -ister ifade ister maddi delil olsunlar- bir şiddetin, vahşetin ya da işkence olarak nitelendirilen diğer muamelelerin sonucunda elde edildikleri takdirde, ispat değeri ne olursa olsun buna bakılmaksızın bir mağdurun suçluluğunun ispatında dayanak yapılamaz”<sup>203</sup>. Bu davanın olgularına göre, Mahkeme insanlık dışı ve kötü muamele ile delil elde edilmesinin Sözleşmenin 6. maddesini ih-

<sup>202</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256, 257.

<sup>203</sup> Jalloh v. Almanya, §105.

lal etmek suretiyle başvuru hakkındaki yargılamayı adaletsiz hale getirdiğine karar vermiştir. Çünkü kusulan uyuşturucular bu davadaki mahkumiyeti sağlayan en önemli delillerdir; ayrıca bu mahkumiyetteki kamu yararı sınırlıdır zira kendisine hafif bir ceza verilen başvuru, kısa bir zaman için sokak satıcısı olarak çalışmıştır. Mahkeme, eziyetin verdiği acının ve elemin amaçlanmamış olabileceğini ve başvuru konusunun söz konusu delilin kullanılmasına karşı çıkabileceğini durumu hafifleten bir neden olarak dikkate almaktadır. Ancak karar, kendi olgularına özeldir. Mahkeme artık, insanlık dışı ve kötü muamele ile 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen delillerin bütün davaları kategorik olarak adaletsiz hale getirip getirmediği genel sorusunu tartışmaya açmıştır. Bundan sonraki davalarda da Jalloh v. Almanya kararına atıfta bulunularak, deliller mahkumiyet sonucu açısından önemli olmasalar bile, insanlık dışı ve kötü muamele ile 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen delillerin ulusal mahkemelere sunulması halinde bunun 6. maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir<sup>204</sup>; ancak bu davalarda göz önünde bulundurulması gereken önemli faktör, bu davalarda suçlanan kişilerin gözaltında tutulurken avukat yardımına erişememiş olmalarıdır<sup>205</sup>.

### 5. Dışlama Kuralının Sınırları

Böylece AİHM, ceza mahkemesinin adil yargılanma hakkından doğan bir kuralı ihlal ettiğini varsaymaktadır. Ceza mahkemesinin, işkence tehdidi sonucunda bulunan delili kabul etmesine izin verilmiştir. Buna rağmen AİHM, Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edilmiş olduğu iddiasını reddetmektedir. Çünkü Mahkemeye göre yargılama bir bütün olarak adildir. Zira Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin, mahkumiyet ve hüküm üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Yargılama sürecinin başında MG, JM'yi öldürdüğünü kendiliğinden itiraf etmiştir. Bu itiraftan önce Mahkeme, MG'yi, suçlamalar karşısında daha önce vermiş olduğunu hiçbir beyanının, kendi aleyhine delil olarak kullanılmayacağı hususunda bilgilendirmiştir. Karar öncelikle söz konusu itirafa dayanmaktadır. Delilin reddedilen öğeleri yalnızca

<sup>204</sup> Hacı Özen v. Türkiye, Başvuru No. 46286/99, 12.4.2007; Göçmen v. Türkiye, Başvuru No. 72000/01, 17.10.2006; Söylemez v. Türkiye, Başvuru No. 46661/99, 21.09.2006.

<sup>205</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.257.

hakikati teyit etmek için kullanılmıştır. AİHM, "böylece, yasaklanmış soruşturma metotlarından başvuruçunun mahkumiyetine ve hükümlülüğüne uzanan sebep zincirinde reddedilen gerçek deliller yönünden bir kırılma olduğu söylenebilecektir" sonucuna varmıştır<sup>206</sup>.

Mahkemenin altı hakimi aynı görüşte değillerdir<sup>207</sup>. AİHS'in 3. maddesinin ihlali ile MG'nin itirafı ve hatta mahkumiyeti arasında bir ilişki olduğunu öne sürmüşlerdir. Yargılamanın ilk gününde MG, reddedilen delillerin dışlanması için bir ön talepte bulunmuştur. Söz konusu talebin reddedilmesiyle MG, gerçekte sadece kanıtlanan hususları itiraf etmiştir. MG'nin savunma stratejisinin bu noktaya bağlı olduğu açıkça görülmektedir. Bu sebeple red, somut itirafın şartı olmuştur.

Mahkeme tarafından 6. maddenin ihlalinin olmadığı kararına gidilen akıl yürütme şu şekilde yapılmıştır: Bu problemi analiz etmek için Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin mahkumiyet hükmü üzerindeki etkisi ile AİHM'in ilke olarak kabul ettiği dışlama kuralının etkisinin ayrımını yapmak çok önemlidir. Elbette ki MG'nin ön talebinin reddi itirafın şartıdır ve bu açıdan yargılama ve mahkumiyet ile ilgisi vardır. Ancak bu, konu ile alakalı değildir. Dışlama kuralının asıl amacı, AİHS'in 3. maddesinin ihlallerinin, mahkumiyet hükmünü etkilemesinin önlenmesidir. Bu sonuç, Mahkemenin, yargılamanın ve kararın meşruluğuna ilişkin argümanından çıkmaktadır. Mahkumiyet hükmü, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinden hiçbir şekilde etkilenemeyebilir. Ancak söz konusu davada, mahkumiyet ve hüküm, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmesiyle bulunan delillere dayanmamakta veya çok az dayanmaktadır. Bu, dışlama kuralının amacına ulaşıldığının gerekçesidir. MG'nin itirafı, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin sonucu değildir. Bu, dışlama kuralının ihlalinin Mahkemece ilanının sonucudur. Ancak bir mahkemenin hatalarına tepki göstermenin en doğru yolu, her zaman bir üst mahkemeye başvurmaktır. Bu sebeple, Mahkemenin hatasının MG'nin itiraf özgürlüğünün dışlanmasında bir etkisi yoktur<sup>208</sup>. Dolayısıyla MG'nin itirafı, AİHM'in deyimiyile "nedensellik zincirini kırmaktadır"<sup>209</sup>. Bu, tabii nedensellik anlayışının bir sorunu

<sup>206</sup> Gäfgen v. Almanya, §180.

<sup>207</sup> Gäfgen v. Almanya, muhalif Rozakis J.

<sup>208</sup> 27 BGHSt 355, 358 ile uygunluk içinde.

<sup>209</sup> Gäfgen v. Almanya, §180.

değil, temelde söz konusu kuralların amaçlarına dayanmakta olan bir değerlendirmedir.

Biz söz konusu işkence tehdidi neticesinde yapılan ikrarın, bu ikrarın dışlandığının Federal Mahkeme tarafından açıklanmasının, buna rağmen MG'nin bu şekilde bir ikrarda bulunmasının ve sonuçta mahkumiyet kararına bu kadar basit bir nedensellik zincirinin kırılması gerekçesiyle açıklanamayacağını düşünüyoruz. Hukuka aykırı yöntemle elde edilen deliller bir şekilde yargılamayı ve sonuçta verilen hükmü etkilemiştir. Bunun aksinin ispatı, yargılama süjelerinin insan olmadıklarını iddia etmek anlamına gelecektir ki bu anlamsız ve gerçek dışıdır. Nitekim ulusal mahkemeler tarafından ikrardan yola çıkılarak elde edilen ve aslında hukuka aykırı olan delillerin, MG'nin yargılamasının ikinci gününde yapmış olduğu ikrarların doğrulanmasında kullanıldığı kabul edilmiştir. Bu bile tek başına tüm yargılamanın adilliğini bozmaktadır. Bu doğrulamaya neden ihtiyaç duyulmuştur? Söz konusu doğrulama olmaksızın yalnızca sanığın ikrarına dayalı olarak mahkumiyet kararı verilmesi mümkün değil midir? Eğer mümkün değilse verilen hüküm de adil olma özelliğini kaybetmemekte midir? Örneğin ülkemizde Yargıtay tek başına sanığın ikrarını başka delillerle desteklenmediği (doğrulanmadığı) takdirde mahkumiyet için yeterli kabul etmemektedir<sup>210</sup>. Benzer durum ülkemizde olsaydı, Yargıtay'ın bu kararı karşısında AİHM'nin tavrı ne olacaktı? Delillerin değerlendirilmesi ulusal mahkemelere bırakıldığına göre AİHM benzer bir olayda Türkiye için (alışa geldiğimiz üzere) ihlal kararı vermek durumunda kalacaktı. Peki, bu çifte standart olmayacak mıydı? Türkiye'den benzer bir başvuru olduğunda Mahkemenin tavrı ne olacaktı? Bu soruları uzatmak mümkündür. Ancak yanıtları bilinen bu sorular, Mahkemenin kararının ne kadar hatalı olduğunu göstermek açısından sorulması gereken sorulardır.

## **6. Mahkemenin 6. Maddenin İhlali İddiası Kapsamında Verdiği Karar**

Mahkemenin 6. madde kapsamında esas olarak karara bağlaması gereken husus, işkence oluşturmayan fakat Sözleşmenin 3. maddesine

<sup>210</sup> YCGK, E. 2009/7-160, K.2009/264, Kt. 17.11.2009; 10. CD, E. 2008/834, K. 2010/3241, Kt. 15.2.2010; Kazancı İçtihat Programı.

aykırı insanlık dışı muamele olarak nitelendirilen bir eylem sonucu elde edilen maddi delillerin kabulünün, yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediğidir. AİHM'in geçmişte vermiş olduğu kararlarda da görüleceği üzere, hukuka aykırı bir delilden yola çıkılarak elde edilen bir başka delilin, olayın içinde bulunduğu diğer şartlara bakılmaksızın, bir yargılamayı genel geçer bir şekilde adil olmayan bir duruma getirip getirmeyeceği hakkında Mahkeme, açık ve anlaşılır bir karar vermemiş; bir başka deyişle bu sorunu çözmemiştir. Ancak Mahkeme, hem Sözleşmenin 3. maddesine aykırı (ister işkence, isterse insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olsun) muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin ceza davasında kullanılmasının hem de işkence eylemlerinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delillerin kullanılmasının, yargılamayı bir bütün olarak ve kaçınılmaz bir şekilde Sözleşmenin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma soktuğunu belirtmiştir<sup>211</sup>.

Bu açıklamanın tersinden çıkan sonuç Mahkemenin, 3. maddeye aykırı muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifade (bu ibare CMK açısından ifade ve sorguyu kapsamaktadır) dışındaki delillerin, işkence dışındaki (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele vb. gibi) hukuka aykırı eylemlerin doğrudan bir sonucu elde edilen maddi delillerin ve bunlar yoluyla elde edilen doğrudan olmayan delillerin yargılamayı bir bütün olarak ve kaçınılmaz bir şekilde Sözleşmenin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma sokmadığını belirtmesidir. Bu gibi durumlarda somut olaya bakılacak ve durumun uygun olması ya da hukuki dille şartların gerçekleşmesi halinde (ki bu şartlar belli değildir) hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olsalar dahi deliller kullanılabilir. Dolayısıyla Mahkeme delilleri kategorize etmekte ve kendisine göre vahim bulduğu hukuk aykırılıklar neticesinde elde edilen delillerin kullanılmayacağını belirtirken, yine kendisine göre bazı önemsiz ihlallerde somut olaydaki durumu da göz önünde bulundurarak basit hukuka aykırılıklarda bu delillerin kullanılabileceğini belirtmektedir. Mahkemenin kararında yer vermiş olduğu ifadeden çıkan sonuç budur.

Mahkeme kararında, Sözleşmeciler Devletler ile başka devletler ve diğer insan hakları izleme organları arasında, delil dışlama kuralının uygulama alanı konusunda açık bir konsensüs bulunmadığını belirtmiştir ki bu gerçekten de doğrudur. Ayrıca, yasak sorgu yöntemlerin-

<sup>211</sup> Gäfgen v. Almanya, §173.



den bağımsız olarak, tartışma konusu delilin daha sonraki bir aşamada bulunup bulunmaması gibi faktörlerin bu tür delilin kabul edilebilirliği üzerinde etkisi olabileceğine işaret edilmiştir<sup>212</sup>. Ancak Sözleşmeciler Devletler arasında böyle bir görüş ve uygulama birliğinin olmaması Mahkemeyi bu yönde bir karar alma ve açık bir görüş bildirmeden geri bırakmamalıdır. Aksine Mahkeme bu konudaki ilke ve kuralları belirleyerek, daha önce pek çok hususta olduğu gibi Sözleşmeciler Devletlere bu konuda yön verebilir. Öte yandan tartışma konusu delilin daha sonra ve daha önce bulunmasının yargılamanın adilliğini etkileyip etkilememesi açısından olumlu bir katkısı olmamalıdır. Söz konusu deliller hukuka aykırı olarak elde edilmiş ve hangi amaçla olursa olsun yargılamada kullanılmışlardır. Böylelikle görünüşte de olsa yargılama adil olma niteliğini kaybetmiştir ki bu nedenle bu argüman bize göre de geçerliliğini yitirmiştir.

Mahkeme ayrıca, hukuka aykırı deliller ve bunların uzak etkisi konusunda birbirleriyle yarışan farklı hakların ve menfaatlerin bulunduğunu da ifade etmiştir. Mahkeme bu hususa ilişkin aynen şu ifadeye yer vermiştir:

*“Bir yandan, genellikle güvenilir ve zorlayıcı maddi delilin ceza davasından dışlanması, suçun etkili bir şekilde kovuşturulmasını engelleyecektir. Hiç kuşku yok ki, suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve ayrıca halkın, suçluların yargılanmalarında ve cezalandırılmalarında menfaatleri vardır; mevcut olayda bu menfaat çok büyük bir öneme sahiptir. Ayrıca mevcut olay şu özelliği de taşımaktadır: Tartışma konusu maddi delil, ceza soruşturmasını derinleştirme amacı taşımamaksızın, bir çocuğun yaşamını kurtarmak ve böylece Sözleşmenin 2. maddesinde güvence altına alınan başka bir çekirdek hakkı korumak için uygulanan yasak sorgu yöntemleriyle türetilmiştir. Öte yandan sanık, ceza davasında adil yargılanma hakkına sahiptir; ulusal mahkemelerin Sözleşmede güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan olan 3. maddedeki insanlık dışı muamele yasağının ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen delili kullanmaları halinde, bu hak bakımından bir sorun doğar. Aslında, yargısal usulün bütünlüğü ve böylece hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş uygar toplumların değerlerinin muhafaza edilmesinde de hayati bir kamu yararı vardır”<sup>213</sup>.*

<sup>212</sup> Gäfgen v. Almanya, §174.

<sup>213</sup> Gäfgen v. Almanya, §175.

Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesi bağlamında yukarıda sözü edilen menfaatleri göz önünde tutmakla birlikte, Sözleşmenin 3. maddesinin mutlak bir hakkı içerdiğini; bu hak mutlak olduğundan, soruşturulmakta olan suçun ağırlığı veya etkili bir ceza kovuşturmasının yapılmasındaki kamu yararı gibi başka menfaatlerle dengelenemeyeceğini; dengelenmesi halinde, bu hakkın mutlaklığının zedeleneceğini belirtmiştir<sup>214</sup>. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 3. maddesinde yasaklanan kötü muameleye tabi tutulmama şeklindeki mutlak hakkın korunmasından ödün verilmesi halinde, insan yaşamının korunması ve sanığın cezalandırılması mümkün olmayacaktır; çünkü bu haktan ödün verilmesi, söz konusu değerleri feda edecek ve adaletin işleyişine olan güveni zedeleyecektir<sup>215</sup>.

Mahkeme bu bağlamda Hükümetin, kasten öldürme suçunu işleyen bir kişinin cezalandırılması suretiyle yaşama hakkını koruma altına aldığına dair savunmasını da dikkate almıştır. Gerçekten de Sözleşmede, yaşama hakkının Sözleşmeci Devletler tarafından korunmasını gerektiği hususu yer almaktadır<sup>216</sup>. Sözleşmede buna karşın devletler, mutlak nitelikteki insanlık dışı muamele yasağını (m.3) ihlal eden bir davranışla veya bütün sanıkların adil yargılanma hakkına (m.6) aykırı bir tarzda yaşama hakkını korumaya zorlanmamaktadırlar<sup>217</sup>. Mahkeme, somut olayda polislerin, zor ve stresli bir durumda ve bir yaşamı korumaya çalışmak amacıyla hareket ettiklerini kabul etmektedir; ancak böyle bir durum dahi polislerin maddi delili, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak elde ettikleri gerçeğini değiştirmemektedir. *Daha da önemlisi, adil yargılanma hakkına saygı, tam da en ağır cezalar söz konusu olduğunda, demokratik toplumlar tarafından mümkün olan en yüksek düzeyde sağlanmalıdır*<sup>218</sup>.

Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir husus, Sözleşmenin 6. maddesinin 3. maddesinden farklı olarak mutlak bir hak içermeme-

<sup>214</sup> Saadi v. İtalya, §138-139.

<sup>215</sup> Gäfgen v. Almanya, §176.

<sup>216</sup> Osman v. Birleşik Krallık, Reports 1998VIII, 28 Ekim 1998, §115-116.

<sup>217</sup> Osman v. Birleşik Krallık, §116.

<sup>218</sup> Gäfgen v. Almanya, §177. Krş: Salduz v. Türkiye, Başvuru No. 36391/02, ECHR 2008-..., §54.

diğidir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınan hakların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için, 3. maddeye aykırılığın bir sonucu olarak elde edilen deliller bakımından bir ceza davasında ne gibi tedbirlerin gerekli ve yeterli olacağını belirlemesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme açık bir biçimde önceki içtihatlarında da ortaya konulduğu üzere, bu tür delillerin kullanılmasının yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurduğunu kabul etmektedir. Mahkeme ayrıca, Sözleşmenin 3. maddesinde mutlak bir şekilde yasaklanmış bir eylemle elde edilen delilin kabulünün, bu yasağın mutlaklığına rağmen, yasa uygulayıcıları bu tür yöntemleri kullanmaya teşvik edebileceğini belirtmiştir. Buradan hareketle Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin aynı şekilde alınan ifadede 3. maddeyi ihlal bakımından daha uzak olsa bile, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı yöntemlerin kullanılmasına karşı kural olarak bireylerin etkili bir şekilde korunmasının, bu maddi delilin yargılamada kullanılmasını gerektirebileceğini; aksi taktirde bir bütün olarak yargılamanın adil olmayan bir duruma gelebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, hem Sözleşmenin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki yasağın etkili bir şekilde korunmasının hem de ceza davasının adilliğinin, 3. madde ihlalinin ancak sanık aleyhindeki davanın sonucuyla ilgisi olması, yani sanığın mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisinin bulunması halinde tehlikeye gireceği kanaatindedir<sup>219</sup>. Görüldüğü üzere Mahkeme ilke olarak 3. maddenin ihlali neticesinde elde edilen delillerin kullanılmasının yargılamanın adilliğinin sorgulanmasına neden olacağını, bunun yanında yasa uygulayıcıları delil elde etmede yasaklanmış yöntemlere teşvik edebileceğini belirtmiştir. Ancak bu önemli ilke ve sonuçları tespit ettikten sonra yine de davanın adilliğinin ancak yasak yöntemlerle elde edilmiş delilin sonuç üzerinde etkili olması halinde söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, bir yandan bugüne kadar kurmuş ve korumuş olduğu ilkelerden vazgeçmemekte, ancak bir yandan da somut durum için bir çıkış yolu aramaktadır. İşte bu argümanla da çıkış yolunu bulduğunu düşünmekte ve kararında buna yer vermek-

---

<sup>219</sup> Gäfgen v. Almanya, §178.

tedir. Ancak mahkumiyet üzerinde etkisi olsun ya da olmasın soruşturmada bu tür bir yöntemin kullanılması, bunların mahkeme önüne getirilmesi ve iddiaya göre bu deliller olmaksızın ulaşılan sonucun sınanması amacıyla da olsa bu delillerin kullanılması, hepsinden de önemlisi savcıların ve hakimlerin zihin ve vicdanlarının hukuka aykırı olan bu delillerle kirlenmesi neticesinde söz konusu yargılamanın adil olduğunun kabulü bize göre mümkün ve hukuka uygun olmamalıdır.

Mahkeme, somut olayda Bölge Mahkemesinin başvuru tarafından işlenen suçun işleniş biçimiyle ilgili olaylara dair tespitlerini, açıkça başvuru duruşma sırasında verdiği yeni ve tam ikrara dayandığını; dolayısıyla bu tespitlerin, başvuru kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesinde belirleyici olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme, Bölge Mahkemesinin başvuru mahkum edilmesinde ve cezalandırılmasında rol oynayan suçun planlanmasıyla ilgili maddi olaylara ilişkin tespitlerini de esas itibarıyla yeni ikrara dayandığını belirtmiştir. Bu bağlamda yargılama sırasında kabul edilen ek delillerin, ulusal mahkeme tarafından başvuru suçluluğunun kanıtlanması için değil, fakat sadece başvuru ikrarının doğruluğunu test etmek için kullanıldığı ifade edilmiştir. JM'nin ölüm nedenine ilişkin otopsi sonuçları ve çocuğun cesedinin bulunduğu yerde başvuru arabasının bıraktığı tekerlek izleri, ek deliller arasında yer almıştır. Ulusal mahkeme ayrıca, başvurudan tehdit altında alınan ilk ikrarından bağımsız olarak, başvuru fidyeyi almasından itibaren polis tarafından gizlice izlenmesi ve yakalanmasından hemen sonra oturduğu evin aranması suretiyle toplanan doğrulayıcı delillere de dayanmıştır. JM'nin ablasının ifadesi, şantaj mektubu, başvuru evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili not ile başvuru evinde ve banka hesabında bulunan ve fideden elde edilen paralar, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle kirlenmemiş olan deliller arasında yer almıştır<sup>220</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle Mahkeme, başvuru yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarın, tek başına veya doğrulayıcı ve lekesiz maddi delillerle birlikte, başvuru kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına temel oluşturduğu ka-

<sup>220</sup> Gäfgen v. Almanya, §179.

naatinde olduğunu; tartışma konusu maddi delillerin, başvurucunun suçluluğunun kanıtlanması ve cezalandırılması için gerekli olmayan ve kullanılmamış olan deliller olduğunu; bu durumda, tartışma konusu maddi deliller bakımından yasak sorgulama yöntemlerinden başvurucunun mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına götüren nedensellik zincirinin kırıldığıнын söylenebileceğini ifade etmiştir<sup>221</sup>.

Aslında bu olay Mahkemeye, işkence aşamasına varmayıp, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele aşamasına kalan yöntemlerle elde edilen deliller konusuna bir kez daha inceleme fırsatı yaratmıştır. Genel olarak Mahkemenin tutumu, Sözleşmenin 6. maddesinin yargılama-daki delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin uygulanacak özel bir kural olmadığı, bunun ulusal mahkemeler tarafından verilecek bir karar olduğu yönündedir<sup>222</sup>. Bu değerlendirmeye nazaran Mahkeme, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorununu değerlendirmektedir. Gäfgen olayında ise Mahkeme, can alıcı faktörlerin olaydaki hak ihlalinin yapısı ve sonuç olarak yargılamada kullanılan delillerin elde edilmesinin kapsamı olduğuna işaret etmektedir. Mahkemeye göre, MG'nin mahkumiyetindeki sonuca etkili olan unsur, kendisinin işkence tehdidi altında vermiş olduğu ifadesi dışlandıktan sonra ulusal mahkeme önünde vermiş olduğu yeni ikrarıdır. MG'nin ilk ifadesi sonucu elde edilen çocuğun cesedi, etkili bir delil olarak kullanılmayıp, MG'nin yeni ikrarının doğruluğunun sağlanması için kullanılmıştır. Nitekim bu durum Mahkemenin kararınının 178 nolu paragrafında açıkça ifade edilmektedir. Sonuç olarak yeni ve gönüllü ikrar MG'nin mahkumiyeti ile Sözleşmenin 3. maddesi arasındaki nedensellik zincirini kırmıştır. Kesintisiz bir nedensellik bağının varlığı bu nedenle çok önemlidir<sup>223</sup>.

Buradan hareketle Mahkeme, soruşturma sürecinde meydana gelen Sözleşmenin 3. maddesine aykırılığın, başvurucunun yargılanması sırasındaki ikrarı üzerinde bir etkisi olup olmadığını da incelemiştir. Başvurucu Mahkemeye yaptığı başvuruda, bu durumun ikrarı üzerinde etkisi olduğunu söylemiştir. Başvurucu dilekçesinde, Bölge Mahkemesinin duruşmanın başında Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali

<sup>221</sup> Gäfgen v. Almanya, §180.

<sup>222</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256.

<sup>223</sup> Buyse, s.1600.

suretiyle elde edilen maddi delillerin dışlanması talebini reddettiği zaman, yargılamada artık ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığını belirtmiştir<sup>224</sup>. Bu iddia karşısında Mahkeme öncelikle, ulusal mahkeme önündeki duruşmanın ikinci gününde ikrarda bulunmadan önce başvurucuya susma hakkının hatırlatıldığına ve suçlamalar hakkında daha önce verdiği ifadelerden hiçbirinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağına söylendiğine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal mevzuatın ve pratiğin, kötü muamele vasıtasıyla elde edilmiş ikrarlara bir sonuç bağladığına<sup>225</sup> ve başvurucunun durumunun bu noktada Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edilmeden önceki duruma döndürüldüğüne ikna olmuştur<sup>226</sup>. Buna ek olarak, bir müdafii ile temsil edilen başvurucu, duruşmanın ikinci gününde ve duruşmanın sonunda verdiği ifadelerde, 1 Ekim 2002 tarihindeki olaylara rağmen, suçunun sorumluluğunu almak üzere ve pişmanlık saikiyle serbestçe ikrarda bulunduğunu vurgulamış, tartışma konusu maddi delillerin kullanılmaması girişimi sonuçsuz kalmasına rağmen ikrarda bulunmuştur. Mahkemenin bu açıklamalar sonucunda verdiği karar aynen aşağıda yer almaktadır:

*“Dolayısıyla Mahkemenin, başvurucunun gerçeği söylemediğini, Bölge Mahkemesi yargılamanın başında tartışma konusu maddi delilleri kullanmamaya karar vermiş olsaydı başvurucunun ikrarda bulunmayacağını ve bu nedenle ikrarın sanık haklarını ortadan kaldıran tedbirlerin bir sonucu olarak görülmesi gerektiğini kabul etmesi için bir sebep yoktur<sup>227</sup>.*

*Her halükarda Bölge Mahkemesinin karar gerekçesinden anlaşılmaktadır ki, başvurucunun duruşmanın son gününde verdiği ikinci ikrar, öldürme suçundan mahkum edilmesinde hayati bir öneme sahip olup; eğer başvurucu ikrarda bulunmamış olsaydı, bu suçtan suçlu bulunmayabilirdi. Başvurucunun ikrarında, tartışma konusu maddi deliller tarafından kanıtlanabileceklerle alakası olmayan birçok ek unsur da yer almıştır. Maddi deliller, J.'nin boğularak öldürüldüğünü ve başvurucunun Birstein'deki gölete gittiğini gös-*

<sup>224</sup> Gäfgen v. Almanya, §181.

<sup>225</sup> Hulki Güneş v. Türkiye, Başvuru No. 28490/95, ECHR 2003-VII, §91; Göçmenv. Türkiye, §73.

<sup>226</sup> Gäfgen v. Almanya, §182.

<sup>227</sup> Gäfgen v. Almanya, §183.

terdiğinden, başvurucunun ikrarı J.'yi öldürme kastını ve ayrıca ardındaki saiki de kanıtlamıştır. Bu unsurlar karşısında Mahkeme, yargılamanın başında söz konusu delillerin kullanılmaması talebinin reddedilmesinden sonra başvurucunun sessiz kalamayacağına ve ikrardan başka bir savunma seçeneği bulunmadığına ikna olmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, soruşturma sürecinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın, başvurucunun duruşmada ikrarda bulunması üzerinde etkisi bulunduğuna da ikna olmamıştır<sup>228</sup>.

Sanık hakları konusunda Mahkeme, başvurucuya yargılama sırasında söz konusu maddi delillerin kabulüne itiraz etme fırsatı verildiğini ve başvurucunun bu fırsatı kullandığını, Bölge Mahkemesinin de bu delilleri kullanıp kullanmama konusunda takdir yetkisi bulunduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla başvurucunun sanık hakları bu yönden de göz ardı edilmiş değildir<sup>229</sup>.

Mahkeme, başvurucunun yargılama sırasında kendini suçlamama hakkının korumasından yoksun bırakıldığını iddia ettiğini kaydeder. Yukarıda söylendiği gibi, bir kimsenin kendini suçlamama hakkı, iddia makamının sanık aleyhindeki iddiasını, sanığın iradesi hilafına baskı ve zorlama metotlarıyla elde edilen delillere başvurmadan kanıtlayacağını varsayar. Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvurucunun mahkumiyetini, başvurucunun suçluluğunu kanıtlamak üzere söz konusu maddi delillere başvurmadan, yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarına dayandırdığına dair yukarıdaki tespitlerine göndermede bulunur. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucu aleyhindeki davada kendini suçlamama hakkına uygun davranıldığı sonucuna varmaktadır<sup>230</sup>.

Mahkeme, başvurucuyla ilgili olayın özel koşulları içinde, insanlık dışı muamele vasıtasıyla ifade alınmasından sonra toplanan söz konusu maddi delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinin, başvurucunun mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisi bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Başvurucunun sanık haklarına ve kendini suçlamama hakkına da saygı gösterildiğinden, yargılamanın bir bütün olarak adil olduğu kabul edilebilir. Buna göre Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkraları ihlal edilmemiştir<sup>231</sup>.

<sup>228</sup> Gäfgen v. Almanya, §184.

<sup>229</sup> Gäfgen v. Almanya, §185.

<sup>230</sup> Gäfgen v. Almanya, §186.

<sup>231</sup> Gäfgen v. Almanya, §187, 188.

### III. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edilmediği Kararı: Hukuk ile Hakkaniyet Arasında Kalan Terazi

MG'nin esas amacı, reddedilen delillerin dışlandığı bir ceza davasında yeniden yargılanma hakkı elde etmektir. MG bu nedenle mahkeme önünde ikrarda bulunmuş, ikrarına rağmen cezası en ağır şekilde verince AİHM'e başvurmuştur. Sonuçta Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca Frankfurt Bölge Mahkemesi'nin MG'nin adil yargılanma hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Böylelikle MG'nin bu çabası boşa çıkmıştır. Ancak MG'nin bu çabasını gören Mahkemenin, bunu engellemek için mi yoksa gerçekten bu şekilde olduğu için mi bu kararı verdiği bize göre tartışmaya açıktır. Bize göre gözleri kapalı hareket etmesi gereken adalet tanrıçası, bu kez "hakkaniyeti sağlamak düşüncesiyle" yanılmıştır. Bu da bize kurmuş olduğumuz adalet sistemin ulusal üstü seviyede dahi kırılma eğilimi göstermektedir.

Mahkemenin kararının oy çokluğuyla alındığı, çoğunluk görüşünün karşısında azınlık görüşünün de karşı oy görüşü olarak karara alındığı görülmektedir. Bu karşı oy görüşü, kararın analitik incelemesi açısından son derece önemlidir; zira çoğunluk görüşünün bakış açısını sağlam dayanaklarla sarsan bir görüş olarak kararda yer almaktadır.

Mahkemenin kararında eleştiri konusu yapılacak ilk husus, MG'nin mağduriyetinin devam edip etmediği noktasındadır. Mahkeme, polisler yetersiz de olsa ceza verilmesi ve kariyerlerinin etkilenmesini gözeterek, başvuru sahibinin mağduriyetinin giderildiğine karar vermiştir. Oysa böyle bir olayda mağduriyetin gerçek anlamda giderimi failere ceza vermek değil, hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin dışlanması suretiyle olurdu. Nitekim bu husus Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun farklı görüşlerinde belirtilmiştir. Bu bağlamda cezanın kendisinin de temel hak ve özgürlükler için bir tehdit olduğu gerçeğin örtülmesi pahasına cezanın temel hak ve özgürlükleri koruma amacına hizmet ettiği hallerde, ceza hukukunun temel bir prensibi olan *ikincillik (subsidiarity) ilkesinin* gözden kaçırılmaması gerekir. Cezalandırma silahını kullanmanın, sadece tehlikede olan menfaatleri veya değerleri korumak için başka vasıta bulunmaması halinde, kabul edilebilir olduğu unutulmamalıdır. Somut olayda polisler aleyhinde



görülmüş olan ceza davasının, Sözleşmeyle korunan çekirdek hakların bir kısmını oluşturan 3. maddenin gelecekteki ihlallerini engellemenin tek aracı olduğunu söylemek mümkün değildir. Aslında azınlık görüşünde de belirtildiği üzere somut olayda tespit ve kabul edilen Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali için en uygun giderim biçimi, Sözleşmenin ihlali suretiyle elde edilen delilin yargılamadan dışlanması olacaktır. Bu yapılmadığı için başvurusunun mağdurluk statüsü devam etmektedir<sup>232</sup>.

Ancak Mahkemenin kararının asıl eleştirilmesi gereken kısmı, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. ve 3. fıkraları ihlal edilmiş olmasına rağmen, ihlal kararı verilmemiş olmasıdır. Bölge Mahkemesinde yapılan yargılamada Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak sağlanan maddi delil, başvuru aleyhindeki ceza davasında delil olarak kullanılmıştır. Ayrıca bu delilin başvurusunun kendisini suçlayarak elde edilmiş olması, söz konusu ihlali şiddetlendirmiştir.

Nitekim Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın muhalif görüşlerinde bu husus ayrıntılı bir biçimde belirtilmiştir. Bir ceza davasında Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş bir delilin kabulü, temel ve hayati önemde bir ilke sorununun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Mahkemenin 3. maddenin ihlaliyle elde edilen ikrarın kabulü noktasındaki içtihadı son derece açıktır, buna göre ifadeler ister işkence isterse insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele suretiyle alınmış olsun, hiçbir zaman kabul edilemez.

Somut olayda tartışma konusu olan ve çözülmesi gereken sorun ise, işkence olmadığı halde 3. madde kapsamına giren bir muamelenin sonucu olarak elde edilmiş ifade dışındaki diğer delillerin (maddi delil) kabul edilmesinin yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediğidir. Bu sorunun çözümü özellikle bu bölümün ilk paragrafında bahsetmiş olduğumuz hususlar nedeniyle zor olmakla birlikte, somut olay Mahkemeye, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen deliller bakımından dışlama kuralının kapsamını belirleme açısından önemli

<sup>232</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun birleşik kısmen farklı görüşleri, §5-7.

bir fırsat sunmuştur. Mahkeme bu fırsatı değerlendirerek çok açık bir biçimde sanığın eylemi ve bu eylemin vahameti ne kadar ağır olursa olsun Sözleşmenin 6. maddesi bakımından adillığın hukukun üstünlüğüne saygıyı varsaydığını ve 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen delilin dışlanması şeklinde kategorik bir ilke cevabı vermek yerine; Sözleşme maddelerini zorlayarak ve önceden belirlediği ilkeleri esnetmek suretiyle bunun aksine karar vermiştir. Nitekim Mahkemenin inceleme konusu karardan önce de bu konuda bir ilke kararı vermekten çekindiği belirtilmiştir<sup>233</sup>. Oysa Sözleşmenin mutlak bir hükmünün ihlalinin bir sonucu olarak elde edilmiş delili kabul eden ve bir ölçüde bu delile dayanan bir ceza yargılamasının adil bir yargılama olarak kabul edilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir<sup>234</sup>.

Mahkeme, yerleşik içtihatlarında, niteliği ve kaynağı baskı ve zorlamayla lekelenmiş delillere dayanmanın adaletsiz olacağına karar vermiştir<sup>235</sup>. Mahkemeye göre, şiddet, vahşet veya Sözleşmenin 3. maddesine aykırı işkence veya kötü muamele olarak nitelendirilebilecek başka eylemler sonucu elde edilen ifadelerin kullanılması, bu delillerin başvuruçunun mahkumiyetini sağlamasında belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın, her zaman yargılamayı, bir bütün olarak, adil olmayan bir duruma getirecektir. Ancak bu ilkenin diğer delil türlerine aynı şekilde uygulanıp uygulanmayacağı incelenmeli ve bu konuda bir karar verilmelidir. Nitekim somut olay açısından Mahkemenin cevaplandırması ve bu konuda bir ilke belirlemek adına fırsata dönüştürmesi beklenen “sorun” budur.

Mahkeme, Jalloh v. Almanya davasında da benzer bir sorunla karşılaşmış ancak orada da bu soruyu açıkça cevaplamaktan kaçınmıştır. Mahkeme söz konusu davada, bir uyuşturucu satıcısı hakkındaki yargılamasının adil olmadığına karar vermiştir; zira kendisinin mahkum edilmesinde başı çeken sonucu belirleyecek olan delil, bir parça kokaindi ve bu Sözleşmenin 3. maddesinin ihlaline yol açan bir muamele ile elde

<sup>233</sup> Bunun gerekçesi olarak ise hem bu konuda ortak bir Avrupa yaklaşımının olmaması hem de Sözleşmenin delillere, özellikle de delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar koymaması gösterilmektedir. İnceoğlu, s.278.

<sup>234</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §2.

<sup>235</sup> Perry v Birleşik Krallık, Başvuru No. 63737/00, 26 Eylül 2002.

edilmişti. Uyuşturucunun içinde bulunduğu küçük çanta, şüpheliye zorla kusturucu bir ilacın verilmesi ve buna bağlı olarak şüphelinin kusması sonucu ele geçirilmişti. Söz konusu kararda Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin kullanılması kural olarak dışlamamıştır; ancak olayın özelliklerini dikkate alarak karar vermeyi tercih etmiştir. Buna karşın Mahkeme, kötü muamelenin işkence boyutuna ulaşması halinde, bu tür delillerin “ispat değeri ne olursa olsun hesaba katılmaksızın bir mağdurun suçluluğunun ispatında dayanamayacağına” işaret etmektedir<sup>236</sup>. Buna ek olarak, kötü muamelenin derecesi ne olursa olsun Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen tanıklık, yargılamayı adil olmayan hale gerektirmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, Gäfgen v. Almanya davasında verdiği kararda açıkça görüldüğü üzere tanıklığın kendisi ile böyle bir tanıklık neticesinde elde edilen maddi deliller arasından ayırım yapmıştır<sup>237</sup>.

Görüldüğü üzere Mahkeme, yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuka aykırı delil, yasak ağacın meyvesi kuramı ve delil değerlendirme yasakları konusunda net bir tavır sergilemekten kaçınmaktadır. Bu açıkça eleştirilmesi gereken bir tavidir. Nitekim bu konuda Sayın Ünver ve Sayın Hakeri'nin aşağıda alıntılıdığımız görüşlerine katılmamak mümkün değildir:

*“...Keskin çizgilerle hukuka aykırı delilden ne anlaşılması gerektiği ve bunu kullanıp kullanılmayacağını açıkça belirterek, taraf ülkelerin yargı makam ve kişilerini ileriye dönük olarak net göstergelerle yönlendirmek yerine, bu konuda suskun kalmak, bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığını değerlendirmek, savunma hakkına riayet edip edilmediğini gözeterek belirsiz bir alan bırakmakta ve böylece uygulamalar sonrası vakia önüne geldiğinde somut olaya dayalı olarak dosyadaki verilere göre bazen bazı gerekçelerle hukuka aykırı delilin kullanılabilmesine yeşil ışık yakmaktadır. Bu kabul edilebilir bir tutum ve yaklaşım değildir. Şüphesiz somut olayın içinde bulunduğu şartlara bakmak gerekliliği noktasında İHAM haklı olmakla birlikte, hukuka aykırılık kavramının kapsamı ve bunun delil ve ispat hukuka etkisi bakımından daha net ve açık kurallar önerilmesi çok gerekli ve daha yerinde bir hukuksal tutum olurdu”<sup>238</sup>.*

<sup>236</sup> Jalloh v. Almanya, §105.

<sup>237</sup> Buyse, s. 1599, 1600.

<sup>238</sup> Ünver/Hakeri, s.184.

Mahkeme, Gäfgen v. Almanya davasında vermiş olduğu karar ile insanlık dışı ve kötü muamele mutlak yasağının ihlali suretiyle elde edilen ifadeler ile aynı yolla elde edilen diğer deliller arasında bir ayırım başlatmıştır. Bu ayırımın gerekçesi ise belli olmadığı gibi, bize göre hukuki de değildir. Buradan hareketle Mahkemenin kararı ve bunun gerekçesi Sözleşmenin 3. maddesiyle güvence altına alınan mutlak hakların etkililiğini zayıflatma riskini de barındırmaktadır ki bu kararı verenler tarafından dahi öngörülemez büyük risktir<sup>239</sup>.

Somut davada çoğunluk, yargılamada kabul edilen başvuru aleyhindeki maddi delillerin, polis tarafından “Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden sorgulamanın doğrudan bir sonucu olduğunu” kabul etmiştir. Hukuka ve Sözleşmeye aykırı olarak elde edilen ikrarın sonucunda, çocuğun cesedinin bulunduğu yere gidilmiş, polisin talimatı üzerine başvuru cesedin bulunduğu yeri göstermiş, yer gösterme işleminin görüntüsü çekilmiş ve böylece başvuru kendini suçlandırıcı delilin bulunmasına yardımcı olmuştur. Bu delilin ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında mahkemeye sunulduğu, incelendiği, bu delile dayanıldığı ve Bölge Mahkemesinin kararında bu delille atıfta bulunulduğuna dair kuşku bulunmamaktadır. Bu duruma rağmen, çoğunluk yine de başvuru yargılanmasının adil olduğu, çünkü başvuru mahkum edilmesine ve cezalandırılmasına götüren “nedensellik zincirinin kırıldığı” sonucuna varmış ve bu görüş Mahkemenin kararı halini almıştır. Azınlıkta kalan Yargıçların da belirttiği üzere bu görüşe katılmak mümkün değildir<sup>240</sup>. Çünkü gözaltına almadan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine kadar, ceza muhakemesi birbiriyle tamamen bağlantılı organik bir bütün oluşturmaktadır. Bir aşamada meydana gelen bir olay, bir başka aşamada ortaya çıkan bir olayı etkiler ve bazen belirler. Adaletin gerekleri ve şüphelinin mutlak nitelikteki insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı, soruşturma aşamasında oluşan bir ihlalin olumsuz sonuçlarının yargılamadan bütünüyle silinmesini, verilen kararın hiçbir şekilde bu hukuka aykırılıktan az ya da çok, uzak veya yakın etkilen-

<sup>239</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §3.

<sup>240</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §4.

memesini gerektirir. Bu yaklaşım daha önce, kural olarak ceza davasının hazırlanmasında soruşturmanın önemini incelerken, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin yargılamada ele alınacak suçun çerçevesini belirleyeceğini söyleyen Mahkeme tarafından da teyit edilmiş ve vurgulanmıştır. Mahkeme, gözaltında bir müdafii ile görüşmenin kısıtlanmasıyla ilgili *Salduz v. Türkiye* kararında, daha sonra verilen hukuki yardımın ve sonraki yargılamanın çelişmeli olmasının, gözaltında geçen süre içinde meydana gelen kusurları düzeltmeyeceğini tespit etmiş ve Sözleşmenin 6. maddesinin ihlaline karar vermiştir<sup>241</sup>. Eğer bir müdafie danışma hakkının ihlali ile ilgili durum böyle ise bir şüphelinin insanlık dışı muameleye tabi tutulmama hakkının ihlali ve daha sonra böyle bir ihlal sonucu elde edilen delillerin ceza davasında kabulüyle karşılaşıldığında, aynı gerekçe tabii ki daha güçlü bir şekilde uygulanmalıdır<sup>242</sup>.

Çoğunluğun akıl yürütme şekli, ceza muhakemesini organik bir bütün olarak görmek yerine, ulusal mahkeme tarafından öldürme suçundan mahkumiyet ve azami ceza şeklinde belirlenen sonucun, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delillerin kabulünden etkilenmemesi için, muhakemeyi çeşitli bölümlere ayırmak, ayırtırmak ve analiz etmek şeklinde olmuştur. Oysa böyle bir yaklaşım yalnızca biçimci değil, aynı zamanda gerçeklikten de uzaktır; çünkü bu yaklaşım ceza muhakemesinin kendine özgü yapısı (soruşturmanın ve kovuşturmanın bir bütün ve ayrılmaz olması) ve bir muhakeme sürecinde söz konusu olan iç dinamikleri bütünüyle görmezden gelmektedir. Bize göre Mahkemenin kararında görmezlikten geldiği husus şudur: Nedensellik zincirini kırdığı belirtilen ikrar, başvuruçunun kendisi suçlandıracı delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinden hemen sonra yapılmış ve bütün delillerin duruşmada sunulmasından sonra ayrıntılı olarak tekrar edilmiştir. Dolayısıyla başvuruçunun, talebine rağmen, bu delillerin yargılamadan dışlanmadığını ve polislerin emri üzerine yerini gösterdiği ve suçluluğunu açıkça ortaya koyacak delillerin mahkemenin önünde olduğunu görmüştür. Buna göre başvuruçunun ikrarının hukuki olarak bir değeri ve önemi bulunmamaktadır;

<sup>241</sup> *Salduz v. Turkey*, Başvuru No. 36391/02, ECHR 2008-..., §58.

<sup>242</sup> *Gäfgen v. Almanya*, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §5.

zira başvuru dava sürecinde kanıtlanması gereken her şey zaten kanıtlandıktan sonra ikrarda bulunmuştur. Başvurucunun ikrarından önceki kanıtlama işlemi ise hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerden yola çıkılarak elde edilmiş, zehirli ağacın meyvesi kullanılmıştır. Bu davanın ve makalemizin işlediği problemin özü de buradadır<sup>243</sup>.

Mahkeme kararında, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin dışlandığının beyan edilmesiyle yargılamanın hukuka aykırılıktan kurtulduğunu, bu delillerin yalnızca ikrarın sınanması için kullanıldığını ve yargılamaya etkisinin az olduğunu ileri sürmektedir. Oysa bunun tam tersi bir akıl yürütmenin çok daha sağlam dayanaklarla yapılması mümkündür. Buna göre, delillerin Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmelerinin ve daha sonra yargılamada kabul edilmelerinin, davanın daha sonraki seyrinde ve sonucu üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Başvurucunun sadece soruşturma aşamasında verdiği ifadelerin dışlanması, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin sebep olduğu kusurun düzeltilmesinde bir yararı olmuşsa bile bu son derece küçük bir yarardır. Söz konusu deliller bir kez kabul edildiğinde, başvuru savunma özgürlüğü bütünüyle değilse bile önemli ölçüde kısıtlanmış olmakta ve kendisine isnat edilen suçlardan mahkumiyeti kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu durum başvuru kendisini etkili bir şekilde savunma yeteneği üzerinde ciddi şüphe meydana getirmekte, bu da tarafların ve silahların eşitliği ilkesinden hareket edildiğinde yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarmaktadır<sup>244</sup>. Başvurucunun duruşmada ikrarda bulunması ya da bu ikrarın doğruluğunu ortaya koymak için hukuka aykırı delillere, görünüşte sınırlı bir şekilde dayanılmış olması, hukuka aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmesinin neden olduğu açık yargılama kusurunu düzeltmezler. Başvurucunun temel nitelikteki adil yargılanma hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamanın tek yolu, hukuka aykırı delilleri dışlamak ve iddia makamının elinde bulunan kirlenmemiş delillere dayanarak (eğer mümkünse) bir yargılama yürütmektir<sup>245</sup>.

<sup>243</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §6.

<sup>244</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §7.

<sup>245</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve

Mahkeme bu kararıyla ilk defa, en azından yargılamanın adilliği üzerindeki sonuçları bakımından, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği hallerde bu maddenin yasakladığı işkence ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele arasında ayırım yapmış ve ikilik yaratmıştır. *Aslında Mahkeme, şüpheliye insanlık dışı muamele uygulamak suretiyle elde edilen maddi delillerin, yargılamada delil olarak kabul edilebileceği ve bu delillerin davanın sonucu üzerinde bir etkisi bulunmuyorsa, böyle bir yargılamanın yine de "adil" görülebileceği sonucuna varmıştır.* Nitekim öğretilerde Mahkemenin hukuka aykırı elde edilen delillerden hareketle, elde edilen delillerin bazılarının meyvelerinin adeta "öldürücü zehirliler" bazılarının ise "öldürücü olmayan zehirliler (tatlılar)" olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir<sup>246</sup>. Ancak bu delilin yargılamada bir etkisi yoksa bu delillerin kabul edilmesinin de bir anlamı kalmamaktadır. Buradan hareketle aynı gerekçeyle işkenceyle elde edilmiş maddi delillerin de kullanılması pekala mümkün olabilecektir. Örneğin bir işkence mağdurunun yargılama sırasında ikrarda bulunmasının işkence ile mahkumiyet arasındaki nedensellik zincirini kırması halinde, yargılamanın başında bu delillerin kabul edilmesine izin verilip, nedensellik zincirinin kırılmasının beklenmesi mümkün olabilecektir. Böylelikle işkence tehdidi için geçerli olan akıl yürütmenin aynı şekilde işkence için de yapılması kolay ve olağandır. İşte bu ayrımların ve akıl yürütmelerin ulaşacağı vahim sonuçlar bizi bu şekilde düşünmekten ve somut olaya göre çözüm üretmekten alıkoymaktadır. Hukukun üstünlüğü üzerine kurulu toplumlar, doğrudan veya dolaylı ya da başka bir biçimde Sözleşmenin 3. maddesiyle mutlak bir şekilde yasaklanmış eylemlerin gerçekleştirilmesine hoşgörü göstermemeli, bunları onaylamamalıdır. Aksi takdirde üstüne bastıkları ve uygarlıklarının zemini olan temel değerlerin bir anda ayaklarının altından gittiğini görürler; nitekim tarih bunun örnekleriyle doludur. Sözleşmenin 3. madde metni ya da Sözleşmenin bir başka maddesi, işkenceye bağlanan sonuçlar ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye bağlanan sonuçlar arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. İnsanlık dışı muameleyi sonuçları itibarıyla işkenceden farklı görmeyen hukuki bir temeli yoktur. Dolayısıyla azınlık görüşünde belirtildiği üzere *ne*

<sup>246</sup> Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §8. Ünver/Hakeri, 209, dn.629.

*'nedensellik zincirinde bir kırılma' ne de zihinsel yapılandırma, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kabulü halinde meydana gelen yanlıştın üstesinden gelebilir*<sup>247</sup>.

Mahkeme sürekli olarak, Sözleşmenin 3. maddesinin mutlak bir hak içerdiğini ve bu hakkı Sözleşme'nin 15/2. fıkrasına göre olağanüstü hallerde bile askıya almanın mümkün olmadığını söylemiştir<sup>248</sup>. Bu hak mutlak olduğundan, bu hakkın bütün ihlalleri de ağırdır ve yasağın mutlaklığını güvence altına almanın en etkili yolu Sözleşmenin 6. maddesi söz konusu olduğunda dışlama kuralının sert bir şekilde uygulanmasıdır. Böyle bir yaklaşım, insanlık dışı muamele yapmaya yeltenmiş devlet görevlilerinde, böylesi yasak bir eylemde bulunmanın gereksizliği konusunda bilinç oluşturacaktır. Bu yaklaşım, kamu görevlilerini, şüphelilere Sözleşmenin 3. maddesiyle bağdaşmayan bir tarzda muamele etme konusunda, potansiyel dürtü veya hevesten yoksun bırakacaktır<sup>249</sup>. Bu yaklaşım Amerikan hukukundaki, kolluk güçlerini disiplin altına almak için hukuka aykırı delil öğretisi ve dışlama kuralının uygulanmasını çağrıştırmaktadır ve doğrudur. Zaten bu öğretinin ve kuralın çift fonksiyonu olduğu (insan haklarını korumak ve kolluk güçlerini disiplin altına almak) tartışmasızdır. Ancak bu iki fonksiyon sürekli olarak birbirlerini desteklemektedir. Hele bizim gibi bu işte sabıkalı bir ülke açısından bu görüşün ne kadar isabetli olduğu da tartışmadan varestedir.

Ülkemiz öğretisinde bu konuda farklı görüşler bulunduğu gibi, uygulamada da farklı kararlar bulunmaktadır. Bazı yazarlar hukuka aykırı delilin uzak etkisi bağlamında işkence veya kötü muamele sonucu elde edilen delillerin ve diğer hukuka aykırı elde edilen delillerin hiçbir şekilde muhakemede kullanılmaması gerektiğini ifade ederlerken<sup>250</sup>; bazı yazarlar ise bu konuda hukuksal yararların değerlendiril-

<sup>247</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §9.

<sup>248</sup> Chahal v. Birleşik Krallık, Reports 1996-V, 15 Kasım 1996, §79; V. v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 24888/94, ECHR 1999-IX, §69; Ramirez Sanchez v. Fransa, §116; Saadi v. İtalya, §127.

<sup>249</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §10.

<sup>250</sup> Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.427-429; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999, s.547-



mesi gerektiğini, özellikle işkence ve kötü muamele dışındaki hukuka aykırılıklarda ya da işkence ve kötü muamele ile elde edilmiş deliller dışlandığında bunlara bağlı olarak elde edilse de başka delillerin bulunması halinde bunların kullanılabileceğini belirtmektedirler<sup>251</sup>. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda da bize göre ilkesel bir tutum bulunmamakta, somut durumun şartlarına göre karar verilmektedir<sup>252</sup>. Bu konuda yapmış olduğumuz araştırmalar neticesinde, huku-

---

549; Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s.128; Ünver/Hakeri, s. 194, 195, 208; Ersan Şen, Türk Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.86 vd; Özgün Öztunç, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.195, 196; Muharrem Özen/Mustafa Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", YÜHFD, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, C.IX, S.2, 2012, s.324, 325; Ali Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.55, 2004, s.41 vd.; Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1996, s.305 (Ancak Demirbaş bu düzenlemenin tıkanma noktasına gelen ceza adalet sisteminde büyük sorunların ortaya çıkaracağını, bunu önlemek ve yanlıştan bir an önce dönmek için CMUK m.254/2'nin kaldırılması veya sisteme uyar şekilde değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir); Timur Demirbaş, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.355-357 (Demirbaş, eserinin güncellenmiş son baskısında yukarıda yer alan ifadelere yer vermemiş ve halen yürürlükte olan CMK ve Anayasanın 38/6. maddesi gereğince böyle bir tartışmanın dahi gereksiz olduğunu belirtmiştir).

251 Feridun Yenisey, "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller", 24.10.1994 tarihinde Yargıtay'da sunulan tebliğ, Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu,, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Madde 1-257, Ankara 1995, s. 1238, 1239; Cumhur Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s.232, 233; Kayıhan İçel, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,1998, s.124; Ayhan Önder/Erol Cihan, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku'na 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.31; Adem Sözüer, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.3, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, 1997, s. 109, 110; Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997, s.274.

252 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2005/7-144, K. 2005/150, Kt. 29.11.2005. Bu kararda hukuka aykırı yapılan arama sonucunda ele geçirilen hint kenevirinin delil olarak kullanılmayacağı belirtilirken, sanıktan bu aramayla bağlantılı olarak elde edilen ve başka bir delille desteklenmeyen ikrarın tek başına hukuka uygun bir delil olduğuna karar verilmiş ve sanık hakkındaki mahkumiyet kararı onanmıştır (Hint keneviri kararı olarak bilinmektedir). Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/7-160, K. 2009/264, Kt. 17.11.2009. Bu kararda ise hukuka aykırı yapılan arama sonucu ele geçirilen sahte rakı imalatına ilişkin malzemelerin delil olarak

ka aykırı delil ve delil yasakları konusuyla ilgili özellikle Amerikan ve Alman hukuk öğretisi ile Avrupa İnsan Hakları Hukukuna ilişkin çalışmalarda yer aldığı gibi ayrıntılı açıklamaların ülkemiz öğretisinde bulunmadığını görmekteyiz. Ancak bu husus bir başka çalışmamızın konusunu oluşturduğu için burada ayrıntıya girmeyi tercih etmiyoruz. Ülkemiz açısından Alman hukukundan farklı olan en önemli hususun ise 1982 Anayasasının 38. maddesiyle kamu görevlisi olmayan üçüncü kişiler tarafından da hukuka aykırı yollarla delil elde etmenin yasaklanmış olduğunu söyleyebiliriz<sup>253</sup>. Böylelikle ülkemiz hukuk düzeninde, Alman hukukunda olduğu gibi kişi bakımından ayırım bulunmamaktadır. Hukuka aykırılığı yapan kim olursa olsun elde edilen delilin ve bunlardan yola çıkılarak elde edilen delilin kullanılmaması gerekir. Ancak bu çalışmanın konusu oluşturan kararda tartışma konusu yapılan diğer hususlar ülkemiz öğretisi ve uygulaması açısından da tartışmalıdır.

Bir insan olarak somut olayın şartlarının çok zor olduğunu, bunun hem polisler hem JM'nin ailesi ve hem de suçtan uzak duran sıradan insanlar için şok edici bir durum olduğunu kabul ediyoruz. Hele hukuk eğitimi almamış bir insanın MG gibi bir katil hakkında "*onun hiçbir korumaya hakkı yok, çocuk katiline ne ceza gerekiyorsa o verilsin*" ifadesini kullanmasını son derece olağan buluyoruz<sup>254</sup>. İşte tam da burada hukuk kurallarının genel geçerliği, somut olayı değil soyut

---

kullanılmayacağı, başkaca bir delil ya da ikrar olmadığı için suçlamaya yeterli delil olmadığı, bir an için ikrar olsa dahi hukuk aykırı elde edilen bir delile dayanılarak elde edilen bu ikrarın delil değerinin olmadığı ayrıca başka delillerle desteklenmediği için de kullanılmayacağı belirtilerek Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin reddine karar verilmiştir (Sahte rakı kararı olarak bilinmektedir).  
<sup>253</sup> (Ek fıkra: 4709 - 3.10.2001 / m.15) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

<sup>254</sup> Nitekim Alman hukukçu Prof. Dr. Walter Perron bu konuda kaleme aldığı makalesinde "o zamanlar bu olay hakkında konuştuğum tüm kişiler, kendiliğinden ve içtenlikle Daschner'in yerinde olsalardı, farklı davranmayacaklarını açıkladılar... Başlangıçta, bu olaydaki işkence tehdidini doğru kabul eden sesler açık bir şekilde ağır basıyordu. Hatta bir çoğu Daschner'in bir madalya alması için teklifte bulunmak istediler. En geç mahkeme yargılamada Daschner'e karşı açık ifadeler bulunduğu ve polisin tutumu sadece hukuka aykırı olarak değil, aynı zamanda ağır insan onuru ihlali olarak nitelendirildiğinde, atmosfer tersine döndü ve extrem olaylarda işkence tehdidi ve uygulamasına izin verilmesine yönelik özel düzenlemelerin getirilmesi talepleri söylenmemeye başlandı." demektedir. Bkz: Perron, s.1622.

durumları göz önünde bulundurarak düzenlenmesi, bunun da hukuk güvenliğini sağlaması hususlarını hatırlatmak istiyoruz. Nitekim paragrafın başında kurmuş olduğumuz cümlelerin hukuk eğitimi almış bir hukukçu tarafından söylenmemesi gerektiğinin altında yatan neden de budur. Buradan hareketle Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalleri söz konusu olduğunda, dışlama kuralının sert bir şekilde uygulanmasından çıkacak sonuçların da göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtiyoruz. Bu kuralın sert uygulanmasının sonucu olarak bazen güvenilir ve güçlü deliller de dışlanmak zorunda kalınabilecek ve bir suçun kovuşturulması üzerindeki etkisi bu suretle yumuşayabilecektir. Ayrıca bu tür delillerin dışlanması, sanığın ağır bir ceza alacakken daha hafif bir ceza almasına yol açabilecektir. Ancak böyle bir durum meydana geldiğinde, sanığın böyle bir avantaja sahip olmasının sorumluluğu, saikleri ne olursa olsun, şüpheliye insanlık dışı muamele yapılmasına izin veren/göz yuman ve böylece ceza davasından çıkacak kararı riske atan devlet yetkililerindedir<sup>255</sup>.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan birisi, toplumun suçluların kovuşturulması ve cezalandırılmasındaki yararıyla, uygar toplumların temelini oluşturan insan onuruna saygı hakkına ilişkin yararın yarışmasıdır. Bu hak yarışında, söz konusu haklardan hangisine üstünlük tanınacağı ise davanın sonucunu belirleyecektir. Ne yazık ki Mahkeme bunlardan ilkinde üstünlük tanımıştır, bize göre üstün olması gereken her ne şart altında olursa olsun ikinci haktır. Nitekim azınlık görüşünde bu husus çok güzel bir şekilde dile getirilmiştir<sup>256</sup>:

*Suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve genel olarak halkın, suç faaliyetlerinde bulunanların kovuşturulmasında ve cezalandırılmalarında menfaatleri bulunduğunu da biliyoruz. Ancak bize göre, hukukun üstünlüğü üzerine kurulu uygar toplumların değerlerinin muhafazasında da, aynı şekilde hayati, zorlayıcı ve yarışan bir kamu yararı vardır. Bu tür toplumlarda, amacı ne olursa olsun, bireylerin insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmalarına hiçbir şekilde izin verilemez. Buna ek olarak, yargısal usulün bütünlüğünün sağlanmasında ve sürdürülmesinde çok önemli bir kamu yararı vardır; mutlak nitelikteki bir insan hakkının ihlali suretiyle elde edilen*

<sup>255</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §11.

<sup>256</sup> Benzer görüş için bkz: Ünver/Hakeri, 209, dn.629.

*delilin yargılamada kabulü, bu usulün bütünlüğünü zayıflatır ve tehlikeye sokar. Bize göre, Sözleşme'nin 3. maddesiyle güvence altına alınan insanlık dışı muameleye tabi tutulma şeklindeki mutlak hakkın zayıflatılması pahasına suç faaliyetleri soruşturulamaz ve bireyin mahkumiyeti sağlanamaz. Aksini kabul etmek, çekirdek değerleri feda etmek ve adalet dağıtmayı itibarsızlaştırmak anlamına gelir<sup>257</sup>.*

Ayrıca burada belirtmek istediğimiz bir başka husus, Mahkemenin özellikle Türkiye ve Rusya gibi insan hakları ihlalleri konusunda sabıkası olan ülkelerde göstermiş olduğu ve pek çok örneği olan hassasiyeti ve titizliği bu davada göstermemiş olmasıdır. Bu ifademizin yanlış anlaşılmasını istemeyiz. Biz Türkiye ve Rusya gibi ülkeler için titiz davranılmasını değil; Almanya'dan gelen bir vakada titiz davranılmasını eleştiriyoruz. Hukuka aykırı delil toplamanın ve hele bunun işkence veya insanlık dışı kötü muamele ile yapılmasının hiçbir ayırım ve çıkarım yapılmaksızın soruşturmanın ve/veya kovuşturmanın herhangi bir aşamasında kullanılmasının o yargılamayı adil olmaktan çıkarttığı, bunun 6. maddenin bir ihlali olduğunun, ülke ve somut olayın şartları gözetilmeksizin, beyan edilmesini istiyoruz. Nitekim aynı ayırım Jalloh v. Almanya davasında da yapılmış ve Mahkeme o davada da bir karar vermek kaçınmıştır. Oysa Mahkeme önüne gelen olayda durumun zorluğunu ve hangi ülkeden geldiğini gözetmeksizin, Sözleşmenin maddeleri, Mahkemenin içtihatları ve hukukun üstün değerlerini gözeterek kararını vermelidir. Aksi takdirde karar hem içerik açısından hem de bu şekildeki yan etkileri açısından tartışma konusu olacak hepsinden de önemlisi Mahkemenin güvenilirliği üzerinde ciddi soru işaretlerinin oluşmasına neden olacaktır.

Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılmasının başvuru hakkındaki bir ceza davasında kendisinin aleyhine bir sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin, yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yargılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin alınmasını ve özellikle Sözleş-

<sup>257</sup> Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §12.

menin 3. maddesiyle elde edilen delillerin dışlanması gerektirebileceği ihtimalini yok saymadığını açıkça ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, başvuru konusu olayda bu mesele hakkında karar vermenin gerekli olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, soruşturma sırasında yasaklanmış yöntemle sorgulamanın başvuru konusunun yargılanmasında devam eden bir etkiye sahip olup olmadığını ve kendisi için dezavantajlar doğurup doğurmadığını incelemesinin gereksiz olduğunu belirtmiştir.

### Sonuç

Yukarıda incelemiş olduğumuz karar, hem verilmesini gerektiren olay hem de yapılan yargılama sonucunda ulaşılan sonuç açısından çarpıcı ve etkileyicidir. Olay, gerçekten de kamu vicdanında derin etkiler bırakan, bu kadar da olmaz dedirten, insanları inandıkları değerlerin dışına çıkarak değer yargısında bulunmaya zorlayan niteliktedir. Olayın soruşturulması ve kovuşturulması da aynı şekilde, işkence tehdidi ile delil elde edilmesi ve bu delillere dayanılarak hüküm kurulması nedeniyle benzer niteliktedir. Dolayısıyla ayrıntılı bir incelemeyi hak eden ve bundan ceza muhakemesi politikası açısından sonuçlar çıkartılmasını gerektiren gereken bir karardır.

Nasıl ki suç politikası hangi eylemlerin suç olmaktan çıkartılmasını ya da yeni suç tiplerini oluşturulmasını, hangi suça ne kadar ceza verileceğini, hangi eylemlerin daha önemli suçlar olduğunun belirlenmesi gibi çeşitli işlevleri yerine getirmek suretiyle yaşayan ceza hukukuna yön veriyorsa; ceza muhakemesi politikası da hangi yöntemlerle suç soruşturma yapılacağı, hangi delillerin kullanılıp, hangilerinin dışlanacağı, hangi suça neredeki ve hangi mahkemenin bakmakla görevli olacağı gibi işlevleri yerine getirmek suretiyle ceza muhakemesi hukukuna yön vermelidir. Bu yön verme bazen yasa normlarıyla, bazen ceza muhakemesi hukukunun genel ilkeleriyle, bazen de mahkeme içtihatlarıyla yapılmaktadır.

AİHM bu kararıyla, içtihat yoluyla ulusal ceza muhakemesi politikalarının oluşturulması bağlamında önemli bir görüş belirtmiştir. Ancak bize göre bu görüş ileriye atılan bir adım değil, tam tersine bu alandaki çeşitli kazanımların kaybına yol açabilecek geriye doğru atıl-

mış bir adımdır. Bugüne kadar fail ceza hukukundan fiil ceza hukukuna geçiş, yargılama yönteminin değişmesi, hukuka aykırı delillerin dışlanması gibi pek çok ilkesel ilerleme sağlamış ceza muhakemesi hukuku; bu karar ile hukuka aykırı delillerin uzak etkisi öğretisini dışlayarak, belli bazı durumlarda bu tür delillerin ispatta kullanılabilmesinin kabulü edilmesiyle önemli bir mevzi kaybetmiştir.

Bu karar, ülkelerin iç dinamikleri de hesaba katılarak değerlendirilmelidir. Gäfgen v. Almanya kararında görüldüğü üzere, Emniyet Müdür Yardımcısı D, yaptığı hukuka aykırı işlemi ve bunun nedenini bir not kağıdına yazarak soruşturma dosyasının içine yerleştirmiştir. Bu davranış, o ülke insanın kültürüne ve iç dinamiklerine has bir tutumdur. Aynı davranışı bizim ülkemizin insanından ve özellikle polisinden beklemek fazla iyi niyetli bir yaklaşım olur. En ufak bir geldiğin büyütülüp büyük bir oyuğa çevrildiği, en küçük bir istisnanın ise kural haline getirildiği ülkemizde özellikle kolluk kuvvetlerinden böyle bir davranışın beklenmemesi gerekir. O halde ülkemiz açısından hukuka aykırı delil, delil yasakları ve hukuka aykırı delilin uzak etkisi öğretilerinin en ufak bir gedige izin vermeyecek şekilde düzenlenmesi ve uygulanması gerekmektedir. Oysa bu karar, ülkemiz ve ülkemiz gibi düşünen ve hareket eden toplumlara sahip diğer ülkeler açısından büyük bir oyuk açacak niteliktedir. Bu açıdan da karar, büyük bir talihsizlik olmuştur.

Ceza muhakemesi politikası açısından tamamen hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delil kullanılmak suretiyle maddi gerçeğe ulaşılmak isteniyorsa, her ne amaçla ve hangi suçta olursa olsun bir ihlal var ise bu ihlal suretiyle elde edilen delil ister doğrudan elde edilmiş isterse bu delil kullanılarak elde edilmiş dolaylı başka bir delil olsun; yargılamanın hiçbir aşamasında kullanılmamalı ve bunların dışlandığı açıkça belirtilmelidir. Aksi takdirde söz konusu yargılamanın adilliği daima tartışma konusu olacaktır. Yapılan ihlalinin işkence, insanlık dışı muamele ya da işkence tehdidi olması açısından ise hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu tür ihlaller, nitelik açısından farklı olsalar da yarattıkları etki ve neticeleri aynıdır. Dolayısıyla hiçbir şekilde himaye ya da müzahama gösterilmemelidir. Bunun da yolu bu tür delillerin her ne pahasına olursa olsun dışlanmalarından geçmektedir.

Öte yandan bu karar Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nun sistematikte ve bakış açısında ciddi bir çatlığa neden olmuş, bugüne kadar iyi bir itibar edinmiş Mahkemenin de bu duruşunun sorgulanmasına yol açmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere benzer bir olayın Türkiye, Bulgaristan ya da Romanya gibi bir ülkede gerçekleşmesi halinde böyle bir tavizin verilip verilmeyeceği tartışmalıdır. Ancak aynı durum Almanya'da gerçekleştiğinde, önceki benzer kararlarda da görüldüğü üzere, bu taviz rahatlıkla verilmiştir. Oysa Sözleşmeye taraf ülkeler arasında ekonomik, sosyal ya da bir başka nedenle ayırım yapılmaması, kararların politik saiklere değil, hukuki gerekçelere dayanılarak verilmesi gerekir. Söz konusu karar bu açıdan da düşündürücü olmuştur.

İnceleme konusu dava özelinde devlet görevlilerinin hayli zor ve yoğun bir durumda hareket ettikleri son derece açıktır. Ancak bu durum, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ederek maddi delil elde edildiği, bu delillerin de daha sonra başvurusunun yargılandığı ceza davasında kullanıldığı ve kararda bu delillere dayanıldığı gerçeğini değiştirmektedir. Mevcut olayda durum çok önemli olmakla birlikte mutlak değerler, işte tam da bu kriz zamanlarında, dimdik ayakta durmalı ve uygulanmalıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere davanın esas tartışmalı konusunda yargıçlar on bire karşı altı oy olarak ikiye bölünmüşlerdir. Azınlıkta kalan yargıçlar, Mahkemenin çok daha açık ve kategorik bir şekilde ceza muhakemesinden "zehirli ağacın meyvesinin" dışlanması gerektiğine ilişkin açıkça tanımlanmış bir kural oluşturması gerektiğini vurgulamışlardır. Sonuç olarak bu tartışma henüz tamamen kapanmamıştır ve gelecekteki benzer davalarda yeniden bu konuyla yüz yüze kalınacaktır; zira kötü muamele yoluyla elde edilen bu gibi deliller, benzer davalarda da belirleyici rol oynayacaktır<sup>258</sup>.

Bu noktada Prof. Dr. Perron'un **sözlerine dikkatle kulak vermekte yarar vardır**: "...Bir çok saygıdeğer meslektaşla *extrem istisnai olaylarda işkence tehdidi ve uygulanmasını meşru kabul etmek noktasında fikir birliği içinde olsak da, hukuk devleti bunu kendini tehlikeye düşürmeksizin uygulamaya geçiremez. Bu yüzden tartışmayı sürdürmeyi bırakmalıyız ve işkencenin*

<sup>258</sup> Buyse, s.1600.

*son çıkış yolu olarak görüldüğü olayların neredeyse hiç gerçekleşmeyeceğini ümit etmeliyiz. Alman hukuk devleti, özellikle 1970'li yıllarda kızıl ordu fraksiyonu tarafından politikacıların ve diğer yüksek devlet ve kurum temsilcilerinin kaçırılmasında bir çok şeye katlanmıştır. Jakop von Metzler'in kaçırılması olayındaki polis başkan yardımcısı Daschner gibi, bunun için gerekli güce sahip olmayan ve diktatörlüğün terör araçlarına başvurma arzusuna yenik düşen her bir sorumlu kişiyi bireysel olarak belki bağışlamayı deneyebiliriz fakat onların fiiline tüm açıklıkla karşı koymak zorundayız ve işkencenin hukuk devletinde bir yere sahip olamayacağını açıkça söylemek zorundayız”<sup>259</sup>.*

Dolayısıyla Mahkemenin bu kararı hem işkenceye karşı duruşta hem de buna bağlı olarak adil yargılanma hakkında önemli ve tamiri zor bir gedik açmıştır. Dileriz ki bu gedik daha da büyütülerek olağan bir uygulama haline getirilmez.

## KAYNAKLAR

- Amelung Knut, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1990.
- Amnesty International, USA: Shadow over Justice, <http://amnesty.org/en/library/info/AMR51/094/2010/en>, 30.3.2013.
- Ast Stephan, “The Gäfgen Judgment of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Criminal Proceedings”, German Law Journal, Vol.11, No.12, 2010, s.1393-1405.
- Ast Stephan, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2010.
- Brugger Winfred, “Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?”, JuristenZeitung, 55 Jahrg., Nr.4, 18 Februar 2000.
- Buyse Antoine, “Introductory Note to European Court of Human Rights (Grand Chamber): Gäfgen v. Germany”, International Legal Materials, American Society of International Law, Washington D.C., Vol.49, No.6, 2010, s.1597-1639.
- Çınar Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.55, 2004, s.31- 64.
- Demirbaş Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Demirbaş Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1996.

<sup>259</sup> Perron, s.1630, 1631.



- Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.
- Dülger Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması ve 14 Nolu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler", C.II, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.237-320.
- Gaede Karsten, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf Konkrete und Wirksame Teilhabe durch Verteidigung Gemäss Art. 6 EMRK, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2007.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasası, 2. Bası, İstanbul, Kavram, 1994.
- Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2009.
- Greco Luis, "Die Regeln hinter der Ausnahme: Gedanken zur Folter in sog. Ticking Time bomb – Konstellationen", Goldammer's Archiv für Strafrecht, Vol.154 No.11, 2007, s.628-643.
- Harris David/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Harris O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2009.
- Herzberg Rolf Dietrich, "Folter und Menschenwürde", JuristenZeitung, 60. Jahrg., Nr.7, 1 April 2005, s.321-328.
- Hilgendorf Eric, "Folter im Rechtsstaat?", JuristenZeitung, 59. Jahrg., Nr.7, 2 April 2004, s.331-339.
- İçel Kayıhan, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,1998, s.121-127.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002.
- Janis Mark/Richard Kay/Anthony Bradley, European Human Rights Law – Text and Materials, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2000.
- Joerden Jan, "Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern", 13 Jahrbuch für Recht und Ethik, 2005, s.495-525.
- Kaymaz Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997.
- LaFave Wayne R./Jerold H. Israel/Nancy J. King, Criminal Procedure, 4. Bası, St. Paul, Thomson & West, 2004.
- Luhmann Niklas, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt am Main, Shurkamp, 2000.
- Maurer Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Bası, Münih, C. H. Beck, 2009.
- Mittag Matthias, "A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure", German Law Journal, Vol.7, No.8, 2006, s.637-645.
- Mole Nuala/Catharina Harby, A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbook No.3, 2. Bası, Council Of Europe Publishing, Strasbourg, 2003.

- Önder Ayhan/Erol Cihan, *Özet Ceza Muhakemesi Hukuku'na 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Önok Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Özbek Veli Özer, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", *Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.II*, Ed: Eric Hilgendorf/Yener Ünver, İstanbul, Yedi-tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010, s.911-928.
- Özen Muharrem/Mustafa Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", *YÜHFD, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, C.IX, S.2*, 2012, s.301-329.
- Öztunç Özgün, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Öztürk Bahri/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999.
- Öztürk Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.
- Perron Walter, "İşkenceye Dönüş - Özgürlükçü Hukuk Düzeni Tehlikede Mi?", *Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs - 4 Haziran 2010), C.II*, Ed: Adem Sözüer, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013, s.1619-1631.
- Peters Edward, *Torture*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996.
- Roxin Claus/Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, München, C. H. Beck, 26. Bası, 2009.
- Scheb John M./John M. Scheb II, *Criminal Law & Procedure*, 7. Bası, Belmont CA, Wadsworth Cengage Learning, 2011.
- Schroeder Friedrich Christian, "Ceza Mahkemesinde 'Fair Trial' İlkesi" *Adil Yargılama Hakkı*, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, 2004, s.145-178.
- Sözüer Adem, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.3*, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, 1997, s.65-110.
- Şahin Cumhur, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- Şen Ersan, *Türk Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998.
- Ünver Yener/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku, C.II*, 7. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- White Robin C. A./Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey *The European Convention on Human Rights*, 5. Bası, New York, Oxford University Press, 2010.
- Yenisey Feridun, "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller", *24.10.1994 Tarihinde Yargıtay'da Sunulan Tebliğ*, Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, *Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun Yorumu, C.I*, Madde 1-257, Ankara 1995, s. 1214-1239
- Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

# BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANDLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE EKONOMİK YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ

## THE LEGAL CHARACTERISTICS OF ECONOMIC SANCTIONS UNDER THE UNITED NATIONS CHARTER AND THEIR JUDICIAL REVIEW

Berat Lale AKKUTAY\*

**Özet:** Makalede, Birleşmiş Milletler Sisteminde ekonomik yaptırımların hukuki niteliği değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme, genel olarak uluslararası hukuk, Birleşmiş Milletler Andlaşması, örgütün uygulamaları ve çeşitli mahkeme kararları çerçevesinde yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ekonomik Yaptırımlar, BM Güvenlik Konseyi, Yargısal Denetim, Kadi Davası, Temel Hak ve Özgürlükler.

**Abstract:** This article evaluates the legal aspects of economic sanctions in the UN System. This assessment is based on the international law in general, UN law and the judicial decisions of several courts.

**Key words:** Economic Sanctions, UN Security Council, Judicial Review, Kadi Case, Fundamental Rights.

### Giriş

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla askeri ve askeri olmayan çeşitli önlemler alma yetkisine sahiptir. Bu önlemler günümüzde “yaptırım” olarak kabul edilmektedir. Askeri nitelikte olmayan önlemlerin büyük çoğunluğunu ekonomik yaptırımlar oluşturur. Konseyin uygulamaları ile gelişen ve çeşitlenen ekonomik yaptırımlar, birtakım uluslararası hukuk ihlallerini de beraberinde getirmiştir. Özellikle bireylerin malvarlıklarının dondurulmasına yönelik yaptırımların uygulanması nedeniyle açılan

\* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

davalar neticesinde verilen kararlar, ekonomik yaptırımların hukuki niteliği ve yargısal denetimi meselesinin ayrıntılı olarak incelenmesini gerektirmektedir. Bu çalışmanın amacı, Birleşmiş Milletler Andlaşması ve uygulaması çerçevesinde, ekonomik yaptırımların hukuki dayanakları, sınırları ve ulusal ve uluslararası mahkemelerce denetimini incelemektir. Bu inceleme, uluslararası hukukta yaptırım kavramının açıklanması, Birleşmiş Milletlerce yaratılan hukuk sistemi içerisinde yaptırımların konumu ve Uluslararası Adalet Divanı, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi ve çeşitli ulusal mahkemelerin ekonomik yaptırımlara ilişkin değerlendirmeleri çerçevesinde yapılmıştır.

## I. Uluslararası Hukukta Yaptırım

Uluslararası hukukta yaptırım kavramı<sup>1</sup> geniş anlamda (*lato sensu*) ve dar anlamda (*stricto sensu*) yaptırım olarak iki biçimde açıklanmıştır. Doksanlı yıllara dek hukuki literatürde yaptırım ifadesi, uluslararası düzeninin yeniden tesis edilebilmesi için bir devlet ya da bir uluslararası örgüt tarafından alınan zorlayıcı önlemler için kullanılıyordu.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Kelsen'e göre hukuk, doğası gereği zorlayıcı bir düzendir. Hukuk, belirli davranış biçimlerini düzenleyen ve bunlara aykırılık halinde zorlayıcı önlemlerin, yaptırımların, öngörüldüğü bir kurallar sistemidir. Yaptırımlar kişinin sahip olduğu çeşitli haklardan zorunlu olarak yoksun bırakılmasıdır. Bu haklar yaşam, özgürlük ya da çeşitli ekonomik haklar olabilir. Bunlar zorlayıcıdır çünkü yöneldiği kişinin iradesi dışında bu kişilerin isteklerine aykırı olarak uygulanmaktadır. Gerekirse bunların uygulanması için kuvvete başvurulur. Hukuk bu şekliyledir ki yaşam hakkını, özgürlük hakkını, ekonomik ya da diğer menfaatleri hukuka aykırı fiillere karşı korur. Bkz. Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Steven and Sons Limited, London, 1951, s. 706; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight, The Law Book Exchange Ltd., Clark/New Jersey, 2008, s. 108. Ancak bu yaklaşım uluslararası hukuk üzerinde bir şüphe yaratır zira bu anlamdaki yaptırım geleneksel anlamda uluslararası hukukun önemli bir eksikliği olarak görülür. Oysa Hart'a göre maddi ya da fiziksel zorlama hukukun esaslı bir unsuru değildir. Hart bu görüşünü kuvvetlendirmek için anayasa hukukunu örnek gösterir. Bu bakımdan fiziksel ya da maddi zorlamanın ötesinde hukuk kurallarının bütünlüğünü koruyan tüm yöntem ve garantiler yaptırım olarak kabul edilmelidir. Bkz. Georges ABI-SAAB, "The Concept of Sanction in International Law", in Vera Gowlland-Debbas (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001, S. 30, 31.

<sup>2</sup> Alain Pellet; Alina Miron, "Sanctions", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para. 5, online edition, (www.mpepil.com) (Erişim Tarihi:18.12.2012)

Ancak bu iki kategori arasında çok temel bir fark vardır. Zarar gören devletin uyguladığı yaptırım bir tür ihkak-ı hak olmaktadır. (*private justice*) Oysa diğerinde uluslararası toplumun varlığı, bu toplumdaki merkezileşme ya kurumsallaşma tanınmakta, bu durum uluslararası hukuku koruyan ve kollayan yapan bir uluslararası örgüt aracılığıyla ortaya çıkmaktadır.<sup>3</sup> Ancak hukuk kurallarının ihlalini tespit edecek ve bu kuralların uygulanmasını sağlayacak merkezi bir otoritesi bulunmayan, nispeten ilkel bir hukuk düzeni olan uluslararası hukukta bu çifte fonksiyon devletlere yüklenmiştir. Bunun bir sonucu olarak hukuka aykırı bir fiile tek taraflı olarak alınan her zorlayıcı önlem yaptırım olarak adlandırılabilir. Bu tanım, yaptırımın kapsamını genişletmekte, uluslararası hukuka aykırılığa tepki olarak bir devletin, karşı önlemler olarak adlandırılan tek taraflı önlemlerini ve uluslararası toplumun menfaatlerini korumak için o toplum adına hareket eden bir kurumun zorlayıcı önlemlerini içinde barındırmaktadır.<sup>4</sup> Ancak bu yaklaşım yaptırımları uluslararası hukukun yeniden tesis edilmesi işlevi ile sınırlandırmakta ve tek tek devletlere de bu hakkı tanımaktadır. Bu noktada Abi Saab'ın yaptırımı dar anlamıyla açıklayan görüşünü benimsemek gerekir. Söz konusu tanım uyarınca yaptırımlar "hukuk sistemi tarafından yönetilen bir toplum ya da topluluk adına hareket etmeye yetkili bir sosyal organın kararlarını uygulamak üzere alınan zorlayıcı önlemlerdir"<sup>5</sup> Yaptırımlar zorlayıcı olmalıdır. Bu zorlayıcı önlemler silahlı ya da silahsız, ekonomik ya da askeri yaptırımlar gibi maddi, kınama gibi ahlaki ya da sahip olunan bir statünün kaybı, örneğin bir uluslararası örgüt üyeliğinin sona erdirilmesi gibi hukuki zorlama biçiminde olabilir.<sup>6</sup> Bu önlemlerin zorlayıcı olmasının nedeni hedef aldığı kişinin isteklerine aykırı olarak ve onun iradesi dışında, hukukun yeniden tesis edilmesi amacıyla alınmasıdır. Böylece kişi daha önce sahip olduğu bir statüden ya da çeşitli haklardan mahrum bırakılmaktadır. Bu zorlayıcı önlemler yetkili bir sosyal organın bir kararı ya da bir tavsiyesi ile uygulanır. Bir devletin hakkı ihlal edildiğinde uyguladığı tek taraflı zorlayıcı önlemler, bu tanımın kapsamından çıkarılmıştır.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Pellet; Miron, 2012, Para. 6.

<sup>4</sup> Pellet; Miron, 2012, para. 7.

<sup>5</sup> ABI-SAAB, 2001, s. 32.

<sup>6</sup> ABI-SAAB, 2001, s. 39.

<sup>7</sup> ABI-SAAB, 2001, s. 32.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumluluğu konusundaki taslak metinleri hazırlarken, karşı önlemler ve yaptırımlar arasındaki ilişki meselesi üzerinde durmuştur. Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin nihai taslak metinde, karşı önlemleri, sorumluluğu ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden 22. maddeye ilişkin ilk önerilerde, karşı önlem yerine yaptırım ifadesi kullanılmış, madde başlığında ise yaptırımların meşru uygulaması ifadesi tercih edilmiştir.<sup>8</sup> Ancak Komisyon daha sonraki çalışmalarında yaptırım yerine karşı önlem ifadesini kullanmıştır. Komisyona göre yaptırım terimi, yalnızca tüm uluslararası toplum bakımından ciddi sonuçları olan uluslararası hukuk ihlallerine bir tepki, bir yanıt olarak bir uluslararası örgüt tarafından alınan önlemler için kullanılabilir. Devletlerin tek taraflı olarak başvurduğu zorlayıcı önlemler yaptırım olarak değil karşı önlem olarak adlandırılabilir. Bu bakımdan Birleşmiş Milletlerin (BM) uluslararası barışın sürdürülebilmesi için aldığı zorlayıcı önlemler yaptırım olarak nitelendirilir.<sup>9</sup>

Yaptırım terimi BM Andlaşması'nda yer almamaktadır ancak doksanlardan itibaren BM'nin zorlayıcı önlemleri için bu terim kullanılmaya başlanmış ve Güvenlik Konseyinin çeşitli kararlarına girmiştir.<sup>10</sup> Soğuk savaş döneminin sona ermesinden sonra Güvenlik Konseyinin yeniden işlevsel hale gelmesi, uluslararası hukukun bir merkezi yaptırımlar sistemi ile donatıldığı görüşünü güçlendirmiştir. BM'nin, üyeleri ve yetkileri bakımından uluslararası toplumun tümünü temsil eden, Güvenlik Konseyi aracılığıyla, bağlayıcı kararlar alma ve bu kararları uygulama yetkisi bulunan tek uluslararası örgüt olduğu anlayışı,<sup>11</sup> yaptırımların, uluslararası hukuk bakımından niteliğini somutlaştırmakta ve Abi Saab'ın tanımına geçerlilik kazandırmaktadır.

Günümüzde BM Adlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde alınan kararlar yaptırım olarak kabul edilmektedir. Bu yaptırımların temel amacı, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden tes-

<sup>8</sup> Yearbook of International Law Commission, 1979, vol. II, Part 1, s.47.

<sup>9</sup> Yearbook of International Law Commission, 1979, vol. II Part 2, s. 121.

<sup>10</sup> Vera Gowlland-Debbas, "UN Sanctions and International Law: An Overview", in Vera Gowlland-Debbas (ed.), United Nations Sanctions and International Law, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001, s. 4.

<sup>11</sup> Pellet; Miron, 2012, para. 11.

sine yöneliktir. Bu bakımdan yaptırımların uluslararası toplum tarafından organize edilmiş, zorlayıcı eylemler olarak tanımlanması daha uygun ve daha işlevseldir.<sup>12</sup> Bu görüşün merkezinde, ki günümüz uygulamasında da hakim olan görüş budur, uluslararası toplumun, bir hukuk kuralının ihlalini objektif olarak tespit edebilecek ve hukuken yeniden tesis etmek amacıyla zorlayıcı önlem kararları alabilecek yetkili bir organı vardır.<sup>13</sup> Bu sistemde ihlal, bir devletin tek taraflı yorumundan kaynaklanan bir iddia değildir. İhlal bir organca tespit edilmektedir ve bu tespit çerçevesinde çeşitli önlemler alınmaktadır. Bu kararlar ise devletlerin tek taraflı iddiaları ya da yorumları çerçevesinde değil yetkili sosyal organın tespitine dayanarak alınır.<sup>14</sup>

Hukuki söylemin ve uygulamanın bu yönde değişmesi ve uluslararası hukukta yaptırım kavramının ıslah edilmesi çok önemli bir gelişmedir. Günümüzde yaptırım terimi, zaman zaman zarara uğrayan devletin tek taraflı tepkileri için kullanılsa da, esas olarak yetkili bir uluslararası örgüt tarafından emredilen ya da dayatılan zorlayıcı önlemler için kullanılmaktadır. Karşı önlemler kavramının, devletin başvurduğu tek taraflı önlemler için kullanılması, uluslararası hukukta, hangi önlemlerin yaptırım olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirleyebilmek açısından önemlidir.<sup>15</sup>

Bununla birlikte bazı yazarlar, BM tarafından kararlaştırılan zorlayıcı önlemleri yaptırım olarak kabul etmemektedirler. James Crawford'a göre BM Andlaşması'nda yaptırım ifadesine rastlanmamaktadır. Güvenlik Konseyinin aldığı zorlayıcı önlemler ise yaptırım olarak kabul edilemez zira Konsey, uluslararası hukuka aykırı olmayan ancak barışı bozan ve tehdit eden durumlarda da zorlayıcı önlemler almaya yetkilidir.<sup>16</sup> BM Andlaşması uyarınca bir devletin uluslararası hukuku ihlal etmeyen ve iç hukuk kurallarına da uygun olarak gerçekleştirdiği bir eylem ya da bir işlem, barışı tehdit ettiği ya da bozduğu gerekçesiyle bir yaptırım kararı alınmasına neden olabilir.

<sup>12</sup> Pellet; Miron, 2012, para. 8.

<sup>13</sup> Pellet; Miron, 2012, para. 9.

<sup>14</sup> ABI-SAAB, 2001, s. 39.

<sup>15</sup> Pellet; Miron, 2012, para. 10.

<sup>16</sup> James Crawford, "The Relationship between Sanctions and Countermeasures", in Vera Gowlland-Debbas (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001, s. 57.

Crawford'un yaptırımlara ilişkin bu tespiti kısmen de olsa doğrudur. Milletler Cemiyetinin oluşturduğu sistemden farklı olarak,<sup>17</sup> VII. Bölüm çerçevesinde düzenlenen önlemler, genel ve soyut kurallara aykırılıkları gidermek amacıyla öngörülmemiştir. Zira BM'nin VII. Bölüm uyarınca aldığı önlemlerin amacı, ihlal edilen hukuk kuralına uyulmasının sağlanması başka bir ifadeyle hukukun yeniden tesis edilmesi ya da korunması değil, barışın korunması ya da yeniden tesis edilmesidir. Güvenlik Konseyi siyasi bir organdır dolayısıyla Konseyin VII. Bölüm uyarınca aldığı bağlayıcı kararlar da siyasidir, bunların hukuki gerekçeleri olmak zorunda değildir.<sup>18</sup> Andlaşma ile Konseye çok geniş takdir yetkileri tanınmıştır. Konseyin, barışın bozulduğunu ya da bir saldırı fiilinin gerçekleştiğini tespit etmesi nispeten kolaydır ancak barışın tehdit edildiğini tespit etmek güçtür. Andlaşma, bu konuda herhangi bir tanım ya da açıklama içermemektedir. Konseyin alacağı önlemleri, saldırı fiili, barışın bozulması ya da tehdit edilmesi durumlarına göre ayrı ayrı belirlemek de kolay değildir. Andlaşma'da bu konuda herhangi bir açıklayıcı hükme yer verilmemiştir.<sup>19</sup>

Bununla birlikte Güvenlik Konseyi, bir devletin eylemini barışın ihlali ya da tehdidi olarak belirlediğinde yeni bir hukuk yaratmaktadır. Konsey, barışın bozulduğunu ya da tehdit edildiğini tespit ettikten sonra ihlali gerçekleştiren tarafa, bu eylemini derhal sona erdirmesini emretmektedir. İşte esas olarak yükümlülük yaratan Konsey tasarufu budur. Güvenlik Konseyinin bu emrini içeren karar, 25. madde uyarınca bağlayıcıdır.<sup>20</sup> Konseyin, Andlaşma'nın 39. maddesi uyarınca ihlal ve tehdit tespitleri ve bunların neticesinde alınan önlemler bir hukuk düzeni yaratmıştır. Bu düzen içerisinde hukuk, siyasi kararları,

<sup>17</sup> Madde 16: "1. Cemiyet üyelerinden biri, 12., 13. ya da 15. maddelerdeki yükümlülüklerine aykırı olarak savaşa başvurursa, Cemiyetin bütün öteki üyelerine karşı, bu davranışıyla ipso facto bir savaş eyleminde bulunmuş sayılır. Bu üyeler onunla, ticari ya da mali ilişkilerini hemen kesmeyi, kendi uyruklarıyla Misak'a aykırı davranan Devletin uyrukları arasında her türlü ilişkileri yasaklamayı ve Misak'a aykırı davranan bu Devletin uyrukları ile, Cemiyet üyesi olsun ya da olmasın, başka herhangi bir Devletin uyrukları arasında ticari ve mali ilişkileri kişisel ilişkileri kesmeyi yükümlenirler." 16. maddede, Milletler Cemiyeti Misak'ında belirtilen durumlar dışında savaşa başvuran devletlere, uluslararası hukuk çerçevesinde çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Bkz. Gowlland-Debbas, 2001, s. 8.

<sup>18</sup> Gowlland-Debbas, 2001, s. 8.

<sup>19</sup> Gowlland-Debbas, 2001, s. 8.

<sup>20</sup> Kelsen, 1951, s. 736.



siyasi sürecin sınırlarından kurtararak bunları hukuki açıdan önemli unsurlara ve uzun vadeli hukuki sonuçları olan fiillere dönüştürme işlevini görmüştür. Nitekim Güvenlik Konseyine, uluslararası hukuk ihlallerine tepki göstermesi gibi bir görev verilmediği halde Konsey, devletlerin ve bireylerin hukuki durumlarını değiştiren ve hukuki sonuçlar yaratan kararlar almaktadır.<sup>21</sup>

Güvenlik Konseyinin VII. Bölüm çerçevesinde aldığı pek çok kararda somut olaya ilişkin tespitlerin yanında hukuki tespitler de yer alır.<sup>22</sup> Irak'a ilişkin kararlarda Kuveyt'in ilhak ve işgalinin tespiti yanında, bu işgalin geçersizliği, bu durumun diplomatik ve konsoloslugu düzenleyen hukuk kurallarına ve insancıl hukuk kurallarına aykırılığı,<sup>23</sup> Yugoslavya'ya ilişkin çeşitli kararlarda kitlesel ve sistematik insan hakları ihlalleri ve özellikle etnik temizlik,<sup>24</sup> Somali<sup>25</sup> ve Ruanda'ya<sup>26</sup> ilişkin kararlarda insancıl hukuk ihlalleri ve soykırım, Afganistan'a ilişkin kararlarda, özellikle kadınlara karşı ayrımcılık temelinde insan hakları ve insancıl hukuka aykırılıklar tespit edilmiştir.<sup>27</sup>

## II. Birleşmiş Milletler Sisteminde Ekonomik Yaptırımlar

Ekonomik yaptırımlar esas olarak bir mal ya da ürünün ihracatının veya ithalatının yasaklanmasıdır. Söz konusu yaptırımlar zaman zaman ekonomik ambargolar olarak adlandırılrsa da ambargoların amacı bir devlete yapılan ihracatın durdurulmasıdır. Başka bir ifadeyle ambargolar ekonomik yaptırımların bir türüdür. Özellikle silahların satışına yönelik yaptırımlar, silah ambargoları olarak anılırlar zira bu yaptırımlarla genellikle silah alımı değil silah satışı yasaklanmaktadır.<sup>28</sup>

Finansal yaptırımlar, ekonomik yaptırımlara benzese de bunların amacı bir mal ya da ürünün alım satımının yasaklanması değil, finansal ve ekonomik kaynakların kullanımının engellenmesidir. Yap-

<sup>21</sup> Gowlland-Debbas, 2001, S.9.

<sup>22</sup> Gowlland-Debbas, 2001, s.9.

<sup>23</sup> S/RES/ 661, 664, 667, 670 (1990)

<sup>24</sup> S/RES /713, 752, 757, 770, 787 (1992); S/RES/819, 820, 836 (1993); S/RES/ 1160, 1199 (1998)

<sup>25</sup> S/RES/794, 837 (1992)

<sup>26</sup> S/RES/935 (1994)

<sup>27</sup> S/RES/1267 (1999); S/RES/1333 (2000)

<sup>28</sup> Jeremy Matam Farrall, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2007, s. 107.

tırımların yöneldiği devlet, dış dünya ile finansal ilişkilere giremez. Örneğin bir devletin malvarlığının dondurulması ya da hesaplardaki para akışının engellenmesi gibi. Finansal yaptırımlar çok daha spesifik bir hale getirilerek gerçek kişi ya da bir takım özel hukuk kişilerinin malvarlığının dondurulması şeklinde de olabilir.<sup>29</sup> Bu çalışmada, ekonomik yaptırımlar terimi, genel anlamda ekonomik yaptırımlar ve finansal yaptırımları ifade edecek biçimde kullanılmıştır.

BM Sisteminde, geleneksel olarak ekonomik yaptırımlar, ihracat veya ithalata getirilen kısıtlamalar, ticaret andlaşmalarının feshi ya da askıya alınması, ulaşımın kesintiye uğratılması, nakit hareketlerine getirilen yasaklar, uluslararası örgütlerin teknik yardım programlarının askıya alınması ya da yaptırımların uygulandığı devletin başka ülkelerdeki malvarlığının dondurulması veya bunlara el konması biçiminde gerçekleşir.<sup>30</sup> Soğuk Savaş süresince yalnızca iki kez bu yaptırımlara başvurulmuştur. 1962'den 1994'e kadar, Namibya'daki ırkçı rejime son vermek amacıyla, kademeli olarak Güney Afrika'ya ve 1965'ten 1979'a kadar Rodezya'daki azınlık beyaz hükümete karşı ekonomik yaptırımlar uygulanmıştır.<sup>31</sup> Güvenlik Konseyi, Irak'ın Kuveyt'i işgalinden sonra, 6 Ağustos 1990 tarihli, 661 sayılı kararı ile, uzun yıllardan sonra ilk kez ekonomik yaptırım kararları almıştır.<sup>32</sup> BM, bu tarihten sonra Somali, Irak, Yugoslavya, Haiti, Liberya, Kamboçya, Libya, Kuzey Kore, Ruanda, Sierra Leone, Afganistan, İran, Kongo, Sudan gibi çeşitli devletlere karşı bu tür yaptırımlara başvurmuştur.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Farrall, 2007, 107. Yabancı devletlerin ya da yabancıların bir ülkedeki malvarlığının dondurulması, dış politika ve uluslararası ilişkilerin geleneksel yöntemlerinden birisidir. Özellikle ABD, 1950'lerden bu yana herhangi bir uluslararası krizde otomatik olarak bu yönteme başvurmuştur. Bu konuda bkz. Luca G Radicati Di Brozolo and Mauro Megliani, "Freezing the Assets of International Terrorist Organizations", in Andrea Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, s. 377.

<sup>30</sup> Nico Shrijver, "The Use of Economic Sanctions by the UN Security Council", in Harry H.G. Post (ed.), *International Economic Law and Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, s. 129.

<sup>31</sup> Gary Clyde Hufbauer; Jeffrey J. Schott; Kimberly Ann Elliott; Barbara OEGG, *Economic Sanctions Reconsidered*, Peterson Institute for International Economics, Washington, 2007, s. 23.

<sup>32</sup> S/RES/ 661 (1990)

<sup>33</sup> Barry E. Carter, "Economic Sanctions", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para.17, online edition, (www.mpepil.com) (Erişim Tarihi:18.12.2012.)

BM, kapsamlı ve belirli olmak üzere iki tür ekonomik yaptırım rejimi uygulamaktadır. Kapsamlı ekonomik yaptırımlar, yaptırımların uygulanacağı devlete, tüm mal ve ürünlerin giriş çıkışının engellenmesi şeklinde olmaktadır. Güvenlik Konseyi, Güney Rodezya, Irak, Yugoslavya ve Haiti yaptırımlar rejiminde, kapsamlı ekonomik yaptırımlara başvurmuştur.<sup>34</sup> Ancak bu yaptırımlar hükümetler üzerinde belirli ölçüde etkili olsa da sivil nüfusa çok büyük zararlar vermiştir. Bu nedenle Konsey, herkesi etkileyen kapsamlı önlemler yerine (*global sanctions*), sorumlu kişi ya da kuruluşlara ya da yalnızca belirli mal ve ürünlere yönelik yaptırım (*targeted sanctions*) kararları almaya başlamıştır.<sup>35</sup> Konsey, UNITA (*National Union for the Total Independence of Angola*), Afganistan/Taliban/El Kaide, Kongo, Liberya, Sudan, Hariri ve İran yaptırımlar rejiminde, yaptırım komitelerinin hazırladığı listelerde belirlenen kişi ya da kuruluşların malvarlıklarının dondurulmasına karar vermiştir<sup>36</sup>

Böylelikle devlet merkezli yaptırımlar yerine birey merkezli yaptırımlar uygulanmaya ve bir devletin malvarlığının dondurulması ya da fon hareketliliğine getirilen kısıtlamalar yerine bireylerin ya da tüzel kişilerin hesaplarının bloke edilmesi yöntemi tercih edilmeye başlanmıştır.<sup>37</sup>

## 1. Ekonomik Yaptırımların Hukuki Dayanağı

Uluslararası hukukta yaptırım kavramı açıklanırken ifade edildiği üzere, BM sisteminde yaptırım kararları almaya yetkili organ Güvenlik Konseyidir.<sup>38</sup> Güvenlik Konseyinin görev ve yetkileri genel olarak BM Andlaşması'nın 24. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu maddede uyarınca, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında birincil sorumluluk Güvenlik Konseyine aittir.<sup>39</sup> Birincil sorumlulukla tam olarak

<sup>34</sup> Farrall, 2007, s. 107-108.

<sup>35</sup> Pellet; Miron, 2012, para. 33; Farrall, 2007, s. 110; Kern Alexander, *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, s. 26.

<sup>36</sup> Farrall, 2007, s. 120.

<sup>37</sup> Pellet; Miron, 2012, s. 7, para. 34, 35.

<sup>38</sup> Bununla birlikte BM Andlaşması'nın 5, 6 ve 19. maddelerinde, BM üyeliğine ilişkin ve Genel Kurulca alınan yaptırım kararları öngörülmektedir. Bu konuda bkz. Aydoğan Özman, *Devletler Hukukunda Müeyyide*, Ankara, 1974, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, s. 234-271.

<sup>39</sup> Güvenlik Konseyinin yetkilerinin kesin bir biçimde ortaya konmasının nedeni,

ifade edilmek istenen husus, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında Güvenlik Konseyinin, BM'nin diğer organlarına, özellikle Genel Kurula göre önceliğinin olmasıdır. Başka bir ifadeyle uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında esas olarak yetkilendirilmiş organ, asli sorumluluğu, Güvenlik Konseyidir.<sup>40</sup> Konsey bu yetkileri, üye devletler adına kullanır. 24. maddenin 2. fıkrasına göre Güvenlik Konseyinin bu yetkileri Andlaşma'nın çeşitli bölümlerinde düzenlenmiştir.

BM Andlaşması'nın VII. Bölümünde, Güvenlik Konseyinin uluslararası barış ve güvenliğin tehlikeye düşmesi durumunda alacağı önlemler düzenlenir. Andlaşma'nın 39. maddesinde, Konseyin barışın bozulduğunu tespit etme yetkisi, 41 ve 42. maddelerde ise bu durumda uygulayacağı yaptırımlar düzenlenmiştir. Konsey, üye devletler adına onlardan bağımsız olarak yaptırım kararları alır.

BM Andlaşması'nı hazırlayanların amaçları arasında, uluslararası barış ve güvenliği koruyabilecek hızlı ve etkin bir müdahale mekanizması yaratmak vardır. Bu nedenle, Güvenlik Konseyine, VII. Bölüm çerçevesinde çok geniş takdiri yetkiler verilmiştir.<sup>41</sup> Konsey barışın nasıl tehdit edildiğine, hangi durumların barışı tehdit ettiğine kendisi karar verir. BM Andlaşması'nda bu konuda bir açıklama yoktur. Bu sebeple Güvenlik Konseyi herhangi bir konunun uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğine karar verebilir.<sup>42</sup> Ancak Konsey bu yetkisini kullanmak zorunda da değildir.

Konsey, barışın tehdit edildiğine karar verirse bu konuda hangi yaptırımların uygulanacağını belirleme konusunda da özgürdür. Konsey, barışın bozulduğuna, tehdit edildiğine ya da bir saldırı eyleminin

---

Milletler Cemiyeti ile getirilen sistemde, Cemiyetin siyasi organlarının arasındaki yetki paylaşımın kesin sınırlarla çizilememiş olması ve bu durumun çeşitli sorunlara yol açmasıdır. Bkz. Jost Delbrück, "Article 24", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Oxford University Press, Oxford/ New York, Second Edition, 2002, s. 445.

<sup>40</sup> Jochen Frowein; Nico Krisch, "Introduction to Chapter VII", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Oxford University Press, Oxford/ New York, Second Edition, 2002, s. 703.

<sup>41</sup> Frowein; Krisch, 2002, s. 705.

<sup>42</sup> Vera Gowland-Debbas, "Functions of the UN Security Council", in Michael Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, Oxford/ New York, 2001, s. 287. (Gowland-Debbas, 2001/a)

gerçekleştiğine karar verdikten sonra, tavsiye kararlarından askeri nitelikteki yaptırımlara kadar çok çeşitli kararlar alabilir. Durumun ağırlığına göre hangi kararı alacağı BM Andlaşması'nda belirtilmemekte, bu konudaki yetki Güvenlik Konseyine bırakılmaktadır.<sup>43</sup>

Güvenlik Konseyi, 41. madde çerçevesinde uygulanacak askeri olmayan yaptırımlar konusunda da serbest bırakılmıştır. Konsey, hangi konularda yaptırım kararı alacağını kendisi belirler. Madde hükmünde, bu yaptırımların neler olabileceği tahdidi olmayan bir biçimde sayılmıştır. Söz konusu maddeye göre yaptırımlar, ekonomik ve diplomatik ilişkilerin kesilmesi, ulaşımın engellenmesi şeklinde olabilir. Konseyin sayılanlar dışında başka yaptırımlara başvurusu da mümkündür. Bu konuda ne 41. madde hükmünde ne de BM Andlaşması'nda herhangi bir kısıtlama mevcuttur.

Doksanlı yıllara dek BM'nin VII. Bölüm çerçevesinde yaptırımlar uygulaması oldukça nadir görülen bir durumu zira Güvenlik Konseyinin beş daimi üyesinin veto hakkı nedeniyle ancak bu üyelerin veya bunların müttefiklerinin dahil olmadığı durumlarda yaptırım kararları alınabiliyordu.<sup>44</sup> Soğuk savaşın sona ermesi ve buna koşut olarak siyasi blokların yok olmasıyla birlikte, daimi Konsey üyeleri arasında daha yakın bir işbirliği dönemi başlamış, Rusya ve Çin çoğu kez veto hakkını kullanmak yerine oy kullanmamayı tercih etmiştir. Böylelikle Konseyin, idari ve hukuki konulardaki etkinliği artmıştır.<sup>45</sup>

Geleneksel olarak, Konseyin VII. Bölüm uyarınca kabul ettiği yaptırımlar, uluslararası silahlı çatışmalarla, bir devlette faaliyet gösteren asilere başka bir devletçe doğrudan veya dolaylı olarak destek verilmesi gibi durumlara yöneliktir.<sup>46</sup> İnsan hakkı ve insancıl hukuk ihlalleri, uzunca bir süre uluslararası barış ve güvenliğin temel unsurları olarak kabul edilmemiştir. Bu ihlaller, VII. Bölüm kapsamında kabul edilen yaptırımlar için bir sebep teşkil etmemiş, bir devletin iç meseleleri olarak değerlendirilmiştir.<sup>47</sup> Bununla birlikte, zaman içerisinde,

<sup>43</sup> Gowland- Debbas, 2001/A, S. 287; Frowein; Krisch, 2002, S. 705.

<sup>44</sup> Pellet; Miron, 2012, para. 26.

<sup>45</sup> Eugenia Lopez-Jacoiste, "The UN Collective Security System and Its Relationship with Economic Sanctions and Human Rights", Max Planck Yearbook of United Nations, 2010, Vol. 14, s. 281.

<sup>46</sup> Lopez-Jacoiste, 2010, s. 281.

<sup>47</sup> Lopez-Jacoiste, 2010, s. 281.

Konseyin uygulamalarıyla, uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi kavramı evrim geçirmiş ve bu tehdide karşı kabul edilen yaptırımlar BM Andlaşması'nı hazırlayanların amaçlarının çok ötesinde farklılaşmıştır.<sup>48</sup> 31 Ocak 1991 yılında Konseyce yapılan açıklamada, ekonomik, sosyal, insancıl ve ekolojik istikrarsızlıkların dahi uluslararası barış ve güvenliği tehdit edebileceği ifade edilmiştir.<sup>49</sup> Konsey, sınır ötesi mültecı akınlarını, insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini, bir devletin hukuk sistemi ya da kamu düzeninin bozulmasını ya da doğal kaynakların hukuka aykırı biçimde kullanımını, uluslararası terörizmi ve nükleer, kimyasal ve biyolojik silahların yaygınlaştırılmasını uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden durumlar olarak kabul etmiş ve bu konularda yaptırım kararları almıştır.<sup>50</sup> Konseyin genişleyen ve son derece önemli etkileri olan bu müdahaleleri, yetkilerinin sınırları meselesini de gündeme getirmiştir. İlerleyen bölümlerde bu yetkilerin sınırları ayrıca değerlendirilmiştir.

## 2. Ekonomik Yaptırımların Yöneldiği Birimler

Güvenlik Konseyi, BM Andlaşması'nın tarafı olan devletler bakımından yükümlülükler yaratır. Andlaşma'nın 25. maddesi uyarınca yaptırım kararları esas olarak üye devletlere yöneliktir. Başka bir ifade ile yaptırım kararlarını uygulama yükümlülüğü üye devletlere getirilmiştir.

Konsey, uluslararası örgütler bakımından yükümlülükler yaratmaz ancak Andlaşma'nın 48. maddesi gereğince BM üyesi devletlerin, üyesi oldukları diğer uluslararası ya da bölgesel örgütlerin, Konsey kararlarını uygulaması yine bu devletlere bağlıdır. Bununla birlikte 103. madde uyarınca BM Andlaşması diğer tüm uluslararası andlaşmalardan üstün olduğu için Konsey kararları, bir uluslararası örgüte yetkilerin tevdi edildiği bir uluslararası andlaşmadan daha üstün olacaktır. Buna ek olarak 53. madde uyarınca Konsey, almış olduğu zorlayıcı önlemlerin uygulanmasında bölgesel örgütlerden yararlanabilir.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Gowlland-Debbas, 2001, s.1.

<sup>49</sup> Gowlland-Debbas, 2001/a, s. 287.

<sup>50</sup> Lopez-Jacoiste, 2010, s.282, 283. Bu konudaki güvenlik konseyi kararlarına ilişkin olarak bkz. S/RES/733 (1992) S/RES/770 (1992); S/RES/1160 (1998); S/RES/1264 (1999); S/RES/1267 (1999); S/RES/1373 (2001); S/RES/1540 (2004)

<sup>51</sup> Frowein; Krisch, 2002, s. 715.

Devlet dışı birimler açısından bir değerlendirme yapmak zordur. Belirli bir bölgeyi kontrol eden devlet dışı birimler, birtakım uluslararası yükümlülüklerle tabidir. Bu nedenle bu tür birimlerin sınırlı bir uluslararası hukuk kişilikleri olduğu kabul edilmiştir. Belirli bir bölgeyi *de facto* olarak kontrol etmekle birlikte uluslararası toplum tarafından Afganistan'ın meşru hükümeti olarak tanınmayan Taliban rejimine getirilen yükümlülükler buna güzel bir örnektir.<sup>52</sup> Oysa belirli bir bölgede kontrol sahibi olmayan isyancı gruplar bakımından durum biraz farklıdır, bunlar uluslararası barış andlaşmaları ya da insancıl hukuk tarafından tanınmıyorlarsa, Konseyce öngörülen yaptırımlarla kısmi bir uluslararası hukuk kişiliği kazanabilmektedirler. Konseyin bunlara getirdiği yükümlülükler hiçbir itirazla karşılaşmamıştır. Bu nedenle, uygulama yoluyla bunlara yükümlülük getirebileceği kabul edilmiştir.<sup>53</sup>

Bireylere gelince, Güvenlik Konseyi bireyler için yükümlülükler yaratmaz, bireylere yönelik olarak üye devletlere yükümlülükler getirir. Yaptırım Komitelerinin<sup>54</sup> hazırladığı listede yer alan bireylerin ya

<sup>52</sup> Frowein; Krisch, 2002, s. 716. Bkz. S/RES/ 1267 (1999)

<sup>53</sup> Frowein; Krisch, 2002, s. 716.

<sup>54</sup> Konsey, ekonomik yaptırımların uygulanıp uygulanmadığının araştırılması, yaptırımlardan etkilenen devletlerin isteklerinin incelenmesi, yaptırımların uygulanacağı kişi ve kuruluşlara ilişkin listelerin hazırlanması, bunların gözden geçirilmesi gibi görevleri yerine getirmek üzere yaptırım komiteleri oluşturur ve bu komiteler, kurulmaları kararlaştırılan Konsey kararı numarası ile adlandırılır. Güvenlik Konseyinin bu tür komiteler kurabilmesi konusundaki yetkisi, BM Andlaşması'nın 7. ve 29. maddelerine dayanır. Andlaşma'nın 7/2. maddesinde, gerekli görülen hallerde, BM'nin asli organlarının yardımcı organlar kurabileceği ifade edilmektedir. 29. madde uyarınca, bir yardımcı organ, Güvenlik Konseyinin uluslararası barış ve güvenliği koruma görevini yerine getirebilmesi için gerekli ise kurulabilir. Yardımcı organların yetki ve görevleri, Güvenlik Konseyinin yetki ve görev sınırları içerisinde. Burada Konsey, yetkilerinin bir kısmını kurmuş olduğu yardımcı organlara bırakmaktadır. Yardımcı organların yetkileri Konsey tarafından belirlenir ve bu yetkiler her zaman kısıtlanabilir ya da geri alınabilir. Yardımcı organlar, Güvenlik Konseyinin görevlerini yerine getirmek üzere yetkilendirildiklerine göre, Andlaşma'nın 25. maddesi uyarınca bu organların aldığı olduğu kararlar da üye devletler üzerinde bağlayıcıdır. Hemen hemen tüm BM yaptırım rejimleri çerçevesinde oluşturulan yaptırım komiteleri, ad hoc komitelerdir. Ad hoc niteliklerinden dolayı her bir komitenin işleyişi birbirinden farklıdır. Yaptırım Komiteleri Güvenlik Konseyinin küçük birer örneğidir. Doğal olarak bu komiteler de en az Konsey kadar siyasi organlardır. Bu komitelerin üyeleri, Güvenlik Konseyinin üyeleridir. Komite kararlarının konsensus yoluyla alınması teamül haline gelmiştir. Her bir komite çalışma esaslarını düzenleyen yönergeler

da kuruluşların, üye devletlerin ülkelerinde bulunan malvarlıklarının dondurulması, üye devletlerden istenmektedir. Bu bağlamda üye devletlere getirilen bir yükümlülük söz konusudur.<sup>55</sup>

Kapsamlı yaptırımların belirli yaptırımlara dönüşmesiyle birlikte, bireyler yaptırımların en önemli hedefi haline gelmiştir. Konsey bu yeni nesil yaptırımlara doksanlardan itibaren başvurmaya başlamıştır. Haiti'deki askeri darbeye ilişkin kararında, Haiti ordusuna mensup darbecilere, Sierra Leone'deki askeri cuntanın liderlerine ve Angola'daki UNITA liderlerine karşı çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. Bu kararlarda ilgili kişilerin, üye devletlerin ülkelerine girmesi yasaklanmış ve bu devletlerdeki malvarlıklarının dondurulması istenmiştir.<sup>56</sup>

Ancak Konsey'in, 1999 yılında Usame bin Ladin'i teslim etmeyen Taliban rejimine karşı 1267 sayılı kararı bu konudaki eğilimi değiştirmiştir. Konsey bu kararı, Usame bin Ladin'i teslim etmeyen rejime karşı almıştır. Bu karar uyarınca doğrudan veya dolaylı olarak Taliban'la bağlantılı tüm fonların dondurulmasına karar verilmiştir. 1333 sayılı kararlar ise yaptırımların kapsamı genişletilerek El Kaide, Usame Bin Ladin ve bunlarla bağlantılı gerçek kişiler ve kuruluşların malvarlığının dondurulmasına karar verilmiştir.<sup>57</sup> Konsey'in 1373 sayılı kararı ile terörist faaliyetlerde bulunan ya da bunları finanse eden kişi ve kuruluşlara karşı ekonomik yaptırımlar öngörülmüştür.<sup>58</sup> Konseyin terörizmle mücadeleyle ilişkin olarak kabul ettiği bu yaptırımlar<sup>59</sup> daha öncekilerden farklıdır. Zira Haiti, UNITA ya da Sierra Leone'de devlet ya da ordunun elitleri ve bunların aileleri hedef alınırken, terörizmle mücadele kapsamındaki yaptırımlarda, yaptırım uygulanan kişi ile

hazırlar. Bu konuda bkz. Andreas Paulus, "Article 29", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Oxford University Press, Oxford/New York, Second Edition, 2002, s. 542, 545; Joanna Weschler, "The Evolution of Security Council Innovations in Sanctions", *International Journal*, 2009-2010, Vol. 65, Issue 1, s. 38, 42; PELLET; MIRON, 2012, para. 40, 41.

<sup>55</sup> Frowein; Krisch, 2002, s. 716. Bkz. *infra*, "III.3. Ulusal Mahkemelerde Denetim"

<sup>56</sup> S/RES/917 (1994), para. 3.4.; S/RES/ 1127 (1997), para. 4; S/RES/1171 (1998), para. 5.

<sup>57</sup> Luca G Radicati Di Brozolo and Mauro Megliani, "Freezing the Assets of International Terrorist Organisations", in Andrea Bianchi (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, s. 381.

<sup>58</sup> S/RES/1373 (2001) para. 1.

<sup>59</sup> Bu kararlara örnek olarak bkz. S/RES/1267 (1999); S/RES/1333 (2000); S/RES/1390 (2002); S/RES/1455 (2003); S/RES/1526 (2004); S/RES/1617 (2005); S/RES/1735 (2006); S/RES/1904 (2009); S/RES/1989 (2011); S/RES/2083 (2012)



devlet arasındaki bağ ortadan kalkmış,<sup>60</sup> devlet, hükümet ya da rejimle ilgisi olmayan ancak terörizmle bağlantılı kişi ve kuruluşlar da yaptırımların hedefi haline gelmiştir.<sup>61</sup>

### 3. Konseyin Ekonomik Yaptırım Kararları Alma Yetkisinin Sınırları

BM Andlaşması uyarınca Güvenlik Konseyinin geniş takdiri yetkilerine getirilen tek kısıtlama 24. maddenin 2. fıkrasında belirtilmektedir. Söz konusu fıkra uyarınca Konsey, kendisine tevdi edilen görev ve yetkileri kullanırken BM'nin amaç ve ilkelerine uygun hareket eder. Konseyin yetkileri bakımından bu amaç ve ilkeler Andlaşma'nın 1. maddesinde gösterilmektedir. Andlaşma'nın 1/1. maddesinde Konseyin, Andlaşma'nın VI. Bölümü çerçevesindeki, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümünü konusundaki yetkilerini kullanırken, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun hareket edeceği ifade edilmiş, VII. Bölüm yetkileri bakımından ise böyle bir sınırlandırma getirilmemiştir.<sup>62</sup> Bu sınırlandırma, 1/1. madde hükmüne bilinçli olarak eklenmemiştir. Zira San Francisco görüşmelerinde "uluslararası barış ve güvenliğin, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak sağlanması" önerisi sunulmuş ancak bu öneri reddedilmiştir.<sup>63</sup> VII. Bölüm uyarınca Konsey kimin haklı kimin haksız olduğunu tespit edene kadar bekleyecek bir yargıç ya da jüri vazifesi değil, barışı tehdit eden durumu ya da savaşı derhal sona erdirecek bir tür polis vazifesi görecektir.<sup>64</sup> BM Andlaşması'nın lafzi ve tarihsel yorumuna göre, Konsey, uluslararası barış ve güvenliği koruyabilmek için uluslararası hukuku ihlal edebilir.

Bununla birlikte Andlaşma'nın 1. maddesi uyarınca barış, yalnızca savaşın olmadığı durumları anlatmak için kullanılan bir ifade değildir. Barış ve güvenliğin sağlanabilmesi için savaş durumunun olmaması yanında başka koşulların gerçekleşmesine de ihtiyaç vardır. İşte ulus-

<sup>60</sup> Pellet; Miron, 2012, para. 36.

<sup>61</sup> Bkz. S/RES/1333 (2000), para. 8; S/RES/1373 (2001), para. 1. S/RES/2083 (2012), para. 1

<sup>62</sup> Rüdiger Wolfrum, "Article 1", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Third Edition Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 113-114.

<sup>63</sup> Wolfrum, 2012, s. 114.

<sup>64</sup> Krusch, 2012, s. 1246.

lararası barış ve güvenliğin sağlanabilmesi için gerekli olan araçlar maddenin devam eden fıkralarında düzenlenmektedir. 1. maddenin 3. fıkrasında yer alan “insan hakları ve temel özgürlüklere saygının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi” de bu araçlardan biridir.<sup>65</sup> 1945’ten bu yana uluslararası hukukta meydana gelen değişiklikler onu devlet merkezli yapıdan çıkararak, birey merkezli bir eksene oturtmuştur. Bu değişimin bir sonucu olarak uluslararası barış ve güvenle, adalet ve uluslararası hukuk arasında doğal bir bağ oluşmuştur. 1/1. maddenin lafzında ayrı tutulan bu kavramlar, günümüzde birbirinden ayrı olarak değerlendirilememektedir.<sup>66</sup> Nitekim kapsamlı ekonomik yaptırımların sivil nüfusa verdiği zararlar göz önünde bulundurularak, insan hakları ve insancıl hukuka ilişkin çeşitli istisnalarla<sup>67</sup> ekonomik yaptırımların olumsuz etkilerini engelleme çabaları,<sup>68</sup> Konseyin tutumunda meydana gelen değişikliğin önemli bir göstergesidir. Bireyleri hedef alan yaptırımlar bakımından ise malvarlığının dondurulması kararları uygulanırken, kişinin temel harcamalarını karşılayacak bir miktarın bu işlemde istisna edilmesi,<sup>69</sup> insani ya da dini nedenlerden dolayı ya da kişinin vatandaşlığında olduğu devletin ülkesine girebilmesi için seyahat yasağına getirilen istisnalar<sup>70</sup>, insan hakları bakımından getirilen önemli istisnalardır.<sup>71</sup> Konsey, her yaptırıma ayrı ayrı uygulanan bu istisnaların yanında,, çeşitli tarihlerde, potansiyel insancıl hukuk ihlallerinin yaptırım kararları alınmadan önce dikkate alınması, yaptırımların hedeflerinin dikkatli bir biçimde seçilmesi ve amaçlarının açıkça belirlenmiş olması ve insancıl hukuk ve insan hakları bakımından muhtemel olumsuz etkileri ile bunların etkin bir biçimde uygulanabilmesi arasında bir dengeyi oluşturulması gerektiğini belirten açıklamalar yapmıştır.<sup>72</sup> Başlangıçta, Konseyin malvarlığının dondurulması ve seyahat yasağına ilişkin kararlarına karşı herhangi bir başvuru yolu bulunmuyordu. Bireylerin ya da şirketlerin, Yaptırım Komitelerinin listelerinden çıkarılabileceği ancak diplomatik yollarla

<sup>65</sup> Wolfrum, 2012, S. 109-110.

<sup>66</sup> Vera Gowland-Debbas, “Security Council Change: The Pressure on Emerging Public Policy”, International Journal, 2009-2010, Vol. 65, Issue 1, s. 129.

<sup>67</sup> S/ RES/ 661 (1990), para. 3; S/ RES/ 757 (1992), para. 4.

<sup>68</sup> Frowein; Krisch, 2002, s. 711.

<sup>69</sup> S/RES/1452 (2002) para. 1; S/RES/1735 (2006) para. 6.

<sup>70</sup> S/RES/1844 (2008) para. 1, 2.

<sup>71</sup> Krisch, 2012, s. 1315.

<sup>72</sup> Krisch, 2012, s. 1316.

mümkün olabiliyordu.<sup>73</sup> 2005 Dünya Zirvesinde, listelere eklenecek ya da bu listelerden çıkarılacak kişilere adil ve açık başvuru yolları sağlanması yönünde Konseye çağrı yapılmıştır<sup>74</sup> Bu baskılar neticesinde Konsey, isimlerini bu listelerden sildirmek isteyen kişilere yönelik bir prosedür geliştirmiş (*delisting process*), bununla ilgilenmek üzere bir büro kurmuştur. (*focal point position*)<sup>75</sup> 1267 rejimi için daha spesifik bir denetim yolu öngörülmüş, 1267 sayılı kararla kurulan yaptırım komitesinin hazırladığı listeleri kontrol etmek ve listeden isim silme başvurularını değerlendirmek üzere, BM Sekreteri tarafından bağımsız ve tarafsız bir ombudsman görevlendirilmiştir.<sup>76</sup>

Son yıllarda alınan yaptırım kararlarında, ekonomik yaptırımlar uygulanırken üye devletlerin insan hakları ve insancıl hukuk kuralları çerçevesinde hareket etme yükümlülükleri vurgulanmaktadır.<sup>77</sup> Doğrudan ekonomik yaptırımlara ilişkin olmamakla birlikte, barışı bozan ya da tehdit eden durumlardan sonra kurulan uluslararası ceza mahkemeleri ya da 1991'de Irak'ın Kuveyt'i işgali sebebiyle ortaya çıkan zararları karşılamak üzere Konsey'in yardımcı organı olarak kurulan tazminat komisyonu<sup>78</sup> da Konsey'in insan hakları konusunda attığı önemli adımlardandır.

Uluslararası hukuk kuralları arasındaki en üstün normlar olan *jus cogens* normlar da Konsey'in VII. Bölüm yetkilerini kısıtlayan kurallardır. Zira *jus cogens* normlara aykırı kurallar yaratılamaz ve bunlara aykırı işlem ya da eylemler yapılamaz. BM Andlaşması da dahil hiçbir uluslararası andlaşma, bunlara aykırı hükümler ihtiva edemez. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53 ve 64. Maddeleri, *jus cogens* normların üstünlüğünü teyid etmektedir. *Jus cogens* normların içeriğindeki belirsizlikler nedeniyle Konseyi ne şekilde kısıtlayacağı meselesi doktrinde tartışmalı olmakla birlikte,<sup>79</sup> çeşitli mahkeme karar-

<sup>73</sup> Krisch, 2012, s. 1316.

<sup>74</sup> Bardo Fassbender, "Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights", *International Organizations LawReview*, 2006, Vol. 3, Issue 2, s. 437.

<sup>75</sup> S/RES/1730 (2006), para. 1.

<sup>76</sup> S/RES/1904 (2009), para. 20, 21.

<sup>77</sup> S/RES/1456 (2003), para. 6; S/RES/1535 (2004), preamble; S/RES/1822 (2008), preamble.

<sup>78</sup> Gowland-Debbas, 2009-2010, s. 125.

<sup>79</sup> Frowein; Krisch, 2002, s. 712.

larında bu konu değerlendirilmektedir. Nitekim aşağıda incelendiği üzere, Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi, Kadı Kararında,<sup>80</sup> belirli temel hak ve özgürlükleri, *jus cogens* normlar olarak niteleyerek bu normların kapsamalarını belirlemeye yönelik adımlar atmıştır.

BM Andlaşması'nın lafzi yorumu, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanabilmesi için insancıl hukuk ve insan hakları da dahil, tüm uluslararası hukuk kurallarının feda edilebileceği çıkarımına neden olmaktadır. Oysa BM gibi tüm uluslararası toplumun çıkarlarını ilgilendiren konular hakkında karar alma yetkisi olan bir örgütün kurucu andlaşması yorumlanırken, bu andlaşmanın amacı ve sonraki uygulamaları da dikkate alınmalıdır.<sup>81</sup> Nitekim Konseyin uygulamaları neticesinde BM Andlaşması'nın amaçları gelişmiş ve Andlaşma'nın 1. maddesi daha somut bir şekle bürünmüştür.<sup>82</sup> Günümüzde BM Andlaşması'nın amaçları güvenlik ve barış kavramları ile insan hakları ve insancıl hukuk temelinde, adalet ve uluslararası hukuk kavramları ile birlikte değerlendirilmektedir.

### III. Ekonomik Yaptırım Kararlarının Yargısal Denetimi

Güvenlik Konseyi kararlarına karşı yargı yoluna başvurunun olanaklı olup olmadığı konusu uzun yıllardır öğretilerde tartışılmaktadır. Ancak özellikle 1267 sayılı karardan sonra, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik Konsey kararlarının hukuka uygunluğu çeşitli mahkemelerde incelenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, spesifik olarak ekonomik yaptırım kararlarının değil ancak genel olarak Konsey kararlarının yargısal denetimine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunmuştur. Ekonomik yaptırım kararlarının yargısal denetimi, Avrupa Topluluğu Hukuk sistemi içerisinde ve çeşitli ulusal mahkemelerde de tartışılmıştır. Aşağıda Uluslararası Adalet Divanı, Avrupa Topluluğu İlk Derece Mahkemesi ve Adalet Divanı ve ulusal mahkemelerin kararları ışığında, ekonomik yaptırım kararlarının yargısal denetimi meselesi incelenmiştir.

<sup>80</sup> Bkz. *infra*, "III.2. Topluluk/Birlik Hukuku Çerçevesinde Yargısal Denetim."

<sup>81</sup> Bu konuda bkz. Stefan Kadelbach, "Interpretation of the Charter", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Third Edition Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 70-99.

<sup>82</sup> Krüsch, 2012, s. 1258.

## 1. Uluslararası Adalet Divanı Tarafından Yargısal Denetim

BM Andlaşması'nda, BM'nin organlarının almış olduğu kararlara karşı herhangi bir yargısal denetim öngörülmemiştir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) ise Namibya Danışma Görüşünde, kendisinin BM organlarıncı alınan kararlar bakımından herhangi bir yargısal denetim yetkisi ve temyiz mercii olmadığını ifade etmiştir.<sup>83</sup> Bununla beraber Divan, çeşitli kararlarında, Güvenlik Konseyi kararlarının geçerliliğini ve bunların *ultra vires* niteliğini değerlendirmiştir.<sup>84</sup>

BM Andlaşması'nda, Güvenlik Konseyi kararlarının yargısal denetimine açıkça izin veren bir hüküm yoktur ancak bunu yasaklayan bir hüküm de yoktur. Nitekim iç hukuk sistemleriyle kıyaslandığında da anayasaya uygunluk denetimi açıkça yasaklanmadığı müddetçe yargıçların bu tür bir denetim yapmalarına herhangi bir engel yoktur.<sup>85</sup> Ancak çekişmeli davalar bakımından UAD Statüsü, davada taraf olma ehliyetini yalnızca devletlere tanımaktadır.<sup>86</sup> Dolayısıyla Güvenlik Konseyi kararlarının hukuka aykırılığı iddiasıyla bir devletin UAD'de dava açması mümkün değildir. Ancak dolaylı da olsa, Konsey kararlarının geçerliliği Divanca incelenmektedir.

### A. Danışma Görüşleri

BM Andlaşması'nın 96. maddesi uyarınca BM Güvenlik Konseyi, Genel Kurulu, Genel Kurulun yetkilendirdiği diğer BM organları ile BM uzmanlık kuruluşlarının, hukuki meseleler hakkında Divan'dan danışma görüşü talep etme yetkisi vardır. BM'nin diğer organları ve uzmanlık kuruluşları, kendi görev alanlarıyla ilgili konular hakkında danışma görüşü isteyebilirken, Genel Kurul ve Konsey'e bu konuda

<sup>83</sup> Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1971, 16, para. 89.

<sup>84</sup> ICJ Rep. 1971, para. 87 vd.; Certain Expenses of the UN, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1962, 151, s. 168; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2004, 136, Para. 24, 25 Vd.

<sup>85</sup> Dapo Akande, "The International Court of Justice and the Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?", International and Comparative Law Quarterly, 1997, Vol. 46, Issue 2, s. 326.

<sup>86</sup> UAD Statüsü, m. 34/1.

herhangi bir sınırlandırma getirilmemiştir. Bu bakımdan her iki organın, birbirlerinin ya da kendi kararlarının hukukiliğinin incelenmesi için UAD başvurularının önünde bir engel yoktur..

UAD, kendisine sunulan bazı danışma görüşü taleplerinde, Konsey kararlarının hukuki geçerliliğine ilişkin incelemelerde bulunmuştur. Divan, Namibya Danışma Görüşünde, kendisinin, BM organlarıncaya alınan kararların yargısal denetimini yapma yetkisinin olmadığını<sup>87</sup> belirtmiş ancak çeşitli Konsey kararlarının BM Andlaşması'nın amaç ve ilkelerine uygun olarak ve Andlaşma'nın 24. ve 25. maddeleri çerçevesinde kabul edildiğini ifade etmiştir.<sup>88</sup> BM'nin Belirli Harcamaları Danışma Görüşü talebine ilişkin tartışmalar yapılırken, Fransız delegesinin, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin barış gücü operasyonlarına ilişkin kararlarının, BM Andlaşması'na uygunluğunun da incelenmesi yönündeki önerisi Genel Kurul tarafından reddedilmiştir. Bununla birlikte Divan, bu durumun kendisi için bir kural oluşturmadığını, gerekli gördüğü takdirde söz konusu incelemeyi yapacağını ifade etmiştir.<sup>89</sup>

Ancak Konsey kararlarının Divan tarafından incelenmesinin önünde önemli bir engel bulunmaktadır. Andlaşma'nın 12. maddesi, Güvenlik Konseyi tarafından ele alınan bir mesele hakkında Genel Kurulun tavsiyelerde bulunmasını yasaklamaktadır.<sup>90</sup> Bu hükmün, Genel Kurulun, Divandan, bağlayıcı olmayan ancak tavsiye niteliği bulunan danışma görüşleri talep etme hakkını engelleyip engellemediği meselesi Duvar Danışma Görüşünde incelenmiştir. Divana göre, Genel Kurulca bir danışma görüşü istenmesi, bir uyuşmazlık veya duruma ilişkin olarak Kurulun, Konseye bir tavsiyede bulunması demek değildir.<sup>91</sup> Divan ayrıca Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin zamanla değişen uygulamalarının, uluslararası barış ve güvenlikle ilgili bir konuyla aynı anda ilgilendikleri yönünde değiştiğini belirtmiştir.<sup>92</sup> Divan

<sup>87</sup> ICJ Rep. 1971, para. 89.

<sup>88</sup> ICJ Rep. 1971, para. 115.

<sup>89</sup> ICJ Rep. 1962, s. 156, 157.

<sup>90</sup> Ioana PETCULESCU, "The Review of the United Nations Security Council Decisions by the International Court of Justice", *Netherlands International Law Review*, 2005, Vol. 52, Issue 2, s. 182.

<sup>91</sup> ICJ Rep. 2004, para. 25.

<sup>92</sup> ICJ Rep. 2004, para. 27.

bu görüşünü, Kosova Danışma görüşünde de tekrar etmiştir.<sup>93</sup> Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere günümüzde 12. maddenin bu şekilde yorumlanması gerekmektedir ve Genel Kurulun Konsey kararlarına ilişkin danışma görüşü istemesi bu açıdan engellenmiş değildir.

## B. Çekişmeli Davalar

Divan önündeki çekişmeli davalara yalnızca devletler taraf olabilmektedir. Bununla birlikte iki veya daha fazla devlet arasındaki bir uyuşmazlıkta, Güvenlik Konseyi kararlarının hukuka uygunluğunun incelenmesi gerekebilir.

Lockerbie Davası söz konusu tartışmaların gündeme geldiği davalardan biridir.<sup>94</sup> Sözlü aşama bittikten sonra ancak Divan kararını açıklamadan önce, 748 sayılı kararla, Libya'ya karşı çeşitli yaptırım kararları alınmıştır.<sup>95</sup> Bu karar üzerine davanın tarafları aralarında anlaşmışlar ve Divan konuyu esastan inceleme fırsatını bulamamıştır.<sup>96</sup> Ancak 748 sayılı karardan önce Libya, UAD'den ihtiyati tedbir talebinde bulunmuş, bu kararın kabul edilmesiyle Divan Libya'nın talebini reddetmiştir.<sup>97</sup> Her ne kadar esasa ilişkin bir inceleme yapılamasa da, ihtiyati tedbir talebinin değerlendirildiği ara karardan sonra bazı yargıçlar, şahsi ya da muhalif görüşlerinde, Konsey kararlarının yargısal denetimi meselesine değinmişlerdir. Örneğin Yargıç Shahabuddeen, Konseyin yetkilerine getirilen hukuki sınırlar olup olmadığını ve eğer böyle sınırlar varsa Konsey dışında, bu sınırların neler olduğuna

<sup>93</sup> Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2010, 403, para. 24.

<sup>94</sup> Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libyan Arab Jamahiriya v. United States, Judgment, ICJ Rep. 1998, 115; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom, Judgment, ICJ Rep. 1998, 9.

<sup>95</sup> S/RES/748 (1992), para. 4,5.

<sup>96</sup> ICJ Press Release, 2003/29, 10 September 2003. Bkz. <http://www.icj-cij.org/press-com/index.php?p1=6&p2=1> (Erişim Tarihi: 07.09.2013.)

<sup>97</sup> Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Rep. 1992, 3, para. 32 vd.; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ. Rep. 1992, 114, para. 34 vd.

hükmeden bir organ olup olmadığı konusuna değinmiştir.<sup>98</sup> Yargıç Bedjaou, Divanın Konsey kararlarının hukukiliğini denetleme yetkisine ilişkin şüphelerini ifade ettikten sonra, ilgili kararın VII. Bölüme uygunluğuna dair endişelerini dile getirmiştir.<sup>99</sup> Görüldüğü üzere Libya'ya karşı kabul edilen ekonomik yaptırım kararlarının hukuka uygunluğunun incelenmesi olasılığı, Lockerbie Davasında gündeme gelmiş ancak Divan esasa girmediği için bu konu tartışılmamıştır.

Bosna ve Sırbistan'ın tarafı olduğu Soykırım Davasında, Konsey kararlarının uluslararası hukuka uygunluğu meselesi tartışılmıştır. Konsey, Eski Yugoslavya'daki çatışmalar sebebiyle VII. Bölüme başvurmuş ve 713 sayılı kararı kabul etmiştir.<sup>100</sup> Söz konusu kararda, çatışmanın taraflarına silah ve askeri teçhizat sağlanması yasaklanmıştır ancak bu yasak çatışmayı sona erdirmemiş aksine Sırbistan'ın etnik temizlik hareketini kolaylaştırmıştır. Zira Bosna halkı ambargo sebebiyle silah temin edememiş ve kendisini savunamamıştır. Bosna'nın Sırbistan aleyhine UAD'de açmış olduğu davada, Yargıç Lauterpacht, bu durumu değerlendirmiş ve şahsi görüşünde, Güvenlik Konseyinin en azından soykırım yasağı gibi *jus cogens* normlar bakımından uluslararası hukukla bağlı olduğunu ifade etmiştir.<sup>101</sup>

## 2. Topluluk/Birlik Hukuku Çerçevesinde Yargısal Denetim

Güvenlik Konseyi kararlarının yargısal denetimi ile ilgili en çarpıcı gelişme Avrupa Topluluğu (AT) / Avrupa Birliği (AB) Hukuku çerçevesinde gerçekleşmiştir. Yasin El Kadı, 1333 sayılı Güvenlik Konseyi kararına<sup>102</sup> dayanılarak hazırlanan listede, malvarlığı dondurulacak kişiler arasında sayılmıştır. İlgili kararı AT'de uygulayabilmek için ka-

<sup>98</sup> ICJ Rep 1992, Order of 14 April 1992 (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Separate Opinion by Judge Shahabuddeed, s. 32.

<sup>99</sup> ICJ Rep.1992, Order of 14 April 1992 (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Dissenting Opinion by Judge Bedjaoui, s. 44.

<sup>100</sup> S/RES/713 (1991)

<sup>101</sup> Joy Gordon, "The Sword of Democles: Revisiting the Questions whether the United Nations Security Council is Bound by International Law", Chicago Journal of International Law, 2011-2012, Vol. 12, Issue 2, s. 621. Ayrıca bkz. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Monte Negro) Order of 13 September 1993, ICJ Rep. 1993, 325, Separate opinion of Judge Lauterpacht, s. 440, para. 100.

<sup>102</sup> S/RES/1333 (2000)



bul edilen AT Konsey Tüzüğü ile bu karar AT'de uygulamaya konulmuş ve El Kadı'nın üye devletlerdeki malvarlığı dondurulmuştur.<sup>103</sup> Bunun üzerine Avrupa Topluluğu İlk Derece Mahkemesine dava açan Yasin El Kadı, söz konusu tüzüğün mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptalini istemiştir.<sup>104</sup> Kadı, İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı Avrupa Toplulukları Adalet Divanına başvurmuştur.<sup>105</sup> Aşağıda, ekonomik yaptırımların yargısal denetimi, Kadı Davası kapsamında incelenmiştir.

### A. Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi Tarafından Yargısal Denetim

İlk Derece Mahkemesine göre uluslararası örf ve adet hukuku ve BM Andlaşması'nın 103. maddesi çerçevesinde, BM Andlaşması ile getirilen yükümlülükler, AT üyesi devletlerin iç hukuklarından ya da uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Topluluk Andlaşmaları'ndan kaynaklananlar da dahil, üzerindedir.<sup>106</sup> Mahkeme AT Andlaşması'nın 307 ve 297. maddelerini<sup>107</sup> gerekçe göstererek AT, BM'nin üyesi olmasa dahi

<sup>103</sup> Clemens Fenaugle, "Kadi Case", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para. 2, online edition, (www.mpepil.com) (Erişim Tarihi:18.12.2012)

<sup>104</sup> T-315/01, Kadi v. Council and Commission, Judgment of the Court of First Instance, 2005 ECR II-3649, para. 37. Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları için bkz. <http://curia.europa.eu/> (Erişim Tarihi: 10.09.2013)

<sup>105</sup> C-402/05P, Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, Judgment, 2008, para. 1. (Kadı ve Al Barakaat Davaları birleştirilerek görülmüştür.)

<sup>106</sup> T-315/01, para. 182, 183.

<sup>107</sup> Madde 307/1: Ocak 1958 tarihinden önce, ya da katılan devletler bakımından katılma tarihinden önce, üye devletlerin kendi aralarında ya da üçüncü devletlerle yaptıkları andlaşmalar, bu andlaşma hükümlerinden etkilenmeyecektir.

<sup>M</sup>adde 297: Üye devletler, bir üye devletin, hukuk ve düzenin devamlılığını etkileyen ciddi iç karışıklıklar, savaş hali, savaş tehdidi oluşturan ciddi bir uluslararası gerilim veya uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla kabul ettiği yükümlülükler nedeniyle almış olduğu önlemlerden dolayı iç pazarın etkilenmesini engellemek için gerekli adımları atmak amacıyla birbirlerine danışarak birlikte hareket ederler.

<sup>B</sup>kz. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 326/196, 26.10.2012, m. 351 (Ex Article 307); 347 (Ex Article 297). Avrupa Topluluğu ve Avrupa Birliğine ilişkin hukuki metinler için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/> (Erişim Tarihi: 10.09. 2013)

Topluluğun BM Andlaşması ile dolaylı olarak bağlı olduğunu ifade etmiştir<sup>108</sup> Mahkeme, AT üyesi devletlerin, BM Andlaşması ile getirilen yükümlülüklerinin, Topluluk tarafından ihlal edilemeyeceğini ve AT'nin, yetkilerini kullanırken, kendisine üye devletlerin de bu yükümlülüklerle uygun hareket etmeleri konusunda her türlü önlemi almak zorunda olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre bu zorunluluk AT'yi kuran andlaşmadan kaynaklanmaktadır.<sup>109</sup>

Bu bakımdan İlk Derece Mahkemesi, Kadı'nın ileri sürmüş olduğu Topluluk Hukuku ve BM Hukukunun birbirinden ayrı iki düzen olduğu yönündeki görüşü reddetmiş ve Topluluk Andlaşması gereğince, üye devletlerin, BM Andlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülükleri dolayısıyla, AT'nin, BM Andlaşması ile bağlı olduğunu belirtmiştir.<sup>110</sup> Mahkeme, Topluluk hukuku çerçevesinde, Güvenlik Konseyi kararlarını denetleme yetkisi olmadığını ifade etmiştir.<sup>111</sup>

İlk Derece Mahkemesi tüm bu tespitlerinden sonra farklı bir yaklaşım sergilemiş ve Güvenlik Konseyi kararlarını uygulamak üzere kabul edilmiş AT Konsey Tüzüğü'nü, *jus cogens* normlar ışığında inceleyebileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre *jus cogens* kurallar uluslararası hukukun üstün normlarıdır ve tüzüğün dolayısıyla Güvenlik Konseyi kararlarının bu kurallara uygun olması gerekir.<sup>112</sup> Mahkemenin yaptığı değerlendirmenin dikkat çekici noktalarından biri de mülkiyet hakkını, *jus cogens* bir norm olarak kabul etmesidir.<sup>113</sup> Mahkeme, mülkiyet hakkının keyfi ihlallerinin *jus cogens* aykırılık teşkil ettiğini ancak Güvenlik Konseyinin, malvarlığının dondurulması kararlarının, terörizmle mücadele kapsamında ve geçici olarak alındığını dolayısıyla keyfi bir ihlalin söz konusu olmadığını belirterek bu kararları *jus cogens* aykırı bulmamıştır.<sup>114</sup>

Görüldüğü üzere İlk Derece Mahkemesine göre, BM ile yaratılan hukuk düzeni, Topluluk Hukukundan da uluslararası hukuktan

<sup>108</sup> T-315/01, para. 192-204.

<sup>109</sup> T-315/01, para. 204.

<sup>110</sup> Grainne de Burca, "The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadı", Harvard International Law Journal, 2010, Vol. 51, Issue 1, s. 20.

<sup>111</sup> T-315/01, para. 225.

<sup>112</sup> T-315/01, para. 226.

<sup>113</sup> T-315/01, para. 242.

<sup>114</sup> T-315/01, para. 243-251.

da üstündür ancak *jus cogens* normlar BM hukukun da üstündedir.<sup>115</sup> Mahkeme, Topluluk hukukunca korunan insan haklarına dayanarak Güvenlik Konseyi kararlarının yargısal denetimini yapmamış ancak Konseyin de *jus cogens* normlarla bağlı olduğu gerekçesiyle, *jus cogens* çerçevesinde bir yargısal denetim yapmıştır. Mahkeme, Kadı lehine karar vermemiş olsa da Güvenlik Konseyi kararlarının, bir bölgesel örgütün mahkemesince denetlenmesi, uluslararası hukuk bakımından önemli bir gelişmedir.<sup>116</sup>

## B. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Tarafından Yargısal Denetim

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşılık Avrupa Toplulukları Adalet Divanının (ATAD) yaklaşımı çok farklı olmuştur. Divan, BM Güvenlik Konseyinin aldığı kararların, üye devletlerin iç hukuklarında hangi biçimlerde uygulanacağı konusunda, BM Andlaşması'na bu devletlerin serbest bırakıldığını,<sup>117</sup> Topluluğun da, AT Andlaşması'nın 60 ve 301. maddeleri uyarınca yaptırım kararlarını uygulama yetkisi olduğunu ve bu kararları topluluk düzenlemelerine dönüştürerek uygulayabileceğini ifade etmiştir.<sup>118</sup> Divan, AT'nin yetkilerini kullanırken uluslararası hukuk ilkelerine uygun hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>119</sup> Bununla birlikte Divan, BM Andlaşması'na öngörülen yükümlülüklerin, Topluluk hukuk düzeni normlar hiyerarşisinde, AT'nin ikincil hukuk düzeni üzerinde ancak kurucu andlaşmaların ve Topluluk hukukunun genel ilkelerinin altında yer aldığını ifade etmiştir.<sup>120</sup> Topluluk hukukunun genel ilkelerinin kapsamı, ulusal anayasal teamüllerin yanında uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ilham alarak ve fakat neredeyse tamamı ATAD tarafından belirlenen ve sürekli olarak genişleyen ve gelişen hukuk ilkeleridir.<sup>121</sup> Divana göre, BM Andlaşması'nın VII. Bölümü uyarınca kabul edilen Konsey kararlarını uygulamak üye

<sup>115</sup> Peter Hilpold, "UN Sanctions Before the ECJ: The Kadi Case", in August Reinisch (ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2010, s. 27.

<sup>116</sup> De Burca, 2010, s. 22.

<sup>117</sup> C-402/05P, para.298.

<sup>118</sup> C-402/05P, para. 293, 295

<sup>119</sup> C-402/05P, para. 291.

<sup>120</sup> De Burca, 2010, s. 24. Bkz. C-402/05P, para. 300-309.

<sup>121</sup> De Burca, 2010, s. 24.

re çıkarılan düzenlemeler, temel hak ve özgürlükler ışığında yapılacak bir yargısal denetimden bağışık değildir.<sup>122</sup> Tüm bu değerlendirmeleri sonucunda Divan, El Kaide ve Taliban bağlantılı kişi ve kuruluşlara ait fon ve diğer finansal kaynakların dondurulmasına ilişkin Konsey kararını uygulamak üzere çıkarılan AT düzenlemelerini, Kadı (ve Al Barakaat Şirketi) bakımından iptal etmiştir.<sup>123</sup>

ATAD, Kadı kararında Topluluk hukuku ile uluslararası hukuku iki farklı düzlemde değerlendirmiştir. Nitekim Divan, Konsey kararını uygulamak üzere kabul edilen düzenlemenin, Topluluk hukukundaki bir üstün norma aykırılık teşkil ettiğine hükmedilmesi halinde, bu hükmün, Konsey kararının, uluslararası hukuktaki üstünlüğüne halel getirmeyeceğini belirtmiştir.<sup>124</sup> İlk Derece Mahkemesinin aksine, Divan, *jus cogens* kurallara ilişkin bir inceleme yapmamıştır. Zira Divan, Topluluğun, hukukun üstünlüğü ilkesine dayandığını, AT Andlaşması'nda, Topluluk organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun, ATAD tarafından denetleneceğinin ifade edildiğini belirtmiştir.<sup>125</sup> ATAD, Kadı Kararında, İlk Derece Mahkemesinden farklı olarak, hukukun üstünlüğü ilkesini vurgulamış, *jus cogens* normlar ve BM hukuku yerine AT'nin temel ilkelerini ve Kurucu Andlaşmaları'nı dikkate almış, Güvenlik Konseyi kararlarını, Topluluk hukukundaki değerler bütünü içerisinde yorumlamıştır.

### 3. Ulusal Mahkemelerde Denetim

BM Andlaşması'nın 25. maddesi uyarınca devletler, Güvenlik Konseyi kararlarını kabul etme ve uygulama yükümlülüğü altındadırlar. Daha önce de belirtildiği gibi bu yükümlülük bireylere değil devletlere getirilen bir yükümlülüktür. Başka bir ifadeyle Konsey doğrudan bireylere yönelik kararlar alamaz. Bireylere yönelik kararların uygulanabilmesi için üye devletlerin bunları uygulamasına ihtiyaç vardır. BM Andlaşması, Konsey kararlarının hangi iç hukuk işlemleri ile uygulanacağı konusunda üye devletleri serbest bırakmıştır. Dev-

<sup>122</sup> C-402/05P, para. 299. Divana göre AT Kurucu Andlaşması'nın 307. maddesi Topluluğun temellerini oluşturan temel hak ve özgürlüklerin korunması ve Topluluğa alınan önlemlerin bu bakımdan yargısal denetiminin yapılmasına halel getirmez. Bkz. C-402/05P, para. 304.

<sup>123</sup> C-402/05P, para. 380/2.

<sup>124</sup> C-402/05P, para.288.

<sup>125</sup> C-402/05P, para.281.

letler bu kararları doğrudan uygulayabilecekleri gibi bir iç hukuk işleminde de ihtiyaç duyabilirler. Nitekim devletlerin büyük çoğunluğu, Konsey kararlarını bir iç hukuk düzenlemesine dönüştürdükten sonra uygularlar.<sup>126</sup> Bu noktada ulusal mahkemelerin, doğrudan Konsey kararlarını değilse de bu kararları uygulamak üzere çıkarılmış iç hukuk işlemlerinin yargısal denetimini yaptıkları görülmektedir. Aşağıda, bu konudaki üç farklı dava incelenmiştir.<sup>127</sup>

İrlanda Yüksek Mahkemesi, bir Türk Şirketi olan Bosphorus Hava Yollarının, İrlanda Ulaştırma Bakanlığına karşı açtığı davada, 820 sayılı Güvenlik Konseyi kararını uygulamak üzere çıkarılmış 990/93 sayılı AT Konsey tüzüğünü yorumlamıştır.<sup>128</sup> Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketinin, eski Yugoslavya Hava Yollarından (JAT) kiralamış olduğu uçağa, 990/93 sayılı tüzüğe dayanılarak, Dublin’de, İrlanda Otoritelerince el konulmuştur.<sup>129</sup> 820 sayılı karar, diğer ekonomik yaptırımların yanında, çoğunluk ya da kontrol hisseleeri, Yugoslavya’da ikamet eden yahut faaliyette bulunan gerçek ya da tüzel kişilere ait kara, hava ve deniz araçlarına el konulmasını öngörmektedir.<sup>130</sup> İrlanda Yüksek Mahkemesine göre söz konusu düzenleme, Yugoslavyalı bir kişi ya da bir şirketin sahip olduğu hissenin yüz-

<sup>126</sup> Devletlerin bu konudaki çeşitli uygulamaları için bkz. Vera GOWLAND-DEBBAS, *National Implementation of UN Sanctions: A Comparative Study*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004.

<sup>127</sup> Ekonomik kararların yargısal denetimine ilişkin ulusal mahkeme kararları seçilenlerle sınırlı değildir. Bu konuda çok sayıda yargı kararı vardır. Bkz. Antonios Tzanakopoulos, “Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions”, in August Reinisch (ed.), *Challenging the Acts of International Organizations before National Courts*, 2010, s. 54-76.

<sup>128</sup> Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v The Minister for Transport Energy and Communications, Ireland and the Attorney General and Team Aer Lingus, The High Court, 1993 No 352JR. Söz konusu dava metni için bkz. <http://www.lexisnexis.com/hottopic/Inacademic/> (Erişim Tarihi: 15.10.2013) Güvenlik Konseyi, doksanlı yıllarda, Yugoslavya Federal Cumhuriyetinde devam eden çatışmalar ve insan hakkı ihlalleri sebebiyle, bu devlete karşı çeşitli ekonomik yaptırım kararları kabul etmiştir.

<sup>129</sup> Kira sözleşmesine göre dört yıl süre ile uçağın günlük yönetim kontrolü tamamen Bosphorus Hava Yolları Şirketine bırakılmıştır. Hava yolu şirketi, 1993 yılında Dublin’de bir İrlanda uçak bakım şirketinden uçağın bakımını istemiştir. Bakım işi sona erdikten sonra İrlanda Otoriteleri, 990/93 sayılı AT Konsey tüzüğüne dayanarak uçağa el koymuşlardır. Bkz. Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland, [GC], no. 45036/98), ECHR, 2005-VI, para. 11-32; C-84/95, Bosphorus v. Minister for Transport, Energy and Communication and Others, 1996 ECR I-03953, para. 1-3.

<sup>130</sup> S/RES/820 (1993), para. 24.

desi ya da derecesi arasındaki farkı açıkça ortaya koymakta ancak bu hissenin niteliğine ilişkin herhangi bir belirleme yapmamaktadır.<sup>131</sup> AT Konsey tüzüğü'nün amacı, suçlu tarafın (bu durumda Yugoslavya'nın) uçağı kullanmasını ve bu uçakla ambargoyu ihlal edecek malları taşımasını engellemektir. Sırbistan ve Karadağ vatandaşı herhangi bir kişinin, bu uçak üzerinde kontrol veya kullanımı veya ondan gelir elde etme imkanı olmadığı müddetçe söz konusu düzenlemeler amacını gerçekleştirmiş demektir ve uçağı el konulması Bosphorus'un ticari hayatına haksız bir müdahaledir. Söz konusu olayda uçağın çoğunluk ve kontrol hisseleri Bosphorusa aittir ve uçağı el konulması hukuka aykırıdır.<sup>132</sup>

İrlanda Yüksek Mahkemesi AT Tüzüğü'nü dolayısıyla Güvenlik Konseyi kararını amaçsal bir biçimde yorumlamış, ilgili düzenlemelerde hissenin niceliğine ilişkin ayrımlar yapılmasına rağmen, niteliğe ilişkin bir değerlendirme yaparak, uluslararası hukuk alanında devlet lehine değil birey lehine, temel hak ve özgürlükler çerçevesinde bir karara varmıştır.

Ürdünlü mülteci Ömer Muhammed Othman, Çalışma ve Emeklilik Bakanlığınca (*Secretary of State for Works and Pensions*) kendisine ödenen sosyal sigorta desteğininin 1267 rejimi çerçevesinde askıya alınması kararına karşı, İngiltere Yüksek Mahkemesinde dava açmıştır.<sup>133</sup> Mahkeme, 1267 Rejimi çerçevesinde kabul edilen 1333 sayılı Gü-

<sup>131</sup> Mahkemeye göre bu düzenlemenin, Yugoslavya'da bulunan ya da orada faaliyet gösteren bir kişinin, uçağın günlük kullanımına ilişkin karar alma yetkisinin bulunup bulunmadığı tespit edilerek hissenin derecesi ya da kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Sırf bir tarafın uçağın sahibi olması ve tamamen masum bir tarafın ödemiş olduğu kirayı alması nedeniyle söz konusu malvarlığına el konulması son derece absürddür. Bkz. *Bosphorus v The Minister for Transport Energy and Communications*, 1993, s. 5.

<sup>132</sup> *Bosphorus v The Minister for Transport, Energy & Communications*, 1993, s. 5. Bu konuda ayrıca bkz. Nicola Wenzel, "Bosphorus Case", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, online edition, ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)) (Erişim Tarihi: 18.12.2012)

<sup>133</sup> (*R (on the Application of Othman) v Secretary of State for Work and Pensions*, Queen's Bench Division (Administrative Court) 2001 EWHC Admin 1022, CO/4539/2001. Ürdünlü mülteci Ömer Muhammed Othman, Çalışma ve Emeklilik Bakanlığınca (*Secretary of State for Works and Pensions*) kendisine ödenen sosyal sigorta desteğininin askıya alınması kararına karşı İngiltere Yüksek Mahkemesinde dava açmıştır. Bu kararın nedeni, 1989 tarihli Terörle Mücadele Yasası gereğince tutuklanan ve evi aranan Othman'ın evinde bulunan 180.000 sterlin tutarındaki paradır. Çalışma ve Emeklilik Bakanlığı, 1999 tarihli Sosyal Güvenlik ve Çocuk Desteği Yasası uyarınca, ilgili desteğin ödenebilmesi için gerekli olan

venlik Konseyi kararını uygulamak üzere kabul edilmiş AT Konsey tüzüğü'nün, bir kişinin hayatını ve sağlığını riske atmak pahasına malvarlığının dondurulması gerektiği şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre İngiltere'de yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygulanan insanlık hukuku (*law of humanity*) ilkeleri, AT düzenlemelerine de uygulanabilir.<sup>134</sup> Bu kurallar uyarınca bir kişinin hayatı ve sağlığı riske giriyorsa, 1333 sayılı Güvenlik Konseyi kararını uygulamak üzere çıkarılmış AT tüzüğünde listelenen kişilerin malvarlıklarının dondurulması kararına bir istisna getirilebilir.<sup>135</sup> Mahkeme, bu tür bir istisnanın belirlenebilmesi için ilgili Yaptırım Komitesinin görüşünün alınmasına da gerek olmadığını ifade etmiştir.<sup>136</sup>

İngiltere Yüksek Mahkemesi, konuya ilişkin olarak makul bir değerlendirme yapmış olsa da bu yorum teknik olarak yanlıştır. Zira o dönemde 1267 rejimi çerçevesinde bu tür istisnalar öngörülüyordu. Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin bu yorumu, Güvenlik Konseyinin 1267 rejimini gözden geçirmesini ve bu konuda çeşitli değişiklikler yapmasını sağlamıştır. Nitekim Konsey, 1452 sayılı kararında, Mahkemenin yorumundan yaklaşık bir yıl sonra, malvarlığının dondurulması konusunda, temel harcamalara yönelik istisnalar kabul etmiştir.<sup>137</sup>

---

koşulların yerine getirilmediğine karar verirse söz konusu ödemenin askıya alınabileceğini, sigorta desteği ödenen kişinin 8000 sterlinden fazla anaparası varsa, Bakanlığın bu ödemenin yapılabilmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığını değerlendirme hakkı olduğunu, nitekim 180.000 sterlinin bu miktarı fazlasıyla aştığını ifade etmiştir. İç hukuk çerçevesinde değerlendirildiğinde Bakanlığın kararı mevcut düzenlemelere uygundur. Ancak Othman, 1267 rejimi çerçevesinde, 1333 sayılı Güvenlik Konseyi kararını uygulamak üzere kabul edilmiş 467/2001 ve 2062/2001 sayılı AT Konsey tüzükleri uyarınca, fonları ve finansal malvarlığı dondurulması talep edilen Taliban ya da El Kaide bağlantılı kişiler arasında listelenmiştir. Othman, 1900 sterlin tutarındaki banka hesabının dondurulduğunu ve polis el koymuş olduğu 180.000 sterlinin ise bu durumda geri verilmeyeceğini belirtmiştir. Bununla beraber Bakanlıkça kendisine ödenen destek, fon ya da finansal malvarlığı olarak kabul edilemez aksi halde Othman'ın yaşayabilmesi için gerekli para Konsey tüzüğü ile engellenmiş olur. Davalı taraf ise bu paranın da finansal malvarlığına dahil olduğunu, nakit ödeme ya da doğrudan banka hesabına aktarma şeklinde gerçekleştiğini belirtmiş, Konsey tüzüğü'nün bu konuda herhangi bir istisna öngörmediğini ifade etmiştir. Bkz. Othman v Secretary of State for Work and Pensions para. 1-6, 9, 19, 24, 27-33, 40- 47)

<sup>134</sup> Othman v Secretary of State for Work and Pensions, para. 56.

<sup>135</sup> Othman v Secretary of State for Work and Pensions, para. 57.

<sup>136</sup> Othman v Secretary of State for Work and Pensions, para. 61.

<sup>137</sup> Tzanakoupolos, 2010, s. 66.

Yasin El Kadı, 1267 rejimi kapsamındaki yaptırım kararlarının uygulanabilmesi için kabul edilen ve kendisinin Türkiye'deki tüm hak ve alacakları ile malvarlıklarının dondurulması ve bu malvarlıkları ile ilgili tüm işlemlerin Maliye Bakanlığının iznine bağlanmasına ilişkin 22/12/2011 tarih ve 2001/3483 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali için Danıştay 10.Dairede dava açmıştır.<sup>138</sup> Danıştay 10. Dairesi, Bakanlar Kurulu Kararını Türkiye Cumhuriyeti Anayasası çerçevesinde değerlendirmiştir. Daire, öncelikle BM Andlaşması'nın 25. Maddesinin, Güvenlik Konseyi kararlarının idarece doğrudan uygulanacağı şeklinde bir düzenleme içermediğini belirtmiş ve Anayasanın 35. maddesine dayanarak mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceğini ifade etmiştir. Dairenin dayandığı diğer Anayasa hükümleri, 6., 13. ve 16. maddelerdir. Söz konusu hükümler uyarınca temel hak ve özgürlükler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla, özlerine dokunulmaksızın ve Anayasada belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz. Daire, Anayasa'da yer alan bu düzenlemeler karşısında, idarenin, yasayla yetki tanınmasına rağmen mülkiyet hakkına müdahalesinin, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle ilgili kararın davacıya ilişkin bölümünü iptal etmiştir.

Danıştayın 10. Dairesi, ulusal hukuk ve uluslararası hukuku iki ayrı düzen olarak değerlendirmiştir. Kararda, bir uluslararası hukuk normu değil bir iç hukuk düzenlemesinin hukuka uygunluğu, Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükler çerçevesinde ve ATAD ve diğer ulusal mahkemelerin kararlarına benzer biçimde denetlenmiştir.<sup>139</sup>

#### 4. Değerlendirme:

Ulusal mahkemeler, doğrudan Konsey kararlarını değil bunları uygulamak üzere çıkarılan iç hukuk düzenlemelerini denetlemekte-

<sup>138</sup> Danıştay 10. Daire, Esas No. 2002/984, Karar No. 2006/4795, 04.07.2006.

<sup>139</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 10. Dairenin iptal kararına karşı açılan temyiz davasında, dava konusu Bakanlar Kurulu kararının, idari bir işlem olması nedeniyle, idari yargıda hukuka uygunluk denetimine tabi olduğunu ifade etmiş ancak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlara karşı Birleşmiş Milletler sistemi içinde basvuru ve itiraz imkanlarının bulunduğunu belirterek 10. Dairenin iptal kararının bozulmasına karar vermiştir. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Esas No. 2006/2824, Karar No. 2007/115, 22.02.2007.



dir. Zira Konsey kararlarının doğrudan denetimi meselesi, uluslararası andlaşmaların iç hukuklardaki yeri çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu çalışmanın konusu bakımından böyle bir incelemeye girilmeyecektir ancak bu durum en azından Türkiye bakımından şu şekilde örneklendirilebilir; BM Andlaşması'nın 25. Maddesi, üye devletlerin Konsey kararlarını uygulama yükümünden söz eder. Bu kararların nasıl uygulanacağı ya da bu kararlara karşı ulusal mahkemelerde dava açılıp açılmayacağı konusunu düzenlenemez. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/5. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar kanunların üstündedir. BM Andlaşması'nın 103. Maddesi, bu Andlaşma'nın üye devletlerin tarafı olduğu diğer tüm andlaşmalardan üstün olduğunu ifade etmektedir. O halde BM Andlaşması, kendi ifadesine göre, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden üstündür. Anayasa'ya göre ise Sözleşme, BM Andlaşması'ndan üstündür. Anayasa'nın bu hükmünden anlaşıldığı kadarıyla, Türk hukuk düzeninde temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir uluslararası andlaşma yükümünün uygulanmaması gerekmektedir. Eğer uygulanıyorsa da, bu yükümlülüğü getiren kararın, iç hukuk düzenlemesine dönüştükten sonra yargısal denetiminin yapılabilmesi gerekir. Uluslararası andlaşmaların anayasaya aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Bununla birlikte, Danıştay'ın da ifade ettiği üzere, BM Andlaşmasından kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmek üzere kabul edilen bir Bakanlar Kurulu Kararı, bir idari işlem olduğu için, bu kararın, idari yargıda hukuka uygunluk denetimine tabidir. Bu örnek, ulusal hukuk sistemlerinde, ekonomik yaptırımlara ilişkin Konsey kararlarının, doğrudan yargısal denetiminin son derece karmaşık iç hukuk-uluslararası hukuk ilişkileri tartışmasını beraberinde getireceğini göstermektedir. Bu sebeple ulusal mahkemelerin bu tür tartışmalara girmekten kaçınarak, bu kararları uygulamak üzere kabul edilen iç hukuk düzenlemelerini anayasal normlar ya da ilkeler çerçevesinde denetlemeleri daha işlevseldir.

Topluluk/Birlik hukuku bakımından yargısal denetim ise daha somut verilere dayanmaktadır. AT İlk Derece Mahkemesi AT tüzüğü çerçevesinde olsa dahi ekonomik yaptırım kararlarını *jus cogens* normlar ışığında dolaylı olarak denetlediğini belirtmiştir. Daha da önemlisi uluslararası hukukta kapsamı üzerinde uzlaşamayan *jus cogens* kuralına ilişkin bir değerlendirme yapmış ve mülkiyet hakkını bu kap-

samda kabul etmiştir. ATAD ise AT tüzüğünün yargısal denetimini yapmakla birlikte, Topluluk kurucu andlaşmalarını ve genel ilkelerini, BM Hukukuna üstün kabul etmiştir.

Birleşmiş Milletler Sistemi içerisinde, UAD tarafından yapılacak bir yargısal denetim, BM Andlaşması ile engellenmiş değildir. UAD'deki genel tutumu yansıtmasa da çeşitli yargıçların bireysel görüşleri, Konsey kararlarının en azından BM Andlaşması ve *jus cogens*e uygunlunun denetlenebileceği yönündedir.

### Sonuç

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin, devletleri, bireyleri ya da özel hukuk hükümleri çerçevesinde faaliyet gösteren kuruluşları hedef alan ekonomik yaptırım kararları almasının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Zira Konsey, BM Andlaşması'nın VII. Bölümü uyarınca uluslararası barış ve güvenliği koruyabilmek için askeri olan ya da olmayan her türlü önlemi alma yetkisine sahiptir. Uluslararası hukuk kurallarının işlevselliğinin sağlanabilmesi de, uluslararası toplumun tamamını temsil eden örgütlü bir siyasi otorite olarak BM'nin bu kararları alabilmesi ve uygulayabilmesine bağlıdır. Tüm uluslararası toplumu ilgilendiren ve özellikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin kararlar alabilen bir uluslararası hukuk kişinin yürütme organı olan Konseyin kararlarının yargısal denetimi, uluslararası hukukta hukukun üstünlüğü ilkesinin hüküm sürebilmesi için en önemli araç olmaktadır. Ulusal ya da bölgesel mahkemelerin bu konudaki dolaylı denetimleri, hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulama yoluyla yerleşebilmesi için önemli bir çabadır. Bununla birlikte asıl denetimin BM sistemi içerisinde yapılması gerekir. BM Andlaşması'nın hazırlık aşamasında, Konsey kararlarının yargısal denetime tabi olmaması gerektiği yönünde baskın bir görüş olsa da Konsey'in uygulamaları ile uluslararası barış ve güvenliğin korunması için alınan önlemler, geleneksel anlamda barış ve güvenliği bozan ya da tehdit eden durumların çok ötesinde farklılaşmıştır. Kaldı ki BM Andlaşması'nda Konsey kararlarının yargısal denetimini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ulusal hukuklarda da anayasa yargısı denetimi, açıkça anayasada öngörülerek değil uygulamalarla başlamıştır. UAD'nin de bir tür *Marbury v. Madison* uygulaması geliştirerek, çekişmeli davalarla ilgili Konsey kararlarının, BM Andlaşması'na ve

en azından *jus cogens* çerçevesinde uluslararası hukuka uygunluğunu denetlemesinin önünde herhangi bir engel yoktur. UAD bu denetim neticesinde Konsey kararını iptal etmese dahi en azından davanın tarafları bakımından bunu etkisiz hale getirebilir. Danışma görüşleri resmi olarak bağlayıcı olmamakla birlikte fiilen bağlayıcı güce sahip kararlardır. Bu nedenle yaptırım kararlarının denetimi, danışma görüşleriyle de gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte öğreti ve uygulamadaki tartışmalar ve bir yargı organı dahi olsa UAD'nin işleyişindeki siyasi endişeler dikkate alındığında, bu denetimin etkin bir biçimde yapılabilmesi, BM Andlaşması'nın yargısal denetime açıkça izin vermesine bağlıdır. Yaptırım kararları veren bir siyasi organın, bu organın tabi olduğu hukuk sistemi içerisinde yargılanabilmesinin olanaklı hale getirilmesi, uluslararası hukuku, gelişmiş hukuk düzenlerine bir adım daha yaklaştıracaktır.

## KAYNAKLAR

### Kitaplar/ Makaleler

- ABI-SAAB, Georges, "The Concept of Sanction in International Law", in Vera Gowlland-Debbas (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001, 29-41.
- Akande, Dapo, "The International Court of Justice and the Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?", *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, Vol. 46, Issue 2, 309-343.
- Alexander, Kern, *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Palgrave Macmillan, New York, 2009.
- Carter, Barry E., "Economic Sanctions" in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, online edition, ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com))
- Crawford, James, "The Relationship between Sanctions and Countermeasures", in Vera Gowlland-Debbas (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001, 57-68.
- De Burca, Grainne, "The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi", *Harvard International Law Journal*, 2010, Vol. 51, Issue 1, 1-49.
- Delbrück, Jost, "Article 24", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nation: A Commentary*, Vol I, Oxford University Press, Oxford/ New York, Second Edition, 2002, 442-452.
- Dı Brozolo, Luca G Radicati; MEGLIANI Mauro, "Freezing the Assets of International Terrorist Organizaitons", in Andrea Bianchi (ed.) *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 375-415.

- Farrall, Jeremy Matam, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2007.
- Fassbender, Bardo, "Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights", *International Organizations Law Review*, 2006, Vol. 3, Issue 2, 437-485.
- Femaugle, Clemens, "Kadi Case", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, online edition, ([www.mpe-pil.com](http://www.mpe-pil.com))
- Frowein, Jochen; Krisch, Nico, "Introduction to Chapter VII", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Oxford University Press, Oxford/ New York, Second Edition, 2002, 701-716.
- Gordon, Joy, "The Sword of Democles: Revisiting the Questions whether the United Nations Security Council is Bound by International Law", *Chicago Journal of International Law*, 2011-2012, Vol. 12, Issue 2, 605-645.
- Gowlland-Debbas, Vera, "UN Sanctions and International Law: An Overview", in Vera Gowlland-Debbas (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer Law International, The Hague/ London/ Boston, 2001, 1-28.
- Gowland-Debbas, Vera, "Functions Of The UN Security Council", In Michael Byers (Ed.), *The Role Of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2001, 277-313. (Gowland-Debbas, 2001/a)
- Gowlland-Debbas, Vera, *National Implementation of United Nations Sanctions: A Comparative Study*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004.
- Gowlland-Debbas, Vera, "Security Council Change: The Pressure On Emerging Public Policy" *International Journal*, 2009-2010, Vol. 65, Issue 1, 119-139.
- Hilpold, Peter, "UN Sanctions Before the ECJ: The Kadi Case", in August Reinisch (ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2010, 18-53.
- Hufbauer, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey J.; ELLIOTT, Kimberly Ann; OEGG, Barbara, *Economic Sanctions Reconsidered*, Peterson Institute for International Economics, Washington, 2007.
- Kadelbach, Stefan, "Interpretation of the Charter", in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Third Edition Oxford University Press, Oxford, 2012, 70-99.
- Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Steven and Sons Limited, London, 1951.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory Of Law*, Translation From The Second (Revised And Enlarged) German Edition by Max Knight, The Law Book Exchange Ltd., Clark, New Jersey, 2008.
- Lopez-Jacoiste, "Eugenia, The UN Collective Security System and Its Relationship with Economic Sanctions and Human Rights", *Max Planck Yearbook of United Nations*, Vol. 14, 2010, 273-335.
- Petculescu, Ioana, "The Review of the United Nations Security Council Decisions by the International Court of Justice", *Netherlands International Law Review*, 2005,

Vol. 52, Issue 2, 167-195.

Paulus, Andreas, "Article 29", in Bruno SIMMA (ed.) *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Oxford University Press, Oxford/ New York, Second Edition, 2002, 539-563.

Pellet, Alain; Miron, Alina, "Sanctions", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012-, online edition, (www.mpepil.com)

Shrijver, Nico, "The Use of Economic Sanctions by the UN Security Council", in Harry, H.G. Post (ed.), *International Economic Law and Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, 123-161.

Özman, Aydoğan, *Devletler Hukukunda Müeyyide*, Ankara, 1974, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi.

Tzanakopoulos, Antonios, "Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions", in August Reinisch (ed.), *Challenging the Acts of International Organizations Before National Courts*, 2010, 54-76.

Wenzel, Nicola "Bosphorus Case", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, online edition, (www.mpepil.com)

Weschler, Joanna, "The Evolution of Security Council Innovations in Sanctions", *International Journal*, 2009-2010, Vol. 65, Issue 1, 31-43.

Wolfrum, Rüdiger, "Article 1", in Bruno Simma (ed.). *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I, Third Edition Oxford University Press, Oxford, 2012, 107-120.

### **Uluslararası Belgeler**

Yearbook of International Law Commission, 1979, vol. II, Part 1.

Yearbook of International Law Commission, 1979, vol. II Part 2.

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 326/196, 26.10.2012.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları: S/RES/ 661, 664, 667, 670 (1990); S/RES/713 (1991); S/RES /713, 733, 748, 752, 757, 770, 787, 794, 837 (1992); S/RES/819, 820, 836 (1993); S/RES/917, 935 (1994); S/RES/ 1127 (1997); S/RES/ 1160, 1171, 1199 (1998); S/RES/1264, 1267 (1999); S/RES/1333 (2000) S/RES/1373 (2001); S/RES/1390, 1452 (2002); S/RES/1455, 1456 (2003), S/RES/1526, 1535, 1540 (2004); S/RES/1617 (2005); S/RES/1730, 1735 (2006); S/RES/1822, 1844 (2008); S/RES/1904 (2009); S/RES/1988, 1989 (2011); S/RES/2083 (2012)

### **Yargı Kararları ve Danışma Görüşleri**

Certain Expenses of the UN, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1962, 151.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1971, 16.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising

- from the Aerial Incident at Lockerbie, *Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Rep. 1992, 3.
- Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, *Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Rep. 1992, 114.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Monte Negro)* Order of 13 September 1993, ICJ Rep. 1993, 325.
- Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v The Minister for Transport Energy and Communications, Ireland and the Attorney General and Team Aer Lingus*, The High Court, 1993 No 352JR.
- C-84/95, *Bosphorus v. Minister for Transport, Energy and Communication and Others*, 1996 ECR I-03953.
- Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, *Libyan Arab Jamahiriya v. United States*, Judgment, ICJ Rep. 1998, 115.
- Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, *Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom*, Judgment, ICJ Rep. 1998, 9.
- R (on the Application of Othman) v Secretary of State for Work and Pensions, Queen's Bench Division (Administrative Court)* 2001 EWHC Admin 1022, CO/4539/2001.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2004, 136.
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland*, [GC], no. 45036/98, ECHR, 2005-VI.
- T-315/01, *Kadi v. Council and Commission*, Judgment of the Court of First Instance, 2005 ECR II-3649.
- Danıştay 10. Dairesi, Karar No: 2006/4795, Esas No: 2002/984, 04.07.2006.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Karar No: 2007/115; Esas No. 2006/2824, 22.02.2007.
- C-402/05P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Judgment, 2008.
- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2010, 403.

### İnternet Kaynakları

- BM'ye ilişkin belgeler için bkz. [www.un.org](http://www.un.org)
- UAD'ye ilişkin davalar ve belgeler için bkz. [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)
- AT/AB'ye ilişkin hukuki metinler için bkz. [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu)
- ATAD ve İlk Derece Mahkemesinin kararları için bkz. [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)
- The Max Planck Encyclopedia of Public International Law için bkz. [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

# SÖZLEŞME SONRASI REKABET YASAĞI DÜZENLEMELERİ POST NON-COMPETITION CLAUSES

Hikmet KOYUNCUOĞLU\*

**Özet:** Çalışmamda, sözleşen taraflardan birine sözleşme sonrası döneme ilişkin getirilen rekabet yasağının hukuksal geçerliliği konusuna değinilmiştir. Son dönemlerde Yargıtay tarafından, çalışma hürriyetinin engellendiğinin tespiti sonucunda Anayasa'ya ve bu temelde Borçlar Kanunu'na aykırı ve geçersiz olarak nitelendirilen söz konusu hükümlerin rekabet hukuku düzenlemeleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

**Anahtar Sözcükler:** Rekabet yasağı, çalışma hürriyeti, sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü, kelepçeleme.

**Abstract:** This study discusses the validity of post non-competition terms. The necessity of taking the competition law regulations into account while discussing the validity of such post non-competition terms has been emphasized, especially in consideration with the recent approach of the Supreme Court which in its two successive decisions mentioned that such clauses are invalid as they violate Code of Obligations as well as the Constitution on the basis of restricting the freedom to work.

**Keywords:** Post non-competition, freedom to work, restriction of contractual freedom and tying agreements.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir sene arayla verdiği yeni sayılabilecek iki kararında,<sup>1</sup> sözleşmede belirlenen ve sözleşme sonrası karşı tarafa getirilen rekabet etmeme koşulunu, önce çalışma hürriyeti ilkesine aykırı olmasından, sonra ise kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup karşı tarafın ekonomik özgürlüğünü kısıtladığından hareketle geçersiz saymıştır. Söz konusu tespitlerin, ticari hayatın işleyişini önemli ölçüde bozacak nitelikte olmaları nedeniyle Türk Hukuku'nda konuya ilişkin düzenlemeler etrafında irdelenmesi mecburiyeti bulunmaktadır.

\* Avukat, Dr.

<sup>1</sup> 1- Yargıtay 11. H.D. 2011/13747E, 2012/356K, 19.01.2012

2- Yargıtay 11. H.D. 2012/17736E, 2013/9814K, 13.05.2013 (www.legalbank.net)

## 1. Hizmet Sözleşmesinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağına İlişkin Düzenleme

Hizmet sözleşmelerini ayrı bir başlık altında değerlendirmemin sebebi, sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin özel düzenleme içeriyor olmasıdır. Kanun koyucu, genel yaklaşım olarak işveren karşısında korumaya özen gösterdiği işçi aleyhine, işveren tarafından işçinin çalıştığı dönemden sonrasına ilişkin olarak getirilebilecek rekabet yasağını belirli şartlar dâhilinde de olsa kabul etmektedir. Buna göre Türk Borçlar Kanunu m. 444 şu şekilde ifade etmektedir;

*“Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilecektir”.*

Ana kural bu olmakla beraber kanun koyucu aynı maddenin ikinci fıkrası ile (m.444/II) bu yasağın hangi hallerde işçi aleyhine getirilebileceğini, bir sonraki maddede ise (m.445) bu hallerde dahi, işçi aleyhine getirilen rekabet yasağının hangi sınırlamalara tabi olması gerektiğini belirtmektedir.

Buna göre rekabet yasağı kaydı, işçinin hizmet sözleşmesi kapsamında görevlerini ifa ederken işverenin müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı bulunuyorsa ve edinilen bu bilgilerin işçi tarafından kullanımı işverenin önemli bir zararına<sup>2</sup> sebep olacak nitelikteyse geçerli olacaktır. Ancak, söz konusu rekabet yasağı kaydı (bu hallerin varlığında dahi) işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek sınırlamalar içermeyecek ve özel durumlar dışında iki seneyi aşmayacaktır. Bunun yanında hâkime de rekabet yasağı kaydının sınırlarına müdahale etmek yetkisi tanınmıştır (m. 445/II).

<sup>2</sup> Yargıtay, zararın hangi hallerde önemli sayılacağına ilişkin genel bir ölçüt yerine her olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. (Yarg. 9. HD 2010/25792E, 2013/10539K, 28.03.2013T, www.legalbank.net)



Görüleceği üzere, düzenleme ile sınırlandırılmış ve hâkime rekabet yasağının kapsamına müdahale etme yetkisi tanınmış da olsa, esasen belirli koşulların varlığı halinde işçi aleyhine getirilen sözleşme sonrası rekabet yasağı geçerlilik kazanmakta ve bu sebeple işçi, bu yasağa uymamasından dolayı eski işverenin uğradığı zararı tazmin etme yükümlülüğü altında bulunmaktadır.

## 2. Rekabet Hukukunda Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağına İlişkin Düzenleme

Yukarıda kanun tarafından hizmet sözleşmelerine özel olarak düzenlenen sözleşme sonrası rekabet yasağı düzenlemesi kısaca belirtilmiştir. Belirtilen maddeler dışında TBK'nda, özel bir sözleşme sonrası rekabet yasağı düzenlemesi ise bulunmamaktadır. Buna karşın Rekabet Kurulu'nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde dikey anlaşmalara ilişkin olarak sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü kavramı düzenlenmiştir.<sup>3</sup>

### a. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Genel Amacı ve İkincil Düzenlemeler

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un genel gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir;

*“Mal ve hizmetler açısından piyasaları etkilemeye ve rekabeti kısıtlamaya yönelik teşebbüsler arası anlaşma veya kararlar ile pazardaki hâkim durumun kötüye kullanılması ve tekelleşmeye yol açacak veya rekabeti bozacak şekilde yoğunlaşmaların önlenmesine ilişkin düzenleyici ve yasaklayıcı hukuki düzenlemelerin tümüne kısaca “rekabet hukuku” denilmektedir.*

Görüldüğü üzere rekabetin etkin tesisini amaçlayan Rekabet Hukuku'nda esas olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yasaklanmak-

<sup>3</sup> Bunun yanında, rekabet hukukunda “yan sınırlama” olarak tanımlanan kavram da genellikle rekabet yasaklarını içermektedir. Yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Yan sınırlamalar, birleşme-devralma sözleşmesine eklenebilecek makul, objektif ve belli bir süre ile sınırlı rekabet kısıtlamaları olarak tanımlanmaktadır.

tadır. Bu bağlamda, Rekabet Kanunu ve ikincil düzenlemelerinin, kelepçeleme sözleşmesi olarak tasvir edilen ve sözleşme sonrasına getirilen rekabet yasaklarına bakış açısı oldukça önemlidir. Unutulmamalıdır ki, (aşağıda daha detaylı olarak irdeleneceğimiz üzere) rekabet hukuku, sonuçlarını hem kamu hukuku alanında hem de özel hukuk alanında doğurmaktadır ve karma bir hukuk dalı olarak nitelendirilmektedir.

### **b. Tebliğ Hükümleri**

Rekabet Kurulu'nun (Rekabet Kanunu m.5 doğrultusunda) belirli nitelikteki ve belirli koşulları taşıyan anlaşma türlerini topluca rekabeti sınırlayıcı anlaşma niteliğinden muaf tutma ve bu muafiyet koşullarını belirleme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki doğrultusunda Rekabet Kurulu, yürürlükte bulunan 2002/2 sayılı Tebliği düzenlemiştir.<sup>4</sup> Bu Tebliğ ile teşebbüslerin dağıtım kanallarını oluşturma amacıyla gerçekleştirilen ve teşebbüsler arası rekabeti artırıcı etkisi olan anlaşma türleri Tebliğ'de belirtilen belirli koşulları sağlamaları şartıyla, Rekabet Kanunu m.4 uyarınca rekabeti sınırlayıcı anlaşma türü olarak nitelendirilmekten muaf tutulmaktadır. Tebliğ'de dikey anlaşma "Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar" olarak tanımlanmaktadır. Görüleceği üzere, günümüzde ticari hayatta gerçekleştirilen önemli anlaşma türlerinin birçoğu söz konusu tanım kapsamına girmektedir.

<sup>4</sup> Tebliğ, yine Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, 1998//7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliğinin yerini almış ve kapsamını genişletmiştir. Bunun dışında 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyet Tebliği de yürürlükte bulunmaktadır.

### c. Tebliğ'de Düzenlendiği Şekliyle Sözleşme Sonrası Rekabet Etmeme Yükümlülüğü<sup>5</sup>

Rekabet etmeme yükümlülüğü, Tebliğ kapsamında taahhüt veren sözleşme konusu mal veya hizmetleri taahhüt alan dışında bir tedarikçiden tedarik etmemeyi veya kendisinin üretmemeyi taahhüt ettiği bir yükümlülük olarak tanımlanmıştır (m.3).<sup>6</sup> Esas olarak sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem için diğer tarafa bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirmek mümkün değildir. Buna karşın Tebliğ'de bu hususa ilişkin istisna bulunmaktadır. Buna göre;

- i. Rekabet yasağının sözleşme konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal ve hizmetlere ilişkin olması,
- ii. Sözleşme süresi boyunca faaliyet gösterilen tesis ya da arazi ile sınırlı olması,
- iii. Rekabet yasağı getirilen tarafa aktarılan know-how'ı korumak için zorunlu olması,
- iv. Sözleşmenin sona ermesinden itibaren 1 yıllık süreyi aşmaması şartlarının tümünün birlikte gerçekleşmesi kaydıyla sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü, Tebliğ kapsamında kalacaktır.<sup>7</sup>

### d. Değerlendirilmesi

Görüleceği üzere, sözleşme sonrasına ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmesi Tebliğ tarafından oldukça sınırlı hallere ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu şartlardan en önemlilerinden bir tanesi ise rekabet etmeme yükümlülüğünün, sözleşme süresi boyunca faali-

<sup>5</sup> Çalışma genelinde "rekabet yasağı" olarak ifade edilen kavram, rekabet hukuku düzenlemeleri incelenirken rekabet hukuku terminolojisine uygun olarak "rekabet etmeme yükümlülüğü olarak" ifade edilecektir.

<sup>6</sup> Rekabet etmeme yükümlülüğünün tanımı doğrultusunda; taahhüt verenin, sözleşme konusu mal veya hizmetlerin %20'sine kadar olan kısmını sözleşme süresi içerisinde rakip teşebbüslerden temin edebilmesine ilişkin sahip olacağı imkân, düzenlemenin rekabet etmeme yükümlülüğü olarak değerlendirilmesine engel olmamaktadır.

<sup>7</sup> Mevzuatında (330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün md. 5/III hükmü) bu husus aynı şekilde düzenlenmiştir.

yet gösterilen tesis veya arazi ile sınırlandırılması gerekliliğine ilişkin düzenlemedir. Bu durum esasen, müşterinin rekabet etmeme yükümlülüğü getiren işletmenin portföyü olduğu ve yeni tesisin (mağaza, dükkân v.s.) farklı bir işletmeye ait olduğu algısının müşteri nezdinde basitçe oluşmasıyla, müşterinin yeni işletmeyi tercih etmeyeceği varsayımına işaret etmektedir. Diğer bir deyişle, rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunan işletmenin ticari faaliyeti engellenmemekte, sadece yükümlülük altında bulunan işletmenin önceden sözleşmesel ilişki içinde bulunduğu tarafın müşteri portföyünü sözleşme sonrası kullanması engellenmeye çalışılmaktadır.

Bu durum, Tebliğ kapsamında rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmesinin diğer bir şartı olan, rekabet etmeme yükümlülüğü altında olana aktarılan know-how'ı<sup>8</sup> korumak için zorunlu olması şartı ile de bir bütün oluşturmaktadır. Sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü getirilen işletme, sözleşme süresi içinde rekabet etmeme yükümlülüğü getiren işletmeye ait ticari sırları ve rekabetçi avantaja dönüştürebileceği gizli bilgileri edinmekte, bu durum da rekabet etmeme yükümlülüğü getiren işletmenin sözleşme sonrasında dahi korunma ihtiyacı olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>9</sup> Tüm bunların yanında Tebliğ, sözleşme sonrası getirilebilecek rekabet etmeme yükümlülüğünü süre ile kısıtlamakta ve rekabet etmeme yükümlülüğünün sözleşme süresi sona erdikten sonra en fazla bir sene için getirilebileceğini düzenlemektedir.

Yukarıda değinilen ve hizmet sözleşmesine özel olarak TBK'nda düzenlenen rekabet yasağı şartlarına bakıldığında, Tebliğ'de düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğü ile benzer bir ratio legis'e dayandığı görülecektir. Her iki düzenlemede de, sözleşme süresi içinde aktarılan know-how veya gizli bilgi ve ticari sırrın, rekabet yasağı getirilen

<sup>8</sup> Know-how, Tebliğ kapsamında sahip olanın; tecrübe, denemeleri sonucu elde ettiği ve patentli olmayan, uygulamaya yönelik gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi olarak tanımlanmıştır. Gizli, esaslı ve belirlenmiş ifadeleri de ayrıca tanımlanmıştır.

<sup>9</sup> Rekabet yasağının temelinde yükümlülük altına giren tarafın, iştiğal ettiği işin iç yüzünü bilmesi ve o işle ilgili sırlara vakıf olması, tecrübe edinmesi ve müşteri çevresini bilmesi yatmaktadır. (Akın Ünal, Keleşçe Söleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.145)

tarafından, rekabet yasağı getirenin aleyhine olacak şekilde kullanılması belirli bir süre için yasaklanmaktadır ve bu suretle rekabet yasağı getirenin, kendini, rekabet yasağı getirilenin haksız rekabetine karşı koruma altına alması amaçlanmaktadır.

Buna karşın, Tebliğ’de düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin şartların, TBK’nda hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlenen rekabet yasağı şartlarından daha sınırlayıcı nitelikte olduğu görülmektedir. Herşeyden önce süre olarak, TBK’nda düzenlenen iki senelik sürenin aksine Tebliğ, sözleşme sonrası rekabet yasağını en fazla bir sene ile sınırlandırmaktadır. Bunun yanında yukarıda değinildiği üzere, Tebliğ kapsamında düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğü, sadece sözleşme süresi içerisinde faaliyet gösterilen tesis veya arazi ile sınırlı olarak getirilebilmektedir. Diğer bir deyişle, işçinin çalışma imkânlarının tamamen ortadan kalkmaması amacıyla, işçiye getirilecek sözleşme sonrası rekabet yasağının Yargıtay kararları doğrultusunda coğrafi bölge ile sınırlı tutulmasına ilişkin çabaya, Tebliğ kapsamında rekabet etmeme yükümlülüğü getirilen işletme açısından gerek bulunmamaktadır zira Tebliğ düzenlemeleri bunu baştan sağlayacak niteliktedir. Sözleşme süresi içerisinde faaliyet gösterilen tesis veya arazide, sözleşme sonrasındaki bir sene boyunca faaliyet gösteremeyecek olan işletme, diğer herhangi bir tesiste veya coğrafyada bu sınırlama altında bulunmadan ticari faaliyetini sürdürebilecektir.<sup>10</sup>

Bu noktada son olarak değerlendirmek istediğimiz konu ise, Tebliğ kapsamında düzenlenmiş olan şartlara aykırı olarak getirilen ve bir dikey anlaşmada bulunan sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğünün akıbeti konusudur. Tebliğ düzenlemesine aykırı olarak getirilen bir sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak nitelendirilmekten muaf tutulma şansını kaybedecektir. Buna karşın bu durum, bu sözleşme hükmünün ipso

<sup>10</sup> Türk Ticaret Kanunu m.18/II hükmü doğrultusunda “tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi” gerekliliğine ilişkin yükümlülük ise, rekabet yasağına ilişkin taahhüt veren tacirin ticari faaliyetini bu yasağın varlığında dahi sürdürebileceğine ilişkin başka bir gösterge olarak kabul edilebilecektir.

jure rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak nitelendirilmesi sonucunu da doğurmayacaktır. Tebliğ'de düzenlenen şartları karşılamaması sebebiyle grup muafiyetinden yararlanamayacak olan rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hüküm, Rekabet Kanunu md. 5 hükmünde belirtilen şartları karşılamaması durumunda bireysel muafiyetten yararlanabilecek ve rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilmeyecektir. Buna ilişkin değerlendirme ise Rekabet Kurulu tarafından yapılacaktır. Rekabet Kurulu tarafından, Rekabet Kanunu md. 5 hükmünde belirtilen şartların karşılanmadığına karar verildiği durumda ise, rekabet etmeme yükümlülüğü rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak kabul edilecektir.<sup>11</sup> Bunun yanında, Rekabet Kanunu m.56 hükmü gereği, rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hüküm geçersiz kabul edilecek ve bundan dolayı zarar görenlerin haksız fiil sorumluluğu esasına göre tazminat isteme hakları bulunacaktır.

### 3. Sonuç

Yukarıda kısaca ifade edildiği üzere rekabet hukuku, pazarda serbest ve etkin rekabetin tesisini amaç edinmektedir ve korunan menfaat esas olarak kamu menfaatidir. Bunun yanında sosyal bakımdan tüketicinin korunmasına yönelik hedefi de bulunmaktadır. Bu sebeplerle, rekabet hukuku amaç yönünden kamu hukukuna daha yakın görünmektedir. Yazımızın konusu olan rekabet yasaklarına ilişkin ise Rekabet Kanunu'ndaki ve özel kanunlardaki rekabet yasağı düzenlemeleri (TBK ve TTK) ters etkileşim içerisindedir zira rekabet hukuku, rekabetin önündeki her türlü engeli ortadan kaldırmaya çalışmakta, özel kanunlarda düzenlenen rekabet yasağı ise rekabet edilmemesini sağlamaya çalışmaktadır.<sup>12</sup>

Buna rağmen, rekabet yasaklarının olmadığı bir serbest rekabet düzenini hedefleyen Rekabet Kanunu'nda dahi belirli şartlarla ve belirli sözleşme tiplerine<sup>13</sup> ilişkin olarak sözleşme sonrası rekabet yasa-

<sup>11</sup> Bu durumda, Rekabet Kanunu'nu ihlal eden veya edenler aleyhine Rekabet Kanunu m.16 hükmünde öngörülen idari para cezası müeyyidesi uygulanacaktır.

<sup>12</sup> Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, 3. baskı, Ankara, 2005, s.18, 19.

<sup>13</sup> Bu sözleşme tipleri yukarıda ifade edildiği üzere dikey sözleşmelerdir ve bu tür sözleşmelerde yer alan rekabet yasakları genellikle bir rekabet hukuku konusu olarak irdelenmektedir. Rekabet hukuku açısından farklı özellikler barındıran

ğı getirilebilmesi imkânının tanınmış olması önemli bir husustur. Bu nedenle, rekabet mevzuatının (kendi var oluş amacına -raison d'être- aykırı olmasına rağmen) belirli şartların sağlanması durumunda rekabet hukukuna uygun olarak nitelendirdiği sözleşme sonrası rekabet yasaklarını, özel hukukta kelepçeleme nitelemesiyle geçersiz saymak doğru olmayacaktır. Unutulmamalıdır ki, kelepçelendiği ve çalışma özgürlüğünün elinden alındığı varsayılan teşebbüs, rekabet düzeninin asli bir parçasıdır.

Ticari hayatta know-how devri içeren çoğu sözleşmede sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Rekabet mevzuatı dikkate alınmak suretiyle getirilen bu sözleşme hükümlerinin, özel hukuk açısından ve özellikle Anayasa'ya aykırılık tespitiyle geçersiz bulunması bu tür nitelikler barındıran çoğu dağıtım sözleşmesine ilişkin hukuksal belirsizliği artıracığı gibi, AB mevzuatına ilişkin olan uyum sürecini de olumsuz etkileyecektir.

Ayrıca, inceleme konusu yapılan Yargıtay kararlarında, sözleşme sonrası rekabet yasağının T.C. Anayasası'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı md. 48 ve devamında düzenlenen maddelerine aykırı olduğu yönünde doğrudan ve dolaylı ifadeler bulunmaktadır. Bu tespitin doğru kabul edilmesi durumunda, sözleşme sonrası rekabet yasaklarına ilişkin düzenlemelerle<sup>14</sup> ilgili ihtilaflara bakan özel mahkemenin, ilgili düzenlemeleri, Anayasa md. 152 hükmü gereği Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne götürmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin incelemesi bitene kadar davayı geri bırakması gerekecektir.

Tüm bu sebeplerle, Tebliğ'de tanımı yapılan dikey sözleşmede bulunan bir sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğüne (rekabet yasağına) ilişkin değerlendirme, Tebliğ'de sayılan şartlara uygunluk gözetilmek suretiyle özel mahkeme tarafından yapılmalıdır. Bu de-

akaryakıt istasyonu ve bayileri arasındaki dikey sözleşmeler ile know-how devrini de-facto barındıran franchise sözleşmeleri bunlara örnek olarak verilebilecektir. Bunun yanında 2012/3083E, 2012/4685K, 30.03.2012 tarihli Yargıtay 14. Hukuk Dairesi kararı da, özel hukuk yargılamasında rekabet hukuku düzenlemelerinin esas alındığı bir karar olarak gösterilebilecektir. (www.legalbank.net)

<sup>14</sup> Gerek özel kanunlarda yer alan (TBK'nda işçilere ilişkin olarak yer alan (TBK md. 444 - 447) veya TTK'nda acentalara ilişkin olarak yer alan (TTK md. 123 gibi) gerekse yukarıda kapsamı ve amacı anlatılan Tebliğ'de yer alan düzenlemeler.

ğerlendirmenin sonucunda, sözleşme sonrası rekabet yasağı içeren hükmün Tebliğ’de yer verilen şartlara uygun olarak düzenlendiğinin tespit edilmesi durumunda, ilgili hüküm sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında geçerli kabul edilmelidir.

#### **KAYNAKLAR**

Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, 3. baskı, Ankara, 2005.  
Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.  
[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)



# KAMU GÖREVLİLERİNİN DİNİ SEMBOL TAŞIYABİLMESİNİN SINIRLARI; ESKİ BİR TARTIŞMA VE YENİ HUKUKİ PARADİGMALAR

## THE LIMITS OF WEARING RELIGIOUS SYMBOLS BY PUBLIC SERVANTS; AN OLD DEBATE AND NEW LEGAL PARADIGMS

Ali Rıza GÜDER\*

**Özet:** Bu makale, uluslararası insan hakları hukuku açısından, kamu görevlilerinin görevleri sırasında *-mahkeme, ordu, emniyet, okul, hastane ve benzeri- alanlarda başörtüsü (türban), kippa, haç, Sikhlerin taktığı türban veya kama, bindi, Budistlerin cübbesi* ve benzeri dini sembolleri taşıyabilme özgürlüklerinin sınırlarını tartışmaktadır. Bu bağlamda, AİHM kararları da dahil olmak üzere uluslararası hukuk metinleri temel alınarak kamu görevlilerinin din, inanç ve vicdan hürriyetinin kamu düzeni, sağlığı, güvenliği, toplumun moral değerleri ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, toplumsal bir ihtiyacın gerektirdiği durumlarda ve amaçla orantılı olmak şartıyla sınırlanabileceği vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, dini sembollerin giyinilmesi hususunda ispatlanabilir vakalardan ziyade *spekülasyon ve varsayıma* dayalı sınırlamalar elbette bireyin din, inanç ve vicdan hürriyetinin ihlali anlamına gelecektir. Bu makalede, nihai olarak aşağıda ayrıntılı bir şekilde tartışılan *-meşru gerekçeler* çerçevesinde, kamu görevlilerinin görevleri sırasında dini sembol giyinebilmelerinin geniş sınırlar dahilinde sınırlanması gerektiği benimsenmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Dini sembol, türban, kamu görevlileri, kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlükleri, AİHM.

**Abstract:** In this article, it is argued the permissible limits of wearing religious symbols -such as headscarf, kippa, crucifix, Sikh turban, kirpan, bindi, saffran robe- in the areas of the courtroom, army, security offices, school, hospital etc. by public servants in the exercise of their duties. In this context, it is emphasized upon international treatise and court judgments a fundamental trait that freedom of religion, belief and conscience of public servants may be restricted for the protection of the rights and freedoms of others, public order, public health, public morality and public safety where circumstances impose pressing social needs and by means proportionate to the legitimate aim concerned. However, restriction upon wearing religious symbols upon speculation and assumptions rather than proven facts would beyond doubt violate an individual's aforementioned rights. In this article, upon careful contemplation and the basis of legitimate reasons, the author adopts the view that the rights of public servants to wear religious symbols in the exercise of their duties must be limited within wider fields.

**Keywords:** Religious symbol, headscarf, public servants, public order, rights and freedoms of others, ECHR.

Din, inanç ve vicdan hürriyeti mutlak şekilde ikna gücü, ciddiyet, uyum ve bağlılık ve öneme sahip fikirlere işaret etmektedir.<sup>1</sup> Bu şartlar gerçekleştiğinde, “*din hürriyeti, sözleşme ile garanti altına alınmış dini inançların veya bu inançları ifade etmek için kullanılan araçların meşruiyetini saptamak konusunda devlete bir seçim hakkı tanımaz.*”<sup>2</sup>

Kamu görevlilerinin dini sembol taşıyabilmeleri özgürlüğü AİHS 9.2 maddesinde kapsandığı şekilde ancak başkalarının hak ve hürriyetleri, kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve toplumun moral değerlerinin korunması amaçlarıyla sınırlanabilir. *Amerikan Anayasa Mahkemesi*, kamu görevlilerinin dini semboller giyinebilmesine ilişkin sınırlamanın ancak “*önemli kamusal bir menfaati korumak amacıyla*”<sup>3</sup> sınırlanabileceğini öngörür ve bu bağlamda bireyin talebinin ancak “*gereksiz yere katlanılan bir güçlüğe sebep olduğunu ispat etmesi*” halinde reddedilebileceğini ifade eder.<sup>4</sup>

Bu yasal çekişme sürecinde, devletin pozitif ve negatif yükümlülüğü muğlak bir sınırdan hareket etmektedir ve bu sınır bireyin ve toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması hususunda devletin geniş bir takdir hakkına sahip olduğu hareket alanıdır.<sup>5</sup> Bu denge arayışında, AİHM “*dini veya herhangi diğer toplulukların bölünmeleri durumunda gerilimin muhtemel olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun çoğulculuğun kaçınılmaz sonuçlarından biri olduğunu değerlendirir. Bu durumda, otoritelerin görevi çoğulculuğu feda etmek pahasına gerilimin nedenlerini ortadan kaldırmak değil, bu grupların birbirini tolere etmesini sağlamaktır.*”<sup>6</sup> Bu bağlamda, sadece toplumsal toleranssızlık veya husumet nedeniyle bireyi temel özgürlüklerinden yoksun bırakmak temel hak ve özgürlüklerle bağdaşır değildir.<sup>7</sup> *Amerikan Anayasa Mahkemesi* yar-

<sup>1</sup> Bayatyan v. Armenia, Judgment of 27 October 2009, p. 110; Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany, Judgment of 6 November 2008, p. 80; Jakóbski v. Poland, Judgment of 7 December 2010, p.44

<sup>2</sup> Manoussakis and Others v. Greece, Judgment of 26 September 1996, p. 47; Hasan and Chaush v. Bulgaria, Judgment of 26 October 2000, p. 78; Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, p. 91

<sup>3</sup> Tenafly Eruv Association v. Borough of Tenafly, 309 F.3d 144, 157 (3rd Cir. 2002)

<sup>4</sup> Ansonia Board of Education v. Philbrook, 479 US 60 (1986); United States v. Board of Education for School District of Philadelphia, 911 F.2d 882, 886 (3rd Cir. 1990); Webb v. City of Philadelphia, 562 F.3d 256 (3rd Cir. 2009)

<sup>5</sup> Palomo Sánchez and Others v. Spain, Judgment of 12 September 2011, p. 62.

<sup>6</sup> Serif v. Greece, Judgment of 14 December 1999, p.53

<sup>7</sup> Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)

gıçlarından Robert Jackson'un bilge sözleriyle ifade etmek gerekirse "Azınlığı zor yoluyla yok etmeye çalışanlar çok yakında kendilerini yok eden azınlık konumunda bulurlar. Düşüncenin zorunlu birliği ancak mezarda birlikteliği sağlar."<sup>8</sup>

Bununla birlikte, bireylerin dini sembol taşıyabilmeleri hususunda iki boyutun derinlikle irdelenmesi gerekir. Farklı toplumlarda bireylerin kendilerini -toplumsal yaşam da dahil olmak üzere- dini semboller vasıtasıyla tanımlamaları bir zorunluluk olmakla birlikte, bazı toplumlarda bu özgürlük mutlak sınırlamalara tabi kılınmıştır. Bu iki pratik bireylerin pozitif ve negatif din ve inanç hürriyetini tasvir eder. Bu çalışma, uluslararası insan hakları hukuku açısından kamu görevlilerinin görevleri sırasında *-mahkemeler, ordu, emniyet, okul ve benzeri alanlarda başörtüsü, kipta, haç, Sikhlerin taktığı türban veya kama, bindi ve Budistlerin cübbesi* ve benzeri dini semboller taşıyabilme özgürlüklerinin sınırlarını tartışmaktadır ve nihai olarak -aşağıda ayrıntılı bir şekilde tartışılan- *meşru gerekçeler* çerçevesinde ve *bu bağlamda* din ve inanç hürriyetini *sınırlayıcı bir yaklaşımı* benimsemektedir.

### **Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması;**

Farklı din ve inanca mensup bireylerin var olduğu bir toplumda onların inancına saygının gereği ve menfaatleri arasında uzlaşma sağlamak amacıyla, din, inanç ve vicdan hürriyetine sınırlama getirmek demokratik bir toplumda insan haklarını koruma alanı dahilindedir.<sup>9</sup> Her bireyin din ve inancına saygı, bir dine inanmak veya inanmamak veya bir dinin gereğini yerine getirmek veya getirmemek konularında bireyin yapacağı tercihe alan bırakmayı ve saygı göstermeyi kapsar.<sup>10</sup> Bu saygı, bireyin din veya inanca ilişkin yaklaşımlarını baskıdan özgür bir şekilde belirleyebilmesini sağlar ve bireyi bu yaklaşımlarını makul bir ikna yönteminin (missionary work) ötesinde baskı uygulayarak değiştirme girişimlerinden korur.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S 624 (1943)

<sup>9</sup> Kokkinakis v. Greece, Judgment of 25 May 1993, p. 33, Dahlab v. Switzerland, application no. 42393/98, ECHR Decision of 15 February 2001, p. 11

<sup>10</sup> Buscarini and others v. San Marino, Judgment of 18 February 1999, ECHR 7, p. 34

<sup>11</sup> ODIHR/Venice Commission Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief (hereinafter the "Guidelines") CDL-AD(2004)028, p. 7

Zor kullanma, maddi ve sosyal menfaat vaadi de dahil olmak üzere hile yolu ile veya acı, bunalım veya ihtiyaç duygularının etkisi altındaki bireylere şiddet uygulamayı veya beyin yıkamayı da kapsayan uygunsuz baskı uygulamak suretiyle bireyin din veya inancını zayıflatma ve değiştirme girişimi başkalarının din, inanç ve vicdan hürriyetine saygı kavramıyla bağdaşmaz ve bu kavramın koruma alanı dışında kalan baskı unsurlarıdır. (Improper Proselytism)<sup>12</sup> Farklı dini düşüncelere sahip bireylerin inancını zayıflatmak amacıyla bireylere her türlü menfaat sağlamak veya menfaat vaadinde bulunmak veya moral destek veya maddi yardım yoluyla veya deneyimsizliğini, güvenini, ihtiyacını, saflık veya daha düşük akıl ve idrak yeteneğine sahip olmalarını sömürmek de dahil hileli yöntemler ile dolaylı veya dolaysız bir şekilde bireylerin dini düşüncelerine her türlü nüfuz etme girişimi (Improper Proselytism) din, inanç ve vicdan hürriyetinin koruması dışındadır.<sup>13</sup>

Kamu hizmeti verenler açısından görevleri esnasında dini ve inançsal sembollerin görünür bir şekilde taşınmasının, *kamuda hiyerarşik ilişkide daha alt bir statüde yer alan veya kamu hizmeti alanlar üzerindeki proselytist etkisi nedeniyle sınırlanması*, meşru başkalarının hak ve hürriyetini korumak menfaatini ilgilendirmektedir.

*Kamuda hiyerarşik ilişkide üst statüde yer alan bir görevlinin taşıdığı dini sembol veya ifadelerinin alt statüde yer alan üzerindeki etkisi proselytismi tanımlayıcı ve aydınlatıcı niteliktedir. Larissis v. Greece*<sup>14</sup> davasında AİHM, Yunanistan Hava Kuvvetlerinde görevli subayların kendilerinden daha alt rütbede bulunan subayları ısrarlı bir şekilde mensubu oldukları kiliseye davet etmelerini ve onlarla sayısı 50'yi bulan farklı zamanlarda ısrarla dini tartışmalara girmesinin proselytist etkisini irdelemiştir. Mahkeme, silahlı kuvvetlerdeki hiyerarşik yapının mensupları arasındaki her türlü ilişkiye nüfuz edeceğini ve alt rütbede olanın üst rütbede bulunan birinin sivil yaşamda kabul veya red etmekte zorlanmayacağı yaklaşımlarını reddetmesini veya herhangi bir konuşmadan çekilmesini zorlaştırdığını belirtmiştir. Mahkeme, bu örnekte dini konulardaki herhangi bir fikir alışverişine hakim olan bu zorunlu-

<sup>12</sup> see Guidelines, ibid, p. 13, World Council of Churches Report of 1954

<sup>13</sup> Kokkinakis v. Greece, supra n. 9, p. 33, Section 4 of Greek Law (anagastikos nomos) no. 1363/1938.

<sup>14</sup> Larissis v. Greece, Judgment of 24 February 1998, Reports 1998-I, p. 51

luk hissini taciz boyutunda olduğunu ve aşırı-uygunsuz baskı uygulanması suretiyle gücün kötüye kullanılması olduğunu tarif etmiştir. Özellikle vurgulanması gereken husus, Mahkeme, proselytist etkiyi tanımlarken, alt rütbedeki subayların hissettiği bu baskı ve kuşatılmışlık duygusunun üst rütbedeki subaylar tarafından *kasıtsız-bilinçsiz* bir şekilde bırakılmasını dahi yeterli bulmuştur.<sup>15</sup>

Mahkemenin yaklaşımı, hiyerarşiye dayanan diğer devlet kurumlarına da uyarlanabilir mi?<sup>16</sup> Emniyet kurumlarında görev yapan bir polis memurunun, görünür şekilde dini veya inançsal sembol giyinen ve kendisinin veya aile fertlerinin tutum ve davranışları gibi *subjektif bir gerekçeyle* kendisinin yer değişikliği konusunda yetkisi olan il emniyet müdürü veya birim amirinin dini yaklaşımından görünür olmayan/*kasıtsız* bir baskı hissetmesi olası değil midir?<sup>17</sup> Benzer şekilde, bir savcının, üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan, kendisine dava açmak konusunda emir verebilen, davayı kendisinden alıp başka bir savcıya verme yetkisi olan Başsavcı'nın dini yaklaşımlarına karşı gayri iradi uyumu/sessizliği uygunsuz bir dini baskının sonucu olarak tanımlanamaz mı? Din veya inancını görünür bir sembolle veya ifadeyle ortaya koyan üstlerine atama ve yer değişikliği konusunda tanınan *aşırı otonomi*, sağlık veya eğitim kurumlarında görevli birinin kendini baskı altında hissetmesi sonucunu doğurmayacak mıdır?<sup>18</sup>

Bu bağlamda özellikle eğitim kurumlarında hizmet verenlerin (öğretmen) dini sembol taşımasının, *eşit olmayan bir profesyonel ilişkinin diğer tarafı* (öğrenci) üzerindeki proselytist *etkisi* yukarıdaki prensiplerin ve vakaların ışığında ve güncel tartışmaların gereği ayrıca derinlikle irdelenmelidir.

<sup>15</sup> Larissis v. Greece, ibid, p. 52

<sup>16</sup> Alastair Mowbray, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p. 600

<sup>17</sup> Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi: 06.08.1992, No: 92/3393 (Değişik: 14/6/2010-2010/591 K.)

<sup>18</sup> Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği 26 Mart 2013 Resmî Gazete, Sayı: 28599, m. 16; "Birliklerce, birlik içerisinde döneme bağlı kalmaksızın standart ve PDC dikkate alınarak yer değişikliği yapılabilir. Buna ilişkin usul ve esaslar Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından belirlenir." 17-c) Kamu hastane birliklerinde; genel sekreter, başkan, hastane yöneticisi, başhekim olarak çalışanlar, standardın uygun olması kaydıyla dönem ve kura şartı aranmadan Bakanlık veya bağlı kuruluşlarına naklen atanabilir.

Ebeveynler de dahil olmak üzere bireylerin dini ve felsefi yargılarına saygı yükümlülüğü, devletin sadece öğretimin içeriğine ilişkin değil, eğitim ve öğretime ilişkin kullandığı bütün fonksiyonları kapsar.<sup>19</sup> Bu çerçevede, eğitim ortamının tanzimi ve spesifik olarak haç da dahil olmak üzere dini sembollerin devlet okullarındaki varlığına ilişkin karar da devletin bu fonksiyon alanı kapsamındadır<sup>20</sup> ve müfredatın içeriğindeki bilginin tarafsız, objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tavırla sunulması, öğrencilerin dine ve inanca ilişkin yaklaşımlarını eleştirel ve proselytist etkiden uzak sakin bir atmosferde şekillendirebilmeleri ve bu bağlamda onların negatif din ve inanç hürriyetlerini koruma görevini mutlak şekilde ilgilendirmektedir.<sup>21</sup>

Öncelikle, çoğunluk veya azınlık dini ile tanımlanan bir sembolün eğitim kurumlarında *görünür (visible)* bir şekilde varlığı ve bu şekilde devletin belirli bir dine veya inanca bağlılığını ifadesi eğitimde çoğulculuk prensibiyle çatışmaktadır.<sup>22</sup> Ayrıca, haç veya herhangi bir dini sembolün, öğrencinin bu sembolün etkisinden kaçınması veya eğitim ortamından imtina etmesi mümkün olmayan eğitimin zorunlu olduğu devlet okullarındaki varlığı, öğrencilere *kasıtlı olmasa da dolaylı olarak (indirect) bir inancın empoze veya telkin edilmesi* sonucunu doğurabilir.<sup>23</sup> *Lautsi v. Italy (Daire Kararı)* davasında AİHM'nin doğru bir şekilde tespit ettiği gibi kendini bir sembol yoluyla herhangi bir din veya inançla tanımlayan devletin zorlayıcı ve yönlendirici gücü, henüz eleştirel kapasiteye sahip olmayan zihinsel düzeydeki ilköğretim öğrencilerinin bu tercihi ifade eden mesajla aralarına mesafe koymasını fazlasıyla zorlaştırabilir.<sup>24</sup> Bu durum, özellikle kırılğan ve duygu-

<sup>19</sup> Valsamis v. Greece, Judgment of 18 December 1996, p. 27, Hasan Eylem Zengin v. Turkey, Judgment of 9 October 2007, p. 49.

<sup>20</sup> Lautsi v. Italy (Grand Chamber), Judgment of 18 March 2011, p. 65

<sup>21</sup> Folgero and others v. Norway, Judgment of 29 June 2007, p. 84, Kjeldsen, Busk, Madsen and Petersen v.

Denmark, Judgment of 7 December 1976, p. 53, the Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation 1720 (2005), p. 14, UN Human Rights Committee, General Comment No: 22(48) adopted on 20 July 1993, p. 6,

<sup>22</sup> Lautsi v. Italy (Chamber), Judgment of 3 November 2009, p. 54, Swiss Federal Court, ATF 116 Ia 252, Comune di Cadro, judgment of 26 September 1990, § 7.

<sup>23</sup> Lautsi v. Italy (Chamber), *ibid.*, p. 48, 55; (Classroom Crucifix Case) German Constitutional Court, BVerfGE 93, II BvR 1097/91, Judgment of 16 May 1995, § C (II) (1); (Teacher Headscarf Case) German Constitutional Court, BVerfGE, II BvR 1436/02, Judgment of 23 September 2003, p. 46.

<sup>24</sup> Lautsi v. Italy (Chamber), *ibid.*, p. 48

sal açıdan her türlü etkiye açık çocukların dine ilişkin yaklaşımlarını, gönüllü değil zorunlu oldukları veya hissettikleri bir ilişkinin sonucunda belirlemelerine yol açar ki, bu durum *ebeveynlerin çocuklarına eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi yargılarına uygun verilmesi hakkına ve çocuğun inanıp inanmamak ayrımındaki negatif din ve vicdan hürriyetine aykırılık teşkil eder.*<sup>25</sup>

Bu temel üzerine, ülkemizde kamu kurumlarında eğitim verenlerin görevlerini yerine getirirken *görünür dini sembol* -ve çoğunluk dini İslamiyet olan ülkemizde şüphesiz özellikle türban- taşımalarına ilişkin itirazlar *Lautsi v. Italy (Büyük Daire)* kararında ifade edilen faktörler üzerine inşa edilebilir. Mahkemenin, haçın eğitim kurumlarındaki *görünür (visible)* varlığının Hristiyanlığa yaptığı vurguyu din ve vicdan hürriyetine aykırı bulmazken dikkate aldığı etkenler<sup>26</sup>, *dini sembol* tartışmasıyla harmanlandığında takip eden yaklaşımlara ulaşmak mümkündür;

Öncelikle, İtalya'da eğitim kurumlarında haçın varlığına zorunlu din eğitimi (Hristiyanlık) eşlik etmemektedir.<sup>27</sup> Ülkemizde öğretmenlerin türbanları ile eğitim vermeleri halinde, türbanın varlığı ve *Hasan Eylem Zengin v. Turkey*<sup>28</sup> kararında ifade edildiği üzere, çoğunluk dini olan Müslümanlığın zorunlu olarak öğretilmesine Hristiyan ve Musevi öğrenciler dışında farklı inanç (alevi) ve dindeki öğrencilere din dersinden muafiyet hakkının olmaması eşlik etmektedir.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Lautsi v. Italy (Chamber), ibid, p 48, 57; Lee v. Weisman 112 S.Ct.2649 (1992) ; Amerikan Anayasa Mahkemesi okulun örgütlediği dua seramonisinin mezhepçilik fikrinin inkarı gibi iyi niyetli bir amaca hizmet etse dahi, bunun öğrencilerin katılımının zorunlu olduğu resmi dini bir seramoni yoluyla icra edilmesini meşru bulmamıştır.

<sup>26</sup> Lautsi v. Italy (Grand Chamber), supra n. 20, p. 74

<sup>27</sup> Anna-Nina Angeloni v. Sweden, no. 10491/83, Commission decision of 3 December 1986, Decisions and Reports (DR) 51, p. 41; Zénon Bernard v. Luxembourg, no. 17187/90, Commission decision of 8 September 1993, DR 75, p. 57; C.J., J.J. and E.J. v. Poland, no. 23380/94, Commission decision of 16 January 1996, DR 84, p. 46) ; AİHM, bu farklı kararlarında din ve inanç hürriyetinin ihlilini değerlendirirken istisnaların varlığını bir faktör olarak değerlendirmiştir.

<sup>28</sup> Hasan Eylem Zengin v. Turkey, supra n. 19, p. 74, 75

<sup>29</sup> UN Human Rights Committee, General Comment No: 22(48) adopted on 20 July 1993, p. 6; BM İnsan Hakları Komitesi, ebeveynlerin dini ve inançsal yargılarına uygun ve ayrımcılığı ortadan kaldıran muafiyet ve alternatif düzenlemelerin yokluğunda, belirli bir din ve inancın öğretilmesini kapsayan eğitimin din ve inanç hürriyeti ile bağdaşmaz olduğunu ifade etmiştir.

Ayrıca, İtalya’da eğitim ortamı diğer dinlerin varlığına da açıktır. Örneğin, öğrenciler türban da dahil olmak üzere dini veya inançsal anlam taşıyan/çağrıştıran sembol ve kıyafetleri giyinebilmektedirler. Azınlık din ve inançlarının, Müslüman öğrenciler için Ramazan bayramının kutlanması ve Musevi öğrencilerin Cumartesi günü sınavlardan muaf olması gibi ritüellerinin ifadesi ve devlet tarafından tanınmış inançların seçmeli din dersi yoluyla eğitimin bir parçası olması müfredatta kapsamıştır. Bizde, İslam dininin inançsal bir ritüeli olan türban giyinmiş bir öğretmenin parçası olacağı eğitim ortamı diğer dinlerin varlığına açık değildir. Örneğin Hristiyanların kutladığı Paskalya kutlanabilmekte midir ? Musevilerin kutsal günü Yom Kippur’da bu dine inanan öğrenciler için veya Aleviler için hiç olmazsa oniki imam orucunun 10. yas günü tatil olabilecektir ? Şüphesiz türbanlı öğrenci konusunda sorun yoktur !! fakat İslamiyetin dışındaki din ve inanca sahip öğrenciler, bu inançları temsil eden veya çağrıştıran sembol ve kıyafetler giyinebilecekler midir ? Eğitim kurumlarında kippa takmış, davud yıldızı taşıyan, boynunda zülfikar veya haç olan, Sihlere has türban takmış öğrencilere de yer olacak mıdır ? Eğer olacaksa bu kez, dini sembol giyinen bir öğretmenin (ki büyük ölçüde türbandan bahsediyorum) görevi sırasında inancını ifade edebilmesini sağlamak adına bu yoğun dini sembol serbestisi eğitim ortamının dini çatışma alanına dönüşmesi tehlikesi doğurmayacak mıdır?<sup>30</sup>

Pedagojik açıdan değerlendirildiğinde, ilk öğretim çağındaki öğrenciler içinde oldukları gerçekliği yaşamaya ve aile ve toplum dahil diğerlerinin deneyimlerini gözlemlemeye başlarlar. Orta öğretimde ise merak duygusu, tartışmayı ve sonuç olarak kendi ve diğerlerinin kimliğini tanımlayı beraberinde getirir. “Gerçek”, “Tanrı”, “İbadet” kavramları toplumsal geleneklere göre değişebilir. Bu algı ve kişiliğin şekillenme süreci, aile ve daha geniş toplumun ötesinde rol modeller yaratır. Kendilerini çevreleyen manevi unsurları, gerçeği ve anlamı ise, “sembol ve ritüelde” algırlarlar.<sup>31</sup> Bu aşamada, dini sembol giyinen bir öğretmen *en yakın rol model seçeneğidir* ve eğitim ortamında kendi-

<sup>30</sup> Dahlab v. Switzerland, supra n. 9, p. 4

<sup>31</sup> Prof. Abdelfattah Amor, the UN Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, International Consultative Conference on School Education in Relation with Freedom of Religion and Belief, Tolerance and Non-Discrimination (Madrid, 23-25 November 2001), p. 9



ni bir sembol yoluyla herhangi bir din veya inançla tanımlayan devleti resmeder. Çocuğun farklı değerleri öğrenmesi, değer vermesi ve *daha geniş bir çevrenin parçası* olması amaçlanan eğitim ortamı, farklı bir sembol giyinen öğretmeni karşısında onun *yanlızlaşmasına yol açabilir*. Eş zamanlı olarak, devletin zorlayıcı ve yönlendirici gücü ise bireye bir dinin veya inancın *empoze/telkin* edilmesi sonucunu doğurur ki bu bireyin din ve inanç hürriyetiyle bağdaşmaz.<sup>32</sup>

Mahkemenin tespit ettiği üzere, başvurular (Lautsi) öğretmenlerin görevlerini yerine getirirken haçın varlığına önyargılı/ taraflı bir referansta bulunmalarına tanık olmamış ve dolayısıyla eğitimin proselytist bir eğilimle verilmesine maruz kalmamışlardır. Bir öğretmenin giyindiği, türban da dahil olmak üzere görünür bir dini veya inançsal sembol, öğrencilerin gözünde bir dine veya inanca mutlak şekilde taraflı ve sürekli bir referans olmayacak mıdır? Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin *Lee v. Weisman* davasında tespit ettiği gibi psikolojik araştırmaların desteklediği ortak varsayıma göre ilk ve orta öğretimdeki öğrenciler *akranlarından kaynaklı baskıya ve etkiye* daha açık/yatkın ve bu baskıdan daha çabuk etkilenir konumdadırlar ve bu etki toplu dua töreni, okul birlikteliği gibi sosyal adet ve birlikteliklerde daha yoğun bir şekilde hissedilebilir.<sup>33</sup> Bu öğrencilerin akranlarından kaynaklı etki dahi davranışlarını şekillendirebilme gücüne sahipken, rol model alıp kendini onunla tanımladığı ve davranışlarının doğruluğu konusunda onay merci olarak gördüğü eşit olmayan bir ilişkinin üstü konumundaki öğretmenin dini ve inançsal beyanlarından mutlak şekilde etkilenmeyeceğini söylemek mümkün müdür?<sup>34</sup> Yukarıda ayrıntılı olarak tartışıldığı gibi<sup>35</sup> *AIHM*, henüz eleştirel kapasiteye sahip olmayan zihinsel düzeydeki kırılabilir ve duygusal açıdan her türlü etkiye açık, gönüllü değil zorunlu oldukları veya hissettikleri bir kamusal ilişkinin tarafı ilköğretim öğrencilerinin konumunu, önceki cümlede yer alan yargıyı destekler nitelikte bulmuştur. Ayrıca, türbana ve temsil ettiği dine yönelik bu referansın öğretmen tarafından *önyargılı/bilinçli (kastlı) bir şekilde verilmesi*, öğrencinin negatif din ve inanç hürriyetine aykırı-

<sup>32</sup> supra n. 23, 24, 25

<sup>33</sup> Lee v. Weisman, supra n. 25; Dahlab v. Switzerland, supra n. 9, p. 13

<sup>34</sup> Dahlab v. Switzerland, supra n. 9, p. 10

<sup>35</sup> Lautsi v. Italy (Chamber), supra n. 22; Lee v. Weisman, supra n. 25

rılığın tek unsuru değildir ; AİHM'nin *Lautsi v. Italy, Larissis v. Greece* ve Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin *Lee v. Weisman* kararlarında<sup>36</sup> vurguyla tespit ettiği gibi, *dini baskı (coercion), etki veya referansın dolaylı (indirectly) veya bilinçsiz/kasıtsız (unconsciously) bir şekilde bırakılması dahi öğrencinin inanç alanının gaspı olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme, Dahlab v. Switzerland* kararında, *güçlü dış/görünür sembol (powerful external symbol)* olarak türbanın yaşları 4-8 arasında değişen öğrenciler üzerindeki *potansiyel/olası proselytist etkisini tartışırken dolaylı, bilinçsiz bir etkiye işaret etmektedir.*<sup>37</sup>

Son olarak, *Lautsi* kararında okul yöneticileri de dahil olmak üzere otoritelerin, başka din ve inanca sahip veya inanmayan veya dini olmayan felsefi yargılara sahip öğrencilere önyargı veya tolereanssızlıkla yaklaştıklarına dair bir bulgunun mevcut olmadığı ifade edilmiştir. Bu noktada önyargı ve ayrımcılığı ortaya koymak için Başbakan'ın ödül töreninde türbanını çıkarması istenen İmam Hatip Liseli bir öğrenciyi teselli etmek amacıyla aramasını, diğer yandan din kültürü derslerinde (neyse ki fazlasıyla sınırlı da olsa) Alevi öğrencilere yönelik nefret suçu kapsamında söylemleri dile getirmek (tercihen bir dipnotta gömülü olarak) yeterlidir.<sup>38</sup>

*Dahlab ve Lautsi (Büyük Daire)* kararlarında Mahkeme, türban da dahil dini bir sembolün dine ve inanca ilişkin yargıları şekillenme sürecindeki öğrenciler üzerindeki etkisini belirlemenin güçlüğüne işaret etmiştir.<sup>39</sup> *Lautsi (Büyük Daire)* kararında, bu bağlamda başvuranların bu etkiye ilişkin *subjektif algısını (subjective perception)* eğitim ve öğretimin ebeveynlerin dini ve felsefi yargılarına uygunluğunu takdir eder-

<sup>36</sup> *Lautsi v. Italy* (Grand Chamber), supra n. 20, p 55; *Larissis v. Greece*, supra n. 14, p. 52; *Lee v. Weisman* supra n. 25, Yargıç Blackmun, Yargıç Stevens ve Yargıç O'Connor çoğunluk görüşü.

<sup>37</sup> *Dahlab v. Switzerland*, supra n. 9, p. 13

<sup>38</sup> <http://www.radikal.com.tr/radikal.aspx?atype=radikaldetayv3&articleid=1129907&categoryid=77>;

Alevilere yönelik "Mum söndü oynuyorlar", "Onların elinden yemek yenmez", "Sapkınlık" gibi söylemler. Ve korkarım duymamız olası başka gerçek sapkınlık örnekleri.

<sup>39</sup> *Dahlab v. Switzerland*, supra n. 9; *Lautsi v. Italy* (Grand Chamber), supra n. 20., p 66; UN Human Rights Committee, *Hudoyberganova v. Uzbekistan* Communication No. 931/2000; Prof Ruth Wedgwood, kişisel görüşünde "devletin pedagojik faktörleri dikkate alarak dini sembollerin giyinilebilmesini sınırlayabileceğini" öngörmüştür.

ken başlı başına yeterli bulmamıştır ki ; bu yaklaşım -ağır bir yargı olmakla birlikte- Mahkeme'nin kendi içtihatını inkarıdır. Haç, kippa, türban gibi dini sembollerin öğrenciler üzerindeki etkisinde belirleyici olan tam olarak da, ebeveynlerin ve öğrencilerin din ve inanç hürriyetine uygunsuz baskı veya etkinin varlığına ilişkin subjektif algısıdır ; dini inancın anlamı ve etkisi, zamana ve bağlama göre değişir<sup>40</sup> ki bu yargı algıda subjektiviteyi meşrulaştırmaktadır. Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kamu görevlilerinin davranış kurallarına ilişkin yayınladığı tavsiye kararında kamu görevlisinin, kamu hizmetinin dürüstlük, tarafsızlık ve etkinliğine ilişkin toplumun inanç ve güvenini muhafaza edecek şekilde davranması gerekliliğini ortaya koyar.<sup>41</sup> Bu karar, kamu hizmetinin niteliğine ilişkin toplumun duygu ve düşüncelerini temel almaktadır ve *inanç ve güven gibi* iki farklı subjektif kavrama işaret etmektedir.

### Kamu Düzeni

AİHM, devletin farklı din ve inançların ifade edilebilmelerini (exercise) düzenlemek konusunda *tarafsız (neutral/impartial) bir role* sahip olması gerektiğini ve bu tarafsızlığın *kamu düzeni, din ve inançlar arasında uyum ve toleransın korunması (maintain)* açısından kaçınılmaz olduğunu ifade eder.<sup>42</sup> Devletin *tarafsızlığı* elbette çıplak ve izole bir kavram değildir ; kamu hizmetinin *etkinliği ve dürüstlüğü* olgularıyla içiçedir ve bir bütün olarak *kamu düzeni* olgusunun olmazsa olmaz niteliğini teşkil ederler. Kamu görevlisi, kamu hizmetinin tüm bu olgular çerçevesinde sunulduğuna ilişkin *toplumsal güven ve inanç* duygusunu koruyacak şekilde davranma yükümlülüğüne sahiptir.<sup>43</sup>

Kamu hizmeti verenlerin görevleri esnasında herhangi bir din veya inanç sembolünü *görünür (visible)* bir şekilde taşımasının kamu düzenine etkisini öncelikle Amerikan Anayasa Mahkemesinin *Goldman v. Weinberger*<sup>44</sup> kararındaki hükümler üzerinden değerlendirmek

<sup>40</sup> Leyla Sahin v. Turkey (Grand Chamber), Judgment of 10 November 2005, p 109

<sup>41</sup> The Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R(2000) 10 on Codes of Conduct for Public Officials (adopted by the Committee of Ministers at its 106th Session on 11 May 2000), Article 9

<sup>42</sup> Leyla Sahin v. Turkey (Grand Chamber), supra n. 40, p. 107

<sup>43</sup> supra n. 41

<sup>44</sup> Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986)

tartışma için yönlendirici bir temel oluşturacaktır; *Hava Kuvvetleri Yönetmeliği 35-10, 1-6.h(2)(f) (1980)* maddesine göre kurum içerisinde silahlı inzibat dışında personelin görevini ifa ederken herhangi bir başlık giyinmesi sınırlanmıştır. Hava Kuvvetlerinde görevli Musevi subay Simcha Goldman komutanlarının takdiriyle (discretion) görevli olduğu sağlık merkezinde *kippa* giyinebilmiştir. Tartışma, savunma tanığı olarak askeri mahkemede (court martial) ifade verirken üstüne şapkasını giyinmeden *kippa* giyinmekte ısrar etmesiyle başlamıştır. Üstleri tarafından *mesaisinin hemen hemen tümünü geçirdiği hastane alanının dışında kippa giyinmemesi uyarısını reddetmiş ve sonunda kendisine Hava Kuvvetleri Yönetmeliği çerçevesinde hastane içinde de kippa giyinmemesi gerektiği tebliğ edilmiştir.*<sup>45</sup>

Mahkeme, ordunun sivil toplumdaki ayrı özel bir topluluk olduğunu; Birinci Değişikliğin (First Amendment) sivil toplumda mümkün kıldığı ölçüde tartışmaya izin vermesi veya protestoyu tolere etmesinin beklenemeyeceğini ifade etmiştir. Ordunun, misyonunu yerine getirebilmek için *içgüdüsel itaat, birlik, bağlılık, sorumluluk ve moral duygularını* teşvik etmesi gerektiğine ve *emre itaatın* tartışmaya yer veremeyecek şekilde adeta bir refleks olması gerektiğine vurgu yapar.<sup>46</sup> *Hava Kuvvetleri Yönetmeliği 35-10 maddesi*<sup>47</sup> kamu görevlisinin imajının *hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortak bir standarda, askeri düzen ve discipline bağlı olduğu* konusunda topluma (veya kamuya ki bu kavramlar şüphesiz üstlerini ve yüksek amirlerini de kapsar) mutlak bir güven duygusu aşılması gerektiğini ifade eder.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> U.S. Department of Defense Directive 1300. 17 (18 June 1985); Bu direktife göre, askeri üst konumunda olan kumandanın takdiri ve izniyle (discretion), subaylar belirli alanlarda görünür dini başlık veya benzeri kıyafet giyinebilirler. Üstleri tarafından Yüzbaşı Goldman'a hastane içinde *kippa* giyinebilmesi konusunda tanıyan istisna bu hükmeye dayanmaktadır.

<sup>46</sup> Parker v. Levy 417 U.S. 733, 743 (1974), Chappell v. Wallace 462 U.S. 296, 300 (1983), Greer v. Spock 424 U.S. 828, 843-844 (1976) (Powell, J., çoğunluk görüşü), Engel and others v. Netherlands, judgment of 8 June 1976, p. 57 ; askeri disiplinin doğası gereği, sivillerin hak ve özgürlükleri üzerinde mümkün olmayacak bazı sınırlamalar askerlere uygulanabilir.

<sup>47</sup> 1-12a(1) (1978)

<sup>48</sup> supra n. 41, Article 9 and Article 5.1 ; "Kamu görevlisi ulusal, yerel veya bölgesel devlet kurumlarına sadakatle hizmet etmekle yükümlüdür."

Bu *bağlılığın* kaçınılmaz sonucu, bir subayın görevini yerine getirirken sivil yaşamda *hiyeraşik karşılığı* (*counterpart*) olmamasıdır.<sup>49</sup> Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, *Kalaç v. Turkey*<sup>50</sup> kararında, bir subayın mensubu olduğu tarikatın liderlerinden talimat almasını ve yerine getirmesini askeri disiplinin ihlali olarak değerlendiren askeri otoritelerin yaklaşımını onaylamış ve başvuranın ordudan ihracını din ve vicdan hürriyetine aykırı bulmamıştır. Bir askerin, askeri hiyeraşiden bağımsız olarak herhangi dini veya inançsal bir gruba bağlılığı, kendini bu grupların sembollerini –ki sembolizmin grupların ve bireylerin kendilerini ifade etmek için en belirgin davranış biçimlerinden biri olduğu düşünülürse- taşımasında veya ifade etmesinde de gösterebilir. Herhangi bir grubun (silahlı veya silahsız) *ona atfedilebilir inançsal* sembolünü taşıyan bir askerin (veya polis), bu gruba yönelik herhangi bir adli takibatta görevini askeri düzen ve disiplin dışında herhangi bir motifle yerine getireceğine ilişkin –mesela olası delilleri karartma, yok etme veya bir şüphelinin kaçmasına göz yumma gibi- üstlerinde (ve toplum nezdinde) bir şüphe doğurmayacak mıdır? Veya, El-Kaide'nin düzenlediği bir saldırıdan sonra –varsayalım 2003 saldırıları- yapılacak karşı-operasyonda, bu grubun ekstrem İslami yorumunu içeren bir *sembolizm* içinde olan herhangi bir askerin veya özel tim mensubunun görevini yaparken mesleğinin gerekleriyle inancının baskınlığı gibi iki farklı bağlılık arasında çatışma yaşayabileceği şüphesi, en küçük bir hatanın can kaybıyla sonuçlanabileceği bir operasyonda kamu otoritesinin taşıması gereken bir yük olmamalıdır.

Kamu görevlisinin, dini veya inançsal bir sembol taşıması mutlaka *dini bir gruba* bağlılığın tezahürü olmak zorunda değildir; sadece herhangi bir din veya inanca bağlılığı da ifade edebilir. Askeri hiyeraşi, birlik ve düzene sadık olması gereken bir asker taşıdığı veya ifade ettiği dini sembol nedeniyle bu kez sorumluluk ve emre içgüdüsel itaat konusunda kamuda güven sorunu yaratabilir. Olası, yakın fakat eks-

<sup>49</sup> Schlesinger v. Councilman 420 U.S. 757 (1975), The Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R(2000) 10 on Codes of Conduct for Public Officials (adopted by the Committee of Ministers at its 106th Session on 11 May 2000), Article 10;“ Kamu görevlisi aksi yasada belirtilmedikçe üstüne karşı sorumludur.”

<sup>50</sup> Kalaç v. Turkey, Judgment of 01 July 1997, p. 25, 31

trem örnekler üzerinden tartışalım ; Mavi Marmara gemisine yapılan saldırıdan sonra İsrail'e yönelik bir hava saldırısı ve böyle bir saldırıyı düzenlemek için en ehliyetli pilotun inançlı ve kippa giyinen bir Musevi olduğunu varsayalım. Üstlerinde, inançsal aidiyeti ve mesleki sadakati arasında bir çatışma yaşayacağı konusunda bir güven sorunu yaratmayacak mıdır ? Alevi ve görünür bir şekilde zülfikar taşıyan veya *pasifist*<sup>51</sup> olduğunu ifade eden sembol taşıyan bir pilotun Suriye'de düşürülen uçağımıza karşılık Hükümete yönelik bir misillemede hedefi vurmak iradesinin varlığı üstleri nezdinde şüphesiz olabilecektir ? Haç giyinen bir polisin misyoner düşmanlığı yaptığı bilinen bir grubun izinsiz gösterisinde kullandığı ; türbanlı bir polisin izinsiz türban karşıtı bir gösteride kullandığı veya türban yanlısı bir gösteride kullanmadığı gücün yasallığına yönelik kamuda bir güvensizlik algısı oluşması mümkündür. Güç kullanmanın ve güvenliği sağlamanın, araçların seçimi ve zamanlama konusunda anlık kararları gerektirdiği ordu ve emniyet kurumlarının bireyin dini inancını korumak adına temel fonksiyonlarını şüphe ve belirsizlik ile kullanması kamunun tolere edebileceği bir uzlaşma veya taviz değildir.

*Goldman v. Weinberger* davasında Amerikan Anayasa Mahkemesi, kippanın tüm bu menfaat ve prensiplere yönelik yarattığı tehdit veya tehlike ile birlikte ve kaçınılmaz olarak böyle bir istisnanın diğer dinlere mensup bireylerin olası ve benzer taleplerinin yaratacağı sorunları vurguyla analiz etmiştir.<sup>52</sup> Elbette, *eşit davranma prensibi (veya ayrımcılık yasağı) meşru ve objektif gerekçeler olmadıkça aynı inanca sahip bireylere benzer; farklı inançlara sahip bireylere diğer inanç sahiplerinden farklı davran-*

<sup>51</sup> *Arrowsmith v. United Kingdom*, Commission Decision of 5 December 1978; Güç kullanımı veya tehdidine karşılık da dahil olmak üzere hiçbir koşulda, siyasi veya başka bir amaçla diğer bir insana karşı teori ve pratikte güç kullanmayı veya güç tehdidini reddetmektir.

<sup>52</sup> *Goldman v. Weinberger*, supra n. 44, Yargıç Stevens, Yargıç White, Yargıç Powell, (çoğunluk görüşü); "Hava Kuvvetleri kurallarının anayasallığının sadece davacı değil, inançları askeri düzenle çatışabilecek bütün personel açısından test edilmesi gerekir." Yargıç Blackmun (azınlık görüşü); "Hava Kuvvetleri sadece Yüzbaşı Goldman'ın kippa giyinmesinden kaynaklanabilecek olası sorunları değil fakat anayasal açıdan ayırt edilemez benzer dini istisna taleplerinin yaratacağı kümülatif maliyet açısından değerlendirmekte haklıdır.", Axel Frhr. Von Campenhause, "The German Headscarf Debate", (2004) BYUL Rev. Summer ; Bu makalede, Almanya'da öğretmenlerin türban ile kamu hizmeti verebilmelerine izin verilmesinin, polis, hakim, doktor gibi diğer meslek gruplarından gelebilecek benzer taleplerin yaratabileceği sorunlar vurgulanmıştır.

mayı gerektirir.<sup>53</sup> Fakat, farklı inancı gereği farklı davranılan Goldman'ın kippa giyinebilmesi yanında, türban, haç, zülfikar giyinmelerine izin verilmeyen bir Sikh, Müslüman, Hristiyan veya Alevinin (şüphesiz bu matrix farklı kombinasyonlarla ifade edilebilir), onları inancını ifade etmek (manifest) isteyen bireyler olarak (Goldman ile kıyaslandığında) aynı konumda olup farklı davranılan ve ayrımcılığa uğrayan bir konuma taşıyacaktır. Şüphesiz, ayrımcılık tartışmasından kaçınmak adına Pareto prensibini ters çevirip -ve meşru bir sebep olmaksızın- "herkes daha iyi duruma gelemiyorsa bazıları kötü durumda kalsın" diyerek veya toplumsal veya bireysel hoşgörüsüzlük dolayısıyla din ve inanç hürriyetinden feragat edilmesini önermiyorum.<sup>54</sup> Somut durumda eşit davranma prensibi gereği ordunun farklı din ve inanç sembollerine açılmasının, din ve inanç hürriyetinin sınırlanması açısından meşru ve objektif gerekçeler yarattığından bahsediyorum. Farklı sembollerin taşınması, kaçınılmaz bir şekilde askerler arasında ayrışma ve nihayet gerilim unsuru olabilir. Ordunun sivil toplumdan ayrı özel bir topluluk olduğu ve ifade özgürlüğünün sivil toplumda mümkün kıldığı ölçüde tartışmaya izin vermesinin veya protestoyu tolere etmesinin beklenemeyeceği ifade edilmişti.<sup>55</sup> Olası ve yakın ayrışma ve gerilim duyguları ; birlik, bağlılık, standart ve moral duyguların teşvik edilmesi<sup>56</sup> gereken askeri düzenle bağdaşır görünmemektedir. V. Henry St. Crispin Günü'nde savaşa çağırdığı "az sayıda fakat mutlu kardeşler takımı'nı" elbette "mutsuz hasım gruplara" tercih ederdi.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Goldman v. Weinberger, supra n. 44, Yargıç Brennan, Yargıç Marshall (azınlık görüşü); Thlimmenos v. Greece, Judgment of 6 April 2000, p. 45

<sup>54</sup> Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); "Sadece toplumsal toleranssızlık veya husumet nedeniyle bireyi temel özgürlüklerinden yoksun bırakmak anayasal değildir." Smith and Grady v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1999, p.89 ; Engel and others v.the Netherlands, Judgement of 23 November 1976, p.59 ; "devlet, ulusal güvenliği korumak adına silahlı kuvvetlerde askeri disiplin ve operasyonel etkinliği korumak amacıyla ve gerçek bir tehditin varlığı durumunda bireyin özgürlüğünü sınırlayabilir. Bununla birlikte bu tehdit veya risk somut örneklerle desteklenmelidir."

<sup>55</sup> Parker v. Levy 417 U.S. 733, 743 (1974), Chappell v. Wallace 462 U.S. 296, 300 (1983), Greer v. Spock 424 U.S. 828, 843-844 (1976) (Powell, J., çoğunluk görüşü), supra n. 38

<sup>56</sup> Napoleon Bonaparte, Letter 27 August 1808; Savaşta moral değerler ¾ ağırlığa sahipken kalan güç dengesi ise sadece ¼ değer arz eder.

<sup>57</sup> William Shakespeare, Henry V Act IV Scene iii 18-67 ; "We few, we happy few we band of brothers; For he to-day that sheds his blood with me, Shall be my brother; be he ne'er so vile."

Kamu hizmeti verenlerin görevleri sırasında *görünür bir şekilde* dini sembol giyinebilmelerinin *devletin tarafsızlığı* konusunda tartışma yaratacağı diğer bir alan *yargı hizmetidir*. Bu bağlamda, yargıç karar alırken subjektif açıdan kişisel önyargı ve peşin hükümden arınmış olmalı; objektif bakış açısına göre ise tarafsızlığına ilişkin *makul şüphe* yaratacak yaklaşımlardan kaçınmalıdır.<sup>58</sup>

Yargı hizmetinin tarafsızlığı değerlendirilirken görünümün (visibility/appearance) önemini vurgulamak için belki de *Başyargıç Lord Hewart'ın* bilge sözleri yeterlidir;

“... uzun davalar dizisi göstermektedir ve nispiden de öte mutlak bir önemdedir ki adalet sadece gerçekleşmemeli fakat gerçekleştiği açıkça ve şüphesiz bir şekilde *görülmelidir*.(justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.) Bu sorunun cevabı *gerçekte ne olduğuna değil görünürde ne olduğuna bağlıdır*. Adaletin işleyişine uygunsuz bir müdahale olduğu konusunda *şüphe dahi yaratacak hiçbir şey yapılmayacaktır*.”<sup>59</sup>

Bu yaklaşım/çağrı AİHM içtihadında karşılığını bulmuştur ; Mahkeme, *Piersack v. Belqium* kararında adil yargılamaya ilişkin yaklaşımın sadece subjektif testle değerlendirilemeyeceğini ifade ederek bu bağlamda *görünümün (appearance) dahi mutlak bir öneme sahip olabileceğini öngörmüş ve tarafsızlığa sahip olmadığı* konusunda makul bir şüphe var olan yargıçın davadan çekilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu olan mahkemelerin demokratik bir toplumda *kamuya telkin etmeleri gereken güven duygusudur*.<sup>60</sup> Amerikan Anayasa Mahkemesi, kendi hukuk sisteminin her zaman, adaletsizlik *görüntüsünü dahi* engellemek için çaba gösterdiğini ve “fonksiyonunu en iyi şekilde yerine getirmek için adaletin *görünür de dahi* gerçekleştiğini sağlaması” gerektiğini ifade eder.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Findlay v. the UK, Judgment of 25 February 1997, p. 73

<sup>59</sup> R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233)

<sup>60</sup> Judgment of 1 October 1982, p. 30; Sander v. the UK, Judgment of 9 May 2000, p.22; supra n. 26, 33 : kamu görevlilerinin, görevlerini dürüst, tarafsız ve etkin bir şekilde yerine getirdiklerine ilişkin kamuya güven duygusu telkin etmeleri gerektiği konusu Goldman v. Weinberger davasında ve Avrupa Konseyi'nin bahsi geçen tavsiye kararında ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır.

<sup>61</sup> In Re Murchison, 349 U.S. 133, 136 (1955) ; Offutt v. United States, 348 U.S. 11, 14 (1954) ; Ex parte Bryant, 682 So. 2d 39, 41 (Ala. 1996) : “Adaletin görüntüsü, en az



Bütün bu yazıya sinmiş olan bir düsturu vurguyla ifade etmek gerekirse, özellikle kamu düzeni ve devletin tarafsızlığı söz konusu olduğunda belirleyici olan *din ve inancını pozitif bir şekilde ifade eden kamu görevlisinin kastı değil negatif din ve vicdan hürriyetine sahip olan bireyin algısıdır*. Yargı mensuplarının herhangi bir din veya inancın sembolünü *görünür bir şekilde* taşımaları sundukları hizmetin tarafsızlığı konusunda toplumda güven sorunu yaratabilir mi? Amacım elbette toplum algısı önünde başka bir korku geçidi yapmak değil fakat bir dine veya inanca yönelik nefret söylemi/suçundan yargılanan zanlının, o din veya inancın sembolünü (türban, zülfikar, haç, kippa, davud yıldızı, dharma tekerleği, ay-yıldız, aum mantra, lakşmi yıldızı v.s.) taşıyan bir yargıcın tarafsızlığı konusunda *makul şüpheye* sahip olması olağan bir tepkidir. Veya daha çarpıcı/güncel örnekler vermek gerekirse zanlı (bu davalarda elbette artık-ve toplum vicdanında her zaman- suçlu), Madımak davasında boynunda *zülfikar*; Rahip Santoro ve Zirve Yayınevi katliamı davalarında *haç*; Betisrael ve Neve Şalom Sinagoglarının bombalanması (El-Kaide 2003 saldırısı) davasında *kippa/davud yıldızı* taşıyan (örnekler ne yazık ki çoğaltılabilir) yargıcın tarafsızlığından şüphe etmez miydi ?

Bu noktada avukatların görevlerini yerine getirirken dini sembol giyinebilmelerinin kamu düzenine etkisi konusunda (ve kamu sağlığı/güvenliği, toplumun moral değerleri ve başkalarının hak ve özgürlüklerine potansiyel etkisini başka bir tartışmaya bırakarak) bir parantez açmak gerekir. Kamu düzeni bağlamında *tarafsızlıklarına ilişkin*, avukatların konuları gereği topluma güven telkin etme yükümlülüğü yoktur; özel hukuk ilişkisi ile bağlı oldukları müvekkillerine karşı sorumlulukları bu tarafları ilgilendirir ve herhangi bir güven bunalımı sözleşmenin lağvedilmesi ile çözülebilir. Fakat, baro tarafından müdafî olarak atanması durumunda, kamu gücünü kullanan bir yargı aktörü olarak *zorunlu bir hukuki ilişkinin tarafı olan* müvekkiline ve topluma kamu hizmetinin tarafsızlığı ve dürüstlüğü konusunda güven vermekle yükümlüdür.<sup>62</sup>

---

adaletin kendisi kadar önemlidir. ”

<sup>62</sup> The Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R(2000) 10 on Codes of Conduct for Public Officials (adopted by the Committee of Ministers at its 106th Session on 11 May 2000), Article 9

Devletin, eğitim kurumlarında farklı din ve inançların ifade edilebilmelerini (exercise) düzenlemek konusundaki *tarafsız* (*neutral/impartial*) rolünün kamu düzeni, din ve inançlar arasında uyum ve toleransın korunması (maintain) açısından önemi ifade edilmişti.<sup>63</sup> Bu tarafsızlığın korunması amacıyla, devletin egemen gücünü kullanan bir öğretmenin kendisini herhangi bir din veya inançla tanımlaması sınırlanabilir.<sup>64</sup> Çoğulculuk ve demokrasi, bireysel özgürlüklerin daha geniş bir alan içinde yaşanmasını gerektirdiği gibi, birey ve grupların toplumda daha yoğun bir istikrar ve dengeye hizmet etmek adına bu özgürlüklerinin sınırlanmasına rıza göstermesini de gerektirir.<sup>65</sup> Bu sınırlanma (veya daha tercih edilebilir bir ifadeyle uzlaşma hali) öğretmenlerin herhangi bir din veya inancı ifade eden sembollerin giyinebilmelerine ilişkin tezahür edebilir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Ludin* kararında azınlık görüşünde olan yargıçlar, görevi sırasında türban giyinen bir öğretmenin kamu görevi için gerekli niteliğe sahip olmadığını ve türban konusundaki bu ısrarın *kamu görevlisinin tarafsızlığı* ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir.<sup>66</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Din, İnanç ve Vicdan Özgürlüğüne ilişkin 22 No. Genel Yorumda, dini sembollerin giyinilmesinde "*husumet ve provokasyondan kaçınılması ihtiyacına*" işaret etmiştir.<sup>67</sup> Devletin dini ve mezhepsel tarafsızlığının korunmasında kamu menfaati vardır ve bu bağlamda öğretmenlerin dini inançlarını ifadesinin sınırlanması, bireylerin ve ailelerin dini inançlarını korumakla birlikte okulların *dini çatışma alanlarına* dönüşmesini engelleyecektir.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Leyla Şahin v. Turkey, supra n. 40.

<sup>64</sup> Welfare Party v. Turkey (Grand Chamber), Judgment of 12 February 2003, p. 94

<sup>65</sup> ibid, p. 99; Petersen v. Germany (dec.), no. 39793/98, ECHR 2001-XII)

<sup>66</sup> Teacher Headscarf Case, German Constitutional Court, supra n. 23, p. 102 (Judge Jentsch, Di Fabio and Mellinghoff azınlık görüşü)

<sup>67</sup> UN Economic and Social Council, Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance, Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir, E/CN.4/2006/5, 9 January 2006

<sup>68</sup> Dahlab v. Switzerland, supra n. 9, p. 4

## Kamu Sağlığı ve Güvenliği

AİHM, din, inanç ve vicdan ifadesinin, diğerlerinin sağlığı ve güvenliği üzerindeki potansiyel olumsuz etkisi dikkate alınarak sınırlandırılabilir. <sup>69</sup> Din ve inancın ifadesi diğerlerinin zarar görmesi ve bedel ödemesi sonucunu doğuruyorsa, bu hakkın kullanımının meşruiyeti tartışmalı hale gelir ve sınırlandırılması demokrasinin alanı dahilindedir. <sup>70</sup>

Kamu hizmeti verenlerin görevleri esnasında herhangi bir din veya inanç sembolünü *görünür* bir şekilde taşımasının kamu sağlığı ve güvenliği üzerine etkisini öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Eweida and others v. The United Kingdom*<sup>71</sup> kararındaki hükümler üzerinden değerlendirmek tartışma için yönlendirici bir temel oluşturacaktır;

Hastane yetkilileri, Hemşire Chaplin'den boynuna taktığı *haçı*, kendisi dahil hastane personeli ve hastaların sağlığı ve güvenliği üzerindeki olası negatif etkilerini göz ederek takmamasını talep etmiştir. Mesela, psikolojik rahatsızlığı olan veya saldırgan bir hastanın (ve ülkemizde daha olası hasta yakınlarının) haçı kullanarak kendisine veya hastane de bulunanlara zarar verebileceği veya boyunda sallanan *haçın* açık yaraya temas ederek hastanın sağlığını riske edebileceği öngörülmüştür. Sikh inancına sahip hemşirelerin kirpan (vaftiz edilmiş Sikhlerin taşıdığı bir tür bıçak) taşımaları da sınırlandırılmıştır. AİHM, bu tehlikeleri öngörmek konusunda hastane yetkililerinin Mahkemeden daha yetkin bir konumda ve geniş takdir hakkına sahip olduğunu ifade etmiş ve din ve vicdan hürriyetinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Dikkate değer ve *kamuoyundaki türban tartışmasını yönlendirebilecek* şekilde vücuttan bağımsız ve Mahkeme kararındaki deyimlerle *uçuşan* başörtüsünün de sınırlandırıldığına işaret edilmiştir.

Görevi esnasında bir hemşire veya doktorun başörtüsünü, yukarıda ifade edilen güvenlik ve sağlık kaygılarını gidermek amacıyla başı

<sup>69</sup> Eweida and Others v. the United Kingdom, Judgment of 15 January 2013, p.80

<sup>70</sup> Peter Jones, Bearing the Consequences of Belief, in (ed.) Contemporary Political Philosophy an Anthology, Robert E. Goodwin and Philip Pettit, Blackwell Publisher Limited, 1997, p. 558

<sup>71</sup> Eweida and Others, supra n. 69, p.98-99

sıkıca saracak şekilde giyinmesi durumunda, bu pratiğin *kamu güvenliği ve sağlığı açısından* demokrasinin koruma alanı içerisinde kalması gerektiği söylenebilir.

Kamu sağlığı ve güvenliği nedeniyle din ve inanç hürriyetinin sınırlanması, Sikhlerin türban giyinmesi hususunda da tezahür etmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Sikh inancına mensup birinin işyerinde güvenlik baretini giyinmesi gerekliliğini din ve inanç özgürlüğüne aykırı bulmamıştır. Ayrıca, bu sınırlamanın “makul ve objektif bir amaca hizmet etmesi nedeniyle” Sikhler aleyhine ayrımcılık içermediğine hükmetmiştir.<sup>72</sup> Birleşik Krallık, 1972 yılında motosiklet sürücülerinin güvenlik kaskı takmalarını zorunlu kılmıştır. Bu yasa, kask giyinebilmek için türbanlarını çıkarmaları gereken Sikhlerin din ve vicdan hürriyeti açısından bir engel teşkil etmiş ve 1976 tarihli yasayla Sikhler bu kask takma zorunluluğundan muaf tutulmuşlardır. Bununla birlikte, kask takmamaktan kaynaklı herhangi bir kazada diğerlerinin uğradığı stres ve yaralanma veya kamunun katlanmak zorunda kalacağı hastane masrafları dikkate alınmalıdır.<sup>73</sup> Bu hususlar olası yeni bir yasal değerlendirmede din ve inanç hürriyetinin kamu sağlığı ve güvenliği dikkate alınarak sınırlanabileceğini düşündürebilir.

## SON SÖZ;

Sonuç olarak, din ve vicdan hürriyetinin sınırlarına ilişkin genel kriter belirlenirken bireyin menfaatleri ve talepleri ile kamu menfaati arasındaki denge derinlikle irdelenmelidir. Din ve inanç hürriyeti, pozitif özgürlüğün tezahürü olarak dini sembol giyinmek ve ifade etmek isteyen bireyler tarafından ileri sürülebileceği gibi; negatif özgürlüğün tezahürü olarak dini sembollerle yüzleşmek veya bu pratiğe zorlanmak istemeyen bireyler tarafından da başvurulabilir.

<sup>72</sup> UN Human Rights Committee, *Bhinder v. Canada*, Communication No. 208/1986, CCPR/C/37/D/208/1986, para. 6.2.

<sup>73</sup> *supra* n. 70, 560

Eğitim hakkı, giyindiği dini sembol nedeniyle okulundan ihraç edilmiş öğrenciler tarafından ileri sürülebilir. Ayrıca, ebeveynler eğitimin kendi dini ve felsefi yargılarına göre verilmesini talep etme hakkına sahiptirler. Bununla birlikte, devlet “eğitim sisteminin dini ve mezhepsel tarafsızlığını korumak” adına ve okullarda “dini harmoniyi muhafaza etmek” amacıyla din, inanç ve vicdan hürriyetini sınırlayıcı tedbirlere başvurabilir.<sup>74</sup> Yukarıda ifade edildiği gibi Prof Ruth Wedgwood, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi *Hudoyberganova v. Uzbekistan davasındaki* kişisel görüşünde “devletin *pedagojik faktörleri* dikkate alarak dini sembollerin giyinilebilmesini sınırlayabileceğini” öngörmüştür.<sup>75</sup> AIHM Büyük Daire, *Leyla Şahin* kararında<sup>76</sup> din ve inanç özgürlüğünün ifadesinde “kamu düzeninin korunması; toplumsal barışın sağlanması ve gerçek dini çoğulculuk ihtiyacına atıfta bulunur ve bu menfaatlerin demokratik toplumun yaşayabilmesi için olmazsa olmaz olduğunu tespit eder.”

Din, inanç ve vicdan hürriyeti ancak kamu düzeni, sağlığı, güvenliği, toplumun moral değerleri ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, toplumsal bir ihtiyacın gerektirdiği durumlarda ve amaçla orantılı olmak şartıyla sınırlanabilir.<sup>77</sup> Bu sınırlamanın gerekliliğini ispat yükümlülüğü elbette devlete aittir. Sonuç olarak, dini sembollerin giyinilmesi hususunda ispatlanabilir vakalardan ziyade *spekülasyon ve varsayım* dayalı sınırlamalar elbette bireyin din, inanç ve vicdan hürriyetinin ihlali anlamına gelecektir.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Dahlab v. Switzerland, supra n. 9

<sup>75</sup> UN Human Rights Committee, *Hudoyberganova v. Uzbekistan* Communication No. 931/2000

<sup>76</sup> supra n. 40

<sup>77</sup> See Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, E/CN.4/1985/4, Annex, para. 10.

<sup>78</sup> See Board of Experts of the International Religious Liberty Association, *Guiding Principles Regarding Student Rights to Wear or Display Religious Symbols* (15 November 2005), Principles Nos. 6 and 7, available at [www.irla.org/documents/reports/symbols.html](http://www.irla.org/documents/reports/symbols.html).

### KAYNAKLAR

- Jones, Peter (1997) Bearing the Consequences of Belief, in (ed.) Comtemporary Political Philosophy an Anthology, Robert E. Goodwin and Philip Pettit, Blackwell Publisher Limited
- Mowbray, Alastair (2007) Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press

**DANIŞTAY KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA  
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN  
TASARISI HAKKINDA İNCELEME**  
AN EXAMINATION ON THE DRAFT LAW AMENDING COUNCIL  
OF STATE LAW AND OTHER LAWS

Ömer AYKUL\*

**AH ŞU İDARİ YARGI OLMASA!**

Başbakanlık tarafından 03.12.2013 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gönderilen "Danıştay Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" incelendiğinde, özellikle çevre ve kent hukuku ile turizm, ihale, özelleştirme ve kamulaştırma konularında açılan davalardan çok müŐteki olunduğu ve bunların frenlenmek istendiği açıkça anlaşılmaktadır.

Yeni tasarı ile Yürütme ve İdare'nin hukuka ve kamu yararına aykırı icraatlarının yargısal denetimi iyice güçleŐecektir. Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 125inci maddelerine açıkça aykırı olan bu tasarının, TBMM'de kabul edilmeme ya da Anayasa Mahkemesi'nden dönme umudunu muhafaza ederek, ayrıntılarına girerek inceleyelim. Ama önce, çok tekrarlayacağımız bu dört Anayasa maddesinin konumuzla ilgili bölümlerini hatırlayalım:

**Cumhuriyetin Nitelikleri**

**Madde 2 - Türkiye Cumhuriyeti**, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

**Kanun Önünde EŞitlik**

**MADDE 10-** Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

.....

\* Avukat

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

### **Hak Arama Hürriyeti**

**Madde 36 - Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma (Ek ibare: 4709 - 3.10.2001 / m.14) "ile adil yargılanma" hakkına sahiptir.**

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.

### **Yargı Yolu**

**Madde 125 - İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.** .....

İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

**(Değişik 1. cümle: 5982 - 7.5.2010 / m.11)** "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz." Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.

İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

## **Danıştay'da İlginç Bir Yapılanma ile Tek Dereceli Yüksek Yargıdan, İki Dereceli Yüksek Yargıya Geçiş**

Tasarının ikinci maddesi ile Danıştay Kanunu'nun 17nci maddesi yeniden düzenlenerek bu güne kadar geçici ve değişen üyelerden oluşan "İdari Dava Daireleri Kurulu" artık sabit bir yapı haline dönüştürülmektedir. Bilindiği gibi bu Kurul, Danıştay Dairelerinin ilk derece yargı yeri olarak baktığı davalarda temyiz ve karar düzeltme görevini yapan ve davaların durumuna göre gerektiği zaman teşkil edilen bir



yapıdadır. Bu haliyle Danıştay tartışmasız tek dereceli bir yüksek yargı yeridir. Zaten asıl olan da yüksek yargı organlarının tek dereceli bir yapıda olmasıdır.

İki dereceli bir yüksek yargı yeri oluşmaması ve yüksek yargının içtihat yeri olabilmesi için idari yargıda “Bölge İdare Mahkemeleri” oluşturulmuş, adli yargıda da “İstinaf Mahkemeleri” oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu yeni durumda Danıştay; ilk derecesi Danıştay (İdari Dava) Daireleri, ikinci derecesi de İdari Dava Daireleri Kurulu olmak üzere iki dereceli bir Yüksek Yargı organına dönüşmektedir ki, bunun idari yargıda nasıl sonuçlar doğuracağı belli değildir. Bu yeni yapının, temel üst yargı yerleri olan Danıştay Daireleri’nin yüksek yargı organı niteliğini ve içtihat oluşturma özelliğini ortadan kaldıracığı açıktır. Ayrıca Danıştay’ın da Daireler ve İdari Dava Daireleri Kurulu diye ikiye bölünmesinin de yine “içtihat birliğini” zayıflatıcı bir unsur oluşturacağı doğaldır.

Ayrıca İdari Dava Daireleri Kurulu sabit bir kurula dönüştürülürken, Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun önceki yapıda devam etmesini de anlamak olası değildir.

### **Tek Dilekçe İle Dava Açma Hakkının Kaldırılması**

Tasarının beşinci maddesi ile İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK)’nun beşinci maddesinin birinci fıkrasına;

“Ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler ile uygulama işlemlerine karşı aynı dilekçeyle dava açılmaz.”

cümlesi eklenmektedir. Böylece artık bir idari işlem veya eylem için dava açılırken aynı zamanda ve aynı dilekçe ile birlikte onun dayanağı olan yönetmelik, tüzük, bakanlar kurulu kararı veya bir çevre düzeni veya imar planının ilgili bölümünün iptali istenemeyecektir. Böylece dayanak kuralın hukuka aykırılığına karar verilemeyeceğinden, açtığınız davada ne kadar haklı olursanız olun, bunun hukuka aykırı olsa bile dokunulamaz bir hukuki dayanağı olacağından, bu davayı kazanma şansınız hemen hemen hiç olmayacaktır. Bunun için her askıya çıkan plan veya her yayınlanan yönetmelik, tüzük veya Bakanlar Kurulu kararı çok iyi değerlendirilmek ve bunlara karşı dava açılmak durumunda kalınacaktır. Bunu elbette sıradan vatandaşların

yapması mümkün değildir. Eğer bir idari işlem, mevzuat veya bir plan oluştuğunda bir tehdit görülmez ve başlangıçta dava açılmazsa, bilahare bunlara dayanarak oluşan idari işlem ve eylemler dava edilirken, buna dayanak mevzuatta veya sair idari işlemlerde tespit edilecek hukuka aykırılıklar, asıl olayla birlikte dava konusu edilemeyecektir. O zaman açılan davaların her zaman hukuka aykırılığı ileri sürülemeyecek bir mevzuat veya idari işlem olarak dayanağı olacağından, idari eylem ve işlemlerin iptali, boş bir umut olmaktan öteye geçemeyecektir.

Bu kısıtlamanın Anayasa'nın 36ncı ve dolayısıyla 2nci maddesine aykırı olduğunu söylemek için hukukçu olmaya bile gerek yoktur.

### Dava Açma Hakkına Büyük Kısıtlama

Tasarının 6 ve 7nci maddeleri ile İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK)'nun 7 ve 10uncu maddeleri değiştirilerek, dava açma süreleri idari davalarda 60 günden 30 güne, vergi davalarında da 30 günden 15 güne indirilmektedir.

Hatırlanacağı üzere 1982 yılına kadar ülkemizdeki bütün idari davalar Danıştay'da çözümlenmekteydi. Dava açma süreleri de 90 gündü. İlk kısıtlama 12 Eylül rejimi tarafından yapılmış ve bir yandan idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemeleri oluşturulurken, öte yandan da yeni bir idari yargılama usulü, müstakil bir kanunla düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile de, birçok olumsuzluğun yanı sıra, 90 günlük dava açma süresi 60 güne, vergi davalarında ise 30 güne indirilmiştir. Hadi o zaman demokratik bir düzen yoktu ve olağanüstü bir uygulama vardı. Şimdi böyle bir olağanüstü hak kısıtlamasının yapılmak istenmesi nasıl izah edilebilecektir?

Açıkça kişilerin "yargıya ulaşma hakkına" karşı yapılmış büyük bir müdahale ile karşı karşıya olduğumuz ortadadır. Bu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve Anayasa'mızın 2, 36 ve 125inci maddelerine aykırıdır. Dünyanın gelişmiş ülkelerinde "hakların genişletilmesi" bir uygarlık belirtisi olarak değerlendirilirken, bu tasarımı hazırlayanlar, tasarımı nasıl savunacaklardır. **HİÇBİR İRADE, OLAĞANÜSTÜ DURUMLAR HARİÇ, HAKLARI KISITLAMA HAKKINA SAHİP DEĞİLDİR.**

## Hoş Geldin Grup Dava Hukuku ve Elveda Anayasal Eşitlik ve Herkesin Dava Hakkı

Tasarının 8inci maddesi ile İYUK'na 20/A maddesi eklenmekte ve karşımıza yeni bir kavram olarak "grup dava" hukuku çıkmaktadır. Beş fıkradan oluşan bu 20/A maddesini, fıkralarını tek tek inceleyerek ve sıra ile açıklamaya çalışacağız.

### Grup dava

MADDE 20/A- 1. Aynı maddi ve hukuki sebebe bağlı ve birbirine emsal teşkil edebilecek nitelikte olan davalar mahkemece grup dava olarak kabul edilebilir ve bunlar hakkında aşağıda belirtilen yargılama usulü uygulanır.

Davaların aynı maddi ve hukuki sebebe bağlı olduğu ancak yargılama sonucu anlaşılabilir. Başlangıçta yapılan değerlendirmeler daha çok yargı harcı ve giderleri, dilekçenin şekli unsurları ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilmiş bulunan, "Görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet, İYUK'nun 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları" konularıdır. İYUK md.3 dilekçenin şekli unsurları, md.5 ise "aynı dilekçe ile birden fazla idari işlemin dava konusu edilmesi" hususudur. Uygulamada idari yargı mercileri çoğu kez "Ehliyet" ve "İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı" konularında bile ancak yargılama sonunda kanaat oluşturabilmektedirler.

**Sonuç olarak; grup dava nitelemesinin, ancak yargılama sonucunda ulaşılabilecek bir değerlendirme olduğu tartışmasızdır. Kaldı ki yine İYUK md.38'de "Bağlantılı davalar" diye bir düzenleme mevcuttur ve aşağıdaki gibidir:**

### Bağlantılı davalar:

**Madde 38 - 1. (Ek: 10/6/1994 - 4001/18 md.)** Aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek

hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır.

**2.** İdare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştaya veya birden fazla idare veya vergi mahkemelerine açılmış

bulunan davalarda bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verilir.

3. Bağlantılı davalardan birinin Danıştayda bulunması halinde dava dosyası Danıştaya gönderilir.

4. Bağlantılı davalar, değişik bölge idare mahkemesinin yargı çevrelerindeki mahkemelerde bulunduğu takdirde

dosyalar Danıştaya gönderilir.

5. Bağlantılı davalar aynı bölge idare mahkemesinin yargı çerçevesindeki mahkemelerde bulunduğu takdirde dosyalar o yer bölge idare mahkemesine gönderilir.

**Görüldüğü üzere yukarıda zaten bu konuda bir düzenleme vardır. Mevcut bu düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da bir benzeri olan bir düzenlemedir. Ama tasarıdaki düzenleme Anayasa'nın 36. maddesindeki "DAVA AÇMA HAKKI" NİN ÖZÜNÜ ORTADAN KALDIRAN ve yine Anayasa'nın 10. maddesindeki "HERKESİN KANUN ÖNÜNDE EŞİT OLDUĞU" VE "KİMSEYE BİR AYRICALIK TANINAMAYACAĞI" ilkelerine AYKIRI BİR DÜZENLEMEDİR.**

2. Mahkemece, grup davalardan biri öncelikle karara bağlanır. Mahkemenin davanın grup dava olduğuna ilişkin kararı ile uyumsuzluğun esası hakkında verdiği karar, temyiz veya itiraz talebi üzerine dosya ile birlikte Danıştay ilgili dava daireleri kuruluna gönderilir. Aynı kapsamdaki diğer davaların karara bağlanması için Danıştay'ın vereceği karar beklenir.

İkinci fıkradaki bu düzenlemeye göre, grup davalardan biri yargı organınca emsal dava olarak seçilecektir. Fakat bu seçimle ilgili bir kriter yoktur. Danıştay İdari Dava Daireleri arasında bir görev bölümü vardır. Ama İdare Mahkemelerinde böyle bir görev bölümü de yoktur. Aslında bundan daha önemlisi ilgili yargı merciinin hangisini seçeceği'dir. Eğer içinde "yürütmenin durdurulması" talebi veya "duruşma yapılması" istemi olmayan bir dava seçilirse, diğer bütün davacılar bu haklarını kullanamamış olacaklardır. Ya da dilekçeler arasında güçlü gerekçeli ve ayrıntılı delilleri olan yerine, en zayıf hazırlanmış biri seçilirse, dava konusu idari işlem veya eylem haklı ve gerçek bir yargılamadan geçemeyecektir. İdari yargı organları, bu konuda ne kadar objektif davran-

salar da, dava dosyası yargılama dışı bırakılanlar tarafından yapılacak olan “sübjektif davranıldığı” değerlendirmesinden kurtulamayacaklardır. Burada **KİŞİLERİN; YARGIYA OLAN GÜVENİ ve SONUÇTA ‘ADALET MÜLK’ÜN TEMELİDİR’ SÖZÜNÜN SONUCU OLARAK, DEVLET’E OLAN GÜVENİ SARSILACAKTIR.**

Ayrıca İdare Mahkemeleri kararları temyiz edildiğinde Danıştay’ın ilgili Dairesine gitmekte iken, grup davalar olarak belirlenip, emsal olarak seçilerek yargılaması yapılan dava, temyiz mercii olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na gidecektir. Yani; bazı davaların temyizi Danıştay (İdari Dava) Dairelerinde, bazılarının temyizi ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nda yapılacaktır. **BU BÜYÜK BİR TEMYİZ ve YARGILAMA KARMAŞASI OLUP, İDARİ YARGIDA İKİ BAŞLI BİR TEMYİZ SİSTEMİ OLUŞACAKTIR. BU SİSTEM YARGISAL KAOSU DOĞURABİLİR.**

3. Danıştay’ın ilgili dava daireleri kurulu bu nitelikteki davanın grup dava olup olmadığını inceler. Grup dava olmadığına karar verilen dosya, ilgili temyiz veya itiraz merciiine, kararın bir örneği de mahkemesine gönderilir. Davanın, grup dava olduğunun kabulü halinde ise, işin esası hakkında Üç ay içinde kesin olarak karar verilir. Bu karara esas toplantıya, uyuşmazlık konusunda görevli dava dairesinin başkanı ve bu dairenin kendi üyeleri arasından seçeceği iki üye de katılır.

Burada ilgili Dava Daireleri Kurulu’nun öncelikle grup dava kararını, bilahare de emsal seçilen davanın esasını inceleyeceğini görmekteyiz. Bu aslında her iki incelemenin de yapılamayacağını göstermektedir. Danıştay Daireleri belli konulara baktıkları için ister istemez o konularda uzmanlaşmakta ve içtihat oluşturmaktadırlar. Dolayısıyla gerek ilk derece ve gerekse temyiz mercii olarak verdikleri kararlarda bir istikrar oluşabilmektedir. Fakat İdari Dava Daireleri Kurulu’nun önüne her tür konu gelebilmektedir. Bu kurulun uzmanlaşma şansı yoktur. Bu nedenle bu Kurulun yapacağı değerlendirmeler ister istemez sağlıklı sonuçlar oluşturmayacak ve adil bir yargılama oluşamayacaktır. Bu her ne kadar son cümledeki

*“Bu karara esas toplantıya, uyuşmazlık konusunda görevli dava dairesinin başkanı ve bu dairenin kendi üyeleri arasından seçeceği iki üye de katılır.”*

düzenlemesi ile şeklen giderilmeye çalışılmışsa da, belirttiğimiz sonucun değişmesine yetmeyecektir.

4. Danıştay, grup dava kapsamındaki başvurular ile bu başvurular hakkında verdiği kararları elektronik ortamda yayınlarsın.

Bu elektronik ortamda yayınlama, ancak yasal tebligat yerine geçmemek üzere ve bilgilenmek amaçlı olarak kabul edilebilir. Kararın taraflara yazılı olarak tebliğı esastır.

5. İdari mahkemeler, grup davaları Danıştay kararı doğrultusunda sonuçlandırır. Grup davalar nedeniyle ilgili dava daireleri kurulu tarafından verilen karara uygun olarak grup dava kararını veren mahkeme veya diğers mahkemelerce verilen kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulamaz. Ancak karara bağlanan davanın grup dava kapsamında olmadığına ya da grup davaya uygun karar verilmediğıne ilişkin iddialarla temyiz veya itiraz yoluna başvurulabilir. Grup davanın esasına ilişkin olmayan itiraz ve temyiz nedenleri saklıdır.

Bu fıkrada ve dolayısıyla maddede bir takım boşluklar vardır. Öncelikle ilk derece yargı yeri Danıştay olan davalarda konunun nasıl çözümleneceğı hususu belirsizdir. Yine burada bahsi geçen kanun yolu ise, temyiz incelemesi İdari Dava Daireleri Kurulu'na yapıldığına göre her halde "karar düzeltme" yolu olsa gerektir. Sonuç olarak, grup davalar için belirlenen **EMSAL DAVALARDA, KARAR DÜZELTME YOLU KAPATILMAKTADIR.**

Ayrıca **EMSAL DAVA OLARAK SEÇİLMEMEYEN DAVALARA** da, grup dava olarak seçilme veya seçilmeme dışında, yani **ESASA YÖNELİK OLARAK İTİRAZ ve TEMYİZ YOLU KAPATILMAKTADIR.**

Sonuç olarak; artık ne Anayasa'nın 2. maddesindeki "Hukuk Devleti"nden, ne 10. maddesindeki "Kanun Önünde Eşitlik" ten, ne 36. maddesindeki "Hak Arama, Dava Açma Hürriyetinden ve "Adil Yargılanma Hakkı"ndan ne de 125. maddedeki "İdarenin Eylem ve İşlemlerini Yargıya Götürme Hakkı"ndan bahsetmek söz konusu olabilecektir. Elbette "etkin bir yargıya ulaşmak" söz konusu bile olamayacaktır.

**Trafikte Sürat Felakettir! "İvedi Yargılama" da da!**

Tasarının yine 8. maddesi ile "İvedi Yargılama Usulü" adı altında

ve 20/B maddesi olarak yeni bir düzenleme getirilmektedir. Tasarıdaki maddenin ilk fıkrası olduğu gibi aşağıya alınmıştır:

İvedi yargılama usulü

MADDE 20/B- 1. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyumsuzluklar hakkında uygulanır:

- a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.
- b) Acele kamulaştırma işlemleri.
- c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları.
- d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri.
- e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca tesis edilen çevresel etki değerlendirme işlemleri.
- f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları.

Tasarıdaki temel amaç bu madde ile iyice ortaya çıkmakta ve **ihale işlemleri, acele kamulaştırma işlemleri, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri, 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca tesis edilen çevresel etki değerlendirme işlemleri, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları**, ayrı bir yargılama usulüne tabi tutulmak istenmektedir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise şöyledir:

2. İvedi yargılama usulünde:

- a) Bu Kanunun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.
- b) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.
- c) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren onbeş gün olup, bu süre uzatılmaz. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.
- d) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.

e) Bu davalar öncelikle görülür ve dosyanın tekemmülünden itibaren bir ay içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.

f) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

g) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanunun 48 inci maddesinin altıncı ve yedinci fıkrası hükümleri saklıdır.

h) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi yedi gündür.

ı) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hallerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

j) Temyiz istemi iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.

Bu maddeye uyum sağlanması için tasarının 11. maddesi ile İYUK md.54'e bazı eklemeler yapılmaktadır. Düzenleme aşağıdadır:

4. Kararın düzeltilmesi istemlerinde yürütmenin durdurulmasına ve duruşma yapılmasına karar verilemez.

5. Danıştay'ın ve bölge idare mahkemesinin aşağıda sayılan konulara ilişkin olarak temyiz veya itiraz üzerine verdikleri kararlar hakkında kararın düzeltilmesi yoluna gidilemez:

a) Bu Kanunun 15 inci maddesi uyarınca verilen kararlar.

b) Bozmaya uyma kararları.

c) Kamu görevinin sona ermesi sonucunu doğuran işlemler hariç olmak üzere kamu görevlileri mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin kararlar.

d) 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75 inci maddesinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin kararlar.

e) Bu Kanunun 20/A maddesinin üçüncü fıkrası ile 20/B maddesi uyarınca verilen kararlar.



Bu maddelerdeki düzenlemelere topluca bakıldığında, aşağıda sayılan,

- **ihale işlemleri,**
- **acele kamulaştırma işlemleri,**
- **Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları,**
- **2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri,**
- **2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca tesis edilen çevresel etki değerlendirme işlemleri,**
- **6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararları,**

ile ilgili davalar hakkında İYUK md.11 uygulanamayacaktır. Yani, dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde talepte bulunma hakkı ortadan kaldırılmaktadır.

Normalde idari davalarda yargılama süresi içinde tarafların temyiz dâhil verecekleri dilekçeler için **30 GÜNLÜK SÜRELERİ** varken, bu tasarı ile **15 GÜNE İNDİRİLMEKTEDİR.**

Yine yukarıda yazılı bu davalarda **YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARINA KARŞI İTİRAZ EDİLEMeyecektir.**

Ayrıca bu davalarda **KARARLAR 7 GÜN İÇİNDE TEMYİZ EDİLECEK VE YİNE 7 GÜN İÇİNDE TEMYİZE CEVAP VERİLECEKTİR.**

Mahkemelerce bu davalar hakkında, **dosya tamamlandıktan sonra 30 gün içinde karar verilecektir.**

Danıştay incelemeyi evrak üzerinde yapacaktır. Yine tasarıda bu davalar için **TEMYİZDE DURUŞMA İSTEME HAKKI KALDIRILMAKTADIR.**

Son olarak bu davalarda, **KARAR DÜZELTME HAKKI DA KALDIRILMAKTADIR.**

Ayrıca İYUK md.54'e yapılan eklemelerle yukarıdaki kısıtlamalara ek olarak;

- usule yönelik nedenlerle reddedilmiş bulunan davalara ait kararlara,
- 2886 SK md.75’de düzenlenmiş bulunan eciri misil ve tahliye kararlarına ve
- kamu görevlilerinin görevlerine son verilme kararları hariç diğer uyuşmazlıklardaki kararlarına

karşı da **KARAR DÜZELTME HAKKI KALDIRILMAKTADIR.**

**Sonuçta bu madde de; Anayasa’nın 2. maddesindeki “Hukuk Devleti”, 10. maddesindeki “Kanun Önünde Eşitlik”, 36. maddesindeki “Hak Arama, Dava Açma Hürriyeti” ve “Adil Yargılanma Hakkı” ve ne de 125. maddedeki “İdarenin Eylem ve İşlemlerini Yargıya Götürme Hakkı” ile ilgili düzenlemelerin tamamına aykırıdır.**

### **Hiç Olumlu Bir Şey Yok mu?**

Haksızlık etmeyelim. Eğer bu çok önemli ise bizce olumlu tek bir madde vardır. 16 Maddelik bu tasarının tek olumlu maddesi; 2577 sayılı İYUK md. 49’da yapılan ve Yargıtay’da mevcut olan ama Danıştay’da olmayan “Düzelterek onama” yetkisinin Danıştay’a da tanınmasıdır. Bu, yargılamayı hızlandırıcı ve olumlu bir değişiklik sayılabilir. Ama bunun idari yargı davalarında yeri ve ağırlığı nedir, bunu bilemiyoruz.

Ayrıca 2577 sayılı İYUK md.45’in birinci fıkrası bir kere daha tümüyle değiştirilmek istenmektedir. İTİRAZ HUKUKUNUN KAPSAMI, bir yandan yeni ilavelerle, öte yandan da 100.000 TL’lik bir de parasal sınır konulup, TEMYİZ HUKUKUNUN ALEYHİNE GENİŞLETİLEREK, Danıştay’ın iş yükü hafifletilmeye çalışılmıştır. Bu değişiklikle, yargılama hukukunun hızlanması değil ama belki Danıştay’ın iş yükünün azalması beklenebilir. Bu değişikliğin değerlendirmesini yapabilmek için uygulamayı görmek gerekecektir.

## Sonuç

Özet bir deyişle,  
ÇEVRE VE KENT HUKUKU İLE İLGİLİ DAVALAR,  
GEREK GRUP DAVA VE GEREKSE İVEDİ YARGILAMA USULÜ İLE  
OLDUBİTTİYE GETİRİLMEK VE ADETA AÇILAMAZ  
VE AÇILSA DA SÜRDÜRÜLEMEZ HALE DÖNÜŞTÜRÜLMEK  
İSTENMEKTEDİR.

TASARI;  
BU TİP DAVALARI ÖNCE GRUP DAVA İLE ZORLAŞTIRMAKTA,  
DAVALAR EĞER BU ENGELİ AŞARLARSA BU KEZ DE,  
İVEDİ YARGILAMA USULÜ İLE ETKİSİZLEŞTİRMEYİ  
HEDEFLEMEDİR.

BU TASARI;  
ANAYASA'NIN 2, 10, 36 ve 125. MADDELERİ İLE  
İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN  
MD.6 ADİL YARGILANMA HAKKI'NA,  
MD. 13 ETKİLİBAŞVURU HAKKI'NA,  
MD.14 AYRIMCILIK YASAĞINA,  
MD. 18 OLAĞANÜSTÜ DURUMLAR DIŞINDA HAKLARIN  
KISITLANMAMASI İLKESİNE  
ve  
EK 12 NO.LU PROTOKOL İLE DÜZENLENEN  
AYRIMCILIK YASAĞINA DA  
AYKIRIDIR.

**YİNE BU TASARI;  
İDARENİN HUKUKA UYMASININ DEĞİL,  
ÖZELLİKLE  
İHALE, TURİZM, ACELE KAMULAŞTIRMA, ÖZELLEŞTİRME, ÇEVRE  
ve KENT HUKUKU  
İLE İLGİLİ KONULARDA,  
HUKUKUN İDAREYE UYDURULMASININ İSTENDİĞİ İNTİBAINI  
UYANDIRMAKTADIR.  
YÜRÜTME ve İDARE HIZLI İCRAAT YAPMAK İSTEYEBİLİR ve BELKİ  
BU BİR YERE KADAR KABUL DE EDİLEBİLİR.  
FAKAT HUKUKTA HIZLILIK İYİ, AMA ACELECİLİK İYİ DEĞİLDİR.  
YÜCE TBMM,  
ANAYASA'YA ve İHAS'NE BÖYLESİNE AYKIRI BİR TASARININ  
YASALAŞMASINA İZİN VERMEMELİDİR.  
ASIL OLAN; YARGIYA ERİŞİM HAKKINI DARALTMAK DEĞİL,  
GENİŞLETMEKTİR.**

# BAŞKA BİR AİLE MÜMKÜN

## (Feminist Politika Deneyimi)

### ANOTHER FAMILY IS POSSIBLE

#### (Feminist Politics Experience)

Tennur KOYUNCUOĞLU\*

**Özet:** Zorunlu normlarla kuşatılmış aile, hayal edilen beklentileri karşılamaktan uzaktır. Çünkü hiyerarşik bir yapıdır. Kapitalist sisteme, devlete ve kocaya bağlı bir işlevi vardır. En özel alan olarak korunması gereken temel insan haklarına aykırı biçimde kodlanmıştır. İnsanların duygusal ve bedensel özgürlüklerini yaşamasının önünde bir engeldir. Cinsel çeşitlilik hakkı tanınmamaktadır. Devletin ailesi yerine sevgi ve güven yaratan bir başka aile oluşturmak mümkündür. Bu feminist bir politika ile başarılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Aile, Toplumsal Cinsiyet, Cinsel Çeşitlilik, Feminizm, Queer Toplum, Siborg Toplum

**Abstract:** A family, that is being forced with mandatory norms, is far from fulfilling all the expectations of a family concept, because it is hierarchical. That kind of family is functioning dependent on the capitalist system, the government and the husband. It has been coded against the fundamental human rights, which is the most specific area in need of protection. It prevents people from living their emotional and physical freedom. There is no right for sexual diversity. Instead of the government forced family system, it is possible to create a new family that is based on love and trust. This can only be achieved by a feminist policy.

**Keywords:** Family, sexual diversity, social gender, feminism, queer society, cyborg society

## 1- Aile Anlayışının Gelişimi ve Eleştirisi

İnsan deyince başlangıçta toplumsal hayvanlardan söz edebiliriz. Buradan adına aile denen birliğe nasıl ulaştık? Neden eleştiriyoruz?

Araştırmalar ilk toplumların 'anaerkil' olduğunu gösterir<sup>1</sup>. Bu

---

\* Avukat

<sup>1</sup> Beckofen'nin 1861 de yayınlanan kitabının adı 'Maderşahi' dir. Ayrıca Morgen'in 'Eski Toplum' adlı eseri önemlidir. Frederick Engels bu esere dayanarak insanlık tarihini; vahşet, barbarlık ve uygarlık olarak üç evreye ayırır. Ayrıntılar için bk

güne kalan varsayımlar dışında bu konuda fazla bilgimiz yok. Olsa olsa cinsel baskıların olmadığı ve insanların ve dünyanın doğallığını koruduğu bir dönem olduğunu söyleyebiliriz. Kitabının ismini 'Başlangıçta Kadın Vardı' diye koyan ve 'O Zaman Yaşam Vardı' diye açıklamalarını sürdüren Luce İrigaray' var. Ayrıca Camille Pagalia, var, 'insan hiyerarşi bilincine sahip bir hayvandır', kadının kendisi tarih ve doğa ritmidir, diyen. 'Kadınların düzeni, bizim itaat ettiğimiz düzenden çok daha eski, işte ben o düzenle bağ kuruyorum' diyen Caraco' u da anmadan geçmeyelim. Eril bir sistemden söz açılmayan, cinsiyetlerin önemsizleştiği yakın tarihlere kadar gelebilen bir ara dönemin yaşandığını biliyoruz. Batı Avustralya' da Ngarinyin Aborijin Halkının arasına girerek, yaşadıklarını kitaplaştıran Bell' den doğanın ikili işbirliğini öğreniyoruz<sup>2</sup>.

Sistem uyum içinde olan bir bütünün adıdır. Başlangıçtan bu yana toplumun oluşumu aile ile olmuştur. Çünkü birlikte yaşamak bağımlılık içinde bütünleşmeyi gerektirir. Norbert Elias, en küçük birim aileden başlayarak devlete kadar uzanan birimlerin böyle bir bağımlı bütünleşme ile var olacağını söyler<sup>3</sup>. Örnek olarak çocuğun ebeveynlerine, ebeveynlerin de çocuğa bağlılığını gösterir. Ancak bu bütünleşme örnekleri bir 'teklük' yaratmaz, tarihsel süreç içinde şekillenir ve değişir.

Heidi Rosenbaum, aile kavramını, insan topluluğunun çekirdeğinde değişmeyen bir olgu olmayıp, tam tersine biçimsel ve işlevsel olarak, temelindeki toplumsal bağlamdan şekillendiği görüşünden yola çıkar. Ona göre aile, zaman ve mekandan bağımsız olarak, grup, sistem, kurum içinde aile adını kazanarak varlığını sürdüren içsel bir

---

August Babel, Kadın ve Sosyalizm, Çev: Sabiha-Zekeriya Sertel, Toplum yayınları, Ankara, 1975, s 20-39. Ayrıca bk. Shulamith Firestone, Cinsiyetin Diyalektiği: Kadının Özgürlüğü Meselesi Evelyn Reed, Kadının evrimi. Her iki kitap için Payerl Yayınevi. Dünyanın kötü gidişinin kurtarıcısı olarak görmektedir. bk Albert Caraco, Kaosun kutsal kitabı, Çeviren, Işıl Ergüden, Versus yayınları, İstanbul, 2007, s 69-70.

2 Hannah Rachel Bell, Erkek İş-Kadın İş, Epsilon Yayıncılık, İst, 2003, s 39 v.s. 1967 yılında resmen Avusturyalı vatandaş olarak kabul edilmeleri sonucu Batı insanıyla yakınlaşma, onların bilgelik sanatını öğrenmek yerine, son insancıl kültürün de yok olması tehlikesi taşır.

3 Norbert Elias 'Figuration' adlı eserinde sistemin nasıl yapılandığını anlatır bk. <http://www.grin.com/de/e-book/267479/norbert-elias-figuration>

yapıdır<sup>4</sup>. Öyle ki, toplumsal yani tarihsel süreç içinde kendi içinde değişen özellikle sınıfsal ve tabakalara özgülünen etkenlerle birlikte oluşur. Aile sosyolojisinde genel kabul gören anlayıştan farklı bir konumlandırma yapar. Aile sosyolojisi, aile kavramını açıklayabilmek için bir dizi kavrama ihtiyaç duyar. Antik çağdan beri büyük küçük ailelerin tanısına girer. Anne baba ve çocuktan oluşan çekirdek aile sosyolojik tartışmada bir rol oynamaz. Rosenbaum, genel bir sosyoloji kuramının geliştirilebilmesi için, tüm toplumsal ilişkiler için geçerli olacak biçimde, toplumsallaşmanın temel yapılarını göstermeyi amaçlar. Belli kategoriler içinde ailenin değişimini inceler. Bu çaba aile sosyolojisi ile biyolojik aileyi birbirine yaklaştırmaktadır.

Batı kültürü içinde; Güney Batı Domus'unu örnekleyebiliriz<sup>5</sup>. Türk ailesine ilişkin ilk bilgiler kapsamında aynı durumu görebiliriz. Örneğin kavram olarak karı-koca ailesine değil, 'Hane' ye vurgu yapılır. Aile yalnızca üreme işlevini gören bir kurumdur. Hane ise evlilik birliklerinin oluşturduğu bir üretim ve tüketim birimi olarak tanımlanır.

Görülüyor ki, aile her üretim biçiminin kaynağıdır. Uygarlığın anaerkiil aile ile başlamadığında görüş birliği vardır. Mitchel, nasıl başladığı noktasında Engels ile Freud arasında farklılık olduğunu saptar<sup>6</sup>. Engels'e göre anaerkiil toplumun sona ermesi kadının dünya çapında karşılaştığı bir boz gündür. Freud' da kadın doğasının uygarlık öncesi olduğunu söyler. Böylece her ikisi de uygarlığın ataerkiil olduğu noktasında birleşir. Ataerkiilik bir gün sona erecek midir? Bu konuda ayrılırlar: Mitchel, çağdaş antropolojinin, Engels'in eğitilmiş bir uygarlıkta ataerkinin ortadan kalkacağı sanısından çok, Freud'un, insan toplumunun birçok şekilde ataerkiye akran olduğu savını doğruladığını söyler<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Heidi Rosenbaum, Familie und Geselschats-struktur, Ficher taschenbuch Verlag, Hammurg, 1974, s7.

<sup>5</sup> Feodal dönemlerde insanı asaletli yapan onun Domus'udur. Mirasçı evin unvanını taşır; mirasçının erkek veya dişi olması ikinci derecededir. Aile tarihinin öznesini oluşturan evli çift değil, bu evlilikten ortaya çıkan ailedir. Burada aile kan bağları arasında akrabalığa dayanır ve bunlar kendi arazilerinde kökleşirler. Toprağı işleyen kandırBk.Ivan Illich, Gender, Çev:Ahmet fethi, Ayraç yayınevi, Ankara, 1996, s 148 v.s.

<sup>6</sup> bk.Juliet Mitcel, Psikanalizm ve Feminizm, Yaprak yayınları, Ankara, 1984, s 438-442

<sup>7</sup> Mitcel, Freud'un psikanalizi bir efsane olarak, insanlığın kendi tarihini nasıl gördüğü hakkında varsayımlar ortaya koyduğunu söyler Freud'un 'Totem ve Ta-

Wilhelm Reich, psikoloji ve sosyolojiyi birleştirerek insan doğasıyla kültürün birleştirilmesi açısından aileye yaklaşır ve insanın biyolojik gereksinmelerini öne çıkarır<sup>8</sup>. Freud' le birleşip ayrıldıkları noktaları şöyle açıklar: 'Freud temelde bir diyalektikçiydi, işlevsel olarak düşünen bir insan. Her zaman iki gücün birbirini karşılama istedi. Yapmadığı, benim de yapmamasının nedenini anlamadığım, bu iki karşıt kuvvetin gerçekte derinliklerde aynı olduğunu çünkü doğada çatışan her şeyin birlik içerisinde olduğunu görmemesi oldu<sup>9</sup>.

Doğayı kendi bedeninde duymak çok önemli idi ve doğa ve kültürün birleşmesi ile çelişkiler azalacaktı. Toplumsal ve psikolojik tezleri bir araya getiren ve bu yakınlaşmanın olduğu yer aile idi. Ona göre 'Sosyo - ekonomik yapının toplumun cinsel yapısı ile kaynaşması ve toplumun yapısal yeniden üretimi ilk dört veya beş yılda ve otoriter ailede olur'<sup>10</sup>. Çünkü aile zevk, daha iyi konut, özellikle yiyecek gereksinmesine dayanır. Reich, 'cinsel devrim eserinde kapitalizm içerisinde ailenin işlevinde yapılan değişimi yorumlar: 'Kapitalizm-öncesi üretim birimi olarak ailenin öneminin, daha çok erkek ve kadın kapitalist sanayinin üretim sürecine girmesiyle, ailede, ekonomik işlevin yerini politik bir işlev aldı: Aile artık otoriter ideolojilerin ve tutucu kişilik yapılarının fabrikasıdır'.

Feminist eleştirilerden önce psikiyatristlerin ve sosyologların ve eğitimcilerin sesine kulak verdiğimizde, günümüzde ailenin 'hasta' olduğu görüşüne ulaşırız. Başbakan R. T. Erdoğan bir konuşmasında 'aile, kadındır' demişti. Onu haklı çıkaran doktor muayenesinde yapılan ilk başvuru konuşmasını alıntılalım<sup>11</sup>.

---

bu'daki çalışmalarının antropoloji değil, mitoloji olarak okunmasını, Totem ve Tabu' nun hipotezi, Ödip efsanesi ile tamamlanır. Toplumun ataerkil yapısı ve bunun sonucu iki olaydır: Yamyamlık kompleksi ve Ödip kompleksi.

<sup>8</sup> Aileye değer verilmesi bakımından faşizm ve nazizmin yaklaşımlarının tartışılması için bk. Juliet Mitcel, Psikanalizm ve Feminizm, Yaprak yayınları, 1984, s 239-271.

<sup>9</sup> Mitchel, s 242

<sup>10</sup> Mitchel, s262

<sup>11</sup> Horst-Eberhard Richter, Patient Familie, Rowohlt Verlag, Hamburg, 1972, s7Almanya' da bu tarihten sonraki sosyal gelişimler, Türkiye içinde geçerli olguya işaret etmektedir. Richter'in bu kitabı daha sonra Dr.Günsel Koptagel tarafından eklemelerle Türkçeye kazandırılmıştır. Koptagel, Berlin'li olan profesörün felsefe, psikoloji ve tıp doktoru olduğunu ve 'herkese yaşam ve söz hakkı' tanıyan aile görüşü ile hayranlık uyandırdığını söylemektedir, bk.H.E.Richter Hasta Aile, Yaprak Yayınları, İstanbul, 1985, s14-17.



Anne-Kızım ilişki kuramıyor. İçine kapanık, benimle çok az konuşuyor. Ona yaklaşamıyorum. Bunu ona söylediğimde, küstahlaşıyor. İlişkimiz çok kötü. (Aradan yarım saat geçtikten sonra):

Anne-Esasen tamamen kızıma odaklandım. Birlikte çok şey yapabiliirdik. Eşim yalnız kendi işiyle ilgileniyor.

Baba- (kadının sözünü keserek) Benim evde çok az bulunduğumu söyleyemezsin.

Anne-Evet ama çoğunlukla kendi işle ilgileniyorsun. Buna karşı olduğum için söyleyiyorum. Kendimi yalnız hissediyorum.

Doktor-Bana kızınızın ilişki bozukluğu nedeniyle başvurduunuz. Ancak şu anda birbirinizden çok şey beklediğinizi görüyorum.( Anne-ye dönüp) insanların sizle çok az ilişki kurmasından yakınıyorsunuz. Diğerleri de (baba ve kızı) verebileceklerinden daha fazlasını vermiş gibi davranıyor. Böyle olunca birbirinizi anlamıyorsunuz.

Anne-Siz haklısınız. Kendi payıma artık buna dayanamayacağım. Kızım gibi benim de sağaltıma ihtiyacım var.

Gerçekten aile, temelde kadınların sorunları olarak patlak veriyor. Dolayısıyla aile, içine hapsolan kadının özgürlüğüne açılmadıkça, zaten hastadır.

Nasıl bir toplumda yaşıyoruz? Önce genel bir tanı koyan Laing' le kulak verelim<sup>12</sup>:

“Hakikat ile toplumsal gerçeklik arasında pek bir bağ yok. Etrafımızda sahte olaylar var, biz de onlara bu olayları doğru ve gerçek ve hatta güzel göstermeye ayarlı bir yanlış bilinçlilikle uyum sağlıyoruz’.

Gel de, Pınar Selek'in 'bana gelen düğün davetiyelerini yırtıp atıyorum' sözlerini anımsama. Büyütülen evlilik hayalleri, sonunda kişiyi kendine yabancılaştıran şiddet, kapıları sıkı sıkı kapatılan kabus odaları, kapıyı araladığında sokakta uzanan cansız bedenler.

Radikal varoluşçu, psikiyatrist Cooper ailenin üzerine daha büyük bir çizik atıyor: 'Ailenin ölümü'<sup>13</sup>.Ona göre aile, ideolojik koşullandırma aracıdır, her şeye kadir soyutlamadır, yöneticinin iktidar alanıdır,

<sup>12</sup> R.D.Laing, Yaşantının Politikası, Vadi Yayınları, Ankara, 1993, s 8.

<sup>13</sup> Davit Cooper, Ailenin Ölümü, Kıyı yayınları, İstanbul, 1988.s11-19.

içinde yer alan insanların adlarını yitirme nedenidir. Kişiyi aile içinde koşullanması sırasında verilen ilk ders, dünyada kendi başına var olamayacağıdır. Daha da kötü olarak, ensest tabusundan çok, kişinin dünyadaki yalnızlığını yaşamasının örtük olarak yasaklanmasıdır. Freud' un psikanaliz tekniğinin en önemli katkısının zamanlılıkların doğal etkileşimine yönelik, sistemli ve disiplinli bir yaklaşımla gelişen müdahaleye değil, özenle başlayan bir tür saygı yaratması olduğunu söyler. Bu ortamı aileye karşı kendi isteği ile girip çıkılan anti-aile olarak örnekler.

Cooper, bir başka kitabında <sup>14</sup> çocuğun özgürlüğü için annenin önemine değinmektedir. Ona göre, 'anne ve çocuk bir orijinal biyolojik ünite oluştururlar. Daha sonra anne doğru davranırsa, yavaş yavaş bir ikiliye dönüşür. Ancak anne çeşitli nedenlerden dolayı karşılıklı ilişkilerin kurulmasında başarısız olabilir'. İşte bu sağlam ikili ilişkide çocuk kim olmak istediğini tasarlayabilir, yoksa kaybolur. Böylece yine konu anneden çok, annenin kadın kimliği olur.

Caraco, 'kölelik okulunun kaynağını aile olarak görür ve bu ailelerde kadın köledir, çocuklar teba, ama baba- müstehcen, gülünç ve sefil olsa bile- kendi evinde hakimdir ve bizim hükümdarların arketipidir' demektedir<sup>15</sup>. Caraco, 'aile varlığını sürdürdükçe, çocuk kalacağız' vurgusu ile psikiyatristlere katılmaktadır. O, günümüze dair insanın üretmek ve tüketmek için dünya gelmediğimize işaret ederek, var olmak, var olduğunu hissetmenin önemini anlatır. Ona göre 'aile, günün birinde aşılması gereken bir kurumdur, varlık nedeni yoktur. Aile çoğu durumda kalabalıktır, evren aşırı kalabalıktır.'

Caraco 'bizi ahlaksızlık kurtaracak' derken, aslında artık normal sayılan ahlaksızlıklardan vazgeçilmesini önermektedir: 'Dinlenme ve gevşeme, her türden fedakarlığın reddi ve militan erdemlerin terkedilmesi, saygın olarak nitelediğimiz her şeyin küçümsenmesi ve uçarılığa rıza göstermek kurtaracak' sözlerini can noktayı vurgulayarak şöyle sonlandırıyor:

'Erkekliğin bizi götürdüğü ve asla geri dönülmeyecek kabustan bizi dişilik kurtaracak'.

<sup>14</sup> Davit Cooper, *Psikiyatri Ve Anti-psikiyatri*, Öteki Yayınevi, Ankara, 1994, 13-14

<sup>15</sup> Caraco, s30-34.

Somay, 'Bozuk Aile' adlı makalesinde 1994-2001 yılları arasında yapılan Abel & Harlow Çocuk İstismarı çalışmasının bulgularını aktarır. Yazının başlığını 'kıyamet alametleri' olarak koymuş<sup>16</sup>. Ailenin bugün çökmeye başlamadığını bir asır önce de aynı sonuçların alınacağını ekliyor. Ona göre aile 'esas olarak baba egemenliğinin ve kadın-çocuk tabiyetinin mekanıdır. Baba, bir konumun bir işlevin adıdır; o işlevi yerine getiren canlının genetik ve anatomik özellikleri ikinci plandadır. Bazı anasoylu topluluklarda bu işlevi annenin erkek kardeşi de yerine getirebilir. Şarklı geniş aile örneklerinde babanın annesinin baba işlevini üstlendiği sık sık görülür. Hepsinin yokluğunda baba işlevi bir kuruma -(Çocuk Esirgeme kurumu, Yatılı Okul Yönetimi) hatta kavrama (devlet baba, Tanrı) bile havale edilebilir'. Ülkemizde aile konusunda muhafazakar tutum vazgeçilmez önemdedir. İç içe geçen tüm egemenliklerin kurucu yapısı ailedir.

Çetin Altan, Türkiye'nin sürekli çağının dışında kalmasının temelindeki nedeni, salt eğitim değil, evliliklerdeki dengesizlikler, mutsuzluklardır, demektedir. Çünkü, 'eğitim' bir okul sorunu değil, bir aile sorunudur, diye eklemektedir. Yalan, dövme, kavga, çekiştirme, kalitesiz eğlence... Bütün takınılan tavırlar, dışa karşı görüntüyü kurtarma rollerinde yarışıyor, Türkiye Köylülüğü aşabilmiş değil.

## 2- Feminizm ve Ailenin Eleştirilmesi

Feminizm 20. Yüzyılın gerçek sosyal kültür devriminin adıdır<sup>17</sup>. Bu kapsamlı konuyu insana bakış açısıyla sınırlandırmak istiyorum. Özetle Feminizm, kadın insandır, herkes insandır diyen ideolojinin adıdır. İnsan kavramı ise değişkendir. Nitekim insan kavramının 'içi boşaltılmışlıktan' ötürü ve yaşanan olumsuzluklar yüzünden kadının insanla ilişkisi kalmadığı düşünenler vardır. Carol Adams, "Feminizm kadınların insan olduğu yolundaki radikal bir anlayıştır" sözüne katılmadığını, bu tanımın insan tanımını sorunlaştırdığını" söylemektedir<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Cüneyt Çakırlar ve Serkan Delice, Cinsellik Muamması, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, Bülent Somay, 'Bozuk Aile' s 110. Burada bir sayfa süren kıyamet alametlerini saymak amacı aşılıyor. Ancak Amerika'da cinsel istismara uğrayan kız çocukların yaşının 13' ün altında olduğunu, ülkemizde ise bu yaşlarda çocuk gelinlerle ve tecavüze uğrayanlarla bir aile oluşturma çabasındaki dehşete yer verelim.

<sup>17</sup> Bu hareketin günümüzde değerlendirilmesi için bk. Alice Schwarzer, Hoffnungslos Weiblich, Journal Für Philosophie, der blaue reiter, Denken Frauen anders? Ausgabe 33, 1/2013 s 22-30.

<sup>18</sup> Patriyarka, kadınlar ve Vejetaryanlık, Birikim 195, Temmuz 2005, 41-42. Ayr-

İnsanların eşitlik ve demokrasi istemleri teknolojik kolaylıklarla kitleleri harekete geçirmeye yeni başladığından, feminist politikanın daha etkin itici bir güç olacağına inanıyorum. Koşul olarak yaşanabilir bir doğa bulabilirsek.

Kadınların hak mücadelelerinin başlamasını feminizmin ilk aşaması olduğunu kabul edenler ile feminizmin politik dönemine özel bir anlam yükleyenler birbirinden ayrılır. Hak mücadelesini ile politik feminizmi bir bütünlük içinde yorumlamak kadınların insan gibi olma mücadelesine kolaylık sağlayacak, hareketi güçlendirecektir<sup>19</sup>. Çünkü kitle hareketi olarak feminizm bölünebilse de, tek tek kişilerin feminist bilinç kazanması kendi içinde bir bütünlenme süreci gerektirmektedir. Feminizmi kesin bir ayırım yapmadan genel gelişimi içinde ele alacağım.

Mitchell<sup>20</sup>, siyasal feminizmin 17.yüzyıldan başladığını türlü gerekçelerle açıklar. Kadınların ve erkeklerin toplumsal gruplar biçiminde birbirleriyle kıyaslanmasını örnek gösterir.

Danovan da ironili bir biçimle 'feministlerin Amerika'yı birçok kez yeniden keşfetmeleri' ne üzüldüğünü, 1960'ların sonunda 1970'in başında geliştirilen ve çoğumuza bir keşif gibi gelen kuramların pek de yeni şeyler olmadığını söyler<sup>21</sup>. Anne Phillips' de 'ilk feministler, feminizm ile demokrasi arasında bir bağlantı olduğunu görüyorlardı ama daha acil sorunlarla meşguldüler' diyerek, politik feminizm önce-  
sindeki sürece dikkat çeker<sup>22</sup>.

Peki, İnsan Nedir? Mitolojik tanrılara yer vermeden yeryüzünde insanları birbirine eşitlendiği bir toplumla söze girelim. İnsan iki ayrı biyolojik varlık olarak görülür. Geleneksel toplumlarda gender, yani cins ayırımının önemi büyüktür. İllich, sözlük anlamından hareket eder ve cinsiyete karşılık gelen üç gramatik türden biri olarak ele alır. Eril, dişil, nötr ayırımını yapar<sup>23</sup>. Bu terimler erkekler ve kadınlarla

ca bk.Carol J.Adams, Etnik Cinsel Politikası, Ayrıntı yayınları, İstanbul, 2013.

<sup>19</sup> Bk .Tennur Koyuncuoğlu, Radikal İki, 20.05.2007

<sup>20</sup> J.Mitschell-A.Oakley, Kadın ve eşitlik, Çev Fatmagül Barktay, Kaynak Yayınları, Ankara 1984, s 35

<sup>21</sup> Josephine Donovan, Feminist Teori, Çev: Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek, Fevziye Sayılan, İletişim Yayınları.2005, İst.s10

<sup>22</sup> Anne Phillips, Demokrasinin Cinsiyeti, Metis yayınları, İstanbul, 2012, s13.

<sup>23</sup> İvan İllich, gender, Çev: Ahmet Fethi, Ayraç Y.Ankara, 1996, s13 Gender

bütünleşen yer, zaman, alet, görev konuşma biçimleri ve jest ve kavrayışlarıyla birbirinden ayrılır. Bell, Ngarinyin Kabilesinin kültürü ile durumu tanımlamaktadır:

Öyle ki, 'cinsiyet ilişkileri kendini erkek ve dişi insanlar biçiminde gösterse de, Ngarinyinler dişi ve eril enerjileri yaratılış biçiminde kabul etmekte ve adlandırmaktadırlar'<sup>24</sup>. Ataerkil sistemin tersine bu sistemde bir üstünlük sorunu yaşanmaz<sup>25</sup>:

'Her zaman iki vardı ve bunlar her zaman dinamik bir karşılıklı ilişki halindeydi. Evrenbilimin bütünü vazgeçilmez ilişki yasasına göre ve bu yasanın yansımaları olarak birbirine bağlantılıydı. Batının görüş biçimi ise azaltmacı çizgisel, tek ve parçalıydı; yasa insanlar tarafından gücün kullanılmasıyla yapılıyordu ve değişkendi. Bu sisteme 'üçken düşünme' diyorduk; çünkü güç kişinin yönettiği zirveye doğru koni şeklinde yoğunlaşarak yükseliyordu. İlişki yasasını yansıtan 'örnek düşünce' sine göre ise hiç patron, üstün kişi olmamasının yanı sıra ilişkiler de erkekle dişi arasında bütünleşmiş bir kalıptır. Sonuç olarak üçgen düşünme dengeli değildir; erkekle sınırlıdır. Tam anlamıyla tanınan ve işbirliği yapılan dişi olmadığı sürece, üçgen düşünce yeniden oluşuma açık değildir ve çökmüştür'.

Artık insanlardan tekinin, demek ki, 'dişil' ve 'eril' diye belirlenen cinsin, kendi alanında egemen olduğu, kendiliklerinden benimsenen bir işbölümünün var olduğu düzen tarihe karışmıştır. Çünkü ayrı cinslerin ayrı işler yaptığı bir dönemde erkek ve kadının birbirini tamamlamanın ötesinde, birbirine eşitlenmesi de gerçekleşir. Sonraları ise 'Eşitsizlik' asıl mesele olmuştur.

İrigaray, Sokrates öncesi filozoflara gönderme yapar<sup>26</sup> ve bilge kişiye hakikatle ilham veren, bir dişi-doğa, kadın, Tanrıça' ı başlangıç olarak işaret eder. Ancak bu kaynağın saklandığını, çünkü öğretilerin kadınla ilişkisiz ve kendine yeterli olması gerektiğini söyler. Böylece 'derim ki' sözcüğü ile başlayan usta, 'dedi ki' ile çırağının söyleminde

---

egemenliği daha sonra 19. Yüzyılda yerini cinsiyet egemenliğine bırakır. Cins, cinsiyet, toplumsal cinsiyetten söz eder, oluruz. Genel ifade olarak vurgulanan Cinsiyet (sex), toplumsal cinsiyet kavramıyla kutuplaşmaya dönüşür.

<sup>24</sup> Bell, s 44

<sup>25</sup> Bell, s170-171

<sup>26</sup> (Empedokles, Parmenides)Irigaray, Başlangıçta...s 13-16.

sürer ve erkek gerçeğe ve gerçek olan başkasıyla bağı koparılmış halde kendini dil evine yerleştirir.

Kadının eski köleci toplumlarda da saygın bir yeri olduğu dönemler bilinmektedir. Yunanistan'da ilk feminist dergiye ismi verilen Hypatia, 4. Yüzyılda yeni Platoncu Okulda öğretmen olarak Hristiyan dogmalar karşı çıkmış, 2. Yüzyıldan gelen Ptoleminus (astrolog) metinlerini yorumlamışsa da, cadı ilan edilmiştir<sup>27</sup>. J.Mitschel, cadılığın, kadınların protestosunun kültürel biçimlerinden biri olduğunu kabul etmekle birlikte feminizmin tarih ötesi olmadığını savunur<sup>28</sup>. Ancak özellikle tıp alanında bu gün de süregelen bilimsel, etik ve politik tekelin erilliğin ilk yıkıcıları sağaltıcı cadıların mücadelelerinin feminizme katkısı doğrudan olmuştur<sup>29</sup>.

Çoğu zaman kadının dişi olarak saygı görmesi bir yana, canlı varlık olarak insan sayılmasına bile itiraz vardır<sup>30</sup>. Kadınların da insan olup olmadıkları konusunda kafaları karıştı ve mücadele verirken de kendileri olamıyordu. Yüklendikleri işler insan gibi gördükleri erkeklerden çok başkaydı. Buna açık bir örnek Mary Wollstonecraft 'ı gösterebiliriz<sup>31</sup>. 1792' de kaleme aldığı Kadın hakları bildirisinde (Vindication of the Right of Women) 'kendisi için değil, kendi cinsinden başkaları için' konuşmaktaydı. Toplumun ilgisini çeken ise, açıkladığı çok vurucu görüşleri değil, ezilmişliğini anlattığı kişisel yaşamı idi.

Çakır'ın<sup>32</sup>, yayın tarihi açısından ilk kadın dergisi olarak nitelediği 1869' da yayınlanan Terakki-i Muhadderat Dergisinde Rabia imzalı bir mektupta da 'insanlık' sorgulanır: Biz de insan değil miyiz? Cinsimi-

<sup>27</sup> Yaptıklarıyla cadı, efsuncu ilan edilmiş, boğazlanarak öldürülmüş, derisi istiridye kabuğu ile soyulmuştur. bk. <http://universitehaber.com/i> (24.02.2014)

<sup>28</sup> J.Mitschel-A.Oakley, s 24.

<sup>29</sup> Bk.Barbara Ehrenrich-Deidre English, Hexen, Hebammen und Krankenschwestern, Verlag Frauenoffensive, München, 1979, s 7.

<sup>30</sup> Sibel Özbudun, Niçin Feminizm Değil? İst..1984, s 9- 10).Erasmus 'un 'Kadın beceriksiz ve gülünç bir hayvandır' sözlerini anımsarsak, hayvan türünün makbul özelliklerinin, olsun, kadına yakıştırılmadığını görürüz. Platonizm'in, Yahudi'liğin ve Katolik Kilisesinin "kadın insan mıdır" sorusu da bizi şaşırtmamaktadır. Çünkü yanıtı günümüze dek sürüp gitmektedir. Sorunun yanıtının arkasında 14.-18.yüzyıl boyunca hazırlık aşaması vardır. Kadınların tarihte var ve hukukta "görünür" olmaları, feministlerin ölüm pahasına verdikleri mücadele sonucunda ortaya çıkacaktır.

<sup>31</sup> J.Mitschel-A.Oakley, s 174.

<sup>32</sup> Serpil Çakır, Osmanlı Kadın Hareketi, Metis Y. 2011, İst. s 62)

zin ayrı oluşu mu bu halde kalmamıza sebep olmuştur? Bunu hiçbir sağduyu sahibi kabul etmez, eğer böyle olmak gerekse idi, Avrupa kadınları da bize benzerdi' Amerika'da daha 1898 yılında kadının evden çıkması ve ekonomik yaşama katılmasıyla özgürleşeceğini ileri süren Gilman ise, Kadının insan olduğunu kanıtlamaya çalışırken, erkeğe benzerliği ileri sürerken, bir yandan da şu sözlerle eğlenmektedir<sup>33</sup>.

"Kadının statüsü, tümüyle cinselliği ile belirlendiği için ki, 19.yüzyıl kadın hareket 'inde çabaların çoğu, kadınlarında insan olduğu savına özgülenmiştir. Kadınlar kadın oldukları kadar insandırlar da. Ne duyulmamış bir öneri"!

Oysa öneri hala ses getirmemiştir. "kadının insan hakları "sözleri gereksiz yineleme ise de, boşuna değildir. Kadın henüz 'insan ' değildir. Bu durum insan hakları kavramını da kapsar. Zeynep Direk'in görüşlerine başvuralım<sup>34</sup>:

'Cinsel haklar söylemi evrensel insan haklarından türetilmiştir ve dolayısıyla insan üstüne evrensel bir felsefi söyleme dayanır. Bu söylem insanı soyut bir biçimde ve cinsel olarak nötralize ederek ele alır. Feminist düşünce bu nötral söylemden şüphe etmiş ve onun gizlice somut bir insan temsiline ya da modeline dayandığını iddia etmiştir. İnsan nötr değil, aslında hep 'beyaz, Avrupalı, heteroseksüel, burjuvadır', demek ki, cinsel haklar söylemi evrensel insan hakları söylemini somutlaştırır- kadınları ve toplumsal cinsiyet aşımı (gender transgression) halinde bulunan varoluşları (eşcinselleri, travestileri, transseksüellerin v.s) yasanın lafında tanıyarak ve koruyarak, uygulamada meydana gelen ayrımcılıkla ilgili sorunların üstesinden gelmeyi hedefler".

Böylece insan kavramı, canlı bireysel dışı varlığa özgü değil, toplumsal tanımı olan erkeğe aittir. Genel insan haklarına temellenen bir hukuk metninde bile, kadınlardan söz edilmesi ayrımcılığı kaldırmaz. Bu nedenle Kadınlara karşı Her Türlü ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) adıyla, sanki dikkat burada toplumda eşit olmayan kadınların erkeğe eşitlenmesi, demek ki insan sayılması çabası vardır,

<sup>33</sup> C.Perkins Gilman, Çev. M. Otkun, J.Candan, Kaynak Y.İst.1986, s35

<sup>34</sup> Direk, Cinsel/Cinsiyetli hakların Felsefi Temelleri adlı makalesinde, <http://www.lambdaistanbul.org/php/main.php?menuID=7&altmenuID=49&icerikID=...>; 'cinsel haklar (sexuel rights) ve 'cinsiyetli haklar' (sexed rights) arasındaki felsefi yaklaşım farklılığını değerlendirmektedir.

telaşındadır. Yasanın içinde geçen 'kadının insan hakları' vurgusu da, hem kadın hem insan olmanın biraradalığına olanak sağlamaktadır.

CEDAW' ı bu konuda ayrıntılarıyla işleyen Direk, aynı yazıda; yasa-farklılık kavramının girmesinin, kadınlara karşı ayrımcılığın meşrulaştırılacağı endişesini taşıyan Beauvoir'in eleştirilerine karşı, yasanın adının negatif bir dille yazıldığını, böylece yasanın arka planında, Beauvoirci bir felsefe olduğu tespitini yapar. Beauvoir'a göre 'kadının varoluş imkanı elinden alınmıştır ve kadınların kendilerini insan olarak olumladıklarında ve onları varlığa rapdeden şahane mutlak başkalık özelliğinden paçalarını kurtardıklarında' 'ebedi kadın miti' ortadan kalkacaktır<sup>35</sup>.

Betty Friedan,<sup>36</sup> kadının insan olduğu fikrine nasıl yabancılaştığını, kadınların ancak başkası için konuştuğunda insan kavramının bir anlamı olduğunu şu sözlerle anlatmaktadır:

"Onların, (yani) kadınların insan olduğunu kanıtlamaları gerekiyordu. Kadın hakları için savaşmaya başlamadan önce, kadınların erkeklerle insan olarak eşit hale getirilmeleri gerekiyordu. Ne zaman, nerede insan özgürlükleri uğruna bir başkaldırma olduysa, bunda kadınların payına da bir şeyler düşmüştür. Feminizm müstehcen bir şaka değildi. Kadınlar insanca yeteneklerini geliştirme özgürlüğünden yoksun bırakılmış oldukları için feminist devrimin yapılması gerekiyordu. 1930, 1940'dan önce kadınlar için savaşmış (benim vurgumla, kendi kadınlıklarını farketmeden) feministler sonra insan haklarıyla uğraşmış özellikle siyahların, ezilen emekçilerin ve Franko ispanyasının ve Hitler Almanya'sının halklarının özgürlük sorunlarıyla ilgilendiklerini"<sup>37</sup>, daha sonra sıranın kendilerine geldiğini belirtmektedir.

Delphy<sup>38</sup>, aynı şekilde, kadınların toplumun ezilen kesimlerin haklı istemlerini dile getirirken, kendi somut hak istemlerinin farkına varmalarını şöyle dile getirir:

<sup>35</sup> Konunun kültür ve felsefe açısından irdelenmesi için bk. Z. Direk, Simone de Beauvoir: Abjeksiyon ve Eros etiği, Cogito, Feminizm, Sayı 58, Bahar 2009, s 11-38

<sup>36</sup> Kadınlığın Gizemi, 1983, İst, s 75

<sup>37</sup> Friedan, s 88.

<sup>38</sup> Chistine Delphy, Kadınları Peçe Altına Almanın Başka Bir Biçimi, Çev: Ayşe Düzkan, Pazartesi, Nisan, 2005),



“İlk feminist hareketler, özellikle Birleşik Devletlerde, 19.Yüzyılın ikinci yarısında, tam da Marx’ın manifestoyu kaleme aldığı sıralarda doğmuştur. Üstüne üstlük Amerikan feminist hareketleri kölelik karşıtı ‘köleliğin ilgası’ hareketleriyle güçlü bağlar taşımaktaydı”.

Sheila Rowbotham<sup>39</sup>, kadının özgürleşmesini pek çok etkenle birleşen bilinçlenme olgusuna bağlar. Ona göre;

‘Feminizmin önceki gelişimi kapitalist düzende mümkün olan yaşam biçimine özgü bir gerçeklikten doğmuştur. Bu hareketin dolaysız siyasal bağlamı 60’ yılların sonunda ortaya çıkan sol öğrenci eylemlerinin pek de tutarlı olmayan köktencililiği ve yüksek- öğretime giren kadınların karşılaştıkları kadınlara özgü çelişiklerdir’.

Feminizmin kadın hareketinin orta sınıf kadınlarının bilinçlenme biçimi olarak başladığı konusunda görüş birliği vardır. Mitchell, 17.yüzyıl aynı zamanda siyasal feminizmin de erken tarihidir<sup>40</sup> diyerek, ilk olarak İngiltere’de eşitlik kavramıyla, 18.yüzyılda aydınlanma çağında, sonrada Fransız devrimi ile yükselişini sürdürdüğünü, ekler.

Anne Phillips, eşitlik kavramı bakımından feminizm ve demokrasinin aynı amacı paylaştığını ancak ikisi arasında otomatik bir bağ olmadığını ileri sürer, Feminizmin ‘yeniden doğuşunu’ ise Şirin Tekeli şöyle anlatır<sup>41</sup>:

“... Büyük Fransız devrimiyle tarihe adımını atan, (yeni) bir siyaset ve düşünce akımıdır. Devrimlerin getirdiği eşitlik dünyasında bu haklardan yararlanamayan büyük bir azınlığı oluşturan kadınların ezilmişliklerine son verebilmek için kendi aralarında bir dayanışma araması feminizm tarihini başlattı... Kadınların eşitlik statüsüne erişmeleri, birinci dünya savaşı ertesinde, mücadelede ağırlığın oy hakkına (oy hakkı savunucuları yani sufragetler) verilmesini gerektirdi. Oysa başlangıçta ekonomik, kültürel, psikolojik, sosyal-aile yönünden çok yönlü irdeleniyordu. Feminizmin yeniden doğuşunun somut koşulları ikinci savaştan sonra ortaya çıkmıştır. Kapitalist toplumlarda yaşanan hızlı büyüme ve iktisadi gelişme kadınların somut yaşamlarını ve bilinç düzeylerini et-

<sup>39</sup> Sheila Rowbotham, Kadın bilinci, Erkek Dünyası, Çev:Şükrü Alpagut, payel yayınları, İstanbul, 1987, s 1-12.

<sup>40</sup> Mitschell-Oakley, s33.

<sup>41</sup> Kadınlar için, alan Y.1988, İst.s 109

kilemiş, giderek yeni feminizmin maddi temellerini hazırlamıştır. Yeni feminizm iktidarı ele geçirmeyi amaçlamayan siyasal bir akım niteliği taşımaktadır. Hayatın her yönünde ortaya çıkan baskı, ezme ve ezilme durumlarına ve kadınların ve insanlığın özgürleşmesi için çok yönlü, uzun soluklu bir mücadele verilmesi gerektiğini savunur''.

Kadın Kurtuluş hareketi aynı zamanda sanayi devriminin, kapitalizmin ve sosyalizmin yüzyılıdır. J.Mitchell<sup>42</sup>, 'ideolojinin gelişmesi onu üreten kurumlara bağlıdır... Burjuva ailesinin yerini almak üzere ortaya çıkan ortak komün, özgür iletişim ve karşı-medya (kitle iletişimi), anti üniversite, bunların hepsi, içinde yaşadığımız toplumun belli başlı ideolojik kurumlarına saldırı yöneltiyorlar'. Bu durum baskıcı devlet politikalarını ve destek gücü şiddet aygıtlarını devreye sokunca tüm değerler yeniden sorgulanacaktır. Sanki Türkiye'de olanlar ve 'gezi' anlatılmaktadır. Mitchell, anlatmayı sürdürür: Baskının arttığı, ekonomik dengelerin bozulduğu ortamlarda, toplumun tabanının sömürülmesi daha çok göze çarpan bir nitelik kazanır. Ezilenlerin yarı nüfusunu oluşturan kadınlar, tüm sistemin yenilenmesi ihtiyacına ideolojik alanda orta sınıf radikalizmi ile başkaldırır.

Hedi Wyss<sup>43</sup>, feminist yükselişin arkasına yeni gerekçeler ekler: Önlenebilen savaşlarda güçlünün silah zoru ile bir başka ulusa özgürlük ve demokrasi getirmek için giriştiği Vietnam savaşı protestolarını örnekler. Almanya'da '1968 sonbaharında Alman Öğrenci Birliğinin sosyalizm kongresinde atılan domatesler, kadınların birlikte çalıştıkları solcu erkekler tarafından ezilmesine karşı çalan bir alarmdı', der. İlk anaokulları bu dönemde açıldı, çünkü kadınların politikaya atılmak için çocuklarını bırakacak yerlere gereksinimi vardı.

Bugün, Ortadoğu'da yaşanan kargaşa tarihten bir sayfa gibidir. Gezi Olayı'ndaki eylemler arasında sanki tekrar eden bağlantılar vardır. Orta sınıf yükselme eğilimi içindedir<sup>44</sup>.Günümüzde 'yeni toplumsal hareketler' olarak ailede, iş yerinde, okulda, çevrede özgürlükçü platformları oluşturan bu yeni orta sınıftır. Kadın hareketinin yine

<sup>42</sup> Juliet Mitchell kadınlık durumu, çeviren: Günseli, Gülnur, Şirinferaye, Şule, yaprak, Kadın Çevresi yayınları, İstanbul, 1985, s48-49, 50-53

<sup>43</sup> Hedi Wyss Ermutigung zu einem neuen Bewusstsein, Fischer, 1979, Frankfurt, s 161

<sup>44</sup> bk. <http://www.emekveadalet.Cağdar Keyder ile söyleşi>

hem kendisi hem de haksızlıklarla karşı karşıya kalan tüm kesimler için başı çektiği söylenebilir. Kürt kadınlarının bir adım önde oldukları gözden kaçırılmamalıdır.

Fatmagül Berktaş<sup>45</sup>, Batı modernleşmesinin ve ulus-devlet yaratma sürecinin en gerilimli en çelişkili mücadele alanlarından biri, kadının ve dişi olanın dışlanması üzerine kurulu bu 'insan' ve 'yurttaş' tanımlamasının kapsamının genişletilerek kadınları da içine alacak hale getirilmesidir', demektedir. Modernizm, insanı baş tacı yapan hümanist bir dünya tasavvurundadırlar ama bu dünyanın insanı, yurttaş yalnızca erildir. Bu durum modernizmde asla hümanist bir yapı olamayacağını göstermektedir. Louise Bourgeois' Maman(anne) adını verdiği yapıtında hümanizmin ile feminizmin birlikte var olabileceklerinden ziyade, aslında ayrıyken yok olduklarını zıtlarına dönüştürerek kendilerini imha ettiklerini anlatır<sup>46</sup>.

Yurdumuza geç gelen (1980'lerden sonra) politik feminizmi Pınar Selek şöyle anlatıyor<sup>47</sup>:

'Türkiye'de oldukça gecikerek politikaya dönüşen feminizm, 'kadın kurtuluşunun' bu kuşatılmışlığı içinde kendi bağımsızlığını yaratmak için çetin bir mücadele içinde oldu. Gelişen teorik tartışmalar ve politik mücadelelerle birlikte feminizm, yeni yaklaşımlar ve analizler geliştirdi. İktidar mekanizmalarıyla içkinleşen patriyarkayla mücadelelenin, cinsiyetçiliği diğer bağımsızlıklardan soyutlayarak verilmesi durumunda sonuç alınmadığını ortaya koydu. Yani feminizm salt kadın hakları ve kadın ihtiyaçları savunusu olmaktan çok öteye geçti. Bir özgürlük politikası olarak kadınların mağduriyetlerinin önlenmesi yanında, cinsiyetçiliğin dayandığı bütün iktidar sistemlerini masaya yatırdı, çeşitli iktidar mekanizmalarıyla bütünleşerek kurumlaşan ataerkinden kurtuluş iddiasını geliştirdi'.

Modernizm ile yeni bir 'cinsellik ideolojisi'<sup>48</sup> ortaya çıkar. Fauca-

<sup>45</sup> Fatmagül Berktaş, *Tarihin Cinsiyeti*, Metis Yayınları, İstanbul, 2003, s 152

<sup>46</sup> Bk. yasemin Çongar, *Taraf gazetesi*, 08.06.2010.

<sup>47</sup> Türkiye'de Özgürlüğü Ararken, Cogito, Cinsiyetli olmak, Y.K.Y.2007, İst. s 126-127.

<sup>48</sup> İdeolojinin marxist görüş içinde ancak "sınıfsal" olabileceği, genel anlamda ideoloji kavramsallaştırmasının yanlış olduğu varsayılmıştır. Engels'e göre (Rona Se-rozan, *Devlet ve Hukuk Üzerine*, May Yayınları, İstanbul, 1977, s 25-26) :

"Elin, dilin, beynin teke tek bireylere özgü kalmayıp, toplumun tümünü kucak-

ult, iktidarın cinselliğini açık etmektedir<sup>49</sup>: '19.yüzyıldan sonra tıbbın, psikiyatrinin, fuşun, pornografinin aracılığı sayesinde bir yandan hazzın analitik olarak azalmasıyla, öte yandan da hazzı denetleyen iktidarın çoğalmasıyla bağıntılı olan sayısız iktisadi çıkar' sağlanmıştır. Ona göre; modern sanayi toplumları cinselliği baskılamamaktadır. Yasaklama yöntemleri varsa bile, hazların ve olumsuz cinselliklerin çoğalması söz konusudur. Toplum hiç olmayacak derecede iffet düşkünüdür, iktidar bu konuyu bilmezlikten gelmeye titizlik göstermektedir. Oysa durum tersinedir. Hiç bir zaman bu denli çok iktidar merkezi olmamıştır.

Yaşadığımız dünyayı anlayabilmek ve kişisel ağırlığımızı koymak için ideolojilerin gerçeklerle ilişkisinin kurulması ve bağdaştırılması çok önemlidir<sup>50</sup>. Bir anlamda feminizm de bunu yapmaktadır. Yeni bir dünya tasarımına, yeni bir aileye, giderek ailenin ortadan kalkmasına dayanır. Yalnız kadınlar için değil, herkes için daha adaletli olmayı dile getirir. Feminizm hangi cinsiyet benimsenirse benimsensin, cinsi-

---

layan o toplu etkinliği sayesinde, insanlar (basit aileden başlayarak)gitgide daha karmaşık işler başardılar.... Hukuk ve politika ve bunlarla birlikte, insan kafasında insanoğlu ile ilgili şeylerin o masalımsı hayali 'din' geliştirdi. El emeği arka plana düştü. Beyine, uygarlığın yaratıcısı gözü ile bakıldı. İnsanlar eylemlerini, gereksinimleriyle açıklayacak yerde, düşünceleriyle açıklamaya alıştılar. Ve böylece ilk çağ dünyasının çöküşünden bu yana kafalara yerleşen o idealist dünya görüşü de oluştu....İdeoloji, düşünen birey tarafından 'yanlış' bir bilinçle oluşturulup, geliştirilen bir süreçtir .Bu süreçte birey, kendisini asıl harekete geçiren itici güçleri algılamaz'...Maddi üretimin araçlarını elinde tutan, düşünce üretiminin araçlarını denetler''.

Eagleton (bk.Terry Eagleton, İdeoloji, Çev: Muttalip Özcan, s 307) ideoloji, insani özneleri kendi yaşanan deneyimlerinin temellerinden başlayarak şekillendiren ve onları özgül toplumsal görevlerle ve toplumsal düzenin genel yeniden üretimiyle ilgili değer ve inanç biçimleriyle donatan, örgütleyici bir toplumsal güç olarak düşünmek zorundayız' demektedir.

1970' lerde feminizm'de ideolojiye aşırı bir öncelik verdiğini ve böylece sınıfsal olmayan ideolojilere yer verildiğini(s218) açıklar. Poulantzas'a yer vererek, burjuva ideolojisinin tahakküm kurucu söylemin, kendisini iktidarla hiçbir alakası olmayan bir şey olarak sunum biçimi olduğunu, böylece metafizik rasyonaliteden teknolojik rasyonaliteye geçildiğini ve ideolojinin sonu anlayışına yol açıldığını açıklar.

Günümüzde, gerçekten ideolojilerin sonunun geldiği söylenmektedir. Eagleton' a göre ideoloji, çoğunlukla göstergeler, anlamlar ve değerlerin bir egemen toplumsal iktidarın yeniden üretilmesine katkıda bulunma tarzı anlamına gelir ama aynı zamanda siyasi çıkarlar ile söylem arasındaki her hangi bir anlamlı konjonktürü de anlatabilir. İkinci anlamda feminizm bir siyasi çıkar söylemidir.

<sup>49</sup> Michel Foucault, Cinselliğin tarihi, Çeviren: Hülya Uğur Tanrıöver, ayrıntı yayınları, Dördüncü basım, 2012, s18.

<sup>50</sup> Bk. Nur Betül Çelik, İdeolojinin Soykütüğü, İst.2005

yet ayırımına dayanan baskıyı ortadan kaldırmayı amaçlar. Kadınların siyasete dönük çıkarları eylemsel ve hukuksal işbirliği gerektirir.

Türk ailesi genelde hiç bozulmamış tipik heteroseksüel özelliğini sürdürmektedir. Ülkemizde aile kurumuna karşı feministlerin ilk dönemdeki eleştirileri güncelliğini kaybetmemiştir. İleri kapitalizm sürecinde de feminist eleştirilerin odağında 'aile' nedeniyle "toplumsal Cinsiyet, psikanalizm, 'iktidar, karşılıksız emek, 'şiddet' 'küreselliğin benlik yıkıcılığı' vardır.

Aile ideolojisinde; cinsiyet, kadın, toplum, iktidar, üretim ve tüketimle ekonomi ideolojileri birleşmiştir. Bir başka deyişle genel sosyoloji kuramı aile sosyolojisine muhtaçtır. Aile zaman içinde değişimler geçirmiş olsa da, toplumun vazgeçilmez birimi olarak varlığını sürdürmüştür. Varoluş nedeni cinsellikle çocuk yapmanın doğrudan ilişkisidir.

Sosyalist Feminist Mitchel aile ve kadın arasındaki bağlantıyı çok güzel açıklar<sup>51</sup>: 'kadının kendisi gibi aile de, doğal bir nesne gibi görülür, gerçekte kültürel bir yaratıdır. Nasıl kadının kişiliği veya rolüne dair hiçbir kaçınılmazlıktan söz edilemezse, aynı şekilde ailenin şekli ve rolü de hiçbir kaçınılmazlık taşımaz. Bu verili toplumsal tipleri, Doğanın kendisi gibi sunmak ideolojinin işlevidir. İkisi de -paradoksal bir şekilde- idealler olarak yüceltilebilir'. Bu açıklamanın hemen arkasından bir 'şiddet' kaynağıdır, demek ters düşse de çoğu kez doğrudur<sup>52</sup>. Ataerkil şiddet sonrasında toplumsal şiddetle sürmüştür.

Aile başlangıçtan beri bir üretim ve tüketim birimidir. Aile, bir bireyin evlilik yoluyla kendisi ile akraba olmuş veya kendisine bağlanmış olanları sömürmeleri üzerine temellendiğinden, bu sömürü, üretim biriminin aile olduğu her yerde sürer<sup>53</sup>. Delphy'in verdiği bir örnek bu gün de geçerlidir. 'Bir çiftliğin kadınsız yürüyemeyeceği' konusunda genel kanıyı, 'köylü, hizmetçiye verecek parası yoksa kadın alır' tümcesiyle açıklar<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Juliet Mitchel, Kadınlar: En Uzun Devrim, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006, s 38-39

<sup>52</sup> Sıcak Yuva Masalı adlı eser yaşanan şiddetin boyutlarını ele almaktadır. bk. Aile İçi Şiddet ve Cinsel Taciz, Pınar İlkaraçan, Leyla Gülçür, Canan Arın, Metis Y. İst. 1995. Ayrıca feminizmi şiddet gören kadını güçlendirme amacına indirgenme sorunu için, bk. Alev Özkazaç, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk, Dipnot Yayınları, Ankara, 2013.

<sup>53</sup> Christine Delphy, baş Düşman, Çeviren: Handan Öz-Lale Aykent Tunçman, Saf yayıncılık, 1999, s32-33

<sup>54</sup> Ev İşçileri Kurultayı'nda, işverenlerin ev işçilerine nasıl baktığı, 'evde kadın var'

Ayrıca Delphy tüketimin adaletini de sorgular: 'Eş ve anne ideolojisi içinde yasakların olmadığı yerde genel bir ilkenin devreye girdiğini, böylece eş ve anne her durumda koca ve babanın ayrıcalıklarını korumalı ve kendini feda etmelidir'. Masada hem servis eden hem servis yapan konumunda olunamayacağı örneği, aile düzenini ele verir<sup>55</sup>.

Modern çekirdek ailenin de üretim ve tüketim birimi olarak ideolojik ve ekonomik rolü farklı biçimlerde de olsa değişmemiştir. Evli kadının bir meslek sahibi olması, onu, ev işinden, çocuk- yaşlı bakımından kurtaramamaktadır. 'Ev içi ücretsiz emek' ailenin en ciddi sorunudur.

17. ve 18. Yüzyıllar evliliğin romantik yıllarıdır<sup>56</sup>. Şimdilerde 'sev-gililer günü' ile romantizm rant ekonomisi ile gündemdedir. Aslı Güneş şöyle yazar:

'Batılı aristokrasinin davranış biçimlerini yansıtan 'görgü kitapları' nın sayısında hızlı bir artış görülür. Nancy Armstrong, 'adab-ı muâşeret romanları' aristokrasinin bekar kadınlarına yönelik, 'serbest zamanı' dolduracak aktivitelerin ve iyi bir eş olmak için öğütlerin sıralandığını söyler. Armstrong'a göre görgü kitapları sosyal ve ekonomik sözleşme ile bire bir bağlantılı olarak değişen cinsel sözleşmenin en dolaysız anlatımıdır'.

Güneş, Türkiye'de de popüler aşk romanlarının 'adab-ı muâşeret romanı' türüne dahil edileceğini söyler ve çok önemli bir gerçeğin altını çizer:

'Romantik aşk imgesinin üstü kazındığında mülkiyet ilişkisine sıkı sıkıya bağlı 'ekonomik evlilik' modeli görülür'. Bu durumun gizlenmesinde edebiyat önemli bir işlev yüklenir. Güneş, 'Tanzimat romanının romantik aşk fûğürü cariyelerin yerini 'kuzenlerin' aldığını, böylece mülkiyet ilişkilerinin devamını sağlayacak ortamın yaratıldığını' açıklar ve olmazsa olmaz Muazzez Tahsin' romanlarını örnekler.

Virgınia Woolf ' aynı kaygıları paylaşır<sup>57</sup>:

tümcesiyle, aynı şekilde ifade edilmiştir. bk. Birgün Gazetesi, 25 şubat 2004.  
55 Delphy, 77, 80.

56 Kutsal Aile: 'Aşktan da Üstün' Amargi, Bahar 2008, sayı 8, s 64

57 V.Woolf, Kadının Toplumsal İşlevi, Çev; Erol Esençay, İst.s 43.

“...Evlenip evlenmeyeceğimiz sorun değildi, yalnızca kiminle evleneceğimiz sorundu. Akli evlilik görüşüyle eğitilmişti. Evlilik görüşüyle bir piyanoya dokunuyordu, ama bir orkestraya katılmasına izin yoktu; o kitabı okuyordu ama şu kitabı okumasına, güzelleşmesine ve konuşmasına izin yoktu. Evlilik görüşüyle bedeni eğitilmişti; bir hizmetçi sağlanmıştı; sokaklar ona kapalıydı, kırlar ona kapalıydı; yalnız kalmaya hakkı yoktu. Evlilik kendisine açık tek meslek idi Manzara acayıptı, çünkü kızlar kadar öğrenimli erkeğin durumu da pek değişeceğe benzemiyordu. Sülünün sevdâ üzerine etkileyimi yalnız başına bir kitap bölümü gerektirir.” (büyük evlerde önceden seçilen ve çağrılan kişilerden oluşan bir parti olurdu ve her zaman bir simge yer alırdı; sülün! Çünkü av çekici olmalıydı).

P. Gılman da (s 61-62), evlilik ve ‘sekso-ekonomik ilişkinin’ sürekli bir araya getirildiğini, yasalarla saptandığını, din tarafından onaylanıp kutsallaştırıldığını, birikmiş duygularla sarıldığı’ tesbitini yapar. Böylece ‘onu kusursuz, doğru, sevimli bulduğumuzu ‘vurgulayarak, ‘paradoksal olarak geçici cinsel alış-verişi yanlış, ama yaşam boyu sürececek evlilik üzerinde pazarlığı doğru’ sayılmasının çelişkisine dikkat çeker ve can alıcı soruyu şöyle sorar:

“Cinsel işlevlerin kullanılması yoluyla geçim sağlanmasına başkaldırmak doğal bir içgüdüdür. O halde bunun evlilik yoluyla yapmaktan nasıl hoşnut olunabilir?”

Feminist Kadın Hareketi evlilik kurumunu, toplumsal cinsiyet üretiminin kaynağı olarak görmekte ve reddetmektedir. ‘Toplumsal cinsiyet’, erkek egemen düzende kadınlığın nasıl kurgulandığını belirten bir kavramdır<sup>58</sup>. Toplumsal cinsiyet kavramı içinde aile ve kadın aynı şekilde yüceltilir. Aile de, kadın da doğal bir nesne gibi görülür ve bu doğanın özellikleri kültürle yaratılır. Ailenin sürekliliği içinde ‘ebedi kadın miti’ yer alır. İkinci dalga Feminizm de kadının ikincileştirilmesinin temelini aileye bağlar. Temsilcilerinden Julia Kristeva bu dönemde (günümüzde de) hakim görüşün, ‘kadının yeri evidir ve (kadının zamanı) yemek pişirip eviyle ilgilenme, çocuk doğurup büyütme ile sınırlı kısırdöngüsel zamandır. Bu kısırdöngüsel zaman-

<sup>58</sup> Ann Oakley ‘in Sex, Gender and Society adlı eserinde toplumun tahlili için kullanılmıştır, bk. Aksu Bora, Kadınların Sınıfı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005, s 40.

da yeni bir şey yaratılmaz ve eski defalarca tekrarlanır' demektir<sup>59</sup>. Aile, kadın erkek arasında heteroseksüel bir ilişki dayatır. Tarihsel süreçte eril bir toplum içinde yaşadığımızdan dolayı, toplumsal cinsiyet gibi, ikinci cins deyimini de erkek tarafından baskılandığını, yok edildiğini ifade etmek için kullanılır.

Beauvoir bu baskıyı 'kişi kadın doğmaz, kadın olur' deyişi ile ifade eder. Feminizm, toplumsal cinsiyet anlayışına karşı çıkarak kadınların özgürleşmesi adına önemli kazanımlar sağlamıştır. Bir tür Hegel' in efendi- köle ilişkisi benzerliğini kurarak kadınların aile içinde eşitleme çabalarını arttırmıştır. Ancak heteroseksist bir toplum varsayımı yarattığı için eleştirilmektedir<sup>60</sup>.

Butler<sup>61</sup>, kendilerini kurgulanmış erkek- kadın kurguları içinde tanımlamayanlar ya da tanımlamak isteyenleri yok saydığı, dışladığı için toplumsal cinsiyet kavramını sakıncalı bulur. Arzunun zorunlu düzeni olarak ortaya çıkmıştır. İşin gerçeği, taklit etmenin kendisinin bir ürünü ve sonucu olarak 'esas' nosyonunu doğuran bir tür öykünmedir<sup>62</sup>.

Luce İrigaray' göre<sup>63</sup> 'dişil özneliğin' oluşturulması için ne erkek gibi, ne kadın gibi olmamak gerekir. Yeni bir dile sahiplenmeli ve 'kadın olarak konuşmalıdır'. Kadın olarak konuşan kadının gerçekte eril bir konuma geçtiğini söyler.

Toplumsal cinsiyete karşı dilde devrim yapılmasını isteyen, Julia Kristeva ise 'beden politikası' görüşünü ortaya koyar<sup>64</sup>. Ona göre 'Kadın doğurarak annesiyle temasa geçer, kendi annesine dönüşür, kendi annesidir; İki de aynı sürekliliğin kendini farklılaştırmasından iba-

<sup>59</sup> Hülya Durudoğan, İkinci Dalga Fransız Feminizmine Kısa Bir Bakış, Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Koç Üni.yayımları, İstanbul, 2010, s 67-97. Durudoğan güç, dil, anlam bağlamında konuyu işleyen feministlere yer vererek ayrıntılara girmektedir.

<sup>60</sup> Toplumsal cinsiyeti 'ama' sız, 'fakat' sız kullanamıyorum diyen, Gülnur Acar-savran için bk. Beden Emek tarih, Kanat yayımları, İstanbul, 2004, 233-309.

<sup>61</sup> Judith Butler, Cinsiyet Belası, Metis Yayınları, İstanbul, 2005, s

<sup>62</sup> Judith Butler, Taklit ve Toplumsal Cinsiyete Karşı Durma, Agora kitaplığı, İstanbul, 2007, s25.

<sup>63</sup> Koyuncuoğlu, Dişil Simgesel Özne Anayasaya girmelidir, Radikal2, 07.09.2008. Ayrıca bk. Durudoğan, s86-91 ve

<sup>64</sup> Bk. Butler, s157 v.s. Ayrıca bk. Hülya Durudoğan, Kristeva, Psikanaliz ve Kadın, Cogito, 51-66.



rettir. Böylece kadın anneliğin eşcinsel yönünü gerçekleştirmiş olur, bu da onu aynı anda hem içgüdüsel belleğine daha yakın, hem kendi psikozuna daha açık, hem de dolaysıyla toplumsal, simgesel bağa karşı daha değilleyici kılar’.

2000’li yıllarda da kadınların beklentileri gerçekleşmemiştir. Evlilik yasalarıyla eşler eşitlenmişlerse de, kadın yine kocasının yardımcısı ya da anası, çocuklarının anası, bakıcısı, ayrıca meslek sahibi ise baba yerine geçerek, ev düzeninin baş sorumlusudur. Kendi benliği kaybolmuştur. Gelecek başka olabilir mi?

### 3- Başka Bir Aile Mümkün

Bu açılım Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği tarafından 09.-10.11.2013 tarihlerinde düzenlenen Konferansın başlığıdır. Cesaretli bir sorgulayışın peşine düşen düzenleyiciler, aileyi yarar ve zararlarıyla masaya yatırmışlardır. Konferansın amacı kadınlarla ve LGBTİ’lerle birlikte bu alanda atılacak adımları belirlemek olsa da, daha çok yaşanan sıkıntıların dile gelmesi ile sonuçlandı. Konferans değişik vurguları olan başka bir aile anlayışını ortaya çıkarmak anlamında başarılı oldu.

Ataerkinin temel kurumu, kapitalizmin gizemli kalesi bombardıman altındadır. Vurgun yediği yer tam tamına ailenin harcını oluşturan cinsiyet sistemidir. İnsanların yeme -içme güdüleri gibi cinsellikleri de, dünya kurulalı beri değişmemiştir. İnsanlar haz duydukları cinsiyetlerinden vazgeçmemiş, ne türlü olursa olsun yasal veya yasadışı cinsel ilişkiler içinde yaşamayı sürdürmektedir.

Almanya, resmi evlilik dışında yaşanan birlikteliklere hukuksal destek vermektedir. Kadın hakları ve sosyal aile politikaları bakımından örnek olabileceği için ayrıntıya girmek istiyorum<sup>65</sup>. Eşcinsellerin ‘kayıtlı ortaklık’ adı altında birlikte yaşamaları uzun tartışmalardan sonra yasalaşmıştır. 1993 tarihine senatoya yapılan ilk başvuru anayasanın 6. Maddesinin aykırılık koşullarını taşımadığından kabul edilmez. Anayasanın 6. maddesi1.fıkrasına göre; ‘herkesin kendi seçtiği eşi ile evlilik kurma hakkı vardır’ .Anayasa mahkemesi kararlarına göre evlenme özgürlüğü yaşam biçiminin en gizli alanını korur. Dev-

<sup>65</sup> Ali Seyyar, Kadın ve Aile Politikaları, Birey yayıncılık, İstanbul, 1999, s11

letin, toplum adına yüce bir çıkarı olmadıkça ortak yaşamı kösteklemesine izin verilmez. Bu kararlar<sup>66</sup> ve öğretisi çerçevesinde aynı cinsten kişilerin ortak yaşam kurmasını engelleyen, onların yaşamlarının en özel alanını kendi yeteneklerine göre yaratılmasına karşı duran, en üst düzeyde haklı bir neden yoktur. Evlenmelerine yasak koymak, onların cinsel kimlikleri nedeniyle karşı cinsten biriyle evlilik oluşturmaları mümkün olmadığından, evlilik kurumunun kendisi yasaklanmış olur. Evlilik ise, toplumun büyük çoğunluğu tarafından ahlaki açıdan genel kabul gören bir anlayış olduğundan, evlilik kurma özgürlüğüne sınır getirilemez. Çünkü böyle bir sınırlamanın nesnel temeli yoktur. Hukusal koruma reddedilirse, anayasal temel hakkın içi boşaltılmış olur.

Yasa koyucuya öneri olarak, eşcinsel eşlere kolaylık sağlaması ve eşitlik ilkesi uyarınca kişilik hakkının korunması amacıyla somut ayrımcılığı azaltabileceği görüşü sunuldu. Eşcinsellere evlilik hakkı tanınmadı. Daha sonra Frankfurt Sulh Mahkemesi Anayasa Mahkemesinin bu kararına<sup>67</sup> gönderme yaparak, eşcinsellerin de evlenebileceği sonucunu çıkardı. Bu cesaretli karar yapılan itirazla reddedildi. Anayasa Mahkemesi<sup>68</sup>, yasa koyucu, evlilik kavramını belirli bir şekilde kullanıyorsa, kuvvetler ayrılığı uyarınca bu kavramı mahkemelerin yasa koyucunun iradesine karşı yorumlanamayacağını açıkladı. Amacının eşcinsellere karşı bir tutum olmadığını da ekledi. Böylece 16.02.2001 tarihinde eşcinseller için 'yaşam ortaklığı' yasasını kabul edildi.

Almanya çiftlerin evlenmeden birlikte yaşamasını da yasal koşullara bağlamıştır: Normal evlilikte nasıl eşler birbirinin geçiminden sorumlu ise, bu tür birlikteliklerde, aynı bütçe, aynı ekonomik birlik içinde yaşamaları asıdır. Bu nedenle evlilik benzeri bir bağ kurulduğu düşünülür. Konu doğrudan bir sosyal hizmet politikası olarak ele alınmıştır. Evlilik benzeri kavramı ihtiyaç birliği kavramıyla denkleştirilmiştir. Eşlerin evli gibi yaşamlarının kanıtlanması önemlidir. Örneğin, bir yıldan fazla birlikte yaşıyorlarsa ya da ortak çocukları varsa, akraba veya çocukları aynı bütçeden bakılıyorsa, çiftlerin birbirlerinin kullanma yetkisi varsa evlilik benzeri bir ilişkinin varlığı kabul edilir.

<sup>66</sup> BVerfGE 31, 58=NJW 1971, 1509

<sup>67</sup> BVerfGE 49, 286=NJW 1979, 595. Karara göre eğer cinsiyet değişimi operasyonu yapılmışsa, bir erkek ve erkeklikten dönen trans arasında evlenme caizdir. Çünkü erkeğin döllemesi, kadının doğurganlığı evlenme koşulu sayılmaz.

<sup>68</sup> BVerfGE 49, 286, 300

Anayasa Mahkemesinin bu çiftlerin yaşamını güçlendirilmesi eğilimi gözetmiştir. Önceki kararlarında ayrılmaları durumunda maddi hak talebini kabul etmezken sonra eşlerden birinin üzerine kayıtlı bir malın değerini yükselmesine katkısı olan eşe masraflarını isteme hakkını tanımıştır. Bu hak yalnızca denklik hakkı olmayıp, nedensiz zenginleşmeden doğan bir davaya da konu olabilir.

Hukukumuzda evlilik dışı ilişkiler sosyal bir gerçek olmasına karşın yasal koruma içinde değildir. Hala toplum ahlakına aykırı düştüğü kabul edilir<sup>69</sup>. Özellikle LBGTİ'nin evlenme dışında da insan hakları anayasal çerçevede tanınmamıştır. Son dönemlerde cinsel ilişkinin ötesinde erkek ve kızların bir arada bulunması bile tartışılır olmuştur. Başbakanın 'meşru hayat var, gayri meşru hayat var' sözleriyle, ailenin meşru, kadınla erkeğin birlikte olduğu her yerin aile bakımından sorun yaratacağı anlamı çıkmaktadır. Dünyadaki gelişimlere ekonomiyi açarken, aile konusunda muhafazakarlık gibi paralel bir yapının tutmayacağını biliyoruz. Ancak ardında yatan bio-politikanın ekonomiye hizmetinin önemini altını çizmeliyiz. Hükümet bir yandan öğrencileri teşvik desteği vererek evlendirmeye özendirirken, aslında bir başka gruba da cinselliği yasaklama getirirken toplumu cinsellikle yönetmeye çalışmaktadır. Foucault' cinsellik konusundaki görüşleri bu uygulamalar ile doğrulanmaktadır. Konu 'apart'lara gelince durum daha karmaşıktır. Apart'lar bir başka deyişle 'ev turizmi' uluslar arası seyahatte birkaç günlük kiralama sistemidir ve kızlı erkekli olması doğaldır. Apartnerlik, ise postmodern bir ilişki olarak evliliğe gidip gitmeyeceğinin denemesi olabilir. Ayrıca ortak mekanlarda kızlı erkekli öğrencilerin cinsel ilişkisiz yaşam alanları için de birlikte olmaları normaldir. Gerisi devletin haneye tecavüzüdür. Önceleri devlete 'yatak odasından çık' derken şimdi 'salonumuzdan çık' demek zorunda kalıyoruz. 'Kapıdan içeri girme' diyeceğimiz günleri bekliyoruz.

Ülkemizde İmam nikahlı birliktelikler sorun yaratmaktadır. Çünkü daha çok evlenme yaşını kazanmamış küçük yaşta çocukların özellikle aile büyüklerinin onamı daha çok zorlaması ile gerçekleşmektedir. İki küçük çocuğun ileride nikah yapmak üzere evlenip ayrılması

<sup>69</sup> Yargıtay 3.HD.1988/3828E, 1988/5973K, 13.05.1988 T. bir kararında bu nedenle evlilik dışı beraberlik sırasında verilen hediyelerin geri alınamayacağına karar vermiştir(Dr. M. Argun Köteli, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İst., 1991, s14.

YHGK önüne gelmiştir<sup>70</sup>. Olayda kızı evden kaçırmak amacıyla erkek tarafının yabana bir erkeğin evde yakalanmayı düzenlemesi iddiası yaşanan evlilik oyunları hakkında yeterli bilgiyi vermektedir. Bir başka olayda davalının evlenme sözü ile 16 yıl birlikte yaşayan eşlerden davacı kadın ev işlerini gördüğünü ayrıca işçi olarak çalışıp aile bütçesine yardım ettiği için davalının yaptığı evde hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay yerel mahkemenin verdiği maddi tazminat kararını onaylamıştır<sup>71</sup>. 19 yıl resmi nikahlı olmadan birlikte yaşayan üç çocuğu olan bir kadının haksız eylem nedeniyle manevi tazminat davası ise Yargıtay tarafından reddedilmiştir<sup>72</sup>.

AİHM' sinin bu konuda 2 Kasım 2010 tarihli kararı nikahsız eşin miras ve emeklilik hakları bakımından durumunu incelemektedir<sup>73</sup>. Kadının resmi olanlardan farklı bir işleme tabi tutulduğunu, bu farklılığın nesnel ve makul bir nedenle haklı olup olmadığını tartışıyor: Yasın medeni nikah ile evliliği getirdiğini, böylelikle kadını erkeğe bağımlı kılan ve daha düşük bir statüye indirgeyen bir geleneğe son verdiğini, aynı düşünce ile medeni haklardan yararlanma konusunda kadın erkek eşitliğini sağladığını kadın biliyordu. Diyanet işleri Başkanlığı imamlara medeni evlilik belgesinin istenmesi talimatı vermişti. Dolayısıyla başvurucunun medeni nikahı olmadan eşinin emekliliğinden yararlanmak gibi bir beklentisi olamazdı, gerekçesiyle davanın reddine karar verir.

AİHM'nin bir aile oluştuğunun kabul etmesinden sonra, mülkiyet hakkı ve ayrımcılık bakımından aile yaşamına saygıyı içeren 8. Madenin devlete dini nikahların tanınması ya da evli olmayan çiftler için

<sup>70</sup> YHGK 26.02.2003 T.2003/4-55Esas, 2003/100Karar No. Yargıtay açılan manevi tazminat davasını Kızlık bozma, haksız eylem nedeniyle TMK 24-25, BK 49 uyarınca kabul etmiştir.

<sup>71</sup> Çorlu 2.asliye Hukuk mahkemesinde açılan dava Y3.HD 19.02.2009 T.2008/21434E., 2009/2367K.

<sup>72</sup> Adana 2.asliye Hukuk Mahkemesinin kısmen kabul ettiği dava Y.4.HD. tarafından davacı rızası ile birlikte olmuş, evlilik vaadini kanıtlayamamış, diyerek oy çokluğu ile reddedilmiştir. Karşı oy yazısında; davalı kendine yeni bir cinsel arkadaş bulmakla ilişkisine son vermiştir. Davacı evliliğe değil, yıllara dayalı cinsel beraberliğe dayanmaktadır. CEDAW hükümleri davalının bu davranışını yasaklamakta ve devletleri cinsiyet sömürüsüne karşı uyarmaktadır, denmektedir.

<sup>73</sup> Şerife Yiğit Ömer koç ile imam nikahı ile evleniyor. 26 yıl birlikteliklerinden 6 çocuğu oluyor.bk.http://www.ilkerduman.av.tr/makaleoku.aspx?id=711&/%C4%B0NSAN%HAKLA

özel bir rejim yaratması gibi bir yükümlülük getirmeyeceği yorumu doğru değildir. Çünkü CEDAW kurallarına göre Devlet kadının aşağı statüsünü yükseltmekle görevlidir. Bu durumda toptan bir bakışla, evlilik benzeri yaşam ortaklıklarında hak kayıplarını önleyecek bir yasa çıkartılması TBMM de gündeme getirilmelidir. Hukukumuzda bu yolu açacak mahkeme kararları ve öğreti görüşleri vardır:

Yargıtay, bir trafik kazası sonucu ölen kişinin metresinin destekten yoksunluk tazminatı alacağı benimsenmiştir. Ayrıca 8.3.2012 T. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Yasa'nın uygulanmasında, aynı çatı altında aile gibi yaşayanların şiddet görmesi durumunda eylemsel birliktelik ilişkisinin yasa kapsamında korunma altındadır. Şiddet gören kuma ve metresin durumunu tartışmak, dolaylı yoldan şiddetin kaynağı 'yasal ailedir' demeye gelmez mi? Eylemsel birlikteliklerin hukuksal koruma altına alınmasında Türk Ceza Yasasın dan da yararlanabiliriz. Yasa'nın 233/1.maddesinde 'Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi' den söz etmektedir. Maddede 'eş' denmemekte 'kişi' denmektedir. 'Aile hukuku' kavramını genel bir ifade taşımakta evli olup olmama durumunda fark gözetmeden genişletebiliriz. Böylece evli gibi yaşama koşullarını hukuksal anlamda belirleyerek, şikayete bağlı haklar geliştirebiliriz. Ayrıca birlikte yaşayanlar da birbirlerine destek olabilir:

- Evli gibi birlikte yaşama ilişkisi varsa birbirlerine mal bağışlama yolu ile destek olabilirler.
- Eylemsel birliktelik haksız bir nedenle sona erdirilmesi haksız eylem koşullarına göre maddi ya da manevi tazminat konusu olabilir.
- Hukukumuzda destekten yoksunluk davaları hukuksal ve eylemsel bütün bakım ilişkilerini kapsamaktadır. Bu nedenle örneğin kişilerden birinin trafik kazasında ölmesi durumunda sağ kalan ötekine destekten yoksunluk davası açılarak maddi ve manevi tazminat istenebilir.
- Eylemsel bir arada yaşayanların evli gibi bir arada aile oluşturma istenci koşulları varsa, yaratılan bu aile görüntüsüne üçüncü kişileri koruma amacıyla bazı hukuksal sonuçlar bağlanabilir. Evlilik cüzdanı istemi doğurmayan alış verişlerde kişilerin birbirlerini

temsil ettikleri ve borçtan müteselsil biçimde sorumlu oldukları sonucu çıkarılabilir.

- Bu tür birlikteliklere 'aile hukuku' görevleri nedeniyle de bazı sorumluluklar yüklenebilir. Özellikle nafaka istemi böyledir. İlişkinin yarattığı güven duygusu ile dürüstlük kuralı böyle eylemsel borç ilişkisinin kaynağı olabilir.
- Ayrıca eylemsel yaşam birlikteliğinden doğan çocuklar varsa; ana babanın birlikte yaşam boyu velayet hakkını ortak kullanma ya da çocuğun çıkarı dışında sınırlanmadan görüşme hakkını kullanma olanağı vardır. R. Serozan'ın bir yazısında okuduğum gibi 'aile oluşmuşsa ortadan kalkmaz' ilkesi, evlilik içi-dışı diyerek, sınırlandırılmamalıdır.

Avrupa Birliği devletlerinde 'eylemsel ortaklık' benzeşimiyle emek ve parasal paylaşım öngörülmektedir. Sonuçta; eylemsel bir durum bile olsa, serbest birleşmeler hukukun yabancı kalacağı bir durum olmaktan çıkmıştır<sup>74</sup>. Öğretide; eylemsel birlikteliklere hukuksal bir değer sağlanması durumunda, yasa dışında ikinci sınıf bir evlilik kurmak anlamına gelip gelmeyeceği tartışılmaktadır<sup>75</sup>. Köteli, evli gibi birlikte yaşama istenci ile evlenme istencinin birbirine karıştırılmamasını yolundaki görüşünü şöyle açıklamaktadır:

'Evliliğin sadakat, dayanışma, birliğin mutluluk ve ahenginin sağlanması gibi eşlere yönelik öngördüğü yükümler her ailede eşlerin sübjektif ahlak ve kişisel felsefelerine göre şekillenen tamamen ahlaki ve dışarıdan karışımlara tahammülü olmayan yükümlerdir. Bu konuda hukuk belirleyici ve yaptırımca değil, yol gösterici olabilmektedir. Bu yüzden ailenin kendi hukukunu kendisi yapan ve değiştirebilen bir ilişkiler yumağı olduğu söylenebilmektedir. Sanıyorum aileyi kurumsallaştıran husus da onun kendi hukukunu kendisinin üretmesi ve bu konuda sahip olduğu otomidir. Hukuk ancak birliğin tasfiyesinde ortaya çıkacaktır. Hukukun aileyi düzenleme gereksinimi, sanıyorum ailenin kendisine yönelik olmaktan çok toplumun fayda ve düzeni içindir. Çocukların nesebi ve eğitilmesi, poligaminin önlenmesi gibi

<sup>74</sup> G. Akıncı, D. Gönen, G. Akçagöz Kutlu, Eylemsel Beraberlikler ve nesep, TMK Vazgeçilmez Özü, Eskiye Sözü, İBY, 1996, s 48)

<sup>75</sup> Köteli, s143).

aile hukuku düzenlemesi içinde yer alan pek çok konu o ülkenin kamu düzeninden addolunmuştur (s 151)'. Köteli, bu amaçlarla eylemsel birlikteliklerle ortaya çıkan sosyal olayı hukuksal tanınması zorunluluğunu işaret eder.

Aile açısından Türkiye'ye baktığımızda gerçek bir aydınlanmanın olup olmadığını tartışırken çoktan postmodern bir topluma geçtiğimizi söylemek yanlış olmaz. Postmodern dönemin 'şizofreni' ile özdeşleştirilmesi ilginçtir<sup>76</sup>. Aile kurumunun neredeyse tarih boyunca görülen tüm örnekleri ülkemizde bir arada<sup>77</sup> yaşamaktadır. Postmodernliğin Batıya özgü temel meselelerine girdiğimizde, ailenin geleceğinin pek olmadığını görüyoruz. Postmodern aile, Batı Avrupa'da çekirdek denilen karı-koca ailesinin çözülmesi eğilimini gösteren biçimlerde ortaya çıkar. Özellikle çocuksuz ailelerin artması, aile dışı birliklerin olumlu karşılanması, boşanmaların ve tek başına yaşayan kadın ve annelerin artması, evlenmeden tek başınalığın seçilmesi aile kavramını değiştirmiştir. İnsan ilişkileri üzerinden baktığımızda, insanlığın özgürlük mücadelesinin bilinenlerin yanında eşcinsellikle, cinsel özgürlükle ailenin çatıştığını görürüz Jane Flax postmodern tavrı, insanın, tarihin ve metafiziğin ölümü tezleriyle kabul etmek olarak tanımlar<sup>78</sup>: İnsan ölmüştür, çünkü özne dil içinde bir konumdan başka bir şey değildir. Tarih ölmüştür, çünkü tarihin insan için var olduğu ya da insanın varlığı olduğu fikri bir başka kurgudur. Metafizik ölmüştür, çünkü gerçek olanı aramanın altında, pek çok batılı filozofun gizli arzusu yatar. Bu arzu dünyayı yanılısamalı ama mutlak bir sistemin içine hapsederek, ona ebediyen hakim olmak yatar.

<sup>76</sup> Ahmet Ulvi Türkbağ, Postmodernite ve Hukuk İdealleri, Doğu Batı, Yıl 4, Sayı 13, 2000-01, s 200-211.

<sup>77</sup> CEDAW Türkiye Komitesi raporunda yedi ayrı çeşide ayrılır; berdel, beşik kermesi, başlık paralı evlilik, kan bedelli evlilik, kuma evliliği, kayın evliliği, akraba evliliği gibi (Milliyet, 13 ocak 2005). Daha geniş kapsamda yapılan bir araştırmaya göre ise evliliğin otuz ayrı hali sayılmaktadır (Sabah, 22 Şubat, 2003). İşin ilginç yanı toplumsal, neredeyse kamusal bir mekanizma gibi işlese de özel sözleşme gibi gösterilmesi. Örneğin 'muta evliliği'. Daha çok İran'da görülen geçici bir sürede cinsel ilişki için yapılan evliliktir. Bu tür uygulamaların bir de Amerikan usulü var. Cinsel taciz suçlamasıyla karşı karşıya gelmemek için taraflar bir belge imzalar. Bu belgenin adı, karşılıklı rızaya dayanan ilişki anlaşması (Hürriyet, 18 Mart 1998). Bir başka deyişle erkeğin tecavüzünü korunaklı kılma yöntemidir.

<sup>78</sup> Seyla Benhabib, Feminizm ve Postmodernizm, Huzursuz Bir İttifak, bk. Çatışan Feminimler, Metis Yayınları, İstanbul, 2006, s 26-27.

Postmodern toplum türünde insan ve özne kavramında farklı tartışmalar yapılır<sup>79</sup>. Örneğin Rönesans kaynaklı birey sözcüğü, özne sözcüğünden ayrışır. Aydınlanmanın bireyi insanın özgür olduğu, düşünebilen ve eyleyen olması nedeniyle insanın düşünme sürecinin asla baskı altına alınamayacağı varsayımı üzerine kuruludur. İnsan öznesini ise Levi -Strauss 'felsefenin şımarık veledi' olarak adlandırmış, insan bilimlerinin değişmez amacının kişiyi oluşturmak değil, onu çözüştürmek olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenle dil, psikanaliz bilimi kendiliğinden öne çıkar. Touraine<sup>80</sup>, dünyanın yeniden oluşumunda başlıca rolü egemen eyleyenin değil, egemenlik altında bulunana eyleyenin oynayacağını ileri sürer. Modern Öğreti, temelde insan haklarını ve onun korunması için geçerli devlet iktidarının hukuk ve yargı nasıl sınırlandıracağı mekanizmalarını ararken, postmodern söylem hakları özgürlüğü olan bir bireyin olamayacağını ve çünkü bireyin kendisinin iktidar üreten bir ürün olduğunu açıklar. Öyleyse kadın hareketi de önemini kaybetmiş midir?

Avrupa'da kırk yıllık kadın hareketi içinden gelenler, bu gün 'başaramadık' demektedirler. Schwarzer, 'yaşamın kendisi ideolojiden karmaşıktır' der ve mücadelenin bitmemesi gereğini şöyle açıklar<sup>81</sup>:

'Kadın hareketi ile 20.yüzyılda, kırk yıl içinde en cesaretli rüyada beklenemeyecek şeyler gerçekleşti. Henüz dünyanın yarısı kadınlar ise de, evin yarısı erkeklerle özdeşleşmedi. Aynı zamanda kadın erkek eşitliğini yerin dibine batıran 'yeni dişilik' ve 'yeni annelik' üzerinden çelişkilerle dolu bir zamandayız. Hatta kişi olarak dünyaya açılma hakkına sahip olabilmek için hiç olmayan bir ölçüde 'kadınsı' bir sahneleme zorunluluk oldu. Önceden kulağa hoş gelen özgürlük, insan hakları kavramını şimdi duyduğum zaman ve nasıl kötüye kullanıldığını görünce tüylerim diken diken oluyor. Bilinç uyanmamışsa, özgürlük hemen yeni bir esarete dönüşebiliyor. Kadın hareketi tarihini unutmamalıyız. Amaç cinsiyeti insanlıkla betimlemektir. Cinsiyet kül-

<sup>79</sup> Madan Sarup, Post yapısalcılık ve Postmodernizm, Çeviren Abdülbaki Güçlü, Bilim ve Sanat yayınları, Ankara, 2004, s9.

<sup>80</sup> Alain Touraine, Modernliğin Eleştirisi, Çeviren Hülya Tufan, YKP yayınları, İstanbul, 1994, s258

<sup>81</sup> Alice Schwarzer, Hoffnungslos weiblich, s 22-29



türel yapılanmadır. Eski dişilik değişti, yenisi ortaya çıktı. Eşit duruşun karşılaştığı erotizm daha heyecanlı olur, çünkü nasıl evrileceği bilinmez. Kadın olduğunu ve geçmiş tarihini unutmadan kadın olmanın sınırlarını aşmak benim yaşam stratejimidir’.

Lipovetsky, de ‘kadınlar annelik görevine atandığı sürece profesyonel performansları ve kamusal rolleri pek az sosyal prestij görecektir ve anne çocuk arasındaki özgül bağ anlamındaki toplumsal engel yok olmayacaktır’ diyerek, kadının her an yeniden başlaması gereğinin altını çizer<sup>82</sup>.

Kadın hareketini anlamlandırabilmek için son dönemin ne getirip ne götürdüğüne daha yakından bakalım: Genelde postmodernizmin modernizme yaptığı eleştirilere karşın, aralarında tam bir kopuş olduğunu söylenmemektedir. Türkbağ’a göre postmodern düşünce, varoluşçuluğun, bireysel deneyime, dolaysız olarak ‘yaşamaya’ verdiği önemin sınırına dek götürülmesidir<sup>83</sup>. Zygmunt Bauman ise, ‘postmodernite kendi için (für sich) modernitedir’ ve belirli bir toplum türüne işaret etmesi dışında, O ‘post’(sözcüğü) hiçbir şeydir demektir<sup>84</sup>. Weeks’e göre de postmodernizm modern Avrupa felsefesinin post-yapısalcılar tarafından entelektüel eleştirisi etrafında oluşturulmuştur<sup>85</sup>. Nietzsche’ in ‘Tanrı öldü’ çılgılığı bir adım öteye ‘insan öldü’ trajedisine taşınmıştır. Baudrillard’da ‘tarihsel anlamda gerçeklik diye bir şey olmuştur’ sözleriyle geçmişe gönderme yapmakta ancak temel sorunu ‘gerçeklik ve gerçekliğin öldürülme olayı’ olduğunu ortaya koyar<sup>86</sup> ve sistem artık nihilisttir. Hakikatler yerine illüzyonlar vardır. Belki hakikatleri bulmak yeniden insana bırakılmıştı. Pek çok feministin postmodern yorumlarının kaynağı, Foucault’dur. Biz de oradan sürdürelim:

<sup>82</sup> Gies Lipovetsky, Üçüncü kadın, çev, F.N.Deniztekin, İstanbul, 1998, 225.

<sup>83</sup> Tanım için Bk.Ahmet Ulvi Türkbağ, Postmodernite ve Hukuk İdealleri, Doğu-Batı, Sayı 13, 2000-01, s 201.

<sup>84</sup> Zygmund Bauman, Modernite. Postmodernite ve Etik, Doğu/Batı, sayı 19, 2002, s 52.

<sup>85</sup> Kathi Weeks, Feminist Öznelerin kuruluşu, çeviren İlkay Özkürallı, Otonom yayıncılık, İstanbul, 2012, s75-106

<sup>86</sup> Jean Baudrillard, İllüzyon, Yitirilen İllüzyon ve estetik, Çeviren Oğuz adanır, Doğu-Batı, sayı 19, 2002, s 9.Ayrıca bk Jean Baudrillard. Neden Her Şey Yok olup Gitmedi, Boğaziçi Üni. Y. İstanbul, 2012.

Aslında kadınların ezildiği sürecin bütünselliği içinde cinsiyetçilik vardır ve bu konuda hiçbir şey değişmemiştir, tarihin ölümü bu gerçeği ortadan kaldırmamıştır. Cinsellik ve türevi ilişkiler söz konusu olduğunda, Butler<sup>87</sup>, Foucault'nun şu açıklamasına yer verir:

'Cinsiyet kavramı yapay bir birlik çerçevesinde anatomik öğeleri, biyolojik işlevleri, davranışları, duyumları ve hazları bir araya toplamayı sağladı ve bu hayali birliğin nedensel ilke, her yerde hazır ve nazır anlam biçiminde işlenmesini mümkün kıldı: Cinsiyet böylece yegane imleyen ve evrensel imlenen olarak işleyebildi'.

Foucault'a göre beden bir söylem içinde belirlenip bu yolla bir doğal ya da asli cinsiyet 'fikri' ile donatılmadan önce dikkate değer herhangi bir şekilde 'cinsiyetlendirilmiş' değildir. Bedenin söylem içinde anlam kazanması ancak iktidar ilişkileri bağlamında gerçekleşir. Cinsellik iktidarın, söylemin, bedenlerin ve duygulanımsallığın tarihsel olarak özgül bir örgütlenmesidir. Böylece cinsellik yapay bir kavram olan cinsiyeti üretir. Cinsiyet kavramı da kendi yaradılışından sorumlu iktidar ilişkilerini etkili bir biçimde yaygınlaştırır ve gizler.

Bu durumda Heteroseksüel yani asli cinsellik, ailenin, toplumsal cinsiyetin, kadınların ezilmesinin tarihini yazdığını söyleyebiliriz. Feministlerin aile olgusuyla kadınlar üzerinde kurulan baskılarla işleyen sistemi sorgulaması, tarihin kabul ve reddinin ötesinde zorunlu bir süreç olduğu ortaya çıkar.

Ülkemizde ise feminizm yeni yerleşmekte ve özellikle varoluşçu feminist Beauvoir' çizgisinde toplumsal cinsiyet eleştirileriyle toplumun gündeminden düşmemektedir. Ancak bu işin uzmanları konferansa çağırma yöntemi ile yeni feminist düşünceleri kamuya sunmakta yeni oluşumlara yön vermektedir. Bunun anlamı ülkemizde feminizmin birinci ve ikinci ve son dönem gelişmelerinden hepsinden yararlanabileceğimizdir. Öyleyse aile eleştirilerinin başladığı noktaya dönebiliriz. Delphy<sup>88</sup>:

<sup>87</sup> Cinsiyet Belası, s166.

<sup>88</sup> Delphy, Baş Düşman, s 44.

'Tarihi ve etimolojik olarak aile bir üretim birimidir. 'Global ve kişisel bir ilişki (evlilik) çerçevesinde karşılıksız emek sunulması tam bir kölelik ilişkisidir. Evlilikte kadınların emeğine el koyulması ve bu emeğin sömürülmesi tüm kadınların ortak ezilmişliğini oluşturur' demektedir. Modernizm nasıl ulus devletle, sanayi ve işçi sınıfı ile kuşatılmışsa, postmodernizm de küreselleşmeyle, teknoloji ile iç içedir. Bu bağlamda günümüzün üretim -tüketim ilişkilerine bakmalıyız. Aile içinde kadının karşılıksız emek üretimi vardır. Ev dışında da çalışıyorsa toplumsal emek içindedir. Aynı zamanda aile, neo-kapitalist dönemin en önemli tüketim birimidir. Ailenin kaynağındaki cinsellik üretimi de bu dönemde benzer kaygıları taşımaktadır.

20.yüzyılda savaş koşulları altında evinden dışarı çıkan kadının savaş bitince evine, ev işine döndürülmesi sanayileşen toplumlarda ataerkil sistem ile kapitalizmin birbirine eklenerek ailede güç kazandığını gördük. İris Young bu ilişkiyi 'kadının ötekileştirilmesi ve dolayısıyla ikinci bir iş gücü olarak işleyişimiz, kapitalizmin asli ve temel niteliğidir' sözleriyle ifade eder<sup>89</sup>. Cinsiyete dayanan işbölümü, , ekonomik yapılar arasında belli bağlantıları diğer yandan kadınların fiili emek pratiklerini ifade etmek için kullanılır. Weeks, sistem kuramlarını değil, sistemik ilişkileri ve onları kuran öznelerin potansiyel güçlerine odaklanır. Hem sosyoekonomik yapılar tarafından kurulan hem de onları yıkmaya muktedir kollektif bir özne biçiminde bir araya getirir. Sistem ve özne arasındaki tekil bağı 'emek' le kurar. İşbölümü toplumsal hiyerarşilerin inşasında önemli bir rol oynadığı ve işbölümünün dayattığı emek pratiklerinin yine işbölümünün yıkılması için potansiyel bir güç olarak kullanılacağı görüşünü ileri sürer<sup>90</sup>.

Fraser<sup>91</sup>, resmi kurumsal siyasal ve onlar tarafından desteklenen ve yönetilen aile ekonomi gibi kavramları söylemsel siyasal olarak adlandırır. Örneğin kadın eşe şiddet, kişisel ve özel bir mesele olarak tanımlanmakta ve bu konuya ilişkin kamusal söylem, aile hukuk, sosyal hizmetler ve toplumsal sapmanın sosyolojisi ve psikolojisi ile ilgili özelleştirilmiş kamusalılıklara sıkıştırılıyorsa, bu durum toplum-

<sup>89</sup> Weeks, s 122.

<sup>90</sup> Weeks, s 133 ve 213.

<sup>91</sup> Nancy Fraser, İhtiyaçlar Mücadelesi, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006, s22.

sal cinsiyet tahakkümü ve hiyerarşisinin yeniden üretilmesine hizmet etmektedir. İhtiyaçları belirlemek, konuşmak ve gerekçelendirerek bir olumlu siyasete konu yapmak, yeni haklar edinmek için bir duruş sergilemek önemlidir.

Çağımızda küreselleşmenin emeği karmaşık, farklılık gösteren bir emektir. Sistem, maddi olmayan emek hegemonyasına dayanır. XX. yüzyılın son on yılında bilgi, enformasyon, iletişim, ilişkiler veya duygusal ifade gibi maddi olmayan ürünler üreten emeğe '**maddi olmayan emek**' denir<sup>92</sup>. Bu tür emek ikiye ayrılır. İlkinde asıl olarak entelektüel ya da dilsel denebilecek problem çözme, sembolik ve analitik görevler ve dilsel ifadeler gibi emek türleridir. Bunlar fikirler, semboller, kodlar, metinler, dilsel figürler, imajlar gibi ürünlerdir. İkincisinde ise, duygulanımsal emektir. Zihinsel olgular olan duyuların tersine, duygulanımlar hem bedene hem bedene hem zihne aittir. Duygulanımsal emek rahatlık, esenlik, tatmin, heyecan ya da tutku gibi hisleri üreten ya da işleyen emektir. Bu güler yüzlü emek, ilişkilere yansır ve toplumsal yaşamı üretir. Yani çokça kadın işidir.

Hard-Negri açıklamasını sürdürür<sup>93</sup>:(s 124-125):

'Sosyalist feminist yazarlar bu duygulanımsal emeği anlatmak için akrabalık işi, bakım emeği ve annelik işi gibi ifadeler kullandılar. Ev içi emek şüphesiz temizlik ya da yemek pişirme gibi monoton maddi görevler içerse de, aynı zamanda çocuklarda, aile ve cemaatte duygulanım, ilişki, iletişim ve işbirliği biçimleri üretimini de içerir. Duygulanımsal emek, toplumsal ilişkileri ve yaşam biçimlerini doğrudan ürettiği için biyopolitik üretimdir. Kadınlar yine de tabi konumdadır. Örneğin, hemşire ve hukuki asistan olarak çalışan kadınlar, hastalarla ve müşterilerle ilişki kurma ve ofis içi yaşamı idare etmenin yanında patronları olan erkek doktor ve avukatlara manevi alaka da göstermek durumundadır. Dolayısıyla maddi olmayan emeğin hegemonyası, işleri ne keyifli ne tatminkar hale getiriyor, ne de işyerindeki hiyerarşi ve komutayı veya emek piyasasındaki kutuplaşmayı azaltıyor'.

Postmodern dönemde 'cinselliğin çeşitlenmesi' feministlerin gün-

<sup>92</sup> Hard-Negri, Çokluk, s12.

<sup>93</sup> Hard-Negri Çokluk, s124-125.

demimdedir. Butler<sup>94</sup>, ‘insanlar kendi cinsiyetleri konusunda mantıklı bir karara varamaz. Biz cinsiyetimizi belirlemeyiz, cinsiyet bizi belirler’, vurgusu ile biyolojik farklılık açık olsa da bu durumla uzlaşıp uzlaşmadığımızı sorar.

Wittig, konuya doğrudan girer. ‘Heteroseksüellik, kadınların köleleştirilmesi üzerine kurulmuş ve altında yaşadığımız siyasal rejimdir. Cinsiyetlerin ebediliği ve efendiler ile kölelerin ebediliği aynı inanışın sonucudur. Ve efendiler olmaksızın köleler olmayacağı gibi, erkekler olmaksızın kadınlarda yoktur. Eril/dişil, erkek/dişi kategorileri, toplumsal farklılıkların daima ekonomik, politik ve ideolojik bir düzene bağlı olduğu gerçeğini gizlemeye hizmet eder. Bütün tahakküm sistemleri maddi ve ekonomik düzeyde bölünmeler oluşturur. Dahası bölünmeler, efendiler tarafından ve sonrasında köleler başkaldırıp mücadele etmeye başladıkları zaman soyutlanmış ve kavramlaştırılmıştır. Efendiler oluşturdukları bölümlenmeleri doğal farklılık olarak açıklar ve doğrularlar. Zira cinsiyet yoktur. Sadece ezen cinsiyet, ezilen cinsiyet vardır. Cinsiyeti yaratan baskıdır, tersi değil’.

Wittig, lezbiyen bakış açısının da evrensel olduğunu, arzunun norma karşı geliş olduğunu savunarak, bütün kalıpları alt üst eder. L.Murat, kadın ve erkek dışında ara cinsel basamaklar olarak ‘üçüncü cins’ ten söz eder. Üçüncü cinsin her zaman öteki, yabancı, tuhaf kalacağını ve bir üçüncü cinsin icadı çıkmaz sokak mı, ütopya mı diye sorar<sup>95</sup>.

Toplumsal patlamanın çok yakın olduğunu ise Haraway<sup>96</sup> şöyle açıklar:

‘‘Benim ironik inancımın, benim dil uzatışımın özünde ‘siborg’ imgesi yatar. Bir siborg, sibernetik organizma, makine ile organizmanın oluşturduğu bir melez, kurgusal yaratık olmanın yanı sıra toplumsal gerçekliğe ait bir yaratıktır. Toplumsal gerçekliğin karşılığı, canlı toplumsal ilişkilerdir’. Arkasından kadın deneyimi kurgu ise, 20.yüzyılın son döneminde ‘kadın deneyimi’ sayılan olguyu değiştiren bir

<sup>94</sup> Judith Butler, Begehren kann man nicht vorschreiben, der blaue reuter, s44-47

<sup>95</sup> Laure Murat, Cinsiyet Yasası, Çeviren İsmet Birkan, Dost Kitapevi Yayınları. Ankara, 2012, s24-25.

<sup>96</sup> Donna haraway, Siborg Manifestosu, Çeviren, Osman Akınhay, Agora kitaplığı, İstanbul, 2006, s

kurgu bir canlı deneyim olarak siborg'u bizimle tanıştırır. Siborg bilim kurgusu, siborg cinselliği. Siborg kopyası, organik üremeden çoğalmamıştır. Yine ironik bir biçimde sorar: Hayvanlarla makinaları kaynaştırmamızdan hareketle nasıl insan olunmayacağını öğrenebiliriz? Bir bir sayar geçmişi. 'Dili ve toplumsal cinsiyeti doğurduğu tasavvur edilen güç olan arzunun yapısını ve bu suretle, 'Batı' kimliğinin, doğa ile kültürün, ayna ile gözün, köle ile efendinin, beden ile zihnin yapısını ve üretim tarzlarını yıkarak' siborg'lara giden yolu çizer. 'Yeniden doğuşa (ama yeniden doğuma değil)' diyerek feminist umuda katılır<sup>97</sup>. Bizi de peşinden sürükler.

Feminist politika içinde yaşam birliktelikleri, eşlere zorlayıcı evlilik kuralları dayatmadığı ve devlet tarafından ailenin yönlendirilmesini engellediği için 'özgürleştirici' niteliktedir. Ancak hukuksal ve maddi güvence ile korunması önemlidir. Çoğu kez kurulan iyi ilişkilerden söz edilse de, çaresizlik, şiddet, sömürü toplumun içindedir. İlişkiyi bitirmek zorunda kalan çocuklu, çocuksuz mağdur kişiler çoğunluktadır. Bozulmamış insanlar bulmak zordur. Bu canlı yapıların hukuksallaşması sürecinde ahlaka aykırılık dışlamasından kurtulmak için 'fiziksel birlikteliğin' ötesinde sosyal birlik ve ekonomik birlik aranmalıdır.. İlginç bir çelişkiye dikkat etmek gerekir. Yasal evliliklerde neredeyse aşk ve cinsel ilişki ahlaka uygunluk nedeni sayılıp, mal sözleşmeleri yadırganırken, eylemsel birlikteliklerde gönüllü ekonomik destek ahlaki pekiştirebilir. Birlikteliğin itici güdüsü insan ilişkilerinin doğasında yatar. Öyle ki, kişiler karşılıklı doyum sağlamak demek ki, sevilme ve güvence içinde olmak için bir araya gelirler. Sevginin ekonomik tabanı olmazsa ilişki zayıflar. Halk söylencesi ile 'kendisine hayrı olmayan' verse verse ağırlık verir. Denklik; eşler arası demokrasinin geçerliliğine, şiddetin yadsındığına ve hiyerarşinin yokluğuna, ekonomik yeterliliğe işaret eder.

Ülkemizde ortak yaşama örneklerine rastlanmaktadır. Tarhan<sup>98</sup>, LİSTAG olarak kısaltılmış yeni bir aileden söz etmektedir. Açılımı lambdistanbul Aile Grubu'dur. Bu geniş ailenin amacı 'üyelerinden bi-

<sup>97</sup> Bk.Haraway, s 50, 56, 62

<sup>98</sup> Mehmet Tarhan, Cogito, Cinsel Yönelimler ve Queer Kavram, Sayı 65-66, Bahar, 2011, s375-381.

rinin eşcinsel olduğunu öğrenen ailelerde yaşanan süreçler ve sorunlar antropolojik bir bakış tezi çerçevesinde aileler arasında iletişimsel desteklenmelidir.

Bir başka yaşam birliktelikleri 'yeni bir aile oluşturma' çabasına giren gençler arasında rastlanmaktadır. Feminist Politika Dergisinde yazılan makale ufuk açıcudur<sup>99</sup>. Küreselleşme ile cinselliğin uluslararası dolaşıma girmesi, kadın ticareti, fuhuş insanların gündelik cinsel ilişkilerin bütününe etkilemektedir:

'Cinselliğin başka iradelerin denetiminden özgürleşmesi, sadece potansiyel olarak ücret karşılığında alıp satılabilecek bir metaya dönüşmesinde değil, aynı zamanda her meta gibi, somut özgün kullanım değerinden çok soyut değişim değerinin ön plana çıkmasına, yani her an yeri doldurulabilir hale gelerek değersizleşmesine yol açıyor'. Çekirdek aile modelinin yerini parçalanmış ilişki biçimleri alıyor. Makale, esnek işgücü ile düzensiz rasgele ilişkiler arasında bir bağ kurmaktadır. 'Esnekliğin sadece çalışma koşullarını değil, bir bütün olarak yaşama koşullarını belirlediği, başka bir deyişle emek gücünün sadece üretim alanında değil, yeniden üretim alanında da daha fazla denetim altına alındığı bir dönemde, bireyin kendi bedeni ve duygusal-cinsel ilişkileri üzerindeki kontrolü daha da azalıyor'.

Kadın yine inşa edilmiş bir sistemin kurbanı oluyor. Yasal evlilik cazibesini sürdürürken, bir yandan da geçici ilişkileri dayatıyor. Yazı da ataerkillik baskısının kısa dönem, bir gecelik ilişkilerde de sürmesi gerçeği belirtiliyor. Kadının yaşamı birincil ve ikincil yaşam biçimlerinde de değişmiyor. Kadınlar değersizleşme karşısında bir seçim yapmakta zorlanıyorlar. Özgürleşme şansını yine tek başına yeterlilikte arayanlar oluyor. Tepkisel durum yeni arayışlar getiriyor. Çoklu ilişki biçimlerinden kaçıp, Çoklu aşk (Poliamori) özgürleşme-değersizleşme kısılcından çıkış yolu olarak görülüyor: 'Çoklu aşk çoğunlukla dinsel(İslam ya da Mormonluk) referanslarına dayanan poligamiden farklı olarak, kökleri Emma Goldman' a dayanan özgür aşk politiklerine dayanıyor.

<sup>99</sup> Savran'ın açıklamaları eşliğinde, ayrıntılı açıklamalar için bk. Şebnem K., Özgürleşme -Değersizleşme Kısılcında kadınlar ve Çoklu Aşk, Feminist politika, Güz 2013, sayı 20, s 32-35.

Burada 'norm'ların ikili durumunu anımsamak gerekir. Yasal evliliği normalleştiren görünür kılan aygıt öte yandan görünmez olanı da etkiler, norm dışı sayar<sup>100</sup>. Aynı yerde açıklandığı gibi benzer biçimde LGBTİ ler gibi dışa açılma sorunu yaşanır ve insan haklarına saldırılara açık olur. Oysa radikal dürüstlük içerir. Cinsellik üzerinden yapılan tanımları geçersiz kılar. Pratikler ' yeni bir aile mümkündür' aşamasına yükselebilir. Yazının bu anlamda vurgusu çok önemlidir. 'hem özgürlüğün hem güvenlik duygusunun insanın temel gereksinimleri olduğunu ve günümüzde bu gereksinimleri hala 'aile' kurumunun karşıladığını kabul ediyor. Bu anlamda 60'lı yılların aile-karşıtı söyleminden farklı olarak sorunu 'aile' kavramının kendisinden değil, içeriğinin doldurma biçiminde görüyor. Aile kavramı ile karşılanan insani gereksinmelerin (çocukların bakımından gündelik yaşamın yeniden üretimine dek) alternatif yaşam tarzlarının inkar etmesi gereken değil, tam tersi başka biçimlerde karşılanması gereken gereksinimler olduğunu söylüyor. Bu gereksinimleri karşılamak için de kuralsız bir serbesti yerine, açıkça tanımlanmış kuralları olan alternatif düzenlemeler yapılmasını öneriyor'. Bu anlamlı önerilerin feminist toplumsal öznelerin mücadelesiyle, insan hakları bağlamında hukuksal düzenlemelerle politik gündeme taşınması gerekir, düşüncesindeyim.

Ailenin parçalanışı aslında gözümüzün önündedir. Yasanın tekelinden kaçmak için yapılan özel evlilik sözleşmeleri, evliliği özelleştirmektedir. Şenel Ergin<sup>101</sup>, "Aile Kurumu Özelleştiriliyor" başlığı altında özel evlilik sözleşmelerine rağbeti anlatır: 'Örnek evlilik sözleşmeleri, birbirini ardına baskı yapmaya başlıyor. Ulusal Feministler Birliği' hukuk bürolarına yapılan başvurularda bir yığılma olmuş. Örneğin evlilik birliği kurmak üzere gelen çiftlerden birinin sözleri "Beni bu güzel insana kötülük yapmaktan korumanızı istiyorum"...

Zorunlu aile yapısının baskılarından kurtulmak istediğimiz bir dönemde, insanların sevgi açlığının giderilmesinin devlete bırakılması ve ailenin devletin temel taşı olduğunun söylenmesi abartıdan öteye geçmemektedir. Ne var ki, bir yandan da yasal evliliğin kalıplarının

<sup>100</sup> J.Butler, Toplumsal Cinsiyet Düzenlemeleri, Cogito, feminizm, sayı 58, Bahar, 2009, s 75.

<sup>101</sup> Bilim ve Ütopya, Mart, 1995



kendine uyduramayan erkekler, hala başka özel anlaşmalarla kadınlara 'kölelik sözleşmeleri' imzalatabilmektedir<sup>102</sup>.

Nikahsız birlikteliklerin ve başkaca yaşam ortaklıklarının hukuk düzeni içinde korunacak düzenlemeler yapılana dek, olası bir evlilik anlaşması örneğini yazımıza ekleyelim:

Evli olun, olmayın bir erkekle yaşıyorsanız, haklarınızın korunmadığı pek çok durum olacaktır. Bu sorunu çözmek için yararlı olacak bir yol; başlangıçtaki ilişkinizin önemli noktaları üzerinde bir anlaşma sağlamaktır. Bu haklarınızın ve sorumluluklarınızın ne olacağını tam olarak yani siyah ve beyaz biçimde yazıya dökmektir.

Birlikte yaşamaya başlamadan ya da evlenmeden önce yazılı bir sözleşme yapılmalıdır. Aşk ve verilen sözler sorunlarınızın hepsini çözemeyebilir. Siz, önceden açık seçik düşüncenizi kağıda dökebilirsiniz.

Mahkemelerin birlikte (yaşama) oturma sözleşmesini ne kadar ciddiye alacağı ve yerine getirilmesi için hukuksal anlamda zorlayacağı baştan söylenemez. Değişik biçimde yorumlanabilir. Ancak her halde ortaya çıkacak haksız bir davranışın nitelendirilmesinde yararlı olacaktır. Sözleşmeye hangi konuların gireceği taraflara kalır. Örneğin ilişkinin tartışılmasına belli bir süre ayrılarak, sözleşmenin işleyip işle-meyeceğini denetlenebilir. Bu arada iletişim açık tutularak sözleşmeyi gözden geçirerek ekleme yapma çıkarma hakkı saklı tutulabilir.

Karşı tarafı zorlayacak yasalara aykırı konular sözleşmeye konulamaz. Eşlerin birliktelik ilişkisinde kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu ilkesi tüm alanlarda uygulanır. Bu ilke parasal konularda da geçerlidir.

Şu konulara tersine kural getirilemez:

- Cinsel özgürlük yasaklanamaz.
- Din özgürlüğü engellenemez.

<sup>102</sup> Bu sözleşmelerde şöyle kurallara yer verilebilmektedir. -Feminizmin F'si söz konusu olmayacak, (birinin adını vererek), asla görüşmeyeceksin, benim kesin otoritemi kabul edeceksin, bunu hareketlerinle göstereceksin gibi.

- Ev işleri bölüşümü, çocukların bakımı ortaklaşa yapılması değiştirilemez.
- Sözleşme yanlarının mesleğini sürdürmesi ya da uzmanlaşması hevesi kırılmaz.

Tam tersine sözleşmeye bu yolda ve genel yasaların dışında düzenleme getirilmişse, bu durum sonradan baskı görme davranışına örnek oluşturacağından, mahkemede kullanılabilir.

Sözleşmede malvarlığına ilişkin düzenlemelerde yasal dayanaklar sağlam olmalıdır. Örneğin aşırılık ve sömürü durumu, sözleşmenin geçerliliğini etkiler ve mahkemede savunulamaz. Eşit bir paylaşım amaçlanmalıdır.

Sözleşme her hangi bir uyuşmazlık çıktığında, mahkemeye gitmeden sözleşenler arasında ilk başvurulacak metin bu sözleşmedir. Bu tarafların kendilerince oluşturduğu çözümlerin denenmesini sağlar. Boş yere para harcanmasını engelleyebilir. Doğal olarak bir avukattan yararlanmak daha faydalı olursa da, her avukat bu yardımı kabul etmeyebilir’.

Ayrıca evlenme veya birlikte yaşama durumlarında uygulanabilecek genel bir ortak yaşam sözleşmesi örneğine yer verelim:

- Bu anlaşma (...) tarihinde (...) ile (...) arasında yapılmıştır.
- Kadın ve erkek bir arada yaşamak (ya da evlenmek) eğilimindedir.
- Kadın ve erkek kendi adlarını değiştirmeden saklı tutarlar
- Kadın ve erkek kendi seçtikleri meslek ve sosyal çalışmalarını sürdürmeye yetkilidirler. Taraflardan biri daha önce sadece evde çalışmış olmasına karşın, daha sonra dışarıda çalışmaya veya eğitime devam etmeye karar verirse, her biri birbirini bu amaçlarına varmakta desteklemeyi kabul eder.
- Kadın ve erkek yaşamlarını öyle bir biçimde planlamalıdır ki, kadın, işini her hangi bir mesleksi ya da sosyal faaliyetini annelik ile birleştirebilecek ve o evlilikten doğan çocukların yetiştirilmesinde, diğerinin iş veya faaliyetlerinden daha fazla kesintiye uğramış, engellenmiş olmayacaktır.
- Kadın ve erkek birlikteliklerinden doğan çocukların yetiştirilmesi

ve ev işi sorumluluğunu eşit olarak paylaşmayı kabul etmişlerdir.

- Kadın ve erkek ailenin oturacağı evin nerede olacağını her bir yanın gereksinmesi doğrultusunda ortak olarak belirleyecektir (Daha fazla para koyanın belirlemesi kabul edilmez).
- Kadın ve erkek, tapusu sadece bir tarafın üzerinde bile olsa; 'aile evi' olarak belirlenen bir taşınmazda, her iki kişinin eşit paylaşımına tabi tutulacaktır.
- Kadın ev erkeğin evlilik öncesi sahip olduğu malvarlığı, evlilik sonrasında paylaşımına bağlı olmayacaktır. Yeter ki bu malvarlığı yukarıda ki maddenin uygulandığı bir ortak ev olmasın.
- Kadın ve erkek evlilikten sonrası edindikleri ve ortak çıkarları için kullandıkları malvarlığının ortak sahibidirler. Evlendikten sonra özel çıkarlar için edinilen mallar, o tarafın özel malvarlığı olarak kalacak, paylaşımına tabi olmayacaktır.
- Kadın ve erkek ayrı banka hesaplarına sahip iseler, bankadaki para adına hesabı olan kişiye aittir. Kadın ve erkek birlikte bir banka hesabı açmaya karar vermişlerse, bu hesaptaki paralar her iki tarafa eşit olarak aittir.
- Kadın veya erkekten biri birlikteliklerinden doğan çocukların bakım sorumluluğunu yüklenmek amacıyla, tam gün çalışmamakta ise, diğer tarafın veya her iki tarafın kazandığı paralar ortak bir banka hesabına yatırılacaktır. Bu işlem yapılmadığında, para kazanan tarafın kazancının yarısı kendiliğinden diğerine ait olur.
- Kadın ve erkek, koşullara göre tüm kazançlarının ve malvarlıklarının yönetim ve denetimini eşit olarak paylaşırlar.
- Kadın veya erkek, ailenin oturduğu evin kira/ipotek/emlak vergisi/elektrik ücreti/çocuk bakım masrafları gibi tüm genel giderleri eşit olarak (gelir oranlarına göre) ödeme yükümlülüğü altındadır.

Sonuç yerine birkaç tümce daha ekliyorum. J.Baudrillard soruyor; Neden her şey yok olup gitmedi? Çünkü dünya her şeyi yaptı, bir tek insanın ne olduğunu bilemedi. Yeşiller ve Feminist politika, insanlığı ve doğayı arıyor. Türk Yurttaşlar Yasası'nın ayırımı ile söylersek, erkekler ve kadınlar birlikte, tıpkı 'Gezi'de olduğu gibi yeni bir aile kurabilir.

## ANAYASA HUKUKU DERS NOTLARI

**Prof. Dr. Fazıl Sağlam**

Birinci Baskı

Tüm yayın hakları Yakın Doğu Üniversitesi'ne aittir

Lefkoşa 2013

Yazar Prof. Dr. Fazıl Sağlam tarafından öğretim etkinliği süresince alınan notların yenilenmesi, geliştirilip güncellenmesi sonucunda oluşturulan kitapta; "ders kitabı" yerine "ders notları" başlığı tercih edilmiştir.

Alışlagelmişin dışında oldukça samimi ve içten kaleme alınan önsözde belirtildiği gibi yazar mevcut kitaplardan kendi çizgisine yakın gördüklerini esas alıp anayasa hukukunun klasik konularını işlemiş ve güncel sorunlarla zenginleştirmiştir.

## HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU ŞERHİ

**Prof. Dr. Bilge Umar**

Yetkin Yayınları 2011

Yazar Prof. Dr. Bilge Umar'ın kitabının en önemli ve bu konudaki diğer kitaplardan ayırt edici özelliği; HMK Uygulamasında hukukçulara karşılaştıkları sorunların çözümünü sadece Türkiye 'de değil yasanın vatani Neuchatel'de de yayınlanmış yargısal kararlarla göstermek olmuştur.

Madde metnine yer verildikten sonra önceki HUMK ile karşılaştırılması ve ardından o hükme ilişkin konuda karşılaşılan sorunların tek

Kitap Birinci ve İkinci Kitap olarak düzenlenmiş olup 1. Kitap Genel Esasları, 2. Kitap ise Türk Anayasa Hukuku'na ilişkin konuları içermektedir.

Sistematigi çok akıcı olan ve yazım stili itibarıyla da rahat okunan kitap, "ders notları" adıyla anılmasına karşılık sadece öğrencilerin değil, tüm hukukçuların yararlanabileceği özelliktedir.

tek irdelenmesi, Yargıtay kararları ve ilgili diğer kanun hükümleriyle birlikte değerlendirilerek tartışılması, kitabı incelerken "herşey düşünülmüş" düşüncesi oluşturuyor insanda.

Her iki kitap da yukarıda çok kısa ve ana hatlarıyla belirtilen özellikleriyle meslektaşlarımızın dikkatine sunulur.

